Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions

14

---

ÉTUDES DE DROIT PUBLIC

— II —

# L'ÉTAT

## LES GOUVERNANTS ET LES AGENTS

J
4496
2

Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions

4496/2

# ÉTUDES DE DROIT PUBLIC

## — II —

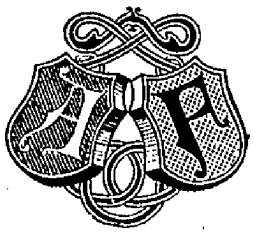
# L'ÉTAT

## LES GOUVERNANTS ET LES AGENTS

PAR

LÉON DUGUIT

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX



BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

**ALBERT FONTEMOING, ÉDITEUR**

Libraire des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome, du Collège de France et de l'École Normale Supérieure

**4, RUE LE GOFF, 4**

1903

Tous droits de traduction et de reproduction réservés.

B.U. DE GRENOBLE D-L

# INTRODUCTION

I. Facteurs essentiels de l'évolution politique. — II. Le mandat de droit public. Droit romain et ancien droit français. — III. Le mandat de droit public. Droit français moderne. — IV. Théorie juridique de l'organe. — V. Son application à l'Etat. Divers organes de l'Etat. — VI. Caractère artificiel de ces théories.

L'Etat n'est pas une personne juridique; l'Etat n'est pas une personne souveraine. L'Etat est le produit historique d'une différentiation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée. Le pouvoir qui appartient aux plus forts, individu, classe, majorité, est un simple pouvoir de fait, qui n'est jamais légitime par son origine. Les gouvernants, qui détiennent ce pouvoir, sont des individus comme les autres; ils n'ont jamais, en leur qualité de gouvernants, la puissance légitime de formuler des ordres. Comme tous les individus, ils sont soumis à la règle de droit, qui trouve son fondement dans la solidarité sociale et s'impose à tous, gouvernants et gouvernés. Toute manifestation de la volonté gouvernante est légitime, quand elle est conforme au droit; les gouvernants peuvent alors légitimement mettre en jeu la plus grande force dont ils disposent parce qu'elle est alors employée à réaliser le droit. Les gouvernants n'ont point le droit subjectif de commander. Ils ont seulement le pouvoir objectif de vouloir conformément au droit et d'assurer

par la contrainte la réalisation du droit Telles sont les conclusions d'une précédente étude [1].

## I

Sous l'empire de causes très multiples et très diverses, les gouvernants ont tenté d'organiser et de réglementer leur monopole de la force. Le phénomène s'est produit de très bonne heure dans l'histoire de l'humanité, et aussi dans les sociétés restées à un degré très bas de l'échelle sociale. Bien que les causes qui ont agi sur cette formation apparaissent sous des aspects très variés, bien que cette formation présente elle-même les caractères les plus dissemblables, deux facteurs ont certainement exercé l'influence la plus constante et la plus générale. D'abord l'amour naturel du pouvoir : l'homme ou le groupe d'hommes qui, par le fait des circonstances, est plus fort que les autres, veut naturellement conserver et accroître cette plus grande force. Le sentiment de sa supériorité procure à l'homme une jouissance profonde, qui devient pour lui un ressort puissant d'action et tourne naturellement tous ses actes vers la conservation et l'accroissement de cette plus grande force. Le bonheur de dominer n'est que le bonheur de vivre intensifié. A côté de cet élément psychologique, se place un facteur économique de premier ordre. Le monopole de la richesse a presque toujours coïncidé avec le monopole de la force. Les gouvernants ont donc naturellement cherché à conserver leur pouvoir, parce qu'en même temps ils assuraient la conservation de leur richesse. Le pouvoir politique est à la fois force et richesse; l'homme ou les hommes, qui détiennent

1. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1900 (Fontemoing, édit.).

l'une et l'autre, consacrent naturellement tous leurs efforts à les conserver. L'élément conservateur a donc été un agent essentiel de la formation et de l'évolution politiques.

Mais les forces politiques établies se sont toujours trouvées en conflit avec des forces opposées, forces révolutionnaires et forces progressives. La tendance révolutionnaire a toujours existé, du moment même où a paru un pouvoir politique. Elle n'est autre chose, en effet, en son sens général, que l'aspiration constante, naturelle, et souvent légitime, de tous ceux qui ne possèdent ni puissance ni richesse à conquérir l'une et l'autre, et particulièrement le pouvoir parce qu'il donne la richesse. L'évolution économique et l'évolution politique se sont développées dans une étroite connexité. Parfois, telle ou telle classe a possédé la richesse avant le pouvoir politique; elle a dès lors travaillé à conquérir le pouvoir pour conserver la richesse. L'histoire de toutes les révolutions politiques montre toujours une classe d'hommes aspirant au pouvoir pour acquérir ou conserver la richesse. Mais si le matérialisme économique a été le facteur essentiel des révolutions, il n'a point été le seul agent des transformations politiques. Les forces progressives ont souvent agi, et, à certaines époques, puissamment agi. Elles se résument toutes dans la notion de solidarité sociale, qui enfante la notion de droit. Les détenteurs du pouvoir se sont trouvés en présence de cette aspiration, permanente dans l'esprit des hommes, vers une plus grande somme de bonheur et de justice, aspiration féconde qui ne tend pas à renverser les pouvoirs établis, mais à leur imposer une organisation et une réglementation, qui soient une garantie que les détenteurs de la force la mettront au service de la solidarité et du droit. Ces tendances se sont manifestées sous des formes diverses, avec une intensité variée suivant

les temps et les pays. Les gouvernants eux-mêmes ont été obligés d'en tenir compte. Le progrès a surtout consisté en ce que les chefs ont compris non seulement qu'ils s'assuraient une possession plus sûre et plus complète du pouvoir en le réglementant par le droit et pour le droit, mais encore que l'obligation s'imposait à eux d'organiser leur pouvoir en vue d'assurer dans les meilleures conditions possibles la réalisation du droit. Malgré ses crimes et ses tristesses, notre époque gardera l'honneur d'avoir affirmé que, dans tout pays civilisé, le premier devoir de l'Etat est d'organiser la force et de régler ses manifestations, pour protéger l'individu contre l'arbitraire et imposer à tous, gouvernants et gouvernés, le respect du droit.

Notre but n'est point d'étudier l'évolution générale des formes politiques, et non plus de rechercher la meilleure forme de gouvernement. L'histoire des transformations politiques est un trop vaste sujet pour que nous osions l'entreprendre. La recherche du meilleur gouvernement est chimérique. C'est l'A, B, C, de la science politique que le meilleur gouvernement est en fait celui qui est le mieux adapté à la société qu'il régit, pour remplir la mission qui lui incombe. Mais quelque variées que soient les formes politiques des Etats modernes, dans tous cependant se retrouvent un certain nombre d'institutions similaires : participation plus ou moins grande, plus ou moins directe de la nation à l'exercice de la puissance politique; existence de collèges, élus par un suffrage plus ou moins étendu, et appelés en général corps représentatifs ou parlements; présence d'un personnage, appelé chef de l'Etat, héréditaire ou électif, qui possède un pouvoir personnel plus ou moins grand; enfin nombre d'agents et de préposés, institués de manières diverses, souvent par le parlement ou le chef de l'Etat, souvent élus, qui

remplissent les multiples charges qui incombent à l'Etat moderne. La mission du juriste est assurément de déterminer la nature juridique de ces diverses institutions; et les publicistes modernes n'y ont point manqué. Mais, dominés par les notions étroites et artificielles de personnalité juridique et de droit subjectif, ils ont voulu faire rentrer dans ces vieux cadres les institutions politiques si variées et si complexes de l'Etat moderne. Aussi bien ils se sont trouvés en présence de difficultés inextricables. La puissance publique, disent-ils, est un droit, dont l'Etat, personne juridique, est le titulaire. Mais l'Etat exerce cette puissance par des agents. Ceux-ci n'ont-ils pas aussi un droit? Comment ce droit se concilie-t-il avec celui de l'Etat? Quel rapport de droit naît entre les agents et l'Etat? Questions sur lesquelles on amoncelle dissertations et discussions, sans pouvoir arriver à une solution satisfaisante, pour cette raison que l'Etat n'est pas une personne juridique, que la puissance publique n'est pas un droit subjectif. En partant d'une hypothèse fausse, on ne peut point arriver au but cherché. Ce n'est pas à dire que les institutions politiques ne puissent être l'objet d'une construction juridique. Mais il ne faut point lui donner le fondement artificiel de la personnalité juridique et du droit subjectif; il faut l'établir sur la base positive et large de la règle objective, du pouvoir objectif et de la volonté individuelle. Nous entreprenons de le démontrer, sans nous dissimuler d'ailleurs les difficultés et les objections, mais encouragé par le bienveillant accueil fait à notre précédente étude.

## II

L'Etat étant conçu comme une personne juridique, les individus qui exercent la puissance publique, qui commandent ou qui contractent dans l'intérêt public et au nom de l'Etat, étant aussi des sujets de droit, l'idée est venue naturellement à l'esprit de voir entre ces deux personnalités un rapport de droit analogue à celui existant entre deux particuliers. Or, depuis longtemps, les juristes ont tracé des cadres *a priori* dans lesquels ils se sont efforcés de faire rentrer, de gré ou de force, les relations sociales entre individus. Il leur a semblé que nécessairement la situation des agents politiques devait trouver place dans l'un de ces cadres rigides. Parmi ces formes juridiques, il en est une pour laquelle les juristes de tous les temps ont eu une prédilection marquée; c'est le mandat et la représentation qui en est la suite. Pris en son sens le plus large, le mandat implique l'existence de deux personnes, dont l'une, le mandant, est titulaire d'un droit, mais ne l'exerce pas, dont l'autre, le mandataire, exerce le droit dont le mandant est titulaire; le mandataire agit soit parce qu'il en a reçu mission par un acte volontaire du mandant, soit parce que la loi impose ou suppose cette mission. Peu importe, l'acte juridique, fait par le mandataire, est accompli pour le compte du mandant; et le mandataire exerce les droits du mandant. Réduit à ces simples éléments, le mandat s'adaptait aisément à de nombreux besoins pratiques, et avec leur habileté bien connue les juristes romains surent l'appliquer à diverses situations auxquelles ils trouvaient ainsi le moyen de donner une sanction. La chose était d'autant plus facile que de

bonne heure le mandat avait été classé parmi les contrats consensuels. Chacun sait qu'il servit par exemple, avec la *procuratio in rem suam*, à réaliser une cession de créance, avec le *mandatum pecuniæ credendæ*, à obliger une caution par un lien de bonne foi. Mais le mandat devait avoir dans l'histoire du droit une fortune plus heureuse encore. Le mandataire fait un acte pour le compte du mandant : il est obligé par la loi ou par le contrat à transmettre au mandant le bénéfice et les charges qui résultent de cet acte, les tiers ne connaissent que le mandataire ; aucun rapport de droit ne naît entre eux et le mandant. Les conceptions juridiques ne devaient pas en rester là. Il fallait aller plus loin et déclarer que, lorsqu'un acte était fait par un mandataire, les choses se passeraient exactement de la même manière que si l'acte avait été fait par le mandant. Ce n'est qu'après de longs efforts qu'on put arriver à cette notion. Tous les romanistes ont mis en lumière la lente évolution qu'a suivie le droit romain à cet égard, les controverses entre les jurisconsultes, la lutte des idées novatrices et rétrogrades, le triomphe final de l'idée de représentation. La notion de représentation inventée, toute une série de conséquences en dérive. Le titulaire du droit mis en œuvre est le représenté ; mais tout se passera comme si le représentant était le sujet de ce droit. Le droit n'est point transmis ; il reste sur la tête du représenté ; il n'y a point d'aliénation ; le représentant exerce un droit qui n'est point le sien ; mais peu importe ; les choses sont comme si le représentant était devenu titulaire de ce droit. L'acte de volonté émane du représentant ; c'est lui qui veut et non point le représenté ; il veut à l'insu du représenté et peut-être même contrairement à ce qu'aurait voulu celui-ci ; peu importe ; la manifestation volontaire du représentant produit exactement les mêmes effets que celle du

représenté; les effets de droit sont identiquement les mêmes que ceux qu'aurait produits la volonté du représenté. Créée par la technique romaine, cette idée de représentation est passée dans le droit commun de l'Europe moderne.

Tout cela n'est assurément que fiction; mais fiction féconde, qui a permis de donner la forme juridique à maintes relations sociales. Nous sommes loin de méconnaître le rôle considérable, et à tout prendre heureux, de la fiction dans l'élaboration des idées juridiques. Mais le tort des juristes modernes est de s'attarder dans ces voies anciennes. On a essayé de montrer ailleurs que, lorsque l'acte volontaire d'un individu produisait des effets au profit ou au détriment d'un autre individu, il n'était point nécessaire, pour l'expliquer, de recourir à la fiction de la représentation, qu'il n'y avait là que la conséquence normale de la solidarité sociale, fondement de tous rapports sociaux et de toutes règles de droit; toute volonté, déterminée par un but conforme au droit objectif, produit un effet de droit, dont profite ou l'individu qui l'exprime, ou tout autre élément qu'a en vue celui qui veut, pourvu toutefois que le profit assuré à cet élément soit conforme à la règle de droit. Celui qu'on dit agir pour un autre ou représenter un autre, n'exerce point le droit d'un autre; car ce qu'on appelle un droit ne peut être qu'un pouvoir de vouloir, pouvoir objectif ou pouvoir déterminé par une situation juridique subjective. On peut vouloir telle chose, soit au profit de soi-même, soit au profit d'un autre. On veut ou on ne veut pas; mais on ne peut vouloir comme si un autre voulait. On ne peut exercer le droit d'un autre, puisque ce serait exercer le pouvoir de vouloir de cet autre. Quand on veut légitimement, on exerce toujours son droit propre, car on manifeste sa volonté, non la volonté d'un autre, et

l'exercice d'un droit est toujours une manifestation de volonté. L'idée de représentation est donc fausse en soi, puisqu'elle a pour point de départ une chose fausse.

Néanmoins cette notion devait séduire les esprits modernes. Il semble qu'heureux et fiers du long effort qui avait enfanté cette idée, les hommes du XIX^e^ siècle se soient complus à voir en elle la solution de tous les problèmes juridiques et politiques. Inventée pour expliquer et sanctionner certains rapports de droit privé, la notion de représentation reçoit une prodigieuse extension, dès qu'apparaît la nécessité de formuler une théorie juridique des relations politiques. Nulle part plus qu'en France cette idée de la représentation n'occupe une plus large place dans la théorie juridique de l'Etat, bien que le vrai fondateur de la doctrine française moderne l'ait répudiée[1]. Mais le prestige de la représentation était tel, l'idée en avait pénétré si profondément tous les esprits, qu'on renia sur ce point le *credo* du *Contrat social*. Déjà le droit romain avait vu, dans certains agents du pouvoir, des mandataires du peuple d'abord, de l'empereur ensuite. Pendant la république, c'est bien d'une manière générale un mandat de droit public que reçoit le magistrat et qui l'autorise à gérer toutes les affaires rentrant dans le cercle de sa compétence[2]. A l'époque du principat, l'idée dominante est bien celle-ci : l'empereur reçoit de la *lex regia* un mandat à lui donné par le peuple et devient par là même le représentant du peuple. « Le pouvoir impérial s'est formé d'un ensemble d'attributions qui, par dérogation aux lois républicaines, furent déléguées successivement par le sénat et par le peuple[3]. » Momm-

1. J.-J. Rousseau, *Contrat social*, livre III, chap. XV.
2. Cf. Mommsen, *Droit public romain*, édit. franç., 1895, t. I, p. 230 ; — Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 520.
3. Willems, *Droit public romain*, 5^e^ édit., p. 421.

sen, voulant déterminer le caractère juridique du principat, écrit : « Comme la république antérieure, le principat se fonde sur la souveraineté du peuple. Les pouvoirs de l'Etat n'exercent pas un droit propre ; ils exercent tous par *représentation* les droits du peuple ; le prince lui-même n'est rien de plus qu'un magistrat[1]. » Quand les comices ne se réunissent plus, le sénat acquiert lui aussi un rôle représentatif, qui est indiqué dans le texte bien connu de Pomponius : « Deinde quia difficile plebs convenire cœpit... necessitas ipsa curam reipublicæ ad senatum deduxit[2]. » Ce qui ne veut pas dire, cependant, que le sénat romain ait eu, à un moment quelconque, le caractère de nos parlements modernes. Le nom de *procurator Cæsaris*, donné à certains magistrats des provinces, montre bien que l'idée de mandat est dominante. Ulpien, qui a surtout contribué à faire admettre la représentation juridique du mandant par le mandataire, écrit : « Quæ acta gestaque sunt a procuratore Cæsaris, sic ab eo comprobantur, atque sic a Cæsare gesta sunt[3]. » D'autre part, Mommsen a montré d'une manière évidente le rôle joué par le préfet du prétoire comme mandataire de l'empereur. « L'acte accompli par le préfet sur l'ordre immédiat et personnel du prince est considéré comme couvert non par ses pouvoirs propres, mais par ceux de son *mandant* qui, en droit et en fait, est proprement celui qui agit ou tout au moins est tenu pour l'être[4]. » Quant aux magistrats municipaux, ils étaient certainement considérés comme les mandataires du municipe. Ulpien le dit expressément[5].

Juristes avant tout, les Romains firent ainsi rentrer

1. Mommsen, *Droit public romain*, édit. franç., 1895, t. V, p. 6.
2. L. 2, § 9, D. *De origine juris*, I, 2. — Rap. *Institut.*, I, II, 5.
3. L. 1, pr. D. *De officio procuratoris Cæsaris*, I, 19.
4. Mommsen, *Droit public romain*, édit. franç., 1895, t. V, p. 429.
5. L. 15, §§ 1 et 2, D. *De dolo malo*, IV, 3.

dans le cadre du mandat de droit privé les rapports existant entre les magistrats et le peuple, entre les fonctionnaires et l'empereur. Mais il semble bien que la notion de représentation par mandat soit restée étrangère aux publicistes grecs. On a prétendu cependant la trouver dans la *Politique* d'Aristote[1]. C'est une erreur. L'idée de mandat de droit public nous paraît être complètement inconnue d'Aristote[2]. L'élection est pour lui une simple nomination de fonctionnaire; en aucun passage de la *Politique* le fonctionnaire élu n'est considéré comme un représentant de l'assemblée qui l'élit. L'élection est le mode normal de nomination des fonctionnaires dans les cités grecques. La notion de représentation, dérivant d'un mandat de droit public, n'apparaît nulle part. Elle n'apparaît même pas dans les fédérations de cités grecques, dont les intérêts sont gérés par une sorte d'assemblée fédérale[3]. Seuls les Romains, juristes par tempérament, amoureux des constructions juridiques, transportèrent fréquemment dans le droit public la théorie du mandat privé et le concept de représentation qui en dérivait.

Pendant le moyen âge l'idée de représentation du pouvoir politique disparaît. C'est la conséquence naturelle de la formation de l'Etat contractuel. Un contrat se forme entre gouvernant et gouvernés, entre suzerain et vassaux, entre prince et sujets. Ce contrat n'a rien du mandat. Le mandat implique, en effet, la reconnaissance d'un titulaire de la puissance de commander conçue comme un droit, et le fait de ce titulaire chargeant une autre personne d'exercer en son nom cette puissance de commander. Or ce n'est qu'au

1. Rehm, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, 1896, p. 14 (Marquardsen, II[e] partie, t. I).
2. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 519, note 1.
3. Cf., cependant, Dubois, *les Ligues achéennes et éoliennes*, p. 127,

XIII^e^ siècle que les philosophes scolastiques abordent le problème de la souveraineté originaire. Et même à cette époque le problème ne dut se poser que pour un très petit nombre d'esprits. Pour la masse, la puissance de commander est un fait; elle appartient aux princes parce qu'ils sont les plus forts. Si le besoin de prendre des garanties contre l'arbitraire de cette force se présente, si, pour atteindre ce but, l'idée d'un contrat apparaît, ce n'est point celle d'un mandat, qui serait donné par le titulaire légitime de la puissance publique pour l'exercer en son nom, mais celle d'un contrat synallagmatique dans lequel chacun apporte ce qu'il a et ce qu'il peut donner : les grands promettent protection, les petits promettent obéissance. L'Eglise avec Hincmar essaiera de faire triompher ce contrat; et, au milieu des violences et des guerres du IX^e^ et du X^e^ siècle, la notion d'une *concordia*, fondée sur des obligations réciproques, nées entre les forts et les faibles, sera l'idéal auquel se rattacheront tous les peuples de l'Europe catholique. Un peu plus tard le génie féodal saura donner à ce pacte la forme rigide du contrat de vasselage et des autres conventions féodales qui vont se multiplier à l'infini; mais l'idée centrale restera toujours la même.

Au XVI^e^ siècle, quand l'unité de l'Etat, conçue à la manière romaine, revivra, quand sera posée nettement dans l'esprit de tous la question de la souveraineté originaire et de son sujet légitime, les notions de mandat et de représentation réapparaîtront aussi, et se combineront avec l'idée féodale d'un contrat synallagmatique entre suzerain et vassaux, entre prince et sujets. Aux Etats tenus à Tours en 1484, on affirme que la puissance souveraine réside dans le peuple, le peuple *donateur du pouvoir*, suivant l'énergique expression de Philippe Pot. Le peuple, ce sont les Etats généraux; ils

peuvent désigner le roi ; et celui-ci n'est au fond que le délégué, le mandataire du peuple, exprimant sa volonté par la voix de ses Etats[1]. Mais quelque nettement que le principe de la souveraineté populaire ait été affirmé en 1484, il ne devait pas triompher avant 1789 dans le droit positif français. Avec les progrès de la centralisation royale, la souveraineté originaire et exclusive du roi s'impose. Le roi n'est point un mandataire ; s'il y a un mandat, c'est le roi seul qui peut le donner à quelques-uns de ses agents. Et en effet cette notion d'un mandat donné à certains fonctionnaires, agissant comme délégués du roi, n'est point étrangère au droit public de l'ancien régime. Loyseau écrit notamment : « ... Quiconque sans l'envoi ou *mandement* du prince, ou de ceux auxquels la puissance souveraine réside, entreprend de faire acte de magistrat et d'exercer en façon que ce soit la puissance publique, il entreprend sur la souveraineté et partant est coupable de lèse-majesté... J'ai donc mis à bon droit la puissance publique des officiers pour leur première prérogative, car outre qu'elle leur est propre et ne peut appartenir qu'à eux... qu'y a-t-il de plus haut et de plus important que de *représenter* la personne du monarque, parler de par lui[2]... » L'idée d'un mandat donné par le roi à ses divers agents est aussi très nettement affirmée par Domat. Il parle à diverses reprises de *commissions* que donne le roi[3] ; il assimile expressément la *commission* à la procuration qu'il définit « un acte par lequel celui qui ne peut vaquer lui-même à ses affaires, donne

1. Voir, dans le *Journal de Jean Masselin*, le discours de Philippe Pot, *Documents inédits de l'histoire de France*, 1835, p. 149.

2. Loyseau, *du Droit des offices*, 1640, liv. I, chap. VI, §§ 9 et 10, p. 64.

3. Voir notamment Domat, *le Droit public*, 1713, liv. II, tit. I, sect. I, §§ 2 et 3, p. 147 et 148.

pouvoir à un autre de le faire pour lui, comme s'il était lui-même présent[1]. »

Avant 1789 le mandat de droit public apparaît aussi dans un autre domaine; mais là, il a une origine différente et se rattache à des circonstances d'un autre ordre. Quoiqu'il en soit des controverses historiques qu'a soulevées l'origine des Etats généraux, on doit voir assurément dans les colloques du roi et des Etats un reste des relations contractuelles des princes et de leurs vassaux aux premiers siècles de l'ère féodale. La plus importante des attributions des Etats, la création des impôts nouveaux, n'est-elle pas le résultat d'un contrat intervenant entre le roi et ses sujets, le premier s'engageant à n'employer l'argent que dans l'intérêt du royaume, les seconds promettant des aides pécuniaires sous cette condition? Le roi contracte ainsi avec ses sujets. D'abord ils viennent personnellement aux assemblées, au moins les clercs et les nobles. Plus tard, à une époque qu'il est difficile de préciser et qui dut varier suivant les différentes parties de la France, les nobles et les clercs, comme les bourgeois, désignent des individus qui se rendront à la convocation du roi et contracteront avec lui au nom de leurs électeurs. Il se forme un véritable et réel mandat. Un groupe de sujets du roi chargent un délégué de les représenter dans l'assemblée et de traiter en son nom avec le roi. Le mandat et la représentation apparaissent dès lors dans les élections aux Etats généraux avec tous les caractères du mandat et de la représentation de droit privé. Conséquence de l'origine même des Etats, ce système se rattache au lointain passé d'un régime politique purement contractuel. L'idée du député aux Etats, vrai mandataire et représentant de ses électeurs, se main-

1. Domat, *les Lois civiles*, 1713, liv. I, tit. XV, sect. I, § 1, p. 125.

tient, on le sait, jusqu'à la Révolution. On connaît les incidents de 1789 : certains députés refusant de prendre part aux délibérations communes par crainte de violer le mandat reçu de leurs électeurs, le roi Louis XVI, par sa Déclaration du 23 mai 1789, délie les députés de l'obligation de respecter leur mandat.

## III

Au moment où s'ouvre la Révolution de 1789, les notions de mandat et de représentation étaient donc dans tous les esprits. Fortes d'un long passé historique, elles n'avaient contre elles que les doctrines du *Contrat social*. La critique pénétrante de Rousseau avait montré tout ce qu'il y avait de fictif dans la représentation : la volonté est la personne elle-même; elle ne peut pas s'aliéner; elle ne peut être représentée pas plus qu'elle ne peut être aliénée. Toute volonté, qui veut être représentée, s'aliène et, par conséquent, se détruit elle-même. « La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle est la même ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être des représentants; ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi. Le peuple anglais pense être libre; il se trompe fort; il ne l'est que pendant l'élection des membres du parlement : sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite qu'il la perde... A l'instant qu'un peuple se donne des représentants, il n'est plus libre, il

n'est plus[1]. » Point de mandat non plus, et, à plus forte raison, donné aux agents du gouvernement. « Qu'est-ce donc que le gouvernement? Un corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois et du maintien de la liberté, tant civile que politique. Les membres de ce corps s'appellent *magistrats* ou *rois*, c'est-à-dire *gouverneurs;* et le corps entier porte le nom de *prince*. Aussi ceux qui prétendent que l'acte, par lequel un peuple se soumet à des chefs, n'est point un contrat, ont grande raison. Ce n'est absolument qu'une commission, un emploi, dans lequel, simples officiers du souverain, ils exercent en son nom le pouvoir dont il les a fait dépositaires, et qu'il peut limiter, modifier et reprendre quand il lui plaît, l'aliénation d'un tel droit étant incompatible avec la nature du corps social et contraire au but de l'association[2]. » Ainsi, d'après Rousseau, l'idée de mandat et de représentation doit être absolument exclue des doctrines politiques. La réalité des faits et le raisonnement écartent cette notion, qui ne conduit qu'à l'esclavage.

Malgré le prestige de son auteur, malgré sa rigueur logique, cette théorie ne devait point triompher devant l'Assemblée constituante de 1789. A la foi conservatrice et révolutionnaire, la grande assemblée empruntait à Rousseau le dogme de la volonté nationale souveraine, à la tradition, à la constitution anglaise dont Montesquieu avait vanté la perfection, le principe de la représentation. L'application s'en fit sans difficulté au corps législatif élu par les citoyens actifs; la théorie de Siéyès sur ce point, après avoir rencontré quelques objections, réunit bientôt tous les suf-

1. *Contrat social*, liv. III, chap. xv (Œuvres complètes, Paris, 1827, t. II, p. 237).

2 *Contrat social*, liv. III, chap. I (*Ibid.*, p. 184).

frages. Dès le mois d'août 1789, l'Assemblée nationale votait la Déclaration des droits dont l'article 3 était ainsi conçu : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ; nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » Ainsi tous les mandats spéciaux et individuels, donnés par les différents baillages aux députés des trois ordres, disparaissent. Les ordres ne sont rien ; les circonscriptions électorales ne sont rien ; la nation est une, indivisible et souveraine. S'il y a un mandat donné, ce ne peut être que par la nation tout entière à l'Assemblée législative prise en corps et conçue, elle aussi, comme une personne. Sans doute on ne peut faire abstraction des députés pris individuellement. En fait, ils sont nommés par telle ou telle circonscription ; mais ces circonscriptions ne sont établies que pour procéder à l'élection. Les députés sont les fondés de pouvoir de la nation tout entière. Un mandat est donné par la nation, personne souveraine, à l'assemblée, elle aussi personne, qui représente la nation[1].

Ainsi le vieux principe du mandat et de la représentation apparaissait avec une forme nouvelle ; mais c'était toujours le même principe. On ne s'apercevait pas d'ailleurs qu'en lui donnant cette forme et cette portée, on créait un dualisme dans l'Etat, que l'on déclarait un et indivisible. Rousseau l'avait bien compris. En écartant toute représentation, il maintenait énergiquement et logiquement l'unité de la personne Etat. Les constituants de 1791, ou bien aboutissaient à l'aliénation de la souveraineté, ou bien violaient le principe de son unité, puisqu'ils créaient deux personnes souveraines, l'une la nation titulaire de la souveraineté, en quelque sorte par droit de naissance, l'autre le

1. Constitution de 1791, tit. III, chap. I, sect. III, art 7.

corps législatif, par droit de représentation. Si cette théorie n'avait eu pour fondement que les déductions métaphysiques de Siéyès[1], elle n'aurait peut-être pas triomphé, ou n'aurait eu qu'un triomphe éphémère. Mais elle était le produit d'un long passé historique; elle était une adroite conciliation des théories de Rousseau et des nécessités pratiques; elle respectait le dogme de la souveraineté nationale une et indivisible, et elle évitait les aventures d'une consultation directe du peuple; elle donnait satisfaction aux tendances à la fois conservatrices et révolutionnaires de la Constituante et des assemblées qui allaient lui succéder; elle répondait à tout prendre aux aspirations politiques de la France. Aussi cette théorie, appelée souvent théorie du mandat représentatif (expression que nous acceptons quoique obscure et inexacte) est-elle restée, au milieu de toutes nos révolutions, comme un dogme intangible de notre droit positif, consacré dans l'article 13 de notre dernière loi électorale.

En déclarant que le corps législatif, conçu comme personne, était le mandataire représentant la nation personne, l'Assemblée de 1789 n'avait résolu que le problème le plus facile. Restait à dire quel était le vrai caractère du roi et de la royauté, que, jusqu'à l'arrestation de Varennes, nul ne songeait à renverser. Si l'on peut comprendre le mandat donné au corps législatif par la nation qui le nomme, peut-on à un titre quelconque apercevoir un caractère représentatif en la personne du roi, qui occupe le trône en vertu d'un droit héréditaire, qui transmettra ce droit à ses héritiers, sans l'intervention de la nation? Les membres du parti

1. Voir Siéyès, *Qu'est-ce que le Tiers?* p. 72 et suiv., Paris, 1789; — divers discours de Siéyès, *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, pp. 463, 466, 503-505. — Cf., sur tous ces points, l'excellent livre de M. Dandurand, *le Mandat impératif*, 1896, p. 60 et suiv.

avancé, Robespierre, Rewbell, Rœderer ne manquent pas de soulever l'objection. Fidèle disciple de Rousseau, Robespierre conteste la possibilité d'une délégation qui ne serait pas une aliénation. « Les *pouvoirs*, dit-il, doivent bien être distingués des fonctions ; les pouvoirs ne peuvent être ni aliénés ni délégués[1]. » Il n'y aura donc même pas représentation de la souveraineté du peuple par le corps législatif élu. *A fortiori* le roi ne peut-il être un représentant de la nation. Le roi n'a pas le caractère représentatif, déclarent Rœderer et Rewbell[2]. Mais profondément monarchiste, l'Assemblée ne s'arrête pas à ces objections, quelque logiques qu'elles soient. Elle décide presque unanimement que les représentants de la volonté nationale souveraine sont le corps législatif et le roi, et qu'en conséquence le seul titre du roi est *roi des Français*. Tout l'édifice politique était ainsi construit sur le fondement du mandat et de la représentation[3]. Les juges formaient le pouvoir judiciaire. Elus par le peuple au même suffrage que les députés, ils seront eux aussi des représentants de la souveraineté nationale. « Le pouvoir judiciaire est *délégué* à des juges élus à temps par le peuple[4] .» A cette application générale du principe de la représentation, une seule exception est faite; elle est relative aux administrateurs; eux aussi sont élus; cependant ils n'auront eux aucun caractère de représentation. Ils sont seulement des agents du souverain, ou plutôt du roi, dépositaire du pouvoir exécutif, qu'ils sont chargés d'exercer; ils sont *officiers* du souverain au sens où l'entendait Rousseau. Ils ont des pouvoirs *commis* et

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 326. A l'appui de cette observation, Robespierre invoque l'autorité de Rousseau.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 323.
3. Constitution de 1791, tit. III. Pr., art. 1 et 2; chap. II, sect. II, art. 1 et 2.
4. Constitution de 1791, tit. III, Pr., art. 5.

non des pouvoirs *délégués*, suivant la phraséologie de Rœderer; ou bien, d'après le langage de Robespierre, ils exercent une *fonction*, ils ne détiennent point un *pouvoir*[1]. Il est vrai que, pour être logiques, les constituants de 1791 eussent dû placer les administrateurs dans la main du roi. On sait qu'ils n'en firent rien : le roi ne peut point révoquer ces administrateurs qu'il ne nomme pas ; à peine peut-il les suspendre ou annuler leurs actes; on traite à l'égal de représentants ces administrateurs qu'on déclare cependant de simples agents placés sous l'autorité du roi.

Depuis 1791 la notion de représentation par mandat est devenue l'idée maîtresse de notre droit public positif. Elle n'a eu que de rares et courtes éclipses, pour reparaître bientôt plus vivante. Dominés par les habitudes prises, les auteurs de la constitution de 1793 parlent de la *représentation nationale;* cependant le corps législatif qu'elle crée n'est point un corps représentatif. La doctrine de Rousseau triomphe : cette assemblée ne doit être à vrai dire qu'une assemblée de *commissaires*, qui ne fera que *proposer les lois*, lesquelles ne seront définitives que par l'approbation tacite ou expresse du peuple[2]. Mais la constitution montagnarde n'est jamais appliquée, et la Convention, qui niait la possibilité théorique d'une représentation de la souveraineté nationale, agit en fait, comme si le peuple avait abdiqué entre ses mains sa souveraineté sans limite et sans partage. Dans la constitution de l'an III, testament politique de la grande assemblée, le principe de la délégation est solennellement affirmé : délégation du pouvoir législatif aux conseils législatifs, délégation du

1. Voir les discours de Rœderer et de Robespierre précédemment cités : *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 323 et p. 326. — Constitution de 1791, tit. III, chap. IV, sect. II, art. 2.
2. Constitution de 1793, art. 53, 59, 60.

pouvoir exécutif à un directoire exécutif composé de cinq membres[1].

En l'an VIII, la théorie de la représentation apparaît modifiée, mais plutôt dans la forme que dans le fond. Déjà, en l'an III, Siéyès avait déclaré que la première condition d'un gouvernement politique bien ordonné est que les diverses volontés du peuple soient mises en représentation séparément, que, sans doute, il n'existe qu'un pouvoir, celui de l'association, et que c'est improprement qu'on désigne sous le nom de *pouvoirs* les diverses *procurations* que ce pouvoir donne à ses représentants, que cette simple observation fait tomber toutes les critiques que l'on dirige contre le gouvernement représentatif, que se faire représenter dans le plus de choses possibles, c'est accroître sa liberté, mais que c'est la diminuer que d'accumuler des représentations diverses sur les mêmes personnes[2]. Le discours de Siéyès contenait en germe la constitution de l'an VIII. Pour l'organisation du pouvoir exécutif, le célèbre théoricien dut céder à Bonaparte et renoncer à ses idées. Mais la constitution de l'an VIII n'en était pas moins dans la pensée de ses auteurs essentiellement représentative. Le 24 frimaire an VIII, on proclame que la constitution est fondée sur les vrais principes du gouvernement représentatif[3]. Il importe de rappeler cependant que le principe du referendum en matière constitutionnelle, affirmé par la Convention le 21 septembre 1792, reste toujours intact.

Aboutissant normal du régime politique inauguré en l'an VIII, l'empire n'était lui aussi qu'un gouvernement par représentation, au sens juridique et traditionnel

1. Constitution de l'an III, Déclaration des droits, art. 6, et Constitution, art. 132.

2. Voir le discours de Siéyès, *Moniteur* (Réimpression), t. XXV, p. 291 et suiv.

3. *Proclamation des consuls de la République* du 24 frimaire an VIII.

du mot. Le peuple est titulaire de la souveraineté qu'il délègue à un empereur, lequel l'exerce comme représentant du peuple souverain. Si durant les années de gloire, le gouvernement impérial oublie le mandat qui le légitime, après les désastres, pendant la courte et agitée période des Cent Jours, l'empereur se hâte de retremper dans la source populaire son pouvoir affaibli. L'Acte additionnel déclare que Napoléon a été appelé par le vœu de la France au gouvernement de l'État, que toutes les constitutions de l'empire ont été revêtues de l'acceptation populaire, que la nouvelle constitution élargit le régime représentatif déjà établi, qu'elle aussi sera soumise à l'acceptation du peuple, appelé ainsi à donner un nouveau mandat au chef du gouvernement.

Avec la Restauration, le principe de la représentation allait être momentanément abandonné. Toute la souveraineté réside en la personne du roi, qui autorise certains citoyens, réunissant des conditions particulières d'âge et de fortune, à désigner, non pas des représentants, mais des fonctionnaires qui, de concert avec une assemblée nommée par le roi, prépareront les lois soumises à la sanction du roi, seul titulaire du pouvoir législatif. Telle était la vraie théorie politique de la Charte. En fait, le droit divin du roi produisit peu de conséquences. Le double dogme de la souveraineté nationale et de son exercice par représentation avait trop profondément pénétré les esprits depuis 1789, pour que le préambule de la Charte pût le faire oublier. Issu d'un compromis, le gouvernement de 1830 ne reposait sur aucune théorie politique. Ne serait-ce pas une des causes principales de son irrémédiable faiblesse?

L'Assemblée constituante de 1848 allait revenir à la pure doctrine de 1791. Elue au suffrage universel, elle se considère comme représentant la souveraineté nationale dans sa plénitude. Malgré la promesse faite par le

gouvernement provisoire, l'Assemblée repousse à deux reprises les propositions de referendum constitutionnel[1]. Dans aucune de nos constitutions, le principe du mandat et de la représentation n'est plus nettement affirmé que dans celle de 1848 : délégation du pouvoir législatif, par le peuple français, à une assemblée unique (art. 20), élue au suffrage direct et universel, assemblée qui doit être *une* parce que « la souveraineté *une* dans son essence est une dans sa représentation » ; délégation du pouvoir exécutif à un président de la République élu aussi au suffrage direct et universel (art. 43) ; délégation du pouvoir judiciaire à l'ordre judiciaire, qui rendra la justice au nom du peuple français (art. 81), mais dont l'assemblée n'a pas le temps d'établir le caractère électif. Quelque paradoxal que cela soit, la doctrine de la proclamation du 2 décembre 1851 est en bonne logique le développement normal de la constitution de 1848. Si le peuple français a pu déléguer sa souveraineté législative à une assemblée, sa souveraineté exécutive à un président, sa souveraineté judiciaire à un corps de magistrats, il peut déléguer à un seul homme sa triple souveraineté législative, exécutive et judiciaire, c'est-à-dire toute sa souveraineté, et lui donner, dans la plénitude de son indépendance, le mandat d'en organiser l'exercice. Mais, dit-on, cette délégation à un seul est une véritable aliénation. Dans le fait c'est incontestable. Mais la théorie néanmoins reste intacte ; et si elle vient ainsi se heurter à la brutalité du fait, c'est précisément qu'elle est fausse et artificielle. D'ailleurs, en 1851, l'expérience n'était pas nouvelle. En 1792, le principe représentatif pur avait

1. Dans la séance du 14 septembre 1848, la proposition est repoussée par la question préalable votée par 543 voix contre 180 ; et, le 23 octobre, une proposition identique de Puységur est repoussée par 733 voix contre 42.

amené l'abdication de la souveraineté populaire entre les mains de la Convention; en 1851, il provoque l'aliénation de cette souveraineté au profit d'un Bonaparte. Le phénomène est identique et produit, par la même cause, le faux principe du mandat représentatif.

Ce principe est cependant encore, on ne saurait guère en douter, celui de notre droit positif. Il n'est pas, il est vrai, inscrit dans nos lois constitutionnelles de 1875. Pressés d'achever une œuvre transactionnelle et qui, dans la pensée de tous, ne devait avoir qu'une vie éphémère, les constituants de 1875 n'ont point voulu formuler de théories générales, mais seulement aller au plus urgent et voter quelques dispositions organiques indispensables. Le mandat représentatif est une règle de notre droit public coutumier, que l'Assemblée de 1871 n'a certainement pas voulu supprimer. Il suffit de rappeler l'article 13 de la loi du 30 novembre 1875, qui déclare « tout mandat impératif nul et de nul effet ». C'est la reproduction des clauses similaires inscrites dans les constitutions de 1791 et de 1848, et considérées alors comme les conséquences immédiates du mandat donné par la nation personne à l'assemblée qu'elle nomme. Ainsi donc aujourd'hui encore, le droit politique de la France repose tout entier sur cette formule : le peuple en son entier, réalité personnelle, distincte des individus qui le composent, la nation personne est titulaire de la souveraineté ; elle l'exerce par des mandataires, qui la représentent au sens juridique du mot. Ces mandataires sont : le parlement auquel la nation délègue le pouvoir législatif ; le président de la République auquel la nation délègue le pouvoir exécutif. Lui aussi est un mandataire, revêtu du caractère représentatif. Depuis 1789 le chef du pouvoir exécutif a ce caractère en France ; aucun texte de nos lois actuelles n'autorise à

dire qu'il lui a été retiré. En un seul point, peut-être, la conception traditionnelle de la représentation a été abandonnée ; il n'est pas bien sûr que l'ordre judiciaire ait encore le caractère représentatif ; peut-être n'est-il qu'une autorité, subordonnée, comme l'autorité administrative, au pouvoir exécutif, avec certaines garanties d'indépendance, établies dans l'intérêt des justiciables. Sous cette réserve, dans le droit positif de la France, au commencement du XX^e^ siècle, le mandat et la représentation sont les formes juridiques dans lesquelles sont encore cristallisées les forces politiques.

## IV

Ce n'est pas d'aujourd'hui que de bons esprits ont compris tout ce que ces formes rigides et vieillies avaient d'incompatible avec les besoins modernes, avec les phénomènes politiques et sociaux de notre temps. Le réalisme anglais est arrivé à créer une organisation politique, entièrement dégagée de théories juridiques sur la nature de l'Etat, du parlement, du ministère. Il n'a d'autre but que d'organiser un système pratique, devant assurer le plus complètement possible la grandeur de l'empire britannique. En France aussi, depuis 1870, on a facilement oublié les tendances théoriques et spéculatives de la Révolution. On les qualifie souvent, même au parlement, du terme dédaigneux de métaphysique politique. Elles paraissent bonnes tout au plus à occuper les loisirs des idéologues. Mais l'homme politique doit les ignorer, car, dit-on, les faits politiques et sociaux ne sont autre chose que les manifestations de forces aveugles, et l'art politique consiste seulement à les agencer le plus habilement pos-

sible, tout au plus à les coordonner, pour que, au lieu de s'annihiler, elles s'ajoutent les unes aux autres et se complètent. La vieille conception du mandat de droit public doit donc être écartée; aucune théorie nouvelle ne doit la remplacer; elle serait, elle aussi, artificielle et caduque.

Mais l'esprit humain, parvenu à un certain degré de culture, ne peut se contenter d'une solution aussi négative. Il a le besoin impérieux de créer une synthèse dogmatique des manifestations phénoménales et de faire rentrer dans les formes de la pensée logique les faits politiques des sociétés contemporaines. De ce besoin propre à toute civilisation raffinée est née une théorie curieuse, merveilleusement construite, et paraissant s'adapter aux faits politiques bien mieux que la conception du mandat représentatif : c'est la théorie juridique de l'organe. On ne la confondra point avec les doctrines organiques, qui, à un moment donné, ont eu tant de crédit dans le monde des sociologues. Peut-être la conception organique des sociétés a-t-elle suggéré la théorie juridique de l'organe. Cependant les deux théories n'ont de commun que le nom : l'une avait la prétention de déterminer en fait et par l'observation la nature interne des sociétés; l'autre est une construction de logique juridique. Sans doute, elle prétend s'appuyer sur les faits; mais elle en donne la traduction dans une formule exclusivement juridique. Gierke en est le créateur[1]; Jellinek l'a précisée et développée dans son application spéciale à l'Etat[2]. En France, elle a toutes les sympathies des jeunes publicistes[3].

1. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887.
2. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900.
3. Saripolos, *la Démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899; — Mestre, *les Personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899.

Les collectivités sont des personnes juridiques ; elles sont susceptibles, comme les personnes individuelles, d'être sujets de droits et grevés d'obligations. Voilà le postulat. Or, ou bien le droit n'est qu'une volonté protégée, ou bien le droit naît en dehors de la volonté, mais ne peut s'exercer et se traduire à l'extérieur que par un acte de volonté. Dans tous les cas, une personne juridique, soit pour la création de ses droits, soit pour leur exercice, doit avoir une volonté. Là où il n'y a pas de volonté, il n'y a pas de droit effectif. Or, de volonté, il n'y en a que chez l'individu humain. Ce seront donc des individus humains qui exprimeront la volonté des personnes collectives. Cela posé, l'organe n'est autre chose que l'individu humain, qui traduit à l'extérieur la volonté de la personne collective. Telle est, réduite à ses éléments simples, toute la conception juridique de l'organe. L'organe, si l'on veut, est un représentant de la personne collective, mais il n'est point un mandataire. Le mandat implique l'existence de deux personnes, la personne du mandant et la personne du mandataire. La notion d'organe implique, au contraire, l'existence d'une seule personne, la personne collective agissant par ses organes. De même que ne peuvent point être détachés de la personne humaine son cerveau, ses yeux, sa langue, et que ce tout ne fait qu'une personne ; de même les organes des personnes collectives ne peuvent point être détachés d'elles-mêmes, et le tout ne fait qu'une seule et unique personne juridique. La collectivité, personne juridique, n'agit point par un mandataire autre personne juridique ; elle agit et veut par ses organes ; c'est une seule et même personne qui veut et agit. Entre le mandant et le mandataire, il y a un rapport de droit ; entre la collectivité et l'organe, il n'y en a point. Un rapport suppose deux termes ; un rapport de droit im-

plique deux personnes; ici, il n'y en a qu'une. Il n'y a qu'une seule entité juridique, la collectivité organisée, la collectivité pensant et voulant par ses organes.

Mais, peut-on dire, les organes des personnes individuelles ne peuvent point servir de support à une construction juridique. Comment et pourquoi en est-il autrement des organes des personnes collectives? Gierke a prévu l'objection. « La personnalité humaine, dit-il, qui, en son unité psychique, indivisible et indissoluble, échappe à toute perception des sens, intervient toujours dans le monde sensible par le moyen d'organes corporels, et n'est saisie que par l'abstraction comme le vrai sujet du vouloir et de l'agir, et cela dans la vie juridique comme dans tous les rapports de vie. » Mais l'organe de l'être individuel humain ne peut évidemment servir de support à une notion de droit. L'organe de l'être individuel ne peut se détacher, même par la pensée, de l'individu lui-même. « Les organes des personnes individuelles, même dans la vie juridique, agissent simplement d'après l'ordonnancement naturel de l'organisme individuel humain, comme instrument de l'unité psychique qui l'anime. Les personnes collectives ont aussi des organes par lesquels seulement elles peuvent vouloir et agir, par lesquels elles acquièrent des droits et sont grevées d'obligations, par lesquels elles exercent leurs droits et accomplissent leurs obligations. Mais ces organes des personnes collectives sont des individus ou des groupes d'individus, c'est-à-dire sont eux-mêmes des personnes juridiques. Les instruments du *vouloir* et de l'*agir* des personnes collectives sont eux-mêmes des personnes juridiques, soit des personnes individuelles, soit des personnes collectives; et dans ce dernier cas ces personnes collectives organes ont elles-mêmes des organes, personnes individuelles ou personnes collectives. » Par suite, la notion d'organe d'une

personne collective devient une notion de droit, puisque ces organes sont des personnes juridiques. Ainsi la notion d'organe est une notion propre au droit corporatif et étrangère au droit objectif individuel. La règle de droit, applicable aux personnes individuelles, ne pénètre pas dans l'essence interne de la personne individuelle ; elle ne peut pas séparer l'individu de ses organes par lesquels il veut et agit; la règle de droit se borne à limiter les manifestations externes de la volonté individuelle. Au contraire, la règle de droit pénètre dans l'essence interne des personnes collectives; les organes par lesquels elles manifestent leur volonté sont ou un des membres ou un groupe des membres qui les constituent; ces membres ou ces groupes de membres sont eux-mêmes des personnes juridiques. Ainsi la notion d'organe des personnes collectives tombe bien sous la prise du droit[1]. Les règles qui déterminent la structure et la limite d'action de ces organes forment ce qu'on peut appeler, au sens tout à fait général du mot, le droit *constitutionnel*, ou plus exactement le droit *organique*. « Le droit constitutionnel (au sens large) doit établir les conditions sous lesquelles une action volontaire humaine... ne doit pas être attribuée aux individus qui l'accomplissent, mais doit être considérée comme une manifestation de la vie de l'être collectif[2]. »

Telle est la notion juridique de l'organe au point de vue de la règle objective. Mais l'organe apparaît aussi comme notion de droit au point de vue subjectif. Cela demande une précision. Dans l'individu ou le groupe d'individus existant comme organe, il faut distinguer très nettement deux qualités. D'abord, cet individu ou ce groupe d'individus forment un organe de la collec-

1. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 608 et suiv.
2. Gierke, *Jahrbücher* de Schmoller, t. VII, 1883, p. 1139.

tivité ; comme tel, l'organe n'est titulaire d'aucun droit subjectif ; il a seulement un pouvoir objectif, la compétence déterminée par le droit *organique*, pour exercer dans une certaine sphère les droits subjectifs de la corporation, ou acquérir à celle-ci des droits et des obligations. « La personne-membre représente comme organe, dans les limites de sa fonction, déterminées par le droit constitutionnel, la personne collective, *juridiquement*, comme les yeux pour la vue, les mains pour le toucher, représentent l'homme. Par l'organe agissant et voulant, c'est l'être collectif qui veut et agit, si bien que dans les circonstances déterminées par le droit constitutionnel le *vouloir* et l'*agir* du membre organe de la corporation, lequel est visible, coïncide juridiquement, absolument avec le vouloir et l'agir de la personnalité corporative, laquelle est invisible[1]. » Mais, d'autre part, dès que la qualité de support d'organe a été établie, conformément au droit objectif, relativement à un individu ou relativement à un groupe d'individus, un droit subjectif naît au profit de cet individu ou de ce groupe. Ce droit n'est point le droit subjectif de manifester la volonté et de réaliser l'action de la corporation, lequel droit a pour sujet, non pas l'organe, mais la corporation. C'est la compétence, pouvoir objectif de l'organe. L'individu ou le groupe d'individus, établi comme organe, conformément au droit objectif organique, à un droit *subjectif* à la reconnaissance de la qualité d'organe. Tout individu ou tout groupe d'individus constitué organe d'une corporation, soit directement par la loi, soit par une nomination faite conformément à la loi, présente donc un double aspect. Il est un organe, et possède comme tel une certaine compétence ; cela n'est point un droit

1. Gierke, *ibid.*, p. 1139.

subjectif de la personne-organe, mais seulement le pouvoir d'exercer les droits dont la corporation est titulaire. En second lieu, la personne constituée organe a un droit subjectif à être reconnu comme organe, et ce droit elle l'a contre tout le monde, contre la corporation personne juridique, contre tous les individus, pris séparément et dont l'ensemble forme la personne corporative. Jellinek a mis nettement en relief cette conception : « Si, dit-il, on analyse le droit à la qualité d'organe, on voit qu'en principe le contenu de ce droit est toujours le même : reconnaissance des personnes dont s'agit comme organes étatiques et admission de celles-ci aux fonctions déterminées par la loi[1]. » Gierke va plus loin, trop loin peut-être pour rester dans la logique de la théorie juridique de l'organe. D'après lui, la notion juridique d'organe est d'abord une notion de droit objectif, qui règle l'existence, la compétence, la formation et l'institution des organes. Mais, dès que la qualité de support d'une fonction d'organe est établie pour une personne ou un groupe, apparaît un rapport de droit public en vertu duquel la corporation a contre sa partie (organe) un droit à l'accomplissement d'une fonction déterminée, et la partie un droit contre la corporation à ce qu'elle lui abandonne la sphère d'activité ainsi déterminée[2].

Cette théorie juridique de l'organe sera complète, quand on aura marqué les différences qui séparent l'organe et le mandataire. Le mandat implique, on l'a déjà dit, l'existence de deux personnalités juridiques, celle du mandant et celle du mandataire. Dans le mandat, il y a deux volontés distinctes, et lorsque le man-

1. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, p. 134. — Cf. le passage très important de son ouvrage intitulé, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 512.
2. Gierke, *Jahrbücher* de Schmoller, t. VII. 1883, p. 1139.

dataire fait un acte pour le mandant, c'est bien réellement la volonté du mandataire qui est exprimée. Directement ou indirectement, les effets juridiques produits par cette volonté du mandataire peuvent se réaliser sur la tête du mandant. Peu importe ; c'est bien réellement une manifestation de la volonté du mandataire qui a eu lieu. Au contraire, la notion d'organe implique l'existence d'une seule volonté, celle de la corporation organisée. Lorsque l'organe fait un acte juridique, ce n'est pas la volonté de l'organe qui se manifeste à l'extérieur, c'est la volonté de la corporation organisée, à la condition, bien entendu, que l'organe agisse dans les limites de sa compétence. Aucun rapport de droit ne naît entre la corporation comme telle et l'organe comme tel. La corporation sans organe est le néant ; et l'organe sans une corporation, dont il exprime la volonté, cesse d'exister en tant qu'organe. Or, il ne peut y avoir de rapport de droit entre deux néants. Sans doute, on l'a vu, l'individu ou le groupe d'individus, support de l'organe, est une personne juridique susceptible d'être sujet des droits et des obligations qui naissent pour et contre elle à l'occasion de sa qualité de support d'organe ; mais ce n'est pas l'organe qui est sujet de ces droits et de ces obligations, c'est l'individu support de l'organe.

De cette différence théorique entre l'organe et le mandataire, résultent des conséquences pratiques très importantes. Aucun rapport n'existe entre la corporation et l'organe comme tel. Un rapport de droit peut exister entre l'Etat et l'individu support de l'organe, rapport ayant pour objet le droit de l'individu à la reconnaissance de la qualité d'organe ou son obligation d'agir comme organe. Mais ce rapport, s'il existe, n'est point régi par les règles du mandat. Ainsi la responsabilité des individus-organes vis-à-vis de la corporation

ne doit aucunement être assimilée à la responsabilité d'un mandataire à l'égard de son mandant. Lorsqu'une personne, par exemple, entre en relations avec un fonctionnaire agissant comme organe de l'Etat, le rapport qui naît alors n'est point celui qui se forme avec un mandataire ; c'est un rapport né directement avec l'Etat corporation. Lorsqu'un organe fait un acte juridique, ce n'est pas lui qui le fait, mais la corporation *organisée*. Par suite, si les effets juridiques des actes des organes sont en question, la corporation est seule partie intéressée et responsable ; l'organe n'est pas, ne peut pas être mis en cause.

Cette conception juridique de l'organe permet aussi d'expliquer la responsabilité délictuelle des personnes corporatives en général et de l'Etat en particulier, responsabilité qui est inexplicable avec la théorie traditionnelle du mandat. Si l'on désigne par l'expression de responsabilité délictuelle toute responsabilité ayant pour cause une faute non contractuelle, soit que cette responsabilité ait pour sanction une peine (responsabilité pénale), soit qu'elle ait une sanction non pénale (responsabilité délictuelle simple), cette responsabilité est essentiellement personnelle et, d'après son principe même, ne peut atteindre que celui dont la volonté a commis une faute entraînant cette responsabilité. Dès lors, supposé que les agents d'une corporation en général ou de l'Etat en particulier soient des mandataires, il est de toute évidence que la faute délictuelle commise par ces agents ne peut entraîner que la responsabilité de ceux-ci et non celle de la corporation ou de l'Etat. Si, au contraire, on voit dans les agents d'une corporation ou de l'Etat des organes de la personne collective, l'acte volontaire de ces organes est acte volontaire de la personne collective ; ce qui nous apparaît extérieurement comme une faute des agents est réelle-

ment faute de la corporation ou de l'État. Il y a donc véritablement volonté délictuelle de la personne collective ; il y a responsabilité personnelle et directe de la corporation ou de l'Etat. Cette responsabilité peut être même pénale. On arrive ainsi à élargir singulièrement le domaine du droit pénal, qui étend désormais son empire, non seulement sur les individus, mais encore sur les collectivités [1].

La théorie est extrêmement ingénieuse. Elle a le grand avantage d'écarter les difficultés auxquelles viennent se heurter les auteurs, et spécialement les civilistes français, qui veulent fonder sur le principe de l'article 1384 du Code civil la responsabilité de l'Etat et des personnes collectives en général pour fautes de leurs agents. Certainement, la règle de l'article 1384 repose sur une présomption de faute personnelle : si l'on est responsable non seulement de son fait, mais encore du fait des personnes dont on doit répondre, c'est parce que la loi présume qu'on a commis une faute en les choisissant mal ou en ne les surveillant pas. Il faut donc toujours qu'il y ait une faute personnelle. Par conséquent, si l'on repousse la théorie juridique de l'organe, la responsabilité de l'article 1384 peut atteindre l'agent qui a choisi l'agent auteur de la faute ou qui est chargé de le surveiller, mais point la personne collective. Ou sous une autre forme : pour que la responsabilité de l'article 1384 puisse atteindre les personnes collectives, il faut une faute personnelle de celles-ci ; or on ne peut concevoir la faute personnelle des personnes collectives qu'avec la théorie juridique de l'organe [2].

1. Cf. Mestre, *les Personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899, particulièrement p. 251 et suiv.

2. D'ailleurs, en nous plaçant exclusivement au point de vue du droit positif français, nous sommes convaincu que les auteurs de l'article 1384

Mais on peut dire : lorsque l'individu organe d'une corporation ou de l'Etat commet une faute délictuelle, il sort de sa compétence, car évidemment il n'a pas reçu compétence pour commettre des fautes ; dès lors il cesse d'être organe, car il n'est organe que dans les limites de sa compétence ; on ne peut donc appliquer la théorie de l'organe, ni dire que les actes délictueux de l'agent sont des manifestations de volonté de l'Etat ou des corporations ; on ne voit pas comment une responsabilité délictuelle peut atteindre directement une personne collective du fait de ses agents ; ceux-ci en commettant une faute cessent d'être organes. Gierke [1] et M. Mestre [2] répondent à cela : sans doute l'individu support d'organe corporatif ou étatique n'agit comme organe que lorsqu'il reste dans le cercle qui lui est tracé par le droit objectif ; mais tout en restant dans ce cercle d'action, il peut commettre une faute. « Le droit, en effet, reconnaît à l'organe de l'être moral et dans le cercle de ses attributions une liberté entière pour parler et agir au nom du groupe. » Si donc l'individu agit dans le cercle de sa compétence, il agit comme organe. Si, dans l'exercice de cette compétence, il commet une faute, c'est un organe qui la commet ; et, la volonté de l'organe se confondant avec la volonté de la corporation, il y a bien véritablement une faute délictuelle et personnelle de la corporation. Si cette corporation est l'Etat, il y a une faute délictuelle et personnelle de l'Etat. — La réponse est assurément ingénieuse. Est-elle concluante ? Ne se heurte-t-elle pas à d'infinies difficultés d'application ? Il arrivera bien un moment où la faute de l'agent sera d'une telle gravité qu'on devra

n'ont point eu en vue la responsabilité des personnes collectives pour faute de leurs agents, et encore moins la responsabilité de l'Etat pour faute de ses fonctionnaires.

1. *Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 764.
2. *Loc. cit.*, p. 257.

certainement le considérer comme étant sorti de sa compétence et comme ayant perdu la qualité d'organe. Comment distinguer les deux situations? La difficulté est la même que pour la jurisprudence française qui admet la distinction entre la faute de l'homme et la faute du fonctionnaire [1].

Si l'organe se distingue du mandataire, l'un et l'autre doivent être soigneusement séparés du préposé. Le mandataire est celui qui fait un acte juridique pour une autre personne. Le préposé est celui qui accomplit un agissement quelconque, mais n'ayant pas le caractère juridique[2], dans l'intérêt d'une autre personne. Peu importe d'ailleurs le rapport de droit existant entre le préposant et le préposé : ce peut être un mandat, un louage de service, une gestion d'affaires; le préposé peut être même organe du préposant, personne collective. La qualité de préposé ne dérive donc point de tel ou tel rapport de droit unissant le préposé et le préposant; elle résulte simplement de ce fait qu'un individu accomplit un certain agissement, n'ayant pas le caractère d'un acte juridique, dans l'intérêt d'une autre personne. Le mandataire, au contraire, fait un acte juridique pour le compte du mandant; il n'y a de mandataire qu'à cette condition. La même différence sépare l'organe et le préposé. L'organe est instrument de *vouloir* et d'*agir* d'une personne corporative. Or, dans la conception juridico-organique, les personnes collectives sont exclusivement des personnes juridiques; elles n'ont qu'un vouloir et un agir juridiques, elles ne peuvent faire que des actes juridiques. Un individu ou un groupe d'individus ne peut donc être l'organe d'une corporation ou de l'Etat qu'en tant qu'il fait

1. Voir *infra*, chap. v, § 11.
2. Pour le caractère spécifique de l'acte juridique, voir notre livre : *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. iv.

des actes juridiques. Tout individu, qui accomplit au profit d'une corporation un agissement n'ayant pas le caractère d'acte juridique, n'agit pas comme organe de cette corporation, mais comme préposé. Tous les actes purement matériels, accomplis par les nombreux agents des collectivités politiques ou autres, par exemple les travaux de voirie, de constructions, les travaux industriels, les transports, l'enseignement même, n'ont pas le caractère d'actes juridiques, et les agents qui les font ne sont pas des organes, mais des préposés de la personne collective. Ce n'est pas la collectivité, ce n'est pas l'Etat qui fait des routes ou des canaux, construit des édifices, enseigne dans une université ou un lycée. Il y a là de simples actes de l'activité individuelle et non pas des manifestations de l'activité corporative ou étatique. L'individu, qui fait ces différents actes pour le compte de l'Etat, n'est pas organe de la volonté de l'Etat ; il exprime sa volonté propre ; il manifeste son activité individuelle propre. Comme le dit Jellinek, « le professeur d'université n'enseigne pas la mathématique du roi de Prusse ou la psychologie du grand-duc de Bade[1]. » Pour tous les actes, qui n'ont point le caractère d'actes juridiques, la personne collective, l'Etat lui-même, ne peut point s'approprier l'activité de l'individu. Elle peut provoquer, ordonner, diriger cette activité ; mais cette activité reste proprement individuelle. « L'Etat, dit Jellinek, peut ordonner le *quantum*, mais non le *quale* de la prestation » ; ou encore « c'est seulement le *que* et non le *comment* de cette activité, qui doit être attribué à l'Etat[2]. » Il résulte de cela que toutes les conséquences qui se rattachent à la qualité d'organe ne s'appliquent point ici.

1. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 233.
2. Jellinek, *Ibid.*, p. 513.

## V

Telle est dans ses grandes lignes cette théorie juridique de l'organe. Formulée d'une manière générale pour toute corporation, elle s'applique telle quelle à l'Etat, et devient naturellement la forme juridique générale des institutions politiques, administratives et judiciaires. L'Etat est conçu juridiquement comme une corporation territoriale. Sans doute il est la corporation la plus puissante et la plus importante existant sur un territoire donné; sans doute il possède la puissance politique, l'*Herrschaft*, et souvent, sinon toujours la souveraineté; mais juridiquement il n'est rien autre qu'une corporation. On appliquera donc à l'Etat purement et simplement la théorie juridique de l'organe corporatif[1].

Tout d'abord une distinction fondamentale est faite entre les organes *directs* et les organes *indirects* de l'Etat. Dans tout Etat existent des organes *directs*, dont la forme donne à la corporation étatique sa forme même. Le renversement de ces organes directs, ou bien entraînerait la désorganisation de l'Etat, ou bien serait une révolution fondamentale. Ces organes sont appelés *directs*, parce qu'ils dérivent directement de l'organisation constitutive de l'Etat. Ils existent directement par cela même qu'un Etat se constitue. Il n'y a personne à qui, par suite de leur qualité d'organe, ils soient subordonnés. Ils sont, en réalité, l'Etat lui-même; et, suivant la forte expression de Jellinek, sans eux il n'y aurait qu'un néant juridique. Ce n'est que par eux que l'Etat est une personne juridique

1. Cf. surtout Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 494 et suiv.

et possède un *vouloir* et un *agir* juridiques. La structure de ces organes directs a varié et peut varier à l'infini. Un homme peut être à lui seul l'organe de toute la puissance étatique. La monarchie absolue est le type d'Etat avec un organe direct individuel unique. Des collèges de personnes physiques peuvent former des organes directs. Il peut y avoir un seul collège organe direct, ou plusieurs collèges organes directs. Ces organes directs collégiaux peuvent être l'assemblée du peuple, le corps électoral, le parlement. On voit déjà que, dans cette théorie de l'organe, la nation cesse d'être une personne collective, titulaire de la souveraineté originaire et inaliénable, et devient un simple organe de l'Etat, seul titulaire de la puissance politique. Quoi qu'il en soit de ce point [1], tout collège constitué en organe est une unité malgré sa forme collégiale. Il n'y a pas une somme de volontés individuelles ; il n'y a pas autant de volontés qu'il y a de membres du collège ; il n'y a qu'une volonté collégiale, et cette volonté *une* de l'organe collégial est directement la volonté de l'Etat [2]. Quant aux membres du collège-organe, ils sont eux aussi des organes : ils sont organes de l'organe-collège, lequel est organe de l'Etat ; et pour cette raison on appelle les individus, composant les organes collégiaux, des *organes-parties*. Des corporations peuvent elles-mêmes être organes directs d'un Etat. Dans l'Etat fédéral, les Etats-membres qui le composent sont organes directs de l'Etat central, et les organes directs des Etats-membres sont organes d'organe et organes directs d'une corporation, organes directs de l'Etat-membre, et organes de l'organe qu'est l'Etat-membre par rapport à l'Etat collectif.

Les organes directs sont ou des organes de création

1. Voir *infra*, chap. I, §§ 1 et 2.
2. Voir *infra*, chap. II, § 1.

ou des organes créés. Un organe direct peut exister par cela seul que l'ordre juridique attribue directement à des individus, ayant une certaine situation, la qualité d'organe, par exemple la qualité de monarque à tel membre d'une famille, la qualité d'électeur à tel citoyen réunissant certaines conditions d'âge, de sexe, de fortune. Mais il peut se faire qu'un organe puisse n'exister qu'au moyen d'un acte juridique spécial, par suite juridiquement réglé, ayant pour objet la création d'un organe direct. L'organe, naissant ainsi à la suite de cet acte juridique, est un organe direct, mais un organe créé. Les personnes, établissant par un acte de volonté des organes directs, sont aussi des organes directs, des organes de création. Elles ne peuvent agir que dans les limites de leur compétence constitutionnelle. Juridiquement aucun rapport n'existe entre l'organe créateur et l'organe créé. L'organe créé est un organe direct; juridiquement, il est complètement indépendant de l'organe de création. En fait il peut lui être subordonné; en droit il est complètement indépendant de lui. L'organe créé n'est point un mandataire de l'organe créateur; il n'est même pas un organe de l'organe créateur, et ainsi l'organe direct créé se distingue de l'organe direct secondaire. Toute monarchie élective offre l'exemple d'un organe direct créé, par exemple, l'ancienne monarchie polonaise, le Saint-Empire, dont le chef était élu par les princes électeurs. Dans l'Eglise catholique, le pape est élu par le collège des cardinaux; il est un organe direct créé, et complètement indépendant en fait et en droit du Sacré-Collège, organe de création. En France, aux termes de l'article 2 de la loi constitutionnelle du 15 février 1875, le président de la République est élu par les chambres réunies en assemblée nationale; il est un organe direct créé, complètement indépendant en droit des chambres, organes de création. La créa-

tion d'un organe est un acte de volonté ; mais ce n'est pas cet acte de volonté qui donne à l'organe créé sa qualité et son pouvoir d'organe ; il les reçoit du droit objectif. L'acte de création est une condition, à l'arrivée de laquelle est subordonnée l'application de la loi organique, donnant la qualité et le pouvoir d'organe à tel individu ou à tel groupe d'individus. On comprend ainsi comment l'organe créé peut avoir des pouvoirs plus étendus que ceux de l'organe créateur.

Voisine de la distinction qui précède, mais cependant différente d'elle, apparaît une autre classification des organes directs : les organes directs *primaires* et les organes directs *secondaires*. « Les organes directs secondaires sont ceux qui sont à l'égard d'autres organes en un rapport d'organe, si bien qu'ils *représentent* cet organe directement. Ici l'organe primaire représenté ne peut exprimer sa volonté que par son organe secondaire ; la volonté de l'organe secondaire doit être considérée directement comme la volonté de l'organe primaire[1]. » L'organe secondaire d'une corporation est l'organe direct d'un organe direct de cette corporation. L'organe secondaire de l'Etat est un organe direct d'un organe direct de l'Etat. Quand, par suite de sa nature propre ou de diverses autres circonstances, un organe direct de l'Etat ne peut exprimer sa volonté que par l'instrument d'un organe, celui-ci est organe direct de l'organe direct de l'Etat, et organe direct secondaire de l'Etat. Par application de la notion d'organe, la volonté de l'organe secondaire est la volonté même de l'organe direct dont il est l'organe. Ainsi l'organe secondaire est bien un organe direct de l'Etat, puisqu'il est l'instrument de volonté d'un organe direct ; cependant il se distingue de l'organe direct primaire, puisqu'il est

1. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 500.

organe de celui-ci. On voit ainsi la différence qui, d'après cette théorie, sépare l'organe direct créé et l'organe direct secondaire. L'organe direct créé n'est point lui un organe de l'organe de création.

D'ailleurs, l'organe secondaire n'est point mandataire de l'organe primaire; on sait en quoi la notion d'organe se distingue de la notion de mandataire. Cependant, il faut logiquement qu'il y ait autant que possible *adéquation* entre la volonté de l'organe primaire et celle de l'organe secondaire. Aux rapports de l'organe primaire et de l'organe secondaire, Jellinek rattache tout ce qu'on appelle improprement la représentation politique. Les parlements sont des organes directs de l'Etat, mais des organes secondaires; leur volonté vaut comme volonté de l'organe primaire, en général le peuple, le corps électoral, dont ils sont l'organe; et, dans cette conception, cela peut être vrai même des parlements non électifs[1].

On distingue enfin les organes directs *autonomes* et les organes directs *non-autonomes*. Les organes *autonomes* sont ceux qui peuvent exprimer une volonté, qui possède directement et par elle-même une force obligatoire pour l'Etat ou ses sujets. Les organes *non-autonomes* sont ceux dont la volonté ne possède pas cette force. Il arrive souvent que la volonté des organes non-autonomes vient limiter la volonté des organes autonomes, en ce sens que l'adhésion de l'organe non-autonome est nécessaire pour rendre juridiquement valable la volonté de l'organe autonome, ou en ce sens que la volonté de l'organe autonome a besoin d'une ratification postérieure, donnée par l'organe non-autonome, le refus de ratification pouvant avoir des conséquences diverses. Cette distinction des organes autonomes et des

1. Voir *infra*, chap. II, § 6.

organes non-autonomes existe surtout dans les monarchies limitées. La doctrine allemande voit l'organe direct autonome dans le monarque ; le parlement n'est qu'un organe direct non-autonome. La volonté du monarque a par elle-même une force juridiquement obligatoire. La volonté du parlement n'a point cette force. Elle limite cependant la volonté de l'organe autonome, le monarque : la volonté de celui-ci dans certains cas ne peut produire d'effet que si elle est conforme à la volonté du parlement, par exemple en matière législative et financière.

De tout cela, il résulte que l'essence de tout organe direct, quel qu'il soit, consiste en ce qu'il ne peut jamais être soumis à la puissance commandante d'un autre organe. Le type le plus simple d'Etat est celui où il y a un seul organe direct, particulièrement celui dont l'organe direct est un seul individu et par conséquent ne se compose pas d'organes-parties. C'est la monarchie absolue. Mais il peut y avoir dans un Etat plusieurs organes directs, et aujourd'hui même il en est ainsi dans la plupart des pays. Si ces organes directs sont l'un organe autonome, les autres organes non-autonomes, point de difficultés. L'organe direct autonome est toujours investi d'une puissance qui fait défaut aux organes non-autonomes; il est le plus haut et le plus puissant. Mais comment les choses se passent-elles lorsqu'il y a plusieurs organes autonomes? « En pareil cas, dit Jellinek, ou bien une rigoureuse limitation des compétences doit exister, ou bien des conflits politiques sont inévitables. Ces conflits aboutissent à l'annihilation d'un organe par l'autre, ou à la concentration des pouvoirs en un seul organe. En fait, il y aura toujours un organe plus puissant que les autres, ou il y aura une tendance à ce qu'un organe soit plus puissant que les autres, parce que, ainsi, les conflits

entre les organes directs sont réduits au minimum. » Mais cela est le point de vue politique qu'il ne faut point confondre avec le point de vue juridique : juridiquement il n'est point nécessaire que toute la puissance politique soit concentrée dans un seul organe. La théorie de la personnalité de l'Etat exige qu'on repousse cette idée. Dire en effet que toute la puissance politique doit juridiquement se concentrer dans un seul organe, c'est créer un dualisme dans l'Etat, c'est distinguer deux personnalités, celle de l'Etat et celle de l'organe concentrant la puissance. Or, il n'y a qu'un seul titulaire de la puissance politique, l'Etat conçu comme corporation, qui peut avoir un ou plusieurs organes[1].

Cependant (et nous ne sommes pas bien sûr que les partisans de la doctrine juridico-organique ne se mettent pas en contradiction avec eux-mêmes), on ajoute : quand il y a plusieurs organes directs, tout Etat a besoin d'un organe suprême ; cet organe suprême n'est point un individu ou un groupe investi de la souveraineté originaire ; il n'y en a point ; l'organe suprême n'est point non plus celui qui peut imposer sa volonté aux autres organes ; là où il y a plusieurs organes directs, jamais l'un d'eux ne peut être soumis à l'*imperium* d'un autre. L'organe suprême est celui qui place et maintient l'Etat en activité, celui qui donne l'impulsion à l'ensemble de l'activité étatique, et dont, par suite, l'inactivité entraînerait la paralysie générale de l'Etat. Dans une monarchie, l'organe suprême est le monarque ; dans une république, l'organe suprême est une collectivité, un groupe, une classe ou le peuple

1. Jellinek, *loc. cit.*, p. 502-504. Cette théorie de l'organe concentrant, toute la puissance, théorie que repousse Jellinek, est sensiblement analogue à la théorie du *Träger*, repoussée aussi par Jellinek pour les mêmes raisons, et défendue cependant par quelques auteurs estimés. Voir, notamment, G. Meyer, *Allgemeine Staatslehre*, p. 12 et suiv., 4e édit. 1895 ; — Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, 1899, p. 176.

lui-même, ou son organe secondaire, le parlement, puisque, par le phénomène juridique de l'organe secondaire, la volonté de celui-ci est vraiment la volonté de l'organe primaire dont il est l'organe.

Malgré cette notion de l'organe suprême, il reste vrai dans la théorie juridique de l'organe que, là où il y a pluralité d'organes directs, primaires ou secondaires, bien que l'un d'eux soit organe suprême, jamais aucun d'eux ne peut être soumis à l'*imperium* d'un autre, en ce sens que jamais un organe direct, même qualifié de suprême, ne peut imposer sa volonté à un autre organe direct; que même un organe direct primaire ne peut imposer sa volonté à son organe, organe direct secondaire de l'Etat.

Cela montre en même temps la différence des organes *directs*, même secondaires, d'avec les organes *indirects*. Ce sont ceux dont l'existence ne repose pas directement sur la constitution, mais résulte d'une commission individuelle à eux donnée. Les organes indirects sont toujours directement ou indirectement subordonnés à un organe direct, et responsables vis-à-vis de lui. Cette subordination et cette responsabilité peuvent être limitées; elles peuvent être considérablement réduites comme pour les agents judiciaires; mais elles existent toujours. L'activité de l'organe indirect est une activité dérivée. Par là on n'entend point que la compétence de l'organe indirect soit une concession d'une partie de la compétence de l'organe direct qui le constitue; mais on veut dire que, d'après leur origine, les organes indirects sont des individus qu'établit un organe direct, pour accomplir une certaine fonction étatique sous son autorité, son impulsion et sa direction.

Quel est le caractère juridique de l'acte par lequel un organe indirect est établi? C'est une question très

délicate, et sur laquelle l'accord complet ne s'est point encore fait entre les partisans de la doctrine juridico-organique. Tantôt on y voit un acte unilatéral de puissance publique, accompli par l'organe direct, exprimant la volonté de l'Etat et exerçant sa puissance publique. Tantôt on voit dans l'établissement d'un organe indirect un acte complexe : d'une part, un contrat spécial de droit public entre l'individu, qui va acquérir la qualité d'organe indirect, et l'Etat, contrat par lequel l'individu s'engage à mettre une certaine activité au service de l'Etat, qui lui promet en retour certains avantages (traitement, retraite, honneurs); et d'autre part, un acte unilatéral de puissance publique, qui donne à l'individu, investi de la qualité d'organe, telles et telles attributions actives, c'est-à-dire compétence pour agir dans un cercle d'activité déterminé[1].

Des collectivités peuvent être organes indirects de l'Etat, comme elles peuvent être organes directs. Dans les pays unitaires mais décentralisés, les groupes autonomes sont des organes indirects. Ils sont créés par des organes directs, pour exercer, sous l'impulsion et l'autorité de ceux-ci, certaines fonctions. Au contraire, dans les Etats fédéraux les Etats-membres sont des organes directs; et leurs organes directs sont des organes directs secondaires de l'Etat central. Dans l'Etat décentralisé, les groupes autonomes n'étant que des organes indirects, leurs organes directs sont évidemment des organes indirects secondaires de l'Etat. Telle serait, du point de vue juridico-organique, la différence entre l'Etat-membre et l'unité décentralisée[2].

1. Cf. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 418 et suiv.; édit. franç., 1901, t. II, p. 127 et suiv.; — Kammerer, *la Fonction publique en Allemagne*, 1899. — Voir *infra*, chap. IV, §§ 3, 4 et 5.

2. Voir sur la célèbre question *infra*, chap. VI. — La solution donnée au texte paraît bien être celle exposée par Jellinek dans son livre

## VI

Mandat représentatif ou situation d'organe, telles sont les formes juridiques, dans lesquelles on a essayé de faire rentrer toutes les relations, naissant des institutions politiques, administratives et judiciaires des peuples modernes. Forte d'un long passé, merveilleusement adaptée à l'esprit latin, amoureux d'unité et de simplicité, la notion du mandat est toujours dominante dans la doctrine française et les législations positives issues de la Révolution. Plus subtile et plus abstraite, parfaitement adaptée à la notion toute germanique de corporation, la théorie de l'organe juridique est un produit en quelque sorte spontané de la pensée allemande; et elle a trouvé au delà du Rhin un sol particulièrement propice à son plein développement. A en croire de bons esprits, on détruirait le droit public jusque dans ses premiers fondements, si l'on ne faisait rentrer toutes les solutions dans le cadre étroit du mandat ou de l'organe, si l'on ne voyait dans un gouvernant, dans un fonctionnaire, un mandataire de la nation, de l'Etat, ou bien un organe de la collectivité corporative qu'est l'Etat. S'il en était ainsi, et s'il nous fallait forcément opter entre l'une ou l'autre de ces conceptions, nous n'hésiterions pas, et nous accepterions assurément la théorie juridique de l'organe. Mais l'une et l'autre doctrines impliquent la reconnaissance de l'Etat comme personne; or, cette personnalité de l'Etat, nous l'avons

*Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 591. Mais sa pensée sur ce point nous semble obscure et se concilie assez mal avec ce qu'il écrit dans *System der subjectiven Rechte*, 1892, p. 253 et 281.

niée [1]. A tort ou à raison nous restons toujours convaincu qu'en faisant de l'Etat une personne, on amoncelle fictions sur fictions, abstractions sur abstractions, qu'on sort de la réalité des faits pour créer un monde imaginaire et qu'on accumule à plaisir les difficultés. Le droit public moderne ne sera vraiment constitué que lorsque, laissant de côté abstractions ou fictions, les juristes se placeront uniquement en présence des faits. L'une et l'autre, la théorie du mandat représentatif et la théorie de l'organe juridique, reposent sur un postulat indémontré et indémontrable, et de plus inutile : elles impliquent qu'une certaine personne collective est titulaire de la puissance publique, conçue comme un droit subjectif. Or cela n'est pas, ne peut pas être.

Si cependant nous acceptons un instant le postulat de la personnalité de l'Etat, la théorie juridique de l'organe nous paraît mériter assurément la préférence. Ce n'est pas au reste que la conception du mandat, appliquée aux gouvernants et aux divers fonctionaires de l'Etat, ne présente quelques avantages. Depuis des siècles, l'esprit des juristes est accoutumé à cette idée de la représentation du mandat par le mandataire. Dans le droit privé, le mandant est une forme juridique, qui paraît appartenir au droit commun des peuples civilisés, et à laquelle s'adaptent facilement beaucoup des rapports de droit naissant entre les particuliers. Il semble donc que le mandat et la représentation qui en découle aient l'avantage de donner une forme une à des rapports importants de droit public et de droit privé. Sans doute, on reconnaît que toutes les règles du mandat de droit privé ne sont point applicables au mandat de droit public, que par exemple, la révocation du mandataire, l'obligation du mandataire

1. Voir notre volume, *l'État, le droit objectif et la loi positive*, 1900.

de rendre compte à son mandant, n'ont pas, ne peuvent pas avoir en droit public les mêmes sanctions qu'en droit privé. Mais sous cette réserve, on affirme qu'on se trouve en présence de ces faits : une personne est titulaire d'un droit, la puissance publique; cette personne est le monarque dans la monarchie de droit divin, le peuple personnifié dans les démocraties modernes; cette personne n'exerce pas elle-même le droit dont elle est titulaire; il est exercé en son nom par une autre ou plusieurs autres personnes; les effets de l'acte sont les mêmes que s'il avait été fait par le titulaire du droit, le titulaire de la puissance publique. Or, dit-on, il y a longtemps qu'on a trouvé la forme juridique de ces faits; c'est le mandat et la représentation qui en résulte. Et tout ainsi paraît très simple.

Mais, si l'on va un peu plus loin, on s'aperçoit bientôt que la simplicité n'est qu'apparente, que le problème n'est point résolu, que les difficultés se pressent de toutes parts. Déjà, Rousseau et ses fidèles avaient justement observé que la volonté ne se représente pas et qu'il est contradictoire d'affirmer en même temps que la souveraineté est inaliénable et qu'elle s'exerce par représentation. Mais de plus, les juristes de l'Allemagne moderne l'ont nettement montré, la notion de représentation et de mandat implique l'existence de deux personnes juridiques distinctes, la personne du mandant et la personne du mandataire. On affirme d'autre part l'unité et l'indivisibilité de l'Etat. Et en effet, s'il est une personne, il est *un*. En admettant qu'un individu, un groupe ou la collectivité tout entière est titulaire de la puissance publique et en délègue l'exercice au gouvernement, pris au sens général du mot, on crée une véritable dualité dans l'Etat. On divise l'Etat en deux personnes, l'Etat titulaire du pouvoir originaire, l'Etat titulaire du droit d'exercer ce pouvoir. Or le titulaire de

la puissance politique avec toutes ses prérogatives, de la puissance politique en soi et en action, est une personne une et indivisible que l'on appelle précisément l'Etat. De deux choses l'une, ou l'on voit dans la personne titulaire de la souveraineté originaire une personne distincte de l'Etat, et alors on crée dans le monde politique une dualité qui ne s'explique pas, et qui est en désaccord avec tous les faits que l'on veut précisément expliquer par la notion de l'Etat-personne; ou bien l'on veut fondre en une personnalité unique l'élément sujet de la souveraineté originaire et le gouvernement titulaire du droit de l'exercer, et alors on aboutit à la notion juridique de l'organe, à l'Etat-personne juridique une et indivisible, voulant et agissant par des organes.

Au reste, cette théorie juridique de l'organe est merveilleusement construite; elle est d'une élégance juridique achevée, qui eût fait envie aux juristes les plus consommés de la vieille Rome. Elle s'adapte facilement à la conception moderne de l'Etat corporatif. Dans toute corporation, c'est-à-dire dans toute association assez fortement intégrée pour constituer une personne juridique, elle voit un élément un et indivisible. Les actes de l'organe ne sont point ceux d'un individu agissant pour le compte d'un autre; ils sont ceux de la corporation agissant et voulant elle-même, créant directement des effets de droit par sa propre volonté et responsable directement. Ainsi l'unité de la personne corporative reste parfaitement intacte. Appliquée à l'Etat, la théorie juridique de l'organe aboutit aux mêmes résultats. L'Etat est et reste une personne corporative et indivisible, seule titulaire de la puissance publique; les gouvernants, les fonctionnaires, les nations, les parlements, les chefs d'Etat sont des individus qui expriment la volonté de l'Etat; ce ne sont pas eux qui veulent et agissent; c'est l'Etat qui veut et agit par

eux. Il y a entre eux et l'Etat une union intime et indissoluble, aussi étroite que celle de l'homme individuel et de ses organes. Tous les faits politiques modernes, et notamment l'irresponsabilité des chefs d'Etat et des parlements, la responsabilité directe de l'Etat vis-à-vis des particuliers s'expliquent facilement. Cette forme juridique nouvelle, l'organe, semble offrir ainsi un cadre, à la fois assez fixe pour servir de fondement à une construction juridique solide, assez souple et assez vaste pour englober les phénomènes si complexes et si divers du monde politique moderne.

Cependant, nous ne saurions accepter cette théorie de l'organe. D'abord, elle suppose le postulat de la personnalité de l'Etat, que nous rejetons. En outre, appliquée à l'Etat, elle aboutit forcément à une impasse. Les organes appelés directs sont, dit-on, donnés directement par l'organisation même de la corporation, par la constitution même de l'Etat; ils sont, ajoute-t-on, en réalité l'Etat lui-même, et sans eux il n'y a pas d'Etat. Nous répondons : si ce sont là des organes, il faut qu'il y ait derrière eux une volonté dont ils soient les organes; ils n'existent comme organes que par cette volonté; mais cette volonté est une volonté collective qui n'existe elle-même que par ses organes. Finalement, est-ce la volonté de l'Etat qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui existent par la volonté de l'Etat? Impasse de laquelle on ne peut point sortir.

Ce n'est pas tout. Les organes directs dérivent directement de la constitution. Acceptons-le. Cette constitution émane elle-même de l'Etat. Elle est une manifestation de la volonté de l'Etat; or, pour exprimer sa volonté, il faut à l'Etat un organe ou plusieurs organes; il lui en faut au moins un. Donc il n'est pas vrai de dire que les organes directs dérivent directement de la constitution; ils sont créés par l'organe de l'Etat qui a compétence

pour faire la constitution; d'après la terminologie de Jellinek, ils sont des organes créés par l'organe constituant, organe créateur. Mais l'organe constituant lui-même, d'où vient-il? Organe direct, il émane de la volonté de l'Etat; il sera lui aussi un organe créé par un autre organe. Et ainsi de suite. Où donc trouver l'organe véritablement direct et primaire, le premier organe de création? Nous n'apercevons que des organes créés, et le vrai problème du droit public est de saisir l'organe vraiment créateur. La théorie juridico-organique le passe sous silence; et c'est là son vice irrémédiable. On n'a point tout dit, ou mieux on n'a rien dit quand on a déclaré que l'Etat est un, que ses organes, créés par lui, sont lui-même, expriment sa volonté et traduisent son activité. Il faut, coûte que coûte, arriver à montrer l'élément véritablement primaire, générateur de tous ces organes. Cet élément ne peut être qu'extrinsèque à l'Etat. S'il est dans l'Etat, il est lui-même créé par l'Etat. Extrinsèque à l'Etat, il n'est pas un organe de l'Etat; c'est le titulaire de la souveraineté primaire, un monarque investi d'une mission divine, le peuple tout entier, souverain de droit parce qu'en commandant il ne commande qu'à lui-même, suivant la formule de J.-J. Rousseau. Nous voilà donc ramenés à la doctrine traditionnelle d'un détenteur de la souveraineté originaire, distinct de l'Etat. Mais cette doctrine ne peut rendre compte des organisations politiques qu'en appliquant la notion de mandat; et on a vu plus haut tout ce que cette notion avait d'artificiel et de chimérique.

La situation est donc celle-ci. Ou bien on veut résoudre la question de l'origine de la souveraineté, et on apporte la seule solution possible : l'affirmation d'un élément antérieur et supérieur à l'Etat lui-même, titulaire de la souveraineté primaire, constituant l'Etat, et

donnant par délégation des droits de puissance aux gouvernants qu'il institue, alors tout le droit public se résume dans une théorie du mandat et de la représentation; ce qui est inadmissible. Ou bien on accepte la doctrine juridico-organique; alors on s'enferme dans un cercle vicieux infranchissable.

La conclusion de tout cela s'impose : les postulats dont on part sont faux; faux le postulat de l'Etat-personne; faux celui de la puissance droit subjectif; fausses aussi, par conséquent, les déductions qu'on y rattache. Loin de nous cependant la pensée de méconnaître la nécessité d'établir une construction juridique des relations, qui naissent dans les pays modernes entre les gouvernants et les agents. Gouvernants et particuliers sont soumis à la règle de droit; cette règle de droit ne devient vraiment efficace que par une construction, qui doit être d'autant plus souple et résistante que les faits qu'elle embrasse sont plus divers et plus nombreux, que les hommes qu'elle lie sont plus puissants. La construction juridique est la caution du droit, et à tout prendre le degré de civilisation d'un peuple se mesure à son respect pour le droit. Nous essayons dans ce livre de construire juridiquement les principaux rapports politiques, en écartant résolument toute idée de mandat et d'organe. Puisse-t-il sortir de notre effort quelques parcelles de vérité !

# L'ÉTAT

## LES GOUVERNANTS ET LES AGENTS

## CHAPITRE I

### LA NATION

I. La nation conçue comme personne juridique. — II. La nation personne souveraine. Critique de cette construction juridique. — III. La nation organe de l'Etat. — IV. Critique de cette doctrine. — V. La volonté individuelle des membres de la nation. La question de l'électorat. — VI. Nature juridique de l'électorat dans la doctrine de la nation-personne. Théorie de Rousseau. — VII. Nature juridique de l'électorat dans le droit positif français. — VIII. Nature juridique de l'électorat dans le droit positif français (*suite*). — IX. Nature juridique de l'électorat dans la doctrine de la nation-organe. — X. La vraie nature de l'électorat. — XI. Conciliation de cette notion avec le droit positif français.

A quiconque tente un essai de construction juridico-politique, une première question apparaît : quelle est la nature juridique de la nation? La souveraineté nationale est le lieu commun par excellence de la politique moderne : la nation veut, la nation commande, la volonté du peuple est la loi. Que ce soient là des mots vides de sens, on l'a montré ailleurs[1]. Il est cependant hors de conteste que, dans les pays modernes, un nombre toujours plus grand des individus qui composent la nation participent à la direction des affaires

1. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. I, § 2.

publiques, que les distinctions de classes politiques (nous ne parlons pas des classes sociales) s'effacent de plus en plus, soit que, comme en Suisse, par le système du referendum, l'ensemble des citoyens majeurs du sexe masculin soient appelés à se prononcer directement sur le texte de la loi, soit que, comme en France et dans tous les pays de suffrage universel ou quasi-universel, tous les citoyens mâles, bientôt peut-être tous les citoyens sans distinction de sexe, soient appelés à désigner par l'élection les gouvernants. En réalité, parler de la souveraineté et de la volonté nationales, c'est parler de ce pouvoir de décision ou d'élection reconnu dans chaque pays à un nombre de plus en plus grand de personnes. Il y a là un fait; d'aucuns y voient un fait légitimé, en ce sens que seule serait légitime une autorité politique fondée sur le consentement du plus grand nombre. A dire le vrai, on ne saurait discuter cette question, parce que la légitimité d'un fait ne se discute pas; un fait est ou n'est pas. Dans tous les pays civilisés, la puissance politique tend de plus en plus à appartenir au plus grand nombre. Par suite de l'égalisation croissante des capacités, des conditions et des fortunes, les plus forts sont les plus nombreux, et comme la puissance politique est tout simplement la puissance des plus forts, la puissance politique appartient en fait aux plus nombreux. Volonté nationale, souveraineté de la nation, simples expressions métaphoriques qui expriment le fait de la plus grande puissance du nombre. Le juriste doit donner à ce fait une forme juridique et préparer ainsi des institutions politiques régulières et intégrées, qui assurent le mieux possible l'accomplissement, par les majorités et leurs agents, des devoirs qui s'imposent à l'Etat. Tel est le problème du caractère juridique de la nation.

## I

Les publicistes et le législateur français, sous l'empire des précédents historiques, ont élaboré une théorie juridique de la nation, la théorie de la nation-personne. Elle se résume ainsi : la collectivité sociale, groupe, cité, nation est une personne distincte de l'Etat et distincte aussi des individus qui la composent; elle est titulaire de la souveraineté originaire par cela seul qu'elle est la collectivité et qu'elle est par conséquent la volonté générale, supérieure comme telle aux volontés individuelles. Cette volonté est la volonté souveraine. La nation-personne possède la souveraineté originaire, une, indivisible et inaliénable. Elle peut l'exercer elle-même et directement. Mais peut-elle, tout en se réservant l'essence de la souveraineté, déléguer cette même souveraineté à des gouvernants, mandataires, qui l'exerceront par représentation? Sur ce point, la doctrine française est divisée. Cependant aujourd'hui l'opinion dominante admet que la nation peut déléguer sa souveraineté à des individus ou à des groupes d'individus, qui l'exerceront au nom de la nation, et sous une certaine responsabilité devant elle. On dit alors que le gouvernement est représentatif. La nation organise elle-même cette représentation. Mais, par là, elle n'abdique point sa souveraineté; au moins théoriquement elle peut toujours la reprendre quand bon lui semble.

Qu'on admette la possibilité du mandat représentatif donné par la nation ou qu'on soutienne avec Rousseau et ses disciples que toute représentation est impossible, que la nation doit faire elle-même les lois,

qu'elle peut seulement instituer des *commis* pour préparer des projets de loi et pour exécuter ses volontés, il reste vrai que, dans les deux conceptions, la nation prise comme telle est une personne, antérieure et supérieure à l'Etat, titulaire de la souveraineté originaire, qu'il n'y a un Etat proprement dit que lorsque la nation s'est politiquement organisée, soit qu'elle exerce directement la souveraineté dans des conditions qu'elle-même détermine, soit qu'elle établisse des individus ou des groupes mandataires, qui exerceront la souveraineté en son nom. Dans ce cas, elle ne délègue que les prérogatives de la souveraineté, elle en conserve la substance. On construit ainsi juridiquement le fait de la participation du plus grand nombre à la puissance politique en faisant de la collectivité une personne juridique, titulaire du droit subjectif de souveraineté qu'elle donne *mandat* d'exercer. La construction juridique est faite dans toutes les règles de l'art. On essaiera de montrer plus loin combien l'édifice est fragile. Il trouve cependant ses fondements dans un lointain passé historique, et le principe directeur en a été maintes fois solennellement affirmé en France et à l'étranger. Il est inutile de passer en revue ces doctrines et ces textes législatifs. On rappelle seulement que la doctrine de la souveraineté originaire du peuple était la doctrine unanime des théologiens scolastiques, qu'elle a été défendue avec passion au XVI^e^ siècle tour à tour par les écrivains protestants et les prédicateurs catholiques, qu'elle a été à diverses reprises énergiquement affirmée par les Etats généraux de France, notamment à Tours en 1484. Un moment oubliée au XVII^e^ siècle dans la splendeur et devant le prestige de la monarchie théocratique, reprise par Jurieu après la révocation de l'édit de Nantes, la doctrine triomphe au XVIII^e^ siècle, et doit au style merveilleux de Jean-Jacques de deve-

nir une sorte de dogme, qui s'impose à la Révolution et par elle au droit positif de la France contemporaine.

Qu'on ne confonde point cependant la doctrine de la nation-personne avec le principe démocratique. Assurément, elle est en un sens général une doctrine démocratique, puisqu'elle affirme que tout pouvoir vient du peuple. Elle est démocratique par l'origine qu'elle attribue au pouvoir; mais elle n'est pas nécessairement démocratique par les conséquences qu'elle entraîne pour l'organisation de l'Etat, qui, fondé sur le principe de la nation personne souveraine, peut être logiquement néanmoins monarchique ou aristocratique. Dans les idées actuelles la caractéristique essentielle de la démocratie paraît bien être le suffrage universel[1]. Or, la doctrine qui place dans le peuple, considéré comme une personne, la souveraineté originaire, n'implique point comme conséquence forcée le suffrage universel. Tout en affirmant que la souveraineté réside dans le peuple à titre inaliénable, on doit reconnaître que le peuple peut déléguer cette souveraineté à un monarque absolu, qui réunit tous les pouvoirs, sauf une responsabilité, en fait très limitée et difficilement applicable, devant le peuple. Théorie que le premier et le second empire en France ont prétendu réaliser, et qui trouve son expression très nette dans la proclamation du 2 décembre 1851 et la constitution de 1852. De même, le peuple peut déléguer, en gardant la substance de la souveraineté, les prérogatives de celle-ci à un corps de privilégiés. Un tel gouvernement sera démocratique par l'origine qu'on attribue théoriquement au pouvoir politique; en fait ce sera une aristocratie et même

1. Voir, notamment, Henry Michel, *la Doctrine politique de la démocratie*, 1901.

peut-être une oligarchie. A tout prendre, les gouvernements, organisés par les constitutions de 1791 et de l'an III, étaient des aristocraties, la prépondérance politique appartenant à la classe des propriétaires, malgré l'affirmation solennelle de la souveraineté nationale[1]. Ce caractère aristocratique est surtout frappant dans le gouvernement issu de la Révolution de 1830, qui a été faite au nom de la souveraineté nationale : la période de 1830 à 1840 marque l'apogée de la bourgeoisie, classe restreinte qui a la prépondérance politique et gouverne au nom du peuple.

Au reste, Rousseau n'a point négligé de montrer comment des formes diverses de gouvernement sont compatibles avec le principe de la souveraineté nationale. Sans doute, dans la doctrine du *Contrat social*, le souverain est toujours la volonté collective et l'homme serait esclave si cette volonté collective ne pouvait pas s'exprimer directement ; tout gouvernement, qui s'opposerait à l'expression directe de cette volonté collective et souveraine, serait un gouvernement usurpateur et tyrannique. Mais si la nation personne souveraine doit exprimer directement sa volonté dans la loi, elle peut, elle doit même instituer des gouvernants, des magistrats ou agents qui seront chargés d'exécuter les décisions de la volonté générale formulées dans la loi. Ce ne sont point des représentants, mais seulement des préposés, des agents chargés d'assurer l'exécution des décisions générales. D'après Rousseau, dans une démocratie absolue, le peuple exécuterait lui-même sa volonté formulée dans la loi faite directement par lui. Mais un tel gouvernement n'a jamais existé ; il n'y a jamais eu de démocratie absolue; cela est en fait à peu près impossible, et, d'ailleurs, ajoute le philo-

1. Cf. Aulard, *Histoire politique de la Révolution*, 1900.

sophe de Genève, un pareil gouvernement ne serait pas bon « parce qu'il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute et que le corps du peuple détourne son attention de vues générales pour la donner aux objets particuliers[1] ». Ainsi le gouvernement est aristocratique quand il est confié à un petit nombre de personnes, investies du pouvoir, soit à cause de leur âge, de leur naissance, de leur fortune, soit parce qu'elles sont élues par le peuple. Ces personnes ne sont que des *commis*, non point des représentants du souverain; elles sont préposées à l'exécution de la volonté collective. Précisant sa pensée, Rousseau affirme qu'il y a deux personnalités bien distinctes; il oppose nettement la personne de la collectivité souveraine ou nation à la personne gouvernement. « Nous avons ici, dit-il, deux personnes morales très distinctes, savoir : le gouvernement et le souverain, et deux volontés générales très distinctes, l'une par rapport à tous les citoyens, l'autre seulement pour les membres de l'administration[2]. » Enfin le gouvernement peut être monarchique : il est alors confié à un seul homme. Mais celui-ci ne représente point le peuple; il n'est point investi des prérogatives souveraines. Le monarque n'est que le préposé du souverain; il n'a qu'une commission, un emploi; il est officier du souverain pour exécuter sa décision. Ici encore apparaissent deux personnes bien distinctes : la personne collective titulaire de la souveraineté et la personne individuelle du monarque.

Tout cela montre combien est grande l'erreur communément faite et qui consiste à présenter Rousseau comme le partisan exclusif de la démocratie comprise à la manière moderne, et à voir en lui le précurseur et

1. *Contrat social*, liv. III, chap. v (*Œuvres complètes*, Paris, 1817, t. II, p. 199).
2. *Contrat social*, *loc. cit.*

le théoricien impeccable des doctrines radicales contemporaines. On a raison si l'on veut dire par là que pour Rousseau toute souveraineté trouve dans le peuple personnifié son origine et sa légitimité. Mais l'on se trompe si l'on veut dire que Rousseau estime que le meilleur gouvernement est la pure démocratie ou du moins celui qui s'en rapproche le plus. La monarchie, l'aristocratie ne répugnent point à l'auteur du *Contrat social*, et l'on trouve dans le célèbre livre des affirmations que ne peuvent désavouer les représentants de la politique réaliste. Il y est dit notamment que des formes de gouvernement « chacune d'elles est la meilleure dans certains cas et la pire dans d'autres [1]. »

## II

Que le principe de la nation-personne, titulaire de la souveraineté primaire, gardant toujours à titre incommutable la substance de la souveraineté, mais en déléguant les prérogatives à des mandataires, représentants, chef d'Etat, parlement, soit encore le fondement même du droit politique français, on ne saurait le contester. Sans doute, à la différence des constitutions antérieures, les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent à cet égard aucune formule générale et solennelle. Chacun sait pourquoi le législateur de 1875 s'est prudemment abstenu d'affirmer des principes généraux. Le dernier texte officiel, qui ait déclaré que la nation-personne est propriétaire de la souveraineté, est le décret du Gouvernement de la Défense nationale du 8 septembre 1870 ordonnant la convocation d'une constituante. D'autre part, nos lois électorales et particu-

1. *Contrat social*, liv. III, chap. II; *Ibid.*, p. 196.

lièrement la loi du 30 novembre 1875, qui établissent le suffrage direct et universel, sont l'application du principe. La souveraineté de la nation-personne, distincte de l'Etat, ou du moins créant l'Etat par sa volonté souveraine, s'organisant en Etat, mais gardant toujours la substance de la souveraineté, est en France depuis 1789 l'article premier d'un véritable *credo* politique. M. Esmein a pu écrire : « Le plus important des principes qu'ait proclamés la Révolution française est celui de la souveraineté nationale. Toutes nos constitutions l'ont reconnu et pris pour base, sauf la Charte de 1814. Il a fait peu à peu le tour du monde... Il doit cette puissance à ce qu'il est une idée simple... Il se ramène en effet à cette donnée : la souveraineté chez un peuple réside dans le corps entier de la nation et ne saurait résider ailleurs[1]. »

Nous avons dit ailleurs ce que nous pensions de cette personnification de la nation, et de cette notion de la souveraineté[2]. Il n'y a point à y revenir. Nous voulons prendre ici la doctrine de la nation-personne comme simple procédé de construction juridique, et en rechercher la valeur à ce seul point de vue. Aussi bien la foi en la réalité objective de la personnalité et de la souveraineté primaire de la nation paraît depuis quelques années s'affaiblir un peu chez les représentants les plus distingués de l'école française ; et d'aucuns semblent bien n'y voir qu'un procédé de construction juridique, qu'ils estiment d'ailleurs excellent.

Une construction juridique est un système d'institutions logiquement agencé, ayant pour but de traduire dans les formes juridiques, c'est-à-dire de faire rentrer dans des relations de droit, des rapports sociaux d'ordre

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 149, 2e édit., 1899.
2. Voir l'*Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, chap. IV et V.

politique ou économique, système d'institutions ayant en même temps pour but d'assurer autant que possible l'observation de la règle de droit. Que la doctrine de la nation-personne satisfasse à la première condition de toute construction juridique, on ne le saurait nier. Toute la théorie est très logiquement déduite ; elle est très juridique. Une personne sujet de droit! Mais n'est-ce pas la charpente même de toute construction juridique? Peut-être la logique et l'élégance juridiques sont-elles moins satisfaites lorsqu'on veut aller plus loin et traduire en une formule juridique la mise en œuvre de ce droit. Mais le moment n'est pas encore venu d'examiner ce point. Peut-être, d'autre part, notre savant collègue, M. Esmein, est-il un peu bien indulgent pour la doctrine quand il écrit : « Le principe (la souveraineté du peuple personnifié) est une idée simple... » Cependant, nous l'accordons, la construction juridique est faite en forme. Reste à savoir si elle satisfait aux autres conditions de tout bon système de droit. Traduit-elle exactement en des formes de droit des relations politiques et économiques réelles? M. Esmein l'affirme. « La souveraineté nationale est la seule interprétation juridique exacte et adéquate d'un fait social incontestable et qui s'impose. Quelle que soit la source légale de la souveraineté chez un peuple, en quelques mains que la loi l'ait placée, elle ne subsiste et ne s'exerce en fait que si elle est obéie par les citoyens ou sujets. Or cette obéissance ne peut être obtenue que de deux manières, ou par l'emploi de la force ou par l'adhésion de l'opinion publique... La force ne peut point maintenir d'une façon durable la souveraineté légale, si ce n'est dans des conditions exceptionnelles... L'opinion, la volonté du plus grand nombre peut seule maintenir parmi les hommes l'empire de la souveraineté... Placer la souveraineté légale là où réside nécessairement la souverai-

neté de fait ou d'opinion, c'est rétablir l'harmonie, c'est traduire dans le droit aussi exactement que possible le fait inévitable[1]. » En un mot, d'après le savant auteur, la souveraineté nationale serait la forme juridique très exacte de ce fait incontestable, fondement de toutes les relations politiques, l'opinion publique. Et ainsi la seconde condition de toute bonne construction juridique serait amplement satisfaite.

Nous ne le croyons point. On ne peut pas dire que la souveraineté nationale soit l'opinion publique juridiquement reconnue et juridiquement organisée. Loin de nous la pensée de contester la puissance de l'opinion publique, puissance qui ne fera que grandir avec la diffusion toujours croissante des lumières, avec l'extension considérable de la presse, avec la facilité et la rapidité des communications. Mais dire qu'il existe une opinion publique, c'est reconnaître tout simplement que dans un pays, à un moment donné, il y a un certain nombre d'idées analogues, de tendances et d'aspirations communes dans la majorité des esprits. Voilà tout. Pour que l'opinion publique pût être construite juridiquement en la forme de la volonté nationale, il faudrait démontrer l'existence objective d'une conscience nationale; il faudrait établir que ces idées et ces aspirations communes ne sont que les manifestations d'une conscience une et réelle, existant derrière les consciences individuelles ou au-dessus d'elles. Alors seulement il serait exact de dire que la forme juridique de cette conscience nationale, révélée par la psychologie sociale, est la personnalité juridique de la nation prise comme telle; alors seulement il serait permis de considérer cette personnalité collective comme titulaire d'un droit. Mais c'est travestir les faits que de faire

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 163 et suiv., 2e édit, 1899.

de l'opinion publique, simple coïncidence de pensées et de désirs, le *substratum* d'une personnalité juridique distincte des individus.

Assurément, d'autre part, pour qu'un gouvernement soit fort, pour qu'il ait chance de se maintenir pendant une certaine durée, il faut que sa forme et la direction qu'il imprime aux affaires soient en accord avec ce qu'on est convenu d'appeler l'opinion publique. Mais cela est vrai seulement du gouvernement, c'est-à-dire des individus qui, en fait, exercent la puissance publique. Or, en personnifiant la nation, on la distingue précisément du gouvernement, comme cela a été montré plus haut. La seule conséquence qu'on puisse tirer, au point de vue de la construction juridique, du fait incontestable de l'opinion publique, c'est que tout gouvernement, pour durer, doit avoir une structure qui réponde le mieux possible aux idées de la majorité et qui soit capable de réaliser au mieux les *desiderata* de l'opinion. Comme le dit Rousseau lui-même, suivant les mœurs, les tendances, les besoins, le caractère de tel ou tel pays, le gouvernement sera démocratique, aristocratique ou monarchique. Sa politique intérieure et extérieure devra varier suivant ces mêmes facteurs. Les institutions politiques d'un pays, les moyens de gouvernement devront être établis d'après ces divers éléments. L'opinion publique se traduit juridiquement dans la forme du gouvernement et non dans la personnalité juridique de la nation. Au reste, pour montrer qu'il n'existe aucun rapport entre la force de l'opinion publique et le principe de la souveraineté nationale, il suffit de jeter un regard sur un pays de monarchie théocratique, la Russie par exemple. Ce qui fait précisément la force de l'autocratie théocratique russe, c'est qu'elle repose sur l'opinion de la grande majorité du peuple russe, profondément religieuse, et qui voit dans

l'empereur le représentant de Dieu sur la terre. En Russie, à l'heure actuelle, un gouvernement, qui voudrait invoquer le principe de le nation personne souveraine, courrait le risque de ne pas durer bien longtemps. Nulle part cependant plus qu'en Russie, l'opinion publique ne donne force au gouvernement. Peut-on dire dès lors que la personnalité de la nation souveraine est la seule forme juridique de l'opinion publique? Dans un pays comme la Russie cette formule serait en contradiction flagrante avec les faits. Ce qui prouve qu'il y a deux choses bien distinctes et qu'il faut se garder de confondre : l'opinion publique, ensemble d'idées et d'aspirations communes, existant à un moment donné dans la majorité des esprits, et qui peuvent être très variables suivant les temps et les pays, ici demander un gouvernement démocratique, là un gouvernement aristocratique, ailleurs une puissance autocratique, ici aspirer à une politique de conquête, là demander le développement pacifique des activités; et, d'autre part, l'idée d'une nation personne souveraine, idée qui n'est point simplement le résultat d'une construction juridique, mais dérive d'une hypothèse formulée *a priori* sur l'origine du pouvoir.

Bien plus, pris comme formule de construction juridique, le principe de la nation personne souveraine repose sur une contradiction interne. D'une part en effet on dit : la souveraineté nationale est la volonté de la collectivité personnifiée, volonté distincte des volontés individuelles ; et, d'autre part, on affirme que l'homme reste libre en étant subordonné à la volonté collective, parce que cette volonté collective se compose précisément de volontés individuelles et qu'ainsi les individus ne sont subordonnés qu'à leur propre volonté. Suivant Rousseau « chacun se donnant à tous ne se donne à personne » ; ou encore « chacun met

en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale, et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout ». La pensée est donc bien celle-ci : la personnalité de la nation souveraine est une construction juridique parfaite, parce qu'elle concilie l'autonomie de la volonté individuelle et la subordination de celle-ci à une puissance vraiment légitime, faite des volontés individuelles.. La contradiction est flagrante. Si la volonté souveraine se compose des volontés individuelles, elle n'est pas une volonté distincte des volontés individuelles, et on ne peut pas parler d'une personne collective souveraine. Si la volonté souveraine de la collectivité personnifiée est au contraire une volonté distincte des volontés individuelles, la subordination d'individus à cette volonté, parfaitement distincte d'eux-mêmes, n'est pas plus légitime que la subordination à un monarque ou à une classe privilégiée. Si enfin le *moi* collectif est distinct parfaitement des consciences individuelles, la personnification juridique de ce moi n'est pas la forme juridique de l'opinion publique, puisque celle-ci n'est que la somme des idées individuelles d'une majorité. En affirmant donc que la doctrine de la nation personne souveraine ne fait que traduire en droit le phénomène incontestable de l'opinion publique, on commet une erreur. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que cette personnalité collective fût la somme des personnalités individuelles; on déclare au contraire *a priori* qu'elle en est parfaitement distincte. Qu'on ne nous parle pas davantage de l'adhésion volontaire de chacun au pouvoir de tous, adhésion qu'on exprimerait juridiquement par la formule de la nation personne souveraine. Cette adhésion, si elle existe, qu'est-elle autre chose que l'aliénation des volontés individuelles au profit de la prétendue volonté

collective? Or, on a dit et répété que la volonté ne s'aliène point, la volonté individuelle non plus que volonté collective. Finalement, la conception juridique de la nation-personne, titulaire du droit subjectif de puissance publique, méconnaît les faits et ne peut se maintenir qu'au prix de flagrantes contradictions.

Elle ne satisfait pas davantage à la dernière condition de toute bonne construction juridique : assurer autant que possible l'obéissance à la règle de droit. On a soutenu cependant qu'il en était bien ainsi de la doctrine que nous repoussons. C'est sans nul doute l'idée que veut exprimer M. Esmein, quand il écrit : « La première idée sur laquelle repose la souveraineté nationale est une idée de bon sens, presque évidente, qui a longtemps suffi à l'esprit des hommes : c'est que la puissance publique et le gouvernement qui l'exerce n'existent que dans l'intérêt de tous les membres qui composent la nation[1]. » En d'autres termes, une règle de droit s'impose aux hommes qui détiennent le pouvoir : exercer ce pouvoir, non pas dans leur intérêt propre, mais dans l'intérêt de tous. Or, le procédé juridique, qui assure le plus efficacement l'intelligence et l'application de cette règle par les gouvernants, est celui qui repose sur l'affirmation que les gouvernants ne détiennent leur pouvoir qu'en vertu d'un mandat, et que le pouvoir originaire appartient à une personne collective, qui est la synthèse juridique des intérêts communs à tous. La formule de la souveraineté nationale n'est que l'expression de ce procédé. L'explication ne laisse pas d'être ingénieuse. Mais est-elle exacte? Non point. Ou du moins, si la proposition est juste, la conséquence que l'on en tire ne l'est point. Les gouvernants qui détiennent le pouvoir doivent l'exercer dans l'intérêt de tous. C'est

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 156, 2e édit., 1899.

incontestable. La conséquence en est que le gouvernement doit être organisé de telle manière qu'on soit assuré autant que possible que les hommes qui l'exercent agiront dans l'intérêt de tous. La proposition implique une règle qui limite l'action des gouvernants, fixe leurs devoirs positifs et négatifs, établisse une balance entre les pouvoirs de chacun et détermine la compétence hiérarchique de leurs divers agents. Rien de plus. La proposition est d'une grande importance ; mais elle ne va pas plus loin ; elle ne peut aboutir à une affirmation métaphysique sur l'origine du pouvoir. Ici encore on confond gouvernement et souveraineté nationale, après avoir affirmé que les deux éléments étaient absolument distincts. Enfin il resterait à démontrer que la synthèse des intérêts collectifs implique la personnification juridique de la collectivité. Or cette démonstration n'a point été faite. Pour être communs ou solidaires, les intérêts restent individuels. Nous avons essayé d'en faire ailleurs la démonstration ; il est inutile d'y revenir. On dira seulement que la souveraineté, s'exerçant dans l'intérêt de tous, devrait logiquement appartenir à tous, et, suivant le langage juridique, devrait appartenir par indivis à tous, être juridiquement construite sur le modèle de la propriété indivise. On insiste, au contraire, pour montrer qu'il n'en est point ainsi, que la puissance n'est point possédée pour une quote-part par chacun, qu'elle est une propriété une et indivisible, appartenant à une personne, elle-même indivisible et distincte de la somme des individus. Nouvelle contradiction !

## III

Profondément versés dans l'art juridique, les publicistes allemands ont nettement aperçu les vices de la théorie de la nation-personne, comprise comme procédé de construction juridique. Ils lui ont substitué une théorie qui ne nous satisfait guère mieux, la théorie de la *nation-organe*, qui s'oppose ainsi à la théorie de la nation-personne. On a, dans l'*Introduction* de ce livre, donné une idée générale de la doctrine juridico-organique. Il importe d'en montrer l'application à la nation.

L'école allemande, avec ses représentants les plus récents et les plus autorisés[1], part de cette idée que la nation, comme élément constitutif de l'Etat, a un double caractère, un caractère subjectif et un caractère objectif. D'une part, la nation est un élément constitutif de l'Etat conçu comme sujet de droit, et, d'autre part, la nation est un élément de l'Etat, en ce sens qu'elle est objet de la puissance publique. Sans doute, la doctrine réaliste avec son principal représentant Seydel[2] enseigne que la nation est simplement objet de l'*Herrschaft*, que le titulaire de la puissance politique est l'individu ou le groupe d'individus, qui en fait détient la force, et l'objet de ce pouvoir le territoire et le peuple, que l'Etat n'est point une personne, mais une chose. « L'Etat et les gouvernants sont distincts, comme la chose objet d'un droit de propriété et le propriétaire. » Mais cette théorie est aujourd'hui à peu

1. Voir notamment, Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 366 et suiv.

2. *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873.

près universellement repoussée; et sous l'influence surtout de Gierke, de Jellinek, de Laband, on enseigne communément que l'Etat est une collectivité corporative territoriale investie d'un droit de puissance, que le peuple, coordonné à l'effet de former un élément constitutif de l'Etat sujet de droits, n'a point un droit distinct de celui de l'Etat et antérieur à lui, que l'Etat seul est sujet de la puissance, que c'est une erreur complète de parler de la souveraineté de la nation, souveraineté originaire, comme le font les auteurs français.

Mais, ajoute-t-on, si la nation n'est pas un sujet de droit, distinct de l'Etat, elle peut être un organe de l'Etat. Dans les pays démocratiques, la nation est organe direct primaire, en ce sens qu'elle prend sa qualité d'organe directement dans la constitution même de la collectivité et qu'il n'y a personne dans l'Etat à qui elle soit subordonnée en sa qualité d'organe. Elle est organe suprême parce que réside en elle l'activité même de l'Etat et que, la nation disparaissant comme organe, l'Etat lui-même disparaîtrait ou subirait une transformation radicale. Puisque la nation est ainsi simplement un organe de l'Etat, il faut lui appliquer la théorie de l'organe[1]. L'organe ne fait qu'un avec la collectivité dont il est l'organe. La nation ne fait qu'un avec l'Etat dont elle est l'organe. La nation n'est donc point une personne distincte de l'Etat ou antérieure à lui. L'organe n'est point titulaire de droits propres; il exerce seulement les droits dont la corporation est titulaire; il est la corporation voulant et agissant. La nation n'est point dès lors titulaire de droits propres. La nation est un instrument de vouloir et d'agir de l'Etat; elle exerce des droits de

1. Voir *supra*, l'*Introduction*.

puissance dont le seul titulaire est l'Etat. Séparer la nation de l'Etat, en faire une personne titulaire de droits antérieurs et supérieurs à l'Etat, comme le fait la doctrine française de la nation-personne, c'est créer dans l'Etat un dualisme contraire aux faits et rendant impossible toute construction vraiment juridique de l'Etat. D'autre part, les organes de l'Etat, comme tout organe d'une personne collective, n'exercent valablement les droits, dont l'Etat est le titulaire, que dans la limite fixée par la constitution. Ce pouvoir déterminé par la constitution est la compétence. La nation, simple organe de l'Etat, a donc seulement la compétence que lui donne la constitution. Non seulement elle n'est pas une personne distincte de l'Etat, ayant des droits propres; mais encore elle ne peut vouloir pour l'Etat, elle n'est l'Etat voulant par elle que dans le cercle de la compétence qui lui est impartie par la constitution. La nation n'a point de droits antérieurs à l'Etat, puisqu'elle n'a point de droits du tout. Ce n'est point elle qui donne par sa volonté l'être à l'Etat; c'est au contraire l'Etat qui, en faisant sa constitution, lui donne le pouvoir de vouloir juridiquement pour lui dans une certaine sphère qu'il détermine. La nation est organe direct et suprême de l'Etat dans un pays démocratique, comme un monarque est organe direct et suprême de l'Etat dans un pays monarchique. La compétence de la nation varie suivant les diverses constitutions. Tantôt elle est organe pour décider, ayant même quelquefois compétence pour prendre l'initiative de la décision, comme en Suisse; tantôt elle est organe pour sanctionner, par exemple dans les pays qui pratiquent le referendum populaire; le plus souvent dans les pays modernes, la nation est organe seulement pour élire; on dit alors inexactement (mais le mot est passé définitivement dans la

langue politique), qu'il y a démocratie représentative. Dans ce dernier cas, il reste à rechercher s'il y a un rapport de droit, et quel est ce rapport, entre la nation qui élit et l'organe qui sort de cette élection[1]. Résumant toute cette théorie, Jellinek écrit : « Le peuple, comme personnalité distincte de l'Etat, n'a aucune existence juridique. Le peuple, même dans l'Etat dit représentatif, est un organe direct de l'Etat[2]... »

Une conséquence dérive immédiatement de cette théorie : les organes dits inexactement organes de représentation, comme les parlements, ne sont point, malgré leur prétention contraire, les représentants du peuple, n'exercent point les prétendus droits de la nation, pour cette bonne raison que la nation prise comme telle n'a point de droits. Les parlements sont simplement organes de l'Etat, avec toutes les conséquences qu'implique ce caractère ; les parlements sont organes de l'Etat, pouvant vouloir et agir pour l'Etat dans un certain cercle de compétence ; la nation elle-même est un organe de l'Etat, voulant et agissant comme instrument de l'Etat. La théorie française du mandat représentatif s'évanouit. C'est une question de savoir s'il existe un lien de droit entre la nation organe qui élit, et le parlement organe élu qui décide ; en tous cas ce rapport de droit ne peut être celui né d'un mandat, car tout mandat implique l'existence d'un mandant titulaire de droits ; or, la nation n'est pas une personne, et conséquemment elle n'est point titulaire de droits. D'autre part, la question, tra-

1. Voir *infra*, chap. II, §§ 3-7.

2. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 531 et p. 383. — Rap. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 689 et article publié dans *Jahrbücher* de Schmoller, 1883, p. 1182 ; — Orlando, *Revue du droit public*, 1895, t. I, p. 1 ; — Saripolos, *la Démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, t. II, p. 67 et suiv.

ditionnellement débattue, de l'inaliénabilité de la souveraineté ne se pose point. On ne peut se demander si le peuple peut aliéner sa souveraineté, puisqu'il n'a jamais eu cette souveraineté et que le seul titulaire en est l'Etat, dont le peuple est un organe.

## IV

La doctrine de la nation-organe a sans conteste une grande supériorité sur la théorie de la nation-personne, tout au moins au point de vue de l'art juridique. On a déjà montré combien était ingénieuse, élégamment agencée la théorie juridique de l'organe. Appliquée à la nation cette théorie conserve tous ses mérites; mais, en même temps, ses défauts s'accusent. Avec la conception de la nation-organe, on a le grand avantage d'écarter toute application du mandat aux rapports politiques; on paraît éviter de créer dans l'Etat un dualisme, qui méconnaît les faits et engendre de nombreuses contradictions. On échappe enfin à toutes les critiques adressées à la théorie de la nation-personne, comme procédé d'art juridique. S'il fallait choisir, nous adopterions, faute de mieux, la théorie de la nation-organe. On verra plus loin que ce choix entre les deux conceptions ne s'impose point. Heureusement; car, si la doctrine allemande présente des avantages nombreux sur la doctrine traditionnelle française, elle mérite aussi de graves critiques.

Elle repose tout entière sur le postulat de l'Etat-personne, que nous repoussons énergiquement. C'est un point acquis et nous n'y voulons point revenir. Mais en acceptant le postulat, peut-on logiquement voir dans la nation un organe de l'Etat? Non. Toute la théo-

rie juridique de l'organe part de cette idée qu'une personne sujet de droit doit pouvoir vouloir et pouvoir agir, que les individus seuls ont un vouloir et un agir, qu'il faut donc que des individus soient organes de vouloir et d'agir des personnes corporatives, que l'organe est « le support humain du vouloir et de l'agir corporatifs ». Cela posé, nous concevons parfaitement que des individus puissent être organes d'une personne corporative ; nous ne comprenons point qu'une collectivité puisse elle-même être un organe d'une autre collectivité. La nation se compose d'individus ; mais la nation, que l'on déclare organe de l'Etat, n'est point la somme des individus qui la composent ; c'est une entité distincte d'eux ; c'est une pure abstraction juridique ; or comment une abstraction juridique peut-elle être organe d'une autre abstraction juridique ? D'autre part, la doctrine juridico-organique reproche à la doctrine française de créer un dualisme dans l'Etat. Ne s'expose-t-elle pas à la même critique ? La nation est un élément constitutif de cet être corporatif qui s'appelle l'Etat. Jusque-là, tout va bien. Mais on ajoute : il peut se faire que la nation soit en outre un organe de l'Etat. Voilà la dualité qui reparaît, sinon dans l'Etat, du moins dans la nation. La nation est, avec le territoire, le *substratum* de l'Etat ; si elle est cela, elle ne peut être que cela ; l'Etat est une nation fixée sur un territoire et munie d'organes. Cela est clair et logique. Mais comment un de ces organes peut-il être la nation elle-même ? La nation, être collectif, doit avoir des organes pour vouloir et agir. On dit qu'elle est organe de l'Etat ; cela est impossible puisque comme telle elle n'a ni vouloir ni agir. Elle n'est donc organe de l'Etat qu'à la condition qu'elle ait elle-même des organes. Mais, quand on considère la nation munie d'organes, ou bien elle doit cesser d'être le *substratum* de la personne cor-

porative Etat, ou bien elle reste ce *substratum*, et alors apparaissent en quelque sorte deux nations dans l'Etat : la nation telle quelle, élément constitutif de l'Etat, et la nation munie d'organes et étant ainsi organe de l'Etat. La théorie de la nation-organe manque donc à la première condition de toute bonne construction juridique, la logique.

De plus, on ne nous dit point si le corps électoral, l'assemblée du peuple sont organes de la nation et par suite organes secondaires de l'Etat, ou si au contraire ils sont la nation elle-même organe direct primaire de l'Etat. Nous comprendrions que les individus pris isolément, à la condition de réunir une majorité déterminée par la loi constitutionnelle, forment autant d'organes de l'Etat. Mais on affirme que c'est la nation, et non pas les individus qui la composent, qui dans les pays démocratiques est organe de l'Etat. Des lors on distingue la nation de l'Etat; car si on peut admettre, ce que nous ne croyons pas, que les personnes collectives organisées puissent être organes d'une autre personne collective plus compréhensive, pour que la nation comme telle soit organe de l'Etat, il faut qu'elle soit une personne collective organisée. Nous voilà revenus à la personnification de la nation. La théorie de la nation-organe place donc le dualisme, non seulement dans la nation, puisqu'elle en fait à la fois le *substratum* de l'Etat et l'organe de l'Etat, mais encore dans l'Etat lui-même, puisque dans cet Etat qu'elle déclare *un*, il y a, comprise en lui, une personne distincte de lui cependant, la nation organisée. Il est vrai de dire qu'il n'en est ainsi d'après la doctrine allemande que dans les pays démocratiques. Mais, bien que les juristes d'outre-Rhin paraissent l'ignorer, la démocratie est le grand fait social des cinquante dernières années; et si l'on veut faire une construction juridique des relations politiques, c'est

en présence de ce fait qu'il faut résolument se placer. Le tort de la doctrine allemande est de l'oublier trop souvent.

D'ailleurs, tel n'est pas le reproche le plus grave que nous ferons à la théorie de la nation-organe. On a montré plus haut que d'une manière générale la doctrine juridico-organique aboutit à une impasse[1]. Cela apparaît ici tout particulièrement. La nation, dit-on, prise en elle-même, séparée de l'Etat, n'a pas de droit de puissance; elle ne possède point la souveraineté; il n'y a point de volonté nationale; il n'y a qu'une volonté de l'Etat, dont la nation peut être l'organe, et cela dans la limite où la constitution, œuvre de l'Etat, lui reconnaît compétence. Mais on sait que, d'autre part, pour exprimer sa volonté, l'Etat a besoin d'organes, parce qu'une collectivité qui n'a pas d'organes est le néant juridique. Lorsque l'Etat fait sa constitution, il lui faut donc un organe qui exprime sa volonté constituante. C'est l'Etat, nous le voulons bien, qui, faisant la constitution, détermine la compétence de la nation comme organe de l'Etat. Mais, quel est l'organe de l'Etat qui exprimera la volonté constituante de celui-ci? C'est, dira-t-on, l'organe qui aura reçu de l'Etat compétence à cet effet. Sans doute. Mais qui lui a donné compétence à cet effet? L'Etat agissant par un autre organe. On peut ainsi reculer la difficulté; on n'arrivera point à une solution. Si l'on admet l'existence d'un droit de puissance, d'une souveraineté, il faut, coûte que coûte, trouver un élément qui soit investi de la souveraineté primaire, qui ait la souveraineté parce qu'il est cet élément et non pas un autre, qui puisse déterminer lui-même sa propre compétence, qui ait, suivant l'expression allemande, la *compétence de la compétence*,

1. Voir *Introduction*, § 6.

qui soit antérieur à l'Etat et à ses organes, qui constitue l'Etat et ses organes directs. Cet élément est l'Etat lui-même, déclare l'école allemande. Non. Car pour qu'il y ait un Etat, il faut qu'il existe un ensemble d'organes dont la compétence soit déterminée. L'Etat ne peut pas lui-même créer ses organes directs primaires et déterminer leur compétence, puisqu'il n'existe que lorsque ces organes sont créés et leur compétence déterminée. Le raisonnement de la doctrine juridico-organique est un paralogisme comme celui des auteurs français [1], qui déclarent que l'Etat est une personne juridique parce que la loi émanant de l'Etat lui a attribué cette personnalité. Cela ne se peut point, puisque l'Etat ne fait une loi que lorsqu'il est lui-même une personne, la loi étant l'expression d'une volonté, et la personnalité de l'Etat ne peut dériver de la loi, puisque l'Etat est déjà une personne quand il fait la loi.

Jellinek affirme cependant que si l'on n'adopte pas sa manière de voir, on est dans l'impossibilité absolue d'expliquer juridiquement la plupart des phénomènes politiques modernes. C'est possible, si l'on part du double postulat de l'Etat personne titulaire d'un droit de puissance. Si cela était vrai, il faudrait en conclure seulement que ce double postulat est sans valeur. Mais la question n'est pas là. On n'examine ici ces diverses doctrines qu'au point de vue de leur valeur comme construction juridique. Or l'une, la théorie de la nation-personne, est inadmissible parce qu'elle ne rend pas compte des faits et manque ainsi son but; l'autre, plus savante et plus ingénieuse, explique peut-être des faits qui échappent à la première; mais elle s'enferme dans un cercle vicieux. Ni l'une ni l'autre ne nous peuvent donc satisfaire.

1. Ducrocq, *Personnalité civile de l'Etat*, *Revue générale de droit*, t. XVIII, 1894, p. 101.

## VI

Peut-on dire qu'il ne reste rien, et que toute construction de droit public, en ce qui concerne la nation, est impossible? Nous ne le croyons pas. Nous repoussons ces constructions artificielles, sans valeur, parce qu'elles sont faites *a priori*, en dehors des faits. C'est toujours du fait qu'il faut partir, à lui qu'il faut revenir. Aristote, considérant la participation des citoyens à la gestion des affaires publiques dans les cités grecques, s'est bien gardé de rechercher si la collectivité prise comme telle était une personne titulaire de la souveraineté originaire, donnant un mandat aux magistrats élus, ou si elle était organe direct primaire de la cité. Il est allé droit au fait : la participation effective de l'individu, pris comme tel, à la direction des affaires; il s'est efforcé de déterminer la situation juridique du citoyen pris individuellement. Rappelant que déjà, de son temps, on discutait la question de savoir si c'est toujours la cité comme telle qui agit, ou si c'est l'oligarchie ou le tyran (c'est-à-dire le gouvernement), Aristote paraît bien considérer cette question comme tout à fait oiseuse; il déclare « qu'il faut d'abord chercher ce que c'est qu'un citoyen; car la cité est une multitude de citoyens, en sorte qu'il faut examiner ce que c'est que le citoyen et à qui il faut donner ce nom[2] ». Le philosophe déclare que le citoyen est celui qui participe à l'assemblée générale. Nous ne

1. Cf. Gaetana, *la Teoria del suffragio politico*, 1897; — G. Meyer et Jellinek, *Das parlamentarische Wahlrecht*, 1902; — G. Villey, *la Législation électorale*, 1900.

2. Aristote, *Politique*, liv. III, chap. I, §§ 1 et 2 (traduct. Thurot, p. 150).

prétendons point qu'Aristote ait absolument nié que, derrière les citoyens, la cité prise en corps avait une réalité. Mais il nous donne une leçon de méthode, en montrant qu'il ne faut point déterminer *a priori* ce qu'est la collectivité pour en déduire ensuite le caractère juridique des membres de la collectivité, mais au contraire déterminer d'abord la situation juridique des membres de la cité pris individuellement.

Dans les Etats modernes la question se pose de la même manière. En fait, presque partout, les individus pris comme tels, réunissant certaines conditions de sexe, d'âge ou de capacité, participent à la direction des affaires. Ces conditions sont très diverses. La tendance générale est de les réduire de plus en plus. Dans quelques Etats de l'Amérique du Nord, dans la Nouvelle-Zélande, aucune distinction n'est faite entre les hommes et les femmes; plus communément l'électorat est réservé aux hommes; dans beaucoup de pays on exige seulement une condition d'âge, on n'exclut que les indignes. Parfois on exige encore des conditions de capacité spéciale, de domicile, de cens. En France et dans beaucoup de pays, tous les individus ont une seule voix. En Angleterre et en Belgique, certaines personnes ont un vote *plural*. Tantôt les individus sont appelés à décider, à faire la loi, comme dans certains cantons suisses; à sanctionner un projet de loi, comme en Suisse, en Amérique, et en France à certaines époques pour les lois constitutionnelles; tantôt les individus peuvent avoir même une initiative en matière de législation. Le plus souvent l'intervention des individus consiste à désigner des agents qui rempliront effectivement des fonctions politiques. Tel est aujourd'hui le mode normal de l'action politique des individus. On le désigne du nom générique et commode d'*électorat*. Peu importe au reste ces divergences; le fait et la situation sont

toujours les mêmes. Les individus pris comme tels participent au fonctionnement de l'Etat. D'après l'expression d'Aristote, ils sont citoyens. Ce fait de participation peut avoir des origines diverses : concession d'un monarque, d'un corps aristocratique, ou suprématie naturelle de la majorité. Peu importe encore; le fait est toujours le même; l'électorat a toujours le même caractère; et c'est ce caractère dont il faut déterminer la forme juridique.

La théorie juridique de l'électorat doit se suffire à elle-même, être faite pour elle-même. On ne saurait la déduire du caractère juridique de la nation. Tel est précisément le tort des diverses doctrines juridico-politiques. Elles veulent faire découler la nature juridique de l'électorat de la nature juridique de la nation. Toutes les difficultés viennent de là. La nation se compose d'individus; quand ces individus participent à la fonction politique, on ne peut déterminer la nature juridique de la nation qu'après avoir déterminé le caractère juridique des individus. Si l'on veut, en effet, que la nation prise en corps ait, elle aussi, un certain caractère juridique, avant de déterminer le caractère du tout, il faut déterminer le caractère des parties composantes. Ce qui ne veut pas dire que le caractère du tout soit le même que celui des parties. En tous cas, c'est un défaut de méthode absolu que de déterminer d'abord le caractère juridique de la nation pour en déduire celui des citoyens. Aristote nous a montré la voie; il faut commencer par déterminer le caractère du citoyen, faire la construction juridique de l'électorat, sauf après s'il y a lieu à fixer la forme juridique de la nation. Ainsi seulement, on ira du connu à l'inconnu. La volonté des citoyens pris individuellement est un fait incontestable; la participation individuelle de ceux-ci aux fonctions politiques est une manifesta-

tion de volonté. Ce sont là des faits facilement saisissables et sur lesquels peut porter l'analyse juridique. Le problème est ainsi nettement posé, et la solution est possible.

## VI

Pour établir que la théorie *a priori* de la nation-personne est impuissante à fournir une solution précise sur la nature juridique de l'électorat, il suffit de montrer que dans le droit positif de la France, et dans la doctrine qui prétend l'interpréter, il n'y a jamais eu, sur la nature juridique de l'électorat, une solution permanente et fixe. L'individu a-t-il un droit politique naturel antérieur à toute constitution positive ? Quel est le caractère de ce droit naturel, s'il existe ? Quelle situation est faite à l'individu par une constitution qui lui attribue une participation aux fonctions politiques? Sur ces divers points les variations ont été incessantes.

Sans doute d'une manière générale le droit positif français, issu de la Révolution, paraît bien reconnaître à l'individu un droit politique naturel antérieur à toute constitution politique. Mais quelle est exactement la nature de ce droit? Quels en sont exactement l'étendue et l'objet? A cet égard les idées françaises ont toujours été très flottantes. Du principe que la souveraineté réside dans la collectivité, Rousseau tire cette conséquence que tout individu membre de la collectivité possède comme tel un droit intangible de participer à l'exercice de la souveraineté. Toutefois, dans la pensée de Rousseau, ces droits politiques appartiennent à l'individu, sans doute avant toute loi positive, mais à l'individu comme membre de la col-

lectivité, de la nation, à l'individu comme citoyen et non à l'individu comme homme. M. Esmein écrit cependant que, dans cette doctrine, « le droit politique est attaché à la qualité de membre de la société, à la qualité même d'être humain[1] ». Le savant auteur assimile ainsi deux choses, absolument distinctes dans la théorie de Rousseau : l'homme naturel et l'homme social. Le droit politique appartient à l'homme social et non point à l'homme naturel. Le droit politique n'appartient point à l'homme naturel, puisqu'il résulte du contrat social qui seul groupe les hommes en société, en nation. Au reste, comme Rousseau, la Déclaration de 1789 distingue bien, dans son titre même, les droits de l'homme et les droits du citoyen : les uns et les autres s'imposent au respect du législateur positif; mais les premiers sont antérieurs à la société; les seconds naissent du pacte social.

Quoi qu'il en soit de ce point, l'électorat est, d'après Rousseau, un droit supérieur aux lois positives. « J'aurais, dit-il, bien des réflexions à faire sur le droit de voter dans tout acte de souveraineté, *droit que rien ne peut ôter aux citoyens*[2]. » Et encore : « Supposons que l'Etat soit composé de 10.000 citoyens. Le souverain ne peut être considéré que collectivement et en corps; mais chaque particulier en qualité de sujet est considéré comme individu. Ainsi le souverain est au sujet comme 10.000 est à un; c'est-à-dire que chaque membre de l'Etat n'a pour sa part que la 10.000e partie de l'autorité souveraine[3]. » Ainsi, puisque la souveraineté appartient à tous, chacun a une part de cette souveraineté; chacun a un droit politique; et la loi positive doit reconnaître à chacun ce droit politique.

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 187, 2e édit., 1899.
2. *Contrat social*, liv. IV, chap. I, Paris, 1817, p. 251.
3. *Contrat social*, liv. III, chap. I, Paris, 1817, p. 185.

Il saute aux yeux que cette conclusion est contradictoire avec la doctrine de la souveraineté nationale exposée au *Contrat social*. L'auteur déclare tout d'abord que la souveraineté est une et indivisible [1], qu'elle appartient non pas à la somme des individus, mais à la personne collective distincte des individus, qu'elle est la volonté du *moi commun* né du contrat social. Or, en reconnaissant à chaque individu un droit particulier à la souveraineté, droit que la loi positive ne peut point ôter, d'une part on attribue la souveraineté, non plus à une personne *une* distincte des individus, mais à la somme des individus, et d'autre part on divise la souveraineté en autant de parties qu'il y a d'individus membres de la collectivité. C'est antinomique. M. Esmein [2] fait très justement remarquer qu'en attribuant à chaque individu une quote-part de souveraineté, il devient absolument impossible d'expliquer la subordination de la minorité à la majorité. On peut à la rigueur concevoir cette subordination, quand on considère qu'individuellement les membres de la collectivité n'ont aucun droit de souveraineté, que cette souveraineté appartient à la collectivité personnifiée et distincte des individus, parce que la formation d'une majorité est alors le seul moyen possible de connaître la volonté présumée de cette collectivité. Mais si l'on reconnaît une part de souveraineté égale à chaque individu, on ne peut comprendre comment la

1. Le chapitre II du livre II du *Contrat social* a pour titre : « *Que la souveraineté est indivisible.* » Il y est dit : « Par la même raison que la souveraineté est inaliénable elle est indivisible, car la volonté est générale ou elle ne l'est pas... Toutes les fois qu'on croit voir la souveraineté partagée, on se trompe » (Paris, 1817, p. 141 et 142). C'est dans ce même chapitre que se trouve le passage célèbre contre la séparation des pouvoirs, où Rousseau compare les partisans de cette théorie « aux charlatans du Japon qui dépècent un enfant aux yeux du spectateur, puis jetant en l'air tous ses membres l'un après l'autre, font retomber l'enfant vivant et tout rassemblé. »

2. Esmein, *loc. cit.*, p. 189.

volonté de la majorité s'impose à la minorité. Sur ce point nous sommes tout à fait d'accord avec notre savant collègue.

On a fait à la doctrine de Rousseau certaines critiques qui nous paraissent moins fondées. Ainsi, a-t-on dit, elle conduit à donner l'électorat aux femmes ; cela est inadmissible : donc le point de départ est faux. En vérité, nous ne voyons guère pourquoi il est inadmissible en soi d'accorder l'électorat aux femmes ; et nous pensons que l'exclusion des femmes de la vie politique n'est qu'un produit historique, que l'évolution constante de l'humanité fera disparaître dans un avenir prochain. La conception de Rousseau, dit-on encore, conduit à donner l'électorat même aux individus qui n'ont pas de domicile fixe, et cela est inadmissible. Franchement nous ne voyons pas pourquoi. M. Esmein ajoute [1] : avec cette doctrine on doit nier que le vote puisse être obligatoire ; or, cela est inacceptable ; il y a une tendance certaine aujourd'hui à considérer le vote comme étant obligatoire. Nous répondons : assurément, il vaudrait mieux que le vote fût obligatoire ; il y a un courant d'opinion très marqué en ce sens ; mais l'impossibilité logique d'établir l'obligation du vote en droit positif ne serait point une raison suffisante pour rejeter une conception théorique si, d'autre part, l'exactitude en était établie. Il n'est pas vrai enfin que la doctrine de Rousseau oblige tout législateur positif qui l'accepte à conserver l'électorat à ceux qui en sont indignes à cause de la peine infamante qui les a frappés. En effet, Rousseau ne dit pas que l'électorat est un droit de l'homme naturel, mais bien qu'il est un droit de l'homme social, du citoyen. Or celui qui s'est insurgé contre l'ordre social peut être regardé très légitimement

1. *Loc. cit.*, p. 192.

et très logiquement comme s'étant mis lui-même hors de la cité en rompant le pacte social; par conséquent il perd ses droits d'homme social; et c'est très logiquement qu'une législation positive, fondée sur la théorie de Rousseau, le déclarera déchu de ses droits électoraux.

Assurément la doctrine de la participation nécessaire de chaque individu à la souveraineté conduit à des conséquences difficilement acceptables; mais ces conséquences ne sont point celles qu'on vient d'indiquer. Cette participation doit être mathématiquement égale, d'après Rousseau, puisque dans l'exemple qu'il donne lui-même d'une société politique composée de 10.000 citoyens, chaque citoyen aura un dix millième de la souveraineté. Tout citoyen doit donc avoir un droit absolument égal à la puissance politique; en un mot le suffrage doit être non seulement universel, mais *égalitaire*. Voilà la conséquence vraiment inadmissible. Nous comprenons bien qu'on attribue à tous le droit politique; nous ne comprenons pas qu'on attribue à tous le même droit. Sans doute, un auteur très distingué, M. Henry Michel, semble voir dans le suffrage universel égalitaire le vrai principe de la démocratie et la grande conquête de la civilisation moderne[1]. Il ne nous a point convaincu. Le suffrage universel égalitaire, tel que l'ont établi certaines législations, et, au premier rang, le droit positif français, est la négation de la logique par l'excès de logique même et la violation formelle de toute véritable égalité. L'observation a été faite depuis longtemps et bien souvent; nous ne voulons point y insister. Nous rappelons seulement que la véritable égalité, comme la vraie justice, consiste à traiter également

1. *La Doctrine politique de la démocratie*, 1901.

des choses égales et inégalement des choses inégales. Or, plus que jamais, les hommes sont aujourd'hui différents les uns des autres : ils diffèrent en intelligence, en savoir, en sens politique; ils n'ont point tous au même degré la conscience de la solidarité sociale et du droit. Or, la participation au pouvoir politique ne peut raisonnablement se fonder que sur cette conscience de la solidarité sociale ; et l'étendue doit en être mesurée au degré de cette conscience. Dès lors accorder à tous la même part mathématiquement égale de la puissance publique, c'est traiter également des choses inégales ; ce n'est pas fonder le droit électoral sur l'égalité, mais au premier chef sur l'inégalité. Loin de nous la pensée de désirer l'établissement d'un suffrage censitaire tel qu'il a fonctionné en France à certaines époques, tel qu'il existe encore dans certains pays, ou de vouloir proportionner le droit électoral de chacun au montant de sa fortune. Nous sommes parvenus à un stade de l'évolution sociale, où certainement les droits politiques ne peuvent pas et ne doivent pas se mesurer à l'étendue des fortunes ; mais fondés sur la conscience de la solidarité et du droit, c'est dans ce principe qu'ils doivent trouver leur mesure. Nous rêvons d'une organisation de l'électorat qui tiendrait un juste compte de l'inégalité morale des hommes. Le procédé politique qui la réaliserait est peut-être difficile à trouver ; la chose n'est certainement pas impossible. Quoi qu'il en soit, un principe théorique, qui conduit logiquement au suffrage universel égalitaire, nous paraît par là-même condamné.

Très bien !

## VII

Les idées de Rousseau eurent sans doute une grande influence sur les hommes de 1789-1791 ; mais la ma-

jorité de l'Assemblée nationale n'accepta point la doctrine en son entier. Tout en proclamant le dogme de la souveraineté nationale, l'Assemblée, plus logique que Rousseau, ne crut point que cela impliquât nécessairement la participation active de tous les membres de la nation à la puissance publique, la reconnaissance de l'électorat à tous les individus mâles et majeurs, en un mot le suffrage universel égalitaire. D'ailleurs, la doctrine de l'Assemblée nationale sur ce point est très claire et très logique. La nation en corps est une personne distincte des individus qui la composent; c'est elle qui est titulaire de la souveraineté, et point les individus ou les groupes. Cette souveraineté est la volonté de la nation; elle est une et indivisible comme la nation elle-même. La nation ne l'exerce pas elle-même ; elle donne à certains corps mandat de l'exercer en son nom. Cette délégation (dont nous ne discutons pas pour le moment l'exactitude) n'est point donnée par les électeurs, par les circonscriptions électorales, mais par la nation elle-même, tout entière, considérée comme personne *une*. Les circonscriptions électorales et les individus ne sont rien : les circonscriptions électorales ne sont faites que pour permettre de procéder pratiquement aux élections; les individus n'interviennent que comme agents de cette volonté, qui seule est souveraine, la volonté de la nation *une*[1]. De nombreux passages des discours de Siéyès, de Barnave, de Thouret démontrent que telle fut bien la conception dominante dans la grande assemblée. Il suffit de citer les mots suivants prononcés par Thouret dans la séance du 11 août 1791 : « C'est que quand un peuple ne se réunit pas pour élire, et qu'il est obligé d'élire par sections, chacune des sections, même en élisant immé-

1. Constitution de 1791, tit. III, pr., art. 1; tit. III, chap. I, sect. IV, art. 7. — Cf. *infra*, chap. II, § 4.

diatement, n'élit pas pour elle-même, mais élit pour la nation entière. Alors la qualité d'électeur est fondée sur une *commission publique*, dont la puissance publique du pays a le droit de régler la délégation [1]. » Ce passage est d'autant plus significatif, que le texte définitif de la constitution de 1791 fut voté sur le rapport général de Thouret. « L'électeur a une commission publique. » Donc il n'a pas, en sa qualité de membre de la nation, un droit supérieur à la loi positive. Même concédé par la loi positive, l'électorat n'est pas un droit, mais une commission publique ; nous dirions aujourd'hui une fonction. Le législateur a donc le pouvoir et le devoir de déterminer les conditions d'aptitude nécessaire pour être électeur, comme pour être un fonctionnaire quelconque. Barnave complétait du reste la pensée de Thouret en disant dans la même séance du 11 août 1791 : « La qualité d'électeur n'est qu'une fonction publique, *à laquelle personne n'a droit*, que la société dispense ainsi que le lui prescrit son intérêt... La fonction d'électeur n'est pas un droit ; c'est pour tous que chacun l'exerce [2]. » De tout cela, il semble donc bien résulter que l'Assemblée nationale de 1789, tout en admettant le principe de la souveraineté nationale, et même précisément parce qu'elle attribuait la souveraineté à la nation-personne, considérait que l'électorat n'était point un droit de l'individu supérieur à la loi positive, s'imposant à l'Etat, que celui-ci pouvait le concéder ou le refuser à sa guise, et que même concédé par l'Etat, l'électorat n'était point un droit, mais simplement une commission, une fonction. Cependant, si l'on s'en tenait là, on n'aurait qu'une idée tout à fait imparfaite de la doctrine établie par l'Assemblée constituante. L'idée de l'électorat commission

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 356.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 366.

ou fonction se combine en effet dans la législation de 1789-1791 avec l'idée du droit du citoyen ; et de cette combinaison découlent des conséquences importantes.

A tout individu vivant en société, on reconnaît un droit individuel, supérieur à toute loi positive, s'imposant au législateur, un droit intangible que le législateur ne fait que constater et qu'il ne peut pas ne pas constater. Ce droit du citoyen, supérieur à la loi et s'imposant à elle, n'est point le droit de voter, de participer activement à la puissance publique; c'est le droit d'être reconnu comme partie composante de la nation, titulaire de la puissance souveraine; c'est le droit d'être citoyen, non d'être électeur. L'électorat n'est pas un droit, mais une fonction que le législateur organise comme il l'entend, qu'il confère aux seuls citoyens qu'il reconnaît aptes à exercer cette fonction. Mais la qualité de citoyen constitue un droit, un droit que le législateur est obligé de reconnaître, et que la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* a solennellement proclamé. Le citoyen a un droit incontestable ; mais il n'a pas, par cela seul qu'il est citoyen, la fonction électorale ; il ne la possède que si la loi la lui confère expressément. D'autre part, la fonction électorale, comme toute fonction publique, ne peut être conférée qu'à des citoyens. Aussi finalement et pratiquement, le droit de citoyen se résume dans le droit à la reconnaissance d'une qualité permettant au législateur, à l'Etat, de conférer au titulaire de cette qualité l'exercice de certaines fonctions publiques, par exemple l'électorat. Le citoyen électeur est à la fois titulaire d'un droit et investi d'une fonction. Son droit, c'est le droit de citoyen qui appartient par définition, antérieurement à la loi, à tout Français, comme membre de la nation. La fonction, c'est la fonction électorale, qui consiste à prendre part à l'expression de la volonté

nationale. Ainsi d'une part le dogme de la souveraineté nationale est respecté : la nation, c'est la collectivité tout entière personnifiée ; et tous les nationaux ont le droit d'être considérés comme parties composantes de cette collectivité. D'autre part le législateur peut organiser le système électoral qui lui paraîtra le meilleur, sans violer aucun droit, car nul *a priori* n'a le droit d'être électeur ; en organisant le régime électoral, le législateur ne concède point de droits, il investit certains citoyens d'une fonction déterminée.

Cette combinaison, faite par l'Assemblée nationale, du droit de citoyen et de la fonction électorale, ressort très nettement de nombreux textes votés par elle. Elle n'est autre chose que la distinction faite en 1789-1791 entre les citoyens *actifs* et les citoyens *passifs* Tous les Français sont citoyens *passifs*. Voilà le droit, droit de cité *passive*. Quelques-uns sont en outre des citoyens *actifs ;* voilà la fonction, la cité *active* qui vient se superposer au droit de cité *passive*. Il suffit d'ailleurs pour saisir la pensée de l'Assemblée de rapprocher d'une part l'article 2 du titre II, qui déclare que tous les Français sont citoyens, l'article 6 du même titre II, qui attache encore la qualité de citoyen à la qualité de Français, et, d'autre part, les articles 1 et 2 de la section II du chapitre I du titre III, qui déclarent que les citoyens actifs se réuniront pour former l'Assemblée nationale législative et déterminent les conditions exigées pour être citoyen actif. Mais ne pourrait-on pas opposer à cela l'article 6 de la *Déclaration des droits :* « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. » N'est-ce pas la négation de toute distinction entre les citoyens, et l'affirmation que tous ont la cité *active*, le droit supérieur à la loi de participer à la puissance publique?

La contradiction n'est qu'apparente. La pensée de l'Assemblée est celle-ci : la loi est l'expression de la volonté collective, c'est-à-dire la volonté de la nation personnifiée ; tous participent à la formation de cette volonté collective, à la formation de la loi, puisque tous sont citoyens, c'est-à-dire parties composantes de la nation, et les électeurs expriment bien la volonté de tous, puisqu'ils sont agents investis par la loi de la fonction d'exprimer cette volonté.

Toutefois, ce ne fut pas sans de très vives discussions que fut acceptée par la majorité de l'Assemblée la distinction entre citoyens passifs et citoyens actifs, entre le droit de citoyen et la fonction d'électeur. Avant de voter définitivement la constitution, l'Assemblée nationale avait réglé provisoirement le système électoral dans la loi du 22 décembre 1789, où elle faisait la distinction des citoyens actifs et des citoyens passifs [1]. Pour être citoyen actif, il fallait payer un cens égal à la valeur de trois journées de travail (les municipalités devaient fixer pour chaque localité le taux de la journée de travail). Thouret, rapporteur, présentait la condition comme toute naturelle ; elle n'avait même pas été discutée dans le comité ; elle était la conséquence du caractère de fonction attribué à l'électorat [2]. Mais, dès ce moment, le système provoqua de vives critiques de la part de quelques députés avancés. Invoquant l'autorité du *Contrat social*, ils soutenaient que l'électorat doit être reconnu *a priori* comme un droit à tout citoyen : « Tous les citoyens, dit Robespierre, ont le droit de prétendre à tous les degrés de la représentation. Rien n'est plus conforme à notre *Déclaration des droits*... La constitution établit que la souveraineté réside dans le peuple, dans tous les individus du peuple.

1. Loi du 22 décembre 1789, titre II, art. 1, 2 et 10.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. IX, p. 204.

Chaque individu *a donc le droit de...* [1] » Quelques jours avant, Pétion avait déjà dit : « Tous les individus, qui composent l'association, *ont le droit inaliénable et sacré* de concourir à la formation de la loi... Nul ne doit être privé de ce droit sous aucun prétexte et dans aucun gouvernement [2]. » Ces doctrines, inspirées directement de Rousseau, ne réunissent point une majorité, et l'Assemblée vote la loi du 22 décembre 1789, telle que la présentait le Comité. Le droit laissé aux municipalités de fixer le taux de la journée de travail ayant donné lieu à beaucoup d'abus, l'Assemblée décide, le 15 janvier 1790, que le taux de la journée de travail ne pourra pas excéder vingt sols. Mais cette décision ne donne point satisfaction aux clubs avancés. Aux Cordeliers, Robespierre propose de demander à l'Assemblée d'accorder la qualité de citoyen actif à tous les Français majeurs sans condition de cens [3]. Le 25 janvier 1790, Robespierre porte à la tribune une motion tendant *à accorder à tous les citoyens français la plénitude des droits politiques* et prononce un discours qui vaudrait d'être rapporté en entier [4]. A la suite de cette proposition, une discussion très confuse s'engage ; et sur la demande de Boutheville-Dumetz, la motion de Robespierre est renvoyée au Comité de constitution. C'était l'enterrement de la question. Il n'en fut plus parlé jusqu'au mois d'août 1791, au moment de la revision générale de la constitution. Encore à cette époque, bien que les idées eussent singulièrement marché en avant depuis la fuite du roi et son arrestation à Va-

1. Séance du 22 octobre 1789, *Archives parlementaires*, 1re série, t. IX, p. 479.
2. Séance du 5 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 382.
3. Voir le discours de Robespierre au Club des Cordeliers dans les *Archives parlementaires*, 1re série, t. XI, p. 320.
4. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XI, p. 318-319.

rennes, le principe reste le même : l'électorat n'est qu'une fonction, une fonction distincte du droit de citoyen. C'est au moment de cette revision générale de la constitution, en août 1791, que furent prononcées les paroles de Thouret et de Barnave rapportées plus haut. Toutefois, il ne faut pas oublier que la constitution de 1791, comme la loi du 22 décembre 1789, établissait le suffrage à deux degrés, et la question, qui fut alors surtout discutée, était celle des conditions exigées pour être électeur *secondaire*. Finalement on établit des conditions spéciales pour être électeur *primaire*, et des conditions spéciales et particulièrement rigoureuses pour être électeur *secondaire*[1]. Ce sont ces conditions qui soulevèrent les protestations de Pétion et de Robespierre. « Qu'importe, s'écrie ce dernier, qu'il n'y ait plus de nobles,... s'il faut que je vois succéder à ces derniers une autre classe[2]. » Barnave, ayant en vue cependant surtout les électeurs secondaires, répond : « Tous ceux qui ont combattu la proposition du Comité se sont rencontrés sur cette erreur ; ils ont confondu le gouvernement démocratique et le gouvernement représentatif... ; c'est pour cela qu'ils ont pu confondre avec les droits du peuple la qualité d'électeur, qui n'est qu'une fonction à laquelle personne n'a droit[3]. »

A cette doctrine acceptée finalement par l'Assemblée constituante et qui distingue le droit de citoyen et la fonction d'électeur, on rattache toute une série de conséquences. C'est en partant de cette conception que l'Assemblée de 1789 n'établit ni le suffrage universel, ni le suffrage direct. L'électorat n'étant qu'une fonction, le législateur a le droit et le devoir de déterminer les règles propres à assurer l'exercice de cette fonction

1. Voir constitution de 1791, tit. III, chap. I, sect. II, art. 2 et 7.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 356.
3. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 366.

dans les meilleures conditions possibles. C'est en vertu de la même idée que la Constituante exige des conditions plus rigoureuses pour être électeur secondaire que pour être député : tout citoyen actif est éligible sans aucune condition spéciale. « On remplit mieux son objet, disait Thouret, si l'on porte la garantie sur les électeurs mêmes [1]. » En d'autres termes, le meilleur moyen d'avoir de bons députés est d'avoir de bons électeurs [2].

Après la journée du 10 août, l'Assemblée législative convoque une Assemblée constituante, à laquelle elle donne le nom de Convention, emprunté à la langue politique des Etats-Unis. Le parti avancé triomphait dans la rue et à l'Assemblée, et avec lui la théorie de l'électorat, considéré comme un droit appartenant à tout citoyen avant même toute loi positive. Le décret du 11 août 1792, voté sur le rapport de Guadet, ordonnant la nomination d'une convention, supprime la distinction des Français en citoyens actifs et citoyens non-actifs, mais maintient le suffrage à deux degrés. Tout Français âgé de vingt et un ans, domicilié, vivant du produit de son travail ou de son revenu, et qui n'est pas en état de domesticité, est électeur au premier degré. Agé de vingt-cinq ans, il est éligible et comme électeur et comme député [3]. On a dit que c'était le suffrage universel à deux degrés. La chose n'est pas tout à fait exacte, puisqu'on excluait ceux qui n'avaient pas de domicile fixe, ceux qui ne pouvaient justifier de moyen d'existence et ceux qui étaient en état de domesticité. Mais évidemment le suffrage était accordé d'une manière très large. Bien qu'on ne le dît pas expressément, la

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 356.
2. Voir *infra*, chap. II, §§ 4 et 5, les autres conséquences qui se rattachent à la même idée.
3. Décret du 11 août 1792, art. 2 et 3.

doctrine de l'électorat, droit intangible du citoyen, la théorie de la souveraineté individuelle et divisée triomphaient.

On l'a fait remarquer bien souvent et très justement : les doctrines juridico-politiques de la Convention sont inspirées directement du *Contrat social*. L'Assemblée révolutionnaire en accepte en principe toutes les conclusions, jusqu'à la consultation directe du peuple en matière législative. Dès le premier jour de sa réunion, elle déclare « qu'il ne peut y avoir de constitution que celle qui est acceptée par le peuple[1]. » Le projet de constitution girondine et la constitution montagnarde de 1793 font une large part à la consultation directe du peuple pour la confection des lois ordinaires, et tentent même d'organiser une sorte d'initiative populaire. L'électorat, droit intangible du citoyen, tel que l'avait compris Rousseau, est un dogme affirmé bien souvent dans l'Assemblée. Condorcet, rapporteur du projet de constitution girondine, expose dans son rapport[2], avec une très grande netteté, les deux systèmes opposés : l'un regardant l'exercice des droits politiques comme une fonction publique, l'autre au contraire estimant « que les droits politiques doivent appartenir à tous les individus avec une entière égalité ». « Nous n'avons pas cru, ajoute-t-il, qu'il fût légitime de sacrifier un *droit naturel*, avoué par la raison la plus simple, à des considérations dont la réalité est au moins incertaine. » Conformément à cela l'article 27 de la Déclaration des droits girondine (qui elle fut votée par la Convention) porte : « Elle (la souveraineté) réside essentiellement dans le peuple entier et chaque citoyen a un droit

1. Décret du 21 septembre 1792.
2. Lu à la Convention le 15 février 1793, *Moniteur*, Réimpression, t. XV, p. 464.

égal de concourir à son exercice. » Comme conséquence, l'Assemblée législative sera élue directement et immédiatement dans les assemblées primaires par tous les citoyens âgés de vingt et un ans et résidant depuis un an sur le territoire français sans aucune condition de cens. C'était, en employant la terminologie moderne, le suffrage universel, direct et égalitaire[1].

Les Girondins sont proscrits ; leur projet de constitution disparaît avec eux ; la montagne triomphe ; et sur le rapport de Hérault de Séchelles[2], la Convention vote en quelques jours la constitution montagnarde, préparée par le Comité de salut public. Hérault de Séchelles avait énergiquement affirmé le droit intangible, appartenant à tout citoyen, d'être électeur. « Un grand nombre d'articles, avait-il dit, que la royauté traîne à sa suite en souillaient encore le pays ; et ces articles étaient censés politiques, en ce sens qu'ils attribuaient une honteuse préférence à des citoyens nommés *actifs*... Mais nous ne daignons pas reparler de tant de puérilités ; ces souvenirs ne sont plus aujourd'hui que du domaine de l'histoire, qui sera forcée de les raconter en rougissant[3]. » En conséquence, l'électorat est un droit, n'est qu'un droit, se confond avec le droit de citoyen ; tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans est citoyen ; tout citoyen est électeur et a le droit de prendre part au *referendum* législatif[4]. Cependant l'exercice des droits politiques se perd ou est suspendu pour certaines causes[5]. D'autre part, bien que le suffrage fût déclaré universel, direct et égalitaire, par une contradiction certaine, la Convention n'établit point le

1. Voir constitution girondine, tit. II, art. 1, 3 et 4 ; tit. VII, sect. II, art. 2.
2. *Moniteur*, Réimpression, t. XVI, p. 616.
3. *Ibid.*, p. 616.
4. Constitution de 1793, art. 4, 7, 8 et 11.
5. Même constitution, art. 5 et 6.

suffrage des femmes; elle exige pour l'entrée aux assemblées primaires une résidence de six mois dans le canton[1]; et elle maintient le suffrage à deux degrés pour les élections des administrateurs, des arbitres publics, des juges criminels et de cassation[2]. Héraut de Séchelles essayait de justifier ainsi cette distinction : « Qu'on ne nous accuse pas d'avoir conservé les assemblées électorales, après avoir rendu un hommage si entier à la souveraineté du peuple et à son droit d'élection. Nous avons cru essentiel d'établir une forte différence entre la *représentation*, d'où dépendent les lois et décrets, et la nomination d'un grand nombre de fonctionnaires publics... Le peuple doit reconnaître lui-même que, la plupart du temps, il n'est pas en état de choisir[3]. » L'explication donnée par Hérault de Séchelles est un peu obscure, certainement insuffisante et peut-être contradictoire. Il vise probablement la différence qu'avait établie la Constitution de 1791 entre les députés, qui étaient des représentants et les administrateurs « qui n'avaient aucun caractère de représentation[4]. » Cette distinction était logique dans le système de 1791, qui admettait le principe du mandat représentatif pour l'Assemblée législative. Mais, en 1793, à la suite de Rousseau, on repousse toute idée de représentation politique; les membres de l'Assemblée législative ne sont point des représentants, mais de simples agents élus pour rendre les décrets et proposer les lois[5]. Hérault de Séchelles n'a donc aucune raison de parler de « la représentation d'où dépendent les lois et décrets ». Ni les législateurs, ni les administrateurs, ni les juges ne sont des représentants, mais simplement

1. Même constitution, art. 11.
2. Même constitution, art. 9.
3. *Moniteur*, Réimpression, t. XVI, p. 617.
4. Constitution de 1791, tit. III, chap. IV, section II, art. 2.
5. Constitution de 1793, art. 53.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

des agents, des commis du peuple ; il n'y a donc logiquement aucun motif pour établir des différences dans le système de leur élection. « Le peuple, dit le rapporteur, doit reconnaître lui-même que la plupart du temps il n'est pas en état de choisir. » Que devient alors l'infaillibilité de la souveraineté nationale ?

Votée par la Convention, approuvée par le peuple, la constitution montagnarde ne fut point appliquée. Eclairée et assagie par les événements, la Convention revient, au moment du vote et de la discussion de la constitution directoriale (an III), aux principes généraux qui avaient inspiré la constitution de 1791. Cependant, sur la nature juridique de l'électorat, la Convention n'ose pas rompre ouvertement avec les principes qu'elle avait si solennellement et si énergiquement formulés. C'est en termes d'une prudence tout à fait politique que Boissy d'Anglas essaie de justifier le rétablissement du vote à deux degrés et les restrictions apportées à l'électorat. « Nous n'avons pas cru, dit-il, qu'il fût possible de restreindre le droit de citoyen, de proposer à la majorité des Français ou même à une portion quelconque d'entre eux d'abdiquer ce caractère auguste... Il s'agit de profiter de toutes les expériences faites depuis quatre années pour donner une constitution vraiment libre et qui préviendrait à la fois le retour de l'anarchie et de la tyrannie ; il s'agit, en un mot, d'organiser le gouvernement des meilleurs... Or, quels sont les meilleurs, sinon les plus instruits et les plus éclairés... Nous avons examiné s'il n'était pas quelques exceptions indispensablement nécessaires et rigoureusement justes à l'exercice des droits politiques. Nous avons cru que tout citoyen devait pour les exercer être libre et indépendant. Ordonner que nul citoyen ne pourra en exercer les droits que s'il est inscrit au rôle des contributions publiques, ce n'est pas

non plus en gêner l'exercice; c'est consacrer le principe que tout membre de la société doït contribuer à ses dépenses, quelque faible que soit sa fortune[1]. » Ainsi toute distinction entre citoyens actifs et citoyens passifs est supprimée. La distinction était d'ailleurs devenue extrêmement impopulaire. Mais on décide que, pour être citoyen et membre des assemblées primaires, il faut être Français, âgé de vingt et un an accomplis, s'être fait inscrire sur le registre civique de son canton, avoir un an de résidence dans le même canton et payer une contribution directe, foncière ou personnelle[2].

Assurément la doctrine de la constitution de l'an III est plus flottante, moins logique et moins précise que celle de 1791. On paraît assimiler l'électorat au droit de cité; et, à prendre la lettre même des articles 8 et 17, il semble que tout citoyen est électeur et que quiconque n'est pas électeur n'est pas citoyen, que par exemple les femmes, les enfants, les Français qui ne paient pas une contribution ne sont pas citoyens. Telle n'était certainement pas la pensée des auteurs de la constitution directoriale; ils voulaient certainement revenir à la doctrine de 1791, en atténuant toutefois les conditions exigées pour l'électorat. Mais, dominés par les événements qui venaient de s'accomplir, liés par les principes de 1793, ils n'osent point donner à la doctrine une formule nette.

1. *Rapport* de Boissy d'Anglas sur la constitution de l'an III (*Moniteur*, Réimpression, t. XXV, p. 81 et suiv.) (5 messidor an III).

2. Constitution de l'an III, art. 8 et 17.

## VIII

Finalement cependant, la Révolution aboutissait à cette conclusion que l'électorat n'était pas un droit, mais une fonction dont le législateur pouvait et devait fixer les conditions d'exercice. Que devient cette doctrine?

Pendant le Consulat et le premier Empire, on parle toujours de citoyens, mais la question de la nature juridique de l'électorat ne se pose à vrai dire pas. L'électorat proprement dit a disparu. La constitution de l'an VIII établit des listes de confiance, sur lesquelles doivent être choisis par l'autorité supérieure les divers fonctionnaires. Le sénatus-consulte de thermidor an X supprime ces listes avant même qu'elles aient fonctionné, crée des assemblées de canton, des collèges électoraux d'arrondissement et de département; mais l'électorat n'est point véritablement rétabli; et malgré leur nom ces collèges font plutôt des présentations que des élections. Pendant toute cette période le droit de citoyen est une sorte de titre nu. A peine donne-t-il le droit de participer aux différents plébiscites, plus ou moins réguliers, par lesquels le premier consul, l'empereur donne un semblant de légitimité à sa dictature.

La Restauration revient au suffrage effectif et direct, mais limité par un cens très élevé. Dans les lois électorales du 5 février 1817 et du 29 juin 1820 (loi du double vote) l'électorat est essentiellement une fonction. Le mot de citoyen lui-même disparaît des lois électorales; l'électeur est un fonctionnaire, rien qu'un fonctionnaire; la loi est souverainement compétente pour fixer les conditions, qui ouvrent l'accès de cette

fonction. La loi électorale du 19 avril 1831 abaisse le cens électoral, admet l'adjonction de quelques électeurs capacitaires ; mais elle maintient le principe de l'électorat fonction. La monarchie de juillet est l'âge d'or du système. La puissance politique, dit-on, appartient au pays légal, c'est-à-dire à ceux-là seuls que la loi positive a reconnus capables de l'exercer. L'idée du droit électoral proprement dit est restée cependant dominante dans beaucoup d'esprits[1]. Pendant tout le temps du règne de Louis-Philippe et particulièrement pendant les huit dernières années, le parti libéral demande la réforme électorale et le parti républicain le suffrage universel, au nom du principe de la souveraineté nationale. Le 23 mars 1847, Guizot premier ministre, répondant à une interruption de Garnier-Pagès, disait à la chambre des députés : « Il n'y a pas de jour pour la suffrage universel ; la question ne mérite pas que je me détourne en ce moment de celle qui nous occupe[2]. » Mais, deux ans après, la monarchie de Louis-Philippe était à terre, et le suffrage universel proclamé[3].

La constitution de 1848 faisait du suffrage universel et égalitaire un principe constitutionnel[4]. La loi du 15 mars 1849 l'organisait et le réglementait en détail. Ces deux lois forment le point de départ de toute la législation électorale actuellement en vigueur. On rappellera seulement la loi du 31 mai 1850, qui affirme le maintien du suffrage universel, mais rétablit en réalité le suffrage restreint, en exigeant pour l'électorat un domicile qui ne peut être prouvé que par l'ins-

1. Voir Tchernof, *Histoire du parti républicain pendant la monarchie de juillet*, 1901 ; — Weill, *Histoire du parti républicain*, 1899.

2. Discussion de la proposition Duvergier de Hauranne tendant à réduire le cens électoral à 100 francs, et à adjoindre dans une large mesure les capacités (*Moniteur*, *compte rendu de la séance du* 23 *mars* 1847).

3. Décret du 5 mars 1848.

4. Constitution de 1848, art. 1, 18, 23 ,24 et 25.

cription au rôle de la taxe personnelle ou des prestations en nature; le décret dictatorial du 2 décembre 1851, qui déclare le suffrage universel rétabli, ce qui implique l'abrogation de la loi de 1850; l'article 36 de la constitution de 1852, qui formule le principe du suffrage universel; le décret organique et le décret réglementaire du 2 février 1852, qui règlent l'exercice du suffrage et sont en vigueur dans la plupart de leurs dispositions; la loi du 30 novembre 1875 sur les élections à la chambre des députés et l'article 14, paragraphe 2, de la loi municipale du 5 avril 1852. De cette législation il résulte que tout Français, majeur de vingt et un ans, qui n'est pas frappé de déchéance pénale, est électeur, a une voix et seulement une voix. Le suffrage est universel, direct et égalitaire. Mais cet électorat ainsi organisé est-il, dans notre droit positif, un droit ou une fonction? De ce que le suffrage est général et égalitaire, on peut conclure que l'électorat est un droit. De ce qu'il n'appartient qu'aux hommes, on peut conclure que l'électorat est une fonction. Mais, d'autre part, le décret organique de 1852 organise toute une procédure pour permettre à tout citoyen d'obtenir son inscription sur une liste électorale et acquérir ainsi la possibilité de voter. Ne doit-on pas en conclure l'existence d'un droit électoral? Mais cette faculté de demander l'inscription d'un électeur sur la liste électorale n'appartient pas au seul intéressé; elle est donnée à certaines autorités et à tout électeur de la circonscription électorale. Dès lors peut-on voir dans cette demande d'inscription l'exercice d'un droit subjectif? N'y a-t-il pas simplement des garanties prises par le législateur pour que la fonction électorale soit exercée dans sa plénitude? Si donc, on considère seulement les dispositions de nos lois actuelles, il est bien difficile d'y trouver

une solution précise. Pour résoudre la question en droit positif français, il faut nécessairement faire appel aux précédents historiques.

Notre suffrage universel date de 1848. La question sera donc résolue si l'on connaît la pensée qui inspira le législateur constituant de 1848. Or elle ne nous semble pas douteuse. Les hommes de 1848 ont eu surtout l'intention de formuler à nouveau les principes de 1789, et de réaliser les conséquences de ces principes dans un régime politique que l'Assemblée constituante n'avait pu qu'ébaucher. S'ils font la république, c'est qu'elle leur paraît la forme de gouvernement la plus propre à donner une valeur pratique au principe de la souveraineté nationale. Quand on lit les discussions de 1848, on est frappé par la similitude des pensées, des principes, des raisonnements, des formules, en 1789-1791 et en 1848. Comme au début de la Révolution, on reconnaît le droit de cité à tous les Français; mais on accorde l'électorat dans des conditions beaucoup plus larges. Cependant, pas plus qu'en 1789-1791, l'électorat ne sera considéré comme un droit inhérent à la qualité de Français et accordé à tous sans distinction. On ne donne point l'électorat aux femmes. Le décret du 5 mars 1848, porté par le gouvernement provisoire, exige lui-même pour l'électorat une résidence de six mois dans la même commune; la loi du 15 mars 1849 impose la même condition. M. Esmein fait en outre très justement remarquer que l'article 28 de la constitution de 1848 déclare que la loi électorale déterminera les causes qui peuvent priver un Français du droit d'élire et d'être élu; par conséquent, l'électorat n'est pas un droit nécessairement inhérent à la qualité de Français. L'électorat est accordé d'une manière très large, en principe à tout Français mâle et majeur; mais il reste une concession

de la loi. Au plus le droit naturel de tout Français est le droit à être investi de la fonction d'électeur ; et l'électeur est ainsi titulaire d'un droit et d'une fonction.

Aussi bien cette conception cadre parfaitement avec la théorie de la nation-personne. On a déjà montré que la conception de la souveraineté morcelée, affirmant que tout citoyen avait, avant toute loi positive, une part de souveraineté, était contradictoire avec la souveraineté indivisible de la nation-personne. Tout membre de la collectivité est seulement titulaire *a priori* du droit d'être considéré comme membre de cette collectivité, d'être investi de la compétence d'agir comme instrument de la volonté collective. La loi positive seule lui donne cette compétence. La loi positive ayant statué, l'électeur est toujours titulaire de son droit de cité, et, de plus, investi d'une certaine compétence active, par conséquent titulaire d'une fonction. Aucune disposition expresse du droit français n'est en contradiction avec cette conclusion. Elle cadre merveilleusement avec les précédents historiques. On peut donc légitimement affirmer qu'en droit positif français l'électeur est investi d'une fonction et titulaire d'un droit, que l'électorat est en même temps un droit et une fonction. Mais, toutefois, il ne suffit pas de dire qu'il y a dans l'électorat un droit et une fonction publique ; il faut montrer que le contenu du droit et celui de la fonction sont différents. Le droit est le droit à la reconnaissance de la qualité de citoyen, droit qui entraîne le pouvoir de voter, si la qualité de citoyen est en même temps accompagnée des autres qualités exigées par la loi positive pour pouvoir voter ; et la fonction est le pouvoir, conféré à un certain individu investi de la qualité de citoyen, d'exercer une certaine fonction publique, qui s'appelle le vote [1].

1. Cf. Hauriou, *Droit administratif*, 4e édit., 1900, p. 66 et suiv.

Aujourd'hui, en France, beaucoup d'esprits défendent la doctrine de la souveraineté morcelée et de l'électorat, considéré exclusivement comme un droit, comme un droit antérieur à la loi positive elle-même. Mais ils forment bien plutôt un parti politique qu'une école scientifique. Ils paraissent, au reste, reconnaître que telle n'est pas la solution du droit positif français. Nous en trouvons la preuve dans le libellé de la proposition que l'un des principaux représentants du parti déposait le 30 janvier 1894 sur le bureau de la Chambre : « Proposition de loi tendant à assurer l'universalité du suffrage dit universel[1]. » Nous serions étonné que le principe, qui inspirait la proposition de M. Jules Guesde, devînt bientôt la règle du droit positif français. La tendance générale des législations modernes, même de celles qui admettent le suffrage dans les conditions les plus larges, est d'affirmer le caractère de fonction publique appartenant à l'électorat. En France, l'obligation du vote n'est pas encore sanctionnée. On ne saurait en conclure que cette obligation n'existe pas et que l'électorat ne soit pas en même temps un droit et une fonction. Un mouvement très marqué se dessine en faveur du vote obligatoire[2]. Déjà la loi du 2 août 1875 (art. 18) a établi le vote obligatoire pour l'élection des sénateurs. Nous croyons aisément que, dans un avenir prochain, la France aura le vote obligatoire. Cela changera-t-il l'orientation politique du pays? Il serait imprudent de le dire d'avance. Nous retenons seulement que cette tendance générale vers le vote obligatoire, même dans les pays de suffrage universel fondé sur la souveraineté de la nation-personne, montre bien que juridiquement

1. *Journal officiel*, 1894, *Chambre*, Annexes, p. 337.

2. Cf. Moreau, *le Vote obligatoire*, *Revue parlementaire*, t. VII, 1896, p. 36 (avec l'indication de tous les documents parlementaires); — Coutant, *le Vote obligatoire*, 1898.

l'électorat est non seulement un droit, mais aussi, et peut-être surtout, une fonction[1].

## IX

La solution doit-elle être la même dans la théorie de la nation-organe? Il faut examiner séparément les deux faces du problème. Avec la théorie de la nation-organe doit-on reconnaître à l'individu, avant toute constitution positive, un droit subjectif de participer à l'exercice du pouvoir politique? Évidemment non. Cela ne demande pas de longs développements. Dans la doctrine juridico-organique le droit d'exercer la puissance publique appartient seulement à l'Etat, un et indivisible comme la puissance dont il est titulaire. La nation elle-même prise en corps n'a point de droit à la puissance politique; *a fortiori* les individus, membres de la nation, ne peuvent avoir, avant toute constitution positive, un droit s'imposant à l'Etat de participer à la puissance publique. Pour parler la langue de Jellinek le *status* de cité *active* peut résulter de la loi positive; il ne peut la précéder ni s'imposer à elle[2]. D'ailleurs, dans les doctrines aujourd'hui dominantes en Allemagne, si l'on excepte peut-être Gierke et Preuss, l'individu n'a aucun droit supérieur à l'Etat. L'individu ne tient ses droits que de l'Etat, ses droits privés de la loi civile, ses droits publics de la constitution. Et les uns et les autres n'ont d'autre garantie que l'auto-limitation de l'Etat[3]. Donc l'individu ne peut

1. Cf., sur tous ces points, G. Meyer et Jellinek, *Das parlamentarische Wahlrecht*, 1901, p. 411 et suiv.
2. Jellinek, *System*, 1892, p. 129 et suiv.
3. Sur les doctrines de l'auto-limitation de l'Etat, cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1900, p. 104 et suiv.

avoir aucun droit public subjectif supérieur à l'Etat.

Mais, d'après certaines constitutions, la nation est un organe de l'Etat, soit un organe pour décider, soit un organe pour élire. La nation, constituée ainsi en organe de l'Etat, ne devient point titulaire d'un droit de puissance; l'organe, on le sait, n'est point titulaire du droit qu'il exerce; le titulaire en est la corporation, l'Etat, dont l'organe manifeste la volonté et traduit l'action. Le titulaire du droit, qu'exerce la nation-organe, est toujours et uniquement l'Etat. La nation, organe établi par la constitution, se compose d'individus; la nation est organe; mais, en fait, ce sont les individus, qui veulent et agissent. La nation-organe n'est pas titulaire d'un droit de puissance politique; mais les individus, membres de la nation, qui veulent et agissent, n'ont-ils pas un droit subjectif? Et si un droit subjectif, né d'ailleurs de la loi constitutionnelle, existe, quel en est exactement le contenu? Sur cette question, les partisans de la doctrine juridico-organique se divisent.

Les uns affirment que, dans les pays dont la constitution confie à tout ou partie de la nation une compétence politique, soit le vote des lois, soit le *referendum*, soit l'élection, les individus qui composent la nation n'ont point de droit subjectif à l'exercice de ce pouvoir. Sous un régime électif, droit commun des Etats modernes, l'électorat n'est point un droit, mais simplement une fonction. L'électeur est membre de la nation; il est un organe-membre; et, comme tout organe, il n'a point de droit subjectif, mais seulement une compétence. Le titulaire du droit d'élire est l'Etat. L'électeur est seulement un organe-membre ayant compétence pour élire. L'individu-organe, membre de la nation, ne pourrait être considéré au plus que comme exerçant les droits de la nation; or la nation n'a point

de droit; *a fortiori* l'électeur n'en a-t-il point. Et même si la doctrine juridico-organique était logique, elle ne devrait point voir dans la nation un véritable organe de l'Etat. La nation est une collectivité simplement conçue comme unité. Dans les grands Etats modernes, elle ne se réunit jamais complètement en un seul collège. En fait, elle se manifeste seulement par les actes individuels de ses membres. Ce sont les individus et seulement les individus qui veulent et agissent. Ce sont donc eux et seulement eux qui sont organes de l'Etat. La conception d'après laquelle la nation, prise en corps, est un organe de l'Etat, s'est formée sous l'influence de la doctrine de la nation-personne. Il faut bannir complètement cette idée. La nation est une collectivité d'individus, qui forme comme le territoire un élément de l'Etat. Elle n'est point, à proprement parler, organe d'action et de volonté. Seuls les individus peuvent avoir cette qualité d'organe. Quand ils votent, quand ils élisent, ils agissent en cette qualité. Or tout individu qui agit comme organe de l'Etat, dans la sphère déterminée par la constitution, est précisément un fonctionnaire. Donc l'électeur est un fonctionnaire et rien qu'un fonctionnaire. Il n'a point de droit subjectif; il est simplement un des instruments par lesquels l'Etat exerce ses droits. Si l'électeur paraît avoir un droit, ce n'est là qu'une pure apparence. Il y a un réflexe du droit constitutionnel objectif.

Cette opinion compte des partisans autorisés, surtout en Allemagne. Elle est très nettement affirmée par Laband : « Le droit de vote n'est point un droit subjectif, fondé sur un intérêt individuel, mais simplement un réflexe du droit constitutionnel. Dans les pays à gouvernement, dit constitutionnel ou représentatif, existe un organe dans lequel les idées, les tendances, les besoins du peuple doivent trouver leur expression d'une manière

juridiquement ordonnée. A ce but correspond un organe, réglé habituellement de telle manière que les particuliers, sous des conditions légalement déterminées, ont la possibilité de participer à sa formation. De même que le droit d'être juré est un réflexe du droit sur l'organisation judiciaire, de même le droit électoral est un réflexe du droit constitutionnel sur le mode de formation du parlement[1]. » La même chose est dite par plusieurs auteurs italiens, notamment par Orlando. « Nous avons examiné la nature du prétendu mandat politique au point de vue des électeurs, et nous avons vu que ceux-ci n'ont aucun droit propre qu'ils puissent transmettre à leurs élus[2]. » La même doctrine est exprimée par un publiciste espagnol justement estimé, M. Posada : « L'électeur est en somme un fonctionnaire public[3]. » Enfin en France, M. Saripolos a défendu longuement et brillamment cette thèse. Il déclare que « l'électeur est un organe de l'Etat, un fonctionnaire public... L'électeur par son vote exprime une volonté publique étatique ; mais sa volonté n'a une valeur juridique que dans les limites de la fonction dont l'Etat l'a chargé, le choix, l'élection. En dehors de cette fonction et après l'accomplissement de celle-ci, l'électeur n'est qu'un particulier[4]. »

Les conséquences, qui résultent de cette conception, sont nombreuses. D'abord, l'électeur ne pouvant jamais être considéré comme ayant un droit s'imposant à l'Etat législateur, celui-ci peut organiser l'électorat comme il l'entend, établir des conditions plus ou moins

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 306 ; édit. française, 1900, t. I, p. 495.
2. Orlando, *Fondement de la représentation politique*, *Revue du droit public*, 1895, t. I, p. 21.
3. Posada, *Tratado de dirrito politico*, 1893, t. I, p. 372.
4. Saripolos, *la Démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, t. II, p. 93.

rigoureuses pour l'exercice de l'électorat, étendre ou restreindre à son gré l'électorat. Nul ne pourra se plaindre et soutenir qu'il y a violation d'un droit quelconque. Les changements législatifs s'appliqueront à tous, même à ceux qui étaient électeurs sous l'empire de la loi ancienne. L'Etat peut étendre ou limiter la compétence de l'électeur comme il le peut faire pour tous ses fonctionnaires. Puisque l'électeur n'a pas de droit subjectif, mais seulement une certaine compétence de droit public, il n'a point d'action pour faire reconnaître par l'Etat ou les tiers son prétendu droit. De même que le fonctionnaire ne peut point revendiquer sa compétence, de même l'électeur ne peut point revendiquer l'électorat. L'action n'est qu'un droit sanctionné, mis en œuvre. Il n'y a pas d'action là où il n'y a pas de droit subjectif. L'électorat n'est pas un droit subjectif; il ne peut donc être sanctionné par une action. Les législations positives peuvent organiser des moyens pour garantir la reconnaissance de la qualité d'électeur. Mais il ne peut naître, relativement à l'électorat, un procès entre parties. La question est une question de droit objectif et non une question de droit subjectif; la décision qui interviendra est une décision qui n'a point vraiment le caractère juridictionnel. Sans doute quelques législations entourent la solution, qui doit intervenir sur une question d'électorat, de toutes les garanties qui accompagnent habituellement les décisions juridictionnelles; elles confient même la connaissance des questions électorales à des tribunaux judiciaires; mais il n'y a là qu'une application de la tendance très générale dans les législations modernes d'étendre aux réflexes du droit objectif des protections analogues à celles qui accompagnent les droits subjectifs proprement dits. Enfin, puisque les électeurs n'ont pas de droit, on ne peut parler d'une délégation qu'ils

donneraient à leurs députés, d'une représentation politique quelconque, ni faire des objections de principe aux divers modes d'élection, élection proportionnelle, élection professionnelle ou autres.

Nul ne peut contester à la doctrine qui précède le mérite de la logique. Mais, en même temps, cela n'est point douteux, elle va contre la manière de voir généralement admise et contre l'usage courant de la langue. Dans tous les pays on parle du droit électoral; il est peut être imprudent d'édifier des théories en contradiction avec des formules universellement reçues. D'autre part, ils semble bien que les législations positives modernes organisent la garantie du droit électoral comme s'il était un droit subjectif. Ces considérations ont frappé certains auteurs, qui, tout en admettant la théorie juridico-organique et la conception de la nation-organe, ont essayé de démontrer que l'électeur avait à la fois un droit et une fonction et de préciser le contenu du droit et de la fonction, aboutissant ainsi à une conclusion sensiblement analogue à celle que notre législation électorale paraît avoir déduite du principe de la nation-personne.

L'électeur, disent-ils, est un organe de l'Etat, un fonctionnaire public; le citoyen, en prenant part à une assemblée du peuple ou à une élection, exerce une fonction publique; il met en œuvre un droit dont l'Etat, et non pas lui-même, est titulaire. Son droit, s'il en a un, ne consiste donc pas à pouvoir voter. Voter, c'est exercer un droit, sans doute; mais le sujet de ce droit est l'Etat et non pas l'électeur. Dans tout cela il n'y a au plus qu'un réflexe du droit objectif constitutionnel. Mais en outre, l'électeur est vraiment titulaire d'un droit subjectif, qu'on appelle inexactement le droit électoral. Ce droit subjectif de l'électeur, ce n'est pas le droit de voter; c'est le droit d'être reconnu par tout le monde.

même par l'Etat, comme ayant une qualité qui permet d'exercer la fonction de voter. La distinction est subtile ; mais, on doit le reconnaître, extrêmement ingénieuse. Ainsi se trouvent, dit-on, conciliées d'une part les conséquences qui résultent logiquement de la conception de la nation-organe, la notion de l'électeur organe-membre, fonctionnaire de l'Etat et, d'autre part, les dispositions de la plupart des législations positives, qui paraissent reconnaître un droit subjectif à l'électeur, en lui donnant une action pour le faire valoir. A tout prendre la conciliation est élégante. En droit positif français, l'électeur a aussi un droit et une fonction ; le droit du citoyen est considéré comme un droit supérieur à la loi qui le constate, mais ne le crée pas. Dans la doctrine que nous rapportons, au contraire, le droit à la qualité d'électeur, comme la fonction électorale, sont l'un et l'autre de pures créations de la loi positive.

Gierke et Jellinek sont les deux promoteurs de cette ingénieuse théorie. Le dernier surtout en a donné dans ses divers ouvrages une formule très précise et très nette. « Si l'on se défait, dit Jellinek, de l'idée insoutenable d'un droit à la puissance étatique, le contenu juridique des droits découlant de la cité active... est facile à reconnaître. Le particulier a en vertu de ce *status* (*status* de cité active) un droit à la qualité d'organe, c'est-à-dire un droit à la reconnaissance de son individualité comme support de la puissance étatique. Le droit individuel consiste seulement en cela. L'exercice d'une fonction étatique n'est pas un droit individuel et ne peut pas l'être[1]. » Puis, faisant l'application de cette idée à l'électeur, Jellinek ajoute : « L'acte électoral ne peut jamais être le contenu

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 139.

d'un droit individuel. L'électeur dans l'acte électoral est un organe-partie, comme membre de l'ensemble des électeurs de la circonscription électorale ou membre du corps électoral tout entier. L'électeur est à l'instant du vote fonctionnaire étatique pour rentrer aussitôt après dans la vie privée. Quelque diverse que puisse être la participation du particulier au droit électoral, sa volonté est un élément dans la formation de la volonté étatique... Le droit électoral, quelque paradoxal que cela soit, ne consiste donc point dans le droit de voter... Mais il serait tout à fait inexact de dire que les règles de droit sur les élections n'ont pas créé un droit individuel... L'électeur a certainement un droit subjectif, et ce droit consiste dans le droit du particulier à être reconnu comme électeur, comme *Träger* d'un droit de cité active. Ce droit comme effet pratique se traduit dans le droit d'être porté sur les listes électorales..., dans le droit d'exiger de la part de l'Etat et de toute personne l'abstention d'actes qui entraveraient la possibilité d'être porté sur les listes électorales et de voter[1]. » Jellinek fait observer qu'en droit moderne on reconnaît à l'électeur une action en justice pour faire constater et sanctionner son droit, qu'il peut naître un véritable procès sur le droit électoral, que par conséquent il y a plus qu'un réflexe du droit objectif.

La doctrine très ingénieuse de Jellinek a été très vivement critiquée par Laband. Après l'avoir résumée, le savant professeur écrit : « Ce principe du droit abstrait à la reconnaissance d'un certain *status* joue dans le système de Jellinek un rôle prépondérant et est appliqué à la construction d'un grand nombre de droits subjectifs. Cependant ce droit me paraît très problématique. » Ce droit à la reconnaissance du pouvoir

1. Jellinek, *loc. cit.*, p. 152. — Voir une théorie analogue, mais exposée moins clairement, dans Gierke, *Jahrbücher* de Schmoller, 1883, p. 1138.

de voter ne peut point, dit encore Laband, être distingué du droit de voter ; c'est précisément le droit de voter. Car, ou bien l'électeur a le droit subjectif de voter et alors un droit à la reconnaissance de ce pouvoir de voter est superflu ; tout droit subjectif, en effet, dans la conception juridique moderne, implique par lui-même le droit à la protection de ce droit ; « le droit général à la protection juridique comprend tous les droits subjectifs, et ajouter encore à tout droit particulier un droit à la reconnaissance, cela s'appelle prendre l'ombre d'une chose pour la chose elle-même ». Ou bien, au contraire, il n'existe pas de droit subjectif de voter, mais simplement un pouvoir, réflexe du droit objectif ; alors la prétention à la reconnaissance de ce pouvoir de voter ne peut pas être, elle, un droit ; la possibilité de faire reconnaître l'existence d'une situation, qui ne constitue pas un droit subjectif, ne peut pas être un droit. Le dilemme paraît bien sans réplique. Laband ajoute : Jellinek déclare à plusieurs reprises que l'électeur n'a point un droit subjectif de voter, qu'en votant il exerce non pas un droit, mais une fonction ; par conséquent Jellinek se met en contradiction avec lui-même quand, après avoir affirmé qu'en votant l'électeur n'exerce pas un droit, il déclare que le pouvoir de faire reconnaître la qualité qui lui permet de voter constitue pour lui un droit subjectif. « Si le pouvoir de voter, comme le dit Jellinek, n'est pas un droit subjectif, la prétention à la reconnaissance de celui-ci n'est pas la prétention à un droit, mais la prétention à la reconnaissance d'un non-droit[1]. »

Dans son dernier ouvrage, Jellinek a tenté de répondre, mais vainement, à l'argumentation pressante de Laband. Le savant professeur d'Heidelberg maintient

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. 1, p. 307, note 1 ; édit. française, 1900, t. I, p. 495, note 1.

son affirmation que le droit électoral consiste dans le droit à la reconnaissance du pouvoir de voter. « Ce droit ainsi conçu découle, dit-il, de ma conception du droit subjectif comme émanation directe de la personnalité. Si l'on veut la contester, on doit opposer une autre théorie positive du droit public subjectif. Mais Laband ne le fait point; nulle part il ne donne une définition de la conception du droit public subjectif... Ma proposition : le droit de vote n'est pas le droit d'élire, n'est pas plus paradoxale que cette autre proposition : le droit de libre croyance n'est pas le droit de croire ce que l'on veut, proposition qui ne sera certainement pas contestée par Laband[1]. » Jellinek ajoute (et l'argument est plus fort) : le droit électoral pris en soi ne peut être différent du droit du citoyen de prendre part à la confection des lois dans une démocratie directe; or, on ne peut certainement pas dire que le citoyen, qui prend part à la confection d'une loi, exerce un droit dont il est le titulaire; il agit alors comme organe de l'Etat qui seul a le droit de faire des lois; de même, par conséquent, l'individu qui vote n'exerce point en votant un droit propre, il agit simplement comme organe de l'Etat et exerce le droit de l'Etat. Par suite, si l'on nie l'existence du droit à la reconnaissance de la qualité d'électeur, il faut dire que l'électeur n'a aucun droit subjectif, qu'il n'est qu'un fonctionnaire, qu'il a simplement un pouvoir réflexe du droit objectif. — Et en effet telle est bien la seule conséquence logique de la doctrine de la nation-organe. Les savantes et subtiles distinctions de Gierke et de Jellinek n'y changeront rien. Finalement la conception de la nation-personne reconnaît à l'électeur ou simplement un droit, ou à la fois un droit et une fonction, et

1. *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 382, note 1.

la doctrine de la nation-organe, si elle reste logique avec elle-même, doit refuser à l'électeur tout droit subjectif, et ne voir en lui qu'un fonctionnaire.

## X

Les longues controverses, les distinctions arbitraires dont on vient de donner un aperçu, montrent le vice de la méthode suivie. Il faut déterminer en soi la nature juridique de l'électorat, sans la rattacher aux hypothèses indémontrées et indémontrables de la nation-personne ou de la nation-organe.

Nous avons essayé d'établir[1] que la loi proprement dite, la loi constructive, non plus que loi normative, ne peut créer un droit subjectif, une situation juridique subjective, que la situation subjective, comme le droit subjectif qu'elle implique, ne résulte que d'un acte de volonté individuelle, déterminé par un but conforme au droit, que de la loi naît toujours simplement un pouvoir objectif, qui se rapproche assurément du pouvoir réflexe de Jellinek, mais qui s'en distingue toutefois, ou du moins possède un caractère mieux défini. Cela rappelé, il est incontestable que la situation de l'électeur est créée uniquement et directement par la loi, et que, par conséquent, il ne peut en résulter pour lui en aucune façon un droit subjectif, pas plus le droit subjectif d'être reconnu comme ayant la qualité d'électeur que le droit subjectif d'élire ou de voter dans l'assemblée du peuple. Nous ne disons point que le titulaire du droit d'élire, de voter dans l'assemblée du peuple est l'Etat, pour deux raisons, d'abord parce que l'Etat n'étant point une personne, il ne peut être titulaire d'un droit, ensuite

1. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1900,

parce que si l'Etat était une personne, un droit subjectif ne pourrait point naître de la loi pour lui, non plus que pour l'individu. Quant à ce prétendu droit de l'électeur, qui serait le droit à la reconnaissance du pouvoir de voter, Laband, on l'a vu, en a fait bonne justice. On ajoutera seulement que tout en étant similaire de la conception française de l'électorat droit et fonction[1], cette idée s'en distingue nettement quoi qu'en dise Jellinek[2]. L'avantage de la logique reste à la conception française. D'après elle, en effet, le droit et la fonction ont un contenu différent : le droit est le droit à être reconnu comme citoyen, la fonction est celle de voter. Cette distinction est possible avec la doctrine de la nation-personne ; elle ne l'est pas avec celle de la nation-organe. Le droit et la fonction, que veulent distinguer Jellinek et Gierke, ont au fond exactement le même contenu.

L'individu qui peut voter, prendre part à une assemblée du peuple, a donc le pouvoir de faire une certaine manifestation de volonté. Lorsque l'individu prend part directement au vote de la loi, il concourt à la formation d'une loi ; nous avons déterminé dans un précédent volume le caractère de l'acte législatif. Quand l'individu prend part à une élection, la manifestation de volonté possède un certain caractère qui sera déterminé au chapitre suivant. Mais peu importe la solution déjà donnée ou à donner de ces questions, la manifestation de volonté de l'électeur est un acte d'ordre juridique. L'électeur peut donc, dans une certaine sphère déterminée par le droit objectif, faire un acte d'ordre juridique. Cela est au premier chef le propre du pouvoir objectif. L'électeur a donc un pouvoir objectif, et uniquement un pouvoir objectif, que

1. Cf. *supra*, chap. I, § 8.
2. Jellinek, *Allgemeine Saatslehre*, 1900, p. 381, note 1.

l'on peut appeler une compétence, une fonction, un état (*status*). Peu importe. Cependant ces mots sont dangereux, car on discute encore le caractère des choses qu'ils désignent. L'expression de pouvoir objectif nous paraît préférable. Cette conclusion assurément se rapproche de celle formulée par ceux des partisans de la doctrine juridico-organique, qui pensent comme Laband que l'électeur n'a pas de droit et n'est qu'un fonctionnaire. Mais en même temps les divergences entre ce point de vue et le nôtre sont notables. En disant que l'électeur est investi d'un pouvoir objectif, nous ne voulons pas dire que l'électeur a le pouvoir d'exercer un droit dont l'Etat est le sujet. Le pouvoir objectif n'est pas le pouvoir d'exercer un droit propre ou le droit d'autrui; c'est tout simplement la possibilité de faire une manifestation de volonté dans le domaine du droit. On voit par là combien est grande, au moins théoriquement, la différence qui sépare notre opinion de la doctrine de l'électorat-fonction. De droit de voter, de droit d'élire, il n'y en a point. On en cherche vainement le titulaire; on discute à perdre haleine le point de savoir si c'est l'Etat ou l'individu. De titulaire du droit électoral, il n'y en a point, puisque ce droit n'existe pas. Ce qu'il y a, c'est une volonté individuelle qui peut faire une certaine manifestation d'ordre juridique. Cette volonté individuelle n'agit point comme organe d'un organe collectif ou comme organe de l'Etat. Cette volonté individuelle se manifeste comme volonté individuelle; et, comme toute volonté individuelle, elle peut produire un effet de droit, quand elle se manifeste conformément au droit objectif. Aux questions : l'électorat est-il un droit ou une fonction? L'électeur est-il titulaire d'un droit ou un fonctionnaire ou un organe? L'Etat est-il le vrai titulaire du droit électoral? Nous répondons : ces questions ne se posent pas; l'électorat est une puissance de vou-

loir efficacement dans le domaine du droit; l'électorat est un pouvoir objectif d'une volonté individuelle.

Toutes les conséquences, que nous avons rattachées au pouvoir objectif, trouvent donc leur application ici. Le pouvoir objectif est le droit objectif en tant qu'il s'applique à une volonté individuelle; il a donc tous les caractères du droit objectif; il est changeant comme lui; il se modèle sur lui, et suit toutes ses transformations. Nul ne peut prétendre à ce pouvoir objectif en vertu d'une qualité inhérente à la personne. Le législateur positif peut accorder, refuser, modifier ce pouvoir objectif; et s'il est limité dans ses décisions à cet égard, ce n'est point par un droit subjectif, qui appartiendrait au citoyen et auquel il ne pourrait pas toucher, c'est par le droit objectif, supérieur à la loi positive, fondé sur la solidarité sociale, et qui s'impose à tous, même à l'Etat. L'observation n'est point inutile. En effet, si la limitation au pouvoir de l'Etat trouvait son principe dans une qualité inhérente à l'homme ou même au citoyen, c'est-à-dire à l'homme membre d'une collectivité politique, cette limitation serait toujours la même en tout temps et en tout pays. Il y aurait là un de ces droits du citoyen que proclamait la Déclaration de 1789 et auxquels nul législateur ne peut porter atteinte. La limitation du pouvoir de l'Etat étant fondée au contraire sur une règle sociale, essentiellement changeante, cette limitation est elle-même variable avec les conditions politiques, économiques et sociales de chaque Etat; le devoir du législateur est alors de modeler ses lois positives sur la solidarité sociale avec les formes qu'elle revêt dans le pays où il édicte ses lois[1].

Mais en disant que l'électeur a un simple pouvoir objectif, nous n'avons résolu qu'une partie du problème.

1. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. I, II, III et IV.

Reste à savoir, en effet, si à côté du pouvoir objectif il existe un devoir objectif qui s'impose à l'individu investi de ce pouvoir. Oui, sans aucun doute. Non seulement l'électeur a un pouvoir objectif; mais encore il est tenu par un devoir objectif. C'est une conséquence logique de notre conception de la solidarité sociale. Si dans un pays donné un certain nombre d'individus ou la totalité, peu importe, ont le pouvoir objectif de participer à la direction politique, si la loi positive reconnaît et consacre ce pouvoir, il est à présumer qu'il en est ainsi parce que la forme de la solidarité sociale, telle qu'elle existe dans ce pays, rend nécessaire cette participation. La loi positive qui l'établit n'est elle-même légitime que si elle repose sur ce fondement. L'activité politique des individus ne trouve sa cause ni dans la volonté arbitraire du législateur, ni dans le caractère, ni dans l'intérêt des individus, mais dans la solidarité sociale, dont le législateur, conformément à ses devoirs, a voulu assurer la réalisation. Le même devoir s'impose aux individus. Non seulement ils ont un pouvoir politique objectif, mais encore un devoir politique objectif, parce qu'ils sont tenus de coopérer à la solidarité sociale. Ils sont juridiquement obligés de voter, d'assister aux assemblées populaires, de délibérer, en un mot d'exercer toutes les charges politiques qui sont impliquées par leur pouvoir. Ce devoir ne trouve point sa cause dans la loi positive. Celle-ci n'est pas une règle impérative par elle-même; elle n'est impérative que parce qu'elle constate, *construit* une règle qui possède ce caractère. Au fond même, c'est ce devoir qui implique l'existence du pouvoir objectif, bien plus que le pouvoir objectif n'implique le devoir. En tous cas, ce devoir ne trouve point sa source dans ce fait que l'électeur serait fonctionnaire de l'Etat, c'est-à-dire mandataire ou organe. Mandataire? Comment le serait-il? En admettant la personnalité de

l'Etat, il est bien difficile, on l'a déjà dit, d'appliquer la notion de mandat aux rapports politiques. Organe? Mais la personnalité de l'organe n'existe pas, séparée de la corporation dont il exprime la volonté. Comment, dès lors, une obligation pourrait-elle lui être imposée? L'électeur est tenu d'un devoir objectif parce qu'il est pris, comme tout homme, dans les liens de la solidarité sociale. Cette obligation est même antérieure à la loi positive, qui n'est impérative que parce qu'elle la constate et la sanctionne. En se plaçant à tout autre point de vue, on ne peut donner un fondement solide au devoir électoral.

Notre proposition peut rencontrer des objections d'ordre tout à fait différent. D'abord, peut-on dire, si l'on suppose un pays de monarchie absolue, dans lequel un monarque, agissant dans sa pleine puissance, accorde à tous ou à quelques-uns une participation à la direction politique, on comprend bien que l'électorat soit à la fois un pouvoir et une obligation; mais ce pouvoir et cette obligation ne peuvent être ni un pouvoir propre à l'individu ni une obligation fondée sur la solidarité sociale; l'électeur ne peut être en pareil cas qu'un agent du monarque; le monarque réunit en sa main toute la puissance existant dans le pays; la participation des individus à la puissance publique ne peut donc être qu'une concession royale; et si l'on veut donner un caractère juridique à cette situation de l'électeur, on ne peut que l'analyser en une délégation. En pareil cas, il ne serait donc pas vrai de dire que l'électeur a un pouvoir de volonté propre, fondé sur la solidarité sociale; son pouvoir serait le résultat d'une concession accordée par la loi positive, œuvre du monarque absolu. Qu'on remarque d'ailleurs qu'en formulant l'objection nous écartons le postulat de l'Etat-personne.

L'objection serait pressante, si la puissance d'un mo-

narque absolu était un droit subjectif dont il serait le sujet. Or il n'en est rien. On dit qu'il existe une monarchie absolue quand en fait dans un pays un homme est, par suite de circonstances infiniment diverses, à lui seul plus fort que tous les autres. Quand cet homme formule une loi, établissant la participation des individus aux affaires politiques, de deux choses l'une, ou cette loi est contraire ou elle est conforme à la solidarité sociale. Si elle est contraire à la solidarité sociale, si elle méconnaît les conditions économiques et politiques du pays, si le monarque abandonne une partie de sa puissance au profit d'individus incapables d'exercer une action politique quelconque, cette loi est sans valeur, elle ne crée qu'une situation provisoire qui disparaîtra bientôt. Le juge et l'administrateur devront l'appliquer. Le juriste n'y verra qu'un acte sans portée, qu'emportera bientôt le courant des choses. Si, au contraire, la loi émanée d'un monarque, établissant l'électorat, est conforme à la solidarité sociale, elle est alors vraiment la constatation et la sanction d'une règle de droit : les relations politiques et économiques se sont transformées dans le pays; le monarque n'est plus à lui seul plus fort que tous les autres, et la loi qu'il établit constate cette transformation et y puise sa force. Alors le pouvoir objectif d'ordre politique, qu'elle reconnaît aux individus, repose, non pas sur elle-même, mais sur les éléments de solidarité sociale auxquels elle donne une forme juridique. De même aussi le devoir objectif qui s'imposera aux individus, devenus électeurs, aura pour cause efficiente, non la loi positive nouvelle, mais la règle de droit, fondée sur les nouveaux éléments de solidarité sociale que cette loi a reconnus. C'est une loi *constructive*, destinée à assurer la réalisation d'une norme antérieure et supérieure; toute loi constructive ne vaut que par la norme juri-

dique qu'elle a pour but de mettre en œuvre. Ces idées, présentées sous une forme un peu abstraite, peuvent s'éclairer par des exemples.

Si par impossible l'empereur de Russie accordait aujourd'hui l'électorat politique à ses sujets, il y aurait là une disposition légale, qui pourrait recevoir son application pendant quelque temps, mais certainement n'aurait qu'une durée fort courte. Une telle loi en Russie serait en tout contraire aux conditions vitales du pays. La grande majorité du peuple russe est encore à un tel degré de conscience politique et religieuse, de civilisation, qu'il ne peut vivre que sous un régime de monarchie absolue. Seul l'empereur, par la puissance militaire dont il dispose, et surtout par l'investiture divine que le peuple des moujiks lui attribue, est en Russie la force suprême, qui seule peut réaliser la solidarité sociale qui convient à ce peuple. Ainsi tout acte législatif, qui accorderait l'électorat au peuple russe, serait une loi infiniment précaire, et la question ne se pose même pas pour le juriste de savoir si l'électorat serait un droit concédé, une obligation créée par l'empereur, ou un pouvoir et un devoir objectifs nés des conditions sociales dans lesquelles se trouve le pays russe. Au contraire, quand la Charte de 1814 accordait l'électorat à un certain nombre de citoyens français, Louis XVIII et ses courtisans avaient beau dire que la Charte était octroyée, que l'électorat était une pure concession royale que le monarque aurait pu ne pas faire et pourrait retirer quand bon lui semblerait, les faits étaient plus forts que les plus solennelles déclarations. La grande majorité, sinon l'unanimité du pays, voyait dans la Charte la reconnaissance d'un état de choses qui s'imposait à tous et, en premier lieu, au souverain qui se disait à tort monarque absolu. La Charte était acceptée de tous, précisément parce qu'elle ne

faisait que constater une forme nouvelle de solidarité sociale, née des événements qui venaient de s'accomplir. Les individus, investis de l'électorat par les lois de 1817 et de 1820 sanctionnées par le roi, ne recevaient point, quoique on en dît, l'électorat d'une concession royale, mais le trouvait dans les éléments sociaux et pouvaient vouloir légitimement et efficacement conformément à ces lois, parce qu'elles ne faisaient que mettre en œuvre une règle de droit antérieure et supérieure à elles. De même le devoir objectif d'agir conformément à ces lois, c'est-à-dire de voter, s'imposait aux électeurs non point en vertu de ces lois positives, mais en vertu d'une règle de solidarité sociale que ces lois ne faisaient que consacrer. On le vit bien quand Charles X tenta de modifier par les ordonnances du 25 juillet 1830 cette législation électorale, et provoqua une révolution dont nul n'a pu sérieusement contester la légitimité. Ainsi même dans l'hypothèse où un monarque, jusqu'alors absolu, paraît concéder un droit électoral et imposer une obligation électorale, il n'en est rien; la loi qu'il promulgue est sans objet, si elle est contraire à la solidarité sociale telle qu'elle existe à ce moment dans le pays; et si elle lui est conforme, l'électorat trouve toute sa valeur et toute sa force dans cette solidarité, qui est toujours le fondement du pouvoir et du devoir objectifs qu'il implique.

D'autre part, on peut imaginer un pays parvenu à une conscience complète de la conception démocratique, où la règle de droit, fondée sur la solidarité sociale, impose au législateur positif l'obligation de reconnaître et de sanctionner la participation de tous à la puissance publique, où chacun conçoit nettement qu'il n'y a de décision légitime que celle prise avec la participation possible de tous les membres de la société. Assurément, en pareil cas, on ne peut pas soutenir sérieuse-

ment que l'électorat dérive exclusivement de la loi positive. Il est incontestable que dans un tel pays l'électorat trouve son véritable fondement dans l'état politique et social de la nation. Mais ne peut-on pas dire qu'alors l'électorat est bien véritablement par lui-même un droit subjectif, ou du moins une qualité inhérente à l'individu, que l'électorat n'est pas la conséquence de la règle objective, mais au contraire la source même de cette règle, que tout individu porte en lui-même une part de souveraineté, et que de ce fait même découle la règle positive, qui reconnaît à chacun l'exercice de cette souveraineté. Ainsi prérogative de la personne humaine, l'électorat ne pourrait point alors constituer un devoir ; il y aurait un droit politique pour chacun et point d'obligation.

Ce serait sous une autre forme la théorie de Rousseau, sans le contrat social et sans la personnalité de la nation, mais avec le postulat de la souveraineté. Cela seul condamne la proposition. Ce qu'on appelle improprement la souveraineté est un simple fait[1]. Dans les pays de démocratie pure, dire que la souveraineté appartient à tous, c'est dire tout simplement que les plus forts sont les plus nombreux. Tous les individus étant considérés comme égaux, la décision de la majorité numérique s'impose à la minorité. Il n'y a point là un droit véritable de puissance appartenant à tous, mais seulement un fait de plus grande force. La règle fondée sur la solidarité sociale s'impose à cette majorité, comme à tout élément qui dans un pays possède la plus grande force; elle l'oblige de reconnaître et de garantir à tous la participation à la puissance politique, c'est-à-dire l'électorat. Donc, même ici, l'électorat n'est point une prérogative inhérente à la personne

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1900, particulièrement p. 242 et suiv., p. 320 et suiv.

et antérieure à la règle objective; il résulte encore de cette règle même ; il n'est encore qu'un simple pouvoir objectif. N'étant qu'un pouvoir objectif rien n'empêche qu'il soit accompagné d'un devoir corrélatif. Ce devoir trouve encore son fondement dans la solidarité sociale. Tous ont le pouvoir d'agir politiquement; mais tous en ont aussi le devoir, puisque la condition de la solidarité sociale est la participation de tous à la direction politique. Là est le point essentiel du débat; il n'est pas inutile d'insister. C'est surtout dans les pays de démocratie absolue qu'il importe d'affirmer l'obligation stricte du vote. Les conditions sociales y sont telles que la nation ne peut vivre et se développer que par la participation de tous aux affaires. En fait, chacun est capable d'y participer et, en fait, chacun profite de la participation des autres. Cette participation commune est la condition nécessaire de la double solidarité par similitudes et par division du travail. Quiconque s'abstient manque donc au premier devoir que lui impose la situation sociale et politique du pays dans lequel il vit.

Ainsi dans tout Etat, même le plus démocratique, l'électorat n'est point un droit subjectif, mais un pouvoir objectif, et implique en même temps un devoir objectif. La loi positive, qui organise le suffrage universel, ne consacre pas un droit antérieur appartenant à tous les individus; elle applique et sanctionne une règle de droit, de laquelle résulte pour chacun l'obligation de voter et comme conséquence le pouvoir de voter. De la règle résulte le devoir; du devoir découle le pouvoir ; voilà la vraie filiation.

## XI

Nous avons essayé d'établir notre doctrine en dehors de toute législation positive. Il est intéressant toutefois de rechercher si elle est conforme au droit commun des pays modernes, et particulièrement au droit positif français. On a montré plus haut qu'en France l'électorat paraît être à la fois un droit et une fonction. En disant que l'électorat est en France une fonction, les juristes entendent que l'électeur n'est point libre de voter ou de ne pas voter, qu'il est tenu de voter, comme tout fonctionnaire est obligé de faire les actes de sa fonction ; le juge est obligé de juger, l'administrateur d'administrer, l'électeur de voter. Nous écartons autant que possible ces expressions, fonctions et fonctionnaires, qui, du moins ici, prêtent à tant de confusions et de controverses. Mais, à tout prendre, notre idée est la même : l'électeur ne peut pas se considérer comme libre de voter ou non, et toute législation politique bien faite devrait établir le vote obligatoire, et sanctionner cette obligation. Mais les juristes français disent que l'électorat est en outre un droit subjectif; nous disons qu'il est un pouvoir objectif. On a montré qu'il n'y a pas là une simple différence de mot, et que ces expressions différentes expriment bien des choses différentes. Il nous semble que notre notion du pouvoir objectif cadre bien mieux avec les dispositions et les tendances de la loi française que la notion ordinaire de droit subjectif. Tout titulaire d'un droit subjectif peut renoncer à ce droit; ce que la volonté a fait, elle le peut défaire. Or, il est incontestable que l'électeur ne peut pas renoncer à l'électorat. L'électorat est un pouvoir de sa volonté ; il

ne peut pas le détruire, puisqu'il ne peut pas supprimer sa volonté; l'électorat est un pouvoir né de la règle objective, il ne peut pas le supprimer, puisque la règle objective est supérieure à lui et s'impose à lui. Avec la conception ordinaire du droit subjectif appliquée à l'électorat, nous ne voyons pas comment on peut expliquer l'impossibilité où est l'électeur de renoncer à son droit; et l'on aboutit à toutes les obscurités et contradictions, dans lesquelles Jellinek lui-même est tombé[1]. De ce chef notre notion du pouvoir objectif cadre parfaitement avec les principes du droit positif français. Il en est de même en ce qui concerne l'effet d'une loi nouvelle sur la condition des individus électeurs au moment de la promulgation. Qu'on suppose une loi nouvelle restreignant l'électorat. Écartons d'ailleurs la question de savoir si une pareille loi serait en France contraire ou conforme au droit constitutionnel. Considérons, par exemple, la loi de 1850 imposant pour l'électorat la condition d'un domicile établi par l'inscription au rôle des contributions ou la loi de 1874 créant des conditions spéciales pour l'électorat municipal. Si l'électorat est un droit subjectif au sens vrai du mot, comment expliquer que ces lois aient eu, d'un aveu unanime, un effet rétroactif, aient enlevé l'électorat à ceux qui en étaient déjà titulaires? Une loi nouvelle ne peut enlever un droit déjà fixé sur la tête d'une personne. Tout s'explique avec la notion de pouvoir objectif. Celui-ci n'est que la loi considérée au point de vue de son application aux volontés; ce pouvoir objectif suit fidèlement toutes les transformations de la loi; celle-ci changeant, le pouvoir électoral change comme elle, et aucune difficulté ne subsiste.

Mais les législations modernes en général et la légis-

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 324 et suiv.

lation française en particulier ont organisé une action en justice pour sanctionner l'électorat. En France le procès naît à propos de l'inscription sur la liste électorale. Tout électeur doit être inscrit sur une liste électorale. Cette inscription ne lui donne pas l'électorat, mais lui permet de l'exercer. En même temps cette inscription est de droit pour tout électeur. L'article 14 de la loi du 5 avril 1884 détermine la liste électorale sur laquelle l'électeur doit être inscrit d'office ou sur sa demande. Ainsi la question de savoir si telle ou telle personne doit être inscrite est la question même de savoir si cette personne a ou n'a pas l'électorat ; car, si elle l'a, elle doit être inscrite. Le décret du 2 février 1852 et certaines lois postérieures ont créé une action en justice, portée devant des juridictions judiciaires, commission municipale de revision des listes électorales en première instance, juge de paix en appel, cour de cassation, action en justice tendant à obtenir l'inscription, c'est-à-dire la reconnaissance de l'électorat. Or, en droit moderne, l'action en justice implique, dit-on, l'existence d'un droit subjectif; elle n'est même que le droit subjectif mis en œuvre et sanctionné par la force publique ; si donc l'électorat est accompagné d'une action, c'est qu'il est un droit subjectif. Voilà le raisonnement ; il ne manque pas de force. Nous croyons cependant que cette action qui, dans les législations modernes, et particulièrement dans le droit positif français, vient sanctionner l'électorat, n'est point inconciliable avec notre conception de l'électorat, pouvoir objectif.

Il est certain que pendant longtemps les idées juridiques ont confondu le droit subjectif et l'action qui le sanctionne et ont vu dans le droit subjectif la condition indispensable de toute action. Le droit romain sépara longtemps le droit et l'action. Celui qui avait un

droit n'avait pas par là même une action pour le faire valoir; l'action avait sa vie et son domaine propres. Ce fut un grand progrès quand, débarrassé du formalisme primitif, l'esprit juridique affirma que tout droit était muni d'une action et que l'action était le droit lui-même accompagné de la sanction publique. Mais l'esprit juridique est allé plus loin, et, à l'époque moderne, il a fait une nouvelle et précieuse conquête. Il a compris qu'il ne suffit pas toujours de donner des garanties judictionnelles au droit subjectif, qu'il faut aussi parfois les accorder au droit objectif pris en lui-même, qu'un procès peut naître non seulement sur le point de savoir si tel individu est ou n'est pas titulaire d'un droit subjectif, mais encore sur le point de savoir si la règle objective est ou n'est pas violée; et il a entouré la solution de ce débat des garanties, qui accompagnent un véritable procès sur une question de droit subjectif. Dans la réalité des choses, la décision qui intervient n'est pas proprement juridictionnelle; mais au point de vue des garanties établies, des formalités exigées, elle a tous les caractères d'une décision juridictionnelle[1]. Au point de vue matériel, il n'y a pas de procès; au point de vue formel, il y en a un. Ainsi, à côté du contentieux subjectif, s'est formé un contentieux objectif. Quoique trouvant son origine très loin dans l'histoire du droit, l'évolution n'est point encore achevée. Mais la législation française a l'honneur d'être allée déjà le plus loin en ce sens.

Au cours de ce travail, nous rencontrerons d'autres exemples de contentieux objectif, dont le plus notable est assurément le recours pour excès de pouvoir. Né sur une question de droit objectif, le procès s'instruit, se discute et se juge comme un procès sur un droit subjectif.

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 417, notre définition de la fonction juridictionnelle.

Mais forcément il présente certains caractères particuliers, tenant à sa nature intrinsèque. La forme ne peut détruire le fond des choses. Ainsi le procès objectif peut être engagé par toute personne ; seul au contraire le titulaire du droit subjectif peut intenter l'action qui le sanctionne ; la recevabilité de l'action objective ne dépendra point, ne peut pas dépendre du point de savoir si le demandeur est ou n'est pas titulaire d'un droit qui n'existe pas ; elle dépendra de toute autre chose ; la loi positive, dans ses dispositions *constructives* peut certainement déterminer le demandeur possible ; mais l'adage : « Pas de droit, pas d'action », n'a plus ici de raison d'être. Le demandeur est une sorte d'agent du ministère public, qui agit pour assurer le respect de la loi, et non pas un particulier qui demande la sanction d'un droit dont il se prétend titulaire. Pour la même raison, le jugement rendu sur un procès objectif ne contiendra pas de condamnation. La condamnation juridictionnelle est la reconnaissance d'un droit subjectif appartenant au demandeur et l'injonction adressée au défendeur d'accomplir la prestation due, sous peine de s'y voir contraindre directement ou indirectement par la force publique. Dans un procès objectif, une décision de cette nature ne peut point intervenir. D'ailleurs il n'y a pas de défendeur. On ne demande point à telle personne l'accomplissement d'une prestation ; on agit pour faire constater la disposition de la loi, assurer son respect ; la juridiction constate quelle est la loi ; sa décision vaut en quelque sorte loi ; elle implique l'accomplissement des mesures nécessaires, par les agents chargés d'appliquer la loi, et l'annulation des actes faits en violation de la loi. Enfin constatation de la règle objective, la décision rendue a la même portée que cette règle ; elle est générale comme elle ; le principe de l'effet relatif de la chose jugée est sans application. Ce

principe est logique quand le procès naît sur une question de droit subjectif; le jugement constate alors une situation juridique subjective, dont le caractère propre est d'être individuelle; il n'aura ni plus d'effet, ni plus de portée que la situation juridique subjective qu'il constate. Le caractère relatif de la chose jugée n'a plus sa raison d'être, quand la décision rendue constate la légalité objective.

Tels sont en bref les caractères du contentieux objectif, lesquels découlent logiquement de sa nature propre. Il est facile de montrer que tels sont précisément les caractères que la loi française attribue au procès élevé sur une question d'électorat. Qui peut intenter l'action? Celui qui se prétend électeur? Assurément. Lui tout seul? Non point. Aux termes de l'article 19 du décret organique du 2 février 1852, « lors de la revision annuelle, et dans les délais qui seront réglés par les décrets du pouvoir exécutif, tout citoyen omis sur la liste pourra présenter sa réclamation à la mairie; tout électeur inscrit sur une des listes de la circonscription électorale pourra réclamer la radiation ou l'inscription d'un individu omis ou indûment inscrit; le même droit appartient aux préfets et aux sous-préfets ». Si l'électorat était un droit subjectif, il est de toute évidence que seul le titulaire de ce droit pourrait le revendiquer. Or il n'en est point ainsi : tout électeur de la circonscription, le préfet, le sous-préfet peuvent agir. Il y a donc autre chose qu'un droit subjectif. Tout s'explique si l'on admet notre conception de l'électorat pouvoir objectif. Le législateur veut assurer avant tout l'application de la loi, et il constitue diverses personnes agents du ministère public pour obtenir une décision de justice qui assure ce résultat. Ce n'est pas tout. La cour de cassation, interprétant l'article 21 du décret de 1852, décide, de jurisprudence constante, que l'appel peut

être formé devant le juge de paix, non seulement par ceux qui ont figuré au premier procès, mais encore par toute personne qui aurait eu le droit de porter la question d'électorat devant la commission municipale, juridiction de premier ressort. Cette jurisprudence serait totalement inexplicable, si l'on voyait dans le procès sur l'électorat un procès ordinaire; alors, seules en effet les parties au premier procès pourraient faire appel. Le procès électoral se déroule sans défendeur. Quel serait-il? L'Etat? Il n'est point mis en cause. La commission administrative de revision? Elle n'est pas d'avantage mise en cause. Il n'y a pas de défendeur, parce qu'on ne revendique point un droit contre une personne; on demande simplement l'application de la loi.

Pour la même raison, la décision rendue par la juridiction compétente est une décision générale, s'imposant à tous; elle constate la loi; elle est générale comme la loi. Nul ne serait recevable à attaquer par voie de tierce-opposition cette décision, ou à soutenir par une voie de droit quelconque qu'elle ne s'impose pas à lui. La cour de cassation l'a jugé à plusieurs reprises et très justement[1]. De même, cette décision sur l'électorat ne comporte point de condamnation; mais constatant la loi, destinée à assurer l'application de la loi, elle entraîne par elle-même l'obligation pour tout fonctionnaire d'accomplir tout ce qui est nécessaire pour l'application de la loi. Le jugement rendu ne condamne personne; mais il affirme que telle est la loi et tous les fonctionnaires sont tenus d'y obtempérer. L'autorité compétente fera toutes les inscriptions et toutes les radiations qu'implique le jugement. Bien plus, même après la clôture de la liste électorale,

1. Cassation, 19 juillet 1893, S. 93, I, p. 527; qui consacre absolument notre doctrine,

une inscription ou une radiation doit être faite en vertu d'une décision rendue par le juge de paix après le 31 mars, quand cette juridiction a été saisie dans les délais réguliers[1]. De même sont admis au vote, quoique non inscrits, les citoyens porteurs d'une sentence du juge de paix ordonnant leur inscription, ou d'un arrêt de la cour de cassation annulant une décision qui aurait prononcé leur radiation[2].

Tout cela cadre merveilleusement avec notre conception du contentieux objectif, et devient inexplicable et contradictoire, si l'on persiste à voir dans le procès électoral un procès portant sur un droit subjectif. Il est ainsi parfaitement légitime de considérer l'électorat, même en droit positif français, comme un pouvoir objectif, tel que nous avons essayé de le définir. Nous n'oserions pas toutefois affirmer que le législateur français ait eu une notion très nette de tout cela. Mais la législation positive elle-même, comme la jurisprudence, est en grande partie une formation inconsciente, et notre droit positif français va constamment s'adaptant de plus en plus à cette notion du pouvoir objectif, si souple et si adéquate aux besoins sociaux. Ce n'est pas le seul exemple que nous en rencontrerons.

Pouvoir objectif, devoir objectif, avec toutes les conséquences qu'impliquent ces expressions, telle serait donc la vraie nature de l'électorat politique, aussi bien dans les pays de suffrage restreint que dans les pays où le suffrage universel existe dans les conditions les plus larges possibles. Cette notion pénètre de plus en plus les législations modernes et particulièrement le droit positif français.

1. Décret réglementaire du 2 février 1852, art. 8.
2. Même décret, art. 19.

# CHAPITRE II

## LES PARLEMENTS

I. Les assemblées politiques et la volonté individuelle de leurs membres. — II. Les parlements non élus. — III. Les parlements élus. Doctrine du mandat impératif. — IV. Les parlements élus. Doctrine française du mandat représentatif. — V. Conséquences et critique de cette doctrine. — VI. Les parlements élus. Doctrine du parlement-organe. — VII. Conséquences et critique de cette doctrine. — VIII. La vraie notion de représentation politique. — IX. Applications et conséquences.

On définit souvent le parlement en disant que c'est toute assemblée législative, et en l'appelant même couramment le pouvoir législatif. C'est une erreur de méthode de définir un corps ou un agent politique par les attributions qui lui appartiennent. C'est en effet affirmer *a priori* que telle fonction de l'Etat doit appartenir forcément à tel corps ou à tel agent. Or il n'en est rien. Cette observation apparaît surtout vraie en ce qui concerne les corps politiques appelés du nom générique de parlements. Sans doute, dans tous les pays où il existe un parlement, celui-ci a une part plus ou moins grande à l'exercice de la fonction législative. Mais tantôt le parlement fait seul la loi et peut seul faire la loi. Tantôt le parlement ne peut faire qu'un projet de loi, qui devient définitif par la sanction du chef de l'Etat ou l'approbation du peuple sur referendum. Souvent aussi le parlement n'exerce pas toute la fonction législative, et sous le nom de règlements, de véritables lois émanent du chef de l'Etat seul. Enfin bien souvent le parlement

n'exerce pas seulement des fonctions législatives, il possède aussi des attributions administratives et judiciaires; et dans les pays qui pratiquent le régime de cabinet, la direction de la justice et de l'administration est placée tout entière sous le contrôle incessant du parlement. Il est donc tout à fait inexact de définir le parlement le corps politique auquel appartient dans un Etat la fonction législative, puisqu'il n'a pas toujours toute la fonction législative, et qu'il a d'autres fonctions que la fonction législative.

Il ne serait pas moins inexact de définir le parlement, le corps représentatif de la volonté nationale. Nous faisons toutes nos réserves sur la vraie nature de ce qu'on appelle communément la représentation politique. Mais cette définition implique certainement qu'un parlement est une émanation directe ou indirecte de la volonté nationale. Or il n'en est point toujours ainsi. Il est des parlements dont la formation n'est en aucune façon le résultat d'une intervention quelconque des individus membres de la collectivité. On a bien soutenu qu'un parlement, même non élu, peut être un corps représentatif. On verra plus loin la valeur de cette proposition paradoxale. Si elle est à la rigueur soutenable dans quelques cas, elle est en principe certainement inadmissible : les parlements héréditaires n'ont à aucun degré le caractère de corps représentatifs.

La vérité est qu'il est bien difficile de donner une définition à la fois générale et précise du parlement, et qu'en tous cas on ne peut le définir ni par ses fonctions ni par son origine. Tout ce qu'on peut dire pour le moment se réduit à ceci : dans la langue politique on donne le nom de parlements à des collèges d'individus, qui se trouvent investis en fait du pouvoir de prendre des décisions, qui s'imposent par elles-mêmes, ou sous certaines conditions, à tous les membres d'une

collectivité donnée et sur toutes les parties du territoire occupé par cette collectivité. Où les membres des parlements puisent-ils ce pouvoir? Comment se constituent ces parlements? Quand ils sont élus, quelle est la nature juridique de cette élection? C'est ce que nous allons essayer de rechercher.

## I

Au préalable, il importe de résoudre une question générale. Quand une assemblée quelconque exerce une puissance politique, on dit que cette assemblée prend des décisions. Cela paraît impliquer que cette assemblée possède une volonté propre et exerce une action provoquée par cette volonté. Quelle est la nature intime de cette décision? Quel est le caractère de cette volonté? Cette décision doit-elle être considérée comme une décision même de l'assemblée, possédant une volonté distincte de celle des individus qui la composent? Ou au contraire, cette décision est-elle une émanation des volontés individuelles additionnées des membres de l'assemblée? La question se pose pour les parlements. Mais à vrai dire, elle est plus générale; elle est la même pour tout collège exerçant des fonctions étatiques, législatives, administratives ou juridictionnelles. On l'examinera pour le parlement, et la solution donnée sera vraie pour tout corps collégial. L'intérêt de la question est assurément plus théorique que pratique. Il n'en est pas moins grand. Toutefois, l'intérêt pratique existe : de la solution donnée peut dépendre la réponse à des questions de responsabilité qui, dans l'état actuel des rapports politiques, présentent une importance de premier ordre.

Il semble bien que, dans l'opinion généralement admise, les collèges en général et les parlements en particulier sont considérés comme investis d'une volonté distincte des volontés individuelles qui les composent, que la majorité formée dans le collège est l'instrument par lequel s'exprime cette volonté, et que la décision prend sa cause efficiente, non point dans la somme des volontés individuelles, mais dans la volonté collégiale ayant une réalité propre. Toutefois, il importe de ne pas confondre la question qui nous occupe avec celle de la personnalité du parlement, au point de vue des droits de puissance dont il peut être titulaire. Les deux questions se pénètrent, il est vrai, sur plus d'un point; mais elles sont bien distinctes. La question de savoir si le parlement est lui-même titulaire de certains droits de puissance conçus comme droits subjectifs, rentre dans le problème plus général de savoir si les éléments humains, supports de fonctions étatiques, sont eux-mêmes des personnes juridiques, titulaires de droits subjectifs, ou, en d'autres termes, si les fonctions publiques doivent être considérées comme des personnes possédant, à titre de droit subjectif, la compétence qui leur est impartie. La question actuelle est tout autre; elle est vraiment un problème de psychologie collective : on demande si dans les décisions prises par un collège, investi d'une certaine compétence, il faut voir l'acte de volontés individuelles, produisant sous certaines conditions des effets de droit, ou l'acte d'une volonté autonome, une et collective, distincte des volontés individuelles qui concourent à la former. La solution donnée sur ce point n'implique point la réponse à la question précédente. Tout collège, ayant une certaine compétence, peut avoir une volonté propre sans être une personne juridique titulaire de droits subjectifs de puissance. A l'inverse, on peut

admettre qu'un collège investi d'une certaine compétence soit titulaire de droits subjectifs de puissance, sans que cependant il possède une volonté propre distincte de celle de ses membres. Effectivement, beaucoup de bons esprits admettent la personnalité collective sans admettre l'existence d'une volonté collective distincte des volontés individuelles[1]. Tout ce que l'on peut dire, c'est que, en admettant l'existence d'une volonté collégiale, on est assez naturellement porté à donner aux corps politiques, administratifs ou judiciaires la personnalité juridique, et à la leur refuser si l'on nie au contraire cette volonté collégiale[2]. La question posée doit être résolue par elle-même et pour elle-même.

Le seul auteur français qui, à notre connaissance, ait examiné la question, M. Hauriou, écrit ceci : « Les assemblées délibérantes ont une sorte de personnalité morale. Les chambres législatives ont une dotation en propriété; les conseils généraux et les conseils municipaux sont admis à ester en justice devant le conseil d'Etat. Cette personnalité est la conséquence naturelle de ce fait que les assemblées délibérantes ont une volonté déterminée par la majorité des voix. Lorsque la majorité est forte et déterminée, cette volonté appa-

1. Cf. Michoud, *la Notion de personnalité morale*, *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 1 et suiv.; — Bernatzik, *Begriff der juristische Personlichkeit*, *Archiv für öffentliches Recht*, t. V, 1890, p. 204 et suiv.

2. Il ne faut pas aller plus loin, et Bernatzik (*Archiv für öffentliches Recht*, t. V, 1890, p. 180) se trompe quand il écrit : « S'il y a unification de volonté, établie par les normes juridiques, le dogme de la volonté nous force logiquement à considérer ces fonctions (représentées par des collèges de fonctionnaires) comme des sujets de droit. » En effet, les auteurs, qui admettent ce que Bernatzick appelle un peu dédaigneusement le dogme de la volonté, estiment, très justement à notre avis, qu'un élément ne peut constituer une personne juridique que s'il est doué de volonté; mais ils ne disent point que tout élément doué de volonté soit une personne juridique. De ce que le parlement possède une volonté unifiée, on n'est point obligé de conclure qu'il est une personne juridique, titulaire de droits subjectifs.

raît avec des caractères particuliers très marqués[1]. » Nous ne retenons que cette dernière affirmation. Le raisonnement de M. Hauriou ne touche-il pas au cercle vicieux? Les assemblées, dit-il, ont une sorte de personnalité parce qu'elles ont une volonté unifiée. N'a-t-il pas été, au contraire, amené à leur reconnaître cette volonté propre, unifiée, parce que, *a priori*, il leur a reconnu la personnalité juridique? Mais peu importe; l'affirmation de notre savant collègue est très nette : dans tout corps délibérant, il y a une volonté une qui est bien distincte des volontés individuelles, et qu'exprime la majorité.

En Allemagne, la même solution est à peu près unanimement donnée. Elle ressort ouvertement de l'œuvre de Gierke, qui affirme en maints passages que des collèges de personnes peuvent être organes d'une corporation, et comme tout organe est le support d'une volonté humaine, qui est en droit la volonté de la corporation, il faut que le collège ait une volonté qui ne soit pas celle de ses membres, puisque c'est le collège, et non point ses membres, qui est l'organe de la corporation. Mais ce collège n'aura une volonté propre et unifiée, valant comme volonté d'organe, qu'à la condition que soient respectées les règles de droit « qui rendent une somme de personnes capables d'un vouloir et d'un agir *un*[2] ». Les auteurs, qui repoussent la théorie de la volonté ou du moins quelques-unes de ses conséquences, admettent cependant que les autorités organisées collégialement ont une volonté propre. Ainsi Bernatzik déclare que lorsqu'une pluralité de fonctionnaires est chargée de prendre une décision, l'unification de volonté est toujours organisée par les normes

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 374, 4e édit., 1900; — Rap. *deux notes* de l'auteur dans Sirey, 1899, III, p. 145, et 1901, III, p. 42.
2. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887, particulièrement, p. 683.

juridiques. « Qu'une pluralité de fonctionnaires ou un seul soient appelés à la fonction, est toujours engendrée une volonté relevant du droit, dont l'unification est établie par les normes juridiques[1]. »

Mais toutes ces affirmations sont purement gratuites. Elles reviennent à dire : lorsqu'il y a pluralité de fonctionnaires pour prendre une décision, leurs volontés se fondent en une seule; il n'y a qu'une décision prise, donc il n'y a qu'une volonté. Si l'on demande comment s'accomplit ce phénomène, les auteurs se gardent bien de répondre, ou font une réponse qui n'en est pas une. Ou bien, on dit qu'il en est ainsi parce que la loi positive a organisé les corps collégiaux de telle sorte que du concours de leurs membres résulte une volonté *une*. Mais la loi positive ne peut que constater ce qui est et ne peut point créer une chose qui ne soit pas conforme à la réalité. Ou bien, on laisse entendre que s'il n'y avait pas une volonté collégiale *une*, on ne comprendrait pas comment une fonction publique pourrait être exercée, comment une décision, produisant des effets de droit, pourrait être prise par un collège de fonctionnaires. C'est sur ce point que doit porter notre effort. Il faut montrer comment peuvent s'expliquer la fonction exercée par une assemblée, la valeur juridique d'une décision prise par l'unanimité ou la majorité de ses membres, sans qu'il soit nécessaire d'imaginer que les diverses volontés individuelles se fondent en une volonté *une*.

Avec sa vigueur d'analyse habituelle, Jellinek a essayé de saisir et de décrire le phénomène juridique, duquel résulte la volonté juridiquement *une* d'un corps collégial. Ce phénomène ne serait autre que la *Vereinbarung*, dont on a indiqué ailleurs le sens et la portée[2]. On sait que,

1. Bernatzik, *Archiv. für öffentliches Recht*, t. V, 1890, p. 179.
2. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 394.

d'après le savant auteur, la *Vereinbarung* apparaît partout où plusieurs volontés n'ont pas, quand elles sont séparées, la puissance de faire un acte de volonté juridique, et produisent au contraire cet effet par leur collaboration. Quand le parlement prend une décision, il y a une collaboration des vouloirs, de laquelle résulte une volonté *une*, qui est la volonté du parlement[1]. Nous avons essayé de montrer ailleurs ce qu'il y avait de vrai et de faux dans cette théorie générale de la *Vereinbarung*. Le vrai est qu'il y a parfois des effets de droit, qui se produisent au cas où plusieurs volontés interviennent concurremment, sans que ce concours de volontés forme un contrat. Il est incontestable que la participation commune des membres d'une assemblée à la décision prise ne constitue pas un contrat. Mais il est inexact de dire que la collaboration des volontés puisse former une volonté *une*, distincte des volontés individuelles, concourantes. Admettons qu'il y ait en effet *Vereinbarung* telle que l'entend Jellinek, que plusieurs volontés individuelles veuillent la même chose, déterminées par le même but; nous ne voyons pas pourquoi ces volontés ne resteraient pas des volontés individuelles. Qu'il y ait collaboration des volontés individuelles des membres composant le parlement, nous l'accordons. Mais, non plus que précédemment, on ne démontre point que cette collaboration enfante une volonté propre du parlement.

Il reste à établir que tous les phénomènes juridiques, qui naissent d'une décision collégiale, s'expliquent, sans l'hypothèse d'une volonté collégiale. Une assemblée investie de fonctions publiques, un parlement, ne peut naturellement faire que des actes législatifs, administratifs ou juridictionnels. Bien que nous n'admet-

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 194.

tions pas la théorie ordinaire de la séparation des pouvoirs, qui n'est ni théoriquement exacte, ni pratiquement conforme aux faits, nous reconnaissons que la fonction ordinaire des parlements modernes est la fonction législative, c'est-à-dire la constatation du droit objectif. Or le parlement en votant la loi ne crée point sa force obligatoire. Le caractère impératif de la loi ne trouve point sa cause efficiente dans la volonté de celui qui la formule, mais dans la règle de droit dont elle n'est que la constatation [1]. Dès lors, il apparaît évidemment qu'il n'est pas nécessaire d'imaginer l'existence d'une volonté *une* du parlement, laquelle aurait cette force particulière de créer des lois impératives. L'art politique a cherché le meilleur moyen d'assurer une rédaction des lois aussi conforme que possible à la règle de droit fondée sur la solidarité, et le moyen qui, à tort ou à raison, a paru le meilleur aux hommes modernes, c'est de considérer comme loi la formule adoptée par un certain nombre de volontés individuelles, revêtues d'un certain pouvoir objectif. On verra plus loin quelles sont l'étendue et la source de ce pouvoir objectif. Quand on dit que le parlement par sa volonté fait la loi, c'est faux. La loi est antérieure et supérieure au parlement. Mais il est convenu expressément ou tacitement que pratiquement on appliquera comme loi la formule adoptée par un certain nombre d'individus, faisant partie du corps appelé parlement. Ce nombre peut varier. Que l'on exige l'unanimité, une majorité spéciale, ou la simple majorité, peu importe ; ce que nous disons reste toujours exact. Pour expliquer la formation de la loi, il est inutile de supposer l'existence d'une volonté parlementaire ; il faut simplement considérer qu'en fait la constatation de la règle de droit, la

1. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 539 et suiv.

loi positive est faite par un certain nombre de volontés, qui sont et restent des volontés individuelles. Il en sera de même de la fonction juridictionnelle qui parfois appartient aux parlements. L'acte juridictionnel constate le droit subjectif comme la loi le droit objectif; il ne crée rien de nouveau; il n'implique donc pas l'existence d'une volonté créatrice, volonté une et collective du parlement.

Mais les parlements modernes font de nombreux actes administratifs, qui sont des actes juridiques proprement dits et créent une situation juridique subjective. Or, dans notre doctrine toute situation de droit subjectif étant l'œuvre d'une volonté créatrice, il semble bien ici qu'il faut admettre l'existence d'une véritable volonté parlementaire distincte des volontés individuelles et créant en se manifestant un effet de droit. Ne doit-on pas accepter la conception de la *Vereinbarung* ? Nous ne le croyons pas. D'abord, nous semble-t-il, la notion de *Vereinbarung* ne pourrait recevoir son application que dans les cas où serait exigée, pour la formation de l'effet de droit, l'unanimité des membres composant le collège, comme par exemple dans les décisions du jury anglais. Mais le plus souvent l'unanimité n'est point exigée et la simple majorité ou quelquefois une majorité spéciale suffit. En pareil cas on ne saurait parler de *Vereinbarung*, ou du moins d'une *Vereinbarung* englobant tous les membres du parlement. Ceux qui forment la majorité et ceux qui composent la minorité ne veulent point la même chose et ne sont point déterminés par le même but. Sans doute on dit que tous les membres du parlement, quoique se prononçant en des sens différents, veulent la même chose, puisqu'ils veulent tous ce qu'ils croient être la volonté du parlement, et sont déterminés par le même but, par le désir d'exercer les fonctions qui

incombent au parlement. Cela n'est qu'un cercle vicieux, puisque, pour établir qu'il y a égalité de vouloirs, on affirme d'avance qu'il y a unité de volonté, et que d'autre part on déclare que cette volonté *une* dérive de cette égalité de vouloirs. Il faut pourtant choisir : ou bien il existe réellement une volonté propre du parlement, alors il est inutile de recourir à la notion de *Vereinbarung ;* ou bien il n'y a de volonté propre du parlement que lorsqu'il y a une *Vereinbarung*, c'est-à-dire une collaboration de toutes les volontés ; or elle n'existe certainement pas, quand la décision est prise à la simple majorité.

Encore ici ce sont les volontés individuelles des membres du parlement qui, seules, créent la situation juridique subjective, dérivant d'un acte administratif fait par lui. Le concours de volontés similaires n'est point la cause efficiente de l'effet de droit ; il est la condition à laquelle est subordonnée l'effet juridique de certaines déclarations de volonté. Qu'on se représente un organe de l'Etat[1]. S'il se compose d'un seul individu, la volonté de celui-ci est susceptible, par ses manifestations conscientes, de produire un effet de droit ; cet effet n'est point subordonné à cette condition que d'autres individus veuillent de la même manière et les mêmes choses ; il pourra d'ailleurs être subordonné à d'autres conditions, par exemple à des conditions de forme ; mais la question n'est point là. Si, au contraire, cet organe se compose de plusieurs individus, suivant les cas pour qu'un effet de droit soit produit il faut l'unanimité ou la majorité des volontés individuelles composantes. On ne dé-

1. Nous employons ce mot *organe*, parce qu'il est commode ; mais, dans notre pensée, il n'implique aucunement l'acceptation de la théorie juridique de l'organe précédemment exposée et repoussée (*Introduction*, §§ 4-6).

montre point ni que ces volontés unanimes forment une volonté une, distincte des volontés individuelles, ni que les volontés formant la majorité soient réellement l'expression d'une volonté une et collective dont on n'a pas prouvé l'existence. Qu'y a-t-il donc? Simplement des volontés individuelles. Seulement, l'organe de l'Etat étant constitué collégialement, chaque volonté n'est susceptible de produire par ses manifestations un effet de droit, que sous une condition : il faut que la chose voulue et le but poursuivi par cette volonté soient aussi voulue et aussi poursuivi par un certain nombre d'autres volontés, l'unanimité ou la majorité des membres du collège. Cette unanimité ou cette majorité n'est point la cause efficiente de l'effet de droit; elle est un fait, simple condition à laquelle est subordonnée la production d'un effet de droit créé par une volonté individuelle. On ne doit pas confondre, comme on le fait souvent, les prétendus effets d'une condition, et les effets réels d'un acte de volonté, subordonnés à une condition. Quand il y a majorité ou unanimité, les volontés individuelles, qui se manifestent, ne changent pas de nature; ni cette majorité, ni cette unanimité, simples faits, ne peuvent produire des effets juridiques; seulement les effets voulus par une volonté individuelle sont subordonnés à cette condition que le fait de l'unanimité ou de la majorité existe. En considérant plus particulièrement le parlement, nous dirons que la volonté de chaque député est investie d'un certain pouvoir juridique, mais que ce pouvoir ne peut se manifester utilement que sous cette condition, que le pouvoir d'un certain nombre de députés se manifeste dans le même sens. Chaque député possède ainsi une compétence, mais une compétence conditionnée dans ses effets par l'exercice dans le même sens de la compétence appartenant aux autres. Finalement ce n'est ni une volonté collective,

ni une somme de volontés individuelles qui produisent l'effet de droit, c'est chaque volonté individuelle de chaque député, et la production de l'effet est subordonnée à ce fait qu'il y ait un certain nombre de volontés individuelles se manifestant dans un même sens. La délibération dans le corps collégial a pour but et pour résultat de donner naissance à ce fait, la formation de l'unanimité ou d'une majorité, fait à l'arrivée duquel est subordonnée la puissance créatrice des volontés individuelles[1].

De ce qui précède découlent certaines conséquences. D'abord, puisqu'il n'y a pas de volonté collective du parlement, il est à présumer que le parlement ne forme point une personne juridique. Ce n'est d'ailleurs qu'une simple présomption, puisque, on le sait, d'après beaucoup d'auteurs, la personnalité morale n'implique pas l'existence d'une volonté collective, ni réciproquement. Au reste, peu importe ce point. Une conclusion véritablement pratique résulte de notre conclusion précédente ; elle est relative à la responsabilité individuelle des membres du parlement. Pour des motifs divers, les législations positives modernes écartent la responsabilité individuelle des membres du parlement. On citera seulement l'article 13 de la loi constitutionnelle française du 16 juillet 1875, qui déclare que « aucun membre de l'une ou de l'autre chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonc-

1. C'est en ce sens qu'il est vrai de dire avec M. Hauriou : « Toute décision d'assemblée délibérante présente un double caractère ; elle est une décision exécutoire, si on n'envisage que son effet ; mais elle est en même temps une délibération, si on envisage l'opération par laquelle elle a été prise » (*Note* dans Sirey, 1901, III, p. 42). Mais nous ne croyons pas, comme M. Hauriou, que cette opération ait « une valeur juridique » ; c'est une opération, c'est-à-dire l'accomplissement d'un fait matériel, auquel seulement peut être subordonné un effet de droit, que seule une volonté individuelle peut créer.

tions ». Une disposition analogue se trouve dans les lois politiques de la plupart des pays qui possèdent des parlements. On la justifie, en général, en disant qu'elle est destinée à garantir l'indépendance des membres du parlement. D'après l'interprétation de l'article 13 unanimement admise, il s'agit là d'une irresponsabilité civile aussi bien que d'une irresponsabilité pénale[1]. La justification qu'on en donne nous paraît totalement insuffisante. En réalité, l'irresponsabilité parlementaire se rattache, dans l'esprit du droit français, aux conceptions de nation-personne, de mandat donné par cette personne collective à cette autre personne collective qu'on appelle le parlement, et qui absorbe l'individualité de ses membres. Nous espérons faire justice de cette conception. Déjà nous croyons avoir établi que la volonté individuelle du député subsiste et en fait et en droit, que le député est un fonctionnaire comme un autre. Si donc on admet le principe de la responsabilité des fonctionnaires (et nous croyons qu'il est difficile de ne la point admettre, sauf à en déterminer l'étendue), on doit décider aussi que le membre du parlement est responsable, comme tout fonctionnaire et dans la même mesure, des actes qu'il accomplit à l'occasion de ses fonctions. Nous ne voyons pas pourquoi, par exemple, un député qui, dans un discours à la chambre, diffame un particulier, est déclaré irresponsable. Il y a, dans cette irresponsabilité du député, une survivance d'idées complètement erronées sur le rôle et la nature du parlement, et logiquement et équitablement un député doit être soumis à la même responsabilité que tout fonctionnaire. Au reste cette situation du député va se préciser dans les pages qui suivent.

1. Pierre, *Traité de droit politique*, 1893, p. 1095. — Voir, cependant, Esmein (*Droit constitutionnel*, p. 682, 2e édit., 1899), qui semble dire qu'il y a là simplement une dispense de la loi pénale.

## II

Beaucoup des parlements modernes sont élus, ici par le suffrage universel, là par un suffrage plus ou moins restreint, mais dont les bases tendent partout à s'élargir. Cependant plusieurs pays possèdent à côté d'une chambre élective, une chambre non élue, soit que ses membres y siègent à titre héréditaire, soit que leur nomination appartienne au chef de l'Etat. Cette chambre non élue partage habituellement avec la chambre élue les fonctions parlementaires, que les deux assemblées aient des pouvoirs égaux ou des pouvoirs différents. Mais peu importe cela pour le point qui nous intéresse seul : la situation juridique des membres des assemblées non élues. D'autre part, bien que nous n'en trouvions pas d'exemple dans les pays modernes, on peut concevoir que toute la puissance politique soit concentrée en un collège de personnes réunissant certaines conditions. La situation de ces personnes ne diffère point de celle faite aux membres d'une assemblée partageant ses pouvoirs politiques avec un chef ou avec une autre assemblée. On examinera donc seulement deux hypothèses, celle ou certaines personnes forment de droit une assemblée, et celle où les membres d'une assemblée non élue sont désignés, habituellement, par le chef de l'Etat.

On qualifie d'aristocratiques les pays où une assemblée, monopolisant la puissance publique ou y participant, se compose de personnes qui en font partie de droit. Si cette assemblée possède à elle seule toute la puissance, le pays est exclusivement aristocratique ; s'il

y a partage, le gouvernement est mixte, mélangé d'aristocratie, de monarchie ou de démocratie. Tout cela importe peu. La seule question est en effet de savoir si la situation particulière, faite à certaines personnes dans ces pays, constitue pour elles un droit subjectif. Il faut assurément répondre non. Jellinek applique encore ici sa distinction habituelle entre le droit objectif et le droit subjectif. D'après lui, le pouvoir de faire partie d'une assemblée aristocratique, d'y exercer certaines fonctions n'est point un droit subjectif ; c'est un réflexe du droit constitutionnel objectif ; mais le pouvoir de faire reconnaître par tous la qualité de membre de cette assemblée est un droit subjectif. La critique faite précédemment à cette théorie, à propos de l'électorat, trouve ici son application[1]. La situation de membre d'un parlement non élu est ou n'est pas un droit subjectif; elle ne peut pas à la fois l'être et ne pas l'être ; le pouvoir de faire reconnaître une qualité, qui n'est pas un droit subjectif, ne peut pas être un droit subjectif. La qualité de membre d'un parlement non élu ne peut donc être en aucune façon un droit subjectif.

Elle n'est même pas, à notre avis, un pouvoir objectif, ou du moins un pouvoir objectif fondé sur la constitution positive. Il faut s'expliquer. Quand certains individus forment un corps délibérant par une suite immédiate de la situation qu'ils occupent dans la société, il y a tout simplement un fait de plus grande force. Ils forment un corps aristocratique qui, en fait, domine le pays. Parfois ce corps aristocratique a maintenu à son profit exclusif le monopole de la force ; parfois il a dû partager sa puissance avec un autre élément, monarchique ou démocratique. A l'époque

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 167. — Voir *supra*, chap. I, § 9.

moderne, les restrictions à la puissance aristocratique sont surtout venues de l'élément démocratique, qui s'est imposé sous des formes et dans des conditions diverses, mais partout avec une intensité marquée. Ces phénomènes de pénétration ne changent pas le fait : la formation d'un corps aristocratique est le résultat immédiat d'une différenciation entre les forts et les faibles dans une société donnée. La puissance populaire tend partout à remplacer la puissance aristocratique ; et de plus en plus les gouvernants sont les plus nombreux. Mais les corps aristocratiques ne sont eux aussi que des groupes de gouvernants primaires. Les individus qui les composent sont des gouvernants, parce qu'ils sont les plus forts, soit isolés, soit appuyés sur un autre élément. Ils ont, par suite même de la structure sociale, un pouvoir de fait, celui d'imposer leur volonté aux autres membres du corps social. La cause première de leur puissance n'est donc pas un pouvoir juridique fondé sur le droit objectif, mais un pouvoir de fait. Ils commandent et se font obéir parce qu'ils sont les plus forts ; ce pouvoir de fait se transforme en un pouvoir de droit par un phénomène déjà indiqué. Etant les plus forts, ils sont juridiquement obligés d'employer cette plus grande force à réaliser et à développer la solidarité sociale. Ils ont par suite le pouvoir juridique d'employer à ce but leur force supérieure. Le pouvoir politique des corps aristocratiques est le simple produit d'une structure sociale, où les plus forts sont ceux qui réunissent certaines conditions, caractère religieux, fortune, services militaires, hérédité familiale. Il n'est donc pas vrai que les membres d'un corps aristocratique aient un droit individuel à faire partie de ce corps et à exercer les prérogatives qui y sont attachées ; ils n'ont même pas un pouvoir objectif ; ou du moins ils n'ont pas *ab initio* un pouvoir juridique ; celui-ci dérive

seulement du devoir objectif que leur impose la règle de droit fondée sur la solidarité sociale. Quand la loi positive intervient et donne à ces corps aristocratiques la forme d'un parlement moderne, elle ne change rien au fait. Elle constate et réglemente une situation sociale qui lui est antérieure ; elle ne peut donc modifier en quoi que ce soit la situation juridique des individus considérés : ils avaient avant et ils ont encore un pouvoir objectif fondé sur un devoir objectif. Ils peuvent avoir certaines immunités, comme l'inviolabilité parlementaire, certains bonneurs, un traitement, une dotation : ces diverses prérogatives ne sont que la conséquence de leur pouvoir objectif. On établira plus loin qu'il en est ainsi pour les membres des parlements élus ou nommés; *a fortiori* en est-il de même pour ceux qui font partie en fait d'un corps politique. Comme les électeurs dans un pays démocratique, ils sont des gouvernants primaires investis d'un pouvoir dérivant d'un devoir; et pas plus que l'électorat, le caractère de membre d'un corps aristocratique ne peut être un droit subjectif.

Reste une difficulté. Le plus souvent, cette qualité de membre d'un parlement aristocratique paraît se transmettre héréditairement. La chambre des pairs de la charte de 1814 était en partie héréditaire ; la chambre des lords anglaise l'est à peu près complètement ; en Prusse, en Autriche, en Hongrie existent des chambres toutes héréditaires. La qualité de membre d'une chambre héréditaire n'est-elle pas un droit, qui se fixe vraiment sur la tête du titulaire, et qu'il transmet à ses héritiers avec ses autres droits? L'héritier n'acquiert-il pas, par succession, un véritable droit subjectif, qu'il transmet à son tour à ses héritiers ? Peut-on dire alors qu'il n'y a point de droit subjectif ? Jellinek à prévu l'objection et a bien montré quelle

erreur on commettrait en raisonnant de la sorte. L'auteur fait observer qu'en soi la qualité de membre d'une assemblée aristocratique, avec hérédité apparente, n'est point à vrai dire héréditaire. D'une manière déterminée par les règles de droit la qualité d'organe passe à une autre personne physique ; « ainsi la qualité de membre d'une assemblée politique n'est pas un droit de famille, mais un droit propre d'une personne individuellement déterminée, qualifiée activement et passivement par son caractère de membre d'une famille déterminée[1]. » Dans la pensée de Jellinek, le droit et le pouvoir de membre héréditaire d'un parlement sont conditionnés, mais non point transmis par la succession. Ne parlons pas de droit, puisque nous n'en reconnaissons point, et considérons seulement le pouvoir objectif qu'on dit appartenir par succession au membre d'une certaine famille. Assurément l'hérédité n'est point la cause d'acquisition de ce pouvoir ; il résulte encore directement du droit objectif ; mais l'application du droit objectif à un individu déterminé est subordonnée à cette condition que celui-ci appartienne à une certaine famille et qu'une certaine succession soit ouverte. Il n'y a de transmission héréditaire qu'en apparence. On ne peut donc tirer une objection de cette prétendue transmission héréditaire contre la conception développée précédemment.

Dans les Etats modernes beaucoup d'assemblées, sans être hédéritaires, ne sont point élues par un corps électoral plus ou moins étendu, mais sont nommées, le plus souvent, par le chef de l'Etat. Il en était ainsi par exemple de la chambre des pairs en France, sous la charte de 1830, du sénat sous les constitutions de 1852 et de 1870. Le sénat italien se compose de membres

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 165.

nommés à vie par le roi et choisis dans certaines catégories. Tout le monde reconnaît qu'une pareille nomination ne fait naître aucun lien de droit entre le chef d'Etat qui fait la nomination et l'individu qui est nommé, que l'individu, ainsi appelé à siéger dans une assemblée, n'est point le mandataire du chef d'Etat qui le nomme, ne lui est subordonné en aucune manière et n'est à aucun titre obligé de lui rendre compte de la manière dont il exerce ses fonctions. Les défenseurs de la doctrine juridico-organique disent que l'assemblée est un organe créé, et le chef d'Etat un organe de création[1]. Nous disons simplement que la nomination, par le chef de l'Etat, d'un membre d'une assemblée politique, pair ou sénateur, est un acte absolument semblable à la nomination d'un fonctionnaire. Le pair ou sénateur nommé acquiert un pouvoir objectif par application de la loi; cette application est subordonnée à un acte de désignation par le chef de l'Etat; cette désignation n'est pas la cause, mais simplement la condition du pouvoir objectif, de la compétence appartenant au membre de la chambre haute, lequel n'a point de droit subjectif[2].

On a parfois soutenu que même une chambre nommée par le chef de l'Etat pouvait avoir le caractère représentatif, c'est-à-dire pouvait être considérée comme représentant la volonté nationale au même titre qu'une chambre élue. Cette idée a été certainement celle des hommes de 1830 en France. La charte de 1830 est votée par la chambre des députés et la chambre des pairs; le futur roi l'accepte et, par cette acceptation, devient *roi des Français;* on considère qu'un contrat s'est formé entre le nouveau roi et la nation française, représentée à la fois par la chambre des députés et la

1. Voir *supra*, *Introduction*, § 5.
2. Voir pour la nomination aux fonctions publiques, *infra*, chap. IV, §§ 3-5.

chambre des pairs. La même idée est exprimée à plusieurs reprises dans la grande et célèbre discussion qui précède le vote de la loi du 29 décembre 1831 sur la chambre des pairs. A un autre point de vue, Jellinek formule la même pensée. « Les membres d'une chambre, appelés par nomination, ne se différencient, dit-il, en rien des membres élus... Par suite, ils ont aussi le droit de valoir comme représentants du peuple aussi bien que les membres de la chambre élue [1].» On essaiera de déterminer plus loin la vraie nature de ce qu'on appelle communément la représentation politique. Mais quelle que soit la solution admise sur ce point, il nous paraît tout à fait impossible de voir dans une assemblée non élue un corps représentatif.

Il est bien entendu qu'en attribuant le caractère représentatif à un parlement nommé par le chef de l'Etat, on comprend une représentation de la volonté nationale et non point une représentation du prince. C'est de toute évidence pour la doctrine française, puisqu'en 1830, époque à laquelle cette idée s'est particulièrement affirmée en France, le roi lui-même tenait ses pouvoirs de la nation représentée par les chambres. Or, d'après la doctrine française de la nation-personne et de la représentation politique, une assemblée représentative est celle qui a reçu un mandat à elle donné par la nation-personne ; le mandat est donné non point aux députés pris individuellement, mais à l'assemblée prise en corps ; non point par les diverses circonscriptions, mais par la nation unifiée et personnifiée. A tout le moins cependant faut-il, pour qu'il y ait représentation, que la nation soit intervenue pour la formation du corps représentatif. On n'exige point que tous les membres de la

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 166, et *Allgemeine Sautslehre*, 1900, p. 536. — Cf., dans le même sens, Rieker, *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung*, 1895, p. 8.

nation interviennent, ni même puissent intervenir ; on accepte que cette volonté nationale soit exprimée par un certain nombre de personnes considérées comme seules capables de l'exprimer utilement et consciemment. Encore faut-il que ce soient des individus, faisant partie de la nation elle-même, qui fassent la désignation des membres composant l'Assemblée nationale. Sans doute le roi fait partie de la nation ; comme on disait en 1789, il est dans la nation ; mais il n'a la qualité et le pouvoir de roi que parce que la nation les lui a donnés et les lui maintient ; lui aussi, on le qualifie de représentant ; par là même il n'est plus dans la nation ; il est un représentant de la nation, placé à côté d'autres pouvoirs, et ceux-ci ne pourront être des représentants de la nation que s'ils tirent leur compétence d'un mandat à eux donné par la nation. Particulièrement, sous le gouvernement de Juillet, il était impossible de considérer les pairs comme des représentants du pays. La loi du 29 décembre 1831, qui donnait au roi le droit de nommer les pairs en les choisissant dans certaines catégories, était une loi ordinaire, votée par les deux chambres ; le roi en nommant les pairs exerçait une compétence, que les chambres ordinaires lui avaient donnée, et de ces deux chambres, l'une n'était point élective ; ce serait donc finalement la chambre des pairs qui se serait attribué à elle-même le caractère d'assemblée représentative. Dire qu'une chambre, nommée par le chef de l'Etat, est une assemblée représentative, c'est formuler une proposition à tout le moins paradoxale, et qui cadre bien mal avec les idées communément reçues en France sur le caractère de la représentation politique, laquelle implique l'intervention du pays lui-même.

Le raisonnement de Jellinek est subtil. Dans la théorie du savant auteur un corps représentatif est l'organe d'un autre organe, et si cet organe est organe primaire

de l'Etat, le corps représentatif est lui organe secondaire, cela quel que soit le mode de formation de ce dernier organe. Par conséquent, une assemblée peut être organe de la nation, organe direct primaire de l'Etat, et, par conséquent, peut être organe de représentation de la nation et organe secondaire de l'Etat, quel que soit son mode de nomination. Ce qui donne le caractère représentatif à un organe, ce n'est pas son mode de formation, c'est ce fait qu'il est organe d'un autre organe[1]. Si donc une constitution voit dans une assemblée politique un organe de la nation, peu importe le mode de recrutement de cette assemblée politique; qu'elle soit élue ou qu'elle soit nommée, elle aura le caractère représentatif par rapport à la nation dont elle est l'organe. Une assemblée nommée par le chef de l'Etat peut donc être une assemblée représentative de la nation. — L'argumentation est serrée, mais se concilie, nous semble-t-il, assez mal avec les autres développements, présentés par Jellinek. Celui-ci repousse la doctrine, couramment enseignée en Allemagne, et d'après laquelle il n'y a point de représentation politique; il fait observer très justement que cette doctrine a le tort de méconnaître les faits, qu'en réalité il existe des relations continuelles entre les députés et ceux qui les nomment, et que la théorie de l'organe d'organe est justement la construction juridique des relations de fait, qui existent entre les représentants et les représentés. Tout cela est fort bien, mais ne peut point s'appliquer à une assemblée nommée par le chef de l'Etat. Nous n'apercevons ici en fait aucune relation entre l'assemblée et la nation ou une partie quelconque de la nation. La théorie de l'organe d'organe n'est donc point applicable, puisqu'elle ne doit être que la forme juridique d'une relation exis-

1. Jellinek, *Allgemeine Saatslehre*, 1900, p. 536. — Cf. *supra*, *Introduction*, § 5.

tant en fait, et que cette relation n'existe pas. Tout ce qu'on peut dire dans la théorie juridico-organique, c'est que l'assemblée nommée est cependant un organe direct de l'Etat, mais un organe direct créé. La théorie de l'organe créé s'applique tout entière. L'assemblée nommée est indépendante du chef qui la nomme, comme tout organe créé est indépendant de l'organe créateur ; elle est indépendante de la nation, parce qu'elle est un organe direct placé à côté de la nation elle aussi organe direct. Mais lui attribuer le caractère représentatif, c'est méconnaître les faits et contredire les termes même de la théorie juridico-organique.

Une assemblée nommée par le chef de l'Etat est donc un collège de fonctionnaires, sans aucun caractère représentatif. Ceux-ci ne sont ni mandataires du roi qui les nomme, ni mandataires de la nation qui ne les élit pas. Assurément, le chef de l'Etat sera souvent en fait obligé de tenir grand compte de l'opinion publique. Mais il y a bien loin de là aux relations constantes, qui se forment entre un député élu et ses électeurs, relations qui seules peuvent fonder et justifier la théorie de l'organe d'organe, ou la théorie du mandat représentatif. Les membres d'une assemblée nommée sont investis d'un pouvoir objectif, dont la naissance est subordonnée à la condition d'une nomination et l'exercice à la condition que la volonté de ces fonctionnaires soit conforme à la volonté de la majorité, quelquefois de l'unanimité de leurs collègues. La nomination, la compétence, la situation juridique de ces individus rentrent complètement dans la théorie que nous essaierons plus loin d'élaborer pour les fonctionnaires nommés en général[1].

1. Voir *infra*, chap. IV et V.

## III

Le plus habituellement aujourd'hui les parlements sont élus. Le suffrage en beaucoup de pays est universel ; dans d'autres il est restreint; partout, il tend à s'élargir. Peu importe. Quel est le caractère juridique de l'élection d'où sort le parlement ? Quelle est la situation juridique du membre élu d'un parlement? Il n'est pas de questions plus discutées. Il nous paraît cependant que la solution n'en est pas très difficile, si l'on écarte deux idées, qui sont la vraie cause de toutes les controverses et de toutes les confusions, l'idée de mandat et l'idée de droit subjectif, et si, en même temps, on se rend compte du rôle que l'art politique a joué dans l'organisation politique des Etats modernes.

La persistance de la notion de mandat appliquée aux relations politiques, combinée avec la théorie de la souveraineté individuelle ou morcelée, a conduit une certaine école politique à élaborer une théorie, présentée souvent comme le dernier mot du progrès démocratique, et qui n'est en réalité qu'une reviviscence d'une institution très vieille ayant eu autrefois, à l'époque des états généraux, sa raison d'être, mais en désaccord complet avec la réalité moderne. C'est la théorie du mandat impératif.

On part de cette proposition (fausse et antinomique avec l'idée de la nation-personne [1]), proposition d'après laquelle chaque membre de la nation est titulaire d'une quote-part de la souveraineté, quote-part déterminée par le nombre des individus composant la nation, et l'on raisonne ainsi : les individus, titulaires chacun

1. Voir *supra*, chap. I, § 6.

d'une part de souveraineté, exercent leur droit en participant à une élection, et en désignant un député; par conséquent le député ne peut tenir son pouvoir que de ceux qui l'ont nommé; or, comme le député ne devient pas cessionnaire de cette souveraineté, qui reste fixée sur la tête des électeurs, il ne peut être que leur mandataire. Le député est donc un vrai mandataire de ses électeurs; il n'est pas le mandataire de la nation entière comme le disent à tort certaines constitutions; il n'y a là qu'une fiction; le député n'est point nommé par la nation entière, mais par une circonscription. L'idée du parlement personnifié et représentant la nation est aussi une fiction. Le parlement, comme la nation, se compose d'individus, et la souveraineté se répartit entre les membres du parlement comme entre les membres de la nation; chaque député est mandataire d'un groupe d'électeurs souverains. L'élection est une dation de mandat.

Le député est véritablement un mandataire : il est titulaire du droit subjectif d'exercer la quote-part de souveraineté qui appartient à ses mandants; et il est soumis à toutes les obligations qui incombent à un mandataire. Tout mandant peut limiter le mandat qu'il donne et le mandataire doit se conformer aux instructions reçues; de même les électeurs peuvent tracer d'avance la conduite que devra suivre leur député; celui-ci est obligé de se conformer aux instructions données et de voter dans le sens qui lui est indiqué d'avance par ses électeurs. Tout mandataire, qui outrepasse son mandat, peut être révoqué par son commettant, ou du moins ne l'oblige pas; le mandant peut révoquer à un moment quelconque son mandataire. Tout cela est vrai du député. L'acte du député contraire au mandat qu'il a reçu est sans valeur à l'égard de ses commettants et peut entraîner sa révocation; les électeurs

peuvent toujours révoquer leur député, s'ils n'ont plus confiance en lui. Un député est tenu de rendre compte à ses commettants de l'exercice de son mandat, et à chaque instant il peut être désavoué et révoqué par eux. Cette dépendance absolue du député vis-à-vis de l'électeur constitue précisément le mandat impératif.

Il est incontestable que cette conception de la situation et du rôle du député est absolument contraire au droit positif français. Les textes qui prohibent le mandat impératif abondent dans notre législation. Il suffit de rappeler l'article 7 de la section III du chapitre I du titre III de la constitution de 1791 et l'article 13 de la loi électorale du 30 novembre 1875 : « Tout mandat impératif est nul et de nul effet. » On s'est demandé seulement si l'acceptation d'un mandat impératif avait pour effet de vicier l'élection ou si simplement ce mandat restait sans effet à l'égard du député. D'après une jurisprudence constante de la chambre des députés, l'acceptation du mandat impératif ne vicie point l'élection, mais ne lie pas le député qui n'est point tenu d'y obtempérer. La chambre a validé notamment l'élection de M. Cluseret, élu le 9 décembre 1888 dans le département du Var avec l'acceptation du mandat impératif. C'est bien l'interprétation exacte de l'article 13, qui ne parle que de la nullité du mandat impératif, et non pas de la nullité de l'élection. En 1875, M. Bathie, rapporteur de la première commission des Trente, avait laissé entendre que la chambre, suivant la gravité de l'infraction, devrait annuler l'élection ; mais, au moment du vote de la loi, il fut expliqué, au nom de la seconde commission des Trente, qu'on entendait prohiber le mandat impératif, mais que l'acceptation de ce mandat ne pouvait vicier l'élection [1]. En 1893,

1. *Annales de l'Assemblée nationale*, t. XXX, *Annexes*, p. 206, et t. XLII, p. 96.

le président de la chambre des députés, faisant une application correcte de l'article 13, déclarait non avenues les démissions qu'avaient signées d'avance deux députés, MM. Dejeante et Groussier, et que leurs comités avaient envoyées à la chambre.

Notre droit positif et la pratique constante de nos chambres prohibent donc le mandat impératif. D'ailleurs, s'il en était besoin, les nombreuses propositions, tendant à l'établissement du mandat impératif, suffiraient à prouver qu'il est actuellement contraire à notre droit public[1]. Mais il importe cependant d'examiner la valeur théorique de cette doctrine. Elle est une conséquence assurément logique de la souveraineté divisée, telle que l'avait comprise Rousseau. Or, on l'a vu, cette conception est en soi insoutenable et de plus parfaitement contradictoire avec la personnalité de la nation[2]. D'autre part, au point de vue pratique, on n'aperçoit pas comment on pourrait justifier le mandat impératif. Si l'on élit un parlement pour gérer les affaires du pays et particulièrement pour voter les lois, c'est qu'on estime que les députés sont plus aptes à remplir cette besogne que les électeurs ; il importe donc de leur laisser une pleine indépendance, pour qu'ils puissent apprécier les choses avec leur raison et leur expérience et statuer dans la liberté de leur conscience. Avec le mandat impératif, on n'aurait ni les avantages du gouvernement direct, puisque le peuple ne serait pas directement consulté, ni ceux du gouvernement représentatif, puisque les députés ne pourraient pas apporter au pays le profit de leurs aptitudes spéciales ; et on aurait les inconvénients de ces deux espèces de

1. Voir surtout la proposition Cornudet, 16 novembre 1896 (*Journal officiel, Documents parlementaires*, Chambre, 1896, p. 1559) ; et, pour les autres propositions, Dandurand, *le Mandat impératif*, 1896, p. 127.
2. Voir *supra*, chap. I, § 6.

gouvernement. Enfin, en fait il serait à peu près impossible d'assurer le fonctionnement du mandat impératif dans des conditions équitables. On dit que les électeurs, qui nomment un député, lui donnent un mandat, qu'ils peuvent toujours révoquer ce mandat, s'ils estiment que leur député ne s'y est pas conformé. Théoriquement, c'est possible. En fait, comment cela peut-il se pratiquer? Le plus souvent les divers électeurs, qui votent pour un député et assurent son élection, pensent différemment sur beaucoup de questions; ils estiment que le député, pour lequel ils votent, est intelligent, instruit, honnête et pense comme eux sur les principes directeurs de la politique, et que, dans chaque question portée devant le parlement, il votera au mieux des intérêts du pays. Mais il serait matériellement impossible que les électeurs, qui forment la majorité dans une circonscription, pussent s'entendre sur un programme commun, et arrêter ensemble les clauses du mandat impératif. L'expérience prouve que dans le fait ce prétendu mandat est formulé par les comités plus ou moins influents d'une circonscription, lesquels ne représentent qu'un nombre infime d'électeurs. « Le plus souvent, dit très justement M. Dandurand, pour ne pas dire toujours, ce que l'on appelle mandat impératif, c'est une convention conclue entre le député et un certain nombre d'électeurs qui... se sont érigés en représentants de la circonscription et ont la prétention d'agir en son nom, sans qu'aucun titre leur en ait donné le pouvoir[1]. »

Cependant on a essayé parfois de justifier le mandat impératif par quelques arguments, qui méritent examen. Il ne s'agit point des raisons invoquées par tel parti politique, lesquelles ne doivent pas trouver place

1. Dandurand, *le Mandat impératif*, 1896, p. 97.

dans une étude de droit. On a dit : si l'on repousse le mandat impératif, les parlements, même élus au suffrage universel, ne sont que des corps oligarchiques sans pouvoir légitime, car si chaque député est indépendant dans les décisions qu'il prend, s'il n'est pas obligé de se conformer aux instructions reçues, le parlement n'est plus qu'une assemblée partielle de citoyens, qui usurpent une autorité qui ne leur appartient à aucun titre. Pour qu'il en soit autrement, chaque député doit être véritablement mandataire d'un groupe d'électeurs, pouvant lui tracer sa conduite politique et lui en demander compte. Jacoby, le représentant classique de la démocratie prussienne, a écrit : « Si le régime représentatif ne doit pas s'abaisser à une forme vide, à une simple apparence de la souveraineté du peuple, les électeurs doivent avoir comme commettants un contrôle permanent sur les actes de leurs fondés de pouvoirs. Il suit de là que le député, dont l'opinion politique est en contradiction avec celle de ses électeurs, a l'obligation, lorsqu'on le lui demande, de remettre immédiatement sa fonction entre les mains de ses électeurs[1]. »

Le raisonnement pèche par la base. En admettant l'existence d'un mandat impératif, les groupes d'électeurs, qui donneraient ce mandat, ne seraient formés eux-mêmes que de volontés particulières, et le mandat ne serait point donné par la volonté générale. Sans le mandat impératif, dit-on, le parlement ne serait qu'un corps oligarchique. Avec le mandat impératif, répondrons-nous, il y aura autant de corps oligarchiques qu'il y a de groupes d'électeurs donnant un mandat; le gouvernement ne sera pas oligarchique, mais anarchique, si ces deux mots, gouvernement et anarchie, n'étaient

1. Jacoby, *Gesammelte Schriften und Reden*, 1872, t. II, p. 25.

pas contradictoires. Si la représentation politique repose sur un véritable mandat, ce mandat ne peut avoir pour objet que le droit de souveraineté, et ne peut être donné que par la personne qui est titulaire de ce droit. Or le titulaire de la souveraineté n'est pas tel ou tel groupe d'électeurs; la souveraineté ne peut se justifier que si l'on y voit la volonté générale. Il faut donc que le mandat soit donné par la volonté générale; et avec la double idée de souveraineté nationale et de mandat, on ne comprend qu'un mandat donné par la nation tout entière au parlement tout entier. C'est là une pure fiction ! Assurément, comme la souveraineté nationale elle-même. Mais, dira-t-on, la souveraineté nationale n'est pas une fiction, quand on admet que chaque citoyen est titulaire d'une part de souveraineté. Nous répondons : cette souveraineté, divisée entre tous les citoyens, disparaît, parce qu'elle n'est alors qu'une somme de volontés individuelles, et qu'un nombre indéfini de volontés individuelles ne peut faire une volonté souveraine, c'est-à-dire supérieure par sa nature propre aux volontés individuelles. On est donc acculé à ce dilemme négatif ; ou bien la souveraineté est la volonté *une* de la nation, alors elle est une fiction ; ou bien la souveraineté est la somme des volontés individuelles, alors elle disparaît.

Au reste est-il vrai de dire que, sans le mandat impératif donné à chaque député par chaque circonscription, un parlement même élu est un corps oligarchique sans contrôle et sans responsabilité? Nous ne le pensons pas. Admettons un instant la doctrine française du mandat représentatif donné par la nation-personne. Ce mandat collectif trouve sa sanction dans le pouvoir qui appartient au peuple, à des époques très rapprochées, de maintenir ou de retirer sa confiance au parlement, qui tout entier est soumis à la réélec-

tion. Mais on invoque l'autorité de Rousseau et on dit : pendant la durée de la législature, le peuple a aliéné sa volonté. — Avec le système du mandat impératif, chaque groupe d'électeurs n'aliène-t-il pas sa volonté de la même manière ? Le raisonnement de Rousseau, qui tend à prouver l'impossibilité de la représentation de volonté, ne porte-t-il pas aussi bien contre le mandat impératif spécial, que contre le mandat général et collectif, compris à la manière de nos lois positives. Il est vrai qu'avec le mandat impératif, c'est à chaque instant que chaque groupe d'électeurs peut retirer sa confiance à son député, et qu'avec le mandat représentatif à la manière française, ce n'est qu'à des intervalles fixes que la nation peut retirer sa confiance à son parlement. Mais, outre que dans un pays démocratique l'intervalle entre chaque élection générale doit être court, l'intérêt primordial d'un grand pays exige qu'il n'y ait pas de changements trop fréquents dans le personnel gouvernemental ; et, en limitant à certaines époques la possibilité de révoquer le mandat, le législateur positif n'a fait que réglementer un principe pour le mettre en harmonie avec les nécessités pratiques du gouvernement.

De plus, il est une institution contre laquelle proteste l'école démocratique radicale, et qui cependant, bien pratiquée, est une garantie précieuse contre les empiètements du parlement et une très efficace protection du droit populaire : c'est la dissolution. Le peuple est souverain ; il donne mandat au parlement d'exercer cette souveraineté en son nom ; comme tout mandant il peut à tout instant révoquer le mandat qu'il a donné. Fort bien. Mais, dans un grand pays civilisé, dont la vie politique est extrêmement complexe, il faut organiser et réglementer cette révocation du mandat politique. L'institution de la dissolution répond

très exactement à ce but. A côté du parlement on place un haut fonctionnaire, déclaré irresponsable, qui est au-dessus des partis, et dont l'action présente toutes les garanties possibles d'impartialité. Au moment où il estime que le parlement, mandataire du peuple, n'agit plus conformément à la volonté nationale, il arrête son action et demande à la nation de se prononcer, en maintenant ou en révoquant le mandat qu'elle a une première fois donné. Sans doute, à son origine, le droit de dissolution n'était pas cela, mais une simple prérogative royale. Avec le temps, il s'est transformé pour répondre à des besoins nouveaux. En prononçant la dissolution, le chef de l'Etat ne fait autre chose que demander au pays s'il approuve le parlement ou veut au contraire lui retirer le mandat donné. Le droit de dissolution ne mérite donc pas les invectives des démocrates, qui devraient au contraire y voir une forte garantie du droit populaire[1]. L'institution du referendum peut atteindre le même but ; mais elle est, à notre avis, tout à la fois moins savante, moins pratique et moins efficace que la dissolution. Le referendum ne peut atteindre un résultat pratique qu'en étant souvent appliqué, et sa mise en œuvre fréquente trouble à chaque instant la tranquillité du pays. Il appelle en outre chaque électeur à se prononcer sur des questions spéciales, sur lesquelles il peut n'être point compétent. D'autre part, la consultation populaire étant plus spéciale est en même temps beaucoup moins probante qu'avec la dissolution ; le peuple peut approuver spécialement la loi soumise à son examen et condamner cependant la politique générale du parlement. Avec la dissolution, au contraire, c'est la politique générale

1. Cf. Pillon, *le Droit de dissolution et la république parlementaire*, *Critique philosophique*, 1888, t. I, p. 297 ; — Matter, *la Dissolution des assemblées législatives*, 1898.

elle-même du parlement qui est soumise au vote du peuple; celui-ci peut dire, en pleine connaissance de cause, s'il approuve ou désapprouve cette politique, maintenir ou révoquer le mandat.

L'idée est venue naturellement à l'esprit de combiner dans un système unique les avantages de la dissolution et du referendum et d'organiser une dissolution populaire. Plusieurs cantons suisses pratiquent ce système : c'est le corps électoral lui-même qui provoque, non pas la retraite de tel ou tel député, mais la révocation de l'assemblée tout entière; ce n'est pas une circonscription déterminée qui révoque son député, c'est le corps électoral tout entier qui retire au parlement le mandat qu'il lui a donné. Lorsque le renouvellement intégral de l'assemblée législative est demandé par un certain nombre de citoyens, la question doit être soumise au vote populaire; s'il y a majorité en ce sens, l'assemblée est dissoute et on procède à de nouvelles élections. Ce droit de dissolution populaire existe dans plusieurs cantons : Berne, Argovie, Schaffhouse, Thurgovie, Soleure et Lucerne. Il a été un moment question de l'appliquer au conseil national de la fédération. C'est là vraiment une sanction populaire du mandat donné par la nation au parlement.

Il est inutile d'insister davantage. Ce qui précède suffit pour montrer que l'art politique n'est pas resté impuissant à trouver un moyen de donner une sanction au mandat collectif concédé par le peuple au parlement, et qu'ainsi, sans recourir à la fausse doctrine du mandat impératif individuel, on peut parfaitement limiter l'arbitraire d'un corps représentatif. Ce n'est pas à dire que nous admettions la doctrine française du mandat représentatif; mais on doit reconnaître qu'elle est seule en harmonie avec le principe de la souveraineté nationale et que la théorie du mandat impératif con-

duit tout droit à la désorganisation et à l'anarchie [1].

Pour compléter cette démonstration, il reste à indiquer quelques-unes des conséquences qui dérivent logiquement du mandat impératif. Si la souveraineté est répartie par quote-part entre tous les membres de la nation, chaque citoyen ne doit avoir et ne peut avoir qu'une voix; le suffrage doit être mathématiquement égalitaire. D'autre part, le parlement ne peut représenter que les individus, puisque chaque député est le mandataire d'un groupe d'électeurs; le nombre des députés doit être exactement proportionnel au nombre des électeurs, ou même au nombre de la population, puisque tout membre de la collectivité possède *ipso facto* les droits politiques, sauf l'impossibilité matérielle de les exercer. Il n'y aura donc et il ne peut y avoir qu'une représentation des individus; un obstacle théorique infranchissable s'oppose à la représentation du territoire, telle que l'avait comprise la Constituante de 1789, à la représentation proportionnelle et à la représentation professionnelle. Nous estimons cependant qu'il y a là deux institutions éminemment équitables, et qui forment les conditions mêmes de tout bon gouvernement démocratique représentatif. Enfin la théorie du mandat impératif conduit à l'unité du parlement. Il semble bien, en effet, qu'on ne comprend l'existence de deux chambres que si chacune d'elles a un mode de recrutement différent; à cette seule condition, deux chambres ne feront pas double emploi et contribueront à assurer effectivement la véritable représentation du pays. Or, avec la théorie du mandat impératif, les deux chambres devront toujours être recrutées de la même manière,

1. Outre les auteurs déjà cités, cf. Seidler, *Ueber den Gegensatz des imperativen und treuen Mandats der Volksvertreter*, *Zeitschrift* de Grünhut, t. XXIV, 1895, p. 123; — Hatzfeld, *le Mandat électoral*, *Revue parlem.*, 1900, t. 1, p. 690.

puisque le suffrage est forcément individuel, égalitaire et majoritaire. La nécessité, qui s'impose à tout pays démocratique de posséder deux chambres et de pratiquer l'élection proportionnelle et la représentation professionnelle, a été éloquemment et irréfutablement démontrée[1]; une théorie qui interdit ces institutions se trouve par là même condamnée.

## IV

La conception de la nation-personne, telle qu'elle a été précédemment exposée, a conduit les auteurs de la constitution de 1791 à formuler une théorie très nette et très juridique de la représentation. Il suffit d'en rappeler les grandes lignes. La nation est une personne titulaire de la souveraineté; elle donne mandat à une autre personne, le parlement, de l'exercer en son nom. Il y a un véritable mandat; les deux sujets de ce mandat sont, la nation d'une part, qui est le mandant, le parlement d'autre part, qui est le mandataire. La souveraineté n'est point répartie entre les membres de la nation; après la délégation, elle n'est pas davantage répartie entre les membres du parlement. C'est le parlement tout entier, formant une personne juridique, qui reçoit mandat d'exercer cette souveraineté au nom de la nation tout entière. La théorie a été formulée nettement pendant les discussions de 1789-1791. L'Assemblée nationale avait à cœur de faire disparaître toutes les distinctions d'ordres, de provinces, de classes et de bailliages; elle affirmait qu'il n'y avait qu'une nation *une*; elle supprimait les anciennes provinces, interdisait tous les grou-

1. Voir, notamment, Saripolos, *la Démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899; — Charles Benoit, *Organisation du suffrage universel*, 1896.

pements professionnels ou autres : elle ne reconnaissait qu'une seule association, la nation, encadrant tous les individus, absorbant tous les groupes, possédant la souveraineté, donnant à un parlement mandat de l'exercer en son nom.

Dans la théorie française de 1789, il importe de le noter, il y a bien véritablement un mandat. Souvent on dit : la représentation politique comprise à la manière française n'est pas un mandat. M. Esmein écrit lui-même : « C'est autrement que s'analyse le gouvernement représentatif. L'emploi du mot mandat en cette matière est un accident des plus fâcheux, qui a singulièrement contribué à troubler les idées[1]. » M. Esmein ajoute que le mot de mandat est une survivance de l'ancien mandat donné effectivement à leurs délégués aux états généraux par les trois ordres des différents bailliages. Assurément l'assemblée de 1789 voulait abolir les principes qui présidaient à la nomination des députés aux états généraux et déterminaient leur caractère. Mais il n'est point exact de dire que le mot mandat n'était pas adéquat à l'institution nouvelle. Ce que l'on supprimait, c'était seulement les mandats particuliers donnés par chaque circonscription électorale à ses députés. On ne faisait point disparaître la notion de mandat politique ; seulement désormais un seul mandat est donné, mandat donné par la nation une et indivisible à une assemblée une et indivisible. Le gouvernement représentatif, tel qu'on l'entendait en 1789-1791, tel que nos constitutions postérieures l'ont accepté et organisé, tel qu'il a été reçu dans la plupart des pays civilisés, repose certainement, en droit positif, sur une idée de mandat. Dire comme M. Esmein (p. 185) que le

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 184, 2e édit., 1899 ; — Cf. Discussion à l'Académie des sciences morales et politiques, 1889, *Séances et travaux*, t. CXXXI, 1889, p. 297 et suiv.

député élu ne tient pas en droit ses pouvoirs de ses électeurs, c'est formuler une proposition, sinon inexacte, du moins imprécise. En effet, sans doute chaque député ne reçoit pas un mandat de la circonscription qui le nomme; mais le parlement acquiert, lui, son droit de la nation qui l'élit. L'assemblée, par le fait de l'élection, acquiert le droit de vouloir pour la nation, et les actes, émanés de la volonté du parlement, produisent les mêmes effets juridiques que s'ils émanaient de la volonté de la nation. Or cela est bien le résultat d'un mandat. M. Esmein, d'ailleurs, précise les choses. « C'est, dit-il, de la nation seule que procèdent les pouvoirs des députés comme tous les autres pouvoirs[1]. »

Aussi bien cette notion d'un mandat donné par la nation à l'assemblée ne fut point admise sans quelques discussions, desquelles ressort encore nettement la pensée de l'Assemblée constituante. Dans la séance du 5 septembre 1789, Pétion formule la doctrine du mandat impératif. « Les membres du corps législatif, dit-il, sont des mandataires; les citoyens qui les ont choisis sont des commettants; donc ces représentants sont assujettis à la volonté de ceux de qui ils tiennent leur mission et leurs pouvoirs. Nous ne voyons aucune différence entre ces mandataires et les mandataires ordinaires; les uns et les autres agissent au même titre; ils ont les mêmes obligations et les mêmes devoirs[2]. » Cette doctrine ne triomphe point, et c'est la théorie de Siéyès qui l'emporte. Mais celui-ci se garde bien de dire qu'il n'y a pas de mandat; au contraire, il y a un mandat, mais ce mandat « c'est le vœu national »; si le député ne peut pas recevoir un mandat de la circonscription qui le nomme, c'est qu'il est le député de la nation tout

1. Esmein, *loc. cit.*, p. 185.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 382.

entière et qu'une circonscription, qui lui donnerait un mandat spécial, usurperait les droits de la nation seule souveraine, de qui seule peut émaner le mandat. « Un député, déclare Siéyès, l'est de la nation entière; tous les citoyens sont ses commettants; or, puisque dans une assemblée bailliagère, vous ne voudriez pas que celui qui vient d'être élu se chargeât du vœu du petit nombre contre le vœu de la majorité, vous ne devez pas vouloir, à plus forte raison, qu'un député de tous les citoyens du royaume écoute le vœu des seuls habitants d'un bailliage ou d'une municipalité contre le vœu de la nation entière. Ainsi, *il n'y a et il ne peut y avoir pour un député de mandat impératif*, ou même de vœu positif, que le *vœu national*[1]. » Qu'on ne dise donc pas après cela que le système représentatif, compris à la manière de 1791, exclut l'idée de mandat; au contraire il repose tout entier sur elle. On s'explique d'ailleurs aussi sur le sens du mot représentation, et la définition qu'on en donne est précisément celle du mandat, avec tous les effets que le droit civil y rattache depuis longtemps. Barnave, par exemple, dit : « Dans l'ordre et les limites des fonctions constitutionnelles, ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est dans certains cas chargé de *vouloir* pour la nation, tandis que le simple fonctionnaire public n'est jamais chargé que d'*agir pour elle*[2]. » Et Rœderer, distinguant soigneusement les pouvoirs *délégués* et les pouvoirs *commis*, déclare que « l'essence de la représentation est que chaque individu représenté vive, délibère dans son représentant, qu'il ait confondu par une confiance libre sa volonté individuelle dans la volonté de celui-ci... Les députés au corps législatif

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 583.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX. p. 320, séance du 11 août 1791.

sont non seulement représentants du peuple, mais encore représentants du peuple pour exercer un pouvoir représentatif, par conséquent égal à celui du peuple, indépendant comme le sien[1]... » Tout cela, n'est-ce pas la définition même du mandat? L'expression de *pouvoirs délégués* n'est-elle pas particulièrement caractéristique?

Telle est la théorie française. On la désigne par l'expression, déjà employée ici et commode, bien qu'en soi inexacte, de théorie du mandat représentatif. Elle est formulée dans des textes bien connus de nos constitutions, et surtout par l'article 7 de la section III du chapitre I du titre III de la constitution de 1791 : « Les représentants nommés par les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière et il ne pourra leur être donné aucun mandat. » La même disposition se retrouve dans les articles 34 et 35 de la constitution de 1848; et le législateur de 1875 a formulé dans l'article 13 de la loi du 30 novembre la conséquence de ce principe, la prohibition du mandat impératif, ce qui implique évidemment qu'il a reconnu encore le même principe[2].

La conséquence immédiate de cette conception est que le parlement, investi de la personnalité juridique, est titulaire d'un droit subjectif, le droit appartenant à tout mandataire de mettre en œuvre les droits appartenant à son mandant, avec les effets mêmes qui se seraient formés si le mandant était lui-même intervenu. Le parlement n'a pas seulement un pouvoir objectif; il a bien véritablement un droit subjectif. Le parlement ayant le droit d'agir comme s'il était la volonté nationale elle-même, lorsqu'il a pro-

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 323.
2. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 223, 2e édit., 1899.

noncé, la décision est définitive et souveraine comme si elle avait été prise par la nation elle-même. Ainsi dans la doctrine du mandat représentatif, il n'y a jamais lieu de soumettre les lois votées par le parlement à l'approbation du peuple directement consulté ; en d'autres termes, le referendum populaire est en contradiction absolue avec cette théorie de la représentation nationale. Deux fois l'assemblée nationale de 1789, fidèle à ce principe, refuse de soumettre à l'approbation populaire la constitution nouvelle, une première fois le 21 juillet 1789, et une seconde fois dans la séance du 30 août 1791[1]. L'assemblée de 1848 fait de même, malgré la promesse donnée par le gouvernement provisoire le 24 février. Elle rejette par la question préalable un article, proposé par plusieurs députés et portant que la constitution ne sera exécutoire qu'après avoir été ratifiée par le peuple; le 23 octobre elle repousse un amendement de Puységur tendant à soumettre la constitution à l'acceptation du peuple[2]. Enfin l'assemblée nationale de 1871 rejeta toujours les diverses propositions de consultation populaire sur la forme du gouvernement, présentées par le groupe de l'appel au peuple, et, spécialement, le 23 février 1875, la proposition de M. Raoul Duval, demandant le *referendum*. En 1789-1791, en 1848, en 1875, on était logique; s'il y a représentation véritable de la volonté nationale par la volonté du parlement, les décisions de celui-ci ont le même caractère et la même force juridique que les décisions émanant directement de la nation, et il serait inutile et contradictoire de la consulter.

De la doctrine du mandat représentatif, doit-on

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 259 et t. XXX p. 25 (Échec d'une proposition de Malouet).
2. *Moniteur*, 1848, p. 2466 et 2056.

conclure que la population est la seule base possible de la représentation? M. Esmein l'affirme : « La population, dit-il, doit être la seule base de la représentation. Toute autre répartition dénaturerait encore la souveraineté nationale qui suit la loi du nombre. » L'auteur ajoute que la création d'une représentation des professions, des intérêts, serait en tout contraire au principe de la souveraineté nationale et de sa véritable représentation politique ; tout au plus admet-il que les groupes professionnels puissent élire des assemblées purement consultatives chargées d'éclairer les pouvoirs publics sur les intérêts du pays[1]. Tel n'est point notre avis. Sans doute, si l'on admet l'existence d'une volonté nationale distincte de la volonté des électeurs, et dont ceux-ci ne sont que les instruments, il est certain que le nombre des députés devra être proportionnel, non pas au nombre des électeurs, mais au montant total de la population. Dans la doctrine française de la représentation politique, il faut, c'est incontestable, une représentation de la population. Mais le principe de la souveraineté nationale, représentée par le parlement, ne s'oppose aucunement à ce qu'à côté de la représentation de la population on organise une représentation établie sur une autre base, par exemple une représentation des groupes professionnels au sens tout à fait général de cette expression. On a montré, dans de nombreux écrits et excellents, le profit qu'un pays peut retirer d'une semblable organisation de la représentation[2]. M. Esmein estime au contraire que la représentation professionnelle présenterait de graves dangers ; elle amènerait, d'après lui,

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 181 et suiv., 2e édit., 1899.
2. Notamment, Charles Benoît, *Organisation du suffrage universel*, 1896; — Schaeffle, *Deutsche, Kern und Zeitfragen*, 1re série, 1895, p. 120; — Prins, *la Démocratie et le régime représentatif*, 1889.

la prédominance des intérêts particuliers sur les intérêts généraux. « Ce serait, dit-il, favoriser la lutte des intérêts et des forces qui, par eux-mêmes, subissent déjà si difficilement le joug de la raison. » On a répondu d'avance au savant auteur que ce danger est beaucoup plus à craindre avec la représentation exclusive de la population, et que l'exemple de ce qui se passe en France, sous le régime du scrutin uninominal d'arrondissement, en est une preuve irrécusable. Nous ajouterons que l'opposition faite constamment entre les intérêts généraux et les intérêts individuels est fausse, du moins exagérée ; l'intérêt général n'est au fond que la somme des intérêts individuels. Enfin et surtout une nation est faite, non seulement d'individus, mais encore de groupes sociaux, et assurer seulement la représentation des individus, c'est établir une représentation tout à fait imparfaite de la nation. Aussi bien nous n'insistons pas sur l'utilité d'une représentation professionnelle ; la démonstration en a été souvent et très bien faite. Nous voulons seulement montrer que la représentation professionnelle n'est point en contradiction avec le principe de la souveraineté nationale et la théorie du mandat représentatif. Réduite à ses éléments simples, cette théorie revient à ceci : il existe une volonté générale, distincte des volontés individuelles ; cette volonté est souveraine ; il faut autant que possible la connaître et lui donner les moyens de s'exprimer exactement ; connue et exprimée, elle est déléguée à un parlement, dont la volonté lui est substituée. Quelle est cette volonté nationale en son essence intime ? Ce ne peut être que la volonté de vivre comme nation, la volonté d'assurer le maintien de tous les éléments constitutifs de la nation. Or ces éléments constitutifs sont non seulement les individus, mais aussi les groupes. On représentera donc

la volonté nationale à cette condition seule qu'on fasse figurer dans le corps représentatif tous les éléments constitutifs de la nation, les individus et les groupes. Bien loin d'être contradictoire avec le dogme de la souveraineté nationale, la représentation professionnelle n'en est au contraire que la conséquence. Un parlement ne pourra se donner comme le représentant du pays qu'à la condition de comprendre les deux éléments qui le constituent : l'élément individuel et l'élément collectif.

D'ailleurs l'assemblée nationale de 1789, créatrice de la doctrine du mandat représentatif, l'avait bien compris. Assurément elle ne songea point à organiser l'électorat professionnel à la manière moderne ; en prohibant par la loi de 1791 toute corporation de corps et métiers, elle s'interdisait d'établir un pareil système. Mais elle affirmait que la population ne devait pas être la seule base de la représentation, que deux autres éléments devaient lui servir de supports, le territoire et la contribution. Les hommes de 1789 voyaient dans la population, dans le territoire, dans la contribution signe extérieur de la propriété, les trois éléments constitutifs de la nation. Avaient-ils raison? Il n'y a pas à le rechercher. Mais ce qu'il importe de retenir, c'est qu'en formulant les deux principes de la souveraineté et de la représentation, l'assemblée affirmait que dans la représentation devait se retrouver les trois éléments constitutifs de la nation souveraine, et elle votait l'article 2 de la section 1 du chapitre 1 du titre III : « Les représentants seront distribués entre les quatre-vingt-trois départements selon les trois proportions du territoire, de la population et de la contribution directe. » Ce texte ne fut point voté sans une très vive opposition de la part du parti démocrate. Dès 1789, Pétion disait : « La représentation est un droit individuel, voilà le

principe incontestable, qui doit déterminer à admettre uniquement la base de la population. En donnant une représentation à la fortune, vous blessez tous les principes [1]. » Mais le 10 août 1791, au moment de la revision de la constitution, la règle des trois bases de la représentation est votée sans discussion. L'idée d'une représentation des éléments autres que le nombre a été à plusieurs reprises indiquée soit dans les discussions parlementaires, soit dans des propositions de lois, soit même dans quelques constitutions. Dans son discours de l'an III à la Convention, Siéyès disait : « Si l'on voulait instituer le mieux en ce genre, dans mon opinion on adopterait une combinaison propre à donner à la législature un nombre à peu près égal d'hommes voués aux trois grands travaux, aux trois grandes industries qui composent le mouvement et la vie d'une société qui prospère, je parle de l'industrie rurale, de l'industrie citadine et de celle dont le lieu est partout et qui a pour objet la culture de l'homme. Un jour viendra où l'on s'apercevra que ce sont là des questions importantes [2]. » Ainsi le créateur même du système représentatif voyait dans la représentation professionnelle le but à poursuivre. L'acte additionnel de 1815 formulait le principe de la représentation professionnelle, dans l'article 33, paragraphe 1, ainsi conçu : « L'industrie et la propriété manufacturière et commerciale auront une représentation spéciale. » On aperçoit facilement dans ce texte l'influence de Benjamin Constant, qui, lui aussi partisan convaincu du mandat représentatif, n'y voyait point, bien au contraire, un obstacle à la représentation professionnelle. Enfin ces idées ont été exprimées récemment à la chambre

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. X, p. 77.
2. *Moniteur* (Réimpression), t. XXV, p. 294.

des députés, notamment par MM. Lemire et Jules Guesde [1].

Sur cette question de la représentation professionnelle, M. Esmein conclut que la solution correcte fut proclamée par la constitution de 1793, qui déclare que la population est la seule base de la représentation. Notre savant collègue oublie qu'en votant la constitution de 1793, la Convention adoptait la théorie de Rousseau sur la souveraineté morcelée. Sans doute, elle décidait dans l'article 29 que le député appartenait à la nation entière, mais elle ne prohibait point le mandat impératif et rejetait par là même le mandat représentatif; c'est précisément pour cela qu'elle déterminait le nombre des députés d'après la seule base de la population.

## V

Si la représentation proportionnelle n'est pas la panacée universelle, comme d'aucuns l'ont prétendu, elle est aujourd'hui une institution indispensable à tout pays démocratique. L'expérience faite en Belgique [2] a dû lever tous les doutes, en démontrant les avantages et la possibilité pratique de ce système. Mais on a souvent affirmé que l'élection proportionnelle est théoriquement incompatible avec les principes de la souveraineté nationale une et indivisible et du mandat représentatif. Nous croyons qu'il n'en est rien.

1. Cf. discours et propositions de M. l'abbé Lemire et de M. Jules Guesde à la chambre des députés, en 1894 (*Journal officiel*, Chambre, *Débats parlem.*, 1894, p. 562 et 1892).

2. Voir, Van der Smissen, *la Représentation proportionnelle en Belgique*, *Annales des sciences politiques*, juillet-septembre 1900 ; — Dupriez, *la Représentation proportionnelle en Belgique*, 1901.

Des partisans convaincus de la représentation proportionnelle, comme M. Saripolos, et les proportionnalistes suisses, prétendent ou laissent entendre que la théorie française de la représentation populaire répugne complètement à l'établissement de la représentation proportionnelle, et les uns veulent la fonder théoriquement sur la doctrine juridique de l'organe, les autres sur la notion de la souveraineté morcelée ou le principe de la représentation personnelle[1]. Mais ce sont surtout les adversaires de la représentation proportionnelle et au premier rang M. Esmein, qui ont soutenu qu'elle était en contradiction absolue avec la souveraineté nationale représentée par le parlement. Pour l'éminent professeur « la loi de la majorité est une de ces idées simples qui se font accepter d'emblée : elle présente ce caractère que d'avance elle ne favorise personne et met tous les votants sur le même rang[2] ». C'est précisément parce qu'elle est une idée simple que la loi de la majorité nous paraît très sujette à caution. En bref, elle aboutit à l'oppression d'une partie de la nation par l'autre, sous ce prétexte que cette dernière compte quelques voix de plus. Si la loi de la majorité s'impose avec évidence à l'esprit de M. Esmein, on conçoit qu'il repousse énergiquement tout système de représentation proportionnelle, et qu'il y voie « un véritable sophisme » (p. 625). D'après lui la thèse de la représentation proportionnelle ne serait soutenable que si l'on admettait la répartition de la souveraineté et que si l'on considérait le droit de représentation comme un droit personnel à chaque

1. Voir Saripolos, *la Démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899 ; — Léon Donnat, *la Politique expérimentale*, p. 429, 2e édit. ; — Besson, *Essai sur la représentation proportionnelle*, 1887 ; — Naville, *la Question électorale en Europe et en Amérique*, 1871 ; — Saleilles, *Revue du droit public*, 1898, t. I, p. 234.

2. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 177, 2e éd., 1899.

individu ; or, cela est vrai, cette conception est fausse en soi, et elle est repoussée par le droit positif français. La représentation proportionnelle présente, en outre, d'après l'auteur, au point de vue pratique les plus graves inconvénients [1]. Ainsi partisans et adversaires de la représentation proportionnelle sont à peu près unanimes pour déclarer qu'elle est incompatible avec le principe français de la souveraineté nationale une et indivisible, représentée par le parlement considéré comme personne.

Nous avouons ne point comprendre cette prétendue incompatibilité. Nous accordons pour un instant que la nation prise en corps forme une personne, ayant une volonté *une* distincte des volontés individuelles; nous pensons qu'en effet les individus n'ont point un droit personnel de représentation, que la doctrine de la souveraineté répartie est insoutenable, que les députés ne sont point les mandataires, les commis ou préposés des électeurs, et nous disons avec la doctrine française que le parlement pris en corps est le mandataire de la nation. Tout cela n'est point contradictoire avec la représentation proportionnelle. Puisqu'on admet l'existence d'une volonté nationale souveraine, distincte des volontés individuelles, le problème qui s'impose à l'art politique est précisément de dégager cette volonté nationale ; et le procédé imaginé pour cela sera d'autant plus adéquat au principe qu'il arrivera plus exactement à dégager cette volonté nationale. C'est au contraire, avec le morcellement de la souveraineté, qu'il semble impossible d'admettre la représentation proportionnelle ; car si les volontés individuelles comptent seules, si elles sont toutes mathématiquement égales, on ne peut évidemment imposer une décision qu'en comptant ces volon-

1. Esmein, *loc. cit.*, p. 626.

tés et en donnant la prépondérance à la majorité arithmétique. Mais si moins simpliste et moins matérialiste, une doctrine affirme que derrière ces volontés individuelles, il y a une volonté collective, dont il faut déterminer le contenu, la loi de majorité disparaît. Or n'est-il pas évident que le système proportionnaliste atteint ce résultat plus sûrement que le système majoritaire? Comme le dit justement M. Saripolos, l'expression de représentation proportionnelle est inexacte; elle est inexacte, non point comme le pense cet auteur, « parce qu'il n'y a pas de représentation politique à aucun point de vue », mais parce que dans un pays de souveraineté nationale une et indivisible et de représentation proportionnelle, le parlement ne devient point la réunion des mandataires des différents partis politiques et continue à représenter en corps la nation-personne. Le parlement reste le représentant de la nation entière après comme avant; seulement on a pensé, et il semble bien qu'on ait raison, qu'on dégageait plus exactement la volonté une et collective du pays en permettant à tous les citoyens de prendre une part effective aux élections et qu'ainsi la volonté du parlement serait plus adéquate à la volonté du pays. M. Esmein se fait l'apologiste de l'idée majoritaire; il oublie que dans les pays qui n'ont point la représentation proportionnelle, ce n'est point la majorité qui gouverne, mais au contraire la minorité.

Si la doctrine française de la représentation ne répugne ni à l'élection proportionnelle, ni à l'élection professionnelle, est-elle compatible avec l'institution de deux chambres? On peut dire qu'aujourd'hui c'est une vérité acquise à la science politique que tout parlement doit se composer de deux chambres se faisant contre-poids[1]. Nous supposons, bien entendu, les deux chambres

1. On ne peut guère citer que le Luxembourg, la Grèce et la Serbie qui n'aient qu'une seule chambre.

élues. Il semble que les fondateurs de notre droit public ont pensé qu'une incompatibilité absolue existait entre la dualité du parlement et la souveraineté nationale une et indivisible. La question fut longuement discutée du 31 août au 10 septembre 1789[1]. Le premier comité de constitution demandait la création d'une seconde chambre qui aurait reçu le nom de sénat; mais il fut bientôt visible que la grande majorité de l'assemblée y était opposée et voulait l'établissement d'une seule chambre. En vain les *constitutionnels* invoquèrent-ils l'exemple de l'Angleterre et de l'Amérique; en vain proposèrent-ils que la seconde chambre fût nommée par les mêmes électeurs que la première avec seulement des conditions d'âge différentes; l'assemblée repoussa leur proposition, et le 10 septembre 1789, à la majorité de 490 voix contre 89, elle décidait qu'il n'y aurait qu'une chambre[2]. Assurément la raison majeure qui amena le vote fut la crainte de voir renaître une noblesse, quand on venait de supprimer toutes distinctions d'ordres. Mais cependant des raisons théoriques furent invoquées par les différents partis de l'assemblée; et elles se résument toutes en celle-ci : on a déclaré que la souveraineté nationale est une et indivisible; elle est une volonté; elle est une dans son essence; elle doit rester une dans sa représentation; ce serait une antinomie que de créer une double représentation après avoir déclaré l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté. Cet argument est surtout exposé dans un discours de Rabaud Saint-Étienne prononcé le 4 septembre 1789 : « Mais le souverain, dit-il, est une chose une et simple, puisque c'est la collection de tous sans en excepter un seul; donc

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 514-617.
2. « L'assemblée nationale formant le corps législatif est permanente et n'est composée que d'une chambre » (Const. de 1791, tit. III, chap. I, pr., art. 1).

le pouvoir législatif est un et simple, et comme le souverain ne peut pas être divisé; car il n'y a pas plus deux ou trois ou quatre pouvoirs législatifs qu'il n'y a deux ou trois ou quatre souverains. Et au rebours et par conséquent, si vous divisez le pouvoir législatif en deux ou trois, vous divisez le souverain en deux ou trois, chose qui n'est pas au pouvoir des hommes; car ils ne peuvent pas faire que le souverain, qui est la collection de tous en un, soit autre chose que la collection de tous en un [1]. » Un pareil raisonnement déductif devait faire un grand effet sur des hommes pénétrés d'esprit classique et redoutant par-dessus tout le rétablissement d'une classe noble. Cependant l'assemblée se mettait en contradiction avec elle-même, quand, après avoir déclaré que la représentation devait être une comme la souveraineté, elle décidait qu'à côté du corps législatif le roi était aussi un représentant [2]. Comme l'assemblée de 1789, la constituante de 1848 repousse la dualité du parlement et pour le même motif théorique. Il était présenté par le rapporteur Armand Marrast avec une apparente rigueur, qui fit grande impression sur l'assemblée : « La souveraineté est une, disait-il, la nation est une, la volonté nationale est une. Comment donc voudrait-on que la délégation de la souveraineté ne fût pas unique, que la représentation nationale fût coupée en deux, que la loi émanant de la volonté générale fût obligée d'avoir deux expressions pour une seule pensée? Considérée, soit dans la souveraineté qui en est la source, soit dans le pouvoir qui l'exécute, soit dans la justice qui l'applique, la loi n'est pas divisible, comment le serait-elle dans le pouvoir qui la conçoit et

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 569; — Rapp. un discours de Mathieu de Montmorency, *Ibid.*, p. 585.
2. Const. de 1791, titre II, pr., art. 2. — Cf. *infra*, chap. III, § 3.

qui la crée[1] ? » Une autre considération ne fut pas sans peser sur l'esprit des hommes de 1848 : on craignait qu'à côté d'un président de la République, nommé directement par le suffrage universel, un parlement divisé en deux chambres ne fût impuissant à arrêter les empiètements possibles du pouvoir exécutif; les événements prouvèrent bientôt que ces craintes n'étaient point chimériques[2]. Pour des considérations purement politiques, les auteurs de la constitution de l'an III établirent deux conseils législatifs; Boissy d'Anglas dans son rapport, laissant dans l'ombre l'objection théorique, s'attacha seulement à faire ressortir les avantages pratiques de la dualité[3]. Chacun sait que, dans la pensée de l'assemblée de 1871, la création d'une seconde chambre était en quelque sorte la pierre angulaire du nouvel édifice politique. Il n'en est pas moins vrai que les fondateurs du droit constitutionnel français en 1789, et leurs fidèles imitateurs de 1848, ont considéré la dualité du parlement comme contradictoire avec l'unité de la souveraineté nationale et avec le mandat représentatif.

A notre sens, il n'en est point ainsi. Supposons un instant qu'il n'existe qu'une seule assemblée; la volonté une, qui s'en dégage, est bien certainement formée du concours des volontés individuelles qui la composent. Si le raisonnement de 1789 et de 1848 était vrai, il conduirait à dire que la souveraineté nationale ne peut être représentée que par une seule personne, car alors seulement la représentation est véritablement une. Mais, dit-on, les volontés multiples, qui forment le parlement, se fondent en une volonté une, laquelle représente la volonté nationale. Sans doute; mais pour-

1. Voir le rapport d'Armand Marrast, *Moniteur*, 31 août 1848, p. 2237 et suiv.

2. Voir Tocqueville, *Souvenirs*, p. 170, Paris, 1893.

3. Voir le rapport de Boissy d'Anglas, *Moniteur* (Réimpression), t. XXV, p. 81 et suiv.

quoi le même phénomène ne se produirait-il pas quand le parlement se compose de deux chambres? Malgré cette division, il n'y a qu'un seul parlement, qu'une seule volonté parlementaire, et la représentation reste une. En d'autres termes, quand le parlement se compose de deux chambres, dans chaque chambre se forme une volonté une et collective; et de même que de la fusion des volontés individuelles, qui composent chaque chambre, sort, dit-on, une volonté une, de même de la fusion des volontés de chaque chambre sort une volonté une, qui est la volonté parlementaire, et qui représente la volonté nationale. Celle-ci, une dans son essence, reste bien une dans sa représentation, malgré la dualité du parlement.

M. Esmein a tort par conséquent de dire que, si l'on accepte les prémisses du raisonnement fait en 1848 et en 1789, la conclusion qu'on en tire est forcée; il a tort aussi de dire que, sous le régime représentatif, tel que notre droit public le conçoit, la loi n'est pas l'expression de la volonté nationale[1]. Le contraire fut affirmé à maintes reprises par notre législateur constituant. La volonté du parlement représente la volonté nationale, par l'effet du mandat qu'il en reçoit; et si le parlement peut, malgré cela, se composer de deux chambres, c'est que, malgré cette dualité, il n'y a qu'un parlement, qu'une seule volonté parlementaire. La théorie de la représentation politique, que formule M. Esmein, est savante, ingénieuse, mais elle est sienne, et non pas celle de nos constitutions. Quant aux avantages pratiques du dualisme, ils ont été démontrés par l'expérience; il est inutile de les rappeler. Ce fait que l'existence de deux chambres peut retarder l'œuvre législative est un argument de plus en faveur du dualisme. Il n'est

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 75, 2e édit., 1899.

jamais à souhaiter qu'un parlement fasse trop de lois; et une sage lenteur dans le travail législatif est éminemment protectrice de l'intérêt public. Tout ce que l'on peut conclure de la souveraineté nationale représentée, c'est que, lorsque dans un pays où ce principe est admis il existe deux chambres, l'une et l'autre doivent avoir une origine élective, puisque, dans la conception française, il ne peut y avoir un élément représentatif que par l'élection. Si la volonté nationale existe, elle est formée, non seulement des volontés individuelles, mais encore des volontés collectives des groupes professionnels existant dans le pays; dès lors la volonté nationale se dégagera tout naturellement par l'intervention des individus et des groupes. On aperçoit ainsi le mode de recrutement de chacune des deux chambres, l'une émanant d'une élection individuelle, l'autre d'une élection professionnelle.

Telle est dans son principe et ses principales conséquences la théorie française du mandat représentatif. Elle est incontestablement bien construite. Si l'on admet qu'une volonté à la fois une et collective puisse se former de la fusion des volontés individuelles, elle est très logiquement déduite. Elle forme assurément l'application la plus ingénieuse, qui ait été faite du mandat et de la représentation, aux relations politiques. Mais un grave préjugé s'élève assurément contre une doctrine, de laquelle de bons esprits ont pu conclure que des institutions, aussi nécessaires que la dualité du parlement, l'élection proportionnelle et la représentation professionnelle, sont logiquement impossibles. Cela sans doute ne suffirait pas à condamner la doctrine. Nous la repoussons surtout parce que nous croyons avoir montré la fausseté des principes sur lesquels on veut l'établir : la nation n'est pas une personne, la souveraineté nationale est une fiction; partant aucun mandat

ne peut être donné par une personne qui n'existe pas, pour exercer un droit qui n'existe pas non plus.

Mais y aurait-il, comme les créateurs du droit public français l'ont cru, une personne-nation, une volonté nationale souveraine, nous repousserions encore théoriquement la doctrine du mandat représentatif. Voici pourquoi. S'il y a un mandat il faut deux personnes juridiques, un mandant et un mandataire. La personne juridique mandant est la nation. La personne juridique mandataire serait le parlement. Or, le parlement n'est pas, ne peut pas être une personne juridique. Cela paraît certain si comme nous on nie l'existence, dans une assemblée, d'une volonté à la fois une et collective distincte des volontés individuelles. Mais, supposé que l'on admette l'existence d'une volonté parlementaire distincte des volontés des députés, le parlement, pris en ensemble, ne peut constituer une personne juridique, susceptible de recevoir le mandat que lui donne le peuple. En tous cas, au moment où se fait l'élection, le parlement n'existe pas encore; il n'existera que lorsque l'élection est achevée. Si donc le parlement est une personne juridique, cette personne ne naît que lorsque l'élection est faite. Or l'élection est la dation d'un mandat. On arrive donc à cette conséquence inadmissible que le mandat est donné par l'élection à une personne qui n'existe pas encore, et que c'est seulement de la dation du mandat que naît la personnalité qui reçoit le mandat. On ne peut donc parler d'un mandat donné au parlement puisqu'au moment où est donné ce mandat, le parlement, mandataire, n'est pas encore né à la vie juridique. Mais ce n'est pas tout.

Dans une brochure déjà citée[1], Rieker déclare qu'il ne peut être question d'une représentation de la volonté

1. Rieker, *Die retchliche Natur der modernen Volksvertretung*, 1893.

nationale par le parlement, parce que celui-ci n'est point une corporation, mais simplement un collège de fonctionnaires; les anciennes assemblées (états généraux, états provinciaux) étaient des sujets de droits, des corporations oligarchiques, dont les membres étaient réunis par des privilèges communs; les assemblées modernes sont, au contraire, de simples collèges de fonctionnaires, des assemblées pures et simples qui n'ont d'existence juridique que lorsqu'elles sont réunies et pendant le temps où elles sont réunies; il leur manque la première condition de la personnalité juridique, la permanence[1]. L'auteur a raison : un parlement ne peut être considéré comme une corporation, alors même qu'on admette l'existence d'une volonté parlementaire propre. On connaît les nombreuses discussions qu'a soulevées la personnalité juridique des collectivités. Aucun des systèmes proposés ne peut s'appliquer ici; on ne trouve aucun des éléments indiqués comme susceptibles de fonder la personnalité juridique des collectivités. On ne peut appliquer la doctrine de la fiction légale; car c'est ce parlement qui fait la loi; il se donnerait donc la personnalité par la loi qu'il fait lui-même, ce qui est une impossibilité; et, d'autre part, il ferait une loi avant d'exister; ce serait le néant juridique qui se donnerait la personnalité juridique. Quant aux doctrines, qui enseignent que la personnalité juridique existe par elle-même antérieurement à la loi positive, aucune d'elles ne peut s'appliquer au parlement. Sous des formes diverses, elles fondent toute la personnalité juridique sur l'existence d'un but collectif distinct des buts individuels, soit qu'on admette, comme Gierke, la réalité organique des collectivités, soit qu'on ne voie, comme Jellinek

1. Rieker, *loc. citat.*, p. 37.

et M. Michoud, dans la personne collective, qu'une entité juridique [1]. Pour que le parlement constituât une personne juridique, il faudrait donc qu'il y eût un but parlementaire propre, distinct des buts individuels des députés et des autres collectivités existant sur le même territoire. Or, le but du parlement, c'est de faire des lois, d'exprimer la volonté générale, ou si l'on veut d'assurer la satisfaction des intérêts généraux du pays, dans notre doctrine d'assurer le respect et le développement de la solidarité sociale. Sur ce point tout le monde sera d'accord. Mais ce but, c'est précisément le but de l'Etat, et l'on peut établir ainsi la personnalité de l'Etat, mais non point celle du parlement; on montre seulement que le parlement se confond avec l'Etat ou du moins qu'il est seulement un instrument par lequel l'Etat poursuit et atteint ses buts. C'est ce qu'a bien compris la doctrine juridico-organique, qui dénie toute personnalité au parlement et en fait un simple organe de l'Etat. Le parlement n'est point une personne; il ne peut donc jouer le rôle de mandataire; la doctrine du mandat représentatif s'écroule, non seulement parce qu'il n'y a pas une personne mandant, mais aussi parce qu'il n'y a pas une personne mandataire.

La doctrine du mandat représentatif vient se heurter à une nouvelle difficulté. On dit : c'est le parlement qui veut, qui fait la loi, qui contrôle le gouvernement. Fiction élégante et point autre chose. Dans la réalité ce sont les députés qui votent, qui agissent, qui parlent, qui légifèrent, qui contrôlent, en un mot qui veulent; la question de leur caractère et de leur situation juridiques ne peut pas être éludée. Dans la doctrine du mandat impératif la solution est très simple : les députés mandataires des électeurs sont titulaires du

1. Voir sur tous ces points, Michoud, *la Personnalité morale des collectivités*, *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 1 et suiv.

droit subjectif d'exercer la part de souveraineté appartenant à leurs électeurs, et sous le contrôle de ceux-ci; les diverses immunités parlementaires établies par les législations positives ne sont que les garanties de ce droit. Mais dans la doctrine du mandat représentatif, que sont les députés? Une seule réponse est possible : juridiquement ils ne sont rien, ils sont absorbés dans le parlement; lui seul a une volonté, lui seul une personnalité juridique, lui seul des pouvoirs, lui seul des droits; les députés pris isolément n'ont juridiquement, en tant que députés, ni droits, ni pouvoirs, ni volonté. Comment expliquer alors les diverses immunités juridiques établies à leur profit par toutes les législations? En supposant vraie la conception de la nation-personne, nous avons pu dire des électeurs que s'ils n'avaient pas un droit subjectif, du moins ils avaient un pouvoir objectif; en effet l'électorat, quelque étendu qu'on le suppose, ne peut jamais appartenir, n'appartiendra jamais à tous les membres de la nation, et, par conséquent, les électeurs peuvent être logiquement considérés comme les instruments par lesquels s'exprime la volonté nationale; ils ont ainsi le pouvoir objectif d'exprimer cette volonté nationale. Les députés peuvent-ils être considérés comme les instruments par lesquels s'exprime la volonté du parlement, comme les agents, les fonctionnaires du parlement? Si le parlement est une personne juridique, une corporation, il faut bien en arriver là; ainsi les députés auraient un pouvoir objectif, celui d'agir comme fonctionnaires du parlement. Mais si les députés ont un pouvoir de vouloir, ce n'est donc pas la volonté du parlement qui produit un effet de droit, et toute la théorie sur la personnalité juridique du parlement, sur la volonté du parlement, s'écroule. Quand on veut aller au fond, on se heurte à chaque pas à des contradictions.

Il paraît bien que les auteurs français les plus autorisés considèrent le député comme un véritable fonctionnaire de l'Etat[1]. A la vérité la solution se concilie assez difficilement avec le mandat représentatif et la personnalité du parlement; mais c'est la seule solution possible. Le député a donc une compétence de fonctionnaire, laquelle résulte, non pas d'une nomination proprement dite, non pas de la loi, mais du mandat donné par la nation au corps, le parlement, dont il fait partie. Tout cela est bien extraordinaire! Toutefois le député étant un fonctionnaire de l'Etat, la plupart des règles positives s'expliquent assez aisément. Fonctionnaire de l'Etat, le député reçoit légitimement un traitement; il est vrai qu'on parle de l'indemnité parlementaire, et non du traitement; mais il y a là un simple usage suivi pour flatter l'amour-propre des députés, et l'on doit appliquer toutes les règles relatives au traitement des fonctionnaires. Comme tout fonctionnaire, les députés sont soumis à un pouvoir disciplinaire. Quoique exercé par l'assemblée ou son président, ce pouvoir disciplinaire est de même ordre et de même nature que celui qui appartient au supérieur hiérarchique sur son subordonné.

Le député est donc investi d'une certaine compétence, et comme celle de tout fonctionnaire, elle s'analyse en un pouvoir objectif, même dans le droit positif français[2]. Les immunités qui protègent le député, en France et dans les pays étrangers, comme l'irresponsabilité et l'inviolabilité[3] ne seront donc pas des droits subjectifs du député, mais simplement l'application à sa personne des règles formulées par le droit objectif pour

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 184, 2e édit., 1899; — Hauriou, *Droit administratif*, p. 373 et suiv., 4e édit., 1900.
2. Voir *infra*, chap. v, §§ 1 et 2.
3. Loi const. 16 juillet 1875, art. 13 et 14.

assurer l'accomplissement des fonctions parlementaires avec une pleine et entière indépendance. La conséquence pratique, qui résulte de ce caractère, est au premier chef l'impossibilité pour le député de renoncer aux immunités. La chose est certaine; elle ne s'expliquerait point si l'on voyait dans les immunités un droit subjectif du député. Mais, dira-t-on, le député peut toujours renoncer à sa qualité de député, en donnant sa démission; n'est-ce pas la preuve que la qualité de député et toutes les immunités qui y sont attachées constituent véritablement pour lui des droits subjectifs? Le même raisonnement est fait pour les fonctionnaires en général; il n'a pas plus de force que pour le député. Celui-ci peut, en effet, donner sa démission; mais cette démission est adressée au parlement; elle ne fait pas par elle-même perdre la qualité de député; elle est sans effet tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'assemblée dont fait partie le député, et jusque-là celui-ci peut toujours la retirer; la cause efficiente de la perte de la fonction parlementaire est donc la décision du parlement et non point la démission[1]. En France, dit M. Pierre, « les chambres ont usé à plusieurs reprises de la prérogative qui leur appartient en matière de démission; elles ont procédé tantôt par voie de sursis d'acceptation, tantôt par voie de refus pur et simple[2]. » On peut donc dire que c'est une règle de droit certaine que la cause juridique, qui entraîne la perte de la qualité de député, n'est point la démission elle-même, mais la décision de la chambre qui accepte cette démission. On ne comprendrait point cela si la qualité de député constituait un véritable droit subjectif.

Enfin le député étant un fonctionnaire investi d'une véritable compétence, on s'explique très bien pourquoi

1. Loi const 16 juillet 1875, art. 10.
2. Pierre, *Traité de droit politique*, 1893, p. 287.

en France et dans la plupart des pays qui ont un parlement électif, la régularité de l'élection est appréciée par la chambre elle-même. On a souvent critiqué ce procédé; on a dit qu'il y avait là une simple survivance des anciennes assemblées, dont les membres étaient véritablement les mandataires de leurs électeurs, survivance qui apparaîtrait encore dans l'expression de vérification des pouvoirs; on a ajouté qu'il serait logique et juridique de confier le jugement des élections politiques à un véritable tribunal comme cela se pratique pour les élections administratives, parce qu'il y a dans cette appréciation de l'élection une véritable fonction juridictionnelle. Assurément cette expression de vérification des pouvoirs montre bien qu'il reste un souvenir de l'époque où, tout député étant véritablement et simplement un mandataire, l'assemblée devait vérifier elle-même si les mandats, les pouvoirs avaient été régulièrement donnés. D'autre part, il est incontestable que la vérification des pouvoirs, faite par le parlement lui-même, présente souvent, notamment en France, de graves inconvénients, en donnant libre cours aux passions politiques, aux rivalités et aux rancunes personnelles. Mais en même temps le pouvoir des chambres de statuer sur l'élection de ses membres n'a rien d'illogique en soi, parce que ce pouvoir n'est point l'exercice d'une fonction juridictionnelle. La juridiction consiste à constater l'existence d'un droit subjectif[1]. La vérification des pouvoirs n'est point cela, puisque le député possède une compétence, mais point de droit subjectif. La chambre joue vis-à-vis de ses membres le rôle d'un supérieur hiérarchique, et c'est à elle que naturellement incombe le soin d'apprécier si la nomination du député fonctionnaire est régulièrement faite.

1. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 416.

Quelques législations, il est vrai, ont confié à de véritables tribunaux le soin de statuer sur les questions d'élection politique. En Angleterre, depuis l'acte de 1868, complété par l'acte de 1879, la chambre des communes ne statue plus que sur les questions d'éligibilité : la régularité des opérations électorales est jugée par un tribunal spécial composé de deux juges de la Cour du Banc du roi, qui sont désignés par leurs collègues ; la constitution japonaise de 1889 décide que les protestations électorales sont jugées par la cour d'appel. Mais c'est tout simplement l'application d'une tendance que nous avons déjà notée et qui consiste à confier à des juridictions proprement dites le soin de statuer sur des questions de droit objectif, à créer ce que l'on peut appeler un contentieux objectif. Dans le droit français, l'évolution est à peu près achevée en ce qui concerne les élections administratives ; pour les élections politiques, elle s'accomplira probablement dans un avenir prochain.

## VI

Toutes les doctrines précédentes, relatives au caractère juridique des parlements élus et de leurs membres, reposent sur l'idée de mandat ; les unes très simplistes parlent seulement d'un mandat donné par les électeurs pris individuellement ou par des groupes d'électeurs à des députés, les autres plus savantes, mais aussi plus artificielles et non moins fausses, affirment l'existence d'un mandat donné par la nation-personne au parlement-personne. Toutes ont le tort grave de transporter dans le droit et les relations politiques la conception du mandat civil formée pour les rapports privés. Les théoriciens modernes, qui ont résolument et justement

écarté du droit public la notion de mandat, pour y introduire la notion d'organe, devaient tenter d'expliquer par elle la nature juridique du parlement. Ils n'y ont point manqué ; mais leurs efforts sont restés impuissants : les uns dans un excès de logique ont méconnu étrangement les faits ; les autres ont voulu encadrer les faits dans un système juridique ingénieux et subtil, mais dont l'analyse révèle les contradictions internes.

D'après les tenants de la doctrine juridico-organique, la nation est un organe, dont la compétence consiste à élire, le parlement un organe dont la compétence consiste à décider sous certaines conditions et dans une certaine mesure. Il n'y a donc aucun rapport de droit entre le parlement et le corps électoral. « Par conséquent, dit Laband, la dénomination de représentants de l'ensemble du peuple, donnée aux membres du Reichstag, n'a pas de signification juridique positive ; au sens juridique, les membres du Reichstag ne sont les représentants de personne ; leurs pouvoirs ne sont pas dérivés d'un autre sujet de droit ; ils reposent directement sur la constitution de l'empire ; il n'y a pas dans toute leur situation juridique un point subordonné aux principes de droit qui régissent la procuration, les pleins pouvoirs ou le mandat. Le sens de cette formule, que les membres du Reichstag sont les représentants du peuple tout entier, est exclusivement politique. Cette expression veut dire : le Reichstag est l'organe par le moyen duquel s'exerce la participation des nationaux de l'empire aux décisions et à l'activité vitale de l'empire. Tout citoyen de l'empire (ayant le droit de voter) exerce indirectement une influence sur la politique de l'empire, grâce au pouvoir qu'il a de coopérer à la formation de cet organe, conformément à la loi électorale. Mais ce pouvoir de coopérer épuise son droit, qu'il en ait fait usage ou non au jour fixé

pour le vote. C'est seulement dans la formation du Reichstag que le peuple, c'est-à-dire la somme collective des nationaux de l'empire ayant le droit de vote, coopère juridiquement à la vie publique de l'empire... Il faut considérer comme non juridique la conception suivant laquelle le peuple prend au moyen du Reichstag, son représentant, une part continue aux affaires politiques de l'empire. Dès que le vote a eu lieu, toute participation, toute coopération, toute influence juridique de la collectivité du peuple sur les décisions publiques cessent du même coup. Le Reichstag, dans le cercle de sa compétence, est autant que l'empereur investi de droits propres, indépendants; il n'est pas le représentant de la collectivité du peuple dans un autre sens que ne l'est l'empereur lui-même. Il n'y a de différence que dans la façon dont on est appelé à ces fonctions... Celui qui juge les choses du point de vue philosophique, historique ou politique peut s'en tenir à cette opinion que le Reichstag sert à l'expression de « l'âme du peuple », de « l'esprit national vivant et agissant », de « la conscience morale du peuple » ; celui qui veut déterminer juridiquement la nature du Reichstag ne doit pas se laisser influencer par la dénomination trompeuse de « représentation du peuple » ; il doit maintenir ce principe que le Reichstag n'est appelé représentation nationale que dans ce sens et pour cette raison que tout particulier, sujet de l'empire, qui satisfait aux conditions imposées par la loi électorale, peut coopérer à la formation de cet organe de l'empire. En d'autres termes, le Reichstag est représentation nationale, non pas au point de vue de ses obligations et de ses droits, mais seulement au point de vue de sa formation et de sa composition [1]. »

1. Laband, *Staatsrecht*, édit. franc., 1900, t. I, p. 443; 4e édit. allemande, 1901, t. I, p. 295.

Nous avons tenu à donner, quoique un peu longue, cette citation de Laband, parce que nul mieux que lui n'exprime la doctrine à laquelle paraissent se rallier aujourd'hui beaucoup d'auteurs en Allemagne, et aussi en Italie et en France. La représentation n'a pas de sens au point de vue juridique ; elle peut avoir une portée politique, philosophique et morale ; elle n'a pas de valeur juridique. En droit il n'y a aucun rapport entre la nation et le parlement. La nation n'est pas une personne juridique, sujet de droit ; elle est un organe dont la fonction consiste à élire, ou plutôt, elle est un ensemble de fonctionnaires, les électeurs, dont toute la compétence est épuisée quand ils ont élu ; le parlement est un ensemble de fonctionnaires dont la compétence est de décider ; il peut être un organe ; et ses membres sont des organes-parties, des fonctionnaires, qui tiennent leur compétence de la loi constitutionnelle, et non pas du corps électoral. Suivant la terminologie de l'école juridico-organique, le corps électoral est un organe direct créateur, le parlement est un organe direct de création.

Laband formule cette théorie spécialement pour le Reichstag allemand, mais elle a certainement dans son esprit une portée générale. C'est comme telle que la théorie est défendue par les juristes italiens, particulièrement par M. Orlando, qui écrit : « Le pouvoir dans les chambres électives résulte de la constitution, et les électeurs ne transmettent rien et n'ont rien à transmettre. » C'est dire qu'il n'existe aucun rapport de droit entre les électeurs et les députés, entre le corps électoral et la nation ; la pensée du savant auteur apparaît bien dans la suite de l'article, où il déclare que ce qu'on appelle la représentation populaire a été simplement un procédé inventé pour confier la direction des affaires aux plus capables ou du

moins à ceux qui doivent connaître le mieux les intérêts du pays[1]. Le procédé, nous semble-t-il, manque souvent son but! En France, M. Saripolos a développé la même thèse, en la rattachant étroitement à la théorie juridique de l'organe : il n'y a, d'après lui, aucun rapport juridique entre le député et l'électeur, entre le parlement et le corps électoral; l'un et l'autre sont des organes de l'Etat, ayant une certaine compétence et exprimant la volonté de l'Etat dans des domaines différents. Il est vrai que l'auteur écrit aussi : « L'organe législatif de l'Etat doit être composé de telle façon que tous les premiers éléments constitutifs de la volonté générale s'y retrouvent[2]. » N'est-ce pas reconnaître qu'il y a une relation entre le parlement et la volonté générale, c'est-à-dire la volonté de la nation? N'est-ce pas en contradiction avec la doctrine de l'auteur? Il est vrai que M. Saripolos déclare se placer au point de vue du droit, non au point de vue de la philosophie et des faits, et que, d'après lui, le point de vue juridique et le point de vue philosophique n'ont rien de commun. Comme cela est étrange! Quel singulier droit que celui qui est en dehors des faits et de la raison!

Cette contrariété entre les faits et la théorie juridico-organique, appliquée ainsi aux parlements élus, est tellement évidente qu'elle a frappé les partisans les plus convaincus de ladite théorie. Il est incontestable que dans la réalité il existe des relations entre les députés et les électeurs. Sans doute le député doit être indépendant dans l'exercice de ses fonctions; il ne peut pas prendre d'engagement vis-à-vis de ses électeurs, il doit

1. Orlando, *Fondement de la représentation politique*, *Revue du droit public*, 1895, t. I, particulièrement p. 22[illegible].

2. Saripolos, *la Démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, t. II, p. 138.

voter suivant sa conscience et non d'après les instructions qu'il a reçues. Mais le fait de l'élection à lui seul constitue une relation entre l'électeur et le député ; l'élection n'a lieu qu'à la suite d'explications entre les électeurs et les candidats ; ceux-ci font connaître leurs opinions par des discours ou des déclarations écrites ; ceux-là posent des questions et formulent leur avis ; rien n'est plus légitime. Pendant la durée de la législature en fait les rapports sont continuels entre députés et électeurs. Si parfois ces rapports ont surtout pour but l'octroi des faveurs gouvernementales, souvent aussi le député réunit ses électeurs pour s'assurer qu'il est en conformité d'idées avec eux. Enfin, à l'expiration de chaque législature, le député qui se représente est très légitimement contraint de donner des explications sur sa conduite politique au parlement, sur le sens de ses discours, de ses propositions et de ses votes. Ce n'est pas tout. La plupart des pays, qui ont des parlements élus, reconnaissent en même temps la dissolution, qui n'a d'autre but que de permettre au pays de faire connaître son opinion sur telle ou telle question par le choix des personnes ; l'élection est alors un véritable referendum ; il faut bien que les électeurs connaissent l'opinion des députés ; le sens de cette élection exprime l'opinion du pays, et l'assemblée ainsi élue est bien l'interprète de la volonté nationale. Mais, disent les défenseurs de la doctrine juridico-organique, ces relations sont d'ordre politique, moral, sans caractère juridique ; c'est au point de vue moral, philosophique, politique que l'on peut dire que le parlement sert à exprimer « l'âme du peuple », « l'esprit national », « la conscience morale du peuple », mais au point de vue juridique, il n'en est rien. Comment, il n'en est rien ? Qu'est-ce donc qu'une théorie de droit, si ce n'est la traduction en une forme juridique de rapports préexis-

tants? Le droit est une construction en l'air, une formule dénuée de portée et vide de sens, s'il n'est pas l'expression de rapports de fait, que constate l'observation et de relations morales que saisit la raison. Sans doute ces expressions de conscience nationale, d'âme du peuple, ne nous plaisent guère ; mais il est incontestable qu'il y a dans tout pays une certaine opinion dominante, et que par essence les parlements élus sont précisément des organes dont les décisions doivent s'inspirer de cette opinion. A tort ou à raison l'évolution des idées politiques a conduit à cette conception que l'organe principal de l'Etat moderne devait trouver son origine dans les manifestations de cette opinion, et se guider sur elles pour son œuvre politique. Le fait est là ; toute théorie de droit qui le méconnaît est par là même condamnée.

Jellinek l'a bien compris. Partisan convaincu de la doctrine juridico-organique, il critique néanmoins très vivement la théorie de Laband. Il fait très justement observer que sans doute le parlement reçoit sa compétence de la constitution et non du corps électoral, mais que, s'il n'y a aucun lien juridique entre le parlement et la nation, que s'il n'y a d'autre volonté que celle du parlement, le gouvernement d'un pays appartient à une véritable oligarchie, « qu'il existerait une poignée de citoyens actifs à côté d'une masse énorme de citoyens sans droits politiques ». « C'est une preuve, dit-il, que cette manière de traiter juridiquement le problème est simplement une caricature de la réalité[1]. » Il ajoute : « On ne peut nier que par là (la doctrine de Laband qui tend à triompher) le point le plus important de tout le système représentatif est négligé ou du moins imparfaitement affirmé... Par là deviennent tout à fait

1. Jellinek, *Allgemeine Saatslehre*, 1900, p. 532 et note 2.

incompréhensibles les grandes transformations dans la structure de l'Etat moderne, qui se sont accomplies par les changements du droit de vote, les grandes luttes qui ont abouti à la *démocratisation* du droit de vote. » Il existe donc un rapport de fait entre le parlement et la nation, et il appartient au juriste d'en donner la formule juridique ; sans cela on écarte le problème juridique de la représentation, on ne le résoud point.

Cette formule juridique consiste, d'après Jellinek, en ce que le parlement est organe direct de la nation, qui elle-même est organe direct de l'Etat, le parlement devenant ainsi organe direct secondaire de l'Etat. Pour se rendre compte de cela, il faut aller du simple au composé, du gouvernement direct au gouvernement par représentation. Le peuple n'est certainement jamais une personnalité distincte de celle de l'Etat, mais un organe étatique collégial et certainement l'organe suprême dans les pays démocratiques. Dans les pays qui pratiquent le gouvernement direct, le peuple, organe de l'Etat, a compétence pour décider. Dans les pays à gouvernement dit représentatif, la compétence de la nation-organe consiste à établir un autre organe, qui est investi par la constitution d'une compétence, qui appartenait avant à la nation elle-même. Le parlement, l'organe ainsi formé, devient instrument de la volonté du peuple, devient organe juridique de la nation. Dans les deux formes de gouvernement, gouvernement direct et gouvernement par représentation, la nation est organe étatique ; dans la première l'organe suprême de la volonté étatique est formé par la nation *une* dans sa collectivité, et dans la seconde par un organe spécial de volonté de la nation. Peuple et parlement forment par suite une unité juridique. Jellinek conclut : « L'élection des députés fait naître un lien permanent entre le représentant et le peuple en son

ensemble, nommément un *rapport d'organe*, qui de sa nature ne peut être qu'un rapport de droit[1]. » Par là se trouve expliquée « la dépendance politique durable et normale de l'élu à l'égard des électeurs », dépendance qui est méconnue par la théorie dominante, qui la considère comme juridiquement sans valeur.

Pour compléter sa théorie, Jellinek prévoit et réfute l'objection suivante : là où n'existent pas des élections générales du pays, comme aux Etats-Unis et en France, d'après la constitution de 1848, pour l'élection du président de la République, un acte de volonté du peuple *un* est impossible, puisque le peuple est divisé en circonscriptions électorales et que par conséquent dans l'élection ne peut apparaître qu'une somme d'actes de volontés particulières ; or un organe étatique unitaire ou collégial doit avoir une volonté *une* ; il est donc inexact de déclarer que le peuple, organisé pour l'élection, est organe étatique *un*. Jellinek répond, que dans l'élection, quelque nombreuses que soient les circonscriptions électorales, il y a un acte de volonté *un* émanant du peuple, parce que la volonté des circonscriptions électorales particulières et par là du peuple entier est dirigée non seulement vers la nomination d'un député particulier, mais aussi vers l'établissement de la chambre. « A ce point de vue juridiquement très important, tous les électeurs forment une unité, à quelque parti qu'ils appartiennent. Même l'électeur qui vote pour un candidat battu prend part à l'élection de la chambre... L'ensemble des élections particulières forme par suite un acte collectif de tout le peuple organisé en vue de l'élection, dirigé vers l'établissement de la chambre, quelque distincts et quelque séparés quant au temps que soient ces différent actes particuliers[2]. »

1. Jellinek, *loc. cit.*, p. 535 et 536.
2. Jellinek, *loc. cit.*, p. 538.

L'auteur met encore en avant deux considérations. Au cas de dissolution du parlement, l'idée d'une décision des électeurs sur des questions de principe n'a pas seulement un sens politique, mais aussi un sens juridique. Le peuple exprime par l'élection, dans un cas donné, une opinion déterminée, qui, par le *medium* de son organe le parlement, acquiert une valeur juridique. D'autre part, si le peuple n'existait pas toujours comme organe d'Etat, les monarchies limitées deviendraient des monarchies absolues dans l'intervalle qui sépare la fin d'une législature ou la dissolution du parlement des élections nouvelles. Or, il n'en est point ainsi ; même pendant cette période intermédiaire, le peuple, constitué en organe, subsiste et limite toujours le pouvoir du monarque. « Quand le Reichstag allemand, dit Jellinek, est dissous ou est élu à nouveau, dans l'intervalle, l'empire n'est point privé de l'organe-peuple ; l'institution permanente de l'organisation électorale existe ; les électeurs, le peuple comme organe primaire, sont toujours là pour exercer l'activité d'organe qui leur appartient. L'empire allemand n'est à aucun instant un Etat absolu : l'organe secondaire, le parlement, est intermittent ; l'organe primaire est permanent. » Dans la doctrine dominante, au contraire pendant cette période intermédiaire, l'empire allemand deviendrait un Etat absolu, ce qui est inadmissible [1].

## VII

Nous avons dit plus haut pourquoi nous ne pouvions admettre d'une manière générale la théorie juridico-organique[2]. Il est inutile d'y revenir. D'autre part, les

1. Jellinek, *loc. cit.*, p. 539.
2. Voir *supra*, *Introduction*, § 6.

défenseurs de cette doctrine se sont chargés de montrer eux-mêmes comment, appliquée aux parlements élus, elle soulevait les plus graves objections, comment elle méconnaissait les faits, en déclarant contre l'évidence qu'il n'existe aucune relation entre le parlement élu et le corps électoral qui le nomme. Jellinek a donc cent fois raison de repousser les conséquences, que l'on paraît devoir de plus en plus déduire de la doctrine juridico-organique. Mais le système qu'il propose est-il admissible? Nous supposons, bien entendu, qu'on accepte le point de départ, c'est-à-dire la doctrine juridico-organique, et la conception de la nation organe de l'Etat, sans personnalité distincte. Le système de Jellinek nous paraît contradictoire avec ces prémisses.

Et tout d'abord, le savant auteur déclare à plusieurs reprises que, en disant que le parlement est organe du peuple organe primaire de l'Etat, et qu'il est ainsi organe direct secondaire de l'Etat, on reconnaît qu'il y a là un rapport d'organe, « lequel ne peut être de sa nature qu'un rapport de droit » (p. 536). Assurément l'auteur est obligé de formuler cette proposition, puisque toute sa théorie n'a d'autre but que de donner le caractère juridique aux rapports de fait existant entre le corps électoral et le parlement, de faire la construction juridique de la représentation politique. Mais cette affirmation nous paraît se concilier bien mal avec l'idée générale de la théorie juridico-organique. Elle enseigne que les organes comme tels ne sont point des personnes juridiques, ne sont point sujets de droits ni sujets d'obligations, qu'il n'y a pas une personnalité de la collectivité et une personnalité de l'organe, qu'il y a seulement la personnalité collective organisée, que sans doute l'élément individuel ou collectif, support de l'organe, peut être sujet de droits et d'obligations, sujet du droit à être reconnu comme support d'organe, sujet de l'obli-

gation de remplir les charges se rattachant à la compétence de cet organe, que l'organe pris en lui-même n'est pas une personne juridique. S'il en est ainsi, on ne conçoit pas qu'il puisse naître des rapports de droit entre deux organes de l'Etat pris comme tels. Un rapport de droit dans la conception courante, admise au reste sans difficulté par Jellinek, implique l'existence de deux sujets de droit, de deux personnes juridiques. Cela posé, comment peut-il exister un rapport de droit entre l'organe nation et l'organe parlement? Ni le parlement ni la nation, en tant qu'organes, ne sont des personnes juridiques; il ne peut donc exister entre eux des rapports de droit. Dans la doctrine organique, la nation, quoique simple organe, peut avoir un droit et le parlement aussi, le droit à la reconnaissance de la qualité d'organe; mais ce droit subjectif, ils l'ont contre l'Etat, et non pas dans leurs rapports; ils l'ont comme nation et comme parlement, et non comme organes. Au reste, en disant que le rapport qui existe entre la nation et le parlement est un rapport d'organe, *Organverhaltniss* (p. 536), Jellinek montre bien qu'il envisage non pas les éléments supports de la qualité d'organe, mais les organes eux-mêmes, et que, dans sa pensée, c'est vraiment un rapport de droit naissant entre l'organe-nation et l'organe-parlement. Il faut bien qu'il en soit ainsi; autrement la théorie de Jellinek n'aurait rien de particulier. S'il se bornait à dire que la nation support d'organe a le droit de faire reconnaître par tous cette qualité, et que le parlement, aussi support d'organe, a le même droit, il ne ferait point une théorie de la représentation; et les publicistes qui nient toute représentation admettent ou peuvent admettre cette proposition. L'originalité de la doctrine de Jellinek consiste précisément à affirmer qu'il existe entre le parlement et le corps électoral un rapport juridique d'organe. Cela ne

peut avoir qu'un sens : en tant qu'organes le corps électoral et le parlement sont sujets de droits, il existe entre eux comme tels un lien de droit. Mais cela contredit le principe même de la théorie juridico-organique.

Gierke, il est vrai, enseigne que les organes, quoique n'étant pas des personnes juridiques, peuvent être sujets de droits et d'obligations. « Les organes de représentation et de gouvernement de l'Etat, dit-il, ne sont point des personnes juridiques... Mais ils sont malgré cela des sujets de droits et d'obligations, car ils ont une compétence constitutionnelle qui enferme en soi un droit subjectif[1]. » La proposition est singulièment obscure. L'auteur n'a probablement été amené à la formuler que parce qu'il était pris entre ses affirmations théoriques et les faits pratiques; théoriquement, les organes n'ont pas de personnalité juridique; en fait, il y a entre les organes des relations auxquelles il faut bien reconnaître le caractère juridique. On affirme alors, ce qui paraît étrange, que les organes ont des droits, bien qu'ils ne soient pas des personnes juridiques. Dans l'ensemble, la théorie de Jellinek est beaucoup plus précise, plus logique et plus claire; il résoud habituellement la difficulté en distinguant l'organe comme tel, qui n'est pas une personne et ne peut être sujet de droit, et le support humain de l'organe qui est une personne sujet de droit; mais cette distinction est parfois insuffisante; la théorie de la représentation en est la preuve; car ici il faut bien admettre que le rapport de droit naît entre l'organe nation et l'organe parlement, pris comme tels. Finalement donc toute cette théorie se trouve enfermée dans ce dilemme : ou bien, comme on l'affirme en principe, les organes ne sont pas des personnes juridiques et ne peuvent pas être des sujets de

1. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 171.

droits, alors il n'y a point de rapport de droit entre le parlement et le corps électoral pris comme organes; ou bien ce rapport de droit existe, alors ces organes comme tels sont des personnes juridiques, des sujets de droit. Ajoutons que si effectivement il en est ainsi, on ne voit pas bien la différence existant entre la théorie française du mandat représentatif, et la théorie de la représentation telle que la conçoit Jellinek. La différence générale entre l'organe et le mandataire est très nette : le mandataire est une personne juridique distincte du mandant, et entre ces deux personnes naît un rapport de droit; l'organe n'a pas de personnalité distincte de celle de la collectivité, et, entre la collectivité organisée et son organe, il n'existe aucun rapport de droit. Mais, si l'on vient dire maintenant : entre la nation et son organe, le parlement, il y a un rapport de droit, toute différence entre le mandataire et l'organe disparaît; on dira que ce rapport est un rapport d'organe et non un rapport de mandat, que le parlement est l'organe de la nation et non point son mandataire : différence de mots, oui; différence de fond, point du tout.

Quoi qu'il en soit, la doctrine juridico-organique pure tend, on l'a dit, à prédominer dans la science moderne du droit public. M. Saripolos la résume ainsi : « Le corps électoral est un organe direct de l'Etat; le corps législatif nommé par lui en est un autre; de rapports juridiques entre eux, il n'y en a pas[1]. » Il va de soi qu'avec cette conception, il ne peut s'élever aucune objection de principe à l'établissement de l'élection professionnelle ou proportionnelle. Le législateur positif doit assurer à chaque organe la plus grande aptitude possible à remplir utilement sa fonc-

1. Saripolos, *loc. cit.*, t. II, p. 99.

tion, et s'il est établi que dans tel pays les électeurs et les élus seront, les uns plus compétents pour élire, les autres pour décider, en répartissant les électeurs et les élus par groupes de profession, ce système s'impose. Quant à l'élection proportionnelle, elle est nécessaire dans tout pays démocratique. Sans doute l'Etat peut conférer l'électorat à son gré; mais, du moment qu'il accepte le principe démocratique, il faut que, logiquement, chacun de ceux auxquels il confie l'électorat puisse l'exercer avec un effet utile; or si l'Etat n'organise pas l'élection proportionnelle, tous les électeurs de la minorité ont un pouvoir électoral sans effet. Le lieu n'est pas ici d'insister sur ce point. Il suffit d'avoir montré que théoriquement l'élection proportionnelle est en harmonie parfaite avec la doctrine de la nation et du parlement organes.

Quelle est, dans cette doctrine, la situation juridique des membres du parlement? Le parlement, pris en lui-même, est un organe, il n'est point une personne juridique distincte de l'Etat; il exerce un droit de puissance dont le titulaire est l'Etat. C'est entendu. Mais que dire des membres du parlement pris individuellement? Les auteurs allemands les désignent souvent par le nom d'organes-parties, expression générique appliquée aux membres de tous les organes collégiaux. L'expression ne laisse pas d'être assez obscure; elle paraît signifier cependant que les membres d'un organe collégial en général, et du parlement en particulier, sont parties de cet organe et concourent à former la volonté collégiale de l'organe, laquelle est en même temps la volonté de l'Etat. Les membres du parlement sont donc organes d'un organe de l'Etat et, par conséquent, organes secondaires de l'Etat. En d'autres termes, les députés sont purement et simplement des fonctionnaires ayant une certaine compétence, qui consiste à

concourir à la formation de la volonté parlementaire. Ils ont un pouvoir objectif, une compétence, rien de plus, et point un droit subjectif[1]. Ils reçoivent de la loi ce pouvoir objectif ; l'application de la loi et la naissance de ce pouvoir objectif sont subordonnés à une condition de fait, l'élection. Celle-ci n'est point la cause efficiente de la compétence, mais seulement la condition.

A côté de ce pouvoir objectif existe, dit-on, comme pour l'électeur, un droit subjectif dont l'élu est véritablement titulaire. « Ils (les députés), écrit Jellinek, ont un droit à la qualité d'organe, ou plus exactement un droit à être membres de la chambre dont s'agit. Ce droit se conçoit comme un droit à la reconnaissance de leur individualité, comme support de la qualité d'organe, droit établi sur le fondement de leur qualification active acquise par l'élection[2]. » Nous avons déjà critiqué à propos de l'électorat cette distinction entre le pouvoir objectif de l'organe et le droit subjectif de l'individu support de l'organe[3]. Il est inutile d'y revenir. Nous avons montré aussi qu'en n'attribuant au député qu'un pouvoir objectif, une compétence, on peut rendre parfaitement compte des diverses règles positives établies dans les Etats modernes pour protéger l'exercice de cette compétence[4]. Jellinek[5], au contraire, voit dans les immunités parlementaires de véritables droits subjectifs. Nous ne saurions admettre qu'il en soit ainsi, et la conséquence logique de la théorie organique est de traiter en tout le député comme un fonctionnaire ordinaire.

Quant aux obligations qui incombent aux députés, elles seront certainement de droit objectif. Il est incon-

1. Voir *supra*, chap. II, § 5.
2. Jellinek, *System*, 1892, p. 159.
3. Voir *supra*, chap. I, § 9.
4. Voir *supra*, chap. II, § 5.
5. *Loc. cit.*, p. 161.

testable que dans la doctrine juridico-organique, le député ne peut être lié par des instructions reçues des électeurs. Laband écrit très logiquement : « Les députés au Reichstag ne sont pas liés par des instructions ou des mandats ; ils ne sont pas tenus juridiquement vis-à-vis de leurs électeurs ou des chefs de parti des fractions politiques à rendre compte de l'exercice de leurs pouvoirs publics ; enfin leurs électeurs ne peuvent pas leur retirer leur qualité de membres du Reichstag[1]. » Ainsi le député n'aurait que des devoirs objectifs et non des obligations subjectives. Jellinek n'admet point cela sans réserve. De même que le député, à côté de de son pouvoir objectif d'organe, possède un droit subjectif en sa qualité de support d'organe, de même à côté du devoir objectif qui lui incombe comme organe, des obligations subjectives lui sont imposées comme support d'organe. Jellinek reproche à Laband de n'avoir pas poussé l'analyse assez avant, de n'avoir pas compris que non seulement le parlement, mais encore chaque député est organe de l'Etat, parce qu'est organe étatique quiconque, en vertu de la règle de droit, participe à la formation de la volonté de l'Etat. Par son acceptation, dit Jellinek, le député se charge d'une obligation de fonction comme un fonctionnaire ; un *Träger* d'organe qui n'aurait que des droits est une chose qui n'existe pas ; toute personne qui accepte des fonctions est de ce fait obligée vis-à-vis de l'Etat ; par exemple, le député a l'obligation subjective d'assister aux séances, de voter ; il est vis-à-vis de l'Etat dans « un rapport d'obligation d'organe[2] ». Conformément à sa théorie générale, Jellinek en conclut que le député peut toujours renoncer à sa qualité de député.

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 296; édit. française, 1900, t. I, p. 445.
2. Jellinek, *System*, p. 163, note 2.

Nous ne contestons point que le député ait des obligations; mais nous ne croyons pas qu'elle puissent être considérées comme des obligations subjectives ; et c'est à tort que Jellinek reproche à Laband d'avoir soutenu que le député n'était grevé d'aucune obligation. Logique avec son principe, ce dernier auteur soutient seulement que les obligations du député comme celles de tout fonctionnaire sont des devoirs objectifs ; et nous ne disons pas autre chose. De même qu'il est impossible de distinguer le pouvoir objectif de l'organe et le droit subjectif de l'individu support de l'organe, de même il est impossible de séparer le devoir objectif de l'organe et les prétendues obligations subjectives qui incomberaient à l'individu support de l'organe. Le député est un fonctionnaire ; il est dans la situation de tout fonctionnaire, au point de vue de ses pouvoirs et de ses devoirs, et même au point de vue de sa responsabilité[1].

Quoi qu'il en soit, la doctrine du parlement organe de l'État comme celle du parlement mandataire de la nation aboutit à faire du député un véritable fonctionnaire.

## VIII

Telle sera aussi notre conclusion définitive ; mais nous y arrivons par une voie toute différente. Le tort, en effet, de toutes les doctrines précédentes, dont l'examen nous a permis de pénétrer dans l'analyse de la représentation politique, est d'apporter dans la construction juridique des rapports politiques les formules rigides des anciens concepts juridiques. On a voulu voir dans la représentation politique une situation juridique subjec-

1. Pour la situation du fonctionnaire, voir *infra*, chap. v.

tive, parce que depuis des siècles on ramène tout le droit à un fondement subjectif; et comme les juristes ont accoutumé d'analyser toute situation juridique subjective en un rapport entre deux sujets de droit, ils ont cherché ce rapport et ces sujets et ne les ont point trouvés. Seuls les publicistes, qui font de la nation et du parlement des organes absolument distincts et séparés, sans aucune pénétration, sans aucune action l'un sur l'autre, ont évité cette erreur : ils ont objectivé le droit public; ils n'ont cherché ni des sujets de droits ni des rapports entre ces sujets; ils ont eu raison. Mais outre que le principe de la théorie organique est erroné, ils ont édifié une théorie de droit objectif en dehors des faits; ils ont méconnu ce fait essentiel des Etats modernes qu'entre les hommes qui composent dans un pays donné le corps électoral et ceux qui composent ce corps parlementaire, il y a une pénétration réciproque, une action respective continuelle, et, pour tout dire d'un mot, des liens particuliers de solidarité. Assurément, la théorie juridique de la représentation politique doit être exclusivement une théorie de droit objectif; mais cette théorie doit trouver son fondement essentiel dans la solidarité étroite, qui existe en fait entre le parlement et le corps électoral, dans tout pays qui possède un parlement élu. C'est cette solidarité à laquelle l'usage donne le nom de représentation politique.

Pour faciliter l'exposition, nous appellerons gouvernants primaires les individus qui, en fait, dans une société donnée, sont plus forts que les autres. Cette plus grande force n'est pas un droit, mais une conséquence naturelle de la situation sociale. Il ne peut être question de mandat, donné par les gouvernants primaires à d'autres gouvernants, puisqu'il n'y a pas de droit de souveraineté pouvant faire l'objet d'un mandat. Et cependant il existe certainement une relation juridique

entre les gouvernants primaires et leurs représentants. Cette expression peut, en effet, être conservée à la condition d'en exclure toute idée de mandat. De cette relation juridique il faut chercher le contenu exact. La période moderne présente à l'observateur deux faits sociaux particulièrement saillants. D'abord la formation de collectivités humaines très étendues, à la fois par le territoire qu'elles occupent et par le nombre des individus qu'elles groupent; ensuite le phénomène de l'extension démocratique. Par là nous entendons l'évolution qui a pour conséquence de faire du nombre le facteur principal de la plus grande force dans une société. Un pays est démocratique quand les plus forts sont ceux qui sont mathématiquement les plus nombreux. Il est donc légitime de considérer comme démocratique toute évolution tendant à accroître le nombre des individus participant à la force politique. En fait aujourd'hui, dans chaque pays le nombre des individus participant à la force politique est de plus en plus grand. Cette participation n'est pas un droit, ni même un pouvoir juridique ; elle implique l'obligation d'employer cette force dans un but de solidarité et, par suite, le pouvoir objectif de l'employer dans le même but. Tels sont le devoir et le pouvoir des gouvernants primaires. La conséquence immédiate de ce devoir objectif, c'est l'obligation pour les gouvernants de s'organiser de telle façon qu'ils puissent assurer le mieux possible l'accomplissement de toutes les charges qui leur incombent, qui s'imposent à tout gouvernant, monarque, classe, majorité. Or, il est matériellement impossible que l'accomplissement de ce devoir soit assuré directement par les gouvernants, quand ces gouvernants sont très nombreux. Il fallait donc trouver un système positif d'organisation politique qui, d'une part, laissât subsister la plus grande force matérielle

entre les mains des gouvernants primaires, classe ou majorité, et, d'autre part, permît d'assurer l'accomplissement des devoirs s'imposant aux gouvernants. Ce système est précisément celui de la représentation moderne.

On voit, dès à présent, comment il implique une solidarité particulière. Les gouvernants primaires nomment des gouvernants secondaires, qui rempliront les fonctions étatiques; cette nomination doit être organisée de telle façon que la puissance politique reste toujours à ceux qui, en fait, la détiennent et que les fonctions étatiques soient remplies plus complètement et plus utilement que si elles l'étaient par les gouvernants primaires. Les gouvernants secondaires sont précisément les députés, dont l'ensemble forme le parlement. Nous ne disons point que les députés tiennent leur pouvoir des électeurs, puisque à vrai dire les électeurs n'ont pas de pouvoir de droit, mais seulement un pouvoir de fait; nous ne disons pas davantage que le parlement est l'organe du corps électoral, parce que cela implique une volonté *une* du corps électoral et une volonté *une* du parlement et que dans la réalité il y a seulement les volontés individuelles des électeurs et les volontés individuelles des députés. Nous disons qu'une solidarité spéciale unit les électeurs et les députés, solidarité qui possède d'ailleurs les mêmes caractères que la solidarité sociale en général. Elle est d'abord une solidarité par similitudes : électeurs et élus ont des besoins communs et des aspirations identiques, car ils tendent les uns et les autres au maintien de la force politique qui leur appartient; c'est le même phénomène social qui a produit la force des uns et des autres; c'est la même force sociale qui se manifeste chez les électeurs et les élus. Il y a en outre, et surtout, entre électeurs et élus un lien de solidarité par division du travail : les électeurs fournissent essentiel-

lement le facteur qui produit et maintient la plus grande force; c'est seulement en s'appuyant sur eux que le parlement peut exercer dans le pays une activité prépondérante; les électeurs sont la classe la plus puissante ou le plus grand nombre; dans les deux cas, ce sont eux qui fournissent la plus grande force; les élus formant le parlement sont présumés posséder des aptitudes spéciales pour l'accomplissement des fonctions étatiques. Tels sont les apports respectifs des élus et des électeurs dans la solidarité électorale et parlementaire; les uns fournissent l'accomplissement des fonctions étatiques, les autres la plus grande force; d'où entre eux une intime solidarité par division du travail. Ainsi dans un pays qui, par suite de l'évolution politique et sociale, est arrivé à un régime représentatif, on ne peut pas dire que les élus représentent les électeurs en ce sens que les élus seraient les mandataires des électeurs, exerceraient un droit leur appartenant ou auraient reçu un droit de ceux-ci; mais on doit affirmer qu'il y a représentation en ce sens qu'électeurs et élus ont une origine, une force, une action et un but communs, qu'en outre il sont unis par un lien plus étroit encore : ils ne pourraient pas être et se maintenir socialement sans se prêter un mutuel appui, sans se rendre de mutuels services : les électeurs apportent la force matérielle, qui permet d'imposer le respect des règles formulées pour réaliser le but de l'Etat, les élus remplissent les fonctions étatiques que les électeurs rempliraient mal ou point du tout.

Ainsi une solidarité particulière, avec les deux caractères de toute solidarité sociale, la similitude et la division du travail, unit étroitement les électeurs et les élus, le corps électoral et le parlement. En d'autres termes, dans la grande collectivité nationale, il y a une association particulière entre électeurs et députés.

Or, partout où il y a solidarité, état d'association, se forme forcément une règle de droit, un droit objectif, qui a pour fondement, pour mesure et pour objet cette association elle-même, un droit objectif impliquant des devoirs et des pouvoirs objectifs propres, dérivant précisément de cette association. Dans ce qu'on appelle la représentation politique, il n'y a point un contrat, une situation juridique subjective; il y a un groupement social particulier impliquant, comme tout groupement social, famille, commune, groupement professionnel ou autre, un état de droit objectif. Il y a donc bien véritablement un droit de la représentation politique, en ce sens qu'elle sert de fondement à une règle de droit objectif; il y a pour tous ceux qui participent à cette association une série de devoirs et de pouvoirs objectifs, impliqués par la règle de droit dont elle est le fondement, et tendant à réaliser le maintien et le développement de cette association. Députés et électeurs sont dans une situation juridique objective du fait même de la représentation, comme le sont les membres d'un groupe social quelconque. Ainsi la représentation a vraiment une nature juridique; elle est forcément une institution juridique, puisqu'elle est un groupement social naturel, c'est-à-dire répondant réellement à un besoin social. Par là, elle fonde des devoirs et des pouvoirs objectifs propres aux individus qu'elle comprend en elle; mais elle n'implique point de personnalités collectives et ne crée point de situation subjective[1].

Des idées analogues sont exprimées par Rieker dans une forme un peu différente : « S'il n'y a pas de représentation dans le sens juridique, cependant le lien

1. Nous ne faisons qu'appliquer à cet état d'association, de collaboration, qu'est la représentation politique, les idées générales développées dans notre précédent volume, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1900, chap. I.

unique, qui unit les représentants du peuple avec le peuple, avec l'ensemble des sujets est le fait qu'eux-mêmes font partie de l'ensemble des sujets et que non seulement ils sont appelés par les sujets, mais choisis au milieu d'eux. Cela s'appelle représentation populaire, parce que cela représente, c'est-à-dire figure le peuple, l'ensemble des sujets. Certainement, c'est une partie restreinte du nombre total des sujets; mais le législateur ordonne de tenir cette petite partie pour l'ensemble des sujets, de voir dans son vote le vote du peuple[1]. » Rieker a selon nous le tort de faire à la fiction une trop large part. A plusieurs reprises, il parle de la fiction par laquelle le parlement est considéré comme étant le peuple tout entier. Il ne faut voir dans la représentation populaire ni une fiction, ni une création artificielle du législateur positif, mais un fait social, naturel, antérieur et supérieur à la loi positive. Ce fait est celui d'une situation particulière des gouvernants : par suite de circonstances historiques très complexes, et que le lieu n'est point d'étudier ici en détail, dans presque tous les pays modernes les forces gouvernantes ont acquis une structure particulière. Au lieu d'être concentrées entre les mains d'un seul groupe de personnes, elles se trouvent réparties entre deux groupes solidaires l'un de l'autre; à l'un la force, à l'autre l'exercice des prérogatives de cette force. Les structures spéciales des deux groupes se modèlent réciproquement l'une sur l'autre; et chacun des deux groupes exerce une action l'un sur l'autre. Tout cela n'est point la création de la loi positive, mais bien un produit spontané de la vie sociale. La représentation politique n'est pas l'œuvre d'un législateur politique, qui a estimé que, le groupe

1. Rieker, *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung*, 1893, p. 52 et suiv.

des gouvernants primaires étant trop nombreux, il fallait que par une fiction un groupe moins nombreux fût considéré comme figurant le premier et gouvernât à sa place. L'existence de ces deux groupes, électeurs et élus, est une formation sociale spontanée; la solidarité intime qui les unit est une conséquence immédiate de cette formation.

En France, par exemple, le parlement n'est point une création de la loi positive, une institution établie par le législateur positif, pour permettre à l'ensemble des Français d'exprimer leur volonté politique; il n'y a point de fiction légale en vertu de laquelle la volonté du parlement doit être considérée comme étant la volonté de la nation entière. Ce serait la conception de Rieker; ce n'est pas la nôtre. Nous disons au contraire qu'en France, comme dans tous les pays parvenus au même degré d'évolution politique, le corps électoral et le parlement sont des forces sociales, de formation naturelle, que ces deux forces sociales réunies ou plutôt solidarisées forment la plus grande force, et, par conséquent, constituent dans le pays la puissance de l'Etat. La différence entre un pays à gouvernement direct et un pays à gouvernement représentatif ne consiste pas seulement en ce que dans l'un le législateur permet à l'ensemble des citoyens de formuler la loi directement et que dans l'autre il crée artificiellement un corps restreint qui figure l'ensemble des citoyens. Il n'y a pas entre ces deux pays une simple différence d'organisation positive. L'un et l'autre ne sont pas parvenus au même stade dans l'évolution politique. Dans l'un il n'y a qu'un seul groupe d'individus, qui à la fois sont les plus forts et exercent la puissance politique; dans l'autre, qui possède un gouvernement représentatif, il y a deux groupes naturels, le groupe des électeurs et le groupe des élus qui se combinent, s'équi-

librent, se solidarisent; et c'est de cette combinaison, de cet équilibre, de cette solidarité que naît la plus grande force, qui donne à ce pays sa forme d'Etat. S'il est vrai que le progrès de la civilisation est un accroissement de complexité dans la structure sociale, on peut dire que les pays à régime représentatif sont plus avancés dans la voie du progrès politique que les pays à gouvernement direct. Mais peu importe cela; car, à la vérité, le progrès ne se mesure point.

L'essentiel est de comprendre qu'il ne faut voir dans la représentation politique, ni un mandat donné, ni un organe créé par le législateur, ni une institution inventée par l'art politique, mais un fait naturel et spontané consistant en une structure spéciale et complexe des éléments sociaux, qui possèdent dans une société donnée la plus grande force. Ce n'est point à dire que le législateur positif ne doive pas, ne puisse pas intervenir, et que son intervention n'ait pas une réaction sur le fait social de la représentation politique. Le législateur doit intervenir pour réglementer ce fait social de la représentation; mais son rôle est là ce qu'il est partout ailleurs; il ne crée pas, il constate; et sa mission est d'assurer la réalisation, dans les meilleures conditions possibles, de la solidarité spéciale, qui unit représentants et représentés. Il prend la norme qui résulte de cette solidarité, il en fait la construction; et cette œuvre législative ne sera durable et efficace que si elle est adéquate à la situation sociale qu'elle a pour but de réglementer. Mais la partie constructive d'une législation est elle-même un fait social, qui a son contre-coup sur l'évolution de la société; la législation positive est elle-même un facteur de l'évolution et de la formation du droit; par conséquent, la réglementation légale et positive de la représentation politique aura une conséquence certaine, et variable d'ailleurs, sur

les destinées de ce phénomène social. L'important était d'affirmer que là comme toujours la loi positive constate, organise et ne crée rien de nouveau. La conséquence en est que si, comme nous avons essayé de le montrer, le fait social de la solidarité représentative fait naître seulement des devoirs et des pouvoirs objectifs, dérivant de la règle de droit qu'elle implique, le législateur qui constate et construit cette règle ne peut rien créer de nouveau, et par exemple ne peut créer des obligations et des droits subjectifs. Quelque minutieusement que soit réglementé par le législateur un système de représentation politique, électeurs et élus ne se trouveront jamais dans une situation juridique subjective, du fait seul de la représentation organisée.

Avec notre point de vue on résoud facilement beaucoup de problèmes qui se posent à la science politique. Ainsi on s'est demandé si des parlements non élus ne pouvaient pas être considérés eux aussi comme des corps représentatifs, et on a vu que de bons esprits paraissent l'admettre. Nous avons déjà repoussé cette idée ; on comprend maintenant qu'elle est en effet inadmissible. Un parlement non élu ne peut jamais être un corps représentatif. Nous disons cela, non point parce la représentation serait un mandat et parce qu'il faudrait une élection réelle pour donner ce mandat. Nous écartons l'idée de mandat. Nous disons cela parce qu'il n'y a en fait représentation que lorsqu'il existe une pénétration réciproque entre deux groupes d'individus, une solidarité entre eux, se traduisant dans la manifestation d'une force politique. Si l'on imagine un monarque désignant les membres d'un parlement, on aperçoit bien la solidarité qui peut unir le monarque et le parlement qu'il nomme; mais on ne voit aucune solidarité entre le parlement nommé et l'ensemble des citoyens ou un groupe de citoyens. On peut dire à la

rigueur qu'il y a représentation politique entre le monarque et l'assemblée nommée par lui, mais point entre l'assemblée et les citoyens; on ne voit point la possibilité d'une action réciproque exercée par l'assemblée sur les citoyens ou par les citoyens sur l'assemblée. Il pourrait assurément en être autrement, si le parlement était nommé par un chef d'Etat lui-même élu. Il est vrai qu'en fait l'action réciproque serait bien restreinte, parce que l'expérience a montré qu'un chef d'Etat élu directement par les citoyens se soustrait facilement à la solidarité qui l'unit à eux et devient aisément un monarque sans contrôle et sans contrepoids. En tout cas, une assemblée nommée par un monarque ne peut point être un corps représentatif d'un groupe de citoyens ou de l'ensemble; car ce mode de recrutement est la négation même de ce qui pour nous constitue la représentation politique. Si une constitution positive organise un semblable mode de recrutement pour une assemblée, ou bien la situation politique du pays est telle que la plus grande force se trouve concentrée entre les mains de ce monarque, et alors on ne voit guère pourquoi la loi positive crée une assemblée représentative du monarque, car le facteur principal du phénomène représentatif est l'impossibilité où se trouve un groupe de citoyens étendu d'accomplir lui-même les fonctions qui incombent à l'Etat; dès lors cette assemblée, nommée par le monarque, courra le risque d'être un rouage inutile et sans action. Ou bien la situation politique du pays comporte réellement un régime représentatif; la plus grande force appartient à un groupe de citoyens et le besoin se fait sentir d'un autre groupe de citoyens, moins nombreux que le premier, solidaire avec lui, la puissance politique résultant de leur intime pénétration; si pour répondre à ce besoin, la loi positive crée une

assemblée nommée par le monarque, elle crée une institution artificielle, ne répondant en rien à la réalité et par suite caduque et mort-née. Peut-être cependant par l'effet de réaction que la législation constructive peut exercer sur la formation du droit, cette assemblée sera dans le pays le germe d'un corps aristocratique; mais c'est peu probable. On connaît les vaines tentatives faites en France au commencement du siècle dans ce but. Une assemblée, recrutée par le monarque dans un pays à régime représentatif naturel, est condamnée à jouer un rôle politique complètement effacé; et si, à côté d'elle se trouve une chambre élective, la chambre nommée sera complètement annihilée par cette dernière. L'exemple de la chambre des pairs sous la Restauration et le gouvernement de Juillet, du sénat à la fin du second empire en est une preuve éclatante. Si en Angleterre l'action politique de la chambre des lords paraît persister à côté de la chambre des communes, si même depuis quelques années elle paraît s'accroître, cela tient à ce que, en Angleterre, malgré les progrès de la démocratie, existe encore un élément aristocratique, dont l'influence est certaine et dont la chambre des lords est la représentation au véritable sens du mot. Quant à l'accroissement de son action politique dans ces dernières années, il est une conséquence assez naturelle du mouvement impérialiste et militariste anglais, qui est un des phénomènes les plus curieux de l'histoire contemporaine. Les aristocraties sont militaristes et conquérantes; à l'inverse les idées militaristes et conquérantes provoquent un réveil de l'élément aristocratique.

## IX

On aperçoit aisément, après ce qui précède, quelle solution nous donnerons aux questions controversées de suffrage universel, égalitaire, censitaire, d'élection proportionnelle, professionnelle. Le parlement est un groupe d'individus lié par une étroite solidarité à un autre groupe ; c'est de cette solidarité que naît la force sociale qui constitue la puissance politique. Cette solidarité et cette pénétration réciproque des deux groupes seront d'autant plus grandes que les éléments constitutifs de l'un se trouveront reproduits plus exactement dans l'autre, que, suivant l'expression de Rieker, la structure sociale du peuple se reflètera plus exactement dans le parlement. Qu'on n'essaie donc pas de justifier par des principes *a priori* le suffrage universel, égalitaire, censitaire, professionnel, proportionnel ; qu'on ne parle pas, comme l'école radicale, du principe immortel du suffrage universel, comme M. Saripolos, du fondement juridique et philosophique de l'élection proportionnelle, comme d'autres, du principe sauveur de la représentation professionnelle. Suffrage direct et universel, suffrage égalitaire, suffrage à deux ou plusieurs degrés, suffrage proportionnel, suffrage professionnel, et même suffrage restreint ou censitaire doivent être établis suivant les cas, les pays, les circonstances, les mœurs, les conditions sociales, et les multiples facteurs sociaux qui peuvent intervenir dans la solution du problème. Tout dépend du point de savoir en fait quel est le meilleur moyen pour assurer la représentation, c'est-à-dire la solidarité qui doit exister entre

le groupe des gouvernants primaires représentés et le groupe des représentants, les similitudes et l'échange des services. Pour la France actuelle, nous estimons que le système positif de représentation politique, qui répondrait le mieux à ce desideratum, serait un parlement composé de deux assemblées, l'une élue au suffrage direct et universel, avec élection proportionnelle, et l'autre élue par les différents groupes sociaux, suivant un système pratique qu'il appartient à l'art politique d'organiser. Ainsi dans notre conception de la représentation, la question des deux chambres ne se pose même pas. Le parlement forme le groupe représentatif; dans l'intérieur de ce groupe les divers éléments seront disposés de telle façon qu'ils correspondent le plus exactement possible aux éléments représentés, afin que les forces politiques soient portées à leur maximum d'intensité et de rendement. Aucune objection théorique ne peut être élevée contre la dualité du parlement; tout se réduit à une question d'observation.

Puisqu'il n'y a pas de mandat, ni mandat donné au parlement en corps, ni mandat donné aux députés en particulier, on ne peut parler de révocation du parlement ou du député, et la théorie du mandat impératif doit être absolument écartée. Mais la représentation politique reposant sur une solidarité nécessaire entre le parlement et le corps électoral, l'art politique doit évidemment prendre des mesures, organiser des garanties pour que cette solidarité existe toujours. Du moment où elle disparaîtrait, l'équilibre serait rompu; le parlement et le corps électoral deviendraient l'un et l'autre impuissants, le parlement parce qu'il ne s'appuierait plus sur le corps électoral en qui réside la force, le corps électoral parce qu'il n'aurait plus un instrument adéquat à lui-même pour remplir les fonctions étatiques. Le légis-

lateur positif doit donc construire un système, qui puisse assurer à tout moment le maintien de cette pénétration du corps électoral et du parlement. Le moyen le plus simple d'atteindre ce résultat, c'est évidemment de procéder à des élections générales fréquemment, et de renouveler intégralement le parlement. Mais cela est insuffisant, et l'art politique moderne a imaginé deux moyens excellents, que nous avons déjà rencontrés, dont les théories ordinaires sur la représentation ne peuvent donner qu'une explication discutable, et qui, au contraire, sont en parfaite harmonie avec notre conception, le referendum et la dissolution.

Le referendum réduit à ses éléments simples est la consultation directe des gouvernants primaires. Quelques formes diverses qu'il présente, il a toujours ce caractère. Le referendum est inconciliable avec la théorie du mandat représentatif [1]. Ni la législation française à l'époque où elle adopta le referendum, ni le droit américain, ni la législation suisse n'exigent la consultation populaire pour toutes les décisions du parlement; elles font toujours des distinctions; certains votes du parlement sont définitifs et obligatoires par eux-mêmes; d'autres n'ont force de loi qu'après l'approbation donnée par le peuple. Or, si le parlement a reçu du peuple souverain un mandat ayant pour objet la souveraineté, c'est la souveraineté qui est la mesure du pouvoir parlementaire. Mais la souveraineté est ou n'est pas; elle n'est pas susceptible de plus ou de moins; le parlement est ou n'est pas investi par mandat de la souveraineté; s'il en est investi, il l'a tout entière, toutes ses décisions doivent avoir le caractère et la force de décisions souveraines; s'il n'en est pas investi, aucune de ses décisions ne peut avoir ce caractère; toutes doivent

1. Voir *infra*, chap. II, § 3.

donc être soumises aux referendum, ou toutes en être dispensées; toute distinction, toute gradation sont impossibles. Le referendum n'est pas moins inconciliable avec la doctrine du parlement organe. La doctrine de Jellinek sur la représentation politique aboutit, on l'a montré, à la théorie du mandat représentatif : les mots sont différents, le fond est le même ; dès lors le referendum est tout aussi inconciliable avec un parlement organe de la nation, qu'avec un parlement mandataire de la nation : le parlement est ou n'est pas organe direct de la nation ; il a ou n'a pas le pouvoir d'exprimer la volonté de la nation ; comment le parlement pourrait-il à la fois être et ne pas être l'organe de la volonté nationale? Sans doute le referendum n'est point théoriquement inconciliable avec la doctrine courante du parlement organe ; mais on n'y aperçoit pas de raison qui permette de le justifier ; cette doctrine repousse tout rapport juridique entre le corps électoral et le parlement ; pourquoi alors dans certains cas les décisions du parlement ne produiraient-elles d'effet qu'après l'approbation donnée par le corps électoral? Enfin le referendum se concilie encore plus difficilement avec toute autre doctrine que la nôtre lorsque, comme en Suisse, par exemple, la décision du corps représentatif peut toujours, sur l'initiative d'un individu ou d'un groupe d'individus, sous des conditions que détermine la loi positive, être soumise à l'approbation du peuple. Si le corps représentatif est l'organe ou le mandataire de la nation, on ne conçoit pas comment, sur l'initiative d'individus, il peut cesser de l'être ; il l'est ou ne l'est pas, et ce caractère ne peut pas dépendre d'une volonté individuelle. Quant à la doctrine ordinaire du parlement organe, elle est tout à fait impuissante à expliquer cette initiative, puisque celle-ci ne peut évidemment se comprendre que s'il existe une relation entre le parlement et le corps électoral.

M. Esmein a bien aperçu toutes ces difficultés, et il a écrit sur ce point un substantiel article[1]. A côté du gouvernement représentatif, conçu à la manière traditionnelle et classique, il existe, dit-il, une autre forme de gouvernement représentatif, que les Anglais appellent *gouvernement par délégués* et que l'auteur appelle *gouvernement semi-représentatif*. Il se caractérise par cela qu'il poursuit ce but unique : traduire et exécuter le plus exactement possible la volonté réelle du peuple, exprimée par la majorité des électeurs politiques ; et la conséquence principale de ce système, c'est le referendum. Mais malgré ce nom de gouvernement semi-représentatif, malgré cette expression « autre forme de gouvernement représentatif », M. Esmein paraît bien penser qu'il n'y a point là un gouvernement représentatif ; il considère même « qu'il y a un danger proche et sérieux de lui emprunter isolément telle ou telle de ses règles. » Si nous comprenons bien la pensée de notre savant collègue, le vrai gouvernement représentatif ne demande point la conformité entre la volonté du corps électoral et la volonté du parlement, et tout pays qui organiserait des institutions pour assurer cette conformité, par exemple le système du referendum, violerait les vraies règles du régime représentatif et s'exposerait à un danger sérieux. Le referendum notamment serait tout à fait inconciliable avec le vrai gouvernement représentatif. En vérité, nous ne comprenons plus. Le mot représentation ou bien n'a pas de sens ou bien implique comme but une conformité aussi grande que possible de la volonté des représentants à la volonté des représentés. La notion, que M. Esmein paraît admettre du gouvernement représentatif vrai, aboutit à faire du parlement un véritable pouvoir oligarchique,

1. Esmein, *Deux formes de gouvernement*, *Revue du droit public*, 1894, t. I, p. 15 et suiv.

sans contrepoids et sans contrôle, et tout cela n'a d'autre but que de repousser le referendum. L'explication du referendum est difficile avec la conception que M. Esmein se forme de la représentation ; il ne trouve qu'un moyen de résoudre la difficulté ; c'est de dire que tout pays qui pratique le referendum n'a pas le régime représentatif. Nous croyons, au contraire, qu'un tel pays est dans la vérité du régime représentatif bien plus que celui qui n'a pas inscrit le referendum dans sa constitution, parce que ce procédé est un moyen excellent de maintenir l'harmonie entre le corps électoral et le parlement, harmonie, qui constitue l'essence même de la représentation[1].

Nous en dirons autant de la dissolution, procédé plus compliqué sans doute, mais aussi plus pratique et plus souple que le referendum, et qui répond identiquement au même but. La dissolution, telle qu'elle existe dans les constitutions modernes, consiste essentiellement en ce qu'un parlement, même élu au suffrage dit universel, peut être congédié, soit par un roi héréditaire (monarchie limitée ou monarchie parlementaire), soit par un président de la république, même élu comme en France par le parlement, à la condition toutefois, que dans un certain délai, en général assez court, le corps représentatif soit régulièrement reconstitué par le

1. Il ne faut pas d'ailleurs confondre le plébiscite avec le referendum. Les deux mots sont souvent employés dans le même sens ; mais, en réalité, ils désignent deux choses différentes. Le referendum suppose un gouvernement représentatif établi et fonctionne comme moyen d'assurer la conformité de la volonté du corps représentatif à la volonté des gouvernants primaires. Le plébiscite sert, au contraire, à créer un gouvernement représentatif ; il est la création ou la confirmation d'une représentation au profit d'un seul homme ; il suppose que la volonté gouvernante d'un seul homme, désigné par la majorité des gouvernants primaires, est celle qui offre le plus de garanties d'être adéquate à la volonté de ceux-ci. Le plébiscite est une élection ; le referendum est une décision. Nous examinerons plus loin (chap. III, § 7), la situation des chefs d'Etat plébiscités.

corps électoral. La dissolution nous apparaît comme un moyen excellent de s'assurer en tout temps que la volonté du corps représentatif correspond à la volonté des gouvernants primaires. La dissolution n'est point une prérogative du chef de l'Etat, dont l'exercice serait attentatoire au pouvoir du corps électoral ; elle est, au contraire, une garantie précieuse pour la conservation de ce pouvoir. Nous en dirons autant *a fortiori* de la dissolution populaire pratiquée dans certains cantons suisses. Qu'on n'oublie pas d'ailleurs que les élections, faites après une dissolution, ne sont pas de simples élections, mais impliquent aussi une décision prise sur la direction à imprimer à la politique générale du pays. Ainsi le referendum et la dissolution sont des procédés de même ordre, répondant exactement au même but, et reposant l'un et l'autre sur la nature vraie de la représentation. Lequel des deux est le meilleur? C'est une question d'appréciation en fait des circonstances, des milieux. Nous préférons en principe la dissolution, qui est un procédé plus savant, plus compliqué et par là même mieux adapté à la complexité de nos sociétés modernes. De bons esprits cependant prônent beaucoup le referendum [1]. Quoi qu'il en soit de ce point particulier, c'est à notre estime un devoir de la science politique de combattre également les deux fausses notions de mandat et d'organe, d'affirmer que le parlement n'est pas souverain, d'abord parce que la nation elle-même ne l'est pas et en second lieu parce que la nation serait-elle souveraine, le parlement, lui, ne le serait point. Il importe d'affirmer aussi qu'il n'y a point séparation complète, indépendance absolue du parlement et du corps électoral, que l'un et l'autre sont unis ensemble par les liens d'une étroite solidarité, dont nous avons déterminé le fondement et l'étendue.

1. Notamment, Duthoit, *le Suffrage de demain*, 1901.

La notion de cette solidarité permet en même temps de déterminer la situation juridique du député. Rappelons d'abord que la question du caractère juridique du parlement ne se pose point. Pour cela, il faudrait qu'il y eut une volonté parlementaire propre, et que le parlement fût une personne ; or il n'y a point de volonté parlementaire proprement dite ; le parlement n'est point une personne juridique. Il n'y a dans le parlement comme dans la nation que des volontés individuelles. Au point de vue du pouvoir juridique, on ne peut considérer que les députés individuellement. De tout ce qui précède et de notre conception générale du droit objectif et du droit subjectif, il ressort bien que le député n'a point de droit subjectif, et n'a qu'un pouvoir objectif. Mais ce pouvoir a pour fondement et pour limite la solidarité qui l'unit aux membres du corps électoral. Le député peut vouloir ; mais il ne peut vouloir juridiquement et efficacement qu'à la condition que son acte de volonté soit déterminé par le but de maintenir et d'accroître la solidarité qui l'unit aux membres du corps électoral. En d'autres termes, son pouvoir objectif est limité par le pouvoir corrélatif qui appartient à l'électeur. S'il veut dans ce but et dans ces limites, sa volition produit un effet de droit, qui s'impose à l'électeur ; sinon sa volition ne produit aucun effet de droit, et l'électeur peut vouloir qu'aucun effet de droit ne se produise. Nous ne disons point qu'un rapport d'obligation nait entre électeur et député ; ils ne sont point compris dans le cadre d'une même situation subjective ; la situation du député comme celle de l'électeur est de pur droit objectif ; mais les pouvoirs objectifs du député et de l'électeur se conditionnent et se limitent réciproquement. Le rôle du législateur positif sera de garantir ces limites et d'organiser cette dépendance. Cette situation objective présentera tous les caractères que nous avons attribués

aux situations de cette espèce. Le député n'est point indépendant de l'électeur, puisque son pouvoir de vouloir est limité par celui de l'électeur ; et le législateur positif doit garantir à l'électeur l'exercice de son pouvoir objectif. En d'autres termes le député sera responsable ; mais cette responsabilité n'aura point pour cause un rapport de droit volontaire né entre lui et l'électeur ; cette responsabilité aura pour cause efficiente le droit objectif, pour condition un acte de volonté unilatéral de l'électeur, se manifestant dans les limites de son pouvoir objectif. Qu'on ne dise pas qu'il y a là de pures questions de mot. Entre la théorie du mandat individuel impératif et la nôtre, il y a toute la différence qui sépare le droit objectif et la situation subjective. De plus, les obligations du député et les droits de l'électeur, ne résultant point d'un contrat intervenant au moment de l'élection, électeur et député ne peuvent point déterminer librement l'étendue de la responsabilité du député. Elle ne peut être déterminée que par la loi, laquelle a pour fondement la solidarité entre électeurs et députés. Que le député ait promis quelque chose ou n'ait rien promis, sa situation, ses pouvoirs et ses devoirs restent toujours les mêmes ; ils sont supérieurs à lui ; ils ne dérivent ni de sa volonté ni de celle des électeurs, mais de la loi, qui les constate et les sanctionne.

Finalement le député est un fonctionnaire, mais un fonctionnaire dans une situation spéciale, puisque sa fonction, ses pouvoirs et ses devoirs dérivent de la solidarité spéciale qui l'unit aux gouvernants primaires.

# CHAPITRE III

## LES CHEFS D'ÉTAT

I. La monarchie absolue. — II. L'hérédité monarchique. — III. La monarchie limitée. Critique de la doctrine française et de la doctrine allemande. — IV. Vraie conception de la monarchie limitée. — V. La séparation des pouvoirs et le pouvoir réglementaire dans la monarchie limitée. — VI. La monarchie parlementaire. — VII. Les présidents de république. — VIII. Le président de la république d'après les lois constitutionnelles de 1875. — IX. Son pouvoir réglementaire. — X. Le président de la république américaine.

Dans la plupart des pays modernes, au sommet de la hiérarchie étatique est en général placé un personnage, auquel nous donnons le nom générique de chef de l'Etat. Quel est son rôle? Quelle est sa situation juridique? Comment ses pouvoirs se combinent-ils avec ceux du peuple et du parlement? Ce sont là questions auxquelles on ne peut faire une réponse générale. Cependant ce nom générique de chef d'Etat n'est pas seulement une désignation verbale commune. Quels que soient les divers noms que portent les chefs d'Etat, quelque différents que soient leurs pouvoirs et leur situation juridique, il y a entre eux tous un fonds commun qu'il faut dégager. Notamment en France, il ne sera pas difficile de montrer qu'entre le roi absolu de l'ancien régime et le président de la république actuelle, il y a, quelque paradoxal que cela soit, outre une filiation historique et juridique incontestables, une certaine communauté de situation. Mais les diversités entre les différents chefs d'Etat sont plus saillantes et plus caractéristiques que les ressemblances. Il importe de les marquer.

## I

Dans l'Europe civilisée, la monarchie absolue n'existe plus aujourd'hui qu'en Russie. Elle a été à une certaine époque le droit commun politique de l'Europe, et a trouvé en France, au XVII^e^ et au XVIII^e^ siècle, sa forme la plus parfaite. Le roi y était considéré comme propriétaire de son royaume et de sa puissance, et la souveraineté monarchique construite sur le modèle de la propriété romaine. C'était la conception patrimoniale de l'Etat dans son sens le plus achevé. Produit de l'histoire, cette conception a laissé des traces nombreuses dans le droit postérieur, et notamment dans la conception de la souveraineté[1]. Cette notion a fait son temps. Les juristes modernes ont essayé de lui substituer une théorie juridique de la monarchie absolue qui pût se concilier avec leur théorie générale de l'Etat. Notre but est ici de montrer les défauts essentiels de ces doctrines et d'établir que le monarque absolu ne peut être en aucune façon considéré comme titulaire d'un droit subjectif, qu'il possède seulement une puissance de fait, et qu'il a le pouvoir et le devoir objectifs d'employer à un certain but cette puissance de fait.

Quelques auteurs, notamment Seydel[2], enseignent que l'Etat n'est point sujet, mais objet de la puissance politique, que le seul titulaire de la puissance est l'*Herrscher*, dont le pouvoir n'a d'autre limite que la force dont il dispose. Cette théorie s'adapte avec une merveilleuse facilité à la monarchie absolue. Elle est cons-

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. V.
2. Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Saatslehre*, 1873.

truite en vue de la monarchie absolue, ou plutôt dans le but de ramener la monarchie constitutionnelle autant que possible à la monarchie absolue. Le monarque est par excellence l'*Herrscher;* il est titulaire d'un droit subjectif de puissance, l'*Herrschaft*, qu'il acquiert et transmet héréditairement. L'objet de cette puissance est l'Etat, c'est-à-dire le peuple et le territoire. La question de la combinaison des droits du monarque et de l'Etat ne se pose pas, puisque l'Etat n'est point une personne, mais une chose, et ne peut point avoir de droits. On reproche à cette doctrine d'être une restauration de la conception patrimoniale, en désaccord complet avec la notion moderne de l'Etat, même dans les pays qui ont encore la monarchie absolue. L'Etat, dit-on, est une personne, toujours une personne, et le problème est précisément de trouver une combinaison de la personnalité juridique du monarque et de la personnalité juridique de l'Etat. Pour nous qui nions aussi la personnalité de l'Etat, ce problème ne se pose pas. Nous n'en rejetons pas moins la doctrine de l'*Herrscher;* nous nions en effet qu'un monarque quelconque puisse être titulaire d'un droit de puissance, pour cette raison majeure que nous n'admettons pas l'existence d'un droit de puissance. Mais plaçons-nous dans la doctrine de la personnalité de l'Etat, et voyons comment on a essayé de résoudre le problème.

On a imaginé d'abord la doctrine du *Träger*, qu'on a voulu appliquer à toutes les formes d'Etat, mais qui s'applique surtout à la monarchie absolue et qui a été construite véritablement en vue de la monarchie absolue. Cette doctrine tend aujourd'hui à être abandonnée ; mais elle a compté et compte encore des défenseurs autorisés, particulièrement G. Meyer[1]. On part

1. C'est G. Meyer (*Saatsrecht*, p. 12 et suiv., 4e édit., 1895) qui expose

de cette idée que l'Etat est une abstraction rationnelle, et qu'il a besoin de personnes physiques qui exercent ses droits et qui soient ses organes. La puissance suprême de l'Etat est exercée par un organe suprême, et le monarque absolu est évidemment l'organe suprême de l'Etat. Mais il n'est pas seulement organe suprême de l'Etat, il est aussi le *Träger* de la puissance étatique. Cette notion de *Träger* de la puissance étatique est différente de la notion d'organe, et moins large qu'elle. On appelle *Träger* de la puissance étatique l'élément auquel appartient la puissance étatique comme droit propre et originaire. Le *Träger* de la puissance étatique peut exercer lui-même les droits de puissance qui lui appartiennent, ou bien peut faire exercer ces droits par une autre personne en son nom. Dans la monarchie absolue, le *Träger* de la puissance étatique est le monarque; c'est évident. Cela présente, en outre, une très grande importance pratique au cas de régence : alors le monarque reste le *Träger* de la souveraineté, et le régent agit à sa place comme organe de l'Etat.

Une objection vient immédiatement à l'esprit. Cette théorie du *Träger*, peut-on dire, est en contradiction absolue avec la personnalité de l'Etat, et aboutit logiquement à la théorie de l'*Herrscher*. De deux choses l'une, ou l'Etat est une personne, alors lui seul est *Träger* de la souveraineté, et le monarque ne peut pas à côté de lui être *Träger* de la souveraineté; ou bien l'Etat n'a pas la personnalité, et alors la notion de *Träger* est inutile; la théorie de l'*Herrscher* est vraie; c'est le monarque, le monarque seul, qui est titulaire de la souveraineté. G. Meyer a prévu l'objection et essayé

le plus complètement et le plus clairement la doctrine du *Träger*. Voir la bibliographie donnée par cet auteur.

de la réfuter, au reste très imparfaitement. Le principe, dit-il, que les droits de puissance appartiennent à l'Etat, conçu comme une personne juridique, n'est aucunement atteint par la théorie du *Träger;* en effet, le *Träger* est seulement la personne, dans laquelle l'Etat prend corps, dans laquelle est contenue la source de la puissance étatique. D'ailleurs, ajoute l'auteur, la théorie du *Träger* de la puissance étatique « n'est point conditionnée par la nature de l'Etat »; mais il y a certaines formes politiques, qui ne peuvent pas être construites juridiquement, si on n'admet pas cette conception du *Träger*, et au premier rang, la monarchie absolue. C'est pour le même motif qu'un auteur récent, Rehm[1], admet aussi la doctrine du *Träger*, mais avec des hésitations et des restrictions qui la rendent assez obscure. Ainsi nous ne comprenons point la différence que fait l'auteur entre le *Träger*, *l'exerceur* (*Ausüber*) et l'organe suprême de la puissance étatique; toutefois, il définit le *Träger* « la personne physique ou la pluralité de personnes physiques organisée collégialement, qui forme le représentant suprême du sujet de la puissance étatique et au nom duquel tous les autres organes agissent. »

Cette doctrine du *Träger*, même réduite à la monarchie absolue, tend aujourd'hui à être abandonnée. Elle est notamment très vivement critiquée par Jellinek[2]. Il faut, dit-il, repousser sans hésiter cette idée d'un *Träger* spécial de la puissance étatique; « le *Träger* de la puissance étatique est l'Etat et personne autre ». En affirmant que dans l'Etat il y a encore un élément qui est *Träger* de la puissance étatique, on crée une véritable dualité; on divise l'Etat en deux éléments : l'Etat

1. Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, 1899, p. 176, dans *Handbuch* de Marquardsen.
2. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 501.

corporation territoriale, et l'Etat *Träger* du pouvoir. Ou on voit dans le *Träger* un véritable organe de l'Etat; alors pourquoi l'appeler *Träger?* Pourquoi le distinguer des autres organes? Ce peut être un organe suprême; mais c'est toujours un organe. Ou bien le *Träger* est une personne juridique, sujet véritable des droits de puissance; alors il s'oppose comme personne autonome à l'Etat conçu aussi comme personne juridique autonome; c'est créer une dualité dans l'Etat, qui rend impossible toute construction juridique; c'est renouveler, sous une autre forme, la distinction ancienne du roi et du royaume, laquelle est contraire à la conception moderne de l'Etat. Jellinek a tout à fait raison. Si dans la puissance publique on voit un droit subjectif, il faut dire, ou que le sujet de ce droit est le monarque absolu et lui seul, ou que seul l'Etat est sujet de la puissance étatique, que le monarque, même absolu, n'est qu'un organe de l'Etat, l'organe suprême, mais un simple organe. Il n'y a point de place pour un *Träger* de la puissance étatique, lequel serait à la fois distinct de l'organe et de l'Etat.

La même critique s'adresse à la théorie de Bernatzik[1], qui soutient que le monarque est à la fois titulaire du droit subjectif de puissance et investi du rôle d'organe, que le droit de puissance appartient juridiquement à la fois à l'Etat, personne juridique et au monarque personne physique, parce que, dans la vraie conception du droit subjectif, le même droit peut appartenir en entier à deux sujets de droit distincts. Nous ne croyons pas qu'il puisse en être ainsi, puisque pour nous le droit subjectif est le produit d'une manifestation de volonté, que, par conséquent, le droit ne peut avoir pour sujet que l'être dont la volonté s'est mani-

1. Bernatzik, *Begriff der juristichen Personen*, *Archiv für offentliches Recht*, t. V, 1890, p. 297.

festée et que, s'il y a deux manifestations de volonté, il y a deux droits distincts, et non un seul droit appartenant pour le tout à deux sujets. Mais, quoiqu'il en soit de cette question, Jellinek a certainement raison de dire que l'erreur de Bernatzik consiste en ce qu'il se représente, dans le rôle d'organe, le monarque comme un mélange de personnalité et de non-personnalité[1].

La conception de l'Etat patrimonial ayant disparu en fait, la notion du monarque *Träger* de la puissance étatique étant inadmissible, il reste que le monarque absolu est seulement un organe de l'Etat. Mais ce qui caractérise le monarque absolu, c'est qu'il est le seul organe direct de l'Etat : « Une monarchie absolue, dit Jellinek, est un Etat dans lequel seul le monarque est organe direct[2]. » Sans doute le monarque ne remplit pas à lui seul toutes les fonctions de l'Etat, mais, en dehors du monarque, il n'y a que des organes indirects. Ceux-ci n'ont d'autre compétence que celle dont les investit le monarque. Le monarque peut reprendre la compétence concédée et intervenir dans l'exercice de cette compétence. Cependant cette monarchie absolue peut comporter une très large auto-restriction du monarque. Le monarque peut, par sa volonté toute-puissante, limiter ses pouvoirs, en conférant aux organes indirects une certaine compétence autonome; et, tant que la règle établie subsiste, elle limite les pouvoirs du monarque. Mais, celui-ci peut toujours modifier ou abroger cette règle; c'est en cela précisément que consiste son pouvoir absolu. Cette auto-restriction de la puissance monarchique explique comment, même dans une monarchie absolue, il peut y avoir un droit public qui limite les compétences; et l'indépendance

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 137.
2. *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 635.

de l'autorité judiciaire n'est pas non plus incompatible avec la monarchie absolue.

Le roi absolu étant le seul organe direct de l'Etat, est-il personnellement titulaire d'un droit subjectif? Oui, répond-on. Mais ce droit subjectif n'est pas un droit de puissance ; l'Etat seul est titulaire du droit de puissance. Le monarque a, d'après Jellinek, « le droit à la reconnaissance de son individualité physique comme support de l'organe suprême de l'Etat[1]. » Gerber formule une idée tout à fait analogue en disant : « On doit distinguer le contenu du droit monarchique comme institution et le droit d'être titulaire du droit monarchique; ce dernier droit est attaché directement à la personne (du monarque[2]) ». A cela seul se réduit le droit subjectif dont est investi le monarque, même absolu : juridiquement le monarque est organe souverain de l'Etat; à aucun point de vue il n'est sujet des droits étatiques. C'est encore la distinction que nous avons rencontrée déjà pour l'électeur, pour le député. Les critiques faites précédemment de cette distinction sont vraies pour le monarque comme pour l'électeur et le député.

Que le monarque même absolu ne soit pas titulaire du droit de puissance publique, cela est pour nous certain, puisque le droit subjectif de puissance publique n'existe pas. Mais le monarque absolu n'est pas d'avantage organe de l'Etat, parce que l'Etat n'est pas une personne et n'a point d'organes. Le monarque absolu est un gouvernant; et comme tout gouvernant, il a une puissance de fait. Il concentre dans sa personne la

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 141. — Voir pour la critique de la théorie de Jellinek, Tezner, *Zeitschrift* de Grünhut, t. XXI, 1894, p. 154.

2. Gerber, *Grundzüge des Staatsrechts*, 3e édit., 1880, p. 179, note. 4; — Gierke (*Jahrbücher* de Schmoller, t. VII, p. 40) distingue entre le droit du monarque au rôle de chef d'Etat et les qualités d'organe; mais son exposition est un peu obscure.

plus grande force existant dans une société donnée. Ce qui caractérise la monarchie absolue, c'est que la différenciation entre gouvernants et gouvernés s'est faite dans une société de telle façon qu'un seul est gouvernant et tous les autres gouvernés. Le monarque absolu, comme tout gouvernant, a le pouvoir juridique objectif d'employer sa plus grande force à l'accomplissement des diverses missions qui incombent à tout pouvoir politique. Il est obligé de les accomplir, par la règle de droit fondée sur la solidarité sociale ; et cette obligation est le principe de son pouvoir objectif. Il n'y a là que l'application d'idées générales déjà développées. Rien de particulier pour le monarque absolu. La monarchie absolue est même la forme politique à laquelle s'adaptent le plus simplement nos idées sur le principe du droit politique. Si maintenant on suppose une monarchie absolue ordonnée et réglementée par la loi positive, le pouvoir objectif du roi devient une compétence fonctionnelle. Elle sera naturellement extrêmement étendue et comprendra tous les domaines de l'activité étatique, puisque le monarque monopolise en fait toute la puissance politique. Sa compétence est toujours un simple pouvoir objectif ; elle était cela avant l'intervention de la loi positive ; celle-ci n'en peut point modifier le caractère. Malgré cette compétence générale, le monarque absolu pourra instituer des agents ; les rapports qui naîtront entre lui et ses agents sont ceux qui existent toujours entre gouvernants et agents, et dont nous essaierons de déterminer plus tard le caractère[1]. La compétence de ces agents créés et nommés par le monarque pourra-t-elle limiter celle du monarque, celui-ci restant un monarque absolu? Oui, répond-on, par application du

1. Voir *infra*, chap. IV, § 7.

principe de l'auto-limitation. On sait ce que nous pensons de cette auto-limitation. Mais la question est ainsi mal posée. Il est certain que si le monarque porte une loi positive, créant des agents et leur attribuant une certaine compétence, tant que cette loi subsistera, même le monarque, qui se prétend absolu, doit respecter cette compétence. Mais cela suppose qu'on est arrivé à la notion de la loi conçue comme règle générale obligatoire pour tous, même pour le prince. Ce caractère obligatoire et général de la loi ne peut pas avoir pour cause la volonté unilatérale du prince se limitant lui-même ; il peut reposer seulement sur la règle de droit antérieure à la loi positive, dont celle-ci veut assurer la réalisation en créant des compétences autonomes. Il n'est pas douteux que certains pays, où le prince affirme son pouvoir absolu, soient arrivés à cette conception. En France, par exemple, même au XVII^e^ siècle, au moment du triomphe complet de la monarchie absolue, l'idée que les décisions de justice étaient obligatoires pour tous, même pour le roi, est restée persistante. Aujourd'hui la Russie possède un ordre judiciaire, indépendant du pouvoir impérial en matière non politique, et dont les décisions ont par elles-mêmes une valeur générale.

Peut-on dire, lorsqu'il en est ainsi, que la monarchie est encore une monarchie absolue? Oui, assurément, si en fait le monarque est toujours considéré dans le pays comme réunissant en ses mains la toute-puissance ou plutôt la plus grande force. S'il a établi des règles auxquelles il se croit tenu de se conformer, s'il a fixé des compétences sur lesquelles, tant que la loi existe, il ne peut pas empiéter, cela ne veut pas dire qu'il ait perdu le monopole de la force ; c'est seulement la marque que l'on est arrivé à la notion de la règle de droit, qui fixe les devoirs positifs et négatifs des

gouvernants, et que le monarque, seul gouvernant, a pris certaines mesures pour assurer le respect de cette règle, l'accomplissement de ces devoirs. En un mot, cela prouve simplement qu'on est arrivé à la notion d'un droit public. Or une monarchie peut être absolue, bien qu'on la considère et qu'elle se considère elle-même comme soumise au droit. Telle est même la vraie différence entre la monarchie absolue et la tyrannie ou le despotisme. Le tyran ou le despote concentre entre ses mains toute la force politique d'une société; il considère qu'il peut en user comme bon lui semble, sans être soumis à aucune règle écrite ou non écrite; toute notion d'un droit public est écartée. Le monarque absolu détient aussi le monopole de la force; il est maître par conséquent de toutes les compétences; ou, si l'on veut, toutes les compétences dérivent de lui; mais le prince et le peuple ont la conscience d'un droit supérieur, qui s'impose à l'un comme à l'autre, et qui oblige le détenteur de la force à en faire un certain emploi, et même à la réglementer. Il y a longtemps que les théologiens scolastiques ont mis en relief cette différence entre la monarchie absolue et la tyrannie[1]; et Bodin, le théoricien classique de la monarchie absolue, écrit : « La qualité de magistrat et moins encore de commissaire n'a rien de commun avec la majesté souveraine d'un roi; aussi le nom de roi ne peut convenir si non à celui qui est *absolument souverain.* » Et cela est vraiment la monarchie royale; elle se distingue de la monarchie tyrannique « où le monarque, foulant aux pieds les lois de la nature, abuse de la liberté des francs sujets comme de ses esclaves et des biens d'autrui comme des siens... La plus noble différence du roi et du tyran est que le roi se conforme aux lois de la nature

1. Voir notamment, saint Thomas, *Somme théologique*, Ire partie de la IIe partie, question CV, art. I, t. VI, p. 631 (édit. Vivès-Lachat).

et le tyran les foule aux pieds...; l'un fait tout ce qu'il pense servir au bien public et tuition des sujets, l'autre ne fait rien que pour son profit particulier, vengeance ou plaisir[1]. » La monarchie peut donc rester absolue, quand le roi se conforme au lois et aux compétences établies; car, malgré cela, il peut avoir conservé le monopole de la force.

Jusqu'à présent nous avons déterminé le caractère de la monarchie absolue sans tenir compte de son origine. En effet, cette origine est absolument indifférente pour déterminer le caractère juridique du monarque. Quelle qu'elle soit, elle se résume toujours en cet élément simple : un individu dans une société donnée est plus fort que tous les autres. Quelle que soit la cause de cette plus grande force, matérielle, morale, religieuse, peu importe, la situation juridique du monarque est toujours la même. Il a seul le pouvoir objectif de gouverner, parce que seul il en a le devoir, ayant seul la force gouvernante. Le plus souvent, cette puissance monarchique est héréditaire, parce que le prestige qui s'attache à un homme s'attache aussi à sa famille. D'autre part, l'hérédité monarchique, qui est en quelque sorte le droit commun de la monarchie, s'est introduite pour deux raisons. D'abord les monarques ont senti de bonne heure le besoin de consolider leur œuvre en transmettant leur pouvoir aux membres de leur famille et particulièrement à leur descendance directe. D'autre part, les peuples ont cru trouver et ont certainement trouvé un avantage dans cette hérédité, qui contribuait à former, à maintenir ou à accroître la cohésion de la cité ou de la nation. Sans doute, les constitutions positives ont réglementé cette hérédité

1. Bodin, *les Six livres de la République*, liv. II, chap. III et IV, édit. franc., Lyon, 1593, p. 284, 285, 289.

monarchique. Mais en soi l'hérédité monarchique est un fait social naturel. Elle est à la fois cause et effet de la permanence monarchique : elle a contribué à conserver au monarque le monopole de la force; et elle dérive naturellement de la monarchie absolue, le roi tout-puissant employant cette force souveraine à l'établissement de l'hérédité royale. L'histoire de France nous présente un exemple notable de ce double rôle de l'hérédité : c'est l'hérédité royale, qui a été une des causes principales de la puissance monarchique en France, de l'unification territoriale et nationale. L'hérédité royale a été aussi une conséquence du pouvoir appartenant aux princes capétiens, et toute la force qu'ils détiennent à l'avènement de la dynastie, est consacrée à établir sur des bases incontestées le principe héréditaire. Tout cela est trop connu pour qu'il soit nécessaire d'y insister[1].

## II

En droit, la question se pose de savoir quel est exactement le caractère de l'hérédité royale. Il est évident que la solution sera différente suivant qu'on admet que le monarque est ou n'est pas titulaire d'un droit subjectif. Si le monarque est titulaire d'un droit subjectif, il transmet à ses héritiers le droit monarchique, comme ses droits patrimoniaux. C'est la théorie ancienne. Elle était la conséquence logique de la conception patrimoniale. Nos anciens légistes ont bâti la théorie de l'hérédité royale sur le modèle de l'hérédité patrimoniale. Il n'est pas jusqu'à la saisine dont ils

1. Voir Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, 1883, t. I, p. 57 et suiv.

n'aient fait l'application à l'hérédité monarchique. Cette conception a été encore soutenue par quelques auteurs modernes. Gerber notamment, quoique le promoteur de la théorie de l'Etat-personne, assimile la transmission héréditaire de la couronne à la transmission du fief aux agnats[1]. Zöpfl exprime la même idée[2]. Bernatzik aussi : « Le monarque, dit-il, exerce les droits de puissance suprême en vertu d'un droit propre ; il acquiert ces droits et les possède comme des droits privés et des droits acquis ; et ils ne peuvent pas lui être enlevés sans son consentement ; dans la monarchie héréditaire le monarque les acquiert, en outre, par l'effet d'une situation indépendante de la volonté des organes étatiques[3]. » Mais cette conception est de plus en plus abandonnée. Jellinek applique logiquement à l'hérédité monarchique la distinction qu'il fait entre le droit subjectif du monarque à la reconnaissance de sa qualité, et le droit de puissance publique dont l'Etat est titulaire, et que le monarque exerce comme organe de l'Etat. Cependant même au droit à la reconnaissance de la qualité d'organe, il ne faut point appliquer la théorie successorale du droit privé ; c'est un droit public, exclusivement un droit public ; l'héritier appelé au trône ne trouve pas ce droit dans la succession du roi défunt ; son droit découle uniquement de sa qualification active ; avant le décès du roi régnant, ce droit est à l'état potentiel ; il devient *ipso facto* au moment du décès un droit actuel. La conséquence en est que, du vivant du roi, les héritiers présomptifs n'ont aucun droit acquis ; après le décès, l'héritier appelé acquiert immédiatement par application de la loi constitutionnelle, et non par transmission hérédi-

1. Gerber, *Grundzüge des Staatsrechts*, 3e édit., 1880, p. 92 et note 7.
2. Zöpfl, *Grundsätze des Staatsrechts*, t. I, p. 590, 5e édition.
3. Bernatzik, *Archiv für offentliches Recht*, t. V, 1890, p. 298.

taire, le droit à la reconnaissance de la qualité d'organe suprême ; quant au droit de puissance publique, il reste toujours fixé dans la personne de l'Etat; au moment du décès du roi, aucune transmission du droit de puissance publique n'a lieu ; seulement l'individu, support de la qualité d'organe, est changé. Ainsi la continuité monarchique est assurée sans aucune fiction, et c'est une erreur, en tout contraire à la notion moderne de l'Etat, d'appliquer en quoi que ce soit à l'hérédité royale les règles successorales du droit privé[1].

La solution de Jellinek est ingénieuse; mais elle nous est une nouvelle preuve de ce qu'a d'inutile et d'artificiel sa distinction entre le droit à la qualité d'organe et la compétence de l'organe. En admettant comme nous que ce qu'on appelle le droit monarchique est seulement un pouvoir juridique objectif, l'hérédité royale s'explique très bien. Nous avons soutenu que l'hérédité privée elle-même n'était pas la transmission d'un droit subjectif[2], qu'elle était seulement la condition de la naissance d'un pouvoir objectif. L'hérédité monarchique a exactement le même caractère. Elle conditionne la naissance du pouvoir monarchique. Elle ne peut entraîner la transmission d'un droit, puisque le pouvoir monarchique n'est point un droit subjectif; et serait-il un droit subjectif, ce droit ne pourrait avoir pour cause la transmission héréditaire, mais seulement la loi qui déclare telle personne investie de ce droit. En réalité, le roi défunt n'ayant qu'un pouvoir objectif ne peut le transmettre ; le nouveau roi, appelé héritier de son prédécesseur, ne reçoit point de lui son pouvoir; la couronne ne se transmet pas héréditairement. L'appelé a le pouvoir d'être roi, parce que la loi

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 141 ; *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 225.
2. L'*Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 225.

positive, que nous supposons conforme à la structure sociale, s'applique, si telles conditions se réalisent, si le roi régnant meurt, et si l'appelé au trône est uni au défunt par un certain lien de parenté. L'hérédité royale, légalement réglementée, n'est autre chose que la reconnaissance par la loi d'un fait, qui assure à certaine personne la prépondérance politique dans un pays. Le prince, appelé au trône en vertu d'un prétendu droit héréditaire, est roi parce que l'hérédité lui donne un prestige moral ou une force matérielle qui lui permet de régner. Le droit héréditaire est une pure fiction. Il n'y a pas de monarque dont le pouvoir ait une origine héréditaire légitime, sa dynastie régnerait-elle depuis des siècles dans le même pays. Son pouvoir ne peut avoir pour fondement qu'un fait, et pour légitimation que le juste emploi de la force que lui donne ce fait. La législation positive réglemente ce fait; elle n'y change rien et ne crée rien.

La monarchie est habituellement héréditaire; l'histoire nous offre cependant l'exemple de gouvernants, auxquels on a donné le nom de monarques électifs. Peut-il y avoir en effet une monarchie élective? On cite toujours comme exemple, l'ancienne monarchie polonaise. Le seul Etat moderne dans lequel on puisse voir une monarchie élective est la Bulgarie depuis le traité de Berlin (1878). Jellinek estime que la monarchie élective peut exister dans des cas extraordinaires, par exemple quand une monarchie est établie sur un Etat nouveau, comme en Belgique en 1830, et dans les Etats chrétiens des Balkans, et aussi au cas d'extinction d'une dynastie régnante; l'élection est alors un moyen normal pour l'établissement du trône. Dans ces différents cas y a-t-il réellement une monarchie élective? Nous ne parlons ici que de la monarchie absolue. La question qui se pose est celle-ci :

Peut-il y avoir un monarque absolu établi par l'élection? Nous répondons sans hésiter : non. Mais il importe de préciser. Quand, dans un lointain passé, le premier roi d'une dynastie a été placé sur le trône par l'élection et que cette dynastie s'est maintenue de longs siècles dans un même pays par la force de l'hérédité, on ne peut point parler alors d'une monarchie élective. A un moment donné sans doute, il y a eu un chef électif ; mais ses successeurs exercent le pouvoir en vertu de la force propre qui leur appartient ; un des éléments de cette force est leur qualité de membre d'une certaine famille ; mais il n'en est pas moins certain que par eux-mêmes et à eux seuls, ils monopolisent toute la force politique du pays; ils sont pour cette raison des monarques absolus. Hugues Capet fut un roi élu ; mais quand la règle de l'hérédité monarchique se fut établie en France d'une manière complète, quand le roi eut annihilé tous les éléments pouvant limiter son pouvoir, il est certain que le monarque français était un roi absolu, quoique son origine première fût l'élection. La théorie de la monarchie élective, indiquée aux états généraux de Tours, développée par Hotmann dans le *Franco-Gallia*, n'était point conforme à la réalité sociale. En parlant de la monarchie élue, nous avons en vue un régime politique dans lequel, à la vacance du trône, un corps électoral plus ou moins étendu désigne le nouveau chef.

Ce chef peut-il être considéré comme un monarque absolu? Oui, répond Jellinek, si ce chef possède à lui seul toute la puissance gouvernante. Sans doute, ajoute-t-il, toute monarchie absolue élective a tendance à se transformer en monarchie limitée et même en république; mais un roi élu, qui après son élection a seul et sans partage toute la puissance gouvernante, est monarque absolu. Nous ne le croyons pas et nous

estimons que l'élection est par elle-même la négation de la monarchie absolue. Nous supposons bien entendu une élection qui soit conforme à la structure sociale du pays. Si l'on imagine en effet une élection ordonnée arbitrairement par la loi positive, cette élection est sans portée; un tel régime électif ne peut avoir qu'une durée éphémère. Mais si l'état social d'un pays exige qu'une élection ait lieu pour investir un homme de la force politique dans sa plénitude, on ne peut voir dans cet homme un monarque absolu, mais seulement un représentant du corps électoral; cette monarchie est réellement une monarchie représentative. Le fait que traduit cette élection est celui-ci : en fait, tel corps électoral n'a la toute-puissance dans le pays qu'à la condition de se solidariser avec un homme déterminé, qui, désigné par ce corps électoral, exercera cette toute-puissance; en même temps cet homme n'a pas à lui seul la toute-puissance, puisqu'en fait il ne peut en exercer les prérogatives que s'il est désigné par un corps électoral. Il se produit là un phénomène de représentation absolument analogue à celui que nous avons décrit à propos du parlement[1]. L'élément prépondérant dans le pays a une composition complexe : ce n'est ni le corps électoral seul, ni le monarque : c'est un composé particulier du corps électoral et du monarque; entre le corps électoral et le monarque se forme une solidarité spéciale, une pénétration constante. On ne peut donc dire, ni que la toute-puissance de fait, ni que la toute-puissance de droit, réside entièrement dans ce monarque. Quand Jellinek déclare que le prince élu est un monarque absolu, lorsque à côté de lui ne se trouve aucun organe, organe collégial

1. Voir *supra*, chap. II, § 9.

ou autre, venant limiter sa toute-puissance, il commet à notre avis une erreur.

L'histoire contemporaine de la France nous offre l'exemple, en la personne des deux Napoléons, de deux monarques élus, l'un par voie indirecte, l'autre par voie directe. Ni l'un ni l'autre n'étaient à vrai dire des monarques absolus. Sans doute, à côté d'eux existait une certaine représentation populaire, sous le nom de corps législatif; mais le pouvoir en était singulièrement réduit. D'ailleurs ce corps législatif n'aurait pas existé, que les Napoléons n'auraient point eu le caractère de monarque absolu. Ils ne possédaient point seuls et par eux-mêmes la suprême puissance politique, parce que pour l'exercer ils avaient été obligés d'invoquer l'investiture populaire. Il s'est accompli alors bien réellement un phénomène de représentation. Quand Napoléon Ier pendant les Cent-Jours, au moment de la rédaction de l'Acte additionnel, quand le futur Napoléon III en 1851-1852, déclarent qu'ils n'ont d'autre pouvoir que celui que leur délègue le peuple, ils emploient des termes inexacts, mais expriment une chose vraie. Les élections de l'époque peuvent n'avoir pas été libres; elles peuvent même n'avoir pas traduit le véritable sentiment du pays. Peu importe; ce fait seul que des princes, pour imposer leur puissance à la nation, sont obligés d'invoquer l'idée de souveraineté populaire, démontre avec la dernière évidence qu'ils ne détiennent pas, en leur qualité seule, la plus grande force et que l'élément prépondérant dans le pays est l'union d'un homme et du peuple ou plutôt du corps électoral. Or le propre de la monarchie absolue est de se suffire à elle seule, de valoir par la force propre et unique de l'homme qui s'en prétend investi. Louis XIV était, en fait, un monarque absolu; Napoléon Ier ne l'était pas. La preuve en est que l'hérédité impériale, que les deux Napoléon rêvèrent

toujours d'établir en France, ne put jamais s'y implanter. Assurément les défaites de la France et l'invasion étrangère ont hâté la chute de la domination napoléonienne; mais l'ébranlement qu'avait déjà subi la fortune des deux empereurs, avant même l'invasion étrangère, aurait forcé leurs héritiers à demander une nouvelle investiture pour consolider leur couronne. Au reste le plébiscite de 1870 n'eut pas d'autre but; et c'était une affirmation nouvelle du principe représentatif.

Cette idée de représentation, appliquée à la monarchie élective. implique une responsabilité du monarque élu devant le corps électoral, responsabilité qui a la même cause et la même étendue que la responsabilité déterminée précédemment pour le député. Les auteurs de la constitution de 1852 l'avaient bien compris, quand ils déclaraient que « le président de la république est responsable devant le peuple, auquel il a toujours le droit de faire appel » (art. 5), disposition appliquée à l'empereur et reproduite dans la constitution de 1870 (art. 13). Nous accordons que cette responsabilité était illusoire en fait; mais son principe n'en était pas moins en harmonie parfaite avec le caractère électif du pouvoir impérial. Une constitution, moins précaire que celles du second Empire, aurait dû organiser cette responsabilité. Pour un monarque absolu la question de responsabilité ne peut même pas se poser; il est le seul pouvoir de l'Etat en fait et en droit; il ne peut donc être responsable devant un autre pouvoir qui n'existe pas.

Un chef temporaire, non plus qu'un chef élu, ne peut être un monarque absolu. Quand Jellinek déclare que rien ne s'oppose à l'existence d'une monarchie absolue temporaire et en donne pour exemple la dictature romaine, il se trompe certainement. Le caractère

temporaire d'un pouvoir implique que ce pouvoir n'existe pas seul dans l'Etat ; ou, du moins, faudrait-il supposer que c'est le chef absolu qui limite lui-même son pouvoir à un certain temps. Le dictateur n'aurait pu être un monarque absolu que s'il avait fixé lui-même la durée de ses fonctions ; or, il n'avait point ce droit.

Un monarque absolu peut-il abdiquer ? Investi de la toute-puissance de fait, il peut évidemment en fait la résigner. La suprématie matérielle d'un roi absolu a pour support la volonté de celui-ci ; elle disparaît naturellement si volontairement il y renonce. Mais quand une loi positive réglemente une monarchie absolue, le pouvoir du roi est un pouvoir juridique objectif, et on ne peut renoncer à un pouvoir objectif. C'est vrai ; mais ici le titulaire de ce pouvoir objectif est le législateur lui-même et celui-ci ne renonce pas à son pouvoir objectif ; il le modifie ou le supprime en établissant un droit objectif nouveau. En droit, l'abdication d'un monarque absolu n'est pas une renonciation à un droit subjectif, mais une modification ou une abrogation de la règle politique objective. La question de l'abdication d'un monarque absolu s'est rarement présentée dans l'histoire politique. On comprend pourquoi. Les abdications n'ont guère apparu que lorsque le prince, se trouvant limité dans son pouvoir par d'autres forces politiques, était obligé de se retirer devant elles et de céder la place à un autre. Quant à la renonciation à une vocation éventuelle à la couronne, on en trouve des exemples, dont le plus connu est la renonciation à la couronne de France par le duc d'Anjou, petit-fils de Louis XIV, au moment où il fut appelé au trône d'Espagne. La validité de cette renonciation a toujours fait doute, et quelques monarchistes voient encore, dans les descendants de Philippe V d'Espagne, les seuls héritiers légitimes de la couronne de France. En droit la question ne se pose

pas ainsi. On a vu plus haut que l'héritier éventuel de la couronne n'avait aucun droit avant le décès du prince régnant; par conséquent, il ne peut renoncer à un droit qui n'existe pas. La vraie question est celle de savoir si le monarque régnant, en acceptant cette renonciation, doit être considéré comme ayant modifié, dans la plénitude de sa puissance législative, le droit objectif de la vocation monarchique. Il n'y a donc pas une question de renonciation à un droit subjectif, mais une question de modification du droit objectif par un législateur constituant. Pour la situation des Bourbons d'Espagne, le point est de savoir si Louis XIV a en fait modifié les règles françaises de succession au trône et si en droit il pouvait les modifier. Qu'en fait il ait voulu les modifier, cela n'est guère douteux; qu'en droit il le pût, cela peut être discuté; la loi de l'hérédité royale était, en effet, souvent considérée comme une loi du royaume, que les lois du roi ne pouvaient point modifier.

## III[1]

La monarchie est absolue, quand un seul individu monopolise la force politique; elle est limitée, quand à côté du monarque existent certains autres éléments, qui possèdent une part de la force politique. Ces éléments ne peuvent être que démocratiques ou aristocratiques. C'est dès lors la question du gouvernement mixte ou composé qui se présente. Elle apparaît avec des difficultés toutes particulières, quand dans un Etat la puissance politique est partagée entre un mo-

1. Outre les différents auteurs cités dans les notes suivantes, cf. Morelli, *il Re*, 1899; — Held, *Die Monarchie als Staatsform*, *Zeitschrift* de Grünhut, t. XXI, 1894, p. 481.

narque et un élément aristocratique, démocratique ou sa représentation. Cependant il faut donner une solution juridique à la question, puisque la monarchie, limitée par un élément démocratique ou aristocratique, est aujourd'hui la forme politique de la majorité des Etats européens. Or, sans hésiter, nous affirmons qu'avec le principe, presque unanimement reçu, de la puissance politique ou souveraineté une et indivisible, appartenant à un sujet de droit, cette solution est absolument impossible. Cela est une nouvelle preuve de l'inexactitude de la notion courante.

Dans la conception française, la nation distincte de l'Etat est une personne, titulaire de la souveraineté une et indivisible; elle en délègue l'exercice, de telle façon qu'il naît au profit de son représentant un droit à l'exercice de la souveraineté. Le représentant est un et indivisible, parce qu'il veut pour la nation, et que toute volonté, la volonté souveraine comme toute volonté, est indivisible. Cela rappelé, on conçoit que la représentation de cette volonté souveraine soit confiée à un homme dont, par représentation, la volonté sera souveraine comme la volonté nationale qu'il représente ; c'était le principe de la délégation impériale du principat romain et de l'empire français. On comprend aussi que la souveraineté appartienne par représentation à une assemblée élue, qui voudra elle aussi souverainement comme la nation, dont elle exprime la volonté par représentation. C'est le principe appliqué dans l'élection de nos assemblées constituantes en 1789, en 1792, en 1848 et en 1871. Mais comment cette volonté, qui est une dans son essence, peut-elle être double dans sa représentation ? C'est la formule dite et répétée en 1789 et en 1848, pour repousser la dualité du parlement. Elle était sans force et sans objet à cet égard, on l'a montré plus haut ; mais elle

était parfaitement juste, si l'on voulait en conclure qu'il ne pouvait y avoir dans un pays qu'un seul organe de représentation. Un organe de représentation exprime une volonté souveraine ; comme il n'y a qu'une volonté souveraine, il ne peut y avoir qu'un seul organe de représentation. Il ne peut donc y avoir un chef d'Etat, roi, empereur, et même président de la république, ayant le caractère de représentant, et à côté, un parlement ayant aussi le caractère de représentant. On ne peut donc, dans la conception française, parler de monarchie limitée. Car, ou bien le roi sera représentant et alors organe souverain; par conséquent le parlement sans pouvoir souverain ne pourra pas le limiter; la monarchie sera alors, en réalité, une monarchie absolue. Ou bien le parlement sera un corps représentatif, et, par conséquent, souverain; le roi alors n'aura aucun caractère de représentation; il sera un simple agent d'exécution du parlement; il n'aura point le pouvoir d'exprimer la volonté souveraine de la nation; simple officier de l'assemblée, il n'aura du monarque que le nom; il n'y a point alors de monarchie limitée, il n'y a pas de monarchie du tout.

Dès les premiers jours de sa réunion, l'Assemblée de 1789 se trouva en présence de cette insoluble difficulté; les longues discussions sur le *veto* du roi, sur son caractère représentatif n'en sont que l'expression [1]. La séparation des pouvoirs avait bien paru fournir la solution : au parlement la représentation pour légiférer, au roi la représentation pour exécuter, à l'ordre judiciaire la représentation pour juger. Le principe en avait été formulé, avec quelle rigueur, on le sait !

1. Voir *Archives parlementaires*, 1re série, t. VIII et t. IX, août et septembre 1789. — Cf. notre étude sur *la Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de* 1789, 1894.

dans l'article 16 de la Déclaration des droits; mais les logiciens avaient fait justement observer que, si la souveraineté est une et indivisible comme toute volonté, les pouvoirs ne peuvent être séparés, que les fonctions peuvent être divisées, mais que les pouvoirs ne le peuvent point : « Les pouvoirs, dit Robespierre, doivent être bien distingués des fonctions; les pouvoirs ne peuvent être ni aliénés ni délégués. Si l'on pouvait déléguer les pouvoirs en détail, il s'en suivrait que la souveraineté pourrait être déléguée, puisque les pouvoirs ne sont autre chose que les diverses parties essentielles et constitutives de la souveraineté... Je dis qu'il résulte de l'article des comités (article 4 du préambule du titre III) que la nation déléguerait ses pouvoirs, le pouvoir souverain qui est unique et indivisible, en délégant à perpétuité chaque partie du pouvoir. Je demande en conséquence qu'au mot *pouvoir* soit substitué celui de fonction[1]. » Mais Robespierre n'est point écouté; l'article est voté tel quel; on croit avoir résolu le problème en divisant le pouvoir entre le roi et le corps législatif; mais, en même temps, on démembre la souveraineté, que cependant on a solennellement proclamée indivisible. La logique et les faits protestent; ils sont plus forts que les hommes, et malgré le caractère de représentant donné au roi, malgré le droit de *veto* suspensif qui lui est attribué, toute la puissance politique se concentre bientôt dans le corps législatif, qui devient ainsi le seul pouvoir représentatif.

Depuis 1789-1791, on n'a point trouvé la solution du problème ; on ne la trouvera jamais tant qu'on affirmera l'existence de la souveraineté une et indivisible de la

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 326 et 327 (10 août 1791). — Rapprocher le discours de Rœderer, 10 août 1791, *Archives parlementaires*, 1re série, t. XXIX, p. 323.

nation, et qu'on maintiendra telle quelle la conception française de la représentation. M. Esmein lui-même, si expert à donner une explication ingénieuse de toute chose, est obligé de reconnaître que la conciliation est impossible « entre la souveraineté nationale et la forme monarchique..., qu'il y a aussi incompabilité logique de la souveraineté nationale et de l'aristocratie. » Il pourrait ajouter qu'il y a pour la même raison incompatibilité entre l'aristocratie et la monarchie. Après avoir passé en revue les diverses combinaisons proposées, il écrit : « On pourrait imaginer d'autres combinaisons entre la souveraineté nationale et la monarchie... Elles consisteraient à démembrer la souveraineté, laissant à la nation entière certains attributs, conférant au monarque non plus le simple exercice, mais la propriété de certains autres attributs. » Mais M. Esmein, et il a parfaitement raison, déclare qu'on se heurterait alors au principe de l'inaliénabilité et de l'indivisibilité de la souveraineté, principe d'après lui incontestable. Cependant le savant auteur admet le démembrement de la souveraineté dans l'Etat fédéral, et il ne nous dit point pourquoi la souveraineté, qui peut se démembrer dans un Etat fédéral, ne le peut pas dans un Etat unitaire pour concilier la monarchie et la démocratie[1].

La monarchie limitée n'est pas davantage conciliable avec la personnalité de l'Etat et la théorie juridique de l'organe. Les auteurs allemands en général et Jellinek en particulier ont fait des prodiges d'analyse juridique subtile et pénétrante ; ils ne sont arrivés à rien de satisfaisant. D'après Jellinek[2], tout Etat au point de vue juridique est république ou monarchie. Une classification juridique des différentes espèces d'Etats ne peut être faite qu'au point de vue du mode de formation

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 174, 2e édit. 1890.
2. *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 605 et suiv.

de la volonté étatique. A cet égard, dit l'auteur, il y a deux possibilités : ou bien la volonté suprême, mettant l'Etat en mouvement conformément à la constitution, repose sur un moyen simplement psychologique, c'est-à-dire naturel, ou elle repose sur un moyen juridique, c'est-à-dire artificiel. Dans le premier cas, la formation de la volonté étatique se réalise complètement dans l'intérieur d'une personne physique, et la volonté étatique ainsi formée apparaît en même temps comme une volonté physique individuellement déterminée. Dans l'autre cas la volonté étatique est produite par un processus juridique né des actions volontaires d'une pluralité de personnes physiques ; la volonté de l'Etat apparaît alors, non comme la volonté d'une personne déterminée, visible et vivante, mais comme la volonté d'un collège possédant seulement une réalité juridique. Dans le premier cas, l'Etat est une monarchie ; dans le second, une république. La monarchie est l'Etat dirigé par une volonté physique ; cette volonté doit donc être la volonté la plus haute, ne dérivant d'aucune autre ; le monarque est toujours un organe direct primaire de l'Etat, non titulaire du droit de puissance en tant qu'organe, (ce droit appartient à l'Etat), mais titulaire du droit subjectif à la reconnaissance de la qualité d'organe. La monarchie est toujours cela. Mais, ajoute Jellinek, elle s'adapte facilement aux formes sociales les plus diverses ; seulement ces formations, qui ont leur importance historique, n'ont pu effacer le type essentiel de toute monarchie. Il faut donc examiner les formes politiques modernes, et rechercher si, sous la croissance politique, se retrouve cet élément essentiel de la monarchie. Alors, malgré l'existence d'un parlement, d'un ordre judiciaire indépendant, on doit dire que l'Etat est monarchique.

Cette conception de la monarchie s'applique sans dif-

ficulté aux monarchies absolues. Mais les difficultés apparaissent inextricables, quand on veut en faire l'application aux monarchies limitées et parlementaires ; on ne voit pas bien comment le monarque peut rester l'organe suprême de la volonté de l'Etat, quand à côté de lui existent d'autres organes, qui paraissent bien limiter cette volonté du prétendu organe suprême, le monarque. Il fallait donc trouver un criterium, qui permît de dire quand, malgré l'existence d'un parlement indépendant, d'un ordre judiciaire autonome, le monarque reste néanmoins l'organe suprême de l'Etat et le pays un Etat monarchique. Jellinek fait cette tentative avec une habilité consommée; mais son analyse, quelque pénétrante qu'elle soit, ne nous a point convaincu. Sous le monarque et à côté du monarque, dit-il, peuvent exister une foule d'organes ayant des compétences étatiques, subordonnés au roi ou plus ou moins indépendants de lui, sans que le type monarchie en soit altéré. La marque essentielle du monarque est qu'il représente la puissance suprême, c'est-à-dire cette puissance qui met et maintient l'Etat en mouvement. Tant que cette puissance suprême, mettant et maintenant l'Etat en activité, réside dans la main d'un seul, l'Etat est monarchique, quels que soient les organes, autres que le monarque, qui exercent les fonctions étatiques. C'est ce qui fait, dit Jellinek, la grande *adaptabilité* de la monarchie aux relations historiques et sociales. « Ainsi la plus grande diversité dans la mesure réelle du pouvoir du monarque se trouve compatible avec la notion et l'essence de la monarchie. L'activité motrice de l'Etat appartenant au monarque peut se rattacher à un pouvoir plus ou moins étendu sur toute la vie étatique. Une seule chose est commune à toutes les monarchies : avec la suppression du pouvoir monarchique, l'Etat apparaîtrait atteint dans ses fonctions les plus impor-

tantes et tomberait en anarchie. Cela peut se concevoir, quelque réduit que soit le pouvoir du monarque. » Tel est le criterium de la monarchie donné par Jellinek.

Il nous paraît bien vague, bien incertain et conduit à des conséquences difficilement acceptables. L'auteur, en appliquant ce criterium, s'attache à montrer que l'Angleterre est véritablement une monarchie. Sans doute, dit-il, en fait, la prépondérance appartient en Angleterre au parlement. Le parlement fait les lois auxquelles depuis des siècles la couronne n'a jamais refusé son adhésion ; le cabinet est un véritable comité du parlement. Le roi ne peut choisir comme premier ministre qu'un membre de la majorité du parlement; et c'est le premier ministre, qui désigne au choix du roi les autres membres du cabinet ; le cabinet nomme en réalité tous les fonctionnaires et exerce aussi les autres prérogatives royales, puisque la couronne, particulièrement depuis le règne de Victoria, ne peut refuser de ratifier le choix du cabinet. Cependant l'Angleterre est bien une monarchie, parce que la direction suprême de l'Etat réside entièrement dans les mains du roi. Seul il peut mettre en mouvement le parlement, qui n'a jamais le droit de se réunir spontanément. En fait le roi donne toujours son assentiment aux lois ; mais aucune force au monde ne peut l'y contraindre juridiquement ; car sans le roi, toute la machine législative s'arrêterait. Le roi peut tout avec le parlement ; le parlement sans le roi ne peut rien.

Ainsi, ajoute Jellinek, il n'est pas vrai de dire que dans une monarchie tout pouvoir réside nécessairement dans la personne du roi ; il en est ainsi dans les monarchies absolues, non dans les monarchies limitées. Mais dans toutes les monarchies, même dans celles qui ont formulé le principe démocratique dans leur constitution, toutes les fonctions de l'Etat ont leur point de départ et aussi leur élément d'unité dans le

monarque. Dans une monarchie, il peut y avoir des organes directs non subordonnés au roi; mais tous sont dépendants de lui en ce sens que leur activité, leur fonctionnement dépendent de la volonté du monarque. Et à ce premier criterium se rattache un second. Quelle que soit l'étendue des pouvoirs du chef de l'Etat, dans un pays où des changements constitutionnels peuvent être régulièrement accomplis, sans ou contre la volonté du chef de l'Etat, quelque nom qu'on donne au chef de l'Etat, il n'y a point de monarchie ; l'activité directrice suprême lui est enlevée. Quand, au contraire, un changement dans l'ordre constitutionnel ne peut avoir lieu sans la volonté du chef de l'Etat, il y a bien véritablement une monarchie.

Telle est dans ses grandes lignes la doctrine de Jellinek sur la monarchie limitée. Le défaut général de cette conception est celui déjà signalé en exposant la doctrine juridico-organique. Comment comprendre que tous les organes directs soient indépendants les uns des autres et que, cependant, l'un d'eux soit organe suprême? On répond sans doute que les organes directs sont indépendants en ce sens qu'ils ne sont pas subordonnés les uns aux autres, puisqu'ils naissent tous directement de la constitution du pays. Il n'empêche que, si l'on parle d'un organe suprême, cela ne peut avoir qu'un sens, à savoir qu'il y a une hiérarchie des organes et que l'organe, dit suprême, est placé au sommet de cette hiérarchie. Jellinek déclare, à plusieurs reprises, qu'il peut y avoir une monarchie véritable dans les pays « qui ont formulé dans leur constitution le principe démocratique[1]. » Or cela nous ne le comprenons point, même en nous plaçant au point de vue de l'auteur. Un pays démocratique est celui dans lequel

1. Jellinek, *Allgemeine Saatslehre*, p. 625.

l'organe suprême de l'Etat est la nation, soit qu'elle exprime elle-même directement sa volonté, soit qu'elle l'exprime par un organe, le parlement. C'est la définition donnée par Jellinek lui-même[1]. Par conséquent, dire qu'il peut y avoir une monarchie dans un pays qui a adopté le principe démocratique, c'est dire qu'il peut y avoir dans un même pays deux organes suprêmes, le monarque et la nation; cela est en soi contradictoire, quelle que soit la définition que l'on donne de l'organe suprême. On dit bien que les autres organes ne sont pas subordonnés à l'organe suprême, que l'organe suprême est celui « qui met et maintient l'Etat en activité et possède le pouvoir suprême de décision[2]. » Mais cette définition elle-même exclut bien la pluralité d'organes suprêmes. Pas plus dans la doctrine de l'organe que dans la doctrine française de la représentation, la monarchie, limitée par un élément démocratique ou aristocratique, la conciliation de la monarchie avec l'aristocratie ou la démocratie ne paraissent possibles. Si l'on voit dans le parlement un organe de la nation, et si l'on dit que le pays est démocratique, on affirme par là que la nation est l'organe suprême; ce n'est donc pas le monarque, et il ne peut y avoir de monarchie. Avec la doctrine juridico-organique, la monarchie limitée ne peut se concevoir que limitée par une auto-restriction du monarque, par la compétence d'organes indirects, ou peut-être même d'organes de représentation créés par lui, par exemple par une chambre établie par une loi émanée du chef de l'Etat. Mais cela n'est point une monarchie limitée; c'est véritablement une monarchie absolue. Le monarque formule la loi; il y est soumis tant qu'elle subsiste; mais il peut la modifier par voie générale; il est

1. *Loc. cit.*, p. 656.
2. *Loc. cit.*, p. 507.

bien un monarque absolu. Ce que Jellinek appelle monarchie limitée n'est qu'une monarchie absolue, soumise à des lois émanées du monarque, créant des compétences. C'est un monarque limitant lui-même son pouvoir; ce n'est pas un monarque dont le pouvoir est limité par un autre pouvoir. On n'a donc point résolu le problème; on ne l'a pas même posé. On n'a point expliqué comment, dans un même pays, peuvent exister un pouvoir monarchique et un pouvoir démocratique ou aristocratique. Il faudrait expliquer comment il peut y avoir dans un même pays deux organes suprêmes; car si le monarque n'est pas organe suprême, il n'y a pas de monarchie; si la nation n'est pas organe suprême, il n'y a pas de démocratie; et si la classe privilégiée n'est pas un organe suprême, il n'y a pas d'aristocratie.

En suivant dans ses applications la doctrine de Jellinek, on se heurte à de nouvelles difficultés. La manière dont l'auteur essaie de montrer comment l'Angleterre, malgré la prépondérance du parlement, est bien cependant une monarchie, est peu acceptable. Le gouvernement anglais est un produit historique exclusivement; le principe monarchique est resté puissant, malgré l'accroissement constant de l'action parlementaire; même encore aujourd'hui, le parlement sans le roi n'est rien, le roi seul peut mettre en mouvement la machine parlementaire. Tout cela est incontestable en droit. En fait, n'est-ce pas une pure fiction? Le roi d'Angleterre peut bien dans les discours du trône parler de *son* empire, de *son* armée, de *ses* lois, de *son* administration : ce sont là formules qui plaisent à l'esprit traditionnaliste, au sentiment profondément royaliste et au jingoïsme actuel de la nation anglaise. Mais le juriste doit-il tenir compte d'une simple formule de chancellerie? En fait il est certain que trois éléments distincts et indépen-

dants, sinon également puissants, concourent au gouvernement politique de l'Angleterre ; il faut donner une forme juridique au concours de ces trois éléments. Il ne suffit pas de dire : cette collaboration du roi et du parlement est le point de vue politique, en droit le seul pouvoir suprême est le roi. Le droit en général n'est rien, s'il n'est la traduction juridique des faits ; le droit public est vide de sens, s'il n'est la traduction juridique des faits politiques.

L'insuffisance de la doctrine de Jellinek apparaît encore plus évidente, si l'on veut en faire l'application à notre pays. L'auteur écrit : « Là où des changements constitutionnels peuvent avoir lieu sans ou contre la volonté du chef de l'Etat, là quelque nom qu'on donne au chef de l'Etat, il n'y a pas de monarchie, car par là l'activité directrice suprême est enlevée au chef de l'Etat. Ainsi, d'après la constitution de 1791, qui n'exigeait pas la sanction royale pour les changements constitutionnels faits par le corps législatif, la France n'était pas une monarchie, mais une république avec un chef héréditaire[1]. » En vérité, la proposition est par trop paradoxale. Elle est aussi la méconnaissance de la vérité historique et juridique. Historiquement et politiquement la France était encore en 1791 une monarchie ; la permanence de l'élément monarchique jusqu'en 1791 est incontestable ; tous les faits, tous les documents de l'époque l'établissent d'une manière irréfutable[2]. Juridiquement aussi la France de 1791 est une monarchie : les auteurs de la constitution ont voulu consciemment maintenir et organiser la monarchie ; ils ont sans doute proclamé le principe de la souveraineté nationale ; mais ils ont voulu combiner le pouvoir du roi et le pouvoir de la nation. Peut-être n'y sont-ils

1. *Loc. cit.*, p. 626.
2. Cf. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, 1900.

pas arrivés. Nous croyons, en effet, qu'ils ont été contradictoires avec eux-mêmes. Mais qu'importe ? Sans conteste la volonté du législateur constituant de 1791 a été d'organiser un gouvernement monarchique, et si l'on se place au point de vue juridique pur, c'est là une volonté qu'il n'est pas permis de méconnaître. Jellinek aboutit à une conclusion non moins paradoxale en déclarant que l'empire allemand n'est point une monarchie, mais une république. Ce n'est pas tout. Si le criterium, qui distingue la monarchie de la république, consiste en ce que les changements constitutionnels ne peuvent se faire qu'avec le consentement du chef de l'Etat, il en résulte que de 1875 à 1879, la France a été une monarchie et non point une république. En effet, aux termes de l'article 8 paragraphe 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Pendant la durée des pouvoirs conférés par la loi du 20 novembre 1873 au maréchal de Mac-Mahon, cette revision ne peut avoir lieu que sur la proposition du président de la République. » Le maréchal de Mac-Mahon pouvait donc seul provoquer les changements constitutionnels ; il n'était donc pas un président de la république, mais un monarque. L'erreur de fait et de droit est évidente ; il est inutile d'insister. Allons plus loin. Il résulte de la doctrine de Jellinek que la France est encore aujourd'hui une monarchie et non une république. Le parlement n'est point permanent ; il peut être convoqué, ajourné et dissous par le président de la république : ainsi normalement le président français comme le roi anglais joue le rôle de moteur pour la machine législative. Il est vrai que le parlement peut se réunir parfois sans convocation, que le président de la république n'a qu'un *veto* suspensif. Mais cependant les lois ne s'imposent à l'obéissance des citoyens et à l'application par les tribunaux qu'après la promulgation faite par le président de la république.

Dès lors ne peut-on pas dire qu'en France comme en Angleterre le parlement ne peut rien sans le chef de l'Etat, et que par suite la constitution française de 1875 est monarchique ?

Il est vrai que Jellinek, comme la grande majorité des auteurs allemands, distingue toujours le point de vue politique et le point de vue juridique. C'est à tort. Il n'y a pas deux vérités sociales ; et une formule de droit public, qui n'est pas l'expression exacte des faits politiques, est une formule vaine. Au reste sous couleur de formuler une théorie, qui puisse s'adapter à toutes les formes de monarchie limitée, les publicistes d'outre Rhin ne font à vrai dire que la théorie de la monarchie absolue, et pour être moins franches leurs déductions ne diffèrent pas sensiblement de la doctrine légitimiste française en 1814 et en 1830.

## IV

Pour résoudre le problème, il faut se placer résolument en présence des faits. Les voici : dans beaucoup de pays modernes, et en France notamment, en 1791, en 1814, en 1830, le pouvoir politique est exercé par deux organes indépendants l'un de l'autre, se limitant l'un l'autre, exerçant une action l'un sur l'autre, un chef d'Etat héréditaire et un parlement élu. Ce chef d'Etat est un monarque ; et quoi qu'en puissent dire de subtils juristes, les pays où existe un pareil régime sont incontestablement des monarchies. Le monarque a des pouvoirs qui, suivant les cas, sont plus ou moins limités par le parlement ; mais peu importe ; le fait de la coexistence de deux éléments indépendants l'un de l'autre reste toujours le même. Il faut donner l'explication juridique, faire la construction juridique de ce fait.

On a montré que cela est absolument impossible, si l'on admet la personnalité de l'Etat, si l'on affirme l'existence de la souveraineté étatique une et indivisible, ou si l'on croit à l'existence d'un organe suprême de l'Etat. L'impossibilité est aussi évidente d'expliquer cette coexistence d'un monarque et d'un parlement, quand on croit à l'existence d'un *Träger* de la souveraineté; car le *Träger* de la souveraineté ne peut être qu'*un* comme la souveraineté elle-même, et le parlement et le monarque devraient être l'un et l'autre *Träger* de la souveraineté, ce qui est impossible. Au contraire, l'explication juridique de cette forme d'Etat apparaît simple et naturelle, quand on repousse la personnalité et la souveraineté de l'Etat, l'idée d'un organe suprême ou d'un *Träger* de la souveraineté.

Il faut toujours revenir au point de départ de toute notre doctrine. L'Etat est le produit d'une différenciation des forts et des faibles dans une société donnée. Cette différenciation entre gouvernants et gouvernés s'est souvent produite d'une manière relativement simple. Souvent aussi, et particulièrement dans les sociétés modernes, elle s'est compliquée d'étrange façon. La complexité des sociétés elles-mêmes a forcément réagi sur les diverses parties de leur structure, et particulièrement sur les éléments politiques qui s'y trouvent. Quand la différenciation politique s'est réalisée en une forme non complexe, elle a donné naissance à un gouvernement simple; la puissance politique s'est trouvée concentrée entre les mains d'un seul individu ou d'un seul groupe ou de la simple majorité. C'est cette hypothèse qu'on a eue particulièrement en vue en édifiant les théories de la personnalité étatique, de la souveraineté, du *Träger* de la souveraineté ou de l'organe suprême. Et de fait, nous l'accordons, ces diverses théories tout artificielles qu'elles soient, s'adaptent assez aisément

aux formes politiques simples, et particulièrement à la monarchie absolue. Mais aujourd'hui, sont rares les pays où la différenciation politique nous apparaît avec cette simplicité. Presque partout, nous voyons un enchevêtrement très compliqué d'éléments politiques divers. La différenciation politique entre les forts et les faibles, entre gouvernants et gouvernés, existe assurément; mais l'observation y découvre une multitude de faits, d'actions et de réactions. Ce n'est plus un seul élément social qui possède toute la puissance politique; il y a divers éléments sociaux, qui se pénètrent, se pondèrent réciproquement, et c'est de cette pénétration et de cette pondération que résulte la puissance politique. Dès lors quoi d'étonnant que ces théories simplistes de la personnalité et de la souveraineté de l'Etat, du *Träger* de la souveraineté, de l'organe suprême ne puissent plus s'appliquer à ces formes politiques si complexes et si variées. L'insuccès devait être et a été complet. Au contraire, en acceptant notre point de départ, il est possible, ce nous semble, d'édifier une théorie juridique satisfaisante de la monarchie limitée.

Quelque variée qu'ait été l'histoire des pays modernes, quelque divers qu'aient été les facteurs de l'évolution politique et sociale dans l'Europe contemporaine, on ne nous démentira pas si nous disons que, d'une manière générale, tous les pays sont passés de la monarchie absolue à la monarchie limitée. En remontant plus haut dans l'histoire, on peut dire que la monarchie d'abord limitée est devenue monarchie absolue, et qu'elle est redevenue monarchie limitée. Cependant cette proposition ne serait point vraie pour la monarchie anglaise, qui a été dès son origine une monarchie absolue, et qui, pour cette raison même, est devenue limitée, avant les monarchies continentales. D'autre part, les limitations apportées aux

monarchies européennes du moyen âge et du début de l'époque moderne n'avaient pas assurément, au moins à l'extérieur, le caractère des limitations actuelles; les éléments essentiels en étaient la puissance féodale, la puissance ecclésiastique, la forte cohésion des communes, des ordres ou des classes. L'idée d'un parlement national était encore inconnue. Cependant Jellinek a tort de dire qu'il n'y avait aucune ressemblance entre les monarchies limitées du moyen âge et les monarchies limitées modernes [1]. Évidemment les éléments, qui venaient limiter la monarchie ancienne, n'étaient pas encore agglomérés entre eux et avec la monarchie elle-même comme ils le sont aujourd'hui. Mais cependant au fond le phénomène était de même ordre, et on commence à en apercevoir le vrai caractère. Si la monarchie du moyen âge était une monarchie limitée, c'est que le monarque ne détenait pas à lui tout seul la somme de puissance politique réelle existant dans un pays donné, c'est que, à côté du monarque, il y avait d'autres éléments, possédant une part de puissance politique réelle. Il n'y a pas un seul gouvernant, le roi ; il y a plusieurs classes de gouvernants, qui tendent tantôt à se faire équilibre, tantôt à s'absorber l'une l'autre. Presque partout l'élément monarchique absorbe les autres éléments, féodaux, ecclésiastiques, communaux, provinciaux. Nulle part l'absorption ne fut plus complète qu'en France, et notre pays a offert au XVII[e] et au XVIII[e] siècles le type achevé de la monarchie absolue. Cette généralisation nous paraît légitime, parce que les faits sur lesquels elle repose ont été décrits dans tous leurs détails. Elle nous permet de dire que le fait générateur d'une monarchie limitée est la présence à côté d'un

1. Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, p. 636) insiste sur ce point, en faisant remarquer qu'anciennement la monarchie était limitée par des corporations distinctes de l'Etat.

monarque, détenant en fait un pouvoir politique, d'autres éléments, groupes religieux, communaux, seigneuriaux, provinciaux (les formes peuvent en être très diverses et le nombre très variable) qui, eux aussi, possèdent en fait une force et peuvent imposer cette force.

Le phénomène qui, dans presque tous les pays modernes, a donné naissance aux monarchies limitées est de même nature. Il est impossible de le décrire pour tous les pays européens; nous l'examinerons seulement en France avec quelques développements. A la fin du XVIII[e] siècle, la monarchie absolue existe dans notre pays. Par suite du prestige de la famille à laquelle il appartient, des ressources financières dont il dispose, de la force armée qui est sous ses ordres, un homme monopolise la force politique et peut imposer sa volonté à tous les membres de la collectivité française; il est monarque absolu. A la suite d'un long effort, sous l'action d'événements que chacun connaît, une classe d'hommes acquiert une puissance matérielle; c'est la classe du tiers état. Pour légitimer cette puissance matérielle, elle invoque la conception de la souveraineté nationale et se prétend l'interprète exclusif de cette souveraineté nationale. A côté de l'élément monarchique apparaît donc un autre élément, qui détient une part de la force politique. Ce n'est point la nation tout entière; il n'y a point de souveraineté nationale. Ce sont là des mots imaginés par la bourgeoisie française, consciente de sa force, pour légitimer cette force et essayer de la transformer en droit. Bref, au moment où commence la Révolution, le processus historique a produit dans la société française deux éléments de force politique : le vieil élément monarchique représenté par la dynastie régnante, et un élément d'origine aussi très ancienne, mais qui arrive seulement en 1789 à la conscience claire de sa puissance, et à une structure vraiment

cohérente, l'élément bourgeoisie. Là où est la force, là sont aussi le pouvoir politique et le gouvernement. Le pouvoir politique et le gouvernement appartiendront à la fois au monarque et à un parlement bourgeois, à un parlement puisque cette bourgeoisie devient cohérente par représentation et que l'élément politique bourgeois est ainsi un élément organisé en représentation[1].

Cette situation politique, organisée par la loi positive, donnera tout naturellement naissance à une monarchie limitée. La constitution de 1791 était dans son principe, sinon dans ses dispositions de détail, parfaitement conforme à la situation politique de la France à cette époque. Elle parle, il est vrai, de souveraineté nationale une et indivisible; mais ce n'était au fond qu'une formule, imaginée pour légitimer la force de la classe bourgeoise, et son accession au pouvoir politique. Si, malgré leur passion de logique, les auteurs de la constitution ne furent pas trop violemment choqués de ce qu'il y avait de contradictoire à proclamer la toute-puissance de la nation une et souveraine et à maintenir en même temps la monarchie héréditaire dans la dynastie ancienne, c'est que plus ou moins consciemment ils comprenaient que, dans la réalité, ils associaient non point deux entités, le roi et la nation, mais un individu, le roi toujours détenteur d'une puissance de fait encore considérable, et une classe de la nation, la classe bourgeoise et propriétaire, arrivée maintenant à la conscience de sa force politique. Et ce fut la classe bourgeoise seule qui venait limiter en fait le pouvoir monarchique. Nous n'en voulons pour preuve que les lois électorales votées par l'Assemblée de 1789, la distinction des citoyens actifs et des citoyens passifs, et les conditions rigou-

1. Voir *supra*, chap. II, § 8.

reuses, particulièrement les conditions de fortune, exigées pour être électeur secondaire.

L'évolution normale de la bourgeoisie fut interrompue par la tourmente révolutionnaire d'abord, par le régime guerrier du premier empire ensuite. Périodes troublées, forcément transitoires, desquelles ne pouvait sortir un régime politique durable. Avec la chute de Napoléon, la classe bourgeoise réapparaît plus puissante que jamais. La période de 1814 à 1830, surtout la période de 1830 à 1848, marque son apogée. La royauté de Louis XVIII, de Charles X et de Louis-Philippe est une monarchie limitée. Louis XVIII et Charles X ont affirmé le principe du droit monarchique antérieur au droit du peuple, et ont déclaré que la charte constitutionnelle était octroyée, que les pouvoirs du parlement n'étaient qu'une concession gracieuse et toujours révocable du roi. Tout cela était fiction. La réalité, c'était une puissance politique partagée entre un homme, un Bourbon, fort encore de ses titres héréditaires, et un groupe d'hommes, la classe bourgeoise exerçant cette puissance par un parlement qui la représente. En 1830, on affirme à nouveau le principe de la souveraineté nationale, on donne au monarque le titre de roi des Français; fiction encore. En vérité la classe bourgeoise détient la puissance politique; ne se sentant pas assez forte pour l'imposer par ses seules forces, elle veut s'assurer à la fois le secours du principe monarchique et du dogme de la souveraineté nationale. Ainsi en France, de 1814 à 1830, la force politique appartient en commun à un individu, roi légitime ou quasi-légitime et à un groupe d'individus, la classe bourgeoise et propriétaire. D'où une collaboration, une solidarité particulière entre cet individu et ce groupe d'individus, qui sera le fondement du droit politique; et la monarchie limitée, qu'elle soit organisée par une charte octroyée ou

convenue ou par une constitution votée, ne sera que la forme juridique de cette collaboration. Il y aura un droit logique de la monarchie limitée, parce qu'elle est, non point l'opposition de deux entités irréductibles, la souveraineté du roi et celle de la nation, mais la collaboration féconde d'un individu et d'une classe.

En 1848, on proclama le principe du suffrage universel. L'égalité civile proclamée et réalisée en 1789, consacrée à nouveau par le code civil, devait conduire tôt ou tard à l'égalité politique, comme l'égalité politique conduira tôt ou tard l'égalité économique. Cette égalité politique s'est réalisée plus tôt qu'on ne le pensait, et cela pour des causes particulières. Peut-être en sera-t-il de même de l'égalité économique. Quoiqu'il en soit, la monarchie est-elle conciliable théoriquement avec le suffrage universel tel que nous le pratiquons depuis 1848? Ou au contraire la République est-elle, comme M. Floquet et M. Tony Révillon [1] se plaisaient à le dire en 1888 et en 1889, la forme nécessaire du suffrage universel? Nous ne le croyons point. Le suffrage universel est l'expression juridique de ce fait que, dans un pays donné, une force politique appartient aux plus nombreux. La seule question, qui puisse se poser, est donc celle de savoir si, en fait, à côté de cette force du nombre, il y a dans le pays une autre force politique, et notamment une force monarchique. Si en fait cette force existe, sa réalité est bientôt démontrée par des crises du suffrage universel, et les institutions positives doivent lui faire une place. La monarchie n'est pas en soi plus incompatible avec le suffrage universel qu'elle ne l'est avec la puissance d'une classe. La monarchie sera alors limitée par la puissance de la majorité comme elle l'était

1. Séances de la Chambre des députés, 15 octobre 1888, exposé des motifs lu par M. Floquet sur le projet de revision de la constitution, et 9 février 1889, rapport M. de Tony Révillon.

précédemment par la force de la classe bourgeoise. Si l'on veut, la puissance du nombre sera limitée par l'élément monarchique et cette limitation ne consiste pas plus que précédemment dans l'opposition de la souveraineté royale et de la souveraineté nationale, mais dans la solidarité intime qui unit un homme, le roi, avec un groupe d'hommes, le groupe le plus nombreux.

Ainsi, en France, la monarchie limitée n'a jamais été et ne pourrait être que la coparticipation à la force politique d'un individu qui possède, par ses origines ou son prestige personnel, une force propre, et d'un groupe d'hommes, qui a une puissance politique, parce qu'il possède une puissance économique ou numérique. Un examen des pays étrangers, où existe une monarchie limitée, nous conduirait à une conclusion analogue : on verrait que partout la monarchie limitée est née d'une collaboration, d'une solidarité spéciale se formant, par l'effet naturel des circonstances, entre un individu et une classe, un groupe d'individus auxquels l'hérédité, les croyances religieuses, les services rendus, la propriété et la puissance économique qui s'y attache, ou le nombre, assurent une force particulière. Ainsi naît entre le monarque, individu, et un groupe d'individus une solidarité, qui présente les deux caractères de toute solidarité sociale. Elle est une solidarité par similitudes, parce que le monarque et les individus ont les mêmes aspirations : le maintien et l'extension de leur force politique. Elle est une solidarité par division du travail, parce que les uns et les autres se rendent de mutuels services : le monarque ne peut rien politiquement sans les individus, et ceux-ci ne peuvent rien sans le monarque. Solidarité du monarque et des groupes politiques qui possèdent une force sociale, voilà le fondement même du droit politique applicable au régime dérivant

de cet état social. L'institution de la monarchie limitée est la construction juridique de ces forces collaborantes d'un homme et d'un groupe. Le droit applicable à une monarchie limitée est possible parce qu'il ne s'applique point à de vagues entités, comme la prétendue souveraineté monarchique ou nationale, mais à des volontés individuelles concrètes, la volonté du monarque, la volonté des individus formant le groupe politique, volontés soumises à la prise du droit. Le législateur positif peut intervenir et, sur le fondement de cette solidarité, régler les pouvoirs objectifs des uns et des autres. Dans une monarchie limitée, on aura donc simplement deux gouvernants, un monarque et une classe, en général organisée en représentation dans un parlement; deux gouvernants investis de pouvoirs objectifs qui pourront se combiner, sans qu'un faux principe *a priori* les mette fatalement en contradiction.

Ce sera le rôle de l'art politique d'organiser le mieux possible cette répartition des pouvoirs objectifs du gouvernant, le roi, et de l'autre gouvernant, le groupe. Le desideratum à atteindre est évidemment d'assurer autant que possible, dans la vie du gouvernement, une action respective des deux gouvernants, correspondante à l'action respective qu'exercent dans le pays l'une sur l'autre les deux forces sociales desquelles ils émanent. Ce résultat sera obtenu si, par d'habiles combinaisons, l'un des gouvernants ne peut rien faire sans le concours ou le contrôle de l'autre, de telle sorte que toute manifestation de la puissance publique résulte d'une vraie collaboration des deux gouvernants, comme toute la force politique prépondérante résulte dans le pays de l'association constante des deux éléments, l'élément monarchique et l'élément classe ou majorité. On verra plus loin comment par la force des choses les institutions positives se transforment gra-

duellement pour aboutir à cette intime collaboration des deux gouvernants d'origine diverse.

Ainsi toutes les controverses sur l'organe suprême, sur le *Träger* de la souveraineté sont sans objet. Il n'y a ni personnalité collective, ni souveraineté, ni organe, mais des individus gouvernants, qui ne sont les plus forts et ne peuvent imposer leur plus grande force que par un accord fondé sur la solidarité qui les unit dans la société, et qui doit les unir dans le gouvernement.

Cette collaboration dans le gouvernement étant supposée réalisée dans le droit positif, se présente une question dont il faut dire un mot. De cette collaboration du monarque et du groupe gouvernant, représenté en général par le parlement, naît-il une volonté *une* distincte de celle du monarque et de celle du parlement? C'est une question déjà rencontrée, et nous voilà de nouveau devant la théorie de la *Vereinbarung*. Jellinek indique comme une de ses applications les plus remarquables la formation de la loi « par la couronne et le parlement » : et l'acte, résultant ainsi de la collaboration du parlement et du monarque, devient par l'effet de la *Vereinbarung* un acte de volonté *une*, que naturellement, fidèle à sa doctrine, Jellinek déclare être la volonté de l'Etat[1]. Toutes les raisons, développées ailleurs contre la *Vereinbarung* et son effet créateur d'une volonté nouvelle, trouvent ici leur application. L'effet de droit est produit par la volonté individuelle du monarque et par celle du parlement, en ce sens que la volonté de l'une est condition de l'efficacité juridique de la volonté de l'autre. Il est bien entendu qu'en parlant de la volonté du parlement, nous comprenons les volontés individuelles de ses membres, chacune d'elles

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 194.

ayant aussi les manifestations des autres pour condition de son efficacité.

## V

Fondée sur la solidarité politique d'un homme et d'un groupe, sur leur coparticipation à la force politique, la monarchie limitée n'aura une organisation positive adéquate à son principe que si toutes les règles y relatives tendent à assurer une collaboration constante de ces deux éléments. Puisque la force appartient en commun au monarque et au groupe, représenté par un parlement, la décision gouvernementale ne pourra s'appuyer sur la force et n'aura véritablement le caractère d'une décision étatique que si le parlement et le monarque sont d'accord. Point de distinction à faire entre les diverses fonctions de l'Etat, entre la fonction législative, administrative ou juridictionnelle ; elles sont des fonctions étatiques au même titre, ou plutôt elles ne nous apparaîtront avec ce caractère, dans une monarchie limitée, que par la coparticipation des deux gouvernants ; et le législateur constituant doit organiser et garantir cette coparticipation [1].

C'est dire que toute théorie se rattachant de près ou de loin à la séparation des pouvoirs manque ce but et se trouve par là condamnée à l'impuissance. Et d'abord la séparation des pouvoirs classique, à la manière de 1791, de l'an III et de 1848. Sans doute dans notre conception des gouvernements composés, elle ne se heurte

1. Cf. Lingg (*Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*, 1890) qui, dans une forme très obscure, nous paraît aboutir à une conclusion analogue ; — Errera, *l'Interdépendance des pouvoirs en Belgique*, *Revue du droit public*, 1901, t. I, p. 465.

point à une impossibilité logique, tenant à l'indivisibilité de la souveraineté et à l'unité de l'organe suprême, puisque nous nions l'une et l'autre. Mais la séparation des pouvoirs se trouve (ce qui est encore plus grave) en contradiction avec la réalité sociale, qui est le substratum des gouvernements composés, et particulièrement de la monarchie limitée. Quelles raisons ont amené les rédacteurs de certaines de nos constitutions à formuler le principe de la séparation des pouvoirs, à essayer de l'organiser, et beaucoup de publicistes à voir dans ce principe la condition de toute monarchie limitée, et même de tout gouvernement libéral? Nous n'en apercevons que deux. D'abord ils ont pu croire que la séparation des pouvoirs était elle-même le produit du processus historique, duquel est sortie la transformation de la monarchie absolue en monarchie limitée, dans la Grande-Bretagne, dans la France de 1791 et dans la plupart des pays européens. Ils ont donné alors une interprétation tout à fait inexacte de ce processus historique. L'évolution n'a point consisté, en effet, à séparer l'un de l'autre les facteurs politiques, à isoler les diverses fonctions de l'Etat en les attribuant à des organes distincts et sans action l'un sur l'autre, à donner par exemple à l'élément monarchique la fonction exécutive, à l'élément populaire la fonction législative. Bien au contraire le résultat de ce développement historique a été d'associer à la plus grande force, c'est-à-dire à la force étatique les deux éléments monarchique et populaire, et, dans certains pays, les deux éléments monarchique et aristocratique, de rendre nécessaire l'intervention de ces deux éléments dans toutes les manifestations de volonté politique. Par suite, si l'on veut créer une organisation politique positive adaptée à ce processus historique, il ne faut point séparer l'un de l'autre les deux éléments investis

de la puissance politique. En faisant cela, on aboutit nécessairement à les mettre en conflit, à contrarier le jeu normal des forces sociales. C'est précisément ce qu'on a fait en introduisant dans les constitutions positives le faux principe de la séparation des pouvoirs. Il faut, au contraire, associer les deux éléments en une étroite et constante collaboration ; alors seulement on est dans la vérité des faits. La force sociale n'appartient pas pour certaines fonctions à l'élément monarchique, pour telles autres fonctions à l'élément populaire ; elle appartient pour toutes les fonctions au deux éléments réunis, puisque la plus grande force ne réside en ces éléments que précisément parce qu'ils sont réunis. Toute constitution positive, qui veut donner à une monarchie limitée une organisation politique durable, devra donc, au lieu d'isoler le parlement et le monarque, les réunir dans une intime collaboration. Le régime parlementaire proprement dit, dont il sera parlé plus loin, a été le meilleur procédé trouvé jusqu'à présent pour réaliser cette union.

L'autre raison, qui peut avoir amené les auteurs des constitutions positives à y introduire la séparation des pouvoirs, est la pensée qu'il y avait là un système éminemment protecteur de l'individu contre l'arbitraire gouvernemental. En cela on s'est encore étrangement trompé ; car un système politique, qui n'est pas en harmonie avec les faits, ne peut être que dangereux pour les individus comme pour la collectivité. En faussant les relations normales, un système politique inadéquat aux faits amène des heurts, des chocs qui désorganisent la machine politique et mettent en danger les libertés individuelles. La démonstration en a été faite en France dans les temps qui ont suivi les constitutions de 1791, de l'an III et de 1848. Nous ne voulons pas dire que la séparation des pouvoirs instituée en 1791,

en l'an III et en 1848 ait été la seule cause de la tyrannie conventionnelle et du despotisme impérial. D'autres circonstances ont certainement agi. Mais nous persistons à penser que la séparation des pouvoirs a contribué puissamment aux convulsions politiques et aux coups d'Etat qui remplissent ces diverses époque.

Telle est la séparation des pouvoirs classiques. A côté d'elle, certains juristes allemands[1] en ont inventé une autre, ou plutôt ont donné une curieuse extension à la théorie classique. Nous n'avons point en vue la théorie métaphysique de Kant, qui déclare que l'Etat est divisé en trois personnes, que les trois pouvoirs de l'Etat sont « autant de personnes morales, qui se complètent réciproquement et doivent être subordonnées l'une à l'autre[2] », que ces trois personnes n'en font cependant qu'une seule, la personne Etat une et indivisible. Nouveau mystère de la Trinité, que nous n'essaierons point d'élucider. Nous faisons allusion à une théorie relativement récente défendue par quelques juristes, et au premier rang par Laband. Avec la théorie ordinaire de la séparation des pouvoirs, on explique bien comment, dans une monarchie limitée, toutes les fonctions administratives sont restées au monarque; mais on ne peut point expliquer comment dans la plupart des monarchies limitées, le roi et le parlement sont associés à la fonction législative, comment le parlement vote la loi et le roi la sanctionne, la loi n'étant définitive et obligatoire que par cette double intervention. Déjà en 1789, les membres de l'Assemblée constituante avaient aperçu la

1. Nous disons certains juristes allemands; quelques-uns, en effet, repoussent énergiquement la séparation des pouvoirs, Jellinek notamment (Voir *Allgemeine Saatslehre*, p. 455). Le savant maître a bien voulu qualifier d'une épithète élogieuse notre étude sur la *Séparation des pouvoirs et l'Assemblée de* 1789. Nous l'en remercions profondément.

2. Kant, *Doctrine du droit*, §§ 45, 48, p. 168 et suiv. (traduct. Barni, 1853); Cf. Mohl, *Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften*, 1855, t. I, p. 273.

difficulté et n'avaient admis le *veto* suspensif que sous la pression des nécessités politiques. Laband a trouvé un moyen ingénieux de résoudre le problème, à l'aide d'une extension apportée à la séparation des pouvoirs. D'après lui, dans toute loi il faut distinguer deux choses : la règle de droit formulée par la loi et la force obligatoire qui l'accompagne, le contenu de la loi et l'ordre de la loi. Ces deux éléments peuvent en fait être réunis de telle manière qu'il n'y ait aucun intérêt juridique à faire la distinction. Il en est ainsi dans les monarchies absolues où le monarque, lui seul et en même temps, formule la règle de droit et lui donne la force obligatoire, dans les démocraties directes ou représentatives, où l'assemblée du peuple, le corps représentatif formule la règle de droit et lui donne aussi force obligatoire. Mais parfois au contraire la formule de la règle de droit et l'ordre sont distincts et se rattachent à des éléments différents. Il en est ainsi dans les monarchies limitées, où à côté du monarque existe un parlement : l'établissement de ce qui doit être la loi appartient alors à un autre organe que celui auquel appartient la sanction. Le monarque, étant le *Träger* unique de la puissance étatique *impartagée* et *impartageable*, peut seul faire une loi, c'est-à-dire revêtir l'ordre étatique de sa force exécutoire. Mais il ne lui appartient point de déterminer le contenu de la loi; cela rentre dans la mission du parlement. Le parlement et le monarque concourent donc à la formation de la loi, mais avec des rôles différents : le parlement en détermine le contenu; le monarque, par sa sanction, donne à la loi sa force obligatoire. Laband rattache lui-même cette distinction à la séparation des pouvoirs. « La théorie de la séparation des pouvoirs, dit-il, repose dans sa partie principale sur la reconnaissance de la distinction qu'on vient de développer. » Cette distinction, ajoute-t-il, montre comment

on peut dire que la loi résulte du concours de volonté du monarque et du parlement; mais dans la réalité, ces volontés ont chacune un objet différent; la volonté du parlement a pour objet le contenu de la loi; la volonté du monarque, la force impérative de la loi[1].

La distinction est assurément extrêmement ingénieuse. Mais elle nous paraît se rattacher à deux idées fausses. D'abord, l'unité de la puissance publique et comme conséquence l'unité du *Träger* de la puissance publique. Le raisonnement de Laband est bien celui-ci : la puissance étatique est une et indivisible, par conséquent, dans un Etat il ne peut y avoir qu'un support unique de cette puissance; et ce support unique dans une monarchie est nécessairement le roi. On sait que ce prétendu principe ne repose sur aucun fondement. En second lieu, comme les juristes allemands en général, Laband tend avant tout à démontrer juridiquement que, même dans la monarchie limitée, le monarque est l'organe suprême de l'Etat, l'*exerceur* unique de la puissance publique. Mais ces publicistes ne s'aperçoivent pas qu'ils aboutissent ainsi à la négation de la monarchie limitée et ramènent toute monarchie à un véritable absolutisme. En réduisant le rôle du parlement à formuler le contenu de la loi, on en fait un simple conseil législatif, et on donne au roi en somme toute la puissance législative. Or comme, d'autre part, on lui attribue sans hésitation toute la puissance exécutive, nous ne voyons pas ce qui reste au parlement. De plus, la loi n'est-elle pas un acte indivisible, et peut-on faire cette distinction entre la formule de la règle de droit et l'acte qui lui donne la force obligatoire? La règle de droit est impérative par elle-même; formuler une règle de droit, c'est formuler

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. II, p. 1 et suiv.; édit. franc., 1901, t. II, p. 264.

une règle impérative. La distinction est donc tout à fait arbitraire; et Gierke a eu parfaitement raison de critiquer cette doctrine de Laband, en disant : « La règle de droit contient le commandement législatif comme élément nécessaire, puisqu'on ne peut pas vouloir que quelque chose soit une règle de droit, sans vouloir en même temps qu'elle ait une force obligatoire[1]. »

Dans la monarchie limitée, l'accomplissement de toutes les fonctions étatiques doit donc résulter du concours de volonté du roi et du parlement. Seul un système positif, fondé sur la collaboration des pouvoirs, répond à la solidarité sociale particulière, de laquelle dérive la monarchie limitée. Cependant la collaboration des pouvoirs, comme la séparation, se heurte elle-même, en fait, à une certaine attribution du monarque sur laquelle il n'est pas inutile de s'expliquer. Dans toutes les monarchies limitées le monarque fait certains actes, où il paraît intervenir seul. Ces actes ont porté en France, pendant la Restauration et la monarchie de Juillet, le nom générique d'ordonnance, et les Allemands les appellent des *Verordnungen*. Ces actes peuvent être des décisions individuelles, portant sur un point déterminé, dans les limites de la compétence que la loi a donnée au monarque. Alors il ne peut pas y avoir de difficulté; le monarque agit comme un simple agent, et tout ce que nous dirons plus loin sur la compétence des agents trouve son application. Le monarque n'est plus alors un gouvernant; la question de collaboration ou de séparation des pouvoirs ne peut se poser, pas plus qu'elle ne se pose lorsqu'un agent administratif ou judiciaire fait un acte individuel. Le monarque est alors l'agent supérieur de la hiérarchie;

1. Gierke, *Jahrbücher* de Schmoller, t. VII, 1883, p. 1174.

mais il est un agent, et non plus un gouvernant; il exerce une compétence identique à celle de tout agent, conformément à ce double principe du droit public moderne, d'une part qu'un gouvernant ne peut pas faire un acte individuel, et d'autre part qu'un agent quelconque ne peut faire un acte individuel que dans les limites fixées par la loi, c'est-à-dire par une décision générale formulée par les gouvernants[1]. Mais d'autre part, les monarques constitutionnels ont eu presque toujours le pouvoir reconnu de porter des dispositions par voie générale et abstraite. Les décisions générales, prises ainsi par le roi, ont reçu différents noms; en France on les appelle ordonnances réglementaires, quelquefois proclamations, terme emprunté à la terminologie anglaise; en Allemagne, *Rechtverordnungen* ou *Nothverordnungen*, suivant qu'on veut mettre en relief le caractère ou le but de ces ordonnances. Peu importe les noms, peu importe les divergences de détail, les règles diverses que les lois positives et la coutume ont introduites dans les différents pays. Le fait est certain et reste très simple. Dans tous les pays de monarchie limitée, bien qu'en principe la loi ne puisse être faite que par le concours du monarque et du parlement, il y a certaines dispositions par voie générale, qui sont portées régulièrement par le monarque agissant seul. On voit immédiatement comment ce fait vient à l'encontre à la fois de la séparation et de la collaboration des pouvoirs. Si, par définition même, la loi est une règle par voie générale et abstraite, si tel est son caractère intrinsèque et essentiel, on ne voit pas comment une ordonnance réglementaire, une *Rechtverordnung* peut être portée par le monarque seul, sans l'intervention du parlement. Cette objection ne nous arrête pas, puisque

1. Cf. *infra*, chap. IV, § 1.

nous repoussons la séparation des pouvoirs. Mais nous rencontrons alors le principe que nous avons admis comme l'essence même de la monarchie limitée, la collaboration du parlement et du monarque. L'ordonnance, contenant une règle de droit, est assurément un acte de volonté gouvernante ; elle implique donc le concours du parlement et du monarque. Comment comprendre dès lors qu'elle puisse régulièrement émaner de la volonté du monarque seul? Il semble donc que l'existence en fait d'ordonnances réglementaires soit absolument contraire à toute théorie juridique de la monarchie limitée. D'où les controverses sans fin qui se sont élevées sur le droit d'ordonnance.

En Allemagne, Laband a cru résoudre la difficulté en distingant les ordonnances au sens formel et les ordonnances au sens matériel. La notion de l'ordonnance matérielle se détermine, dit-il, par opposition à la notion de la loi matérielle. On sait que dans la doctrine de Laband la loi est caractéristisée au point de vue matériel en ce qu'elle contient un commandement duquel résulte une modification dans l'état de droit des individus; que sans doute la généralité est un caractère habituel de la loi matérielle, mais qu'elle n'en est point un caractère essentiel. Par opposition à cette conception de la loi matérielle, l'ordonnance au sens matériel ne contient aucune règle de droit ; elle reste tout entière dans le domaine de l'administration ; elle a pour but de réaliser l'activité de l'Etat. C'est ainsi que toutes les décisions, même par voie générale, relatives à l'organisation des services publics, par exemple de l'armée, de l'enseignement, des différents ministères, sont des ordonnances au sens matériel. Or dans la monarchie limitée, le domaine administratif a été laissé tout entier au monarque ; par suite, celui-ci aura naturellement le pouvoir de faire sans le concours du parlement toutes

les ordonnances au sens matériel; quoique formulées par voie générale, elles sont des actes de l'ordre administratif; et la compétence du roi à cet égard est en tout conforme au principe de la monarchie limitée, dans laquelle seule la puissance législative du monarque est limitée par l'intervention nécessaire du parlement. Laband ajoute au reste, que, si tel est le principe, il y a cependant un certain flottement dans la ligne séparative de la législation et de l'administration, et que certaines décisions qui, dans un pays et à un moment donné, ont le caractère administratif, peuvent apparaître dans un autre pays et en un autre temps avec le caractère législatif; mais que malgré ces variations l'idée générale de la distinction, qui légitime les ordonnances matérielles dans les monarchies limitées, reste intacte. A côté des ordonnances au sens matériel, existent aussi des ordonnances au sens formel. Ce sont celles qui contiennent véritablement l'énoncé d'une règle de droit. Ainsi, par opposition à la loi formelle, qui est une disposition qui émane du monarque et du parlement, mais ne contient point une règle de droit, l'ordonnance au sens formel contient une règle de droit et émane du monarque seul. Comment cela peut-il se concilier avec le principe de la monarchie limitée? Pour ce faire, Laband distingue deux espèces d'ordonnances contenant une règle de droit (*Rechtsverordnungen*), les ordonnances intérimaires ou provisoires, et les ordonnances complémentaires. Les premières se justifient en fait par la nécessité où se trouve souvent le gouvernement de régler une situation qui n'est pas prévue par la loi, ou même de modifier à cause de circonstances spéciales les dispositions de la loi. Le législateur ne peut pas tout prévoir, et souvent la nécessité s'impose, soit de modifier la loi, soit de faire une loi nouvelle et immédiate. C'est donc la nécessité qui justifie cette espèce d'ordonnance; aussi quelques

auteurs les ont-ils appelées ordonnances de nécessité (*Nothverordnungen*). Mais, ajoute Laband, si le monarque pouvait faire ces ordonnances sans aucune condition, l'intervention du parlement dans la législation serait réduite à une formalité sans valeur. Aussi ces ordonnances ne sont-elles jamais permises que sous la condition résolutoire que plus tard le parlement réuni les ratifiera. Ces ordonnances ne sont donc pas définitives par elles-mêmes; elles ne le deviennent que lorsque le parlement les a ratifiées ; et ainsi le principe de toute monarchie limitée, le droit du parlement en matière législative, reste respecté. Quant aux ordonnances complémentaires ou de développement, elles ne modifient point les lois faites par le parlement; elles restent dans le cadre tracé par elles ; elles contiennent des dispositions s'appliquant dans les limites fixées par la loi ; elles règlent les détails qui assureront le respect de la loi ; elles font donc corps avec la loi ; et les droits du parlement ne reçoivent encore aucune atteinte. Ces ordonnances complémentaires peuvent aussi, cela arrive souvent, contenir simplement des instructions adressées aux différents fonctionnaires pour assurer l'exécution de la loi; elles ne sont alors que des actes administratifs, des *Verordnungen* au sens matériel, et rentrent par conséquent dans le pouvoir normal du monarque[1].

On paraît avoir eu en France, aux époques de monarchie limitée, une conception sensiblement analogue de l'ordonnance réglementaire. C'est une question, discutée entre les historiens, de savoir si, à l'époque de la monarchie absolue, on faisait, entre les divers actes par voie générale émanés du roi, une distinction analogue à celle aujourd'hui faite entre la loi et l'ordonnance

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. II, p. 78 et suiv. ; édit. franç., 1901, t. II, p. 377 et suiv ; — Cf. Arnd, *Das selbständige Verordnungrecht*, *Archiv für öffentliches Recht*, 1901, t. XVI, p. 192.

ou règlement. Nous sommes porté à admettre la négative ; le roi ayant le pouvoir législatif dans sa plénitude, on ne voit guère comment on aurait pu songer à faire une pareille distinction, qui n'a pu venir à l'esprit qu'à l'époque de la monarchie limitée[1]. Mais l'Assemblée constituante, ayant formulé le principe de la séparation des pouvoirs, se trouva en présence du problème. Dès le mois de septembre 1789, elle vota le principe suivant, inscrit plus tard dans l'article 6 de la section I du chapitre IV du titre III de la constitution : « Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois pour en ordonner et en rappeler l'exécution. » Des dificultés paraissent s'être élevées, dès le moment qui suivit le vote, sur la portée véritable de cette disposition. Il semble bien néanmoins qu'à l'époque du premier vote de ce texte, le 30 septembre 1789, on fut d'accord pour enlever au roi toute parcelle du pouvoir réglementaire. En effet, Malouet ayant proposé de reconnaître au roi « le droit de faire des règlements provisoires pour les départements qui lui sont confiés », d'énergiques protestations s'élevèrent au sein de l'Assemblée, et Pétion s'écria : « En admettant le principe du préopinant (Malouet), des monstres pervers, des hommes ambitieux chercheront à envahir le pouvoir législatif. Ils l'envahiront et seront nos législateurs. Non, Messieurs, le pouvoir législatif seul a le droit de faire et d'interpréter la loi. » Le texte fut voté à une forte majorité[2]. Mais quelques jours après, le ministère ayant demandé une interprétation, l'Assemblée vota une déclaration, qui sembla restreindre la portée du texte et reconnaître au

1. Cf. cependant, Balachowsky-Petit, *la Loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs*, 1901.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. IX, p. 219.

roi un certain pouvoir réglementaire, au moins à titre provisoire[1]. En 1789 et 1790 on trouve certains actes royaux qui semblent présenter le caractère de véritables règlements. Le 16 août 1791, le texte voté une première fois, le 30 septembre 1789, est voté une seconde fois sans discussion aucune; il passe définitivement dans la constitution. Nous estimons qu'on est dans la vérité en disant que, fidèles aux principes de la séparation des pouvoirs, les constituants de 1791 refusaient au roi tout pouvoir réglementaire[2]. Sous le Directoire, le Consulat et l'Empire, les tendances autoritaires du gouvernement l'amènent à exercer un large pouvoir réglementaire, que pouvait à la rigueur justifier quelques textes des constitutions, notamment l'article 44 de la constitution de l'an III et l'article 52 de la constitution de l'an VIII. Mais les formes politiques de cette époque n'ont rien de commun avec la monarchie limitée; et nous arrivons au célèbre article 14 de la charte de 1814 : « Le roi fait les règlements et ordonnances pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat. » Ce texte fut adopté sans discussion et sans objection par la commission chargée de rédiger la charte. Certainement dans la pensée des commissaires, on voulait tout simplement reconnaître au roi le pouvoir de faire des ordonnances complémentaires et explicatives des lois et le droit de prendre dans le silence de la loi des mesures de haute police, à la condition de ne jamais empiéter sur le domaine législatif. Sauf de rares exceptions, jusqu'aux ordonnances de juillet, Louis XVIII et Charles X se conformèrent à cette règle. Les ordonnances de juillet furent considérées par tous comme un véritable coup d'Etat,

1. *Archives parlementaires*, 1re série, t. IX, p. 467; — Cf. *Ibid.*, p. 451.
2. Cf. Esmein, *Droit constitutionnel*, 2e édit., 1899, p. 471. — Voir en sens contraire, Moreau, *le Règlement administratif*, 1902, p. 63 et suiv.

et la révolution qui les suivit comme légitime. L'article 14 de la charte de 1814 devient l'article 13 de la charte de 1830. « Le roi fait des règlements et ordonnances pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution. » De ce texte et du rapport de Dupin[1], il résulte que le roi pourra faire les ordonnances réglementaires, destinées à compléter les lois et à en régler les détails d'application, et aussi les ordonnances organisant les services publics, mais point les ordonnances dites *de nécessité*, c'est-à-dire les ordonnances modifiant ou suspendant une loi, même avec l'approbation postérieure du parlement. C'est ainsi que pendant tout le règne de Louis-Philippe fut exercé le pouvoir réglementaire[2]. En résumé, pendant les époques où la France a vécu sous une monarchie limitée, ou bien le roi n'a point eu le pouvoir réglementaire, par application d'une rigoureuse séparation des pouvoirs, ou bien il ne l'a exercé que pour compléter la loi et pour organiser les services publics. Ainsi la conciliation, que Laband essaie d'établir entre le pouvoir réglementaire et la séparation des pouvoirs, s'adapte assez bien aux textes français que nous venons de rapporter.

L'Angleterre, pendant longtemps, a réservé à son parlement la confection de toute disposition par voie générale. Mais depuis quelques années elle paraît être entrée dans la voie de la coutume continentale. Voici, en effet, comment s'exprime Dicey à cet égard : « La distinction (de la loi et de l'ordonnance) existe dans la plupart des Etats continentaux, et non sans une grande utilité pratique. Dans les pays étrangers la législature se borne généralement à formuler les principes géné-

1. *Archives parlementaires*, 2e série, t. LXIII, p. 37.
2. Cf. Raiga, *le Pouvoir réglementaire* (thèse Paris), 1900; — Moreau, *loc. cit.*, p. 81 et suiv.

raux de la législation et laisse, au grand avantage du public, le soin de la compléter à des décrets ou règlements qui sont l'œuvre de l'exécutif. Le caractère embarrassé et la prolixité de la loi anglaise écrite sont dus, en grande partie, à l'effort fait pour fixer les détails des grandes réformes législatives. Le mal est devenu si évident qu'à l'époque moderne les actes du parlement contiennent constamment des dispositions, qui ont pour but de conférer au conseil privé, aux juges ou à un autre corps le pouvoir d'établir des règles conformes à l'Acte pour déterminer les détails que le parlement n'a pu insérer dans la loi. » Dicey ajoute que c'est là un palliatif insuffisant, et qu'il y aurait un grand intérêt à reconnaître, comme en France, au pouvoir exécutif, le droit général de régler par une ordonnance les détails d'application d'une loi; mais il constate qu'il serait contraire au droit public anglais d'attribuer à une pareille ordonnance la force d'une loi[1].

De ce court exposé, il résulte qu'en Angleterre, en France et en Allemagne, on reconnaît que ce pouvoir réglementaire du monarque est imposé par la nécessité pratique, et qu'on a essayé de l'expliquer juridiquement en montrant qu'il n'est point contraire à la séparation des pouvoirs, soit en disant comme Laband que beaucoup de ces ordonnances, quoique contenant une règle générale, ne sont point des lois au sens matériel, soit en disant que ces ordonnances, venant tout simplement compléter la loi et en régler les détails d'application, n'empiètent point sur le domaine du parlement, soit en invoquant une délégation donnée par le parlement au pouvoir exécutif. Cette dernière idée n'a cepen-

1. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 49 et suiv., 5e édit., 1897; édit. franç., 1902, p. 46.

dant reçu son entier développement que de nos jours en France[1]. Mais, à notre sens, cette conciliation du pouvoir réglementaire avec la séparation des pouvoirs n'est qu'apparente. Ou la séparation des pouvoirs n'a pas de sens, ou, dans une monarchie limitée, elle signifie ceci : tout ce qui est exécutif et administratif peut être fait par le roi seul ; tout ce qui est législatif au sens matériel ne peut être fait que par le parlement seul, ou avec une certaine collaboration du monarque. Or, quoi qu'on dise, une ordonnance par voie générale est toujours une loi au sens matériel. Que le monarque ne puisse pas modifier, suspendre ou abroger une loi proprement dite, cela va de soi et ne change rien ; cela tient uniquement à l'étendue de la compétence du gouvernant qui fait l'acte, mais n'influe en rien sur le caractère intrinsèque de l'acte. Toute ordonnance par voie générale est une loi matérielle, même si elle se borne à organiser des services publics[2]. Emanée du parlement cette dernière disposition serait incontestablement une loi matérielle ; elle ne peut pas perdre ce caractère intrinsèque quand elle émane du monarque. Pour ce qui est d'une délégation tacite ou expresse donnée par le parlement au pouvoir exécutif, M. Esmein a bien montré qu'elle ne pouvait pas produire d'effets particuliers, parce que si la séparation des pouvoirs existe, elle est certainement une règle constitutionnelle rigide, qui s'impose au parlement[3]. Ne le serait-elle point parce que le pays considéré, à l'exemple de l'Angleterre, n'a point de constitution rigide, la délégation

1. Voir *infra*, chap. III, § 9.

2. Voir sur le caractère intrinsèque de la loi, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. VI et VII, 1900.

3. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 476, 2e édit., 1899. — *De la délégation du pouvoir législatif*, *Revue politique et parlementaire*, 1894, t. I, p. 209 et suiv. ; — *Contra*, Moreau, *le Règlement administratif*, 1902, p. 185 et suiv.

serait encore impossible, parce que le pouvoir du parlement n'est point un droit qui puisse faire l'objet d'un mandat. D'ailleurs nous accordons volontiers que le pouvoir réglementaire, tel qu'il a été pratiqué en France pendant la période de monarchie limitée, et dans la plupart des monarchies étrangères, n'est point contraire à la séparation des pouvoirs. Est-il par là expliqué? Point du tout; car le véritable obstacle auquel il se heurte réside dans la nature même de la monarchie limitée, telle qu'elle est sortie des faits; l'acte réglementaire est une manifestation de la volonté gouvernante; dans une monarchie limitée, il ne peut y avoir un acte de cette espèce que par l'accord du roi et du parlement, et l'acte réglementaire émane du roi seul! Aussi est-ce dans l'évolution même, de laquelle est sortie la monarchie limitée, qu'il faut chercher l'explication de ce véritable pouvoir législatif appartenant, malgré la présence du parlement, au monarque agissant seul.

En fait, la monarchie limitée est presque toujours une ancienne monarchie absolue transformée. Dans tous les pays européens qui ont ou ont eu une monarchie limitée, le monarque, à une certaine époque, a monopolisé à lui tout seul la plus grande force et a possédé le pouvoir d'exercer, sans le concours d'aucun autre élément, toutes les fonctions étatiques, toute la puissance gouvernementale. Peu à peu s'est formé à côté de lui un autre élément, le plus souvent un élément populaire représenté par un parlement, qui a pris pour lui une part de la force politique, et dont la volonté est devenue, par la suite, nécessaire pour l'accomplissement de toutes les fonctions étatiques. Mais l'évolution ne s'est pas faite en un instant; la transformation n'a pas été complète d'un seul coup. Le pouvoir de l'élément populaire s'est imposé d'abord

au roi sur certains points, et non sur tous[1]. Le roi absolu avait dans sa plénitude le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. L'élément populaire acquiert successivement un ensemble de pouvoirs, qui vont diminuer celui du monarque. Dans le domaine législatif, ce n'est d'abord que pour les dispositions relatives à ce qu'on appelle les droits individuels que l'élément populaire impose son pouvoir. En effet, c'est avant tout sous l'influence de la doctrine individualiste de droit naturel, formulée solennellement par la France en 1789, que les monarchies européennes cessent d'être absolues. Le monarque perd la puissance de prendre seul des décisions, qui réagissent sur les droits individuels des citoyens, et le parlement acquiert d'abord le pouvoir de participer avec le roi à l'établissement de semblables décisions. La collaboration du parlement et du monarque apparaît ainsi d'abord pour les matières qui touchent à l'état des personnes, aux droits de l'individu. Mais le monarque a conservé sa puissance législative pour tous les autres points, et par exemple pour tout ce qui regarde l'organisation intérieure du pays, l'institution et la réglementation des services publics; il a conservé son pouvoir législatif même sur les matières qui touchent à l'état et aux droits des citoyens, quand le principe des limitations qui y sont apportées a été une première fois déterminé par le concours du monarque et du parlement. Dans le domaine exécutif l'intervention de l'élément populaire ne s'impose au monarque que pour l'établissement des dépenses publiques; pour tout le reste le roi conserve son ancien pouvoir.

Mais ne considérons que la fonction législative ; pour les autres fonctions le roi est plutôt un agent qu'un

1. Cf. Moreau, *le Règlement administratif*, 1902, p. 54.

gouvernant. Le pouvoir réglementaire du monarque ne s'explique point par ce fait qu'il serait le pouvoir d'exercer une fonction exécutive, et que dans la monarchie limitée il y aurait une division entre l'exécutif et le législatif, le législatif appartenant au parlement et l'exécutif au monarque seul. D'une part, la répartition ne s'est point faite ainsi et ne pouvait se faire ainsi ; d'autre part, la collaboration du parlement et du monarque n'est point devenue d'un seul coup complète et générale. Cette collaboration ne s'est imposée d'abord que sur certains points; et là où elle s'imposait, on a dit qu'il y avait une loi, une loi au sens formel, qui était souvent en même temps une loi au sens matériel. Mais sur beaucoup d'autres points, le roi, malgré la présence d'un parlement à côté de lui, a conservé son ancien pouvoir et même son ancien pouvoir législatif. Dès lors ce qu'on appelle le pouvoir réglementaire du roi, c'est la part de son ancien pouvoir législatif, qu'il a conservée malgré la formation à côté de lui d'un parlement représentant la force aristocratique ou démocratique. C'est pour cela même qu'il est parfaitement légitime de rechercher, dans une monarchie limitée, quelles matières sont législatives et quelles réglementaires. Mais cette recherche ne peut avoir pour but de déterminer d'une manière générale et absolue les matières qui ne peuvent être réglées que par le parlement et celles qui peuvent être l'objet d'une ordonnance royale; on peut seulement déterminer quelle est à un moment donné, dans un pays donné, la part de puissance législative qui a été enlevée à l'ancien monarque absolu, devenu monarque limité, et en même temps la part qui lui en a été laissée. Toutes les doctrines, comme celles indiquées précédemment, qui veulent déterminer le fondement rationnel et l'étendue fixe du pouvoir régle-

mentaire ou du droit d'ordonnance, ne peuvent aboutir. Elles veulent résoudre par des théories abstraites une simple question de fait et d'observation.

Conséquemment la solution ne peut être la même dans les différents pays. En Angleterre, où la monarchie limitée s'établit de bonne heure, le roi a perdu successivement tout son pouvoir législatif propre, et on est arrivé, il y a déjà longtemps, à cette conclusion que toute disposition par voie générale ne peut être établie que par le concours du monarque et du parlement. Aussi quand les nécessités gouvernementales font sentir le besoin d'attribuer au roi agissant seul un certain droit de statuer par voie générale, on n'aperçoit d'autre moyen pour expliquer cela que d'invoquer une délégation qui lui serait donnée par le parlement. En Allemagne, au contraire, où la monarchie limitée est de date relativement récente, où la monarchie conserve une très grande partie de sa force ancienne, le pouvoir réglementaire reconnu au monarque est très étendu. Beaucoup d'auteurs, on l'a vu, veulent en déterminer le domaine à l'aide de principes généraux ; ils ne peuvent y parvenir. Le droit d'ordonnance, qui appartient encore aux monarques allemands, comme aussi à l'empereur d'Autriche, est ce qui leur est resté de leur ancien pouvoir législatif, même après l'établissement à côté d'eux de parlements élus. En France, on voulait d'un seul coup, en 1789-1791, enlever au roi tout son ancien pouvoir législatif ; mais la tentative était prématurée ; l'élément monarchique avait encore, par lui seul, dans notre pays assez de force pour conserver une part de la puissance législative. De là d'abord les difficultés que souleva la disposition constitutionnelle (const. 1791, tit. III, chap. IV, sect. I, art 6), au moment même où elle fut votée; de là aussi, quand l'ancienne monarchie est restaurée, en 1814, sous la forme d'une monarchie limitée.

l'article 14 de la charte. En résumé, partout où existe une monarchie limitée, ce qu'on appelle le pouvoir réglementaire est simplement une part plus ou moins grande de la puissance législative, qui a été conservée au roi, malgré la formation de parlements élus représentant un élément populaire ou aristocratique.

Jellinek paraît bien avoir compris cette évolution historique et y voir la véritable cause du pouvoir réglementaire. Il étudie en détail son histoire en Angleterre, en France et en Allemagne[1]. Il expose ensuite, il est vrai, une théorie générale de la *Verordnung* ou ordonnance, qui se rapproche beaucoup de celle de Laband, mais qui est formulée en termes moins clairs et moins nets[2].

Tout ce qu'a de confus et de vague cette doctrine de Jellinek, habituellement si clair et si précis, est une nouvelle preuve que le problème des ordonnances royales, dans la monarchie limitée, ne peut être résolu que par l'étude de l'évolution historique. La situation est très simple et la voici en bref. Du jour où s'est formée dans l'esprit de l'homme la claire notion de la loi positive, conçue comme la formule d'une règle de droit, par conséquent d'une règle générale, la principale manifestation de la puissance politique et gouvernante a été l'établissement de la loi positive. L'essence d'une monarchie limitée consiste en ce que la plus grande force, la puissance gouvernante, appartient à des éléments sociaux, un monarque et un groupe, solidaires l'un de l'autre. Donc toute manifestation de la volonté gouvernante, et particulièrement l'établissement de toute loi doit résulter de la collaboration du monarque et du parlement. S'il y a des lois que le monarque fait seul, sans l'intervention du parlement, c'est que l'évolution, d'où

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 56 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 366 et suiv.

provient la monarchie limitée, n'est pas encore achevée, c'est que l'élément populaire ou aristocratique n'a pas encore une force égale à celle du monarque, et que celui-ci a conservé un reste de son ancien pouvoir législatif, autrefois sans limite et sans partage. Le pouvoir réglementaire est donc ce qui reste au monarque dans une monarchie limitée de son ancien pouvoir législatif.

Mais, en même temps, se sont produits deux faits, l'un et l'autre d'une extrême importance. D'abord, on a compris que parfois la fonction législative ne pouvait être remplie par le concours du monarque et du parlement, sans de graves inconvénients. Cette collaboration exige forcément une procédure longue et compliquée; et comme le domaine de la loi, de la décision par voie générale, va chaque jour en augmentant à mesure que la conception de l'Etat de droit se généralise, on s'est aperçu qu'il était matériellement impossible que le parlement intervînt par la décision et la délibération, toutes les fois qu'il fallait formuler une règle générale. C'est à cause de ces nécessités pratiques que forcément et naturellement le monarque n'a pas perdu tout son ancien pouvoir législatif, qu'il en a conservé une partie, et que le pouvoir réglementaire lui a été maintenu, même dans les pays où la transformation de la monarchie absolue en monarchie limitée paraît être complètement achevée. C'est pour la même raison que dans les pays où à un moment donné l'évolution avait été complète, où le monarque avait perdu complètement son pouvoir législatif, où toute décision par voie générale ne pouvait résulter que du concours du monarque et du parlement, il y a eu un retour en arrière, et qu'on a été amené à reconnaître à nouveau, sous le nom de pouvoir réglementaire, une certaine puissance législative au monarque, comme en Angleterre et dans la France de 1830.

En même temps, se produisait un autre fait, qui permettait au précédent de s'accomplir sans entraîner une régression dans l'évolution normale de la monarchie limitée. Celle-ci tend, on l'a dit, à la collaboration constante et générale du parlement et du monarque; elle a été complète partout où la monarchie limitée est devenue une monarchie parlementaire, ou, sous un autre nom plus précis, un gouvernement de cabinet. On va montrer que le propre de la monarchie parlementaire est précisément la collaboration constante et générale du parlement et du monarque. Et cependant, avec l'établissement de la monarchie parlementaire, le droit d'ordonnance royale ne disparaît point; mais il change à la vérité de caractère. La différence entre la loi et l'ordonnance est toujours faite; mais elle ne consiste plus en ce que la loi émane du parlement et du monarque, l'ordonnance du monarque seul; l'une et l'autre résultent exclusivement de la collaboration des deux pouvoirs; mais la différence consiste en ce que le mode de collaboration n'est pas le même. Pour la loi la décision est prise par le parlement, qui y joue, peut-on dire, le rôle principalement actif; le monarque y participe par l'initiative et presque toujours par la sanction, ou, suivant l'expression de Montesquieu, par la faculté d'empêcher. Pour l'ordonnance au contraire, la décision est prise par le monarque; c'est lui qui joue le rôle principal; et l'intervention du parlement se traduit dans son droit de contrôle, dans les sommations qu'il peut adresser au gouvernement du roi de modifier ou de rapporter l'ordonnance qu'il a prise. La collaboration a donc toujours lieu; mais elle se manifeste en des formes différentes, et à ce point de vue la distinction entre la loi et l'ordonnance subsiste encore dans la monarchie parlementaire. Reste à savoir pour quelles matières la collaboration a lieu en la première

forme, pour quelles en la seconde, ou, comme on dit, quelles matières sont législatives et quelles réglementaires. A cette question, non plus que précédemment, il n'y a pas de réponse générale et absolue. L'action de l'évolution historique et des nécessités gouvernementales précédemment décrites réapparaît ici. La partie du pouvoir législatif, que le roi avait conservée au moment où la transformation de son pouvoir absolu en pouvoir limité n'était pas complète, la partie du pouvoir législatif que les nécessités pratiques avaient conduit à lui maintenir ou à lui restituer, formeront naturellement le domaine de l'ordonnance. Chose curieuse pour un observateur superficiel, mais en harmonie parfaite avec ce qui vient d'être dit, ce domaine de l'ordonnance, au lieu de décroître, va s'élargisant. On inventera le subterfuge de la délégation, simple subterfuge puisque le parlement ne peut déléguer un droit qu'il n'a pas. Même en dehors de toute délégation, le droit d'ordonnance, le pouvoir réglementaire du monarque s'agrandit ; il réapparaît dans des pays qui l'avaient supprimé, en France en 1814 et en 1830, en Angleterre de nos jours. Pourquoi? Parce qu'il est sans danger. Le droit d'ordonnance n'implique plus, en effet, dans la monarchie parlementaire, l'intervention du monarque seul ; mais il suppose toujours, comme toute loi, la collaboration du parlement et du monarque ; la forme seule de la collaboration est différente de ce qu'elle est pour la loi proprement dite. Le droit d'ordonnance royale, dans une monarchie parlementaire, s'exerce sous le contrôle rigoureux du parlement ; par là s'affirme la collaboration constante du groupe et du roi, caractéristique essentielle de toute monarchie parlementaire, comme cela sera montré dans les pages qui suivent.

## VI

Par ce qui précède, on voit que, dans notre pensée, la monarchie parlementaire est l'aboutissant normal et complet de l'évolution qui a produit la disparition des monarchies absolues. La monarchie parlementaire n'est qu'une monarchie limitée, parvenue à son entier développement. On ne doit point opposer, comme on le fait souvent, la monarchie constitutionnelle ou limitée à la monarchie parlementaire ; c'est une idée courante chez les juristes allemands ; elle est erronée. La monarchie constitutionnelle est le stade, intermédiaire et transitoire, entre la monarchie absolue et la monarchie parlementaire ; il n'y a pas de différence spécifique entre elles deux. La monarchie parlementaire est la monarchie limitée parvenue à son complet développement, précisément parce que, sous un pareil régime, tout acte gouvernemental suppose la collaboration du monarque et du parlement. Il n'entre pas dans notre plan de faire un exposé complet des règles relatives au régime parlementaire ; nous voulons seulement montrer comment ce système politique a réalisé la transformation complète de la monarchie absolue en monarchie limitée, parce qu'il assure dans sa plénitude la collaboration du monarque et du parlement à toutes les fonctions étatiques. L'instrument de cette collaboration est le cabinet, nommé par le monarque, et responsable politiquement devant le parlement. Responsabilité qui a pour contre-partie le droit appartenant au roi de dissoudre le parlement.

Cette transformation s'est accomplie d'abord en Angleterre. Avant tous les autres pays d'Europe, l'Angle-

terre eut une monarchie limitée. Naturellement, avant tous les autres aussi, elle transforme cette monarchie limitée en une monarchie parlementaire. Certaines causes secondaires ont, il est vrai, sinon produit, du moins hâté et facilité la transformation. L'avènement d'une dynastie étrangère, dont le premier roi ignorait la langue anglaise et se désintéressait par là même des affaires traitées dans le cabinet, eut pour conséquence d'accroître les attributions actives du cabinet et de réduire à peu près à néant l'intervention personnelle du monarque. Le long règne d'une femme, de 1837 à 1901, eut des conséquences du même ordre. Le rôle de la couronne se borne de plus en plus à représenter la nation, à maintenir les traditions de gouvernement. Quant à l'action gouvernante, elle se concentre tout entière dans le cabinet. Sans doute il ne faut pas voir, avec Bagehot[1], dans le cabinet un simple comité de la chambre des communes. La monarchie anglaise n'est pas seulement une institution décorative ; elle possède un pouvoir véritablement effectif ; et l'idée monarchique est restée parfaitement vivante dans l'esprit du peuple anglais. Mais en fait, toutes les fonctions étatiques sont accomplies par l'intermédiaire du cabinet, lequel assure une collaboration constante du monarque et du parlement. La responsabilité politique du cabinet a produit ce curieux résultat d'adapter aux besoins nouveaux et à la situation politique contemporaine la vieille règle du droit public anglais, d'après laquelle le parlement, quoique un, se compose de trois éléments constitutifs, le roi, la chambre des lords, la chambre des communes[2]. Par l'effet de la responsabilité politique du cabinet et de son rôle constitutionnel, cette règle n'est point une simple

1. Bagehot, *English constitution*, 1878, p. 16 et suiv.

2. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 37, 5e édit., 1897 ; édit. franç., 1902, p. 35.

fiction. Toute loi est votée dans le parlement; mais, par l'intermédiaire du cabinet, la couronne est directement associée à la confection des lois; toutes les fonctions gouvernementales proprement dites sont remplies par le cabinet, mais cela sous le contrôle incessant du parlement. L'expression, prérogative de la couronne, qui implique la survivance d'un droit appartenant en propre au roi, est toujours employée; mais elle ne désigne plus qu'une chose fictive. Le droit de dissolution lui-même a cessé d'être à proprement parler une prérogative de la couronne. Il n'a d'autre but que d'assurer l'accord de la couronne et du parlement, et de contrôler la conformité de son opinion avec celle du corps électoral dont il émane. En un mot, toutes les fonctions politiques émanent véritablement d'une collaboration du monarque et du parlement, et cette collaboration est réalisée par le cabinet, agent essentiel de l'activité politique. Il émane à la fois du monarque et du parlement, du monarque, puisque c'est lui qui le nomme ou du moins qui désigne le premier ministre, lequel choisit ensuite ses collaborateurs; du parlement, puisque le cabinet est choisi dans la majorité du parlement. Jellinek[1] a raison de dire que la royauté est un organe essentiel de la constitution anglaise, parce que son inactivité entraînerait l'arrêt complet de la machine gouvernementale. Mais on peut, on doit en dire autant du parlement. Si le parlement anglais refusait aussi de remplir sa mission, tout serait arrêté; ce serait la révolution ou l'anarchie. L'Angleterre est un pays monarchique, c'est vrai; mais elle est aussi un pays parlementaire; et c'est cette fusion intime du roi et du parlement qui constitue véritablement le gouvernement anglais.

1. *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 623.

Déjà Montesquieu avait aperçu les éléments essentiels de cette collaboration. De son temps, l'évolution n'était pas encore complètement accomplie. Il avait pu parler de séparation des pouvoirs ; mais, en même temps, il avait nettement aperçu cette limitation respective du parlement par le monarque et du monarque par le parlement. « Voici donc, écrit-il, la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront *liées* par la puissance exécutive, *qui le sera elle-même par la législative*. Ces trois puissances devront former un repos ou une inaction. Mais, comme par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles *seront forcées d'aller de concert*[1]. » Le concert, la collaboration, voilà bien l'essence de toute monarchie parlementaire. L'évolution normale de la monarchie anglaise est venue achever le travail, dont Montesquieu avait constaté le commencement et merveilleusement compris la portée. Tout cela est la négation même de la séparation des pouvoirs au sens classique. Le caractère de la monarchie anglaise subsistera-t-il ? Peut-être y a-t-il déjà chez nos voisins des signes précurseurs d'une nouvelle transformation de la monarchie. Cette collaboration générale et constante de l'élément monarchique et de l'élément électif avait été rendue possible par la formation de deux grands partis, Whigs et Tories, chacun fortement discipliné. A l'heure actuelle, ces deux partis ne sont plus guère qu'un souvenir ; de nouveaux groupements sont en train de s'élaborer. Le parlementarisme anglais traverse évidemment une crise. Est-ce une crise momentanée ou le

1. *Esprit des Lois*, liv. XII, chap. VI, Bâle, 1799, t. I, p. 365.

prélude d'une transformation profonde? L'avenir l'apprendra; toute réponse à cette question serait étrangement prématurée.

La monarchie parlementaire anglaise est l'aboutissant d'un long processus historique; dans sa forme moderne sont venus se refléter tout les éléments si complexes de l'histoire anglaise et tous les traits du caractère anglais. Notre pays a eu aussi sa monarchie parlementaire, dont les éléments essentiels ont été absolument identiques à ceux de la monarchie anglaise. Mais ni ses conditions de formation, ni la durée de son développement, ni ses caractères externes et secondaires n'ont été semblables. La pensée de l'Assemblée constituante avait été, en 1789-1791, de créer de toutes pièces une monarchie limitée, sur le modèle anglais, en l'adaptant cependant aux besoins de logique, de régularité et de simplicité propres au caractère français. On a montré que l'œuvre de l'Assemblée constituante était caduque et artificielle; elle disparaissait bientôt au souffle révolutionnaire. En 1814, nouvelle et identique tentative, mais qui, au lieu de partir d'en bas comme en 1789, part d'en haut. Le roi affirme la plénitude de sa souveraineté héréditaire, mais veut bien donner à l'élément électif une part dans la confection des lois, le vote de l'impôt et l'établissement du budget. Les deux éléments monarchique et électif se trouvent ainsi placés à côté l'un de l'autre. Voilà le fait qui s'imposait en dépit des déclarations solennelles sur le pouvoir originaire du roi, sur l'octroi de la charte; voilà en même temps le fait qui fut le régulateur des événements. Malgré la volonté du roi et de ses conseillers, qui ne voulaient et ne comprenaient qu'une monarchie limitée, c'est-à-dire un régime où le roi aurait tous les pouvoirs, avec une certaine limitation à son pouvoir législatif et financier par le parlement, une collaboration générale du

gouvernement et du parlement s'introduit peu à peu. La responsabilité politique des ministres devant la chambre des députés est chaque jour mieux comprise. Il serait facile de suivre pas à pas, dans l'histoire politique de la Restauration, cette association de plus en plus intime du monarque et du parlement, pour arriver au triomphe de cette idée, que, si le parlement ne peut rien faire sans le roi, d'autre part aussi le roi ne peut rien faire sans le parlement. Cette étude a été faite d'une façon complète, particulièrement par Duvergier de Hauranne dans son *Histoire du gouvernement parlementaire;* il suffit d'y renvoyer. Mais dès les premières années de la Restauration un homme, plus célèbre par son génie littéraire que par son rôle politique, avait bien compris la nécessité inéluctable qui s'impose à toute monarchie limitée. Dans sa brochure célèbre, la *Monarchie selon la Charte*, Chateaubriand écrivait en effet en 1816 : « Si l'on laisse passer cette grande phrase que les ministres du roi ne doivent compte qu'au roi de leur administration, on entendra bientôt par administration tout ce qu'on voudra, des ministres incapables pourront perdre la France à leur aise ; et les chambres devenues leurs esclaves tomberont dans l'avilissement... Les chambres ont le droit de demander tout ce qu'elles veulent aux ministres. Les ministres doivent toujours répondre, toujours venir quand les chambres paraissent le souhaiter... Le ministère doit disposer la majorité et marcher avec elle ; sans cela point de gouvernement[1]. »

De ne l'avoir point compris, la monarchie des Bourbons s'est effondrée. Assurément, elle n'eut point été le gouvernement définitif de la France ; car l'élément populaire allait acquérir bientôt la prépondérance dans

1. Chateaubriand, *la Monarchie selon la Charte*, chap. xv (*Œuvres complètes*, Paris, 1827, t. XXV, p. 36).

le pays et monopoliser la puissance politique. Mais certainement en 1830, l'idée monarchique avait une puissance suffisante pour maintenir quelque temps encore le trône des Bourbons. Comme le montrait Chateaubriand, la monarchie ne pouvait durer qu'au moyen d'une intime collaboration avec l'élément électif; elle devait être véritablement parlementaire. En dépit de tout, le régime parlementaire s'établit; et, s'établissant sans le concours de la royauté bourbonnienne, il s'établit contre elle et amena sa chute. En 1830, l'idée monarchique est encore si forte en France qu'on ne songe point à établir une république. On veut et on édifie une monarchie nouvelle ; cependant pour l'accréditer dans le pays on croit nécessaire de la rattacher à la vieille monarchie française, et on invente la théorie de la *quasi-légitimité*[1]. La royauté est encore une force sérieuse, avec laquelle il faut compter. L'élément électif s'impose aussi, et la force politique réside assurément, dans la France de 1830, à la fois entre les mains du monarque et d'un parlement élu. Le régime politique, seul possible, sera donc une monarchie parlementaire, une collaboration constante et générale de ces deux éléments; le roi ne pourra point être un monarque, disposant de ses ministres, instruments de ses volontés, un monarque simplement limité par un parlement; il sera forcément un roi parlementaire avec un ministère responsable. Toutes les tentatives du roi Louis-Philippe pour exercer un pouvoir personnel échoueront, et la France verra, pendant quelques années, la réalisation complète de la vraie monarchie limitée, la monarchie parlementaire. Triomphe éphémère, car la monarchie de Louis-Philippe s'écroule bientôt comme ses devancières. La

1. Thureau-Dangin, *Histoire de la monarchie de Juillet*, 1884, t. I, p. 33 et suiv.

cause essentielle de la révolution de 1848 est assurément une poussée démocratique. Mais, malgré cette puissance grandissante de l'élément populaire, l'idée monarchique conservait encore de fortes racines dans le pays. Les deux choses ne s'excluent point. La France aspirait à un régime politique, qui aurait été une combinaison de la force monarchique et de la force populaire. Il ne faut pas oublier que la Révolution avait marqué l'avènement d'une nouvelle aristocratie, la bourgeoisie, la classe des propriétaires ; et c'est avec elle que voulut gouverner la monarchie de Juillet. Or, cette force de la bourgeoisie allait en diminuant de plus en plus, et la puissance du nombre grandissait d'autant. Une monarchie appuyée sur une bourgeoisie devait disparaître; appuyée sur la force populaire, elle eut peut-être duré de longues années encore. Dire que la monarchie de Juillet est tombée devant les progrès de la démocratie n'est pas tout à fait exact; il est plus juste de dire qu'elle est tombée parce qu'elle n'a pas compris ces progrès, parce qu'elle a voulu régner avec l'appui d'une bourgeoisie désormais sans force. Il n'y a point, on l'a vu, d'antinomie théorique entre la démocratie et la monarchie ; il ne peut y avoir qu'une antinomie de fait dans les pays où l'idée monarchique a perdu toute force. Il n'en était point ainsi dans la France de 1848, où la monarchie possédait encore certainement une force politique, due surtout à son prestige historique et à l'éducation profondément monarchique du peuple. Mais c'est un jeu puéril de refaire l'histoire !

Quoi qu'il en soit de tout cela, il nous paraît certain que toute monarchie limitée, ou bien disparaîtra, soit en redevenant absolue, soit en faisant place à la puissance illimitée d'une classe, d'une majorité, ou bien se constituera en gouvernement parlementaire, parce que

seule cette forme politique assure la collaboration effective des éléments, dont l'association à la force politique est le fondement même de la monarchie limitée. Les juristes allemands comprennent assez malaisément cette forme de gouvernement. Les monarchies allemandes ne sont pas en effet arrivées encore à ce point ; elles en sont restées au stade de la monarchie simplement limitée, et la plupart des juristes allemands ont beaucoup plus à tâche de justifier ce mode de gouvernement par des raisons plus ou moins subtiles, que d'en montrer le caractère précaire et irrationnel. Qu'adviendra-t-il en Allemagne de la monarchie limitée ? Il est difficile de le dire, tant sont divers et nombreux les facteurs qui peuvent exercer une action. Cependant, nous croyons volontiers à la fusion, dans un avenir prochain, de toutes les monarchies allemandes en une monarchie populaire, puissante et centralisée, avec une constitution assurant, dans une large mesure, la collaboration du monarque et du parlement élu.

La monarchie parlementaire consiste, disons-nous, en une collaboration constante et générale du monarque et du parlement, collaboration réalisée surtout par la responsabilité politique du ministère, avec le contrepoids de la dissolution. Mais une monarchie parlementaire reste une monarchie. Ce qui veut dire que, si la monarchie parlementaire s'est constituée et a pu se maintenir, c'est que le monarque possède par lui-même et de fait une force politique dans le pays, en un mot qu'il est un gouvernant. Comme tel, il ne tient ses pouvoirs de personne ; il est roi parce qu'il est assez fort pour l'être ; il n'est pas un agent institué par des gouvernants pour exercer une certaine compétence ; il n'est pas non plus un représentant ; un monarque, par définition même, n'est jamais repré-

sentant. Jellinek en fait très justement l'observation. Quand certaines constitutions, comme la constitution française de 1791 (titre III, pr., article 2) et la constitution belge de 1830 déclarent que le roi est représentant de la nation, elles expriment là une chose fausse et antinomique, voulant simplement donner une satisfaction platonique aux fervents de la souveraineté nationale. Dire qu'il y a un monarque, c'est dire qu'il y a un individu, qui par lui-même, par le caractère qui lui est propre, par la famille à laquelle il appartient, par le prestige qui s'attache à sa personne, un individu qui détient en fait une certaine force politique. En plaçant un parlement à côté de lui, on reconnaît que le monarque ne monopolise pas la force; il le reconnaît lui-même en acceptant ce parlement. Il n'en est pas moins certain que cette force propre du monarque est une réalité; sinon la monarchie ne subsisterait point. Un monarque même parlementaire est en lui-même un individu plus fort que les autres; il est souvent un ancien roi absolu, qui a conservé un reste de son ancienne omnipotence. Il n'est point un agent nommé ou un agent héréditaire, ayant compétence pour accomplir sous l'autorité des gouvernants certains actes juridiques. Il est monarque, c'est-à-dire gouvernant parce qu'en fait il détient une force politique.

Cette situation se traduit dans toutes les monarchies limitées, même celles qui sont arrivées à la forme parlementaire, dans l'inviolabilité et l'irresponsabilité du monarque. On a vu souvent dans cette institution une sorte de fiction établie pour assurer la permanence du pouvoir. Que ce résultat pratique ait été pour quelque chose dans le maintien de cette irresponsabilité du souverain, c'est possible, c'est même probable. Mais cette situation de tout monarque, même parlementaire, trouve sa raison

d'être dans la nature même des choses. Tout gouvernant est irresponsable par là même qu'il est gouvernant; et c'est là, on le verra plus loin, la différence pratique essentielle entre le gouvernant et l'agent. L'agent institué par un gouvernant agit sous le contrôle incessant du gouvernant. Le gouvernant a ce caractère parce qu'il détient en fait une certaine force; il est de sa nature irresponsable; il ne peut être responsable devant qui que ce soit, puisqu'il n'y a personne qui soit plus fort que lui. Aussi bien, nous ne voulons pas dire qu'il ne soit soumis à aucune règle de droit: nous avons suffisamment insisté sur ce point que tout détenteur de la force est juridiquement obligé d'employer cette force à un certain but. Nous comprenons seulement qu'une responsabilité d'un gouvernant ne peut pas être juridiquement organisée devant un autre gouvernant, parce que, s'il en était ainsi, il cesserait d'avoir la plus grande force et, par là même, il cesserait d'être gouvernant. Un parlement est responsable, quoique composé de gouvernants; mais ses membres ne sont gouvernants que par représentation, et la représentation politique est une situation particulière, qui entraîne une responsabilité spéciale sur laquelle nous nous sommes expliqué[1]. Mais le monarque est un gouvernant par lui-même; aucun lien de représentation ne le rattache à d'autres gouvernants. Nulle part ne peut donc exister un principe de responsabilité. Toutes les constitutions monarchiques, qui déclarent le roi inviolable et irresponsable, sont dans l'entière vérité. Elles constatent qu'une certaine force politique appartient au monarque en sa seule qualité, et que par suite un supérieur ne peut lui demander compte de ses actes, comme nul supérieur ne

1. Voir *supra*, chap. II, §§ 8 et 9.

peut demander compte de ses actes au corps électoral représenté par un parlement. Dans la monarchie parlementaire, le ministère est responsable. Mais ce n'est pas une responsabilité frappant des agents du roi, qui lui serait protégé par la fiction de l'inviolabilité. Le ministère n'est pas plus agent du roi, qu'il n'est agent du parlement. Ou si l'on veut, il est agent du roi devant le parlement, et agent du parlement devant le roi ; il est responsable aussi bien devant le roi que devant le parlement. Le ministère dans une monarchie parlementaire est une institution politique due à l'art des hommes et destinée à réaliser la collaboration constante du parlement et du monarque, les deux gouvernants qui participent à la puissance politique et qui l'exercent en commun à l'aide du ministère.

## VII

Création d'un ministère responsable à la fois devant le monarque et le parlement, voilà la part de l'art politique dans l'établissement des monarchies parlementaires. Pour tout le reste la monarchie parlementaire est sortie naturellement des faits ; elle est le résultat spontané d'une situation politique donnée, et, comme toute institution, elle n'a pu et ne pourra se maintenir que là où elle est le produit des choses et non l'œuvre artificielle des hommes. Mais il s'est produit de nos jours un phénomène curieux au premier chef, c'est la tentative faite en Amérique et surtout en France pour construire des républiques sur le modèle des monarchies limitées ou parlementaires. La tentative devait fatalement échouer ; l'institution établie n'a point été au bout de quelques années ce qu'elle devait être dans la pensée de ses fondateurs ; mais la déformation a été

absolument différente aux Etats-Unis et en France ; la cause de cette différence se trouve évidemment dans la structure absolument différente des deux pays.

La forme d'un gouvernement est républicaine, quand le monopole de la force dans un pays appartient à une certaine classe ou à la majorité numérique des individus. Dans le premier cas la république est aristocratique ; dans le second, démocratique ou populaire. Si la classe ou la majorité exerce directement la puissance publique, il ne peut pas être question d'un chef d'Etat républicain. Cette classe ou cette majorité peut instituer un commis, un officier, comme dit Rousseau, lequel sera l'agent supérieur de ses volontés. Mais ce haut magistrat, quelque nom qu'on lui donne, ne sera pas un chef d'Etat ou gouvernant ; ce sera un agent, un officier préposé par les gouvernants pour exercer une certaine compétence. Rousseau a parfaitement raison de dire : « Les dépositaires de la puissance exécutive ne sont point les maîtres du peuple, mais ses officiers ; il peut les établir et les destituer quand il lui plaît... Ce n'est absolument qu'une commission, un emploi, dans lequel, simples officiers du souverain, ils exercent en son nom le pouvoir dont il les a faits dépositaires, et qu'il peut modifier, limiter et reprendre quand il lui plaît[1]. » L'expression de chef d'Etat implique l'idée d'un individu qui est investi, en vertu de sa situation sociale, d'un pouvoir propre, d'une puissance de fait. Ce n'est pas la constitution positive qui crée cette force et ce pouvoir ; ils sont le produit de l'état social ; elle se borne à les organiser. Si donc on suppose que dans un pays donné, la force politique appartient exclusivement à une certaine classe ou à la majorité, il n'y a pas de place pour un chef d'Etat proprement dit. Celui qu'on

1. *Contrat social*, liv. III, chap. I, p. 184 et chap. XVIII, p. 245. Paris, 1817.

appelle ainsi est un agent, l'agent supérieur sans doute, mais point un gouvernant, puisqu'il ne détient pas, par sa situation sociale propre, une seule parcelle de la force politique.

La constitution française de 1793 avait bien compris cela. Elle ne créait point de chef d'Etat, mais seulement un conseil exécutif, nommé par l'assemblée législative sur la présentation faite par les assemblées électorales du département. Dans son rapport, Hérault-Séchelle, voulant caractériser la situation et le rôle de ce conseil, écrit : « Le conseil est un corps intermédiaire entre la représentation et les ministres pour la garantie du peuple... On ne représente point le peuple dans l'exécution de sa volonté ; le conseil ne porte donc aucun caractère de représentation[1]. » Et l'article 65 de la constitution, inspiré par ces idées, porte : « Le conseil est chargé de la direction et de la surveillance de l'administration générale, il ne peut agir qu'en exécution des lois et décrets du corps législatif. »

La même théorie, à laquelle on ne peut contester le mérite de la logique, fut reprise en 1848, mais ne passa point dans la constitution. Plusieurs députés, notamment Félix Pyat, Grévy, Théodore Bac soutenaient que les lois physiques et l'organisation même de l'homme étaient fondées sur le principe de l'unité, que ce principe devait dominer aussi dans les constitutions politiques, qu'après avoir déclaré que la souveraineté résidait dans l'universalité des citoyens, qui déléguait ses pouvoirs à une assemblée unique, on ne pouvait diviser ces pouvoirs, en distraire l'un des plus essentiels pour l'attribuer à un homme, que la présidence ne serait qu'une royauté déguisée, un retour à la monarchie, à la pire même des monarchies, car elle

1. *Moniteur* (Réimpression), t. XVI, p. 617.

n'aurait pas ses avantages et ne donnerait pas les garanties qu'on avait cherchées dans la monarchie véritable : la fixité et un frein pour toutes les ambitions [1]. Les orateurs qui parlaient ainsi étaient assurément dans la logique de la situation. Mais leur opinion ne triomphe pas ; l'assemblée institue un président de la république élu au suffrage direct et universel. On sait ce qu'il advint. Ce système logique d'une république sans chef d'Etat a été réalisé par la constitution suisse. Dans le gouvernement fédéral suisse, comme dans les cantons, il y a un conseil, appelé dans la fédération conseil fédéral, dans les cantons en général conseil d'Etat, élu ou bien directement par le peuple ou bien par l'assemblée législative. Il y a un président du conseil fédéral, mais sans attributions propres ou à peu près. Les conseils exécutifs sont seulement les exécuteurs des volontés du corps législatif. « L'exercice d'une volonté dirigeante, dit M. Esmein, n'entre même pas dans leur esprit [2]. » Beaucoup d'auteurs estiment qu'un pareil système serait impossible dans un grand pays, et particulièrement dans un grand pays centralisé comme la France, qu'il ne fonctionne sans dommage en Suisse que parce que la Suisse est un Etat fédéral, et parce que surtout l'harmonie « qui en résulte est le résultat des mœurs, s'est établie par tradition et se maintient par esprit de sagesse ». C'est possible. Mais en même temps, c'est le seul système logiquement compatible avec le principe républicain. Du reste il n'est pas difficile de montrer que les tentatives faites particulièrement en France, pour créer un chef d'État républicain, sur le modèle d'un monarque, n'ont point été heureuses.

1. *Moniteur*, 6, 7 et 8 octobre 1848.
2. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 305, 2e édit. 1899. — Cf. Attiwels Adams, *la Confédération suisse*, 1890, p. 53 et suiv.

En l'an III, pour la première fois, on voulut appliquer à la forme républicaine le principe de la séparation des pouvoirs. La pensée des rédacteurs de la constitution était de créer, à côté du pouvoir législatif, un élément distinct et indépendant, investi du pouvoir exécutif, et seulement du pouvoir exécutif, comme l'était le roi en 1791. Mais on n'osa pas confier le pouvoir exécutif à un seul homme; il eût ressemblé de trop près à un roi; et la chute de la royauté était encore trop proche pour qu'on en réveillât le souvenir sous une forme quelconque. La constitution déclare que le pouvoir exécutif est *délégué* à un directoire de cinq membres, nommé par le corps législatif, faisant alors les fonctions d'assemblée électorale au nom de la nation (art. 132). Chacun des mots de ce texte vaut la peine d'être pesé. Le pouvoir exécutif est délégué à un directoire. Par conséquent, le directoire est un élément représentatif; il y a un véritable mandat, ayant pour objet la souveraineté exécutive. Que devient le principe de l'indivisibilité de la souveraineté? A la rigueur, on pouvait comprendre qu'en 1791 on déclarât que le roi avait ce pouvoir exécutif : la monarchie était encore une force que les auteurs de la constitution nouvelle ne devaient point négliger. Ils pouvaient proclamer que théoriquement toute la souveraineté appartient à la nation; mais la monarchie était toujours là, avec son long passé de gloire, avec tout le prestige qui l'entourait encore; il fallait lui faire une place dans le nouvel établissement politique. En l'an III, la monarchie n'existe plus; le principe de la souveraineté nationale, une et indivisible, a triomphé définitivement; on ne saurait parler d'une délégation séparée de l'exécutif et du législatif. L'objection se présenta certainement à l'esprit des constituants. Comment le directoire, nommé par le corps législatif, peut-il être un corps

représentatif du peuple et posséder par délégation le pouvoir exécutif? On répond : le corps législatif, quand il nomme le directoire, cesse d'être corps législatif, pour devenir assemblée électorale, agissant au nom de la nation. Le directoire est donc élu indirectement par le peuple souverain, et à ce titre il peut être véritablement un corps représentatif. Malgré cette fiction, l'impossibilité logique précédemment indiquée subsistait tout entière. La pensée des rédacteurs de la constitution, le rapport de Boissy d'Anglas en fait foi[1], était de combiner avec la forme républicaine un pouvoir gouvernemental fort et puissant, éclairés qu'ils étaient par des événements récents du danger de concentrer tous les pouvoirs entre les mains d'une assemblée. Ils ne s'apercevaient pas que, malgré la collégialité du pouvoir exécutif, ils édifiaient une institution monarchique. Collégialité du pouvoir exécutif, séparation des pouvoirs contraire aux faits et à la logique, tout cela explique suffisamment la longue série de coups d'Etat qui remplissent notre histoire de l'an III à l'an VIII.

Il n'est plus question dans la constitution de l'an VIII de séparation des pouvoirs et de pouvoir exécutif. On parle du gouvernement, lequel est confié à trois consuls, le premier consul ayant seul des attributions actives. Il n'est point un représentant dans la vérité juridique de la constitution; il est un simple agent, le plus haut placé, le chef de la hiérarchie administrative, mais un simple agent. La logique était certainement plus respectée que dans la constitution précédente. Il est vrai que sous la pression des circonstances, et surtout par l'action géniale de l'homme qui était porté au pouvoir, toute la force politique se trouva bientôt concentrée entre ses mains[2].

1. *Moniteur* (Réimpression), t. XXV, p. 81.
2. Voir *supra*, chap. III, §§ 1 et 2.

En 1848, la commission de constitution demandait la création d'un président de la république élu au suffrage direct et universel. En vain Grévy propose-t-il l'amendement suivant : « L'assemblée nationale délègue le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de président du conseil des ministres et est élu pour un temps illimité ; il est toujours révocable. » La motion est rejetée le 7 octobre, par 643 voix contre 158[1]. Assurément le système de l'amendement échappait à notre objection. Toute la souveraineté se trouvait concentrée entre les mains de l'assemblée ; le président du conseil des ministres était nommé par elle et toujours révocable par elle, c'est-à-dire toujours responsable devant elle ; il n'était pas ce pseudo-monarque qu'allait créer la constitution. Mais l'amendement contenait cependant une contradiction interne. Si la souveraineté est déléguée par le peuple dans son unité et son indivisibilité à l'assemblée, celle-ci fractionne cette souveraineté en délégant le pouvoir exécutif à un citoyen, quel que soit le nom qu'on lui donne. Les signataires de l'amendement Grévy voulaient donner satisfaction à la fois aux tenants de la pure logique démocratique, qui écartaient toute distinction du législatif et de l'exécutif et à ceux qui, imprégnés de la longue tradition française d'un pouvoir exécutif unitaire, voulaient un chef du pouvoir exécutif. La transaction ne donna satisfaction ni aux uns ni aux autres.

Finalement en décidant que le pouvoir exécutif est délégué par le peuple à un président de la république, élu pour quatre ans, au suffrage direct et universel (art. 43 et 46), l'assemblée de 1848 se met en contradiction flagrante avec elle-même. Elle crée une double représentation de la souveraineté populaire, la repré-

1. *Moniteur* du 7 et du 8 octobre 1848.

sentation par le président et la représentation par l'assemblée. Députés et président sont nommés par les mêmes électeurs. Or si dans un pays plusieurs éléments représentatifs sont possibles, c'est à la condition que les éléments générateurs de cette représentation complexe soient distincts. On l'a montré en étudiant la question des deux chambres. Le président et l'assemblée de 1848 sont élus au suffrage universel et direct : ils représentent donc le même élément, la majorité numérique. De ces deux représentants, l'un est inutile et succombera fatalement. On croit écarter le danger en disant que l'un aura le pouvoir législatif, l'autre seulement le pouvoir exécutif. Pure illusion. On affirme que l'un et l'autre sont des représentants ; l'un et l'autre prétendront avec raison à toutes les prérogatives qui s'attachent au caractère de représentant. « Vous restaurez une monarchie, sans les avantages de la monarchie », disaient les adversaires d'une présidence : ils avaient raison. Comme le roi de 1791, le président de 1848 était déclaré *représentant*. La force monarchique encore subsistante en 1791 justifiait en partie cette formule. En 1848, créer un président de la république, c'était ou bien établir un rouage sans action et inutile, ou bien donner naissance à une force sans rivale, qui absorberait tout le pouvoir. Les événements le prouvèrent bientôt. On connaît les faits. Ils sont sensiblement analogues à ceux qui suivirent la constitution de l'an III. Assurément, non plus qu'en l'an VIII, les erreurs et les contradictions du législateur constituant ne furent pas les seules causes des événements et de l'établissement en France de la dictature impériale. De nombreuses circonstances, tout à fait étrangères au droit constitutionnel, y contribuèrent pour une large part. Nous ne sommes pas de ceux qui pensent que l'histoire des sociétés politiques gravite

tout entière autour d'un texte législatif, et en 1852 comme en 1800, le caractère des hommes, les tendances de l'esprit français, la crainte de l'anarchie, le goût traditionnel du peuple français pour une vaine gloire militaire ne furent pas étrangers au mouvement politique duquel sortit le second empire. Malgré tout, le rapprochement des faits, qui se sont accomplis aux deux époques, est singulièrement démonstratif.

Nous y voyons la preuve que les faits sociaux et politiques ont leur logique irréductible, une force contre laquelle viennent se briser les combinaisons législatives les plus savantes. Quand un pays est arrivé à cette situation sociale et politique, où toute la force se trouve concentrée dans une classe ou dans une majorité, c'est en vain qu'à côté de cette plus grande force, on veut créer un élément artificiel de contrepoids, c'est en vain qu'à côté d'un parlement, représentant la force populaire, on essaye d'instituer un chef d'État, modelé sur un monarque. Ou bien il sera un vain fantôme ; ou bien il profitera de son caractère représentatif pour confisquer la force populaire. En 1848, on créait un président de la république sur le modèle d'un roi constitutionnel. La monarchie constitutionnelle ou limitée peut à la rigueur se maintenir quelque temps parce que, produit normal d'un état social, elle est un régime transitoire évoluant naturellement vers la monarchie parlementaire. Mais l'institution d'un président de la république, pseudo-monarque constitutionnel, est une institution mort-née.

## VIII

Eclairés par l'exemple de 1848, les constituants de 1875 ont voulu créer un président de la république

sur le modèle d'un roi parlementaire. La tentative est tout aussi caduque et pareillement artificielle, quoique les conséquences en aient été différentes : le système de 1848 a produit l'omnipotence du président, le système de 1875 en a fait un rouage inutile et sans force.

Le 17 février 1871, M. Thiers était nommé par l'assemblée de Bordeaux chef du pouvoir exécutif de la République française; il devait exercer ses fonctions sous l'autorité de l'assemblée nationale avec le concours des ministres qu'il choisirait et qu'il présiderait. » La loi du 31 août 1871 donnait au chef du pouvoir exécutif le titre de président de la république, mais ne changeait rien à son caractère et à son rôle. Il est déclaré responsable devant l'assemblée (art. 2 § 6). M. Thiers était ainsi, avec le titre de président de la république, un premier ministre responsable. C'était le système de l'amendement Grévy en 1848. Toute la souveraineté résidait dans l'assemblée nationale. Celle-ci se gardait bien de parler d'un fractionnement de la souveraineté et d'une délégation du pouvoir exécutif; à peine parlait-elle incidemment dans la loi de 1871 d'une délégation de *fonctions*. Le président de la république d'alors n'est point un *représentant* investi du pouvoir exécutif par délégation; il n'est point un gouvernant, mais simplement un agent désigné par l'assemblée, l'agent exécutif supérieur, agissant toujours sous le contrôle de l'assemblée et responsable de tous ses actes devant elle. Le système était absolument logique : toute la souveraineté une et indivisible concentrée dans l'assemblée représentative; point de séparation des pouvoirs; un agent supérieur de la hiérarchie exécutive responsable, auquel, par déférence pour sa personne, on a donné le nom de président de la république. Mais dans la pensée de tous, c'était là un régime transitoire, devant cesser après le vote d'une constitution définitive. C'était cependant en réalité le seul sys-

tème en harmonie parfaite avec l'état politique du pays. La loi bizarre du 13 mars 1873 vint modifier la situation. M. Thiers cesse d'être un premier ministre, puisqu'il ne peut plus venir parler librement à l'assemblée et prendre part aux discussions, puisque les interpellations doivent être adressées aux ministres et non à lui; il n'est pas cependant un chef d'Etat, puisque la loi déclare que les questions de politique générale peuvent engager la responsabilité du président de la république. Ces contradictions, que l'habileté du rapporteur, le duc de Broglie[1], ne parvenait point à cacher, s'expliquaient aisément par l'hostilité de la majorité à l'égard de M. Thiers. La libération du territoire assurée, M. Thiers est obligé de quitter le pouvoir (24 mai 1873); le maréchal de Mac-Mahon le remplace, et sa situation est réglée par la loi du 20 novembre 1873 ou loi du septennat. Le Maréchal devient par le fait de cette loi un véritable chef d'Etat, un *représentant* de la souveraineté nationale pour le pouvoir exécutif: « Le pouvoir exécutif est *confié* pour sept ans au maréchal de Mac-Mahon » (art. 1). Il n'est plus comme M. Thiers responsable politiquement devant l'assemblée, puisque une durée fixe de sept années lui est assurée. On crée en la personne du Maréchal une sorte de monarque constitutionnel. Ne pouvant faire une monarchie définitive, l'assemblée fait une monarchie temporaire. On dit bien dans l'art. 1 de la loi que le président continuera à exercer le pouvoir exécutif « dans les conditions actuelles »; mais ces expressions ne peuvent viser la loi des Trente, faite spécialement en vue de M. Thiers; elles ne peuvent pas davantage impliquer une responsabilité du Maréchal devant l'assemblée, puisqu'on donne à ses pouvoirs

1. Voir le rapport du duc de Broglie, *Annales de l'Assemblée nationale* de 1874, t. XVI, p. 107.

une durée fixe de sept années. Et, de fait, le Maréchal agit et gouverne comme un monarque constitutionnel, plutot même que comme un monarque parlementaire, faisant sentir son action personnelle dans les affaires.

Cependant, la commission des Trente prépare un projet de loi qui, dans sa pensée et dans celle de la majorité, organisera, en la forme parlementaire, les pouvoirs de ce monarque septennal. On sait à la suite de quels incidents l'Assemblée vota une constitution définitive, réglant les pouvoirs non seulement du maréchal de Mac-Mahon, mais de tous les présidents futurs, qui seraient nommés chacun pour sept ans par les deux chambres réunies en assemblée nationale. Ainsi ce n'est plus seulement le maréchal de Mac-Mahon qui est un monarque parlementaire et septennal, un *représentant* de la souveraineté nationale pour le pouvoir exécutif, ce sont tous les présidents de la république qui se succèderont au pouvoir, tant que la constitution subsistera. Par ce système extraordinaire, l'assemblée de 1875 place à la tête d'une république démocratique, fondée sur le principe de la souveraineté nationale, une sorte de roi élu pour sept ans par les chambres, auquel on prétend donner la situation, les prérogatives et les pouvoirs du monarque héréditaire dans une monarchie parlementaire. La tentative était vaine et devait fatalement échouer. On l'a déjà dit, dans une république il n'y a point de place pour un chef d'Etat, investi d'un pouvoir représentatif, pour un chef d'Etat constitutionnel ou un chef d'Etat parlementaire. Si le régime parlementaire implique une collaboration du parlement et du chef de l'Etat, encore faut-il pour qu'elle soit possible que le chef de l'Etat représente une force au moins égale à celle du parlement. Cela est toujours impossible dans une république démocratique. Cela est surtout impossible quand le

chef de l'Etat est élu par le parlement. Il sera forcément le prisonnier des chambres. Dans une monarchie parlementaire, le monarque est un pouvoir, parce qu'il est irresponsable en fait et en droit devant le parlement, parce qu'il puise sa force dans un élément distinct de l'élément parlementaire. Le parlement et le monarque constituent deux forces d'origine distincte, à peu près équivalentes, dont la résultante assure le gouvernement. Dans la république parlementaire de 1875, le chef de l'Etat ne représente aucun élément de force sociale ; il tire son prétendu pouvoir d'une simple élection faite par le parlement ; il n'est qu'un fantôme sans pouvoir effectif. La constitution a beau le déclarer irresponsable, lui donner le droit d'ajournement, de dissolution, de clôture du parlement, un véritable veto suspensif ; ces pouvoirs sont illusoires ; ces fonctions il ne peut pas les exercer. La constitution de 1848 avait fait du président de la république un monarque constitutionnel, qui trois ans après devenait un dictateur ; la constitution de 1875 a fait du président de la république un roi sans couronne et sans force, qui disparaîtra tôt ou tard, comme tout organe inutile, qui dépense et ne produit pas. Cependant, dira-t-on, la constitution de 1875 est restée intacte depuis vingt-sept années, et pas une seule fois sa lettre n'a été violée. Sans doute. Mais le régime politique de la France est-il aujourd'hui celui qu'ont voulu les hommes de 1875 ? Point du tout. La chose a été démontrée trop souvent pour que nous insistions. La présidence de la république est une institution décorative, un symbole qui plaît au peuple. Peut-être rend-elle quelques services encore dans le protocole des relations diplomatiques. En réalité, le pouvoir politique appartient en France exclusivement à deux organes de représentation, le sénat et la chambre ; c'est par une organisation plus complète et plus savante de ces deux

corps représentatifs qu'on donnera au pays une constitution positive harmonique à son état social. La force du nombre et la puissance des associations sont les deux grandes forces des démocraties modernes ; ce sont ces deux forces qu'il faut organiser de manière qu'elles se pondèrent réciproquement et qu'elles assurent au pays un gouvernement en même temps fort et équitable.

Quelque artificielle que soit la présidence de la république telle que l'ont créée les constituants de 1875, il n'est pas sans intérêt d'examiner en quelques mots la situation faite par le droit positif à notre président. Ce qui précède montre que, dans la pensée du législateur constituant, le chef de l'Etat, quoique élu, doit avoir exactement le caractère qui appartenait en France, et qui appartient à l'étranger, au roi, dans la monarchie parlementaire. Or, le roi constitutionnel et parlementaire est titulaire du pouvoir objectif d'exercer une portion de la souveraineté. Il n'est pas un simple agent administratif chargé d'assurer, sous le contrôle du parlement, l'exécution des lois ; il n'est pas seulement le chef de la hiérarchie administrative; il est plus que cela; il est un gouvernant; il est un organe direct, disent les fervents de la théorie juridico-organique; il est un *représentant*, disait la constitution de 1791. Notre président de la république est tout cela. Il ne faut point y voir un agent administratif nommé par le parlement, mais un *représentant* de la souveraineté nationale. Le congrès qui le nomme n'est point la réunion des chambres ; suivant l'expression de la constitution de l'an III, le parlement, des deux chambres réunies, fait fonction d'assemblée électorale ; il élit au nom du peuple souverain le président de la république. Celui-ci est un représentant sortant d'un suffrage populaire à plusieurs degrés. Les conséquences de ce caractère sont importantes.

D'abord l'irresponsabilité du président n'est point une fiction; elle est la conséquence logique et nécessaire du principe admis. Le président de la république est irresponsable devant le parlement, comme le parlement est irresponsable devant lui, parce que l'un et l'autre représentent à un titre égal la souveraineté populaire. Le parlement est responsable devant le corps électoral, en ce sens qu'à des intervalles fixes il est soumis à la réélection. La responsabilité du président de la république est de même ordre. En cela seulement il se distingue d'un monarque héréditaire. Le droit de dissolution est aussi logique. Il est toujours l'ancienne prérogative royale, conservée à notre monarque électif et appliquée au mécanisme parlementaire. On l'a dit plus haut, la dissolution équivaut à un véritable referendum dont les plus purs démocrates ne peuvent point répudier le principe. Quant au ministère, comme dans une monarchie parlementaire, il est cet organe particulier qui est chargé de réaliser la collaboration continuelle des deux éléments représentatifs. Nommé par le président de la république, il doit être choisi dans la majorité du parlement; ainsi le chef de l'Etat et le parlement participent à sa nomination. Il est responsable politiquement devant le parlement, qui peut le renverser s'il n'a plus confiance en lui; il est également responsable devant le chef de l'Etat, qui peut le congédier s'il ne lui agrée plus, sauf à faire la dissolution. Le tout comme dans une véritable monarchie parlementaire, dont on a essayé plus haut de marquer les traits essentiels.

## IX

Le président de la république n'est pas un simple agent administratif supérieur; il est un gouvernant

un représentant collaborant avec le parlement aux diverses fonctions étatiques. C'est en se plaçant à ce point de vue que l'on comprendra d'une part son rôle dans la confection des lois formelles, et, d'autre part, l'étendue et la nature vraie de son pouvoir réglementaire[1]. A ce double égard, il a exactement les pouvoirs d'un roi parlementaire, tels que nous les avons indiqués plus haut. Il participe habituellement à la confection des lois par l'initiative, par la promulgation, qui est indispensable pour la perfection de la loi, parce qu'une loi non promulguée, quoique votée par les deux chambres, ne s'impose pas à l'application des tribunaux et au respect des citoyens. Il a de plus un véritable *veto* suspensif (loi const. 16 juillet 1875, art. 7). Quant au pouvoir réglementaire du président de la république il a exactement la même origine, la même nature, le même fondement et la même étendue que celui du roi dans les monarchies limitées ou parlementaires, et tout ce que nous avons dit précédemment à cet égard doit lui être appliqué[2]. Il importe cependant de montrer à quel point on va contre les principes et les origines de notre droit public moderne, quand on fait du pouvoir réglementaire une simple fonction administrative, et qu'on assimile les règlements du président de la république aux règlements administratifs émanés du préfet ou du maire. Cette conception est cependant exposée par des auteurs autorisés. « Si, dit M. Esmein, la doctrine française déclare les tribunaux de tout ordre incompétents pour apprécier la constitutionnalité des

1. Dans la très remarquable étude qu'il vient de consacrer au pouvoir réglementaire du président de la république, notre collègue et ami M. Moreau a eu le tort, ce nous semble, de ne pas mettre suffisamment en relief ce point de vue (Moreau, *le Règlement administratif*, 1902, p. 92 et suiv., et notamment, p. 218 où l'auteur déclare que le chef de l'Etat est essentiellement un administrateur).

2. Cf. *supra*, chap. III, § 5.

lois, elle reconnaît, au contraire, qu'ils ont qualité pour apprécier la légalité des règlements administratifs, leur conformité à la loi dont ils ne peuvent être qu'une dépendance. Cela est vrai des décrets réglementaires du président de la république, comme des autres règlements administratifs, et la compétence des tribunaux judiciaires à cet égard a été mise hors de doute par l'article 471 n° 15 du Code pénal[1]. » Dans le même sens, M. Raiga écrit : « L'intervention du pouvoir exécutif dans cette œuvre (le règlement) a une conséquence juridique très remarquable : l'acte réglementaire est métamorphosé. Au fond il participe de la nature de la loi. Accompli par l'organe exécutif, il devient un acte d'administration, et, en droit, il devra être considéré comme tel[2]. » Et M. Moreau : « Comme règle générale et de même que la loi, le règlement (du président de la république comme celui des agents administratifs) est une disposition générale et impersonnelle... Comme acte du pouvoir exécutif ou administratif, et à la différence de la loi, il ne jouit pas d'une pleine liberté d'action et il est soumis à un double contrôle judiciaire[3]... » Ainsi, soit qu'on regarde les règlements émanés du chef de l'Etat comme étant en eux-mêmes des actes administratifs, soit que l'on considère que, législatifs par leur nature intrinsèque, ils sont administratifs de ce fait qu'ils émanent d'une autorité administrative, on déclare qu'au point de vue de leur force d'application, ils doivent être traités comme des actes administratifs, comme les règlements administratifs d'un préfet ou d'un maire, qu'en conséquence les tribunaux peuvent toujours en apprécier la légalité par application de l'ar-

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 475, 2e édit., 1899.
2. Raiga, *le Pouvoir réglementaire du président de la république*, p. 22 (thèse Paris, 1900).
3. Moreau, *loc. cit.*, p. 60.

ticle 471, n° 15 du Code pénal et que le recours pour excès de pouvoir sera toujours recevable contre eux par application de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872.

Bien que cette manière de voir soit à peu près unanimement admise, nous ne pouvons l'accepter. Nous ne saurions assimiler le règlement émané du chef de l'Etat aux règlements administratifs faits par un préfet ou un maire. Nous croyons avoir établi que le chef de l'Etat est autre chose et plus qu'un administrateur. Sans doute, il fait des actes administratifs ; mais le règlement statuant par voie générale n'est pas et ne peut pas être un acte administratif. Le président de la république est un gouvernant collaborant avec le parlement à l'accomplissement des fonctions politiques. Il est exactement ce qu'était le monarque dans la monarchie parlementaire. Celui-ci, on l'a montré, avait conservé, sous le nom de pouvoir réglementaire, une partie de son ancien pouvoir législatif, en ce sens que sur certaines matières il prenait la décision sous le contrôle du parlement. La compétence du président de la république est exactement la même. Le président de la république ne peut pas avoir tout seul le pouvoir législatif, dit-on. Assurément. Mais lorsque le président de la république fait un règlement, il n'exerce pas seul la fonction législative ; il l'exerce avec le concours du parlement, concours qui se manifeste par le contrôle. La loi réglementaire, comme la loi proprement dite, résulte toujours de la collaboration des deux organes ; seulement le mode de participation n'est pas le même dans les deux cas. Quant aux matières sur lesquelles il peut être légiféré en la forme réglementaire, nous les avons indiquées précédemment, en disant que ce sont toutes celles, qui ne touchent pas directement aux droits individuels des citoyens. Il est bien entendu aussi qu'une disposition légale ne peut jamais être modifiée

ou abrogée par une décision réglementaire. C'est un principe général incontestable que, à moins d'exception formellement établie, un acte ne peut jamais être modifié ou révoqué que dans la forme en laquelle il a été fait. Le président de la république, élément représentatif de la nation, fait avec la collaboration du parlement un acte réglementaire, et l'on voudrait voir là une disposition soumise au contrôle des tribunaux ! Mais cela est impossible, aussi impossible que de soumettre au contrôle des tribunaux la loi formelle. Le président de la république, une autorité administrative ? Mais il n'y a pas un texte qui le désigne ainsi. Il le serait et le serait seulement, s'il était un officier, un agent, chargé d'exécuter les décisions du parlement, l'agent supérieur de la hiérarchie administrative. Mais la constitution de 1875 a fait du président de la république un chef d'Etat, un gouvernant, un *représentant*, et les articles 471 n° 15 du Code pénal et 9 de la loi du 24 mai 1872, qui ne parlent que des « autorités administratives » ne peuvent point s'appliquer à lui. C'est une question de savoir si dans certains cas le président de la république n'agit pas comme autorité administrative. Mais assurément il n'a pas ce caractère quand il fait un règlement ; il est alors un pouvoir politique échappant au contrôle des tribunaux, puisque ce règlement a certainement le caractère matériel de la loi. C'est évidemment la même idée que notre savant collègue M. Hauriou veut exprimer, quand il écrit dans sa 3e édition : « Si par exemple il existe une différence entre la loi et le règlement, ce n'est pas tant parce que la fonction réglementaire est différente de la fonction législative, que parce qu'il est politiquement nécessaire à l'indépendance du pouvoir exécutif qu'il puisse établir des règles générales concurremment avec le pouvoir législatif. La distinction de la loi et du règlement est donc d ordre politique. »

(p. 40). Mais, dans sa dernière édition, l'auteur paraît bien admettre une différence matérielle entre la loi et le règlement : « Envisagé au point de vue de sa nature... le règlement est une règle des rapports sociaux qui implique une simple organisation... Le règlement est un acte nouveau qui contribue à l'organisation et à la croissance de l'organisme[1] » (p. 34). Assurément cette conception est logique. Est-elle vraie dans le droit positif français ? Cela est plus douteux. La distinction des matières législatives et des matières réglementaires s'est faite lentement, sans principe directeur fixe, sous l'empire de circonstances diverses. Seul un principe est certain : une loi formelle peut seule toucher aux droits individuels, par exemple établir une peine, créer un impôt, limiter en quoi que ce soit la liberté d'un citoyen[2]. Mais voilà tout. Il y a toujours entre le domaine du règlement et celui de la loi quelque chose de flottant et de vague. Cela ne doit ni nous surprendre, ni nous effrayer, si l'on comprend bien que le règlement n'est point l'œuvre du chef de l'Etat seul, mais le résultat de sa collaboration avec le parlement.

On se rend compte ainsi facilement d'un phénomène, qui pourrait surprendre au premier abord, l'extension croissante aujourd'hui du pouvoir réglementaire. Comment comprendre cette extension à un moment où le parlement, s'affirmant le seul représentant de la volonté nationale, est plus que jamais jaloux de ses prérogatives? Tout s'explique si l'on voit que cet accroissement du pouvoir réglementaire a pour contre-partie un contrôle de plus en plus effectif, une collaboration de plus

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. VII, § 4 et 5, notre distinction analogue entre les lois normatives et les lois constructives.

2. C'est la même idée qu'exprime M. Hauriou (p. 34) en disant que la loi est intentionnellement orientée vers la liberté.

en plus complète du parlement. Dès lors, le domaine du règlement s'accroît toujours, précisément parce que de moins en moins le règlement apparaît comme un acte du président de la république agissant seul; parce que de plus en plus il s'impose comme le résultat d'une collaboration intime des deux représentants de la souveraineté nationale. Souvent, on le verra plus loin, cette intervention du parlement se manifeste par un acte appelé par erreur délégation. Mais en dehors de tout acte de ce genre, l'activité réglementaire augmente chaque jour, parce que chaque jour aussi le contrôle du parlement est plus effectif, parce que chaque jour on comprend mieux que le décret réglementaire émane véritablement, comme la loi proprement dite, de l'intervention commune du gouvernement et du parlement. Un des exemples les plus intéressants à cet égard est celui des décrets du 10 août 1899, portant réglementation du travail dans les marchés de travaux publics. Le point visé par ces actes avait fait l'objet d'un projet de loi; il a été ensuite réglé par de simples décrets, sans que cela soulevât les protestations du parlement qui, par là, leur donnait son approbation. Les décrets du 17 septembre 1900 et 2 janvier 1901, sur l'organisation des conseils du travail élus, ont au contraire soulevé certaines protestations au sénat, élevées particulièrement par M. le sénateur Bérenger. L'honorable sénateur a déposé sur le même objet une proposition de loi, motivée sur ce que les décrets réglaient des matières qui ne pouvaient faire l'objet que d'une loi proprement dite. En demandant la prise en considération de cette proposition, qui établissait un système complètement différent de celui créé par les décrets, la commission du sénat a désapprouvé ces actes. Cela montre que le parlement a toujours le moyen, en votant une loi ou même un simple ordre du jour, de faire tomber les décrets réglemen-

taires qu'il désapprouve[1]. Ce droit lui a été d'ailleurs reconnu récemment, d'une manière expresse, par M. Waldeck-Rousseau, président du conseil. Dans la séance du 28 octobre 1901, M. Lasies ayant déposé une proposition de loi tendant à ce que les règlements d'administration publique, avant d'être mis en vigueur, soient soumis à l'approbation du parlement, le président du conseil s'opposa à l'urgence, en déclarant que le règlement d'administration publique est fait en vertu d'une disposition législative, qu'en tout cas le député peut interpeller le ministère sur les dispositions qu'il contient[2].

C'est en effet, par cette idée de contrôle et de collaboration, que s'expliquent les règlements, dits règlements d'administration publique, qui deviennent de plus en plus nombreux. Ils ont été, ces derniers temps, l'objet de longues controverses théoriques et de remarquables études. D'après une doctrine défendue depuis longtemps et qui paraît être celle de la jurisprudence, le décret réglementaire porté par le chef de l'Etat, avec l'avis du conseil d'Etat, en vertu d'une décision expresse du parlement, et communément appelé règlement d'administration publique, se distingue complètement du règlement ordinaire. Celui-ci est un acte administratif, soumis à toutes les voies de recours ouvertes contre les actes administratifs, soumis aussi au point de vue de sa légalité au contrôle des tribunaux. Les règlements d'administration publique sont au contraire de véritables lois, faites par le chef de l'Etat, qui recevrait par une délégation expresse du parlement le pouvoir de légiférer comme le parlement lui-même, par exemple d'établir des peines, de fixer des taxes. Ces

1. Voir la proposition Bérenger et le rapport sommaire de M. Gomot, *Journal officiel*, 1901, *Documents parlementaires*, Sénat, p. 269 et 281.
2. *Journal officiel*, 1901, Chambre, p. 1980.

règlements faits en vertu d'une délégation législative auraient aussi la même force que la loi ; les tribunaux ne pourraient point en apprécier la légalité ; et le recours contentieux pour excès de pouvoir ne serait point recevable contre eux[1].

Cette idée de délégation, dont la jurisprudence et certains auteurs font un étrange abus, a été, ces temps-ci, très fortement combattue, et à juste titre, par nos savants collègues, M. Esmein et M. Berthélemy. Ils estiment qu'une délégation du pouvoir législatif est impossible en France et dans tous les pays qui ont un régime politique similaire, parce que le parlement ne peut déléguer un pouvoir dont il n'a que l'exercice et point la propriété, parce que cette délégation serait une violation de la constitution rigide qui établit le principe de la séparation des pouvoirs. « Chez toute nation, dit M. Esmein, où la constitution édictée, au nom de la souveraineté nationale, institue une ou plusieurs assemblées législatives dont elle détermine les attributions, ces assemblées ne peuvent jamais déléguer au pouvoir exécutif, même partiellement et momentanément, l'exercice du pouvoir législatif... C'est qu'en effet sous nos constitutions nationales et rigides, les divers pouvoirs constitués ne tirent leur existence et leurs attributions que de la constitution même... Le titulaire d'aucun de ces pouvoirs n'en a la disposi-

1 Cf. Laferrière, *Juridiction administrative*, t. II, p. 11 et 434, 2e édit., 1896. — Dans son arrêt du 20 décembre 1872, le conseil d'Etat a déclaré non recevable le recours formé contre le règlement du 25 janvier 1868 sur la pêche fluviale, « considérant que le décret sus-visé a été rendu en vertu des pouvoirs délégués à l'administration par l'article 26 de la loi du 15 avril 1829 ». Dans le même sens, conseil d'Etat, 1er et 8 juillet 1892. Cependant le conseil d'Etat paraît admettre au contraire que la juridiction, chargée d'appliquer le règlement, peut en apprécier la légalité, notamment refuser de l'appliquer si elle estime que le président de la république a excédé la délégation ou n'a pas observé les formes prescrites (conseil d'Etat, 13 mai 1872 et 6 janvier 1888).

tion, mais seulement l'exercice. Par cela même que la constitution a établi des pouvoirs divers et distincts, et réparti entre les diverses autorités les attributs de la souveraineté, elle interdit implicitement mais nécessairement que l'un des pouvoirs puisse se décharger sur l'autre de sa tâche et de sa fonction... Ce serait substituer momentanément pour la durée de la délégation une constitution nouvelle à la constitution existante[1]. » La conséquence en est que le parlement ne peut point faire une délégation, que les dispositions si nombreuses dans les lois récentes, qui chargent le gouvernement de compléter la loi par un règlement d'administration publique, ne donnent au gouvernement aucun pouvoir nouveau, et sont une simple invitation adressée au gouvernement d'exercer le pouvoir réglementaire qu'il tient de la constitution. Les règlements d'administration publique sont donc uniquement des actes administratifs, n'ayant d'autre valeur que celle qui se rattache aux règlements ordinaires; conséquemment, le recours contentieux pour excès de pouvoir est recevable contre eux, et tout tribunal chargé de les appliquer peut en apprécier la légalité et refuser de les appliquer s'il estime qu'ils sont illégaux. La même doctrine est développée par M. Berthélemy[2]. D'après lui, la prétendue délégation donnée au président de la république par le parlement n'étend en aucune façon son pouvoir réglementaire; elle a au contraire un effet restrictif, puisque cette disposition de la loi oblige le chef de l'Etat à prendre l'avis du conseil d'Etat, obligation qui autrement ne s'imposerait point à lui. Le règlement d'administration publique n'a donc aucune-

1. Esmein, *de la Délégation du pouvoir législatif*, *Revue politique et parlementaire*, 1894, t. I, p. 200.
2. Berthélemy, *le Pouvoir réglementaire du président de la république*, *Revue politique et parlementaire*, 1898, t. I, p. 323 et suiv.

ment le caractère législatif. « L'autorité réglementaire dont il est fait usage dans les règlements d'administration publique est identiquement la même que celle dont le président dispose en vertu de la constitution. » Critiquant la doctrine de la jurisprudence et de M. Laferrière, qui, semblant l'approuver, reconnaît le droit d'appréciation des tribunaux, mais déclare le recours pour excès de pouvoir non recevable, M. Berthélemy écrit : « Il me semble bien peu juridique d'invoquer le caractère législatif des règlements pour les affranchir d'un pourvoi direct aux fins d'annulation (ce qui est le plus) et de négliger ce caractère quand il s'agit d'une application particulière (ce qui est le moins[1]). »

Enfin M. Hauriou défend une doctrine intermédiaire, qui, tout en repoussant l'idée d'une délégation du pouvoir législatif, aboutit cependant aux mêmes conclusions que la jurisprudence : « Notre doctrine générale sur l'indépendance politique de chacun des pouvoirs, sur la différence de nature de la loi et du règlement, nous empêche d'adopter l'idée d'une délégation du pouvoir législatif, d'autant mieux que prescrire de faire un acte n'est pas la même chose que donner les pouvoirs de faire cet acte ; mais nous arrivons aux mêmes conséquences pratiques que la jurisprudence administrative, par les considérations suivantes : au point de vue formel, les règlements d'administration publique ayant été prescrits comme complément d'une loi, étant pour ainsi dire soudés à une loi, bénéficient de l'immunité qui protège tous les actes législatifs contre le recours contentieux. Mais au point de vue matériel, ces règlements redeviennent distincts de la loi, et ils peuvent être illégaux s'ils ont statué sur des matières réservées à la loi. » C'est pour cela, conclut M. Hau-

1. Berthélemy, *Ibid.*, p. 334.

riou, que M. Berthélemy a tort de s'étonner que le recours contentieux soit impossible et que cependant les tribunaux chargés d'appliquer un règlement d'administration publique puissent en apprécier la légalité[1].

Ainsi l'idée d'une délégation du pouvoir législatif paraissait devoir être abandonnée définitivement par la doctrine française. Mais elle vient d'être reprise énergiquement par M. Moreau[2]. L'auteur s'attache surtout à montrer que, de tradition et en fait, le gouvernement, à la suite d'une décision du parlement, exerce des pouvoirs véritablement législatifs, que des lois ont reconnu au chef de l'Etat le pouvoir de créer des impôts, des péages, des peines, de modifier des lois, et que des règlements ont été faits sur ces objets, que tout cela ne peut s'expliquer que par une délégation du pouvoir législatif, donnée par le parlement au chef de l'Etat. A l'argument tiré de la constitution rigide qui fixe le domaine respectif du gouvernement et du parlement, domaine que celui-ci ne peut pas modifier sans violer la constitution, M. Moreau répond, qu'il n'existe point de catalogue des matières législatives et des matières réglementaires, que le parlement est toujours libre « de prendre ou de laisser un sujet qui appelle des règles », qu'il peut empiéter incontestablement sur le domaine de l'exécutif et qu'on ne voit pas pourquoi il ne peut pas lui abandonner une matière qui rentrerait normalement dans ses attributions. « On pourrait dire, ajoute l'auteur, que le parlement, au lieu de déléguer renonce à légiférer »; mais, d'après M. Moreau, l'idée de délégation est plus juste, parce que vraiment la loi confie une mission au gouvernement. Quant au principe : « Le pouvoir ne se délègue pas », M. Moreau déclare dédai-

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 45 et note 3, 4e édit., 1900.
2. Moreau, *le Règlement administratif*, 1902, p. 189 et suiv., p. 291 et suiv.

gneusement qu'il est sans valeur et seulement un écho des formules de Rousseau. Cependant, au risque de faire une contradiction, l'auteur estime que, malgré la délégation législative, le règlement est l'acte d'un administrateur, que par suite le recours pour excès de pouvoir est recevable contre les règlements d'administration publique et que les tribunaux peuvent en apprécier la légalité.

Toutes ces controverses, dont nous devions donner un aperçu, tiennent selon nous à un faux point de départ. Assurément, il faut repousser énergiquement toute idée de délégation donnée par le parlement au chef de l'Etat. Nous avons dit déjà ce que nous pensions de l'idée de mandat appliquée au droit public. En admettant que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif soient distincts, l'un appartenant au parlement, l'autre au gouvernement, il ne pourrait point être question de délégation parce que ces pouvoirs ne sont pas des droits subjectifs, parce que le parlement a un pouvoir objectif qu'il tient de la règle de droit, et qu'il ne peut pas charger le gouvernement d'exercer en son nom un droit subjectif qu'il n'a pas. Donc pas de délégation, cela est incontestable. Cela serait vrai même dans un pays où la séparation des pouvoirs ne serait pas une règle de constitution rigide. A cet égard, M. Esmein se trompe, croyons-nous, quand il semble indiquer que dans un pays, qui ne pratiquerait pas le système des constitutions rigides, une semblable délégation serait possible. Elle serait tout autant impossible, parce que la compétence, n'étant pas un droit subjectif, il ne peut y avoir jamais et dans aucun cas délégation de compétence. Quand M. Moreau s'étonne qu'on en soit encore à invoquer la règle artificielle, « que le pouvoir ne se délègue pas », il nous paraît oublier qu'en formulant cette règle on n'a point en vue, quelque

juste qu'elle soit, l'idée de Rousseau, d'après laquelle la volonté ne se représente pas, mais seulement cette idée éminemment vraie, que la compétence n'est point un droit du fonctionnaire, mais le cercle d'activité qui lui est tracé par la loi, et qu'il ne peut modifier ni en moins ni en plus. Le parlement est un organe investi d'une compétence. Si cette compétence lui est donnée par la constitution, il ne peut évidemment la modifier, en détacher une partie; s'il n'y pas de constitution et que la compétence soit fixée par une loi ordinaire, elle ne peut être modifiée que par une loi matérielle, c'est-à-dire par une disposition portée par voie générale; or la décision du parlement, qui contiendrait une délégation, ne serait pas une loi parce qu'il lui manquerait cette première condition. S'il y avait délégation, il y aurait une décision *individuelle* par laquelle le parlement, dans une espèce particulière, modifierait sa compétence, et cela il ne peut pas le faire. Ici, comme toujours dans le droit public, l'idée de délégation doit être absolument écartée.

Cela posé, il reste à savoir, car toute la question est là, si la disposition d'une loi formelle, portant que la loi sera complétée et expliquée par un règlement d'administration publique, est une simple invitation adressée au chef de l'Etat, ou si celui-ci acquiert de ce fait des pouvoirs qu'il n'aurait pas eus sans cela. A cette question, il nous paraît impossible de répondre négativement. D'abord il est naturellement à présumer que si l'usage s'est ainsi généralisé dans les lois récentes de charger le président de la république de compléter la loi par un règlement d'administration, c'est qu'une pareille disposition produit quelques conséquences et répond à un besoin certain. Mais nous l'accordons volontiers, il n'y a là qu'une simple présomption et point une preuve. Quel est donc le vrai

caractère de ces dispositions? Pour le comprendre, il faut résolument écarter la fausse conception de la séparation des pouvoirs, cause de tant de controverses et d'obscurités. La distinction des matières législatives et des matières réglementaires est incontestable. Mais cette distinction, on l'a déjà montré, ne signifie pas que sur certaines matières le parlement seul peut formuler une règle générale, et que sur telles autres, les matières réglementaires, le chef de l'Etat peut statuer seul par voie générale. Pour établir une règle générale, quelle qu'elle soit, sur une matière quelconque, il faut l'intervention commune du parlement et du chef de l'Etat; seulement pour les matières dites réglementaires et pour les matières dites législatives, d'après la tradition, d'après l'usage, le mode de collaboration n'est pas le même : pour les premières la décision appartient au chef de l'Etat, pour les secondes la décision est au parlement, et l'initiative, la participation à la discussion, la promulgation, au président de la république. Ce que la constitution rigide ou la loi de compétence exige, c'est cette collaboration des deux organes de l'Etat, et point autre chose. La constitution, la loi de compétence ne sera donc point violée, si, d'un accord commun, le mode de collaboration est déterminé par le parlement et le gouvernement. Voilà le point essentiel, que nous voudrions faire toucher du doigt. Dans ce qu'on appelle délégation, il n'y a point une délégation en ce sens que, dans une espèce déterminée, le parlement transmettrait au chef de l'Etat un pouvoir qui n'appartiendrait qu'à lui seul. Cela serait tout à fait impossible. Il y a seulement entente entre le gouvernement et le parlement pour déterminer leur mode de collaboration à l'établissement d'une règle générale. Cette entente n'est point inconstitutionnelle, puisque la constitution exige seulement

la collaboration et que cette collaboration existe toujours. En un mot quand une loi formelle charge le président la république qui l'accepte, de faire un règlement d'administration publique, il y a là la consécration expresse d'un accord sur la forme en laquelle se réalisera la collaboration des deux organes. Ainsi, même sur des matières où la décision appartient habituellement au parlement, la promulgation seulement au président, le mode de collaboration est très constitutionnellement changé ; même sur ces matières la décision peut être prise par le chef de l'Etat, le parlement conservant toujours son droit de contrôle. La collaboration a toujours lieu ; ni la constitution rigide, ni la loi de compétence ne sont violées ; et il n'y a point délégation.

On aperçoit les conséquences qui résultent de cela. D'abord il est incontestable qu'un règlement d'administration publique pourra porter sur des matières dites législatives, par exemple établir une taxe, édicter une peine, parce que par un accord commun, le principe de la collaboration restant intact, le mode ordinaire en a été modifié. Aucun recours en annulation pour excès de pouvoir ne sera recevable, et aucun tribunal ne pourra apprécier la légalité d'un pareil règlement. Ces actes émanent toujours des deux organes de l'Etat, des gouvernants dans le sens que nous attribuons à ce mot, et il est inadmissible que les tribunaux puissent s'immiscer dans les rapports politiques de ces deux organes. Comme M. Berthélemy, nous ne voyons aucune raison de distinguer entre l'appréciation de la légalité par voie d'exception, et la demande en annulation par voie d'action. Si l'une de ces voies est ouverte, l'autre doit l'être aussi ; si l'une est impossible, il n'y a pas de raison pour que l'autre ne le soit pas. M. Hauriou, on l'a vu, essaie de justifier la distinction en disant que

la théorie des recours contentieux est une théorie formelle, la théorie de l'illégalité une théorie matérielle, et que, par conséquent, le recours est irrecevable parce que le règlement administratif a la valeur formelle d'une loi, et que l'exception d'illégalité est possible parce que le règlement d'administration publique n'a pas le caractère matériel de la loi. Cette proposition nous paraît inexacte, parce que le règlement d'administration publique au contraire est une loi au sens matériel, et point au sens formel, une loi au sens matériel parce que par hypothèse il contient une règle générale et abstraite, et point une loi au sens formel parce que la forme de la loi, c'est la décision du parlement avec la promulgation par le chef de l'Etat. Il y a une divergence entre M. Hauriou et nous sur la conception de la loi formelle et de la loi matérielle ; il n'y a pas lieu d'y insister. Mais en acceptant même la conception de M. Hauriou, il nous paraît impossible d'admettre son raisonnement. En effet, la théorie du recours contentieux et la théorie de l'illégalité sont l'une et l'autre à la fois matérielles et formelles ; matérielles, parce que le juge du recours, tout aussi bien que le juge de l'illégalité est compétent pour apprécier si l'auteur d'un acte est resté dans les limites de sa compétence, et par conséquent pour apprécier la légalité de l'acte; formelles parce que l'exception d'illégalité, tout aussi bien que le recours, peut être déclarée irrecevable en cause de la nature formelle de l'acte contre lequel on la soulève. Si M. Hauriou déclare « qu'au point de vue formel les règlements d'administration publique sont pour ainsi dire soudés à une loi et bénéficient de l'immunité qui protègent tous les actes législatifs contre le recours contentieux », ils doivent avoir aussi cette nature formelle, ils doivent être aussi considérés comme « soudés à la loi » et bénéficier de l'immunité,

qui protège tous les actes législatifs contre les exceptions tendant à faire apprécier leur légalité par un tribunal. En résumé, si l'on ne peut pas invoquer l'illégalité d'un règlement d'administration publique par voie d'action, il n'y a point de raison pour qu'on puisse l'invoquer par voie d'exception.

## X

La constitution française de 1875 a voulu faire du président de la république un monarque parlementaire; la constitution des Etats-Unis et toutes les constitutions américaines, élaborées sur ce modèle, en ont voulu faire un roi constitutionnel. La chose était tout aussi illogique et tout aussi contraire à l'idée fondamentale de toute république. Pour des raisons spéciales aux pays américains et dont la principale est leur forme fédérative, le pouvoir de leur président ne s'est que peu déformé. Il s'est cependant étendu, et en exceptant les républiques sud-américaines, en état perpétuel de révolution, on peut dire que le président américain a élargi ses pouvoirs et son action sans devenir cependant un dictateur.

Le Pacte d'union de 1777 ne créait point de président de la république. C'était le pacte d'une confédération, ce n'était pas la constitution d'un Etat fédéral. Il y avait un président du congrès; il n'y avait point un président chef d'Etat. Les vices d'un pareil système et la faiblesse de la confédération nouvelle apparurent bientôt ; le besoin de créer un gouvernement central se fit énergiquement sentir. Bien que les opinions fussent profondément divisées à la Convention de Philadelphie, on s'accordait cepen-

dant sur des points essentiels. D'abord il était convenu que le nouveau gouvernement serait constitué sur le principe de la séparation des pouvoirs, et que ces pouvoirs seraient au nombre de trois, le législatif, l'exécutif et le judiciaire ; en second lieu, que le pouvoir exécutif central devait résider dans une seule personne. « Jamais, dit Bryce, à la suite du vote de la constitution américaine, ceux qui critiquèrent les attributions du président ne songèrent à contester l'utilité de son existence[1]. » L'explication de ce fait se trouve surtout dans le modèle que les constituants américains trouvaient dans la constitution anglaise. On a mis justement en relief l'influence qu'eut la mère patrie sur la constitution américaine : de même qu'il y avait un chef d'Etat anglais, de même il y eut un chef d'Etat américain. « Il est clair, dit Ellis Stevens, que les Américains d'il y a un siècle, quand ils vinrent à s'occuper de la question d'un exécutif, s'en tinrent tout naturellement à la conception ancienne de la nature et des pouvoirs de la royauté anglaise prise comme type[2]. » Sans doute, Bryce fait remarquer que les constituants de Philadelphie pensèrent surtout à créer un président de la république fédérale, par suite de l'habitude qu'ils avaient, comme citoyens des Etats particuliers, des fonctions du *gouverneur* d'Etat, lequel dans quelques Etats était même appelé président. Mais les constitutions des Etats particuliers, concentrant le pouvoir exécutif entre les mains d'un seul individu, s'étaient elles-mêmes inspirées de la constitution anglaise. Le prototype du président de la république américaine a bien été le monarque constitutionnel anglais. Cela n'est point infirmé par ce fait que tous les hommes clair-

1. Bryce, *la République américaine*, édit. franç., 1900, t. I, p. 65.
2. Ellis Stevens, *Sources de la constitution des Etats-Unis*, édit. franç., 1897, p. 153.

voyants avaient compris le danger que faisait courir au pays la faiblesse du congrès créé par le Pacte d'union, et que, d'autre part, les craintes que pouvait faire naître la situation prépondérante qui serait faite à un homme, étaient diminuées dans une large mesure par la présence de Washington auquel d'avance était déférée la première présidence. La pensée de créer un président sur le modèle d'un monarque constitutionnel était si bien l'idée directrice, que Hamilton, Madison et Edmond Randolph proposèrent de confier le pouvoir exécutif à un chef d'Etat viager « sous réserve qu'il pourrait être mis en accusation et destitué ». Cette proposition fut repoussée, et la durée du pouvoir présidentiel fixée à quatre années. Mais le principe dominant restait intact : l'Amérique fédérale et républicaine aura un chef d'Etat comme l'Angleterre unitaire et monarchique.

Non seulement l'idée d'un chef d'Etat fut empruntée à la constitution anglaise ; mais encore ses attributions furent calquées sur celles du monarque anglais. « Après avoir décidé, écrit Bryce, qu'il y aurait un président, les hommes d'Etat de la Convention, en gens pratiques qu'ils étaient, n'essayèrent pas de le tirer de toutes pièces de leur cerveau, mais étudièrent les modèles existants. Il firent une copie agrandie du gouverneur d'Etat, ou, ce qui est en termes différents la même chose, une copie réduite et perfectionnée du monarque anglais. Leur président est Georges III, diminué d'une partie de ses prérogatives par l'intervention du sénat dans les traités et dans les nominations, d'une autre partie par la limitation de son action aux affaires fédérales ; en même temps son mandat au lieu d'être à vie est fixé à quatre ans, et son prestige aussi bien que son influence s'en trouvent atteints... Entouré de ces mesures de précaution, il devait dans la

pensée des auteurs de la constitution ressembler au gouverneur d'Etat ou au monarque anglais, être le chef du pouvoir exécutif, se tenir en dehors et au-dessus des partis politiques. Il avait la mission de *représenter* la nation de même que le gouverneur représentait l'Etat[1]... »

Les auteurs de la constitution se sont efforcés de déterminer d'une manière aussi précise que possible les attributions du président de la république. Le principe, qui les a guidés, est la séparation des pouvoirs. Cependant dans l'exercice du pouvoir exécutif, le président américain est limité dans une certaine mesure par l'obligation de prendre l'avis conforme du sénat; et, d'autre part, il a une certaine participation à la fonction législative. Qu'on en juge par ce résumé très rapide de ses attributions. Le président de la République américaine a le commandement de l'armée et de la marine fédérales ainsi que de la milice des différents Etats lorsqu'elle est appelée au service des Etats-Unis. Il a le droit de conclure des traités avec l'avis conforme du sénat, avis qui doit être donné par les deux tiers des sénateurs présents. Il a compétence pour nommer les ambassadeurs, les consuls, les juges de la cour suprême et tous les autres hauts fonctionnaires fédéraux, mais encore avec avis conforme du sénat. Il peut convoquer les deux chambres dans les circonstances extraordinaires. Il peut opposer un *veto* aux *bills* et résolutions votés par le congrès, lequel peut maintenir son vote après nouvelle délibération, à la condition que ce vote réunisse dans les deux chambres une majorité des deux tiers. Il n'a pas à vrai dire l'initiative législative; mais il doit mettre le congrès au courant de la situation de l'Union et appeler son attention sur

1. Bryce, *loc. cit.*, t. I, p. 73.

les mesures à prendre. Il doit enfin commissionner tous les fonctionnaires de l'Union, recevoir les ambassadeurs étrangers et veiller à l'exécution fidèle des lois. « Dans aucun pays de l'Europe, dit Bryce, il n'existe de personnage comparable au président. Etudions les pays de régime parlementaire comme l'Angleterre, l'Italie, la Belgique ; il ne ressemble ni à leur souverain, ni à leur premier ministre... Le président, s'il a moins de prestige, a une plus grande autorité qu'un roi d'Europe. Ses pouvoirs à l'heure actuelle peuvent être moins importants que ceux d'un premier ministre d'Europe, mais ils sont sûrs, parce qu'au lieu de dépendre du bon plaisir d'une majorité parlementaire, ils durent jusqu'à l'expiration de son mandat. On est amené naturellement à le comparer au président de la République française. Toutefois tandis que celui-ci a un premier ministre et un cabinet dépendant de la chambre, sur lesquels il se repose et qui l'éclipsent, en Amérique le cabinet du président est une partie de lui-même et n'a rien à faire avec le congrès [1]. »

L'institution d'un cabinet, unité politique intermédiaire entre le chef de l'Etat et le parlement, solidairement responsable devant le parlement et destiné par cette responsabilité politique à assurer la collaboration constante des deux organes supérieurs de l'Etat, est absolument inconnue de la constitution américaine. A la différence des chefs d'Etat parlementaires, le président américain est personnellement responsable de ses actes « non pas tant, dit Bryce, devant le congrès que devant le peuple par qui il est choisi. » Pendant la durée de ses pouvoirs de quatre années, la mise en accusation par la procédure de l'*empeachement* est le seul moyen de mettre en pratique cette responsabilité.

1. Bryce, *loc. cit.*, p 104-105.

Quant aux ministres, ils ne forment point un conseil ; ils ne font point partie du parlement. Ils ne sont point responsables devant le parlement. Un vote hostile de celui-ci ne les touche point. « Une douzaine de votes de blâme, dit Bryce, ne les forcera point à se retirer et n'obligera pas le président à se départir de sa ligne politique. » Les ministres sont responsables individuellement devant le président, voilà tout. Les ministres ne forment point un cabinet parlementaire ; on ne peut guère les comparer qu'aux ministres de la constitution dictatoriale de 1852. Ainsi aucune collaboration n'existe entre le parlement et le président. Par son exclusion du congrès le pouvoir exécutif se trouve dans l'impossibilité de diriger et de guider le pouvoir législatif et de défendre dans les discussions les actes de son administration. Les deux chambres du congrès peuvent séparément ou conjointement voter des résolutions invitant le président ou ses ministres à prendre certaines mesures, ou désapprouvant celles qui ont été prises. « Le président n'est nullement obligé de s'incliner devant elles ; il est même libre de n'y prêter aucune attention. Elles n'ont pas d'influence sur la durée de son mandat, ne diminuent en rien sa puissance [1]. » Sans doute, le congrès a le vote des crédits, le *pouvoir de la bourse* suivant l'expression anglaise. Mais Bryce montre très bien que ce *pouvoir de la bourse* ne permet point au parlement d'exercer un contrôle effectif sur le président. « En rejetant les demandes habituelles de crédit et en arrêtant par suite le fonctionnement du gouvernement, les membres du congrès feraient beaucoup plus de tort au pays et à eux-mêmes qu'au président... Légalement ils ne peuvent refuser de voter le traitement du président, puisque ce traitement

1. Bryce, *loc. cit.*, p. 203.

lui est garanti par la constitution, et ils n'auraient aucun moyen, à moins que ce ne fût par le succès d'une mise en accusation, de le déloger de la Maison-Blanche, ou de lui enlever son titre de chef des fonctionnaires fédéraux et son droit à leur obéissance [1]. »

Telle est en raccourci cette institution si curieuse de la présidence américaine. Dans son ensemble, elle est restée ce qu'elle devait être d'après la constitution elle-même. Sans doute, le président de la République américaine n'est pas élevé au-dessus de tous les partis, comme l'espéraient les rédacteurs de la constitution. A l'exception de Washington, tous les présidents ont été des hommes de parti, et tous ont pratiqué plus ou moins le *système des dépouilles*. Cependant, tous les auteurs qui ont écrit sur la constitution américaine reconnaissent que cette magistrature a réalisé le but principal pour lequel elle avait été créée; elle est assurément l'organe essentiel de la vie politique américaine. Bryce fait observer justement que les pouvoirs du président prennent forcément une extension notable pendant les moments de crise. La guerre de sécession a marqué l'accroissement de l'autorité présidentielle, concordant en même temps avec l'accroissement de la puissance fédérale au détriment des pouvoirs des Etats. Aujourd'hui la politique impérialiste, dans laquelle les Etats-Unis paraissent vouloir s'engager depuis la guerre victorieuse contre l'Espagne, la conquête de Cuba, de Porto-Rico et des Philippines, l'intervention active en Chine, contribue certainement à donner de plus en plus le rôle prépondérant au président. Mais cette présidence, qui paraît ainsi être un organe essentiel du gouvernement américain, soulève un double problème. Comment cette présidence peut-elle s'adap-

1. Bryce, *loc. cit.*, p. 307-308.

ter à des institutions politiques essentiellement républicaines et démocratiques? Comment, d'autre part, avec les pouvoirs très étendus qui appartiennent au président en droit et en fait, n'est-il pas arrivé à une véritable dictature? Le problème semble d'autant plus difficile à résoudre pour nous, qui avons fait le procès de la séparation des pouvoirs, qu'il semble au premier abord que c'est à l'aide de la séparation des pouvoirs, que l'on a pu à la fois assurer le pouvoir effectif du président et éviter sa dictature.

Des circonstances diverses expliquent le premier point. Tout Etat constitué en la forme fédérale tend à l'unité et à la centralisation. Y a-t-il là l'application d'une loi générale, ou la conséquence de certaines situations propres aux pays fédéraux formés sous nos yeux? Quoi qu'il en soit, il est de fait que les trois types par excellence d'Etats fédéraux : les Etats-Unis, la Suisse et l'empire d'Allemagne marchent avec une régularité constante vers l'unification et la centralisation. Le besoin d'unification a été le besoin primordial de la République américaine. L'existence d'un chef, agent unitaire, avec des pouvoirs étendus et véritablement effectifs, était en harmonie parfaite avec ce besoin et cette tendance. Le président de la République américaine a été par la force des choses un agent d'unification et de centralisation. Dans les grandes crises qu'a traversées la fédération, et particulièrement pendant la guerre de sécession, c'est à la présence d'un chef énergique, armé de pouvoirs étendus, que la République américaine a dû de conserver son existence une et de ne point se désagréger en une foule de petites républiques impuissantes et rivales. Le président de la République américaine répondait donc à un besoin certain, impérieux, et comme tout organe qui répond à un besoin, il s'est maintenu, il a grandi, il s'est dé-

veloppé. Notre proposition précédente ne se trouve donc point infirmée. Dans une république démocratique fondée dans un pays unitaire et déjà centralisé, un président de la république est un organe inutile ou dangereux. Dans une république démocratique instituée dans un pays fédéral, il est un instrument puissant d'unification, besoin primordial de tout pays fédéral ; il est dès lors un organe actif et durable.

Mais telle n'est pas la seule et la principale raison de la stabilité et de la force de la présidence américaine. Nous nous attachions précédemment à montrer que dans une démocratie ou une aristocratie unitaire, constituée en la forme républicaine, on ne voyait pas de place pour une présidence de la république, parce qu'on n'apercevait pas l'élément de force politique qu'elle pourrait représenter. Aux Etats-Unis, il n'en était pas de même : le président de la république s'est trouvé représenter véritablement une force sociale et politique, qui ne trouvait nulle part ailleurs sa véritable représentation. Qu'on lise, en effet, l'étude si remarquable et si fouillée que Bryce fait des élections présidentielles aux Etats-Unis (étude qu'il serait oiseux de refaire après lui), l'on souscrira certainement à sa conclusion : « Jusqu'ici la nomination du président par les électeurs peut paraître simplement un moyen détourné de connaître le sentiment du peuple. C'est plus que cela et cette pratique a plusieurs conséquences singulières qui n'avaient pas été prévues par les auteurs de la constitution. Elle a, en réalité, donné à cette élection le caractère d'une élection par les Etats... Le plus souvent, lorsqu'une liste d'électeurs a triomphé dans un Etat, tout le poids de cet Etat est jeté dans le plateau de la balance en faveur du candidat de cette liste. Dans l'élection de 1884, New-York avait à nommer trente-six électeurs... Les trente-six suffrages... se trouvèrent

assurés à M. Cleveland et ce furent eux qui déterminèrent l'issue de la lutte dans l'union... Ainsi, un candidat peut très bien être et est en fait (élection de M. Hayes en 1876) élu président, tout en obtenant dans la nation une minorité de voix[1]. » Ce que dit M. Bryce de l'élection Cleveland en 1876 s'est reproduit trait pour trait ces temps-ci pour l'élection de M. Mac-Kinley. Il n'est même pas exact de dire que le président de la République américaine est le représentant des Etats. La représentation proprement dite des Etats appartient au sénat, à côté de la chambre des représentants, qui représente les individus. Le président de la république est surtout et véritablement le représentant des grands Etats. Par là il représente une force politique véritablement effective. A la vérité l'égalité des Etats est un principe essentiel du droit public américain, et c'est à la faveur de ce principe que la fédération a pu se constituer. Mais il n'en est pas moins certain que les grands Etats, et particulièrement l'Etat-empire, New-York, constituent une force politique avec laquelle on doit compter. C'est cette force politique, qui trouve sa représentation dans la personne du président. Celui-ci n'est plus dès lors la création artificielle d'un savant législateur politique; il trouve une assiette dans le pays; il détient une force politique véritable, puisqu'il représente un élément politique effectif. Voilà pourquoi la présidence américaine n'est pas un vain fantôme, voilà pourquoi elle joue un rôle important dans la vie politique du pays, et forme une institution stable et définitive, autant qu'il y a quelque chose de définitif dans les institutions humaines.

Son pouvoir effectif, le président américain l'exerce surtout, de l'avis unanime de tous les bons juges, par son

1. Bryce, *loc. cit.*, p. 72-7.

*veto* suspensif. Voici donc cette constitution qu'on nous représente toujours comme fondée sur le dogme de la séparation des pouvoirs, qui ne fonctionne normalement que grâce à la part qu'elle donne au chef du pouvoir exécutif dans la confection des lois, à la brèche qu'elle apporte à ce fameux principe. Bryce n'a point manqué de mettre cela en relief. « La seule vraie force du pouvoir exécutif, dit-il, le rempart derrière lequel il peut résister à l'assemblée législative, c'est donc, en temps ordinaire, son droit de *veto*. En d'autres termes, il survit comme exécutif, non pas en vertu de ses fonctions propres, mais *bien à cause de la part qu'il a reçue dans les fonctions législatives ;* il maintient sa position par la force des choses, non parce qu'il est séparé du pouvoir législatif, mais plutôt parce qu'il participe à un droit qui appartient en réalité à ce pouvoir[1] ». Qu'on ne nous vante donc plus les merveilleux effets de la séparation des pouvoirs aux Etats-Unis. Les rouages du gouvernement américain ne fonctionnent sans heurt que grâce aux restrictions que la constitution et les événements ont apportées à ce célèbre et regrettable principe. Finalement, si une collaboration continuelle du parlement et du gouvernement n'est point assurée, elle se trouve à peu près complètement réalisée pour la manifestation par excellence de la souveraineté politique, la confection des lois.

Il est un autre fait qu'on ne peut passer sous silence. Nous voulons parler du discrédit dans lequel est tombé, depuis longtemps déjà, le congrès américain. Tous les auteurs, qui connaissent la vie politique américaine, se sont plu à le constater ; il faut lire les ouvrages de Bryce et de Wilson[2] qui en font le tableau saisissant et en analysent minutieusement les causes. L'une d'elles

1. Bryce, *loc. cit.*, p. 324-325.
2. Wilson, *le Gouvernement congressionnel*, édit. française, 1900.

consiste assurément en ce fait que le congrès n'a pas un contrôle effectif de l'administration générale. Mais ce discrédit du congrès n'est pas seulement un effet ; il est aussi une cause et a contribué pour une large mesure à l'affermissement et à l'extension du pouvoir présidentiel. Cela n'eut certainement pas suffi à produire cet effet. Mais les germes de force, que les conditions précédemment décrites assuraient au président, se sont facilement développés à la faveur de la faiblesse politique et sociale ducongrès. Composé surtout de politiciens sans grande valeur morale ou intellectuelle, il occupe dans le pays peu de place, et le pouvoir présidentiel en a grandi d'autant.

Nous n'avons résolu que la première partie du problème. Il reste à montrer en effet pourquoi ce pouvoir présidentiel, reposant sur une élection générale, armé par la constitution d'un pouvoir étendu, grandissant à la faveur des circonstances et du besoin constant d'unification, fortifié par les services rendus dans les grandes crises, répondant aujourd'hui au jingoïsme du peuple américain, pourquoi ce pouvoir n'est pas devenu et ne paraît pas devoir devenir un pouvoir dictatorial. Ces visées dictatoriales, on les a reprochées à un seul président, le général Grant. Le reproche ne paraît pas avoir été fondé ; c'était une arme de parti bien plutôt qu'une accusation sérieuse et loyale. Bryce dit très justement : « Il n'est point aisé d'imaginer un président renversant la constitution existante. » De cela, les raisons sont nombreuses. La principale consiste encore dans le caractère fédéral des Etats-Unis, et en même temps dans l'étendue du pays et la diversité des éléments qui le composent. Assurément, la nation américaine marche vers la centralisation et l'unité ; la compétence du gouvernement fédéral va chaque jour s'accroissant ; mais les Etats particuliers ont encore une notable autonomie ;

il serait facile et par là même inutile de montrer la somme des pouvoirs qui leur appartiennent encore. D'autre part, si le peuple américain paraît acquérir, depuis trente ans surtout, la conscience claire de son unité nationale, il a loin d'avoir, il n'aura peut-être jamais, par suite des éléments très divers qui le composent, par suite des apports toujours nouveaux d'une immigration importante, l'homogénéité qui caractérise quelques-unes des vieilles nations européennes, et surtout la nation française. Qu'on songe en outre que l'Amérique n'a pas véritablement d'armée permanente, et qu'ainsi manque l'instrument qui a toujours servi aux coups d'Etat. Si le président américain s'arrogeait un pouvoir dictatorial, il essaierait assurément de l'appuyer sur la prétendue volonté nationale qu'il confisquerait à son profit; nulle part mieux qu'en France on ne connaît le procédé. Pour les raisons qui viennent d'être dites, ce procédé, réalisable dans un pays centralisé fortement, avec une armée prétorienne, serait en Amérique condamné à un échec certain; et les citoyens de la libre Amérique n'ont point à redouter de longtemps une pareille tentative [1].

Cette courte étude sur la présidence américaine (étude qu'il eût été oiseux de faire plus longue après les travaux de Bryce, qui ont épuisé la matière) montre, c'est la conclusion que nous voulons en tirer, combien sont chimériques les opinions de ceux qui prétendent édifier en France une présidence sur le modèle américain. Aucun des facteurs qui ont fait du président américain ce qu'il est, n'existe dans notre pays. On se trompe étrangement en croyant que quelques articles d'une loi constitutionnelle suffiront à faire de notre président de la république un chef d'Etat, exerçant un pouvoir effec-

1. Cf. Bryce, *loc. cit.*, p. 108.

tif sans préparer une dictature. Singulière aberration que de vouloir transplanter dans un pays, dont l'unité et la centralisation sont l'œuvre d'un passé séculaire, une institution née et développée sur une terre nouvelle et dans une république fédérale [1]!

1. Cf. Larnaude, *Garanties contre les actes du pouvoir législatif*, *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p. 175.

# CHAPITRE IV

## LES AGENTS DES GOUVERNANTS

I. Distinction des gouvernants et des agents. — II. Distinction analogue des organes directs et des organes indirects, des représentants et des non-représentants. — III. Institution des agents. — IV. Institution par acte unilatéral et institution par contrat. — V. La vraie solution du problème. — VI. Distinction des agents fonctionnaires et des agents non-fonctionnaires. — VII. Relations des agents avec les gouvernants. — VIII. Indépendance des agents à l'égard des gouvernants. — IX. La surveillance des agents. La discipline. — X. La hiérarchie des agents.

On aperçoit facilement les conclusions de tout ce qui précède. Ni l'assemblée du peuple, ni le corps électoral, ni le parlement, ni le chef d'Etat ne sont titulaires d'un droit subjectif de puissance; ils n'ont point la propriété de ce droit particulier, qu'on qualifie encore de souveraineté. Ils ne sont pas davantage les mandataires de la nation-personne, qui serait titulaire de la souveraineté. On ne peut non plus voir en eux les organes d'une personne une et collective, l'Etat.

Les gouvernants primaires et les gouvernants par représentation ont une plus grande force de fait qui n'est en soi ni un droit ni même un pouvoir objectif; mais le devoir, qui s'impose à eux d'employer cette plus grande force à un certain but, implique pour eux un pouvoir objectif, qui est en fait organisé, réglementé et sanctionné. Quels qu'ils soient, ils n'ont donc qu'un pouvoir objectif, pouvoir d'une volonté individuelle, et toutes les règles du droit positif relatives aux gouver-

nants doivent reposer sur ces deux idées : il n'y a d'autre volonté politique que la volonté individuelle des gouvernants; cette volonté individuelle des gouvernants est investie d'un pouvoir objectif, qui doit être réglementé et sanctionné par le droit.

## I

Si nous en restions là, nous n'aurions qu'une notion tout à fait incomplète de l'Etat et particulièrement de l'Etat moderne. En effet, dans les grandes sociétés politiques, et particulièrement dans les sociétés politiques modernes où les services, demandés légitimement aux plus forts, sont extrêmement nombreux et augmentent chaque jour par suite de la complexité et du nombre toujours croissant des besoins, par suite de l'énergie et de l'enchevêtrement toujours plus grands des liens solidaires, il est matériellement impossible que les gouvernants primaires et même les gouvernants représentants puissent remplir eux-mêmes toutes les charges qui leur incombent. Ils ont été ainsi amenés à désigner des individus qui, sous leur autorité, leur contrôle et leur surveillance, remplissent certaines charges qui incombent aux gouvernants. Ces individus, nous les appelons d'un nom générique, *les agents des gouvernants*. Mais y a-t-il dans le droit moderne, tel qu'il est sorti d'un long travail historique, un principe en vertu duquel se fasse la répartition des fonctions étatiques entre les gouvernants primaires ou représentants d'une part, et leurs agents d'autre part? Nous n'hésitons pas à le penser. Ce principe a été à la fois imposé par la logique et par les faits. Il est relativement aisé de le déterminer.

Le progrès politique s'est accompli assurément sous l'empire de facteurs très divers. Mais cependant, dans la longue évolution de laquelle est sorti l'Etat moderne, s'est maintenue une idée toujours dominante, dont le XIX^e^ siècle a marqué, au moins dans les pays de culture européenne, le triomphe à peu près complet. C'est l'idée de garanties à prendre au profit du particulier contre l'arbitraire des gouvernants. Du moment où on a compris et affirmé qu'un devoir juridique s'imposait aux gouvernants, on a senti d'une manière pressante le besoin d'établir des garanties afin d'assurer, dans la mesure du possible, l'accomplissement par les plus forts des devoirs qui s'imposent à eux, de protéger les faibles contre les forts, les gouvernés contre l'omnipotence des gouvernants. De cette conception, nous l'avons montré ailleurs[1], est née la notion de loi. Cette notion acquise, il en découlait naturellement tout un système d'organisation politique, qui est devenu le fondement même des régimes politiques modernes. Formuler la règle générale de droit ou loi *normative*, établir par voie générale des dispositions ayant pour objet d'assurer le respect et l'application de cette règle de droit ou, en d'autres termes, formuler la loi *constructive*, telle est la mission qui sera remplie directement par les gouvernants primaires ou les représentants. Ces règles sont formulées d'une manière générale et abstraite, sans considération d'espèce ou de personne ; il y a donc lieu d'espérer qu'elles échapperont à l'arbitraire. Détenteurs de la force souveraine, les gouvernants l'emploieront à formuler la règle de droit, à prendre les mesures, toujours par voie générale, pour en assurer la réalisation; la loi normative et la loi constructive seront ainsi les manifestations par excel-

1. Voir *l'État de droit objectif et la loi positive*, chap. VI.

lence de la volonté des gouvernants. Là s'arrêtera l'intervention directe des gouvernants. En d'autres termes, ils se borneront à constater des pouvoirs et des devoirs objectifs, ou à créer, comme déduction logique de ceux-ci, des pouvoirs et des devoirs objectifs d'ordre positif. Réduite à ces limites, l'intervention des gouvernants présentera pour les individus le minimum de danger.

Mais telles ne sont pas les seules fonctions étatiques. L'Etat est encore amené, pour remplir sa mission, à créer des situations juridiques subjectives. Par conséquent, il doit entrer en relation avec les particuliers, se décider suivant les circonstances spéciales, vouloir en vue d'une espèce déterminée. Il doit encore assurer la réalisation effective des situations juridiques subjectives créées en dehors de lui. Dans ces deux cas le particulier se trouve directement touché puisque, ou bien il se trouve engagé dans une situation de droit qui n'existait pas avant, qui existera pour lui seul et non pour les autres, qui entraînera pour lui seul des obligations spéciales, ou bien déjà partie dans une situation juridique subjective, il est à la discrétion de la volonté gouvernante monopolisant la force, qui seule peut assurer la réalisation de la situation. En un mot l'intervention des gouvernants dans le domaine du droit subjectif, soit pour créer une situation juridique subjective nouvelle, soit pour assurer tous ses effets à une situation juridique subjective déjà existante, atteint directement et spécialement un individu déterminé. C'était là surtout évidemment que le danger d'arbitraire gouvernental était à craindre. Si les gouvernants primaires ou représentants accomplissaient eux-mêmes directement ces fonctions, où serait la garantie du particulier? Ils possèdent la plus grande force et quand ils veulent une chose ils peuvent toujours l'imposer par

la force, sans qu'il y ait aucune voie de recours possible contre eux, sans que leur responsabilité puisse être mise en œuvre. On les qualifie de souverains. Nous acceptons l'expression si l'on veut dire par là qu'étant les plus forts dans la société, il est en fait impossible de leur résister ; il n'y a pas, au sens général du mot, d'appel possible contre eux. L'individu se trouverait ainsi complètement désarmé ; aucune garantie ne lui serait assurée contre l'omnipotence gouvernementale. Qu'on suppose au contraire que l'intervention de l'Etat en matière de droit subjectif soit confiée à de simples agents. Immédiatement les choses changent. D'abord ces agents seront limités dans leur action par une règle générale antérieure et supérieure à eux. Cette règle n'émane pas de leur volonté et les oblige par suite d'une manière incontestable. Sans doute cette règle générale oblige aussi les gouvernants ; c'est notre conviction intime ; mais cette obligation peut à la rigueur être contestée ; elle l'est en fait ; au contraire elle est incontestée et incontestable en ce qui concerne les simples agents. Le vrai fondement de ce caractère obligatoire de la règle positive pour les agents peut être discuté ; on peut même nous objecter que, niant l'existence d'un ordre dans la loi, il nous est difficile de démontrer que les agents soient obligés d'obéir à la loi positive[1]. Le moment n'est pas encore venu de réfuter l'objection. Mais on peut affirmer dès à présent que, d'un avis unanime, l'intervention de l'agent est toujours limitée par la loi, règle générale formulée d'une manière abstraite par les gouvernants. Première garantie et considérable assurée à l'individu.

Ce n'est pas tout. L'agent, intervenant dans une si-

1. Cf. le long et substantiel compte rendu que MM. Hauriou et Mestre ont bien voulu consacrer à notre volume, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, dans la *Revue du droit public*, 1902, t. I, p. 352.

tuation de droit subjectif ou créant une situation subjective, n'agira que sous l'autorité, le contrôle et la surveillance des gouvernants. Cette autorité, ce contrôle et cette surveillance sont en fait organisés de manières diverses, avec des effets plus ou moins énergiques ; mais ils existeront toujours, et ils existent en effet dans tous les pays. Nouvelle garantie donnée à l'individu contre l'arbitraire des agents étatiques. Enfin l'art politique a inventé des procédés ingénieux, surtout de nos jours, pour protéger l'individu. Ils reposent sur l'idée d'une étroite répartition de compétence entre les divers agents ; suivant l'expression de la déclaration de 1793, « (la garantie sociale) ne peut exister, si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi » (art. 24). Toute intervention en dehors des limites de cette compétence sera nulle et l'annulation de l'acte sera prononcée par d'autres agents. La limitation des fonctions implique une hiérarchie, et cette hiérarchie, plus ou moins fortement organisée, puissamment constituée dans certains Etats modernes, forme une garantie précieuse au profit de l'individu. L'art juridique moderne a inventé aussi un autre procédé, qui consiste à garantir le respect de la compétence fonctionnelle par des sûretés analogues à celles qui entourent les décisions juridictionnelles, procédé réalisé en France au moyen du recours contentieux pour excès de pouvoir. Ces quelques mots suffisent pour montrer qu'en donnant à des agents seuls le pouvoir d'intervenir dans le domaine du droit subjectif, un ensemble de garanties peuvent être accordées à l'individu, garanties qui le protègent contre l'arbitraire de l'Etat et qu'il aurait été impossible d'organiser si l'intervention dans le domaine du droit subjectif avait été laissée aux gouvernants.

Bref, deux idées générales sont à la base du droit

public organique moderne : 1° les gouvernants, primaires ou représentants, formulent la loi *normative* et créent la loi *constructive*, constatent ou créent le droit objectif, la protection des particuliers consiste dans le caractère général et abstrait de la règle de droit; 2° les agents interviennent dans le domaine du droit subjectif, la garantie des individus résulte alors du contrôle gouvernemental auquel les agents sont soumis et des liens hiérarchiques qui les unissent. Le droit moderne a aussi trouvé une autre garantie puissante, consistant dans la distinction des agents administratifs et des agents judiciaires; il suffit de la rappeler.

Cette distinction des gouvernants et des agents et la répartition entre eux des fonctions étatiques, correspondant aux domaines respectifs du droit objectif et du droit subjectif, existe dans toutes les législations modernes ; mais toutes n'en ont pas fait une application complète et irréprochable. Celles qui, comme le droit français, se rapprochent le plus de cet idéal, ne l'ont pas cependant encore complètement réalisé. Le droit français contient en effet une double dérogation à notre principe, dérogation qui certainement peut se justifier par de sérieuses raisons, mais qui n'en existe pas moins. D'abord, le droit positif français attribue dans certains cas aux gouvernants une intervention dans le domaine du droit subjectif, intervention qu'on a essayé sans doute de limiter et d'entourer de garanties contre l'arbitraire, mais qui peut avoir de graves conséquences. D'autre part, le droit français accorde à certains agents compétence pour intervenir par voie de décision générale, par conséquent dans le domaine du droit objectif, intervention qui devrait être réservée exclusivement aux gouvernants.

Les gouvernants français ont parfois pouvoir d'inter-

venir dans le domaine du droit subjectif. Ils interviennent alors, comme de simples agents et exercent une compétence qui, d'après le principe développé, ne devrait appartenir qu'à de simples agents. Le parlement lui-même intervient parfois comme un véritable agent administratif[1]. La décision prise alors par les chambres est une loi au sens formel, point une loi au sens matériel. Mais la décision prise ainsi par un organe gouvernemental est certainement insusceptible de tout recours. Cette impossibilité du recours ne tient point à la nature de l'acte qui est et reste un acte administratif, mais au caractère de l'organe qui l'a fait. L'individu se trouve ainsi privé de garanties qui lui appartiennent quand un acte est accompli par un agent, et le principe protecteur indiqué précédemment est violé. Au point de vue pratique, on a critiqué avec raison ce rôle attribué parfois à notre parlement. On a dit justement que ces affaires purement administratives encombraient inutilement l'ordre du jour, qu'elles étaient toujours réglées sans discussion et même sans un examen sérieux, et que le but de la loi, qui avait voulu créer un surcroît de garantie en exigeant l'intervention du parlement, se trouvait complètement manqué[2]. Une critique plus grave doit être faite à la disposition de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 (art. 12), qui, à l'exemple des chartes

1. Nous nous bornerons à citer l'autorisation donnée aux congrégations religieuses (loi du 1er juillet 1901, art. 13).

2. Il y a une tendance certaine dans notre législation à restreindre et à supprimer même ces attributions purement administratives du parlement. On peut citer la loi du 12 juillet 1898, qui, pour les autorisations des contributions extraordinaires et des emprunts votés par les conseils généraux, a substitué à la décision du parlement un décret rendu en conseil d'Etat, et la loi du 7 avril 1902, qui fait de même pour les emprunts votés par les conseils municipaux. La loi du 1er juillet 1901, en décidant que les congrégations religieuses ne pourraient être autorisées que par une décision du parlement, a été surtout inspirée par le désir de donner satisfaction à un parti politique.

de 1814 et de 1830, donne au sénat, corps politique représentatif, des attributions judiciaires. Tout a été dit sur ce point; il suffit de le signaler et de le regretter.

Le président de la république, avec son instrument d'action, le ministère, malgré son caractère de gouvernant, agit très souvent comme simple agent étatique. Il est en même temps gouvernant et agent administratif. Ce double caractère est incontestable et a été très nettement affirmé dans quelques textes, par exemple dans le préambule du décret du 25 mars 1852 : « Considérant, dit ce texte, que si on peut gouverner de loin on n'administre bien que de près. » On n'en finirait pas d'énumérer les actes par lesquels le président de la république intervient dans le domaine du droit subjectif. Le seul criterium, qui permette de distinguer les cas où le président de la république agit comme simple agent et ceux où il agit comme gouvernant, est le suivant : il est agent toutes les fois qu'il crée ou constate une situation juridique subjective. Le droit français paraît s'être ici complètement écarté de notre principe, à moins qu'on ne soutienne que le chef de l'Etat n'est point un gouvernant, mais un simple agent administratif. On croit avoir montré, au chapitre précédent, que toute notre histoire, tout notre droit public protestent contre cela.

Cependant, en y regardant de près, l'atteinte portée au principe moderne de la séparation des gouvernants et des agents n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire. Nous estimons en effet que lorsque le président de la république fait un acte dans le domaine du droit objectif, agit comme gouvernant, il agit en collaboration avec le parlement ; l'acte résulte alors du concours du chef de l'Etat et du parlement, celui-ci exerçant le contrôle que lui reconnaissent les règles du gouvernement parlementaire. Au contraire lorsque le président de la

république intervient dans le domaine du droit subjectif, agit comme simple agent, il intervient seul, sans la collaboration du parlement. La conséquence en est que les actes purement administratifs du chef de l'Etat échapppent à la responsabilité politique. Nous n'ignorons pas que la doctrine n'est point entièrement fixée sur ce point, et que le parlement a prétendu à diverses reprises exercer son contrôle même sur les actes purement administratifs du chef de l'Etat. Néanmoins, dans diverses circonstances, l'opinion contraire a été affirmée par les ministres devant la chambre, qui paraît s'être rangée à cet avis. Nous rappellerons seulement l'interpellation adressée à M. Barthou, ministre de l'intérieur, à l'occasion de la révocation du préfet de la Haute-Vienne. M. Barthou répondait très justement selon nous, que si on l'interpellait sur la politique générale du gouvernement, il était prêt à répondre, que si l'on critiquait au contraire spécialement la décision administrative signée sur sa proposition par le président de la république, il n'avait point à répondre, qu'il y avait là un acte administratif accompli par le chef de l'Etat dans la limite de sa compétence et qui échappait au contrôle du parlement. La chambre applaudit le ministre et vota un ordre du jour semblant reconnaître la vérité de cette affirmation [1].

S'il en est ainsi, on aperçoit immédiatement la solution d'une autre difficulté. Il est de doctrine et de jurisprudence constantes que les décisions administratives, c'est-à-dire les décisions individuelles, prises par le chef de l'Etat, sont susceptibles du recours contentieux. Or, nous avons dit précédemment qu'un pareil recours est impossible contre l'acte d'un gouvernant, notamment contre les actes accomplis par le chef de l'Etat

1. *Journal officiel*, 1896, *Débats parlementaires*, Chambre, p. 885.

agissant comme gouvernant, par exemple les décrets réglementaires et surtout les règlements d'administration publique. Ces différents actes sont en effet accomplis par le président de la république, comme gouvernant, avec le concours et sous le contrôle du parlement. Il en est autrement des actes purement administratifs; le chef de l'Etat agit seul; le parlement n'intervient pas même par son contrôle; nous avons un agent administratif et un acte administratif fait par lui; il n'y aura pas de recours hiérarchique, parce que le président est placé au sommet de la hiérarchie administrative; mais rien ne s'oppose au recours contentieux qui sera certainement recevable. Ainsi le droit français ne s'est pas écarté absolument du principe qui sépare les gouvernants et les agents; s'il n'a pas séparé les personnes, il a séparé les fonctions.

Néanmoins, tel quel le système français est certainement très criticable. Cette distinction des deux caractères du président est une fiction de droit répondant inexactement aux faits. Souvent dans la pratique, il est difficile de distinguer l'acte que fait le président comme administrateur et celui qu'il fait comme gouvernant. Parfois le parlement a voulu s'immiscer dans des actes véritablement administratifs; il peut en effet toujours prétendre que l'acte administratif est révélateur de la politique suivie par le ministère et que, sans critiquer l'acte administratif pris en lui-même, il a le droit de contrôler les tendances politiques qu'il révèle. On avouera que la distinction est subtile et que dans le fait elle laisse la porte largement ouverte à l'intervention parlementaire. C'est aussi ce défaut de notre législation, qui a singulièrement facilité l'élaboration d'une doctrine, aujourd'hui abandonnée, mais qui a longtemps eu grand crédit, la théorie des actes de gouvernement. On a pu dire en effet que le chef de l'Etat étant un gouvernant,

les actes faits par lui avaient toujours le caractère d'actes gouvernementaux, alors même qu'ils fussent des actes individuels, des actes administratifs, et que par conséquent aucun recours n'était possible contre eux. Plus souvent on n'est pas allé jusque-là, et on a soutenu qu'il appartenait au chef de l'Etat d'enlever à ses actes administratifs ce caractère, en leur donnant un but politique et gouvernemental, et de les soustraire ainsi au recours contentieux, le parlement seul pouvant exercer son contrôle. Cette doctrine est aujourd'hui à peu près complètement abandonnée[1] ; elle est repoussée par la jurisprudence, et avec raison[2]. Mais le fait qu'elle ait pu être sérieusement soutenue est une preuve des dangers que présente le système français. Il est un produit de la même évolution historique, qui a amené en notre organisation actuelle la formation de cet organe hybride qu'est le président de la république. Nous avons montré que l'institution de la présidence était en soi une antinomie. Les conséquences en apparaissent nettement. Représentant et gouvernant, le chef de l'Etat est en même temps un agent administratif; d'où les difficultés inextricables qui se produisent, les conflits, les discussions, et tout cela au détriment des situations individuelles. Ces conflits, ces discussions ne disparaîtront que le jour où la loi politique positive, mise en harmonie avec les faits, supprimera la présidence de la république comme organe gouvernant.

Le principe de la séparation des gouvernants et des agents reçoit une atteinte d'un autre ordre. Non seulement il est des gouvernants qui prennent des décisions individuelles, mais encore il est des agents qui statuent

1. Michoud, *les Actes de gouvernement*, *Annales de l'Université de Grenoble*, 1889, p. 263 ; — Brémont, *des Actes de gouvernement*, *Revue du droit public*, 1896, t. I, p. 60 ; — Lecourtois, *des Actes de gouvernement*, 1896.

2. Tribunal des conflits, S., 1882, III, p. 1 et suiv.

par voie générale, constatent ou créent le droit objectif. Nous n'avons pas en vue, en disant cela, les règlements faits par le chef de l'Etat, qui, en les portant, est véritablement un gouvernant, mais les règlements émanés de certains administrateurs, dont les principaux sont les ministres, les préfets et les maires. Il est vrai que l'action de ces agents dans le domaine du droit objectif se justifie par de sérieuses raisons pratiques, et que le législateur français a pris des mesures pour assurer en pareil cas de solides garanties aux droits individuels. Il est matériellement impossible que les gouvernants règlent eux-mêmes, par voie générale, tous les détails de la police et de l'administration, particulièrement de la police et de l'administration locales. En confiant ce soin aux administrateurs eux-mêmes, on à l'avantage d'avoir une réglementation plus prompte et mieux adaptée aux besoins des administrés. Aussi, très souvent dans beaucoup de pays et même en France, cette compétence réglementaire s'est établie par la force des choses, par exemple pour les fonctionnaires municipaux. La loi positive est venue constater cette compétence réglementaire, plutôt qu'elle ne l'a créée. Il n'est pas nécessaire d'insister sur tous ces points, qui sont très connus. De solides garanties devaient être données aux particuliers contre l'arbitraire des administrateurs, exerçant le pouvoir réglementaire. Quoique portés par voie générale, ces actes réglementaires sont susceptibles de tous les recours, qui peuvent être dirigés contre un acte administratif proprement dit, le recours hiérarchique et le recours contentieux, sauf la question délicate de savoir quelles personnes pourront former ces recours. De plus, contrairement au principe de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative, les tribunaux judiciaires peuvent apprécier la légalité des arrêtés

réglementaires invoqués devant eux et refuser de les appliquer s'ils les jugent illégaux. La disposition de l'article 471 n° 15 du Code pénal, si elle ne s'applique point aux règlements du chef de l'Etat, a été incontestablement édictée en vue des règlements administratifs proprement dits. On s'est parfois étonné que, pour les règlements administratifs, la loi française ait écarté le principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative. La raison en est simple. C'est par exception que les administrateurs peuvent dans certains cas prendre des décisions par voie générale; il est logique que des garanties exceptionnelles soient établies en faveur des individus touchés par cette décision; le législateur a pensé très justement que la meilleure des garanties consistait à permettre aux juridictions d'apprécier la légalité de la règle objective établie par une autorité, qui n'a point en principe compétence pour cela.

On voit par là que nous repoussons sans hésiter une opinion qui tend aujourd'hui à triompher en Allemagne et en France et d'après laquelle le pouvoir réglementaire serait normalement compris dans la compétence administrative, le droit de statuer par voie individuelle sur une matière impliquant le droit de prendre les mesures générales destinées à assurer la réalisation de la volonté administrative. Cette opinion a été très nettement développée par Gneist, qui conclut : « Le droit de *Verordnung* est une conséquence directe du pouvoir de gouvernement de la puissance exécutive (par conséquent des fonctionnaires administratifs qui sont agents de la puissance exécutive), reposant sur le principe que ce que l'agent de l'autorité a le pouvoir de commander ou d'interdire dans un cas particulier, il peut de même le commander ou l'interdire pour tous les cas de la même espèce[1]. » La même idée est

1. Gneist, dans *Rechtslexikon* de Holtzendorff, t. III, p. 1054. — Voir

exprimée par Jellinek dans des termes identiques : « Qui a un droit de *Verfügung* a aussi le droit de généraliser la *Verfügung*, c'est-à-dire un droit de *Verordnung*. Par suite toute personnalité administrative a un droit de *Verordnung* autonome. » Il est vrai que Jellinek distingue, ce qu'il appelle les *Verordnungen* de droit et les *Verordnungen* d'administration et que, dans sa pensée, ces dernières seules rentrent dans la compétence normale des administrateurs[1]. Mais la *Verordnung* allemande est bien notre règlement; c'est donc une disposition par voie générale. Aussi la pensée de l'auteur est bien que la compétence administrative implique en elle-même ce que nous appelons le pouvoir réglementaire. M. Hauriou enseigne une opinion identique. Dans son remarquable ouvrage sur le droit administratif, il l'indique, nous semble-t-il, plutôt qu'il ne l'affirme. Dans une note publiée dans le recueil Sirey[2], il la formule très nettement. D'après lui, le pouvoir réglementaire rentre naturellement et normalement dans les attributions de tout agent administratif d'autorité : c'est le droit, appartenant à tout agent administratif, d'organiser les services publics, qui dépendent de lui et de prendre par voie générale les *mesures de police* pour toute la circonscription sur laquelle s'étend sa compétence.

Nous ne saurions admettre cette opinion. La formule donnée par M. Hauriou nous paraît bien vague et partant imprudente. Organiser les services publics, cela se comprend encore. Mais par cette expression de police on désigne les mesures les plus diverses et générale-

la critique de cette opinion de Gneist, Rosin, *Polizeiverordnungsrecht*, p. 10 et suiv., 2e édit., 1895.

1. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 372.

2. Sirey, 1900, III, p. 83. — Dans son livre récent sur le *Règlement administratif*, M. Moreau paraît admettre le même opinion, sauf pour les ministres.

ment toutes celles qui tendent à assurer la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Admettons qu'en effet l'organisation des services publics et la police rentrent normalement dans la compétence des agents administratifs d'autorité; il n'en résulte point que le pouvoir réglementaire soit une attribution normale de tout administrateur. Le but que poursuit légitimement un agent ne peut pas donner le caractère interne des actes qu'il accomplit. La preuve en est que cette organisation des services publics, cette police, il peut les assurer par des décisions individuelles et que notamment les mesures individuelles de police sont extrêmement nombreuses. Si la définition du pouvoir réglementaire que donne M. Hauriou était vraie, il faudrait dire que même les décisions individuelles en matière d'organisation de services publics et de police sont des actes réglementaires. Certainement, il n'en est point ainsi. Le règlement ne peut être qu'une décision par voie générale. Et toute la question est de savoir s'il peut rentrer dans les attributions normales d'un agent, qui n'a point le caractère de gouvernant, de statuer par voie générale.

A cette question nous répondons sans hésiter : non. La nature d'un acte ne se peut déterminer en droit que par son caractère interne, ou plutôt par son action dans le monde du droit, et non par son but. Or, si on laisse de côté les actes juridictionnels, on ne peut imaginer que deux catégories d'actes, ceux qui contiennent une règle objective, ceux qui créent une situation juridique subjective; les premiers sont des actes législatifs, les seconds des actes administratifs. Telle est la seule distinction juridique que l'on puisse faire entre l'administration et la législation, au point de vue matériel[1]. Le

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, ch. VI, § 1 et 2.

règlement contient une disposition par voie générale, donc il n'est pas un acte administratif et ne rentre pas dans la compétence normale de l'administrateur, comme le fait très justement observer Rosin[1]. Si l'on suppose consacrées par une loi formelle les dispositions contenues dans un règlement administratif, cette loi formelle sera en même temps certainement une loi matérielle. Cela prouve que le règlement administratif contient bien une disposition ayant en soi le caractère législatif, et qui ne peut rentrer dans la compétence normale de l'administrateur. La conséquence pratique apparaît aisément. On ne peut reconnaître le pouvoir réglementaire qu'aux agents auxquels il est expressément attribué par la loi, et dans les limites rigoureusement déterminées par la loi. Cela est aujourd'hui à peu près unanimement reconnu en France pour le ministre. On doit en dire autant pour le préfet et pour le maire. Le pouvoir réglementaire de ce dernier est, il est vrai, extrêmement étendu[2] ; il n'en est pas moins un pouvoir tout à fait exceptionnel. L'administrateur qui réglemente est un vrai législateur; au fond, il fait une loi, rien qu'une loi, tout à fait une loi. Si cet acte, à la différence de la loi proprement dite, est susceptible de nombreux recours, cela tient au caractère de l'auteur de l'acte. La décision est une loi quant au fond; elle est au point de vue formel un acte administratif, parce qu'elle émane d'un administrateur, et les recours possibles contre tout acte d'un administrateur sont recevables contre lui. Mais le point essentiel était d'affirmer que dans une législation adéquate aux notions modernes du droit, et particulièrement dans la législation française, le pouvoir réglementaire ne peut appartenir aux agents que

1. Rosin, *Polizeiverordnungsrecht*, p. 10, 2e édit , 1895.
2. Loi 5 avril 1884, art. 97 et 98; — loi 11 janvier 1898.

d'une manière tout exceptionnelle. Il est formellement interdit aux agents judiciaires (C. civil, art. 5); il est concédé à titre exceptionnel à certains administrateurs.

Notre proposition générale subsiste donc tout entière. Aux gouvernants appartient le domaine du droit objectif; ils formulent la règle générale et abstraite; ils ne peuvent point agir dans le domaine du droit subjectif, ni créer une situation subjective, ni intervenir dans une situation subjective déjà créée. Aux agents, le domaine du droit subjectif : ils ont compétence pour créer par un acte de volonté une situation juridique subjective, pour constater et réaliser une pareille situation déjà existante. Des deux exceptions à cette règle, qui existent dans les législations modernes et particulièrement dans le droit français, l'une n'est pas une exception véritable et s'explique par une construction juridico-politique encore imparfaite et inadéquate aux faits; l'autre se justifie par des raisons pratiques d'un grand poids, et les garanties, qu'a prises le législateur pour protéger les particuliers, empêchent que cette intervention de certains agents dans le domaine du droit objectif soit vraiment dangereuse.

## II

Les agents sont des individus institués par les gouvernants pour intervenir dans le domaine du droit subjectif. Notre distinction entre les gouvernants et les agents correspond assez bien à la distinction faite par la doctrine juridico-organique entre les organes directs et les organes indirects. Jellinek définit ces derniers « les organes dont la situation ne repose pas directement sur la constitution, mais sur une commission

individuelle à eux donnée ». Il ajoute qu'ils sont toujours directement où indirectement subordonnés à un organe direct[1]. Cette conception de l'organe indirect tombe sous les critiques générales adressées précédemment à la théorie juridico-organique; il n'y a point à y revenir. Il importe cependant de faire observer que cette théorie est encore plus inadmissible, si l'on peut dire, appliquée aux organes indirects. Elle repose sur l'unité de la personnalité et de la volonté étatiques; tout organe exprime la volonté tout entière de l'Etat; exprimant la volonté de celui-ci, un organe ne peut l'exprimer que tout entière puisqu'une volonté est indivisible par essence. Dès lors, si un simple agent est un organe de l'Etat, lorsqu'il veut et agit, c'est l'Etat lui-même qui veut et agit. Cette proposition est formulée à maintes reprises par tous les partisans de la doctrine juridico-organique et particulièrement par Jellinek[2]. Or, si l'on conçoit, à la rigueur, l'application de cette idée aux organes directs, qu'on déclare complètement indépendants les uns des autres, on ne voit guère comment elle peut s'appliquer aux organes indirects. Ceux-ci, dit-on, sont toujours subordonnés à un organe direct, ce qui implique naturellement une contradiction possible entre la volonté exprimée par l'organe direct et celle exprimée par l'organe indirect. L'une et l'autre sont cependant, par définition, volonté de l'Etat; et par suite l'Etat peut avoir des volontés contradictoires. D'autre part, il existe dans tous les pays modernes une hiérarchie entre les agents étatiques ou ce qui est, dit-on, la même chose, entre

1. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 509.

2. « La distinction entre les organes directs et les organes indirects, dit-il notamment, concerne la place organique des individus, non l'organisation elle-même; car tous actes de volonté étatique sont directs, en tant qu'ils deviennent en principe définitifs, peu importe de quels organes ils émanent. » Jellinek, *System*, 1892, p. 212.

les organes indirects. Cette hiérarchie est d'ailleurs, nous l'avons montré, rationnellement et pratiquement nécessaire. Elle se traduit forcément dans le pouvoir pour l'organe supérieur d'annuler ou de réformer les décisions de l'organe inférieur. C'est cependant toujours la volonté de l'Etat qui est exprimée, et quand un agent annule l'acte accompli par son subordonné, c'est encore la volonté de l'Etat, laquelle se met en contradiction avec elle-même. Que devient, dans ces conditions, l'unité de volonté? Un préfet fait un acte; c'est l'Etat qui veut; le ministre annule ou réforme cet acte; un tribunal le casse; c'est toujours l'Etat qui veut; mais c'est l'Etat qui veut des choses contradictoires suivant qu'il veut par tel ou tel organe. Enfin, si la hiérarchie implique des ordres donnés par l'inférieur au supérieur, par le ministre au préfet, c'est l'Etat qui se donnera des ordres à lui-même. Les contradictions et les impossibilités surgissent de tous côtés. Si donc la théorie juridico-organique n'était pas condamnée par son principe même, elle le serait par les conséquences auxquelles elle conduit, quand on admet l'existence d'organes indirects hiérarchisés et subordonnés aux organes directs.

Jellinek a bien aperçu l'objection et tâche d'y répondre. L'Etat même absolu, dit-il, n'agit pas par un seul organe, mais par une pluralité d'organes; entre ces organes les fonctions étatiques sont partagées conformément à un plan; la mesure des fonctions étatiques, qui doivent être remplies régulièrement par un organe, forme sa compétence; chaque organe ne représente l'Etat que dans le cercle de la compétence qui lui est impartie. Comme l'Etat ne peut ainsi se manifester comme sujet de l'ensemble de ses fonctions, mais seulement comme organe doué de compétence et limité dans cette même compétence, il peut se faire que l'Etat paraisse s'opposer à ses propres organes; l'Etat comme

tribunal peut s'opposer à l'Etat comme administrateur; l'Etat comme ministère peut s'opposer à l'Etat comme parlement. « Et ainsi, ajoute Jellinek, par la possibilité de personnifier en ses organes l'expression déterminée, séparée, de son essence, l'Etat est mis à même de placer ses organes dans le rapport de supériorité et d'infériorité (rapport hiérarchique), et de faire juger par certains de ses organes les limites de compétence des autres organes. Ainsi s'expliquent les faits internes de l'organisation étatique, et se concilie la pluralité des fonctions et des fonctionnaires avec l'unité de l'Etat. Par là s'explique aussi la possibilité externe de contradictions entre les différents actes définis de la volonté étatique... malgré l'unité interne de la volonté étatique[1]. »

Franchement, nous ne sommes point satisfait par l'argumentation du savant auteur; nous ne comprenons pas comment, malgré ces contradictions possibles des volontés des différents organes, « l'Etat puisse rester le sujet de toutes les compétences, intact dans son unité ». On a beau affirmer que la volonté étatique ne peut jamais être divisée : dans la réalité, il n'en est rien; non seulement cette volonté est divisée entre les différents organes qui l'expriment; mais encore elle peut se contredire elle-même, elle peut se détruire elle-même. On dit bien que pour l'Etat « les manifestations particulières de ses organes restent des faits internes de sa personnalité, qui doivent conduire à un acte de volonté définitif émanant de lui ». Mais cela ne tend à rien moins qu'à nier toute hiérarchie et tout contrôle juridictionnel, à ne reconnaître dans chaque ordre de fonction qu'un seul organe véritablement compétent pour statuer. Jellinek est obligé d'en faire

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 215.

l'aveu, quand, supposant un jugement rendu en dernière instance, il laisse entendre que les jugements antérieurs ne sont plus l'expression de la volonté de l'Etat, et n'ont fait que préparer l'expression de cette volonté dans le jugement rendu en dernier ressort. Le tribunal de première instance ne serait donc pas un organe de l'Etat, ou ne le serait que sous cette condition que son jugement ne soit pas réformé. La difficulté apparaît encore plus grande, quand on considère la hiérarchie administrative. Si l'explication donnée par Jellinek est vraie, il en résulte nécessairement que seule la décision de l'agent supérieur exprime la volonté de l'Etat en son unité, que l'agent inférieur n'est organe de l'Etat que sous cette condition que son acte ne soit pas réformé par le supérieur. Or comme cette réformation est toujours possible à toute époque, le caractère d'organe de l'agent inférieur reste toujours en suspens; ou, en d'autres termes, l'agent inférieur n'a jamais une véritable compétence de décision. Enfin, la théorie des recours contentieux contre les décisions administratives, qui est définitivement établie dans le droit public français, et qui tend à s'introduire dans beaucoup de législations modernes, devient inexplicable. L'on suppose une décision prise par un agent supérieur administratif; malgré la violation de certaines formalités, d'un avis unanime, l'agent est resté organe de l'Etat, et son acte est l'expression légale de la volonté étatique. La juridiction, qui annule cet acte, est aussi organe de l'Etat, et sa volonté est aussi l'expression légale de la volonté de l'Etat. Or, on ne peut pas dire évidemment que ces deux organes, l'agent administratif et la juridiction, concourent à la formation de la volonté une de l'Etat, puisqu'ils poursuivent des buts différents et peuvent exprimer des volontés contraires. La contradiction apparaît ainsi

dans l'intérieur même de la prétendue volonté *une* de l'Etat. La savante dialectique de Jellinek est impuissante à expliquer comment l'existence d'organes indirects, nombreux, subordonnés aux organes directs, hiérarchisés entre eux, prenant des décisions toujours susceptibles d'être annulées par un autre organe et particulièrement par un organe juridictionnel, peut se concilier avec la personnalité indivisible et la volonté *une* de l'Etat.

Notre distinction entre les gouvernants et les agents existe certainement dans toutes les législations modernes. Elle a été théoriquement formulée dans plusieurs textes de nos constitutions révolutionnaires, notamment dans l'article 2 de la section II du chapitre IV du titre III de la constitution de 1791 : « Les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation. Ils sont des agents élus à temps par le peuple pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives. » Cet article ne peut avoir d'autre portée que de séparer les agents administratifs des organes de représentation, que nous appelons plus simplement les gouvernants. Le texte ne parle que des agents élus ; c'est que pour eux seulement pouvait se poser la question de savoir s'ils n'étaient pas des gouvernants, des représentants. Si même les agents élus ne sont pas des représentants, *a fortiori* les agents nommés ne le sont-ils point. La formule de 1791 disait trop assurément, si l'on prend le mot de représentant dans le sens strict qu'on lui donnait à cette époque. Le représentant est celui qui veut au lieu et place de la nation, et dont la volonté est comme si elle émanait directement de la nation. Celle-ci ayant seule la puissance publique, le représentant seul peut faire un acte de volonté ayant la force de s'imposer par lui-même, un acte de puissance publique ; l'agent non représentant ne peut exprimer

une volonté publique, il peut seulement agir pour assurer l'exécution d'une volonté publique, exprimée par un représentant. En disant donc que les agents n'ont aucun caractère de représentation, on semblait dire que les manifestations de leur volonté ne peuvent jamais constituer un acte de puissance publique, qu'ils ne peuvent faire que des actes d'exécution ; et en ajoutant qu'ils agissent sous la surveillance et l'autorité du roi, on semblait dire que tout acte de puissance publique d'ordre administratif est censé voulu par le roi, et que l'agent ne fait qu'en assurer l'exécution. Telle n'a certainement pas été la pensée des constituants. Ils ne pouvaient nier la compétence de vouloir des agents administratifs; ils ne pouvaient refuser à la manifestation de leur volonté la production par elle-même d'un effet de droit. Mais en déclarant qu'ils n'étaient pas représentants, ils voulaient les distinguer nettement du roi et de l'assemblée, qui, l'un et l'autre, étaient déclarés représentants et qui, dans la sphère de leur pouvoir, exprimaient la volonté même de la nation, comme un mandataire la volonté de son mandant. Les agents ne sont pas représentants : ce n'est pas à dire que leur volonté ne puisse pas par elle-même produire un effet de droit; assurément elle le peut; mais cette volonté n'est pas la volonté de la nation; elle reste la volonté propre de l'agent, à laquelle la loi a concédé le pouvoir de créer un effet de droit, quand elle se meut dans un certain domaine. Précisément parce que cette volonté est celle d'un agent et non celle de la nation, elle est une volonté contrôlée et surveillée par un représentant de la nation qui est le roi. L'Assemblée de 1789, avec la terminologie de l'époque, exprimait donc une idée identique à celle que nous nous efforçons de mettre en relief. La même distinction se retrouve dans la constitution de 1793; mais toute la sou-

veraineté étant alors concentrée dans l'assemblée législative, les agents se trouvent naturellement placés sous le contrôle de l'assemblée. « Les administrateurs et officiers municipaux n'ont aucun caractère de représentation. Ils ne peuvent en aucun cas modifier les actes du corps législatif, ni en suspendre l'exécution » (art. 82 ; cf. art. 83). Qu'on lise enfin les articles 174 à 201 de la constitution de l'an III, et l'on verra que la même distinction s'y trouve impliquée.

Ainsi la distinction entre les agents et les gouvernants est non seulement rationnelle, mais encore adoptée par le droit positif français. Elle a été faite très nettement, on vient de le voir, par nos constitutions révolutionnaires, qui ont fondé le droit public français ; aucun texte des constitutions ou des lois plus rapprochées de nous n'est venu la contredire. Elle forme le droit commun de toutes les législations modernes. La distinction peut être faite plus ou moins nettement ; des exceptions plus ou moins grandes peuvent y être apportées ; mais le principe existe partout ; et certainement avec les progrès du droit, il ira chaque jour en se précisant et en s'élargissant. Il répond en effet à un besoin certain : la protection du particulier ; et seul il permet aux gouvernants d'accomplir les devoirs toujours plus étendus qui leur incombent avec les progrès de la civilisation. On étudiera surtout les conséquences rationnelles de ce principe, en montrant que le droit positif et la jurisprudence s'y adaptent de plus en plus.

## III

Les agents sont des individus institués dans le but de participer à l'accomplissement de la mission qui s'impose aux gouvernants. La première question qui

se présente est donc celle de savoir quelle est la nature juridique de cette institution. Question capitale qui a donné lieu à des controverses sans fin. Il importe de la préciser. Remarquons d'abord, que la nature interne de l'acte d'institution reste toujours la même, quelle que soit la forme qu'il revête dans telle ou telle législation positive. Souvent on distingue entre la nomination et l'élection. Il y a là une simple différence de fait, qui ne peut constituer une différence de droit : l'élection est la nomination faite par un groupe d'individus et la nomination proprement dite celle faite par un individu seul. On peut se demander à cette occasion comment dans l'élection se forme une volonté, dont la manifestation soit précisément l'institution d'un agent. Mais cela est une question tout à fait différente de celle que nous posons ; c'est la question de la formation d'une volonté dans un corps collégial et nous avons essayé de la résoudre précédemment[1]. On verra d'ailleurs plus loin qu'avec notre conception de l'institution, la question ne se pose point pour l'élection. Quoi qu'il en soit, on peut affirmer dès à présent que le caractère juridique de l'institution des fonctionnaires une fois trouvé, il sera celui également de l'élection et de la nomination. Lorsque M. Esmein, voulant caractériser l'acte qu'accomplit le président de la république, en faisant une nomination, déclare « que le président de la république fait en réalité fonction d'électeur[2] », il ne détermine en aucune façon la nature juridique de l'acte de nomination. Sa pensée est probablement celle-ci : le corps électoral nomme les chambres, les chambres nomment le président de la république, le président de la république nomme les fonctionnaires, donc finalement les fonctionnaires sont nommés par le corps

1. Voir *supra*, chap. II, § 1.
2. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 484, 2e édit., 1899.

électoral, et le président de la république est un véritable électeur au troisième ou au quatrième degré. A tout prendre cela est vrai ; mais dire que le chef de l'Etat en nommant un fonctionnaire fait fonction d'électeur, c'est employer une expression paradoxale, et qui ne résout en aucune façon la question de savoir quel est le caractère juridique de cette nomination. M. Esmein ne veut certainement pas dire que la nomination d'un fonctionnaire et l'élection de la chambre ont le même caractère juridique : ce serait inexact en théorie, et M. Esmein sait mieux que personne que ce serait faux en droit positif français. Au plus, il peut vouloir dire que l'institution d'un agent par nomination ou par élection a le même caractère. C'est vrai. Mais quel est ce caractère ?

Certainement cette institution d'un agent ne contient ni un mandat donné pour l'exercice de la souveraineté nationale, ni une concession d'une partie de cette souveraineté nationale. Qu'il n'y ait pas un mandat, cela nous paraît théoriquement incontestable, puisque nous rejetons du droit public toute idée de mandat. Cela est de même incontestable en droit français, puisque, on vient de le voir, la distinction faite entre les agents et les représentants consiste en ce que les uns reçoivent un mandat et les autres point. Il n'y a pas mandat donné par la nation ; il n'y a pas davantage mandat donné par le représentant qui fait la nomination. Le représentant n'est point titulaire du droit qu'il a reçu mandat d'exercer, et, par conséquent, il ne peut déléguer un droit qu'il n'a pas. La chose est d'évidence, si la nomination est faite par un autre agent. D'autre part, pour qu'il y eût mandat donné au fonctionnaire, il faudrait que celui qui nomme, gouvernant ou agent, eut pouvoir d'exercer la compétence qui appartiendra à celui qui est nommé ; or, il est certain qu'il n'a point ce pouvoir.

D'ailleurs il est inutile d'insister sur ce point ; car l'accord semble fait. On reconnaît à peu près unanimement que ni en théorie, ni dans l'interprétation des législations positives modernes, on ne peut voir dans l'institution des agents un mandat donné au fonctionnaire, soit par l'Etat, soit par la nation souveraine, soit par le gouvernant, détenteur directement ou par représentation de la souveraineté politique, soit par l'agent qui fait la nomination.

Mais, si l'on écarte en général l'idée d'un mandat donné, l'idée d'une concession consentie et portant sur une certaine portion de la souveraineté a trouvé ces temps-ci quelque crédit. Il ne s'agit pas, sans doute, d'une concession faite par celui qui nomme, mais par l'Etat lui-même, dont celui qui nomme manifeste la volonté. Quelques lignes assez obscures de M. Esmein paraissent impliquer cette idée. « Les fonctionnaires, dit-il, tiennent leur titre et leur fonction de la constitution ou de la loi, c'est-à-dire de la souveraineté nationale[1]. » Or, comme notre collègue n'admet certainement pas qu'il y ait un mandat, en disant cela, il ne peut parler que d'une concession. Nous regrettons que M. Esmein ne se soit pas plus longuement expliqué. Cette idée de concession, nous la retrouvons dans l'ouvrage de M. Hauriou, qui a construit sur elle toute une théorie de la fonction publique. Emanée d'une plume aussi autorisée, elle mérite un sérieux examen. Le savant auteur l'a quelque peu modifiée dans la quatrième édition de son *Précis de droit administratif*. La voici en substance dans sa dernière forme. Il y a, d'après M. Hauriou, des fonctions érigées en titre d'office, permanentes, ayant une existence indépendante de celle du fonctionnaire, par exemple les fonctions de préfet, les sièges de magistrat, les chaires de professeur. Il y

1. Esmein, *loc. cit.*, p. 484.

a aussi des fonctions qui ne sont pas érigées en titre d'office, qui sont personnelles au fonctionnaire, qui ne consistent qu'en un *mandat*, une *commission* qui lui est confiée. Il n'y a pas, d'ailleurs, d'acte administratif spécial, dont le but soit d'ériger une fonction en titre d'office ; il se crée seulement un état de fait, vite consacré par des règlements. « La fonction publique érigée en titre d'office est traitée comme une chose dans les rapports de l'administration et du fonctionnaire, en ce sens que l'administration, ayant mis la main sur un certain nombre de fonctions sociales et en ayant fait des dépendances inaliénables et imprescriptibles d'une sorte de domaine public incorporel, en concède à ses fonctionnaires l'occupation provisoire par des moyens divers, en leur garantissant plus ou moins la possession, en leur concédant même parfois une propriété temporaire, mais en retenant toujours la provision, c'est-à-dire en retenant toujours les droits suffisants pour faire retomber la fonction dans le domaine public, au moins à la retraite ou à la mort du fonctionnaire, et pour empêcher qu'elle ne devienne un élément du patrimoine de ce dernier. » M. Hauriou ajoute en note : « Je me suis borné à adapter aux faits contemporains les théories de notre ancien droit[1]. »

Si nous comprenons bien la doctrine de M. Hauriou, la nomination à une fonction publique, l'institution d'un agent est tantôt un mandat, une commission donnée, tantôt une concession consentie sur le domaine incorporel qui est constitué par la puissance publique. Au reste, mandat ou concession, la nomination résulterait d'un acte unilatéral de puissance publique; mais la question n'est pas encore là. M. Hauriou semble bien croire que ce mandat forme tout à fait l'exception.

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 585-588 et p. 588, note 1, 4e édit., 1900.

et que normalement, en droit français, et aussi dans le droit commun de l'Europe, la fonction constitue au profit du fonctionnaire une concession de la puissance publique. Nous ne saurions admettre cette manière de voir. L'idée de mandat, nous l'avons maintes fois repoussée, et il n'y a pas à y revenir. Quant à l'idée de concession, accordée sur le domaine public incorporel formé par la puissance publique, même avec les restrictions que lui a apportées M. Hauriou dans sa quatrième édition, elle est absolument insoutenable. Nous montrerons plus loin que les fonctions ne peuvent jamais être considérées comme des choses, et qu'il n'y a pas un fonctionnaire, quel qu'il soit, ni en France ni à l'étranger, en qui on puisse voir le titulaire d'un droit sur la fonction[1]. Dès à présent il importe de montrer le néant d'une considération, qui paraît avoir pesé d'un fort poids sur l'esprit si pénétrant de notre collègue : la persistance dans le droit moderne de la vieille notion de la fonction publique constituée en titre d'office. Il faut invoquer les précédents historiques, non point pour en tirer cette conclusion que les institutions modernes sont les mêmes que celles du passé, mais pour montrer, au contraire, qu'elles sont le produit de transformations qu'ont subies les institutions anciennes. Sans doute, à une certaine époque, sous l'influence de la féodalité, la souveraineté a été conçue comme une propriété, les droits de puissance publique comme des droits patrimoniaux, comme une dépendance du domaine royal, et la nomination à une fonction, la *provision*, a pu être alors comprise comme une concession sur une dépendance du domaine public, d'où la patrimonialité des offices, d'où aussi les concessions apanagères. Mais cette idée perd du terrain

1. Voir *infra*, chap. v, §

dès la première moitié du XVII[e] siècle. Ne sont plus considérés comme des dépendances du domaine royal que les droits de puissance publique qui peuvent procurer un bénéfice pécuniaire. La plus grande partie des droits de puissance publique ne forment plus des droits patrimoniaux ; les fonctionnaires par excellence de l'ancien régime, les intendants, ne sont point considérés comme concessionnaires de dépendances du domaine royal, mais comme des agents nommés par le roi pour exercer sous son autorité et en son nom certains droits de puissance. Avec la Révolution, à peu près partout en Europe, et particulièrement en France, le caractère patrimonial de la souveraineté disparaît complètement. Le domaine royal devient domaine de la nation ; mais le domaine de la nation ne comprend que l'ancien domaine royal corporel, les biens objets d'un droit de propriété et les démembrements du droit de propriété. Les droits de souveraineté ou droits régaliens ne font point partie du domaine national ; ils appartiennent à la nation, mais ne rentrent point dans son domaine ; la nation n'a point de domaine incorporel. Parmi les anciens droits régaliens, rentrant dans le domaine incorporel, les auteurs rangeaient tous « ... le droit de créer des offices... », c'est-à-dire la concession de fonctions publiques[1]. Les droits régaliens étant distraits du domaine national, le droit de nommer aux fonctions publiques ne peut faire désormais partie de ce domaine incorporel qui n'existe plus. Il suffit, d'ailleurs, de lire la grande loi domaniale du 22 novembre 1790, et les rapports de Barrère et d'Enjubaut qui l'ont précédée[2], pour se convaincre que, depuis la Révolution, le domaine public comprend seulement des biens proprement dits, que tous les anciens droits

1. Cf. Merlin, *Répertoire*, V° *Domaine public*, § 3.
2. *Archives parlementaires*, 1re série, t. XII, p. 637.

régaliens, et notamment la nomination aux fonctions publiques, sont des prérogatives de la souveraineté nationale sans rien de domanial. La conception, d'après laquelle la nomination à certaines fonctions publiques serait une concession d'une dépendance du domaine incorporel, est un pur anachronisme et se trouve en contradiction avec tous les principes du droit public moderne. D'autre part, comment M. Hauriou peut-il concilier sa théorie de certaines fonctions concédées en titre d'office avec sa doctrine de la personnalité organisée de l'Etat? La nomination à une fonction étant une concession d'une dépendance patrimoniale, cela suppose trois éléments, un droit concédé, un concédant et un concessionnaire. Le premier élément, il existe, nous l'accordons; mais les deux autres éléments, nous ne les voyons point. Si l'Etat est une personnalité organisée, il ne peut pas avoir une existence distincte de celle de ses organes. L'Etat, c'est l'ensemble des organes de la nation personnifiée. Les fonctionnaires sont les organes de l'Etat. On ne peut donc pas dire que l'Etat fait une concession à ses fonctionnaires, parce qu'il ferait une concession à ses organes, c'est-à-dire à lui-même, ce qui est impossible[1]. Ces critiques

1. M. Hauriou, dans une autre partie de son ouvrage, semble faire une large part à l'idée de mandat, dans l'institution des agents étatiques. Nous lisons, en effet, à la page 328 : « Quels que soient les représentants des administrations publiques et à quelque degré qu'ils soient constitués, ils sont des collaborateurs de la puissance publique, ils apportent un concours personnel à l'œuvre administrative; il faut, en effet, distinguer deux sources de leur activité, le mandat public en vertu duquel ils ont été constitués et la fonction publique qui leur fournit des inspirations propres. » Comment cette notion de mandat, donné par celui-là même qui fait la nomination, se concilie-t-elle avec la personnalité de l'Etat, avec la concession accordée à certains fonctionnaires sur un domaine public incorporel, qui serait la puissance publique elle-même? Nous avouons ne pas le très bien comprendre, et nous sommes surpris que M. Hauriou fasse reparaître cette notion de mandat, dont, dans d'autres parties de son ouvrage, il a si bien compris et montré l'inanité.

s'adressent à toutes les doctrines qui, sous une forme quelconque, tendent à voir dans l'institution des fonctionnaires une concession quelconque, une concession analogue à l'ancienne concession à précaire, ou, comme Laband, une concession un peu analogue à l'ancienne *commendation*[1].

Nous arrivons ainsi à cette conclusion négative, que l'institution d'un agent n'est ni un mandat ni une concession. Quant au point de savoir si cette institution produit des effets et quels sont ces effets, on ne pourra le déterminer qu'après avoir fixé la situation des agents au point de vue actif et au point de vue passif. Mais dès à présent se pose une autre question : l'institution d'un agent est-elle un acte unilatéral ou un acte contractuel? On formule en général cette question en d'autres termes. On demande si elle est un acte de puissance publique ou un acte de gestion, ou bien un acte de puissance publique ou un contrat. Nous avons montré ailleurs tout ce qu'avait de vague ces expressions d'actes de puissance publique et d'actes de gestion[2]. Le vrai problème est de savoir si, dans cette institution d'un agent, il faut voir un concours contractuel de l'agent institué et de celui qui fait la nomination, ou simplement un acte de volonté unilatéral émané de l'instituant. On aperçoit les nombreux intérêts pratiques et théoriques qui se rattachent à la solution de ce problème. Cependant, une réserve s'impose. On a dit souvent que le fonctionnaire avait ou n'avait pas un droit subjectif, suivant que la nomination était ou n'était pas un acte contractuel. « Un acte qui ne confère pas de droits acquis, dit M. Hauriou, n'est pas un contrat. » Par droits acquis, l'auteur entend certaine-

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 413; édit. franç., 1901, t. II, p. 119, et la bibliographie étendue donnée par l'auteur.
2. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. v, §§ 6 et 7.

ment droits subjectifs. Or l'absence de droit subjectif ne prouve point qu'il n'y ait pas de contrat, puisqu'un contrat n'est parfois que la condition d'application d'une règle objective[1]. D'autre part, on ne peut point conclure du caractère non contractuel de la nomination qu'il n'y a pas de droits subjectifs, parce que de tels droits peuvent naître d'un acte unilatéral. En un mot, il n'y a, selon nous, aucune corrélation à établir entre la situation juridique de l'agent et le caractère contractuel ou non contractuel de l'acte de nomination. Ne présenterait-elle qu'un pur intérêt théorique, la question mériterait d'être résolue ; il y a toujours un grand intérêt à avoir des idées théoriques exactes. Même pratiquement, il importe de savoir, si l'acte est contractuel ou unilatéral pour déterminer le moment où l'acte est définitivement formé. En outre, dans les pays qui fondent la séparation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire sur les mêmes principes que le droit français, les tribunaux administratifs seront compétents, si l'acte est unilatéral, les tribunaux judiciaires, si l'acte est contractuel.

A notre sens, il n'y a pas de raison logique *a priori* pour que l'acte, par lequel un agent est institué, soit un acte contractuel, ou un acte unilatéral. Nous avons dit ailleurs qu'il était impossible de faire une distinction rationnelle entre le domaine du contrat et le domaine de l'acte unilatéral, que toutes les fonctions étatiques pouvaient être remplies et avaient été remplies aussi bien au moyen du contrat qu'au moyen de l'acte unilatéral, que la démarcation des deux domaines avait continuellement évolué et que certainement la tendance actuelle était vers une diminution du rôle assigné aux contrats d'Etat, diminution correspondant à

1. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. III, § 6.

la décroissance générale du système contractuel dans tous les rapports sociaux. Nous repoussons donc en bloc toutes les théories dans lesquelles on dit, d'une manière absolue : l'institution d'un agent n'est jamais un contrat ou est toujours un contrat. Rousseau est le promoteur de la doctrine, qui compte aujourd'hui beaucoup de représentants et d'après laquelle l'institution d'un agent n'est jamais un contrat: « Il n'y a, disait-il, qu'un contrat dans l'Etat, c'est celui de l'association, et celui-là seul en exclut tout autre; on ne pourrait imaginer aucun contrat public qui ne fût une violation du premier[1]. » A la suite de Rousseau on discute encore la question.

L'institution des agents est, d'après les uns, un véritable contrat intervenant entre l'Etat et l'agent institué. On s'attache à mettre en relief le concours de volontés qui est, dit-on, indispensable pour que tel individu devienne agent public. On ajoute que ce contrat a tous les caractères d'un contrat synallagmatique. L'agent institué promet de fournir à l'Etat une certaine prestation, et en retour celui-ci lui promet certains avantages, dont les principaux sont un traitement et une pension de retraite. Le rapport de droit qui naît alors doit être réglé d'après les principes applicables aux contrats. Il est vrai qu'en général on atténue cette conclusion en disant que ce contrat est un contrat de droit public. Cela ne veut rien dire, car il ne peut y avoir deux espèces de contrats; ce qui est un contrat est toujours un contrat avec les mêmes caractères internes. Il est vrai qu'en appelant la nomination des fonctionnaires un contrat de droit public, on a eu surtout pour but d'expliquer comment en général le fonctionnaire peut être révoqué *ad nutum*, et aussi de donner un fondement

1. *Contrat social*, liv. III, chap. XVI, Paris, 1817, p. 243.

juridique à la compétence des tribunaux administratifs pour juger toutes les questions de traitement, de pension de retraite[1].

Beaucoup d'auteurs estiment au contraire que rationnellement l'institution d'un agent est un acte unilatéral de puissance publique. Sans doute, disent-ils, il y a dans la nomination du fonctionnaire un certain élément contractuel, puisqu'en général un individu n'est nommé que s'il accepte cette nomination ; le plus souvent même il la sollicite spontanément. Mais c'est là un élément tout à fait accessoire, qui ne produit aucun effet de droit; tous les effets de la nomination se rattachent à un acte unilatéral de puissance publique ; il y a même dans l'institution des agents une manifestation par excellence de la puissance publique, manifestation qui est toujours unilatérale; et les effets qui se produisent ne sont explicables que par l'intervention de la puissance publique. C'est cette idée que veut certainement exprimer M. Hauriou quand il écrit: « La situation des fonctionnaires est *réglementaire* et non point *contractuelle* ; le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration publique dans une situation analogue à celle d'un citoyen ordinaire, qui bénéficie des services publics et des choses publiques et qui est soumis à la réglementation[2]. » Cette opinion peut être fondée ; on le recherchera plus loin. Mais cependant l'argument principal que l'on met en avant n'est point exact. On dit en effet que l'échange des consentements, qui intervient habituellement entre celui qui est nommé et l'administration qui le nomme, ne constitue pas un contrat, parce qu'en la forme ce n'est pas un contrat, puisque l'acte se présente comme

1. Sur le caractère contractuel de la nomination des fonctionnaires, cf. Perriquet, *des Contrats passés par l'Etat*, p. 435 ; — Dareste, *Contentieux administratif*, p. 372, 2e édit ; — Ferrand, *du Louage de service à durée indéterminée*, 1898, p. 80.

2. *Droit administratif*, p. 588, 4e édit., 1900.

un décret, un acte d'autorité, et parce que, d'autre part, cet acte ne lie pas l'administration qui peut modifier à son gré après coup la situation du fonctionnaire, et qu'ainsi le fonctionnaire n'a pas de droits acquis. Nous croyons en effet que le fonctionnaire n'a pas de droits acquis. Mais cela admis, pourquoi n'y aurait-il pas de contrat? N'y a-t-il pas des contrats résiliables à la volonté des contractants? Et s'il y avait des droits acquis, serait-ce une preuve que l'acte de nomination n'est point un acte unilatéral de puissance publique? Rien ne s'oppose à ce qu'un acte unilatéral de puissance publique fasse naître ce qu'on appelle des droits acquis. Il n'existe donc pas de correspondance entre l'absence ou l'existence des droits acquis et le caractère non contractif ou contractuel d'un acte; ainsi l'argument donné ne tient pas.

## IV

Considérant que dans la nomination du fonctionnaire il y a incontestablement un élément contractuel résultant du concours des volontés de celui qui nomme et de celui qui est nommé, et un élément de puissance publique apparaissant dans les formes mêmes de l'acte et dans l'effet de l'acte, qui est de donner à l'agent une participation à la puissance publique, certains auteurs ont essayé de faire la part des deux éléments et de montrer que l'institution des fonctionnaires est un acte complexe comprenant à la fois un contrat et un acte unilatéral de puissance publique. Cette théorie est surtout une théorie allemande; il faut reconnaître qu'elle cadre assez bien avec la grande loi allemande du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires. Elle a été surtout développée et précisée par Laband; elle est indiquée,

en des termes moins clairs, par Jellinek[1]. Dans l'institution d'un agent, dit-on, l'analyse juridique distingue deux choses qui, au premier abord, apparaissent confondues : 1° le contrat de service public ; 2° l'attribution d'une certaine compétence dans un emploi déterminé, donné à celui qui a conclu avec l'Etat un contrat de service public. La concession d'une certaine compétence dans un emploi déterminé ne crée pas le service public, elle le suppose ; elle résulte toujours d'un acte unilatéral de puissance ; elle ne donne aucun droit au fonctionnaire ; elle détermine seulement le cercle de sa compétence, et cette compétence ne peut être revendiquée ni par le fonctionnaire ni contre le fonctionnaire. La fonction proprement dite résulte au contraire du contrat de service public (*Staatsdienstvertrag*) ; elle constitue un rapport de service public (*Staatsdienst verhaltniss*). Ce contrat fait acquérir au fonctionnaire non pas la compétence pour tels ou tels actes, mais la qualité de fonctionnaire, l'état actif de fonctionnaire, et pour lui un véritable droit subjectif. C'est de ce contrat que naissent en même temps diverses obligations pour l'Etat, par exemple l'obligation de payer un traitement au fonctionnaire, l'obligation de lui servir une pension de retraite, de lui assurer d'autres avantages.

Telle est résumée cette doctrine du contrat de service public. Elle est rationnelle et forme une construction juridique qui ne manque pas d'élégance. Mais est-elle conforme aux faits desquels est sortie la conception de l'Etat moderne ? Nous le croions point. Elle est une survivance de la conception contractuelle de l'Etat. Laband est obligé de le reconnaître lui-même quand il

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 403 et suiv. ; édit. franc., 1901, t. II, p. 100 et suiv. ; — Jellinek, *System*, 1892, p. 129 et suiv. ; — Cf. Kammerer, *la Fonction publique en Allemagne*, 1898 ; — Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, 1900.

rapproche le prétendu contrat de service public de l'ancien contrat de *commendation*. Sans doute on fait bien une part à l'autorité commandante de l'Etat en reconnaissant l'existence d'un acte unilatéral attribuant la compétence; mais on fait une sorte d'amalgame étrange des deux notions qui se sont succédé historiquement, la notion de l'Etat contractuel et la notion de l'Etat commandant, la notion féodale et la notion moderne.

Sans insister davantage sur ces diverses doctrines, nous dirons que toutes ont le tort, pour justifier leur conclusion, de rechercher quelle est la situation de l'agent, si elle constitue pour lui ou non un droit subjectif, et de prétendre qu'il y a ou qu'il n'y a pas de contrat suivant que le fonctionnaire est ou n'est pas titulaire d'un droit subjectif. De la situation des agents institués, on peut seulement déduire que l'acte d'institution est la cause génératrice de cette situation, ou qu'elle est uniquement la condition d'application à un individu déterminé de la règle objective qui crée la situation fonctionnelle. Si en effet les agents n'ont qu'un pouvoir objectif, l'acte d'institution ne peut être la cause créatrice de ce pouvoir, il ne sera que la condition d'application pour la loi qui implique ce pouvoir. Si au contraire l'agent devient titulaire d'un droit subjectif, l'acte d'institution sera un acte juridique proprement dit, donnant naissance à ce droit subjectif, dans les limites déterminées par la loi. Dans les deux cas, l'acte d'institution peut être unilatéral ou contractuel[1].

A la vérité, les Etats modernes ont une tendance à remplir leurs diverses fonctions de plus en plus au moyen d'actes unilatéraux. Nous nous sommes élevé

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. III, § 6.

contre ces doctrines qui veulent attribuer un domaine fixe au contrat d'Etat. Le rôle du contrat est au contraire soumis à une perpétuelle évolution, et telle fonction étatique qui, pendant des siècles, a été remplie au moyen du contrat, est maintenant assurée par un acte essentiellement unilatéral, par exemple l'établissement de l'impôt. Il y a une évolution complètement analogue pour l'institution des agents étatiques. On pourrait concevoir une société politique, où les gouvernants se procureraient le concours de tous les agents dont ils ont besoin au moyen de contrats passés avec eux : la société féodale dans sa pure conception en est un exemple. A partir du XVI^e^ siècle les concessions d'office sont assurément des actes contractuels. Mais à côté des titulaires d'offices, beaucoup d'agents sont institués par un acte unilatéral des gouvernants. Déjà à la fin du XVIII^e^ siècle le domaine du contrat a perdu beaucoup de son étendue. L'évolution continue dans ce même sens à l'époque contemporaine, activée par la socialisation croissante des relations politiques et correspondant à une diminution progressive du rôle du contrat dans tous les rapports sociaux. Partout aujourd'hui l'institution des agents étatiques se fait de moins en moins par des contrats, et de plus en plus par un simple acte unilatéral. Cependant, nulle part encore l'évolution n'est complètement achevée. Il faudrait examiner séparément les législations modernes et chercher pour chacune d'elles quels sont les agents institués par contrat, quels institués par un acte unilatéral. Il nous suffira de le faire pour la législation française, qui apparaît bien d'ailleurs comme type de législation progressive, quand on veut en pénétrer le développement au lieu de se figer dans une stérile exégèse.

Il est certains agents pour lesquels il est incontestable

que le contrat ne joue aucun rôle dans leur institution ; ce sont ceux auxquels la loi impose l'accomplissement d'une certaine fonction, qu'ils ne peuvent pas refuser d'exercer, ce refus étant frappé d'une pénalité. On pense immédiatement aux jurés criminels et aux membres du jury d'expropriation[1]. Que le juré soit un agent de l'Etat, cela nous paraît incontestable. Il accomplit sur l'ordre et sous le contrôle des gouvernants une fonction qui est certainement d'ordre étatique. Il y a ainsi certains agents, dans l'institution desquels n'apparaît aucune trace d'élément contractuel[2].

Cependant, il est certain que tous les agents ne sont pas institués par un acte unilatéral en droit français. Dès lors il est indispensable de rechercher si dans notre législation existe un criterium général, qui permette de déterminer quels sont les agents qui sont institués par un acte unilatéral, quels par un contrat. Si ce criterium existait, il y aurait en droit français une théorie générale de l'institution des agents, et il serait possible de déterminer *a priori* dans quel cas il y a contrat, dans quel cas acte unilatéral de puissance publique. M. Berthélemy et M. Nézard à sa suite estiment qu'il en est ainsi. Ils croient trouver le criterium cherché dans une distinction entre les agents d'autorité et les agents de gestion. Les agents d'autorité, disent-ils, sont ceux qui sont compétents pour faire un acte de puissance publique, pour mettre en

1. C. instr. crim., art. 396 ; — Loi du 3 mai 1841, art. 29 et suiv.

2. Laband (*Staatsrecht*, t. I, p. 402 ; édit. franç., t. II, p. 102) soutient que le juré n'est pas un fonctionnaire. Le juré, dit-il, n'est pas un fonctionnaire, parce que la charge lui est imposée, parce qu'il n'y a pas contrat de service public ; le jury est une fonction en soi, mais le juré n'est pas un fonctionnaire. Cela nous paraît bien étrange : si le jury est une fonction en soi, comment le juré n'est-il pas un fonctionnaire ? Parce qu'il n'y a pas de contrat de service public, répond-on. Mais il faudrait précisément prouver que la qualité de fonctionnaire ne peut résulter que d'un contrat de service public. Cela peut être vrai en droit allemand, mais assurément cela ne s'impose pas rationnellement à l'esprit.

mouvement la puissance publique, pour prendre une décision qui s'impose par voie de commandement, parce qu'elle est une émanation de la souveraineté de l'Etat. Pour l'institution de ces agents, il ne peut être question de contrat; l'idée d'un mandat à eux donné doit être énergiquement repoussée; il ne peut y avoir entre eux et l'Etat qu'un rapport de droit public, et l'acte, par lequel ils sont institués, est certainement et exclusivement un acte unilatéral de puissance publique. Au contraire, l'agent de gestion est compétent pour faire des actes, qui ne supposent pas la mise en mouvement de la puissance publique et qui se traduisent le plus habituellement en un contrat; leur intervention ne fait naître que des rapports de droit privé; ils sont eux-mêmes dans une situation de droit privé; les relations, qui naissent entre eux et l'Etat, sont exclusivement de droit privé; par suite l'acte par lequel ils sont institués est un contrat, un contrat de louage de services. M. Berthélemy résume très nettement sa doctrine. Pour la nomination des agents qui n'ont aucune participation à la puissance publique, « il ne répugne, dit-il, nullement à l'esprit de faire intervenir l'idée de contrat »; ce n'est pas « d'un contrat de droit public, contrat de puissance publique, c'est d'un contrat ordinaire, d'un contrat de droit privé qu'il s'agit, et ce contrat n'est pas autre chose qu'un louage de services passé entre l'établissement public et le fonctionnaire .» Au contraire, pour les fonctionnaires autorités, « pas d'analogie possible avec une situation voisine. Pour définir leur fonction, il faut se borner à dire qu'elle consiste dans une participation à l'autorité dont l'exercice est confié à l'administration par la nation souveraine[1]. »

1. Berthélemy, *Droit administratif*, 2e édit., 1902, p. 65 et 66. —

Nous ne pouvons évidemment accepter une pareille distinction. Elle repose tout entière sur la séparation complète du droit public et du droit privé, sur l'idée d'une souveraineté appartenant à l'Etat et qui donne aux rapports de droit, lorsque cette souveraineté y intervient, un caractère tout particulier, le caractère de rapport de droit public. Nous avons repoussé énergiquement cette distinction, et en même temps la séparation, qu'on en déduit, des actes de gestion et des actes de puissance publique. Pour nous, les actes dits de gestion sont des actes contractuels; les actes dits de puissance publique, des actes unilatéraux; le rapport qui naît des uns et des autres est identique[1]. Mais peu importe ce point pour le moment; acceptons la distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion, des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, telle que la présentent MM. Berthélemy et Nézard. Nous ne saurions accepter la conséquence qu'ils en déduisent. Sans doute, l'intervention du fonctionnaire autorité fera naître un rapport de puissance entre l'Etat et le particulier touché par cette intervention; et au contraire l'acte de gestion ne fera naître entre le particulier et l'Etat qu'un rapport de droit privé, un rapport contractuel habituellement. Mais de la nature juridique du rapport qui naît entre l'Etat et le particulier par l'intervention de l'agent, on ne peut point déduire la nature du rapport né entre l'Etat et l'agent lui-même. En démontrant que l'agent d'autorité a compétence pour faire des actes de puissance, on n'a nullement démontré que l'acte qui l'a institué soit un acte unilatéral de puissance publique. Il n'y a point une

Voir des propositions identiques dans le livre très intéressant et très complet de M. Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, 1901, p. 481 et 575.

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. VI, §§ 5 et 7.

relation nécessaire entre ces deux choses. Cela est tellement vrai que l'histoire du droit nous offre des exemples nombreux où la compétence pour juger, compétence assurément pour faire des actes d'autorité au premier chef, était le résultat certain d'un contrat entre l'Etat et l'agent appelé à exercer cette compétence. Il en était ainsi dans le contrat de fief, duquel naissaient pour le vassal des droits de justice. Assurément ce contrat intervenait dans un état social absolument différent de celui dans lequel nous vivons. Mais on nous présente la formule comme l'expression d'une vérité logique, générale et absolue. Nous avons le droit de répondre : ce n'est point là une règle générale, absolue, puisque nous trouvons des exemples frappants où l'agent institué pour rendre la justice, pour remplir au premier chef une fonction d'autorité, était institué par un contrat. Rendre la justice a partout et toujours été considéré comme la prérogative par excellence de la souveraineté ; on sait qu'en France notamment la puissance supérieure du roi continua de se manifester, au moment de la domination féodale, par le maintien du droit de justice[1]. D'autre part, de ce que l'agent institué n'a pas compétence pour faire un acte dit de puissance publique, de ce qu'il ne fait que des actes de gestion, on n'a point le droit de conclure que l'acte qui l'institue est nécessairement un contrat. Il est possible qu'il en soit ainsi; mais il n'en est point forcément ainsi. La distinction se comprendrait, si l'on admettait que l'Etat concède aux agents d'autorité une fraction détachée de sa souveraineté et les rend ainsi compétents pour faire en son nom un acte d'autorité, et qu'aux agents de gestion l'Etat donne mandat de faire pour son compte certains actes. Mais M. Berthélemy

1. Luchaire, *les Institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, 1883, t. I, p. 269 et suiv.

et M. Nézard rejettent certainement, et avec raison, toute idée de concession de souveraineté, toute idée de délégation. La question de la nature de l'institution fonctionnelle reste donc complètement distincte de la nature des actes, qui rentrent dans le cercle d'activité de l'agent.

## V

Mais il y a cependant une grande part de vérité dans la doctrine que nous venons d'exposer et de critiquer. Elle exprime non pas une règle rationnelle et absolue, mais la tendance suivant laquelle se produit l'évolution vers l'institution des agents par un acte unilatéral. Les premiers agents, que les gouvernants ont institués par un acte unilatéral, sont précisément ceux qui avaient compétence pour intervenir eux-mêmes par acte unilatéral. En employant la terminologie habituelle, nous dirons : ce sont les agents ayant compétence pour faire des actes de puissance publique qui, les premiers, ont été institués par un acte de puissance publique. Pour eux l'évolution est complète dans le droit positif français. Tous sont institués par un acte unilatéral des gouvernants. Le caractère contractuel de la nomination a disparu entièrement. Cela est vrai, ou peu s'en faut, dans toutes les législations modernes. Alors même qu'on les reconnaîtrait titulaires de droits subjectifs, il n'est pas possible de considérer que leur institution émane d'un contrat. Sans doute, à la rigueur, l'idée de contrat peut intervenir dans une législation qui, comme la loi allemande de 1873, fait une distinction entre la fonction et l'emploi. On peut alors admettre, comme Laband, le caractère complexe de la nomination, contrat pour la fonction proprement dite, et acte unilaté-

ral de puissance publique pour l'emploi. Mais en droit français, cette distinction n'existe certainement pas[1]. Peut-être est-elle faite pour les officiers pour lesquels on distingue le grade et l'emploi. Mais s'il en est ainsi, on ne saurait prétendre que la nomination à un grade soit un contrat et non pas un acte de puissance publique unilatéral. Il nous paraît donc certain que, dans l'état actuel des choses, les agents qui font eux-mêmes des actes unilatéraux, dits actes de puissance publique, sont institués par un acte qui est toujours uniquement et exclusivement un acte unilatéral. Le gouvernant, qui nomme des agents, accomplit au premier chef une obligation qui lui est imposée par le droit objectif. La volonté toute seule est assez puissante pour produire un effet de droit, si du moins l'institution de l'agent produit par elle-même un effet de droit. Voilà selon nous la raison principale, qui fonde le caractère unilatéral de l'acte par lequel sont institués les agents dits d'autorité. On est arrivé à cette conception que les gouvernants, en faisant ces nominations, préparent l'emploi de la plus grande force en vue de la solidarité sociale, et que par conséquent c'est leur volonté seule qui est compétente, et compétente par elle-même, sans le secours d'aucune autre, pour instituer des agents dans ce but.

En France, l'acte de nomination d'un ministre, d'un préfet, d'un sous-préfet, d'un maire, des nombreux agents de la force publique est assurément un acte unilatéral. Cette nomination peut être demandée ou est acceptée par les intéressés. Mais cet élément consensuel de la part

1. M. Hauriou qui, dans la 3e édition de son *Précis de droit administratif* (p. 687 et suiv.), distinguait la fonction et l'emploi, fait, dans la 4e édition (p. 585 et suiv.), une distinction analogue entre le titre et l'emploi, auquel correspondent l'office et la provision. Nous croyons que toutes ces distinctions sont absolument étrangères au droit français moderne.

de l'intéressé ne joue à notre avis aucun rôle. Les gouvernants ne nomment en général que des individus qui acceptent ou même qui demandent les fonctions, parce qu'il y a lieu de croire que ces fonctions seront mieux exercées par ceux qui y sont appelés sur leur demande ou avec leur acceptation. Il n'est pas besoin d'imposer ces fonctions parce que dans le fait les candidats ne manquent point. Mais cet élément consensuel est tout à fait accessoire, ne joue aucun rôle au point de vue du droit. Qu'on suppose, pour s'en convaincre, qu'un individu soit appelé à une fonction de ce genre à son insu, comme cela arrive parfois. Il sera investi de cette fonction du jour même de sa nomination, alors même qu'il l'ignore et que par conséquent il ne l'ait pas encore acceptée. Qu'on ne dise pas que son acceptation produit ensuite un effet rétroactif, que la nomination n'est qu'une offre, qu'elle n'est définitive que par l'acceptation du fonctionnaire, produisant un effet rétroactif au jour de la nomination. Ce qu'on appelle un effet rétroactif est une pure fiction. Dans tous les cas on ne peut parler d'un effet rétroactif que lorsque, un acte réunissant toutes ses conditions d'existence et de formation, l'effet en est subordonné à l'arrivée d'une condition ; alors l'acte produit ses effets, non pas au jour de l'arrivée de la condition, mais au jour où il a été fait, et cela très logiquement, puisque de ce jour il réunissait par hypothèse tous les éléments de perfection, que l'arrivée de la condition n'y ajoute rien, que les effets, appelés quelquefois les effets de la condition, sont en réalité des effets de l'acte. Mais il ne peut en être ainsi que pour un acte qui, au moment de sa formation, réunissait tous les éléments d'existence. Si donc le consentement du fonctionnaire nommé est un élément essentiel de la nomination, on ne peut pas parler d'effet rétroactif produit par cette acceptation.

La situation serait la même que dans une donation, pour laquelle l'offre et l'acceptation interviennent à des époques séparées, et plus généralement la même que dans tout contrat où l'offre et l'acceptation n'interviennent pas au même moment. D'un avis unanime (et telle est certainement la solution de notre droit positif), il n'y a contrat qu'au moment où l'acceptation est donnée ; aucun effet rétroactif ne se produit et ne peut se produire. Si l'on parlait d'effet rétroactif, si l'on disait que l'acte produit ses effets au jour de l'offre, on reconnaîtrait que l'offre unilatérale suffirait à produire un effet obligatoire. Dès lors, ce ne serait plus une offre, mais un acte juridique achevé. Or c'est précisément ce qui a lieu pour une nomination faite à l'insu du fonctionnaire nommé. On peut dire, nous n'y voyons pas d'inconvénient, que l'acceptation postérieure rétroagit au jour de la nomination ; mais, s'il en est ainsi, c'est que la nomination se suffit à elle-même, c'est que l'intervention unilatérale du gouvernant produit par elle-même l'effet poursuivi. S'il y a un effet rétroactif de l'acceptation, c'est que celle-ci n'est pas, comme l'acceptation d'une donation ou d'une offre quelconque, le complément nécessaire pour former l'acte. Tout au plus pourrait-on dire que le consentement de l'agent nommé est une condition à laquelle est subordonné l'effet de la nomination. Mais c'est alors une preuve que l'acte de nomination est unilatéral ; l'arrivée d'une condition ne vient point donner à un acte un élément de formation qui lui manque ; un acte conditionnel est un acte parfait, dont les effets seulement sont subordonnés à l'arrivée de la condition. Quoiqu'il en soit, le consentement du fonctionnaire peut ne pas exister au moment où la nomination est faite ; en ce cas la nomination n'est pas une offre seulement ; elle est plus que cela et ne peut être par conséquent qu'un acte

unilatéral, c'est-à-dire parfait juridiquement par la volonté seule de celui qui le fait.

Restent les agents, qui ne sont pas associés à l'emploi de la force dont disposent les gouvernants, les agents qui ne font pas, suivant l'expression consacrée, des actes de puissance publique, mais seulement des actes de gestion. Même pour la plupart de ceux-là, la nomination est aujourd'hui un acte unilatéral. Il est certain que pour eux l'évolution n'est pas encore aussi complète que pour les précédents. Pour quelques agents de gestion la nomination se fait encore certainement par un contrat ; pour beaucoup il peut y avoir quelque incertitude sur le caractère unilatéral ou contractuel de la nomination. Pourquoi, en ce qui concerne ces agents, l'évolution n'est-elle pas aussi complète que pour les agents d'autorité ? La réponse s'aperçoit aisément. En nommant des agents d'autorité, les gouvernants interviennent pour assurer l'accomplissement d'une mission qui leur incombe certainement, d'une mission que tout le monde leur reconnaît. Par suite, leur volonté unilatérale a été considérée facilement comme ayant par elle seule une valeur juridique. Mais les agents, dits agents de gestion, sont souvent employés pour accomplir certains services dont le caractère étatique est encore contesté ; partant le caractère unilatéral de la nomination aussi reste encore incertain. On se rendra compte de ce que nous voulons dire, si l'on remarque que l'évolution, tendant à faire de la nomination un acte purement unilatéral, est absolument parallèle de celle qui a fait progressivement rentrer, dans la mission obligatoire de l'Etat, tel ou tel service. Quand un service est considéré comme constituant véritablement une obligation pour l'Etat, l'institution d'agents affectés à ce service devient incontestablement un acte purement unilatéral. La volonté du

gouvernant suffit pour créer l'agent, parce qu'en manifestant sa volonté en ce sens, le gouvernant ne fait qu'accomplir l'obligation objective que lui impose la règle de droit. Mais il est encore des services qui, bien que remplis par l'Etat, ne rentrent pas cependant dans sa mission obligatoire, ou du moins sur le caractère desquels règnent quelques doutes. Le caractère de la nomination des agents affectés à ces services présente alors la même incertitude. Comme la tendance actuelle, et très juste à notre avis, est d'étendre la mission de l'Etat, d'élargir les services dont il doit assurer l'accomplissement, la tendance est aussi d'attribuer de plus en plus un caractère unilatéral à toutes les nominations qu'il fait. Quelques exemples vont le montrer.

Tous les services financiers sont depuis longtemps considérés comme rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat ; toutes les nominations des agents financiers sont des actes unilatéraux, sans distinguer les agents compétents pour faire des actes de puissance publique et ceux qui ne le sont pas. Un percepteur par exemple ne fait pas d'actes de puissance publique; sa nomination est incontestablement un acte unilatéral. Au XX$^{e}$ siècle, l'enseignement est considéré à peu près unanimement comme rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat ; en nommant les agents chargés de le donner, tout aussi bien qu'en l'organisant, l'Etat ne fait que remplir une obligation qui lui est imposée par le droit; aussi les actes de nomination de tout agent de l'enseignement sont des actes purement unilatéraux. Nous défions quiconque de trouver en droit français une différence juridique entre la nomination d'un professeur et la nomination d'un préfet ou d'un magistrat. De ce qu'il est fait au professeur une certaine situation qui lui assure des avantages, de ce que,

par exemple, il ne peut être révoqué ou déplacé que sous certaines conditions, on ne peut conclure qu'un contrat se forme entre lui et l'Etat ; on verra plus loin que ces avantages sont le résultat de la règle objective, et non pas d'un prétendu contrat. Des avantages analogues, et même plus étendus, sont assurés aux magistrats, et cependant l'acte, par lequel ils sont nommés, est certainement unilatéral. La nomination est aussi unilatérale pour tous les agents des travaux publics, parce que l'exécution des travaux publics rentre dans la mission reconnue unanimement comme obligatoire pour l'Etat. Au contraire il y a certains services publics sur le caractère étatique desquels règnent certains doutes, par exemple les services de transport des choses et des personnes ; le caractère de la nomination des agents qui y sont préposés reste par là même indécis. Il est cependant dans les conceptions modernes un service de transport, que tous les Etats civilisés considèrent comme constituant pour eux une obligation, c'est le servie postal ; aussi les agents des postes sont-ils à peu près partout et particulièrement en France institués par un acte unilatéral de l'administration. Le service des transports par chemin de fer, au contraire, a encore, en France du moins, un caractère assez indéterminé. Doit-on voir dans l'organisation de ce service l'accomplissement d'une obligation qui s'impose à l'Etat? On peut raisonnablement en douter. Ainsi s'explique qu'on ait des doutes sur le caractère, que revêt la nomination des agents qui y sont affectés. L'Etat français possède des manufactures ; les unes sont destinées à alimenter certains monopoles financiers que l'Etat s'est réservés, d'autres, à subvenir aux besoins de la défense ; pour les unes et les autres, nous croyons que les agents de l'Etat qui y sont employés, collaborent à l'accomplis-

sement d'un service obligatoire pour l'Etat, service financier, service de la défense nationale, et que, par suite, la nomination de ces agents est un acte unilatéral. Cependant, nous sommes dans une période de transition : l'esprit français ne se représente guère l'Etat manufacturier ; l'on comprend dès lors que le caractère de la nomination de ces ouvriers soit encore très indécis dans notre droit. Quelques manufactures appartenant à l'Etat, comme Sèvres et les Gobelins, n'ont certainement pas le caractère de services rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat, par conséquent la désignation des ouvriers qui y sont employés est purement contractuelle ; et c'est en effet l'opinion à peu près unanimement reçue[1].

En résumé, cette question, si vivement controversée du caractère unilatéral ou contractuel de la nomination des agents, ne peut se résoudre, ni théoriquement, ni en droit français par une formule générale. D'autre part, on ne peut la résoudre non plus d'après la situation qui est faite à l'agent. La question de savoir si l'agent a ou non des droits subjectifs est complètement indépendante de celle de savoir si sa désignation est unilatérale ou contractuelle. De même la nature des attributions de l'agent est étrangère au caractère de sa nomination. Ce qui a conduit la plupart des auteurs à rattacher ensemble, d'une part, le caractère de la nomination, et d'autre part, à la fois, la situation objective ou subjective de l'agent et la nature de ses attributions, c'est que les trois choses ont évolué sous l'empire des mêmes facteurs. Il y a donc eu une correspondance entre elles, non point parce que l'une a été la cause de l'autre, mais parce qu'elles ont eu la même cause.

1. Sauf la question de savoir si l'embauchage des ouvriers par un patron est un véritable contrat. Mais la question est autre ; elle est la même pour un particulier patron que pour l'Etat patron.

Cela s'éclaircira, nous l'espérons, au chapitre suivant. Nous voulons dire que l'agent de l'Etat est dans une situation simplement objective, quand il est participant à un service rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat et au contraire dans une situation subjective lorsque le service dont il est chargé ne rentre pas dans la mission obligatoire de l'Etat. Mais, s'il en est ainsi, ce n'est pas parce que dans un cas il est désigné unilatéralement, et dans l'autre contractuellement. Les deux choses coïncident, mais ne sont pas dépendantes l'une de l'autre. De même les agents, qui participent à un service obligatoire, peuvent souvent prendre des décisions unilatérales ou de puissance publique; cela n'implique pas qu'ils soient nommés par un acte unilatéral; encore ici les deux choses coïncident; mais l'une n'est pas la cause de l'autre.

En un mot, quand un service rentre dans la mission obligatoire de l'Etat, trois phénomènes concomitants se produisent à des degrés divers : la nomination de l'agent qui est chargé du service devient unilatérale ; l'agent est placé dans une situation objective ; souvent il acquiert compétence pour faire des actes unilatéraux ou de puissance publique.

## VI

Nous pouvons ainsi déterminer le vrai sens d'un mot qui est employé couramment, et sur la portée duquel cependant règnent encore beaucoup d'incertitudes; c'est le mot fonctionnaire. Le fonctionnaire est l'agent des gouvernants, qui participe à l'accomplissement d'un service rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat. Cette définition montre que le sens et la portée

du mot fonctionnaire variera avec la mission qui s'impose à l'Etat. Si l'idée générale, qui détermine la mission de l'Etat, est fixe, cependant les applications qui en sont faites sont essentiellement variables. De même par conséquent variera la notion du fonctionnaire. Mais au fond cependant, le criterium auquel on reconnaît le fonctionnaire reste le même. Tel agent désigné par l'Etat participe-t-il à l'accomplissement d'une mission considérée comme obligatoire pour l'Etat, il est fonctionnaire quelle que soit la nature des actes qu'il fait. Si non, il ne l'est pas. Tout autre criterium du fonctionnaire est inadmissible et notamment tout criterium qui, comme cela a été souvent proposé, tend à distinguer le fonctionnaire de l'agent, employé ou préposé, par la nature des actes qu'il peut faire.

On trouvera dans l'ouvrage de M. Nézard[1] l'énumération de tous les systèmes proposés pour distinguer parmi les agents de l'Etat ceux auxquels on doit réserver le nom de fonctionnaire. Adoptant en cela l'opinion de M. Berthélemy[2], l'auteur estime (peut-être a-t-il raison) que tous agents de l'Etat devraient être appelés fonctionnaires, et qu'on doit distinguer les diverses catégories d'agents ou fonctionnaires par la nature des actes qu'ils accomplissent, que par suite il faut distinguer le fonctionnaire autorité et le fonctionnaire de gestion, et que *stricto sensu* le mot fonctionnaire désigne seulement les premiers. Nous ne nions pas qu'il puisse y avoir quelque intérêt à distinguer les agents de l'Etat d'après la nature des actes rentrant dans leur compétence ; mais nous croyons que la notion, qu'implique le mot fonctionnaire, est tout à fait étrangère à la

1. Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, 1901, p. 460 et suiv.

2. *Droit administratif*, 2e édit., 1902, p. 66 et suiv.

nature de l'acte fait, et se rapporte uniquement au caractère obligatoire pour l'Etat du service auquel collabore l'agent.

En tout cas, si l'on veut en effet classer les différents agents de l'Etat, d'après les actes qu'ils accomplissent, ce n'est pas deux catégories d'agents qu'il faut distinguer, mais trois: les agents qui font des actes unilatéraux ou d'autorité, les agents qui font des actes de gestion, et les agents qui font de simples opérations matérielles, ou du moins les deux catégories suivantes: les agents qui ont compétence de faire des actes juridiques, et les agents qui ont mission pour faire simplement des opérations matérielles. Cette distinction a certainement son importance, surtout dans la théorie juridico-organique de l'Etat. Il est certain, en effet, que, les agents, qui ne font que des opérations matérielles, ne peuvent être considérés comme des organes de l'Etat. L'Etat personne juridique ne peut faire que des actes juridiques; et lorsqu'un de ses agents fait un acte matériel, cet acte ne peut pas être regardé comme étant fait par l'Etat, il est fait sous la surveillance et par l'ordre de l'Etat, il n'est pas fait par l'Etat lui-même qui, personne juridique, ne peut faire que des actes juridiques [1]. Jellinek l'a très nettement montré. Cette distinction peut offrir son importance aussi pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité du fonctionnaire. Mais cette distinction n'a vraiment sa raison d'être que pour ceux qui admettent l'idée de personnalité juridique de l'Etat. Par conséquent, elle ne peut nous intéresser. Nous verrons cependant qu'on ne peut parler vraiment de compétence que pour ceux des agents, qui ont mission de faire des actes juridiques. Quoiqu'il en soit, cette distinc-

1. Voir *supra*, *Introduction*, §§ 4 et 5.

tion entre l'agent qui fait des actes juridiques et celui qui ne fait que des opérations matérielles n'a point de valeur pour déterminer la nature de l'acte, par lequel il est institué, le caractère objectif ou subjectif de la situation qui lui est faite ; en un mot, elle n'intéresse pas la qualité de fonctionnaire. Laband a parfaitement raison de dire : « Il est indifférent que les attributions, se rattachant à la fonction, aient un caractère de puissance ou soient simplement techniques. Une limite fixe entre les deux caractères est très difficile à déterminer, car pour beaucoup de fonctions, les attributions de puissance et les attributions techniques sont liées les unes aux autres. Toute distinction à cet égard est sans valeur pratique. Les personnes investies d'un service d'Etat, qui gèrent les domaines et les forêts, les chemins de fer, les travaux publics..., qui donnent l'enseignement, etc..., doivent être considérées comme des fonctionnaires aussi bien que les fonctionnaires de police ou les juges[1]. » Cette observation est particulièrement vraie en droit français ; notre législation ne distingue certainement pas deux catégories d'agents ; ce sont les mêmes agents qui font tantôt des actes de puissance publique, tantôt des actes de gestion proprement dits, tantôt de simples opérations matérielles. Et, pour ne citer que le ministre, le préfet et le maire, ces trois agents essentiels de l'administration générale font également des actes de puissance publique, des actes de gestion et des opérations matérielles, qui se pénètrent souvent de telle façon qu'il est bien difficile de les séparer.

M. Hauriou, dans la troisième édition de son *Précis de Droit administratif*, avait paru faire une distinction très nette entre les fonctionnaires et les employés, les

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 407 ; édit. française, t. II, p. 109.

fonctionnaires étant les agents « investis d'un service public, répondant à un besoin social, organisé d'une façon suffisamment permanente pour constituer une carrière », et ayant par conséquent un *état* garanti par la loi ; et les employés ceux qui ne profitent pas d'une pareille situation[1]. Mais notre collègue indiquait avec raison qu'il n'y avait pas là une distinction rigoureuse, que cette partie du droit était en voie de transformation, et que « tous les employés tendaient vers la situation de fonctionnaires ». Il ajoutait aussi que l'institution des employés, comme celle des fonctionnaires, était faite par un acte unilatéral de puissance publique. Dans sa dernière édition (1900), M. Hauriou exprime la même idée en la précisant. « Les emplois publics, dit-il, sont des fonctions qui primitivement n'étaient pas érigées en titre d'office, à raison de leur importance moindre... Mais il existe une évolution qui érige les empois en titre d'office, à mesure que ceux-ci se fixent et deviennent permanents. » Il ajoute encore que toute nomination de fonctionnaires et d'employés est un acte unilatéral de puissance publique[2].

Nous sommes absolument d'accord avec M. Hauriou pour dire que cette distinction entre le fonctionnaire et l'employé tend à disparaître ; cependant, il est bien difficile d'admettre qu'en droit français positif, il n'y ait pas encore une distinction à faire entre l'employé et le fonctionnaire. Mais si cette distinction doit être faite, elle ne peut être celle qu'indique M. Hauriou, car elle se rattache à la situation qui est faite à l'agent. Or, si l'agent a une certaine situation, c'est parce qu'il a déjà un certain caractère ; la loi, par exemple, lui assure un état, parce qu'il est un agent ayant un caractère parti-

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 682 et suiv., 3e édit., 1897.
2. Hauriou, *Droit administratif*, p. 586, 4e édit., 1900.

culier; et ce caractère particulier ne dérive pas de la situation que la loi fait à l'agent, au point de vue de son état. Si l'on admet avec M. Hauriou que ce qui constitue le fonctionnaire proprement dit, c'est ce fait que la fonction constitue pour lui une carrière, est érigée en titre d'office, on aboutit à des conséquences difficilement acceptables. Par exemple on est obligé de dire que le maire n'est pas un fonctionnaire proprement dit, puisque la fonction de maire n'est certainement pas une carrière, n'est pas érigée en titre d'office, au sens que M. Hauriou donne à cette expression. Notre collègue est toujours dominé par l'idée de la situation de droit qui est faite à l'agent; or, cette situation de droit n'est pas une cause, mais une conséquence; donc elle ne peut pas servir de principe à une classification.

En réalité, il n'y a pas de différence théorique entre l'agent fonctionnaire et l'agent employé. La seule différence, qui pourrait être faite, serait relative à la nature des actes juridiques ou matériels que font tels ou tels agents; mais cette distinction ne cadre pas avec la non-personnalité de l'Etat, telle que nous l'admettons, et, d'autre part, elle n'est certainement pas conforme au droit positif français. Cependant, l'usage existe depuis longtemps de distinguer les fonctionnaires et les agents qui ne sont pas fonctionnaires, dans beaucoup de pays et particulièrement en France. Il serait étrange que cet usage ne correspondît à rien de réel. De plus, il semble bien qu'il y ait certaines dispositions de nos lois qui ne s'appliquent pas à tous les agents, mais seulement aux fonctionnaires proprement dits. L'article 75 de la constitution de l'an VIII est aujourd'hui abrogé par le décret du 19 septembre 1870. Pendant la période où ce texte s'est appliqué, c'était une question parfois délicate de savoir à quels agents il s'appliquait. Aujourd'hui

on peut se demander, si les articles 31 et 35 de la loi du 29 juillet 1881, qui établissent la compétence de la cour d'assises pour le jugement de la diffamation dirigée contre les fonctionnaires publics, s'appliquent à tous les agents sans distinction, ou seulement aux agents que l'on peut seuls qualifier de fonctionnaires publics. D'autre part, les agents n'ont certainement pas le droit de coalition, de syndicat et de grève. L'article 126 du Code pénal est formel. Faut-il appliquer cette interdiction à tous les agents? On est en général d'accord pour admettre que cette interdiction ne s'applique qu'aux fonctionnaires proprement dits. Ainsi on reconnaît aujourd'hui le droit de syndicat et de grève aux ouvriers des manufactures de l'Etat. Mais le gouvernement n'a point paru reconnaître aux facteurs des postes le droit de grève au moment où, en 1900, les facteurs parisiens ont refusé pendant une matinée de faire leur service. Ces quelques indications montrent qu'à l'heure actuelle on doit certainement, au moins dans le droit français, faire une distinction entre les agents et réserver à une seule catégorie d'agents la qualité de fonctionnaires proprement dits. Qu'on ne dise pas, comme certains auteurs[1], que le fonctionnaire est l'agent nommé par un acte unilatéral de puissance publique, et l'employé l'agent qui est désigné par un contrat. C'est là un pur cercle vicieux; car au contraire, si tel agent est désigné par un acte unilatéral de puissance publique, c'est précisément parce qu'il est fonctionnaire, et s'il est désigné par un contrat, c'est précisément parce qu'il n'est pas fonctionnaire, mais simple employé.

Finalement donc, il existe une distinction entre l'agent fonctionnaire et l'agent employé. Elle se rattache

1. Laferrière, *Juridiction administrative*, 2e édit., 1896, p. 550, paraît admettre cette idée.

directement à l'évolution précédemment indiquée. Les fonctionnaires proprement dits sont les agents qui sont chargés de participer à un service public, considéré comme rentrant à un moment donné dans la mission obligatoire de l'Etat. Les agents, qui ne sont pas fonctionnaires proprement dits et qu'on peut qualifier d'employés, sont ceux qui participent à des opérations qui ne rentrent pas dans une mission considérée unanimement comme obligatoire pour l'Etat ; par exemple les ouvriers de certaines manufactures de l'Etat répondent parfaitement à cette condition. Il y a là évidemment une distinction assez vague et tout à fait évolutive, nous l'accordons volontiers ; mais c'est ce caractère évolutif qui nous donne à croire qu'elle est exacte. Notre distinction coïncide avec celle que nous avons faite en recherchant quel était le caractère juridique de l'institution d'un agent. C'est une coïncidence et non une relation de cause à effet. Si l'agent n'est pas fonctionnaire proprement dit, ce n'est pas parcequ'il est désigné par un contrat. L'agent ne collabore pas à un service rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat ; il en résulte, entre autres conséquences, qu'il n'est pas fonctionnaire proprement dit, qu'il n'est pas institué par un acte d'autorité, mais par un contrat. De même notre distinction coïncide à peu de chose près avec celle proposée par M. Hauriou ; comme lui, nous voyons là une distinction en train d'évoluer et de décroître. Mais nous nous séparons de lui sur le point suivant : nous ne disons pas : tel agent n'est pas fonctionnaire parce qu'il n'a pas un état, parce qu'il n'a pas un office, parce que sa participation à un service ne constitue pas une carrière ; nous disons : tel agent participe à un service qui ne rentre pas dans la mission obligatoire de l'Etat, il en résulte qu'il n'est pas fonctionnaire proprement dit, que la loi ne lui assure

pas une situation, ne fait pas de sa charge une vraie carrière, ne lui assure pas un état. L'absence d'état, de permanence sera donc un criterium pour reconnaître l'agent fonctionnaire; mais ce sera un criterium purement formel, et un criterium assurément commode, mais pas toujours exact. Nous avons déjà cité l'exemple du maire, en droit français; il est certainement un fonctionnaire proprement dit, et cependant la loi ne lui assure ni un état, ni une situation, ni une carrière. La permanence de la fonction est presque toujours le fait auquel on reconnaît le fonctionnaire proprement dit; mais il n'en est point toujours ainsi. Un agent investi d'un service, même pendant une période très courte, peut être un fonctionnaire, par exemple le juré. Mais nous reconnaissons que ce sont là des cas exceptionnels et qu'habituellement les législations modernes font à tout agent, associé à un service rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat, à tout fonctionnaire proprement dit, une situation qui présente un certain caractère de permanence, qui implique certaines garanties. Nous verrons cependant qu'elle ne constitue pas pour lui un droit subjectif, mais seulement une situation objective.

## VII

Nous considérerons désormais essentiellement les agents fonctionnaires. Leur caractère étant d'être institués par le gouvernement pour participer à l'accomplissement de la mission que la règle de droit lui impose, il en résulte qu'en principe ils doivent être tous institués directement par les gouvernants. En fait, c'est ce qui a lieu le plus habituellement. La plupart

des constitutions reconnaissent expressément aux gouvernants le pouvoir général de nomination. Dans les pays où il y a un chef d'Etat et un parlement, c'est toujours au chef d'Etat qu'est confiée d'une manière générale la nomination des fonctionnaires. Ce point est incontestable et ne demande aucun développement. Il suffit de rappeler la disposition de l'article 3, paragraphe 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Il (le président de la république) nomme à tous les emplois civils et militaires. » Dans les pays de monarchie absolue, ce droit appartient tout naturellement au monarque. Le monarque détient à lui tout seul toute la force politique ; il désigne lui-même les agents par l'intermédiaire desquels il exercera les prérogatives que lui assure cette force et accomplira la mission au service de laquelle il doit mettre cette force. Dans les pays de monarchie limitée, on peut à la rigueur dire la même chose. Le monarque limité détient aussi la plus grande force ; elle est restreinte sur certains points par l'intervention d'un parlement ; le monarque limité est cependant un gouvernant par sa propre force et c'est en sa qualité de gouvernant qu'il institue les agents. Ainsi, dans la monarchie absolue et dans la monarchie limitée, l'institution des agents par le monarque est réellement une manifestation directe de la volonté gouvernante, et l'application de cette idée naturelle que le gouvernant trouve dans sa force propre le pouvoir d'instituer les agents, pouvoir dont l'exercice est légitime, puisqu'il a pour but d'assurer l'accomplissement des devoirs que la règle de droit impose aux gouvernants.

Mais la monarchie absolue est à l'époque moderne un régime tout à fait exceptionnel ; la monarchie limitée, on l'a montré[1], est un régime transitoire ; toute mo-

1. Voir *supra*, chap. III, § 3.

narchie limitée tend à devenir parlementaire. Aussi est-il surtout intéressant de montrer l'intervention des gouvernants pour la nomination des agents sous un régime parlementaire, et dans les républiques qui n'ont pas ce caractère. Dans les pays parlementaires les nominations sont faites, en réalité, par les ministres avec l'approbation du président de la république, qui signe la nomination et sous le contrôle du parlement. Parlant du droit de nomination accordé par la constitution à notre président de la république, M. Esmein écrit : « Il ne faut pas oublier que cette prérogative comme toutes les autres s'exerce conformément aux règles du gouvernement parlementaire. Ce sont, en réalité, les ministres qui font les choix et les nominations que signe le président de la république, et les chambres peuvent toujours demander compte aux ministres de ces nominations[1]. » Il semble donc qu'ici encore nous trouvions l'application normale de notre règle. Dans un régime parlementaire, la puissance gouvernante appartient au chef de l'Etat et au parlement agissant en collaboration; la nomination des agents résulte de cette collaboration; elle est donc une manifestation normale et directe de la puissance gouvernante. Dans les républiques, où toute la puissance gouvernante est concentrée dans une ou plusieurs assemblées, l'institution des agents sera faite par cette ou ces assemblées. Enfin, en Amérique, la nomination des fonctionnaires fédéraux est attribuée au président de la république, qui, pour certains fonctionnaires, doit avoir l'avis conforme du sénat. Le mode d'institution des agents fédéraux est ainsi en harmonie parfaite avec la répartition de la puissance gouvernante entre le président de la république et le congrès, telle qu'elle a été précédemment décrite[2].

1. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 480, 2e édit., 1899.
2. Voir *supra*, chap. III, § 10.

Au premier abord tout cela paraît très simple ; mais il n'en est point ainsi, si l'on y regarde de plus près. D'abord, l'acte de nomination n'est-il pas une décision individuelle, visant une personne déterminée et créant une situation particulière ? Or, nous croyons avoir établi qu'un principe essentiel du droit public, dans les sociétés parvenues au stade moderne de l'évolution juridique, est le suivant : aux gouvernants les décisions par voie générale, aux agents les actes individuels[1]. Assurément, les constitutions positives ne respectent pas toutes absolument cette règle, et particulièrement la constitution française y apporte certaines dérogations, mais à titre tout à fait exceptionnel. S'il en est ainsi (et à notre sens on n'en saurait douter), comment se fait-il que normalement la nomination des agents, qui est un acte individuel, soit attribuée en principe dans tous les pays aux gouvernants ? Cela n'est-il pas la condamnation évidente et absolue de l'idée que nous avons formulée ? On ne peut pas parler d'une exception, puisque ce pouvoir des gouvernants se présente au contraire comme général, comme le droit commun. Dans tous les cas, si l'institution des agents est un acte individuel, produisant un effet de droit, il est un acte administratif. Mais alors il doit échapper au contrôle politique du parlement dans un régime parlementaire. S'il est un acte administratif, il est entouré des garanties établies par les législations en général et par la législation française en particulier en faveur des individus, la hiérarchie administrative et surtout le contrôle contentieux. L'acte de nomination, on l'admet en général, est soumis au contrôle contentieux. Mais alors il n'est pas soumis au contrôle du parlement, les deux choses nous paraissent s'exclure ; s'il y a contrôle poli-

1. Voir *supra*, chap. IV, § 1.

tique du parlement, il y a un rapport entre les pouvoirs gouvernementaux qui échappe évidemment à la critique contentieuse. Si le recours contentieux est possible contre un acte de nomination, c'est qu'il est un acte administratif, et qu'il échappe au contrôle direct du parlement[1]. Mais alors, la nomination est un acte administratif, émanant du chef de l'Etat, agissant comme autorité administrative; elle n'émane plus des gouvernants, et notre première proposition, d'après laquelle l'institution des agents est naturellement l'œuvre des gouvernants, se trouve fausse. On voit que les difficultés abondent, surtout si l'on se place en présence d'un régime parlementaire ou de tout régime où le pouvoir gouvernemental appartient à un chef d'Etat et à une assemblée.

Ce n'est pas tout. Dans la plupart des pays, il y a beaucoup de nominations qui ne sont point faites par les gouvernants, ni par le chef de l'Etat, ni par le parlement, mais par d'autres agents, ou même à l'élection par certains corps électoraux déterminés par la loi positive. Il y a même des agents dont la désignation est faite par un tirage au sort. En France, il y a un nombre considérable d'agents qui ne sont point nommés par le président de la république, mais bien par les ministres, par les directeurs généraux de ministère, par les préfets, les maires, les recteurs. Pour eux, on ne peut point dire que leur institution soit une émanation directe de la volonté gouvernante. Comme M. Esmein le fait très justement observer, on ne peut point dire davantage

1. Voir *supra*, chap. III, § 8, où nous avons montré que dans la vérité du régime parlementaire et suivant une jurisprudence que la chambre française paraît avoir acceptée à plusieurs reprises, les actes administratifs proprement dits et notamment les nominations de fonctionnaires échappent au contrôle politique du parlement, celui-ci n'exerçant son contrôle que sur l'orientation de la politique générale et les décisions réglementaires.

que l'agent qui institue un autre agent le fait par délégation du président de la république. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que le chef de l'Etat ait eu à un moment le droit personnel de nommer ces agents, qu'il ait donné effectivement mandat à certains fonctionnaires de nommer les agents, et qu'il puisse retirer ce mandat. Or il n'en est point ainsi[1]. L'agent, qui a compétence pour faire la nomination, la reçoit directement de la loi ; le président de la république n'a point pu déléguer une compétence qu'il n'a jamais eue. De plus on sait ce qu'il faut penser de toute délégation en droit public. On ne peut donc prétendre à aucun point de vue que ces nominations sont faites indirectement par le président de la république. Au plus pourrait-on observer que le fonctionnaire qui fait la nomination est subordonné au chef de l'Etat ; mais, bien que nous n'ayons pas encore déterminé le caractère de cette subordination, on voit que cela ne ferait point que la nomination soit l'œuvre du chef de l'Etat. Quant à la désignation des agents par un corps électoral, nous étudierons plus loin quel peut en être le caractère et particulièrement quel en est le caractère dans la France moderne. Mais quelle que soit la solution à laquelle nous arrivions sur ce point, il est de la dernière évidence qu'on ne peut pas dire de ces désignations qu'elles émanent du gouvernement central. Surtout, on ne peut pas dire, comme M. Hauriou[2], que les agents élus forment des organes constitués par le peuple souverain. En effet, ils sont élus par une seule circonscription administrative en France, toujours très étroite, le canton ou la commune ; et une circonscription administrative, quelque grande qu'elle soit, n'est pas le peuple sou-

1. Esmein, *loc. cit.*, p. 482.
2. Hauriou, *Droit administratif*, p. 227, 4e édit., 1900. — Voir *infra*, chap. VI, § 1.

verain. Au cas de désignation du fonctionnaire par voie de tirage au sort, il n'y a point non plus intervention des gouvernants.

Cependant, malgré tout cela, nous maintenons nos propositions précédentes : l'institution des agents est toujours l'œuvre et exclusivement l'œuvre des gouvernants ; elle est de la part de ceux-ci une intervention par voie générale. Comment cela s'explique-t-il? Quelques auteurs ont ébauché la doctrine que nous voulons développer. M. Esmein écrit : « Il faut bien remarquer que les fonctionnaires de l'Etat, qu'ils soient nommés directement par le président de la république ou par une autre autorité placée sous ses ordres, en droit ne tiennent pas de lui leurs titres et leurs fonctions. Ils les tiennent de la constitution ou de la loi, c'est-à-dire de la souveraineté nationale [1]. » Divers auteurs allemands et notamment Gonner et Heffter expriment des idées analogues que Laband résume de la manière suivante : « Les obligations et les devoirs de la fonction d'une part, et d'autre part les droits du fonctionnaire au traitement, à la pension, au titre et au rang... sont réglés par le droit objectif (la loi) et ne peuvent être changés par des stipulations particulières ; aussi il n'y a aucun contrat de conclu, mais une fonction créée déjà idéalement est confiée à un fonctionnaire [2]. » Et particulièrement Heffter écrit : « La fonction n'est point créée par un contrat, une *convention*, elle existe déjà, elle est seulement appelée à la vie par un acte du gouvernant contenant une nomination s'adressant à un individu déterminé [3]. » Il suffit de développer et de préciser ces idées pour arriver à la solution qui nous paraît la vraie.

1. Esmein, *loc. cit.*, p. 484.
2. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 419 ; édit. franç., 1901, t. II, p. 130.
3. Heffter, *Beiträge zum deutschen Staatsrecht*, p. 129.

Nous essaierons d'établir dans le chapitre suivant que la situation du fonctionnaire est une situation de droit objectif, que cela est vrai non seulement théoriquement, mais dans les législations modernes en général, et, en particulier, tout à fait vrai dans la législation française. Le fonctionnaire n'est pas dans une situation juridique subjective; il n'a point de droits et d'obligations subjectifs; il a des pouvoirs et des devoirs objectifs, qui découlent de l'application qui lui est faite d'une loi proprement dite. Il résulte naturellement de cela que la situation du fonctionnaire dérive uniquement de la loi, que l'investiture donnée à un individu de la qualité de fonctionnaire est faite par la loi proprement dite. Or la loi proprement dite est l'œuvre et ne peut être que l'œuvre des gouvernants. Il est donc vrai de dire que l'établissement des agents, avec leurs pouvoirs et leurs devoirs, résulte toujours de la volonté des gouvernants proprement dits. Mais cela posé, l'application de cette loi, œuvre des gouvernants, est soumise à une condition. Nous avons montré que pour toute loi, il en était fréquemment ainsi[1]. L'arrivée de cette condition n'ajoute rien à la puissance de la loi ; elle ne vient point la compléter, lui donner une force qu'elle n'avait pas sans elle ; elle ne produit point un effet de droit; elle est en réalité un simple fait à l'arrivée duquel est subordonnée l'application de la loi. Cela bien compris, on aperçoit le phénomène juridique qui se passe au moment de la nomination d'un agent. La désignation d'un individu comme agent de l'Etat ne produit en soi aucun effet de droit; elle n'est même pas un acte juridique; elle est un fait, un fait de volonté il est vrai, le plus souvent, mais un fait à l'arrivée duquel est subordonnée l'application de

1. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. III, §§ 6 et 7.

la loi sur la fonction. Cette loi ne s'applique à certains individus que sous cette condition qu'ils soient désignés comme fonctionnaires dans les formes régulières. La nomination en elle-même ne leur donne rien, ne produit à leur égard aucun effet juridique. Mais, lorsqu'elle est régulièrement intervenue, ils se trouvent investis de pouvoirs et de devoirs objectifs, qui sont établis par la règle objective à laquelle ils se trouvent subordonnés. Après cela qu'importe la forme en laquelle se fait la nomination? Que ce soit le chef de l'Etat ou un simple agent, même d'un ordre inférieur, qui fasse la désignation, il sera toujours vrai de dire que l'agent est institué par les gouvernants proprement dits, puisqu'il tient tous ses pouvoirs de la loi et seulement de la loi, laquelle est toujours l'œuvre des gouvernants. Le fonctionnaire peut être élu, désigné même par le tirage au sort, par l'hérédité. Les choses ne changent point. Election, tirage au sort, hérédité sont des faits qui conditionnent l'application de la règle objective, de laquelle résultent la compétence du fonctionnaire, la situation passive et active du fonctionnaire. Il est toujours vrai que celui-ci est institué par les gouvernants, puisque sa situation résulte toujours uniquement de la loi œuvre des gouvernants. Il est incontestable que, dans le droit positif moderne, le plus souvent ne sont institués fonctionnaires que ceux qui acceptent cette institution, que le consentement du fonctionnaire joue un rôle dans la nomination. Admettons même qu'il y ait un véritable contrat, un contrat de service public, suivant la doctrine de Laband et de Jellinek, et faisons comme eux la distinction entre le contrat de service public et l'acte de puissance publique qui donne l'emploi au fonctionnaire. Ce contrat ne présente, en vérité, aucune importance juridique, ne produit aucun effet de droit.

La situation du fonctionnaire que l'on rattache à ce contrat, ses prétendus droits vis-à-vis de l'État (traitement, pension, titres, honneurs), ses prétendues obligations subjectives ne naissent point de ce contrat. La situation, même à ce point de vue, est légale, purement légale, et le contrat s'il existe, le consentement du fonctionnaire s'il est nécessaire, ne sont encore que les conditions d'application de la loi. Il reste toujours vrai de dire que le fonctionnaire tient toute sa situation de la loi et par conséquent des gouvernants. Nomination imposée, nomination convenue, élection, hérédité, tirage au sort, ce sont de simples faits auxquels est subordonnée, comme à une condition suspensive, l'application de la loi, de laquelle seule résulte la situation du fonctionnaire. Ainsi le fonctionnaire est bien toujours institué par les gouvernants.

Il importe toutefois de préciser un point. Lorsque la désignation est faite par un acte volontaire, qu'il soit unilatéral ou synallagmatique, elle est bien toujours un fait qui conditionne l'application de la loi, et en soi ne produit aucun effet juridique, quant à la situation de l'agent. Mais, comme nous l'avons dit, elle est un fait de volonté, et de plus elle est une manifestation de volonté qui se produit dans le domaine du droit. De cela, il résulte d'abord, que, comme pour tout fait de volonté, le but qui détermine la volition est l'élément essentiel à considérer pour en apprécier la valeur. Ce fait de volonté ne pourra donc conditionner l'application de la loi que s'il est déterminé par un but adéquat à cette loi. Aussi par la force des choses la désignation volontaire d'un fonctionnaire ne s'appréciera pas comme un fait matériel, mais comme une manifestation de volonté, c'est-à-dire par son but. La nomination du fonctionnaire s'appréciera donc comme un acte juridique. Cela ne veut pas dire qu'elle soit un acte juri-

dique ; elle ne l'est pas en réalité, puisqu'elle ne produit pas d'effet de droit, au moins en ce qui concerne la situation du fonctionnaire. Devant s'apprécier comme un acte juridique la nomination suppose, outre un but adéquat au droit, une capacité de la volonté qui la fait, et une certaine forme en laquelle doit se manifester cette volonté. Si cette capacité n'existe pas, si les formes exigées n'ont pas été respectées, on dira que la nomination est nulle. On peut parler ainsi, puisque par la force des choses, la nomination nous apparaît extérieurement comme un acte juridique et s'apprécie comme telle. En réalité, lorsque la compétence ou les formes voulues manquent, la condition à laquelle était subordonnée l'application de la loi fait défaut et la loi ne peut pas s'appliquer. Ce ne sont pas les effets de la nomination qui sont effacés, puisqu'elle n'en produit point ; c'est la loi qui ne s'applique pas, parce que la condition à laquelle elle était subordonnée n'est pas réalisée. Tout cela se résume d'un mot : la nomination est un fait de volonté, qui se produit dans le domaine du droit ; elle s'appréciera, comme toute volition, par son but et par la capacité juridique de son sujet. De cela il ne résulte point qu'elle soit un acte juridique, au moins en ce qui concerne la situation du fonctionnaire. Des autorités pourront être instituées par le législateur positif pour apprécier la valeur de cette nomination ; mais l'acte qu'elles accompliront à cet égard ne sera pas un acte juridictionnel. Si leur décision est entourée des garanties qui accompagnent habituellement les jugements, elle sera juridictionnelle en la forme, mais non dans le fond. On comprendra toute l'importance de cette observation, pour le droit positif français, en ce qui concerne le contentieux électoral et le recours pour excès de pouvoir dirigé contre la nomination d'un fonctionnaire.

Outre les quelques auteurs cités précédemment, beau-

coup d'écrivains allemands, dont il serait oiseux de rapporter les noms[1], expriment en des formes différentes une idée analogue à celle qui vient d'être développée. Ils considèrent plus particulièrement le rôle du consentement. Laband dit très exactement que toute leur argumentation se réduit à ceci : la nomination à une fonction publique est un acte de puissance publique, dont l'efficacité est conditionnée par la libre subordination de celui qui est nommé. On voit l'analogie avec ce que nous soutenons. Il y a cette différence essentielle cependant que la nomination elle-même est pour nous une condition, la condition d'application de la loi. Mais nous sommes heureux de pouvoir appuyer notre conception d'un acte volontaire intervenant comme condition à laquelle est subordonnée l'application d'une loi, sur de sérieuses autorités. Laband déclare qu'une pareille conception est inadmissible, parce qu'elle est inapplicable aux fonctionnaires des communes et des établissements publics. On verra plus loin quel est le vrai caractère des communes et de leurs fonctionnaires. Mais dès à présent nous ne voyons point pourquoi notre conception leur serait inapplicable. Rien n'empêche que le fonctionnaire d'une commune ou d'un établissement public ait une situation déterminée par la loi, à laquelle sont soumis cette commune et cet établissement public. Que les collectivités communales n'aient pas de droits de puissance publique, nous le croyons d'autant plus aisément que nous repoussons la notion de puissance publique conçue comme un droit subjectif. Mais la puissance publique serait-elle une réalité, l'Etat seul en étant investi et point les collectivités communales, le fonctionnaire communal comme le fonctionnaire étatique a une situation purement objective, qui est créée et déterminée

1. On trouvera l'indication complète de ces auteurs dans Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 420, note 3 ; édit. franç., 1901, t. II, p. 128, note 1.

par la loi. La désignation de ce fonctionnaire, soit par un organe de l'Etat, soit par la collectivité communale elle-même, n'est que la condition à l'arrivée de laquelle est subordonnée l'application de la loi de fonction. Cette conception est d'ailleurs la seule qui puisse expliquer comment certains fonctionnaires communaux peuvent être nommés par un agent de l'Etat et rester cependant fonctionnaires communaux. Avec le contrat de service public, intervenant entre l'agent nommé et une certaine collectivité, comment expliquer par exemple que les maires, à l'époque où ils étaient nommés en France par des agents de l'Etat, pussent être véritablement fonctionnaires de la commune ? Loin donc que la situation des fonctionnaires communaux forme une objection à notre doctrine, elle en est la confirmation.

Notre manière de voir permet seule aussi d'expliquer en quel sens et dans quelle mesure les agents sont subordonnés aux gouvernants. Cette subordination est incontestable ; mais on l'explique d'une manière tout à fait imparfaite en disant que les gouvernants ont sur les agents une autorité générale, qui leur permet de formuler des ordres s'adressant aux agents, de diriger leur conduite, et qu'ils exercent ainsi une fonction propre à laquelle on donne le nom de fonction exécutive. Cette fonction exécutive, à laquelle beaucoup d'auteurs donnent une si grande importance, n'a point une réalité propre qui la distingue des trois autres fonctions de l'Etat. Cette subordination incontestable des agents aux gouvernants n'est point une subordination véritable, qui implique une infériorité de la volonté de l'agent à l'égard de la volonté des gouvernants. L'une et l'autre sont des volontés individuelles; toutes les volontés individuelles sont égales entre elles ; donc, à la vérité, il ne peut pas y avoir d'ordres réels donnés par les gouvernants

aux agents. Mais la subordination des agents aux gouvernants se trouve réalisée et assurée par le principe essentiel, auquel est arrivé l'Etat moderne, principe qui en fait un Etat de droit, un *Rechtsstaat*, et en vertu duquel l'agent ne peut jamais intervenir que dans les limites et suivant les formes déterminées d'avance, d'une manière abstraite, par une règle générale. Cette règle est la loi au sens matériel, loi qui peut être une loi proprement dite ou un règlement, suivant l'autorité qui a joué le rôle principal dans sa confection, mais qui est toujours une loi au sens matériel, précisément parce qu'elle est une règle générale. C'est ce principe essentiel que la déclaration des droits de 1793 exprimait si exactement dans l'article 24 : « Elle (la garantie sociale) ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi. » C'est donc la loi qui détermine la sphère d'activité des fonctionnaires; ceux-ci sont obligés de rester dans l'intérieur des limites ainsi tracées par la loi. De cette manière, ils sont subordonnés aux gouvernants, puisque la loi émane toujours des gouvernants. Au point où nous en sommes arrivé, nous apercevons donc au moins une subordination négative des fonctionnaires aux gouvernants.

Mais il peut venir à l'esprit une objection, tirée de ce que nous disions précédemment et aussi de notre conception de la loi positive[1]. La loi positive, à notre sens, ne contient pas d'ordre; elle n'est pas véritablement impérative ; et d'autre part, avons-nous dit, les gouvernants n'ayant qu'une volonté individuelle, cette volonté individuelle ne peut pas s'imposer à une autre volonté, notamment à la volonté individuelle des agents. Ne pourrait-on pas dès lors nous objecter[2] que cette subor-

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. VII.
2. L'objection nous a été faite par MM. Hauriou et Mestre, *Revue du droit public*, 1902, t. I, p. 352.

dination, même simplement négative, des agents aux gouvernants ne peut exister, puisque, même réduite à cet effet négatif, cette subordination implique un ordre donné par les gouvernants aux agents. Cette objection ne serait pas fondée. On voit en effet facilement que la subordination des agents, telle que nous la concevons, résulte de la loi qui détermine la sphère de leur activité, l'étendue de leur pouvoir objectif. Les agents ont, par leur qualité d'agents, un pouvoir objectif, mais un pouvoir objectif délimité, comme d'ailleurs tous les individus; c'est justement la limite de ce pouvoir objectif qui constitue pour eux une obligation négative. L'obligation des agents ne résulte donc point d'un ordre véritablement à eux donné par les gouvernants, mais bien de ce que nous pouvons appeler le jeu normal du devoir et du pouvoir objectifs. Du reste, la situation des agents n'est pas à cet égard différente au fond de celle faite à tous les individus. Tout particulier possède un pouvoir objectif limité, et cette limite implique l'obligation de ne pas faire certaines choses. Cette limite est fixée assurément par la loi positive. D'ailleurs, en disant que la loi positive ne contient pas un ordre, nous ne voulons pas dire, on l'a vu, qu'elle ne soit pas impérative. Elle est certainement impérative, mais seulement parce qu'elle est présumée formuler la règle de droit, laquelle est de sa nature impérative. Que l'on considère les individus en général ou les agents en particulier, la situation est la même. Les agents ont un pouvoir objectif dont ils ne peuvent outrepasser les limites, de même que les simples particuliers, et leur obligation résulte non point d'un ordre contenu dans la loi, mais du caractère impératif de la règle de droit constatée par la loi.

Seulement les lois qui déterminent le pouvoir objectif des agents sont en général des lois *construc-*

*tives*[1]. Or, en établissant la distinction des lois constructives et des lois normatives, nous sommes arrivé à cette conclusion que la loi constructive pouvait ne pas être obligatoire pour les simples particuliers, qui pouvaient y déroger par des conventions particulières, et c'est même par cette observation que nous avons essayé d'expliquer l'article 6 du Code civil. Il reste donc une difficulté. Comment les lois constructives, qui peuvent ne pas être obligatoires pour les simples particuliers, sont-elles au contraire toujours obligatoires pour les agents des gouvernants? Le fait de ce caractère obligatoire est incontestable. L'administrateur ne peut jamais sortir du domaine de son activité légale; le juge ne peut par exemple qu'appliquer les règles du Code civil, règles auxquelles le particulier peut au contraire souvent déroger par une libre convention. Si la loi constructive, non obligatoire pour le particulier, est toujours obligatoire pour le fonctionnaire, n'est-ce pas qu'elle contient véritablement, elle, un ordre donné par les gouvernants aux agents? Que devient alors notre affirmation que la volonté individuelle des gouvernants ne peut adresser un ordre à la volonté individuelle des agents ?

Nous répondons que même en tant qu'elle s'adresse aux agents, la loi constructive ne contient point un ordre véritable. Nous croyons avoir établi, en effet, que la loi constructive elle-même n'a de valeur obligatoire que lorsqu'elle a pour but d'assurer la réalisation d'une règle de droit impérative par elle-même, qu'en un mot elle tire toute sa force obligatoire de la règle de droit à laquelle elle se rattache. Cela bien compris, on aperçoit

1. Voir pour la distinction des lois *normatives* et des lois *constructives*, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. VII, §§ 4 et 5.

pourquoi, bien qu'elle ne contienne pas un ordre véritable, la loi constructive est toujours impérative pour les agents et non pour les particuliers. La loi constructive est un des moyens, le moyen principal dont usent les gouvernants pour accomplir l'obligation qui s'impose à eux d'assurer la réalisation générale du droit, d'employer la force dont ils disposent à ce but. Cette obligation ne peut pas s'imposer aux simples particuliers, puisqu'ils ne disposent pas de la force publique monopolisée par les gouvernants. Il y a, cela n'est pas douteux, une obligation particulière qui s'impose aux gouvernants et qui ne s'impose pas aux particuliers. Cela tient à ce que les gouvernants détiennent une force que n'ont point les particuliers. Les agents se trouvent en fait investis d'une partie de la force que détiennent les gouvernants. Par conséquent, il y aura certaines obligations qui s'imposeront aux agents et qui ne s'imposeront pas aux particuliers. Voilà le point essentiel. Cela établi, on comprend que certaines lois, qui ne sont pas obligatoires pour les particuliers, le soient au contraire pour les agents ; ce sont précisément les lois constructives. Destinées avant tout à assurer, en général, la réalisation du droit, au moyen de la force que détiennent les gouvernants, et qu'ils mettent en action par l'intermédiaire de leurs agents, elles doivent forcément être observées par les agents. Ceux-ci ne peuvent agir que dans les limites fixées par elles. Il est inutile, pour qu'il en soit ainsi, de supposer un ordre véritable donné par le gouvernant aux agents. Il suffit de comprendre que la règle de droit, prise en elle-même, avant même qu'elle soit formulée dans une loi positive, oblige les gouvernants et les agents à réaliser le droit d'une manière générale. Cette obligation antérieure à toute législation positive se traduit dans l'obligation pour les gouvernants de formu-

ler des lois constructives, et dans l'obligation pour les agents de s'y conformer rigoureusement. Cette obligation résulte toujours du caractère impératif appartenant au droit objectif. Il impose des obligations particulières aux agents à cause de leur situation spéciale, et c'est cette situation spéciale elle-même qui fonde leur obligation de se conformer exactement aux dispositions de la loi constructive. Mais, en réalité, dans ces sortes de lois, il n'y a point d'ordre donné, pas plus aux agents qu'aux particuliers.

On rappelle qu'avec la doctrine de l'ordre législatif, combinée avec la personnalité de l'Etat, il est au contraire absolument impossible d'expliquer comment une loi positive peut contenir un ordre donné aux agents. Ceux-ci n'étant que des organes de l'Etat, formant une personnalité une et indivisible, l'Etat ne peut pas donner des ordres à ses agents, parce qu'il ne peut pas se donner des ordres à lui-même. Les auteurs qui admettent à la fois l'ordre de la loi et la personnalité de l'Etat se sont trouvés fort embarrassés[1]. Jellinek, comprenant toute la portée de l'objection, y répond ainsi : « L'obligation (pour les agents de respecter la loi) repose sur le devoir général de sujétion, qui s'impose aux individus; car la subordination aux ordres de droit, à cause du droit de puissance de l'Etat toujours unilatéral, existe aussi pour celui qui est vis-à-vis de l'Etat en un rapport spécial, reposant sur une autre base que la sujétion générale. La subordination ne naît pas ici du rapport lui-même, mais le suppose seulement. » En un mot, d'après Jellinek, ce n'est pas en leur qualité d'agents que ceux-ci sont subordonnés à la loi, mais c'est en leur qualité d'individus subordonnés à la puissance de l'Etat. Jellinek le dit d'ailleurs expressé-

1. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. VII, § 3.

ment : « Les règles s'appliquant aux organes étatiques sont en même temps des règles qui s'appliquent aux hommes qui sont derrière ces organes[1]. » L'auteur ne prévoit pas et par conséquent ne résout pas la vraie question. Il ne suffit pas de dire que les agents sont subordonnés à la loi parce que, tout en étant des agents, ils sont des individus soumis au devoir général de sujétion vis-à-vis de l'Etat. En effet, en réalité, les agents sont subordonnés à certaines lois, qui, au contraire, ne sont pas impératives pour les particuliers. Voilà où est la vraie difficulté, qu'on n'explique point en disant que les lois sont impératives pour les agents comme elles le sont pour tous les individus sujets de l'Etat. Non, puisqu'il y a des lois qui ne sont obligatoires que pour les agents. Et de ce nombre la plupart des lois civiles, auxquelles les particuliers peuvent déroger par des conventions (C. civil, art. 6), et que les agents sont au contraire toujours obligés d'appliquer. Les développements qui précèdent nous paraissent donner la vraie raison de cette situation.

## VIII

Ainsi le fonctionnaire est toujours obligé par la loi constructive de telle façon qu'il ne peut sortir du cercle qui lui est tracé par elle. Mais dans les limites de sa compétence le fonctionnaire est souvent libre d'agir ou de ne pas agir. Suivant les circonstances qu'il apprécie lui-même, il peut intervenir ou ne pas intervenir. Souvent aussi il peut prendre telle décision qu'il choisit. Parfois, au contraire, il doit forcément intervenir ; il n'a pas compétence pour s'abstenir, pour refuser de donner une solution. Il en est toujours ainsi

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 227.

pour le fonctionnaire investi d'une compétence juridictionnelle, et le refus de statuer juridictionnellement constitue le déni de justice, interdit par toutes les législations sous des sanctions plus ou moins sévères. On connaît la disposition de l'article 4 de notre Code civil : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Mais ce n'est pas seulement l'agent juridictionnel qui est obligé d'intervenir, c'est souvent aussi l'agent administratif proprement dit. Il y a des cas nombreux où l'agent administratif n'est pas compétent pour garder le silence et refuser de statuer. Il en est ainsi, par exemple, dans tous les cas où l'intervention de l'agent administratif se traduit dans une autorisation à donner ou à refuser. L'agent peut refuser l'autorisation; mais il ne peut pas refuser de statuer sur cette autorisation. On indiquera plus loin comment se trouve sanctionnée l'obligation pour l'agent administratif d'intervenir. C'est à cet ordre d'idées que se rattache la disposition de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, qui décide que, si dans un certain délai, la décision de l'administrateur n'est pas intervenue, elle sera considérée comme étant intervenue dans un certain sens, et que le recours contentieux sera ouvert. On montrera plus loin que cela n'est pas la reconnaissance d'un droit subjectif à l'administré, mais d'un devoir objectif imposé à l'administrateur, qui n'est pas compétent pour s'abstenir et qui viole ainsi la loi de compétence à laquelle il est subordonné. Enfin, l'agent est parfois obligé de statuer dans un sens déterminé par la loi de compétence. Cela est encore vrai au premier chef des agents de juridiction, dont la décision est toujours commandée par la loi. Cela est vrai aussi pour les agents administratifs, qui, parfois, non seulement ne peuvent pas refuser d'intervenir, mais doivent

intervenir dans un sens déterminé par la loi. Ainsi par exemple en droit français, le préfet, qui rend obligatoire le rôle des contributions directes, ne peut pas ne pas intervenir, et le sens de sa décision est déterminé d'avance par la loi. Parfois même l'administrateur ne peut intervenir que sur la demande d'un particulier, et non seulement il ne peut pas refuser de statuer, mais encore il ne peut pas refuser d'accorder la chose demandée, si les conditions déterminées par la loi se trouvent réunies. Les autorisations de voirie, et particulièrement la délivrance des alignements, la délivrance des permis de chasse nous offrent, pour le droit français, des exemples notables de cette situation.

Mais dans ces différentes hypothèses, la notion de compétence et la notion de subordination des agents aux gouvernants, ou plutôt à la loi émanée d'eux, restent les mêmes. Elles consistent toujours en ceci : les agents ne peuvent pas sortir du cercle d'activité qui leur est tracé par la loi. Que l'agent puisse faire seulement certaines choses en restant libre de les faire ou de ne pas les faire, qu'il ne puisse pas s'abstenir de les faire ou qu'enfin il ne puisse pas ne pas prendre une décision dans un sens déterminé, la subordination de l'agent aux gouvernants consiste toujours dans l'obligation négative de ne pas sortir du cercle de sa compétence. La notion de compétence, sur laquelle nous reviendrons en détail au chapitre suivant, reste toujours celle-ci : la compétence est un pouvoir objectif, le pouvoir de faire telle chose ou de ne pas faire telle chose, ce qui implique le devoir objectif de ne pas faire la chose contraire, c'est-à-dire tout ce qui ne rentre pas dans le cadre d'attributions déterminé par la loi. C'est dans cette obligation négative de ne pas faire ce qui est en dehors de la compétence que consiste essentiellement la subordination des agents aux gouvernants. Cette subordination

a ainsi un fondement juridique incontestable, puisqu'elle dérive de la règle du droit moderne, en vertu de laquelle l'activité étatique, visant un individu ou une situation déterminée, ne peut se manifester que dans les limites et suivant les formes déterminées par les règles générales ou lois.

A cela se réduit la subordination juridique des agents aux gouvernants. Souvent on indique comme conséquences de cette subordination diverses choses qui n'en sont pas. Le gouvernant agit alors comme agent et non comme gouvernant, et la décision qu'il prend se rattache à la hiérarchie entre agents, aux attributions disciplinaires des agents supérieurs sur les agents inférieurs ou au contrôle que les agents centralisés, institués directement par les gouvernants, exercent sur les agents décentralisés. On étudiera plus loin séparément chacune de ces institutions : elles sont toutes déterminées surtout par le besoin de protéger l'individu. Mais elles ne sont pas fondées proprement sur la subordination des agents aux gouvernants. Dans tous les pays modernes, on considère cependant que la subordination des agents aux gouvernants résulte de l'impulsion, de la direction que les gouvernants (dans les pays parlementaires, chef d'Etat et parlement) impriment aux agents. On a même donné à cette action des gouvernants un nom particulier, on l'appelle la fonction exécutive ; et comme c'est l'un des gouvernants, en général le gouvernant unitaire, qui paraît exercer plus particulièrement cette action, on l'appelle le chef du pouvoir exécutif, et on parle très généralement du pouvoir exécutif. On a déjà cité le préambule du décret du 25 mars 1852, qui paraît établir une distinction entre la fonction exécutive ou gouvernementale et la fonction administrative. Beaucoup d'auteurs français et

allemands, notamment MM. Aucoc[1] et L. Stein[2], attribuent un rôle important à l'exécution. En bref elle ne serait autre chose que l'action que les gouvernants exercent d'une manière permanente sur les agents. Cette action, si elle existe, ne possède aucune réalité juridique propre. En effet si cette action s'exerce par des actes individuels ayant un effet de droit, ces actes rentrent dans la discipline, la hiérarchie ou le contrôle ; ils sont des actes administratifs faits par des gouvernants, rien de plus. Le principe de la séparation des agents et des gouvernants n'est pas respecté ; mais cela ne peut changer le caractère intrinsèque de ces actes. Si cette action s'exerce par des décisions prises par voie générale et abstraite, avec l'intention de formuler une règle de droit constructive, ce sont des lois, et nous revenons au mode normal de subordination des agents. Que ces décisions soient prises en la forme réglementaire, cela ne change rien ; on a vu précédemment que les règlements étaient des lois au sens matériel, des lois faites en une forme particulière, mais des lois. Que la compétence et les formes d'activité des agents soient déterminées par une loi ou par un règlement, elles impliquent toujours une subordination de droit objectif ; nous voulons dire que la subordination consiste toujours dans les limitations de la compétence, établies par une règle législative au sens matériel.

En fait cette action des gouvernants sur les agents s'exerce très souvent par des instructions verbales ou écrites adressées aux agents. En France nous donnons à ces instructions, lorsqu'elles sont formulées par écrit et adressées à un groupe d'agents du même ordre, le nom courant de circulaires. On a beaucoup discuté le

1. Aucoc, *Conférences de droit administratif*, t. I, p. 20, 2e édit.
2. L. Stein, *Verwaltungslehre*, t. I, p. 3-59, 2e édit., 1869.

caractère de ces instructions au point de vue du droit. La vérité est qu'elles n'ont aucun caractère juridique. Lorsque les gouvernants, au lieu de faire une loi matérielle, adressent des instructions par voie générale aux agents, ils n'ont pas l'intention de faire un règlement ou une loi. Ces instructions ne sont pas portées dans la forme prescrite pour les lois ou règlements. Mais l'essentiel, et c'est le point qui n'a pas toujours été aperçu, c'est que les gouvernants n'ont pas eu l'intention d'établir une règle de droit, et par conséquent de faire une loi au sens matériel du mot. Ces instructions peuvent donc être des dispositions par voie générale ; mais elles sont faites sans l'intention d'établir une règle de droit. Elles ne peuvent pas être des actes administratifs, puisque par hypothèse elles sont adressées par voie générale. Or, nous croyons avoir établi qu'il n'y avait pas de milieu, et qu'un acte fait au nom de l'État ne pouvait être qu'un acte législatif s'il formule une disposition générale, un acte administratif s'il crée une situation juridique subjective. Il est certain qu'il ne peut être question ici d'un acte juridictionnel. Si l'on suppose des instructions individuelles données à un agent, pour une affaire spéciale, c'est une question de surveillance ou de hiérarchie entre agents qui se pose, et non plus une question de subordination des agents aux gouvernants. En considérant uniquement les instructions générales adressées par les gouvernants aux agents, nous disons qu'elles n'ont pas le caractère de loi pour les agents, parce qu'elles ne sont pas faites par les gouvernants avec l'intention de leur donner force de loi. Ce qui prouve d'ailleurs que cette action des gouvernants sur les agents peut s'exercer tantôt au moyen d'instructions qui n'ont pas de caractère juridique, tantôt au moyen de lois au sens matériel, et que cela dépend uniquement de l'intention de l'organe qui in-

tervient, et nullement de la nature de l'organe, c'est qu'en fait il y a eu très souvent, et particulièrement en France pendant la Révolution, des instructions émanant de l'assemblée législative, même à l'époque où tout le pouvoir législatif était concentré entre les mains d'une assemblée, comme la Convention. Nous repoussons ainsi l'opinion de ceux qui voudraient prétendre que le chef de l'Etat ne peut donner que des instructions, parce qu'il n'est nullement associé à la confection des lois, ou n'a que tout à fait exceptionnellement, sous le nom de pouvoir réglementaire, un pouvoir comparable au pouvoir législatif.

Nous maintenons que les instructions, adressées par les gouvernants quels qu'ils soient aux agents, sans l'intention de formuler une loi, une règle de droit, et dans les pays à constitution rigides sans les formes exigées par la constitution pour la loi ou le règlement, n'ont aucune valeur juridique. Tirant logiquement les conséquences de cette proposition, nous disons qu'en droit ces instructions n'ont aucune force obligatoire pour les agents. Les agents qui les violeraient n'outrepasseraient aucunement leur compétence. Elles n'étendent ou ne diminuent en rien la subordination des agents à l'égard des gouvernants. Le cercle d'action de l'agent reste intact ; il peut faire ni plus ni moins qu'avant l'instruction. Par suite de l'action de fait que les gouvernants exercent sur leurs agents, ceux-ci en fait tiendront compte des instructions, d'autant plus que les gouvernants ont presque toujours un pouvoir dont il sera parlé plus loin, le pouvoir de révocation[1]. Ainsi par les instructions données, les gouvernants impriment une impulsion, une direction à l'ensemble des agents. Mais en droit l'agent n'est pas lié par l'ins-

1. Voir *infra*, chap. v, § 7.

truction; il est seulement lié par la loi matérielle, et l'acte qu'il ferait contrairement aux instructions, mais dans les limites de la compétence fixée par la loi, serait parfaitement valable. Cela se traduit, dans le système français et dans les systèmes analogues de certaines législations, par l'impossibilité de former un recours contentieux contre l'acte d'un agent pour violation d'une simple instruction. D'ailleurs tout cela est en harmonie parfaite avec la conception essentielle à laquelle il faut revenir toujours : dans l'Etat de droit moderne la protection de l'individu contre l'arbitraire de la toute-puissance étatique réside essentiellement dans l'indépendance des agents à l'égard des gouvernants; cette indépendance n'est pas sans doute absolue; mais elle résulte de ce que les agents ne sont subordonnés aux gouvernants que parce qu'ils ne peuvent agir que dans les limites fixées par une loi matérielle.

Les auteurs allemands en général n'ont pas osé aller jusqu'à cette conséquence. Ils ont bien compris cependant que les instructions formulées par les gouvernants ne pouvaient avoir un effet obligatoire pour les agents. En outre, il y avait pour eux une difficulté spéciale. Partant, en effet, de la personnalité de l'Etat, il leur était difficile d'attribuer le caractère impératif à ces instructions de service, puisque par définition même elles ne sortent point de « l'intérieur de l'apparat administratif », puisqu'elles s'adressent aux seuls agents pris comme organes de l'Etat, et que celui-ci ne peut se commander à lui-même. Pour donner une force obligatoire aux instructions adressées aux agents, Jellinek et Laband ont trouvé un ingénieux moyen. Leur caractère obligatoire ne résulterait point de ce que ces instructions émanent de l'Etat, de la puissance commandante, mais résulterait uniquement du contrat de

service intervenu entre l'Etat et l'agent. L'agent, en signant ce contrat, a promis de se soumettre aux instructions qu'il recevrait de l'Etat, représenté par l'agent supérieur, comme celui qui signe un contrat de louage de service promet de se soumettre aux instructions qu'il recevra du patron employeur. « Par le contrat de service le fonctionnaire se soumet à une puissance de service, dit Jellinek. Elle est comme toute puissance juridique déterminée dans son étendue et sa recevabilité par des règles de droit; mais les commandements venant d'elle ne sont pas une application directe du droit objectif, plutôt une application du droit subjectif, acquis par la réalisation du contrat de service. L'ordre étatique de service ne crée pas le droit objectif; mais il est pour l'Etat l'exercice d'un droit subjectif; il ne découle pas de la puissance qualifiée de l'*Herrscher*, mais de la puissance spéciale du maître du service [1]. » Laband exprime une idée tout à fait analogue : « Le devoir d'obéissance trouve son principe dans la nature juridique du contrat de service public; il y trouve à la fois son fondement et ses limites. » Cependant Laband, qui paraît sur ce point se séparer de Jellinek, fait remarquer, que ce droit subjectif de l'Etat, né du contrat de service, n'est pas seulement « un droit de créance, mais aussi un droit de puissance, et que le fonctionnaire est obligé non seulement de fournir un service, mais d'obéir [2]. »

Nous avons repoussé d'avance ces conceptions, en rejetant l'idée d'un contrat de service. Toutefois on pourrait soutenir que cette obligation d'obéissance résulte de l'acte unilatéral de nomination émanant des gouvernants. Mais nous avons montré qu'en soi cet acte ne produisait aucun effet de droit subjectif et qu'il

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 228.
2. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 431; édit. franç., 1901, t. II, p. 148.

était simplement la condition à laquelle était subordonnée l'application de la loi fonctionnelle. Ainsi finalement un agent n'est jamais subordonné qu'à la loi de sa fonction, qui seule est impérative pour lui. D'ailleurs, la doctrine de Jellinek part d'un principe et aboutit à des conséquences tout à fait inadmissibles. En déclarant que la force obligatoire des instructions pour les agents ne dérive pas de la puissance commandante de l'Etat, mais de ce fait que l'Etat est maître du service, il semble reconnaître que tout employeur acquiert par le fait du contrat de travail un pouvoir de commandement sur ses employés ; de fait il le dit formellement dans une autre partie de son ouvrage où il attribue à tout employeur un véritable pouvoir disciplinaire sur ses employés [1]. C'est ce pouvoir que l'Etat exercerait sur ses fonctionnaires, et non pas la puissance d'*Herrscher*. Nous ne saurions admettre qu'un particulier ait sur un autre une puissance quelconque, et cela nous paraît en contradiction absolue avec ce principe et ce fait que l'Etat monopolise toute la puissance existant dans un pays. Nous ne saurions admettre davantage que la puissance que l'Etat exerce sur ses fonctionnaires ne soit pas de même ordre que celle qu'il exerce sur les particuliers. Il n'y aurait donc pas une seule personne dans l'Etat, mais deux, la personne exerçant l'*Herrschaft* et la personne exerçant la *Gewalt*, et deux puissances, la puissance politique et la puissance disciplinaire! Nouvelle difficulté à laquelle se heurtent et la théorie de la personnalité et la théorie de l'organe.

Concluons donc que les instructions données par les gouvernants aux agents ne peuvent constituer en aucune façon des ordres obligatoires juridiquement pour les agents. Il y aura toutefois à examiner si un agent supé-

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 208.

rieur ne peut pas donner un ordre obligatoire à un agent inférieur. Ce sera la question des rapports hiérarchiques. Mais si la possibilité d'un pareil ordre existe, elle résultera de l'obligation où est tout agent de respecter la compétence des autres agents, et la force impérative de cet ordre résultera de la loi; l'agent inférieur, en obéissant à son supérieur, obéit alors véritablement à la loi et seulement à la loi; il se conforme à son obligation de ne pas excéder sa compétence [1].

Toute la subordination des agents aux gouvernants se réduit donc à l'obligation pour l'agent de respecter la loi de la fonction ou de la compétence. C'est en ce sens que nous avons parlé et que l'on peut parler très exactement de l'indépendance des agents à l'égard des gouvernants. De cette indépendance ainsi comprise résulte une conséquence très importante : toute décision prise par un agent dans les limites de sa compétence et suivant les formes prescrites s'impose aux gouvernants; il leur est interdit d'y toucher et de se soustraire aux conséquences légales de cette décision. Assurément les gouvernants peuvent modifier la loi en vertu de laquelle la décision de l'agent produit ces effets. Mais cette modification législative n'aura point d'effet rétroactif, et ne pourra s'appliquer qu'aux décisions à venir et non à la décision déjà prise. Tout acte fait par un agent dans les limites de sa compétence s'impose, disons-nous, aux gouvernants. En effet, l'acte ayant été fait conformément à la loi de la fonction, les effets qu'il produit se rattachent directement à cette loi; ils s'imposent donc aux gouvernants comme la loi elle-même à laquelle ils se rattachent. En portant atteinte à ces effets, les gouvernants porteraient atteinte à la loi elle-même. Tant qu'elle existe, cette loi est obli-

1. Voir *infra*, chap. IV, § 10.

gatoire pour les gouvernants comme pour les gouvernés.

Cette intangibilité, à l'égard des gouvernants, d'un acte fait par un fonctionnaire compétent dans les formes prescrites est souvent affirmée en ce qui concerne les fonctionnaires de juridiction ; elle n'a pas toujours été comprise, pour ce qui regarde les fonctionnaires administratifs. Au reste l'effet obligatoire pour les gouvernants d'un acte fait par un agent tient bien moins au caractère du fonctionnaire qui l'a fait qu'à la nature interne de l'acte qui a été fait. En réalité tous les fonctionnaires ont le même caractère, en ce sens qu'ils sont dans un même rapport vis-à-vis des gouvernants ; les formalités de révocation et de nomination peuvent varier ; mais la situation juridique du fonctionnaire, dans ses caractères essentiels, est la même pour tous ; la subordination juridique des fonctionnaires reste aussi la même, en ce sens qu'elle n'est toujours qu'une subordination à la loi de la fonction. Par conséquent s'il peut y avoir des distinctions à faire, elles ne doivent point se rattacher à la qualité du fonctionnaire, mais à la nature de l'acte qu'il accomplit. Ce ne sont point les fonctionnaires de juridiction et les fonctionnaires administratifs qu'il faut distinguer, mais les actes de juridiction et les actes administratifs, d'autant plus que, dans les législations modernes qui admettent, comme la législation française, la séparation de la justice et de l'administration, les mêmes fonctionnaires font toujours des actes de juridiction et des actes d'administration. On reconnaît sans contestation que l'acte de juridiction s'impose toujours aux gouvernants. En France on affirme cela sans hésiter, bien qu'on admette le principe de la souveraineté de l'Etat. On ne se demande point d'ailleurs comment il se fait que cet Etat, que l'on dit souverain, puisse être obligé par les juridictions que lui-même institue. Sans doute c'est dans

la pensée d'expliquer cette sujétion de l'Etat aux décisions de justice que l'Assemblée nationale de 1789 avait fait de l'ordre judiciaire un troisième pouvoir égal et indépendant des deux autres, un véritable pouvoir représentatif. L'article 5 du préambule du titre III portait en effet « que le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple ». Les décisions juridictionnelles étaient donc une émanation directe de la souveraineté et avaient la même puissance que la loi. C'est assurément la même pensée, qui a inspiré la constitution américaine, quand elle a implicitement établi la théorie des trois pouvoirs et reconnu l'indépendance et l'autonomie du pouvoir judiciaire. On sait que les Etats-Unis sont allés même plus loin et reconnaissent aux juridictions le droit de refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle, mais non point d'ailleurs, contrairement à ce qu'on dit souvent, le droit d'annuler une loi inconstitutionnelle [1]. En cela le droit américain est plus logique que la constitution de 1791 qui, tout en faisant de l'ordre judiciaire un troisième pouvoir, autonome et indépendant, ne lui reconnaît point cependant compétence pour apprécier la constitutionnalité des lois et consacre ainsi sa subordination au pouvoir législatif. Nous avons déjà dit ce qu'il faut penser de cette célèbre théorie de la séparation des pouvoirs. Dans tous les cas, quoi qu'on admette sur ce point, il est incontestable que dans la plupart des pays, et particulièrement en France, beaucoup de fonctionnaires, qui n'appartiennent pas à l'ordre judiciaire et sont certainement des fonctionnaires administratifs, font des actes de juridiction, lequels s'imposent aux gouvernants avec la même force que les actes des agents judiciaires. Il n'y a donc pas lieu de rattacher cette intangibilité de l'acte à l'autono-

1. Cf. Larnaude, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, p. 175.

mie de l'ordre judiciaire, puisque les actes juridictionnels faits par l'ordre administratif, qui n'a jamais été conçu comme un pouvoir autonome, ne peuvent point être modifiés par les gouvernants.

L'école allemande explique habituellement le caractère obligatoire pour l'Etat des décisions juridictionnelles par la théorie de l'auto-limitation de l'Etat. Le rôle de la juridiction consiste à faire application à une espèce particulière de la règle de droit formulée d'une manière abstraite par la loi ; la décision juridictionnelle est déduite logiquement, en la forme syllogistique, de la loi ; or, l'Etat est lié par la loi qu'il a faite lui-même tant que cette loi existe, parce qu'il a voulu se lier lui-même, et que souverain il peut se limiter lui-même ; par suite, il sera naturellement lié par la décision juridictionnelle, qui n'est que la conséquence logique tirée de la loi, ou en d'autres termes la loi appliquée à une certaine espèce particulière [1]. Nous avons dit ailleurs ce qu'il fallait penser de cette théorie de l'auto-limitation de l'Etat ; on a vu qu'elle était impuissante à fonder la subordination de l'Etat au droit [2].

Avec notre conception du droit et de l'acte juridictionnel, la force obligatoire pour les gouvernants de l'acte juridictionnel se comprend aisément. L'agent qui fait cet acte ne crée point en réalité un effet de droit nouveau ; il constate l'existence d'une situation juridique subjective préétablie. Or, on l'a montré, cette situation juridique subjective s'impose au respect de l'Etat. Par suite, quand on dit que la décision juridictionnelle s'impose au respect des gouvernants, en réalité ce n'est pas la décision elle-même, mais bien la situation juridique subjective qu'elle constate. Les gouvernants

1 Cf. Gneist, *Der Rechtsstaat*, 2e édit., 1879 ; — Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 197 et suiv. ; *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 302 et suiv.

2. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. II, § 4.

ne peuvent pas plus toucher à la décision juridictionnelle qu'ils ne pouvaient porter atteinte à la situation subjective antérieure à cette décision. Ils le peuvent d'autant moins que c'est en leur nom et pour accomplir la mission qui leur a été confiée par la loi que les agents de juridiction ont constaté cette situation. Ainsi, par des motifs divers, on est unanime à reconnaître que toute décision juridictionnelle est obligatoire pour les gouvernants comme pour les gouvernés.

Mais en vérité, il n'y a là rien de spécial ni aux agents de juridiction, ni aux actes juridictionnels. Tout acte d'un agent, fait dans les limites de sa compétence, s'impose aux gouvernants. Nous entendons naturellement un acte qui produise un effet de droit, qui crée une situation juridique subjective ; et l'on sait que telle est la caractéristique des actes administratifs. Quand l'acte fait par un agent dans la limite de sa compétence est une acte contractuel, on reconnaît aujourd'hui à peu près unanimement qu'il est obligatoire pour l'Etat. On diffère d'opinion sur le principe en vertu duquel les contrats sont obligatoires pour l'Etat; mais enfin on reconnaît ce caractère obligatoire[1]. Il n'en est plus de même, quand l'acte fait par un agent est un acte unilatéral, que l'on qualifie habituellement d'acte de puissance publique. D'après l'opinion courante, les gouvernants ne sont point liés par un pareil acte ; ils peuvent soit le révoquer, soit donner l'ordre à leurs agents de le révoquer. Il faut s'entendre. Il est incontestable qu'il peut résulter du système hiérarchique qu'un agent supérieur ait compétence pour annuler, réformer ou suspendre un acte fait par un inférieur ; mais cette compétence n'est que l'application de la loi de fonction ; la révocation ou la réformation n'est pas ici le résultat d'une puissance

1. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. v, §§ 6 et 7.

supérieure et sans limite, qui appartiendrait à l'Etat pour anéantir les effets d'une situation juridique créée régulièrement par un de ses agents. Il faut faire abstraction des conséquences découlant d'une compétence hiérarchique, lesquelles sont le résultat même de l'application de la loi sur la compétence. Il faut supposer théoriquement un acte accompli par un agent, dans les limites de sa compétence, suivant les formes prescrites. Nous disons que cet acte fait naître une situation juridique subjective, et que cette situation s'impose aux gouvernants comme aux gouvernés. Il se produit un effet de droit parce qu'une volonté individuelle, la volonté de l'agent, a voulu une chose conformément à un but reconnu légitime par la loi. Cet effet de droit a pour cause efficiente et la volonté de l'agent et la loi conformément à laquelle elle s'est manifestée. Sans la volonté de l'agent, il ne se serait pas produit; sans la loi cette volonté aurait été impuissante. En disant que l'acte s'impose au respect des gouvernants, nous ne disons pas que c'est la volonté de l'agent qui s'impose aux gouvernants; et on ne peut pas nous objecter qu'il ne peut pas en être ainsi, parce que l'agent ne peut obliger les gouvernants qui l'instituent et lui confèrent ses pouvoirs. D'abord, on l'a vu plus haut, l'agent ne reçoit pas ses pouvoirs à proprement parler des gouvernants, mais de la loi elle-même, formulée sans doute par les gouvernants, mais cependant supérieure à eux. Ensuite ce n'est pas la volonté individuelle de l'agent qui lie la volonté des gouvernants; une volonté individuelle ne peut jamais lier une autre volonté individuelle; *a fortiori* la volonté de l'agent ne peut-elle être supérieure à la volonté des gouvernants. C'est une situation juridique subjective, régulièrement créée, parce qu'elle est conforme à la loi, qui s'impose au respect de tous, des gouver-

nants comme des particuliers. Les agents en faisant un acte, dit acte administratif, ont voulu conformément à la loi de leur fonction ; si les gouvernants ne peuvent pas anéantir cet acte, c'est qu'ils sont liés par la loi de la fonction. Encore ici une situation juridique subjective existe, conformément au droit objectif ; le droit objectif et le droit subjectif restent intangibles pour les gouvernants. Assurément ceux-ci peuvent modifier la loi à la condition de procéder par voie générale, de remplacer une règle générale et abstraite par une règle nouvelle ayant les mêmes caractères. Mais cette modification est sans effet rétroactif: un acte juridique fait sous l'empire d'une loi produit tous ses effets conformément à cette loi et nonobstant toute modification ultérieure de la loi. Enfin nous croyons avoir démontré (et c'est à la fois le complément et le principe de notre développement) que la volonté unilatérale peut produire une situation juridique subjective, sous les mêmes conditions et avec la même force que la volonté contractuelle. Qu'on ne dise donc pas que les actes administratifs de puissance publique, actes purement unilatéraux, ne peuvent obliger les gouvernants ; ils créent une situation juridique subjective comme les actes contractuels ; et les gouvernants sont liés également par les deux sortes d'actes.

Le droit positif moderne n'est certainement pas arrivé encore complètement à cette conception. A cela, il y a diverses raisons. D'abord, la persistance de cette idée que l'Etat a une souveraineté sans limite, qu'il crée le droit et qu'il est supérieur au droit ; les affirmations réitérées de nos déclarations des droits ne sont pas parvenues à faire disparaître complétement cette idée néfaste. D'autre part, il faut reconnaître qu'en fait le principe du caractère obligatoire pour l'Etat d'une situation juridique subjective, créée par un acte de

volonté unilatérale d'un agent administratif, n'a guère pu s'établir, parce que habituellement la situation juridique subjective entraîne au profit de l'Etat des droits subjectifs sans faire naître à sa charge des obligations. On n'a guère songé à affirmer l'effet obligatoire pour l'Etat de cette situation, parce qu'on n'a vu que les droits qui en résultaient pour lui et que naturellement on n'a pas douté de la possibilité pour l'Etat de renoncer à ces droits, la renonciation à un droit subjectif étant toujours possible. On a parlé alors du pouvoir des gouvernants d'anéantir un effet de droit créé par un acte unilatéral de leur agent, sans voir qu'en réalité il n'y avait là que l'application de cette règle générale, que l'on peut toujours renoncer, l'Etat comme un simple particulier, au bénéfice d'une situation de droit subjectif. Ainsi s'est perpétuée cette conception du caractère non obligatoire pour les gouvernants d'un acte administratif. Mais avec les progrès du droit public, et surtout avec la multiplicité et la complexité croissante de l'intervention administrative par acte unilatéral, se sont présentés des cas relativement nombreux, où la situation créée par l'acte administratif entraînait non seulement des bénéfices, mais aussi des charges à l'égard de l'Etat. Alors s'est posée nettement la question du caractère obligatoire de cette situation. Nous croyons que la doctrine et la jurisprudence françaises, plus ou moins consciemment, tendent progressivement à accepter la solution que nous donnons. Le moment ne nous paraît pas éloigné où l'on reconnaîtra sans contestation que l'Etat ne peut point se soustraire aux obligations subjectives nées pour lui d'une situation créée par un acte unilatéral d'un agent administratif. Nous trouvons une preuve de cette tendance, notamment dans la jurisprudence, qui s'affirme de plus en plus, et d'après laquelle une concession,

faite à un particulier sur une dépendance du domaine public, ne peut être arbitrairement révoquée, et ne peut l'être que pour des motifs conformes à la destination du domaine public. Le conseil d'Etat a annulé pour détournement de pouvoir l'acte retirant une concession sur le rivage de la mer « pour des motifs autres que des raisons de conservation[1] ». De pareilles décisions révèlent certainement une tendance du conseil d'Etat à reconnaître l'obligation pour l'Etat de respecter une situation juridique subjective créée par un acte unilatéral d'un de ses agents. Nous ne voulons point dire cependant que le demandeur au recours pour détournement de pouvoir fait alors valoir un droit subjectif, le recours pour détournement de pouvoir n'étant pas fondé, à notre sens, sur un droit subjectif[2].

Ajoutons aussi qu'il importera pour chaque espèce de distinguer soigneusement l'acte administratif proprement dit, créant une situation juridique subjective, de l'acte unilatéral ou contractuel, qui ne crée pas une pareille situation et qui est seulement la condition à laquelle est subordonnée, pour l'Etat, pour les agents et pour les particuliers, l'application d'une règle objective, et duquel, par conséquent, on peut dire seulement qu'il naît une situation de droit objectif. Tout ce qui a été dit sur les différences existant entre le droit et l'obligation subjectifs d'une part, et le pouvoir et le devoir objectifs d'autre part[3], trouve alors son application.

## IX

Les agents sont indépendants des gouvernants en ce

1. Conseil d'Etat, 21 novembre 1873, et de nombreux arrêts relatifs, il est vrai, au domaine public de la commune. Cf. Laferrière, t. II, p. 551.
2. Voir *infra*, chap. v, § 5.
3. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. III.

sens qu'ils ne sont subordonnés qu'à la loi et que les actes qu'ils font dans les limites de leur compétence, déterminée par la loi, obligent les gouvernants. Mais les législations positives devaient prendre certaines mesures pour garantir autant que possible le respect de la loi par les agents et l'accomplissement fidèle de la mission qui leur est confiée. Ces mesures ne pouvaient résulter d'une action spéciale exercée par les gouvernants sur les agents, puisque cette action consiste exclusivement dans l'établissement de la loi, œuvre des gouvernants. Ces mesures devaient naturellement être organisées au moyen d'une action exercée par les agents les uns sur les autres. On aperçoit immédiatement les procédés auxquels on pouvait avoir recours pour cela. D'une part il fallait permettre à certains agents de surveiller les autres, et, d'autre part, il fallait établir une subordination des agents les uns aux autres. C'est ce qu'ont fait la plupart des législations modernes en établissant la discipline et la hiérarchie, la première répondant à la surveillance, la seconde à la subordination. Toutes deux par des moyens différents répondent au même but : assurer autant que possible l'accomplissement par l'agent de sa mission et le respect de la loi de sa fonction, assurer en même temps la protection de l'intérêt individuel et de l'intérêt collectif. Sans doute les diverses législations modernes diffèrent beaucoup les unes des autres dans les détails d'organisation de ces deux procédés. Mais cependant au fond la surveillance et la hiérarchie existent dans tous les pays civilisés avec les mêmes éléments essentiels. Tâchons à dégager le vrai caractère juridique de ces éléments.

Le mot *surveillance*, qui se rencontre assez rarement dans les traités doctrinaux de langue française, n'est point cependant étranger à la terminologie de nos lois.

Il se trouve dans plusieurs lois de la période révolutionnaire et notamment dans la loi du 14 décembre 1789, article 50. On le lit aussi dans des lois administratives modernes, par exemple dans la loi municipale du 5 avril 1884, article 91. Il importe toutefois de bien distinguer la surveillance d'autres institutions avec lesquelles on la confond souvent, et notamment de la hiérarchie et du contrôle. La surveillance n'est pas la hiérarchie, car elle s'exerce sur tous les agents sans aucune distinction, quel que soit leur mode de nomination, quelles que soient la nature et l'étendue de leurs attributions, sur les agents nommés et les agents élus, sur les agents de juridiction, sur les agents administratifs, qu'ils fassent des actes unilatéraux ou actes de puissance publique, des actes de gestion, ou même simplement des opérations matérielles. On verra, au contraire, que la hiérarchie, comprise dans sa portée véritable, ne peut subordonner les uns aux autres que des agents faisant ce qu'on appelle des actes d'autorité. La surveillance ne doit pas davantage être confondue avec ce que nous appellerons le contrôle. Le contrôle, on le montrera plus loin[1], ne s'exerce que sur les agents décentralisés ; il se distingue aussi bien de la surveillance que de la hiérarchie ; l'agent investi de la compétence de contrôle peut refuser son approbation à un acte fait par un agent décentralisé, et même l'annuler, mais il ne peut point le réformer, lui substituer sa propre décision. D'autre part la surveillance, à la différence du contrôle, ne donne point compétence pour annuler ou refuser d'approuver un acte. Ces quelques indications montrent ce que n'est pas la surveillance, mais point ce qu'elle est.

La surveillance implique d'abord la possibilité, pour l'agent investi de ce pouvoir, d'adresser des instructions

1. Voir *infra*, chap. VI, § 5.

aux agents surveillés. Ces instructions forment ce qu'on appelle assez communément des ordres de service. Expression inexacte, car un agent ne peut point, à la vérité, donner d'ordre à un autre agent. Nous réservons bien entendu ce qui regarde la discipline militaire, qui présente des caractères particuliers, qu'il serait trop long d'étudier ici. Les gouvernants, avons-nous dit, ne peuvent pas donner d'ordre aux agents; *a fortiori* un agent ne peut-il pas donner d'ordre à un autre agent. La raison en est toujours la même : une volonté individuelle ne peut pas adresser un ordre à une autre volonté individuelle. Mais ces instructions, dites ordres de service, constituent-elles des actes juridiques par elles-mêmes ? Sont-elles des manifestations de volonté faisant naître une situation juridique déterminée ? Assurément, il n'y aurait pas d'obstacle logique absolu à ce qu'il en fût ainsi. Mais cela serait contraire au principe même du droit public moderne. On a déjà dit que l'organisation publique reposait essentiellement sur la séparation des compétences. Chaque agent a un cercle d'activité déterminé par la loi, dans lequel seulement il peut agir, et dans lequel, *seul* il peut agir. Si l'ordre de service, donné par un agent à un autre, était un acte juridique produisant un effet de droit subjectif, il en résulterait qu'il naîtrait une obligation pour l'agent surveillé de faire un certain acte, lequel ne serait plus une manifestation libre de sa volonté, puisqu'il n'agirait que sous l'empire de l'obligation juridique née de l'ordre donné. D'autre part, nous avons dit et nous démontrerons plus complètement, nous l'espérons, que la situation juridique de tout agent est une situation de pur droit objectif, au point de vue actif et au point de vue passif, que ses pouvoirs et ses devoirs résultent exclusivement de l'application qui lui est faite de la loi. Cela ne serait plus vrai, si une obligation naissait pour l'agent

de l'acte juridique déterminé que serait l'ordre de service. Cet ordre n'est donc pas à proprement parler un acte juridique; il ne fait pas naître pour l'agent qui le reçoit une situation de droit subjectif. Assurément, l'agent qui le viole peut commettre une faute disciplinaire et donner lieu à une mesure disciplinaire contre lui. Mais de situation subjective créée par cet acte, nous n'en apercevons point. Nous avons donné la même solution pour les ordres de service émanés des gouvernants; les raisons peuvent être différentes ici, mais la solution doit être la même. Il convient d'ajouter que l'agent, chargé de la surveillance, peut avoir exceptionnellement une compétence réglementaire, c'est-à-dire le pouvoir d'organiser un service, et de déterminer le mode de participation des divers agents à ce service, au moyen d'une décision générale, qui aura le caractère intrinsèque d'une loi; il en résultera une situation objective pour les agents auxquels s'applique ce règlement, et tout ce qui a été dit précédemment des règlements doit s'appliquer ici. On distinguera naturellement entre le règlement et l'instruction par voie générale : la distinction reposera sur l'intention de l'agent auteur de la disposition par voie générale. Elle sera, d'ailleurs, en fait relativement aisée, puisque l'agent supérieur n'a que rarement un pouvoir réglementaire, et que, s'il ne l'a pas, il ne doit pas être présumé avoir voulu l'exercer. Un acte d'un agent, violant un règlement fait légalement par un chef de service, est susceptible d'être critiqué par la voie contentieuse. S'il viole simplement un ordre de service, sans caractère réglementaire, aucun recours n'est possible contre lui. C'est une question qui sera examinée plus loin, de savoir si l'ordre de service peut avoir un effet sur l'étendue de la responsabilité incombant au fonctionnaire[1].

1. Voir *infra*, chap. V, § 11.

En résumé, les instructions que le fonctionnaire surveillant adresse au fonctionnaire surveillé, à l'exception des cas assez rares où elles ont légalement le caractère réglementaire, ne produisent aucun effet de droit, ni objectif, ni subjectif. Destinées à assurer le bon fonctionnement du service, le respect de la loi, la fidélité des agents à leur mission, elles ne peuvent pas être dépourvues cependant de toute sanction. Cette sanction, les législations positives l'ont toutes organisée plus ou moins complètement ; c'est la discipline qui se traduit dans les actes disciplinaires. On peut la définir d'une manière générale, les décisions d'un fonctionnaire frappant un autre fonctionnaire d'une certaine répression pour faute commise dans l'exercice de ses fonctions ou pouvant réagir sur l'exercice de ses fonctions.

Il n'est peut-être pas de domaine dans le droit public moderne, qui ait été moins exploré que la nature juridique de la discipline. Aussi importe-t-il de s'y arrêter quelque peu. On a déjà marqué la tentative faite par Jellinek pour rattacher la discipline à un pouvoir, qui serait certainement un pouvoir public, mais qui ne serait pas cependant le pouvoir commandant et suprême de l'Etat, l'*Herrschaft*. « La puissance de discipline, dit-il, n'est pas la puissance de l'*Herrschaft*. » Les raisons qu'il en donne sont de deux sortes. D'abord, il y a pas, dit-il, que l'Etat qui ait un pouvoir disciplinaire ; les communes, les églises, les sociétés, les établissements publics et même les simples particuliers possèdent un pouvoir de discipline, par exemple le père sur ses enfants, l'employeur sur ses employés. D'autre part si le pouvoir disciplinaire était un dérivé de la souveraineté de l'Etat, celui-ci aurait certainement le droit de contraindre directement le fonctionnaire à l'accomplissement du service fonctionnel ; or, dit Jellinek, acceptant la solution donnée plus haut, l'Etat ne peut pas contraindre

directement le fonctionnaire à accomplir les ordres de service; il peut seulement le révoquer. La discipline dès lors a pour fondement le contrat de service public intervenu entre l'Etat et le fonctionnaire, contrat duquel naît pour l'Etat le droit d'assurer de la part du fonctionnaire l'accomplissement exact de la mission rentrant dans sa fonction, et le pouvoir de le révoquer s'il ne remplit pas les obligations qu'il a prises, comme l'employeur peut renvoyer l'ouvrier infidèle à ses devoirs, une communauté, une église ou une société exclure le membre qui s'insurge contre le but social[1]. Si l'on comprend ainsi le fondement de la discipline, on comprend comment d'une part la faute disciplinaire n'est pas définie d'une manière générale par la loi et laissée à l'appréciation de l'agent chargé d'exercer cette discipline. En effet, l'Etat n'intervient pas ici comme souverain, comme *Herrscher*, appliquant une peine pour un fait qualifié, mais comme contractant ayant, en vertu du contrat, le droit d'apprécier si son employé remplit bien ou mal la charge qu'il a acceptée. D'autre part, on comprend pourquoi les peines disciplinaires ne sont pas prononcées par une juridiction avec les garanties qui entourent habituellement les décisions prononçant une peine. Enfin on comprend comment la discipline n'entraîne jamais de peines corporelles et que la peine la plus forte en matière disciplinaire soit l'exclusion ou la révocation. En effet, la faute consiste pour le fonctionnaire dans l'atteinte portée au lien qui l'unit à l'Etat, dans le mauvais accomplissement de sa mission fonctionnelle; on le privera en lui retirant cette mission. Ces diverses conséquences ne sont pas indiquées expressément par Jellinek, sauf la dernière; mais elles nous paraissent en tout conformes à son point de vue.

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 203 et suiv.

Nous ne comprenons guère ce pouvoir de l'État qui ne serait pas l'*Herrschaft*, l'*imperium;* nous comprenons encore moins ce pouvoir disciplinaire, qui appartiendrait à d'autres personnes que l'Etat[1]. De plus, le système de Jellinek a le défaut de ne point expliquer une évolution très curieuse et très nette : la transformation constante et progressive de la répression disciplinaire en répression pénale. Si la répression disciplinaire et la répression pénale reposaient sur deux fondements absolument distincts, l'une sur le contrat de service public, l'autre sur l'*imperium* étatique, il serait impossible d'expliquer cette tendance, de plus en plus accusée, à une fusion complète des deux modes de répression. C'est précisément cette évolution qui permet de déterminer le vrai caractère de la répression disciplinaire.

La répression disciplinaire est une repression pénale au point de vue de son fondement, en ce sens qu'elle s'explique par une même conception de l'Etat. Si l'on rattache le pouvoir de répression pénale à l'*imperium* de l'Etat, c'est aussi de lui que dérive la répression disciplinaire. Si comme nous on nie la réalité et la légitimité de cet *imperium* en soi, si l'on explique la répression pénale par le pouvoir légitime, à certaines époques et dans certains pays, pour les plus forts d'assurer l'observation de certaines normes par la menace d'une pénalité, c'est aussi la même idée qui sert de fondement à la répression disciplinaire. La répression disciplinaire est donc une répression pénale. Mais elle a conservé en la forme le caractère qu'elle a au point de vue matériel : elle a au fond et en la forme le caractère d'une décision administrative. Expliquons-nous. Prise en soi au point de vue matériel, la décision pénale est une décision administrative. Effective-

1. Voir *supra*, chap. IV, § 8.

ment, elle fait naître une situation juridique subjective nouvelle. Elle n'est point la constatation d'une situation juridique subjective antérieure; elle est tout, excepté cela : le prévenu est présumé innocent avant la condamnation; par elle seulement il devient débiteur de la peine. Peut-être pourrait-on soutenir que la condamnation pénale ne crée pas une situation subjective, qu'elle est simplement la condition de l'application d'une règle objective, de la naissance d'une situation objective. Mais peu importe. L'essentiel est que la décision pénale n'est pas intrinsèquement un acte juridictionnel[1]. Peu à peu, sous l'empire de différents facteurs, et de bonne heure dans l'histoire générale du droit, la décision pénale, qui n'est pas matériellement une décision juridictionnelle, en a revêtu la forme. La répression pénale est devenue une répression juridictionnelle en la forme, d'abord parce qu'elle a lieu par l'organe d'agents constitués en juridiction, non pas il est vrai toujours par des agents judiciaires puisque dans beaucoup de pays, en France notamment, certaines juridictions administratives (le conseil de préfecture et en appel le conseil d'Etat) ont des attributions répressives; des agents constitués en juridiction, c'est-à-dire organisés comme les agents, qui ont pour mission normale d'exercer une juridiction, de statuer sur l'existence d'un droit subjectif et d'ordonner les mesures destinées à en assurer la réalisation. Le plus habituellement ces agents sont organisés collégialement, et toujours ils présentent certaines garanties spéciales de capacité et d'indépendance. D'autre part, la répression pénale a lieu comme un véritable procès, avec un débat contradictoire; il y a véritablement deux parties, l'une qui demande la condamnation, l'autre

1. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 218 et suiv.

qui est défenderesse; les choses se passent comme si les deux parties avaient une contestation sur l'existence d'un droit subjectif. Enfin, dans le droit moderne, l'agent chargé de statuer sur une répression pénale est absolument lié par les termes de la loi; il ne peut ordonner une répression que pour un fait prévu et défini par la loi; il ne peut prononcer que la peine prévue par la loi. Ainsi la décision, contenant une répression pénale, est au point de vue matériel une décision administrative; mais au point de vue formel, elle est une décision juridictionnelle; tout se passe comme si elle était réellement une décision juridictionnelle.

Au contraire, la décision disciplinaire est au fond et en la forme une décision administrative; elle est une décision pénale qui n'a pas été *juridictionnalisée*. Cette décision est prise toujours par un agent de l'ordre administratif, dans les pays où a été établie une séparation entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Cet agent varie à l'infini. Pour l'exercice de la discipline sur certains fonctionnaires, l'agent compétent est souvent le chef de l'Etat, en France le président de la république, agissant par l'organe de son ministère, comme agent administratif et non plus comme gouvernant. Le plus habituellement l'agent disciplinaire compétent est le ministre au département duquel ressortit le fonctionnaire intéressé. Souvent les agents disciplinaires sont les chefs de services, comme les directeurs généraux de ministère. Enfin, en France, le préfet et le maire ont une action disciplinaire étendue sur les agents locaux. Dans l'armée tout agent d'un grade supérieur a une action disciplinaire sur son inférieur. Mais c'est là peut-être quelque chose de particulier qu'il n'y a pas lieu d'étudier ici.

La répression disciplinaire, prise en soi, ne fait naître en principe aucun débat contradictoire. L'agent,

investi du pouvoir disciplinaire, statue sans défense contradictoire. Aucune garantie n'est établie au profit de celui qui est l'objet de la répression disciplinaire : le fonctionnaire intéressé peut adresser des pétitions, soit aux gouvernants (chefs d'Etat et parlement), soit à l'agent supérieur qui statue disciplinairement; mais le droit de pétition appartient à tout citoyen ; il n'y a rien ici de particulier. L'agent supérieur, qui va prononcer la peine disciplinaire, peut demander des explications, faire comparaître le fonctionnaire incriminé, lui permettre de se défendre; mais il y a là une possibilité et non une obligation. Nulle part autant que dans l'armée n'apparaît le pouvoir discrétionnaire de l'agent disciplinaire. L'agent, qui exerce la discipline, en général n'est lié non plus en aucune espèce de façon par des lois ou des règlements, au point de vue des faits qui peuvent entraîner une répression disciplinaire. Il peut apprécier d'une manière absolument discrétionnaire les fautes susceptibles d'entraîner à son avis une répression disciplinaire. Ce sont non seulement des négligences, des fautes plus ou moins graves commises dans le service, mais aussi des faits de la vie privée susceptibles de réagir sur le service. Il est de tradition aussi que des actes d'incorrection politique peuvent entraîner une répression disciplinaire. En un mot, tandis que la juridiction pénale, étroitement limitée par les termes de la loi, ne peut infliger une peine que pour un fait prévu, défini et qualifié d'infraction par la loi, l'agent disciplinaire peut apprécier lui-même, en toute liberté, les faits susceptibles d'entraîner une répression.

Enfin, l'agent disciplinaire possède aussi toute latitude pour déterminer les peines qu'il prononcera. Il va sans dire cependant qu'il ne peut prononcer une peine qui serait une atteinte portée à la liberté personnelle ou à

la propriété de l'agent : dans le droit moderne et particulièrement dans le droit français, la liberté et la propriété de tout citoyen sont placés sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire. Cela ne reçoit une exception que pour la discipline militaire : le supérieur peut infliger des peines privatives de liberté, déterminées d'ailleurs par les règlements. En général, les peines disciplinaires consistent essentiellement en des décisions relatives à l'exercice de la fonction elle-même. En France, d'après de nombreux règlements administratifs, et surtout d'après d'anciennes traditions très nettement établies, les peines disciplinaires sont l'avertissement, la privation en tout ou en partie du traitement, la suspension pendant un temps déterminé, suspension qui pour certains agents prend des noms différents, mise en disponibilité, retrait d'emploi, mise en réforme. Enfin la mise à la retraite d'office et les révocations sont souvent les peines disciplinaires les plus graves. Mais la mise à la retraite et la révocation ne sont pas toujours des peines disciplinaires. Pour certains fonctionnaires, par exemple en France pour les magistrats inamovibles, pour les professeurs et certains autres fonctionnaires, la révocation est toujours une peine disciplinaire. Pour d'autres fonctionnaires, elle ne l'est pas nécessairement ; certains fonctionnaires, par exemple les préfets, les membres des parquets peuvent en effet être révoqués d'une manière discrétionnaire, sans qu'il y ait rien à leur reprocher. On doit en dire autant du déplacement avec emploi équivalent ou avec emploi inférieur.

Tel est en bref, avec ses caractères tout à fait généraux, le pouvoir disciplinaire pris en lui-même. Il dérive naturellement du droit de surveillance, appartenant à l'agent chef de service sur les agents participant sous sa direction à l'accomplissement de ce service.

Mais, dans toutes les législations modernes et particulièrement en France, se produit l'évolution précédemment annoncée. On constate une tendance marquée de la répression disciplinaire à se rapprocher progressivement de la répression pénale; et le moment viendra peut être où la répression disciplinaire se confondra complètement avec la répression pénale. La chose n'est pas impossible, puisqu'au fond les deux espèces de répression ont le même caractère et reposent sur le même fondement. La répression pénale s'exerce en la forme juridictionnelle; quand l'évolution de la répression disciplinaire sera complète, elle aussi sera *juridictionnalisée*, et il n'y aura plus aucune différence, ni de fond ni de forme, entre les deux espèces de répression. Cette transformation s'explique naturellement par le besoin, qui se fait sentir plus pressant chaque jour, d'accorder à tous les individus, fonctionnaires ou simples particuliers, une protection aussi complète que possible contre l'arbitraire. Cette transformation se rattache aussi à l'idée très juste que, si les agents se sentent mieux protégés contre l'arbitraire des chefs de service, ils gèreront plus utilement, avec plus de zèle et d'activité les charges qui leur sont confiées.

Mais pourquoi l'évolution n'est-elle pas encore accomplie? Pourquoi la répression disciplinaire conserve-t-elle, du moins en la forme, des caractères qui la distinguent de la répression pénale, à laquelle au fond elle est identique. La chose s'explique assez aisément. On est resté longtemps sans attribuer le caractère juridictionnel à la répression des fautes commises par les agents, parce qu'on pouvait réprimer ces fautes sans toucher à ce qu'on a considéré de bonne heure comme des droits de l'individu, la propriété et la liberté, droits qu'on a senti le besoin de garantir contre des atteintes arbitraires. C'est en modifiant la situation du fonction-

naire ou en la lui enlevant qu'on réprime surtout ces fautes de service. Or cette situation a nettement apparu comme une situation de pur droit objectif, que l'autorité gouvernante, maîtresse du droit, peut modifier. Mais l'évolution des législations modernes se caractérise par une tendance marquée à protéger les situations de pur droit objectif. On voit ainsi pourquoi pendant longtemps la répression fonctionnelle n'a pas été entourée de garanties juridictionnelles, et aussi pourquoi aujourd'hui ces garanties sont progressivement établies. En même temps, cela explique comment la *juridictionalisation* de la répression disciplinaire paraît s'accomplir surtout en ce qui concerne l'autorité compétente pour l'appliquer et les formes en lesquelles elle doit intervenir, tandis qu'on laisse encore à cette autorité une latitude à peu près complète pour déterminer le fait constitutif de la faute disciplinaire et pour prononcer la peine, à la condition que la faute touche directement ou indirectement au service et que la peine consiste seulement dans une atteinte à l'état du fonctionnaire ou dans une suppression de cet état. Cependant rien n'empêche de croire qu'un jour l'assimilation sera complète, et plusieurs lois et règlements récents sont résolument entrés dans cette voie.

La tendance de la répression disciplinaire à se rapprocher de la répression pénale et à se confondre même avec elle, apparaît à divers points de vue. D'abord, très fréquemment ce n'est plus le chef de service seul qui est compétent pour exercer la répression disciplinaire ; il est très souvent obligé de prendre l'avis d'un conseil, avis que d'ailleurs il est libre de suivre ou non ; mais l'obligation seule de prendre cet avis est une garantie pour l'agent. Parfois le chef de service reste tout à fait étranger à la décision disciplinaire ; elle est prise par un corps organisé en juridiction et dont la déci-

sion s'impose au chef de service lui-même, ou que, quelquefois, il ne peut modifier qu'en atténuant la peine, jamais en l'aggravant. Très souvent aussi la décision disciplinaire ne peut-être prise qu'après débat contradictoire, qui se déroule comme devant un véritable tribunal. Quelquefois les peines disciplinaires, qui peuvent être prononcées, sont énumérées limitativement par les lois et règlements, et l'autorité disciplinaire, chef de service ou conseil de discipline, ne peut prononcer que la peine prévue par la loi ou le règlement. Enfin, déjà certaines lois ébauchent une définition de la faute de fonction. On peut citer pour la France la loi du 30 août 1883 sur la magistrature, qui indique certains faits pouvant constituer une faute disciplinaire. Aux termes de l'article 13 de cette loi, toute délibération politique, toute manifestation ou démonstration d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la république constituent une faute disciplinaire. Au reste, il n'y a là qu'une indication et point une énumération limitative ; beaucoup de faits, non prévus par la loi 1883, peuvent entraîner une répression disciplinaire. On le disait plus haut, c'est sur ce point que l'évolution est la moins avancée. Dans toutes les législations modernes subsiste encore cette différence entre la répression pénale et la répression disciplinaire : l'une ne peut intervenir que pour un fait prévu et défini comme infraction par la loi, l'autre peut intervenir pour un fait, dont il est loisible à l'agent compétent de décider s'il constitue une faute susceptible d'entraîner une répression. Mais l'évolution peut être complète. Il peut arriver, il arrivera un moment où pour la répression d'une faute de service il y aura une véritable juridiction, devant laquelle se déroulera un débat contradictoire, un moment où il y aura une définition légale et limitative des faits pouvant constituer une faute de ser-

vice, où enfin il y aura une énumération légale et limitative des peines pouvant être prononcées pour réprimer cette faute. Alors aucune différence ne subsistera plus entre la répression pénale et la répression disciplinaire. L'une et l'autre seront complètement *juridictionnalisées*, et, comme il n'y a entre elles deux aucune différence de fond, elles se confondront absolument au point de vue matériel et au point de vue formel.

En général cependant on dit le contraire et on estime qu'alors même que la répression disciplinaire serait entièrement *juridictionnalisée*, il subsisterait une différence de fond entre les deux espèces de répression. C'est à notre avis une erreur. S'il en était ainsi, il serait impossible d'expliquer cette tendance constante à l'assimilation de la répression disciplinaire et de la répression pénale. D'ailleurs, cette différence de fonds on n'indique point en quoi elle consiste. Jellinek a essayé de déterminer le caractère intrinsèque qui séparerait le pouvoir disciplinaire d'un véritable pouvoir répressif. On a vu que sa doctrine est insoutenable. Les auteurs français affirment la différence, sans dire quel en est le contenu. Ils se bornent à déclarer que l'une est une répression administrative, l'autre une répression judiciaire. Mais cela est une différence de forme, et cette différence supprimée, l'égalité de fonds apparaît. En réalité, l'acte est administratif aussi bien dans la répression pénale que dans la répression disciplinaire ; seulement la répression pénale a obtenu de bonne heure toutes les garanties qui entourent les décisions juridictionnelles. La répression disciplinaire tend à acquérir les mêmes garanties, et quand l'évolution sera complète, il n'y aura plus de différence entre elles deux.

Pour montrer complètement cette évolution, il faudrait étudier en détail l'organisation actuelle de la répression disciplinaire dans les législations modernes et

particulièrement en droit français. Telle n'est pas notre intention. Quelques brèves indications relatives à notre pays suffiront. C'est pour les fonctionnaires de l'ordre judiciaire que la répression disciplinaire se rapproche le plus de la répression pénale. Aux termes de la loi du 30 août 1883, la cour de cassation, constituée en conseil supérieur de la magistrature, statue après un débat contradictoire. De la combinaison de l'article 50 de la loi du 20 avril 1810 et du décret du 1er mars 1852 (art. 4), il résulte que les seules peines disciplinaires qui peuvent être prononcées sont la censure simple, la censure avec réprimande, la suspension provisoire et la déchéance. On a dit aussi que la loi de 1883 indiquait certains faits constituant une faute disciplinaire. Pour les officiers ministériels qui, à notre avis, sont de véritables fonctionnaires, la répression disciplinaire se rapproche beaucoup aussi d'une véritable répression juridictionnelle. Il suffit de lire, pour s'en convaincre, la loi du 25 ventôse an XI et l'ordonnance du 4 juin 1843 relatives aux notaires, et la loi du 10 mars 1898 pour les avoués, huissiers et commissaires-priseurs. Les professeurs des différents ordres d'enseignement sont placés, au point de vue disciplinaire, sous la juridiction des divers conseils universitaires (lois du 27 février 1880, art. 14 et du 10 juillet 1896, art. 3). La législation qui s'applique aux officiers des divers grades est très complexe. Sans doute, ils sont soumis en une certaine mesure au pouvoir disciplinaire sans contrôle et sans garantie de leur supérieur hiérarchique. Mais certaines peines disciplinaires, notamment la mise en réforme, ne peuvent être prononcées par le ministre de la guerre qu'après l'avis d'un conseil d'enquête, dont la décision s'impose au ministre, en ce sens que celui-ci peut l'atténuer, mais non l'aggraver. Ce conseil statue comme une véritable juridiction,

après débat contradictoire. Les fautes disciplinaires, pouvant entraîner la mise en réforme, sont définies; il est vrai qu'elles le sont d'une manière si imprécise qu'une très large liberté d'appréciation est laissée au conseil d'enquête (loi du 19 mai 1834 et décret du 29 juin 1878). Enfin des décrets récents ont, pour un grand nombre d'agents, appartenant à des services spéciaux, réglementé la répression disciplinaire en la rapprochant d'une répression juridictionnelle. L'idée générale de ces décrets est que le ministre ne peut pas prendre une décision disciplinaire sans l'avis préalable du conseil de direction du ministère dont s'agit. Ce conseil ne donne qu'un avis consultatif; mais néanmoins cette obligation imposée au ministre constitue une garantie sérieuse pour l'agent[1].

## X

La surveillance et l'action disciplinaire qui s'y rattache peuvent assurément pour une large part garantir la bonne gestion des services publics et protéger en même temps les particuliers contre des actes arbitraires. Mais cependant elles ne suffisaient pas. En effet, non seulement il faut diriger l'agent et le punir s'il s'acquitte mal des fonctions qui lui sont confiées; il faut encore faire disparaître les conséquences, qui

1. Voir, notamment, les décrets : du 15 juillet 1897 pour les employés du ministère de l'intérieur; — du 29 juillet 1899 pour le ministère de la guerre; — du 29 octobre 1899 pour l'administration des postes et télégraphes; — du 1er décembre 1899 pour le ministère des finances. — Cf. Drouille, *le Pouvoir disciplinaire*, 1900 (thèse de Toulouse). — A l'étude du pouvoir disciplinaire se rattache l'action que l'autorité civile peut exercer sur les ministres du culte, dans un pays qui a le régime concordataire. Mais la question est à la fois trop spéciale et trop vaste pour qu'elle puisse être étudiée ici.

peuvent résulter d'un acte, fait en violation de la loi ou contrairement à l'intérêt bien compris des services publics. Or il est évident que par la surveillance, on ne peut pas arriver à ce résultat. Il fallait donc trouver un système qui permît, dans une mesure qu'il s'agit de déterminer suivant les besoins de chaque époque et de chaque société, d'anéantir les conséquences de tel ou tel acte accompli par un agent, quand cet acte viole la loi ou quand il est certainement inopportun. C'est à ce but que correspond le système connu sous le nom de hiérarchie des agents. Dans son sens tout à fait général, la hiérarchie est le système en vertu duquel un agent peut suspendre, annuler ou réformer un acte fait par un autre agent; et de cette compétence naît pour l'agent, qui peut suspendre, annuler ou réformer, la qualité d'agent supérieur par rapport à l'agent dont l'acte peut être modifié ou annulé et qui est par suite agent inférieur. Cette définition de la hiérarchie répond tout à fait au but pour lequel elle a été établie : garantir et les particuliers et les services publics contre les conséquences d'un acte illégal ou inopportun; par conséquent elle doit consister essentiellement dans la compétence, reconnue par la loi à un agent, d'anéantir ces conséquences. Cela nous permet dès à présent de faire diverses précisions.

Tout d'abord, il est incontestable que le pouvoir hiérarchique ne permet pas à l'agent supérieur de se substituer spontanément à l'agent inférieur. Le pouvoir hiérarchique réprime, mais ne prévient pas. Son intervention suppose l'intervention préalable de l'agent inférieur. L'agent supérieur peut annuler ou réformer les conséquences de son acte, mais ne peut pas d'avance se substituer à lui et faire l'acte à sa place. Le pouvoir hiérarchique suppose une répartition des compétences; cette répartition cesserait d'être une réalité, si un

agent dit supérieur pouvait se substituer à un agent inférieur. Tout acte, rentrant dans la compétence d'un agent inférieur et fait spontanément par un agent hiérarchiquement supérieur, serait frappé de nullité pour incompétence. Il y a incompétence tout aussi bien dans le cas d'un agent supérieur qui fait un acte rentrant dans les attributions d'un agent inférieur que dans le cas d'un agent inférieur qui fait un acte rentrant dans la compétence d'un agent supérieur. S'il en était autrement, tout le bénéfice que peut présenter le système hiérarchique disparaîtrait, puisque le fonctionnaire supérieur pourrait évoquer à lui toute la compétence et rendre ainsi complètement illusoire le principe hiérarchique. S'il y a hiérarchie, c'est précisément qu'il y a séparation des compétences; en vertu de cette séparation des compétences un fonctionnaire ne peut jamais sortir du cercle qui lui est tracé par la loi; c'est donc en vertu de la hiérarchie elle-même qu'un fonctionnaire supérieur ne peut pas faire un acte qui rentre dans la compétence d'un fonctionnaire inférieur. S'il en était autrement, il n'y aurait ni hiérarchie, ni séparation des fonctions, mais réunion de toutes les compétences entre les mains du fonctionnaire supérieur. Enfin aussi bien dans la théorie qui admet la personnalité de l'Etat et dans la théorie juridico-organique, que dans notre doctrine de la non-personnalité étatique, il faut, pour qu'un acte soit valable, qu'il y ait une manifestation de la volonté individuelle de l'agent déclaré compétent par la loi. Il n'en serait point ainsi si l'agent supérieur faisait spontanément un acte au lieu et place de l'agent inférieur déclaré compétent par la loi. C'est au fond en vertu de la même idée que nous avons refusé le caractère et l'effet juridiques à l'ordre donné par l'agent supérieur à l'agent inférieur; car, si cet ordre produisait un effet de droit, l'acte fait

par l'agent inférieur n'aurait pas pour seule cause efficiente la volonté de cet agent, mais encore la volonté de l'agent qui a donné l'ordre de le faire, et la condition essentielle pour la validité d'un acte juridique ne serait point satisfaite.

Par son but même la hiérarchie se distingue de la surveillance. Destinée à détruire l'effet produit par un acte accompli par un agent, elle n'intervient qu'après que l'acte a été fait, et par conséquent elle n'entraîne point le pouvoir pour l'agent supérieur de donner des instructions à l'agent inférieur. Ce pouvoir se rattache au droit de surveillance précédemment décrit. L'observation n'est pas sans valeur pratique, parce que en fait le pouvoir hiérarchique peut ne pas résider dans les mêmes mains que le pouvoir de surveillance, et tel agent peut être compétent pour donner des instructions et non compétent pour annuler l'acte d'un autre agent, ou réciproquement compétent pour annuler et non point pour donner des instructions. On comprend facilement pourquoi il en est ainsi, en se rappelant que le pouvoir de surveillance et le pouvoir hiérarchique tendent finalement sans doute au même but, assurer l'accomplissement régulier de la mission fonctionnelle, mais sont cependant des moyens absolument différents, l'un surtout préventif et impulsif, l'autre surtout répressif et résolutif.

C'est encore le but même du système hiérarchique, qui limite à un autre point de vue son action et lui donne un champ d'application beaucoup moins étendu que celui de la surveillance. En effet, le pouvoir hiérarchique, destiné à supprimer les effets produits par un acte de volonté émané d'un agent, ne peut s'appliquer qu'aux actes qui résultent de la volonté unilatérale de cet agent, aux actes qu'on appelle, en général, actes de puissance publique. L'agent investi du pouvoir hié-

rarchique est compétent pour effacer les effets de droit produits par une manifestation volontaire d'un autre agent; il faut donc, non seulement que ces effets de droit aient été produits, mais encore qu'ils dérivent de la volonté unilatérale d'un agent. De cette proposition, qui découle du but même qui justifie le système hiérarchique, il résulte d'abord que le pouvoir hiérarchique ne peut s'appliquer à de simples opérations, qui ne produisent par elles-mêmes aucun effet de droit, et que, par conséquent, il ne peut s'exercer sur des agents dont l'activité est restreinte à l'accomplissement d'opérations de cette espèce, notamment aux nombreux agents des administrations spéciales, qui ne font que des opérations techniques (ingénieurs, professeurs, agents postaux, etc...). L'action hiérarchique ne peut pas s'exercer à l'occasion d'actes de gestion. On a dit à plusieurs reprises que l'acte de gestion ne pouvait être qualifié que par le caractère d'un acte contractuel. L'effet de droit, dérivant d'un acte de gestion, n'est donc pas produit par la volonté unilatérale d'un agent; il échappe par suite à l'action hiérarchique, puisqu'elle a pour but d'effacer les conséquences produites par les manifestations volontaires d'un agent. L'acte de gestion étant un acte contractuel, l'effet juridique ne dérive pas de la volonté seule de l'agent; il ne découle pas non plus de la volonté seule du particulier; il découle de cet amalgame psychologique que forme le contrat. Les deux volontés de l'administrateur et du particulier y sont si intimement unies, qu'on ne peut pas toucher à l'une sans toucher à l'autre. L'action hiérarchique ne peut atteindre l'acte de gestion, car elle toucherait alors non seulement la volonté de l'agent inférieur, mais aussi la volonté du particulier; or, il n'y a pas de raison que le supérieur hiérarchique puisse atteindre la volonté d'un particulier; il ne peut logiquement qu'effacer les effets

produits par la manifestation d'une volonté administrative. Finalement, l'action hiérarchique ne s'exerce que sur les actes unilatéraux dits de puissance publique.

En employant une terminologie déjà indiquée, on dira que la hiérarchie ne comprend que les fonctionnaires autorités et non les fonctionnaires de gestion et les fonctionnaires techniques. En cela elle se distingue encore de la surveillance, qui s'applique à tous les agents et à l'occasion de tous les actes qu'ils peuvent faire, sans distinction. D'ailleurs d'après son sens étymologique même, la hiérarchie implique des agents compétents pour faire des actes d'autorité et seulement des actes d'autorité. On peut dire que c'est un ensemble de rapports de supériorité et d'infériorité entre deux ou plusieurs autorités, en comprenant toutefois que par autorités nous désignons les agents compétents pour créer un effet de droit par leur seule volonté, et que par infériorité et supériorité nous ne voulons point parler d'une hiérarchie des volontés, toutes les volontés individuelles étant égales entre elles. Si la volonté d'un agent peut effacer les effets de droit créés par la volonté d'un autre agent, ce n'est point que la volonté du premier soit d'une essence différente de la volonté du second et véritablement supérieure à elle, c'est tout simplement que sa compétence, c'est-à-dire son pouvoir objectif et la loi qui les détermine sont différents de la compétence, du pouvoir objectif du second et aussi de la loi qui les détermine.

Le but essentiel du système hiérarchique, qui implique les conditions de son fonctionnement, explique aussi pourquoi il ne peut exister véritablement en ce qui concerne les actes de juridiction et les agents de juridiction. Si la juridiction est bien ce que nous l'avons définie [1], c'est-à-dire la constatation d'une situation juri-

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. VI, § 1.

dique subjective, il est certain qu'elle ne produit pas par elle-même des effets de droit nouveaux. Elle peut être la condition de la formation de pouvoirs objectifs, qui n'existaient pas avant que l'acte juridictionnel fût fait; par exemple une décision juridictionnelle est la condition à laquelle se trouve subordonnée la naissance de la compétence appartenant aux agents de la force publique pour assurer par la force la réalisation de la situation juridique subjective constatée par la décision juridictionnelle. Mais, en réalité, l'acte juridictionnel ne crée aucun effet de droit nouveau; on peut le définir juridiquement parce qu'il se meut dans les limites du droit, parce qu'il a un caractère juridique, puisqu'il est et peut être défini par son rapport même avec le droit subjectif; mais il ne crée pas une situation juridique nouvelle. Plus nous examinons la nature de l'acte juridictionnel, plus nous sommes convaincu que tel est bien son caractère essentiel. Il ne peut donc être question d'effacer les effets juridiques que ne produit pas l'acte de juridiction. Ni cet acte ni le fonctionnaire qui l'accomplit ne peuvent être compris dans un système hiérarchique. On parle bien cependant parfois de hiérarchie des juridictions. On a fait souvent observer que c'était une terminologie inexacte. Sans doute de tout temps, dans tous les pays qui ont une organisation juridictionnelle véritable, on a reconnu, dans une mesure plus ou moins large, à l'individu intéressé dans une situation juridique subjective sur laquelle a déjà statué une première juridiction, le pouvoir de demander à une seconde et parfois à une troisième, de se prononcer à son tour, la seule décision subsistant définitivement étant la décision rendue par la juridiction de dernier ressort. Mais on ne saurait voir dans les différents degrés de juridiction une échelle hiérarchique. Il est aisé de saisir la différence capitale entre le rôle d'un agent

hiérarchique annulant ou réformant une décision d'un autre agent et le rôle d'une juridiction d'appel. Le premier efface véritablement par un acte de sa volonté les effets de droit produits par la décision de l'agent inférieur. La juridiction d'appel n'efface rien, n'anéantit rien. La formule qui se trouve souvent dans les arrêts de nos cours : « La cour... met à néant le jugement dont est appel... » n'exprime pas une vérité. Il n'y a rien à mettre à néant puisque rien n'a été créé par la juridiction de première instance, comme rien ne sera créé par la juridiction d'appel. Quelquefois par faveur pour les parties, la loi autorise l'exécution provisoire de la première sentence ; mais ce n'est qu'une exécution provisoire et tout à fait exceptionnelle. Le jugement de premier ressort est effacé à la vérité, non par l'arrêt qui le réforme, mais par l'appel lui-même, qui a été dirigé contre lui ; l'arrêt rendu en appel fait simplement une constatation, conforme à celle faite par le jugement ou différente d'elle. On se rend compte par là de certaines règles essentielles et suivies dans tous les pays. Si le tribunal d'appel était un agent hiérarchique par rapport au tribunal de première instance, il pourrait et il devrait intervenir d'office pour réformer le jugement, quand il apprécie que le jugement a été mal rendu, a fait de fausses constatations. Or, on sait qu'il n'en est point ainsi et que le tribunal d'appel ne peut jamais intervenir d'office. Une fois saisi, le tribunal d'appel, s'il était un agent hiérarchique, devrait pouvoir réformer dans le jugement tout ce qui lui paraît mauvais et inexact ; or, on sait que les pouvoirs du tribunal d'appel sont déterminés par le recours en appel, et que statuant au delà, il statuerait *ultra petita*. Si le tribunal d'appel était un agent hiérarchique, il n'y aurait pas de raison pour que son pouvoir hiérarchique ne s'exerçât pas en tout temps et pour toutes les décisions

des tribunaux inférieurs. Ce sont là règles appliquées universellement au pouvoir hiérarchique proprement dit. Or, dans toutes les législations, au contraire, l'appel n'est possible que pour certaines décisions; et si quelquefois, comme pour les juridictions administratives, l'appel est toujours possible dans tous les cas et pour toutes les juridictions, l'appel n'est recevable que pendant un délai relativement très court. En résumé, on ne peut parler véritablement d'un système hiérarchique, appliqué aux actes et aux agents de juridiction, puisque ceux-ci ne créent pas par leur volonté des effets de droit. Il resterait à indiquer le véritable caractère du recours en cassation; mais cela ne pourra être fait qu'après que la théorie complète de la compétence aura été exposée.

Il résulte donc de ce qui précède que la hiérarchie ne peut comprendre ni les agents de gestion, ni les agents faisant des opérations techniques, ni les agents de juridiction, et que le pouvoir hiérarchique ne peut s'exercer pour aucune de ces catégories d'actes, que la hiérarchie ne comprend que les agents d'autorité et ne peut s'appliquer qu'à des actes d'autorité, que nous définissons ceux qui produisent des effets de droit par la volonté unilatérale de l'agent qui les accomplit. Ce sont ces effets que l'agent hiérarchique efface aussi par sa volonté unilatérale. Mais il peut les effacer pour la raison qu'il juge convenable, non seulement parce qu'il estime qu'une règle de compétence ou de forme a été violée, mais encore parce qu'il juge que l'acte est maladroit, inopportun, et dessert le service public qu'il était destiné au contraire à servir. L'agent hiérarchique n'est pas seulement chargé de juger une question de droit objectif, la question de compétence de l'agent inférieur, de régularité de l'acte; il a lui-même compétence

pour examiner les faits et apprécier si l'agent inférieur a eu raison ou tort de statuer ainsi qu'il l'a fait. La hiérarchie ne peut atteindre son double but, protéger l'administré contre l'arbitraire et assurer le bon fonctionnement des services publics qu'à cette condition. C'est encore ce double but du système hiérarchique qui explique deux autres règles incontestables et unanimement admises. Le supérieur hiérarchique peut intervenir sur la demande d'un intéressé et les administrés peuvent toujours provoquer par une demande l'intervention du supérieur hiérarchique. Ils le peuvent parce que la hiérarchie administrative est précisément établie pour les protéger contre l'arbitraire; ils forment alors ce qu'on appelle un recours hiérarchique. Mais ce recours n'est point une demande en justice; c'est l'exercice du droit de pétition reconnu à tout citoyen. Il est inutile pour le former que les conditions exigées pour intenter une action en justice soient remplies; un incapable peut le former sans l'assistance ou le concours de ses conseils ou de ses représentants légaux; aucun délai n'est imparti pour former ce recours. L'agent hiérarchique est-il obligé de répondre ou peut-il garder le silence? Les deux conceptions sont possibles rationnellement. La réponse à la question dépend de l'étendue attribuée par telle ou telle législation à la compétence de l'agent hiérarchique. On ne peut pas dire d'une manière générale que l'agent hiérarchique est obligé de statuer, parce qu'il n'est point un agent de juridiction et qu'il ne commettrait point un déni de justice en refusant de statuer ou en gardant le silence. Mais on ne peut pas dire davantage que le supérieur hiérarchique n'est jamais tenu de statuer et peut toujours garder le silence malgré le recours dont il est saisi. On ne peut pas dire cela parce qu'on conçoit très bien qu'une législation

positive ait organisé la compétence de l'agent hiérarchique de telle façon qu'il ne soit pas compétent pour refuser expressément ou tacitement de statuer. C'est même à cette condition que le système hiérarchique constituera une sérieuse garantie pour les administrés. On a fait déjà observer que la législation et la jurisprudence françaises paraissent s'engager dans cette voie. La disposition de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, déjà cité, paraît bien en être la preuve ; on ne peut que s'en féliciter. Le lieu n'est pas au reste d'indiquer la portée véritable de ce texte et d'examiner les difficultés que peut soulever son application. Nous ne voulons que signaler la tendance très heureuse qu'il révèle.

Le système hiérarchique ayant pour but d'assurer le bon fonctionnement des services publics, l'agent supérieur pourra certainement intervenir d'office. Cela est incontestable et incontesté. Il peut intervenir au moment où il le juge à propos, quel que soit le délai écoulé depuis que l'acte a été fait. Non seulement, et toujours pour la même raison, le supérieur hiérarchique peut annuler l'acte fait par l'inférieur, mais encore le réformer, totalement ou partiellement. On comprendrait assurément qu'il ne pût qu'annuler l'acte; mais le pouvoir de réformation est fort logique. Par lui le but du système hiérarchique est complètement rempli. Ainsi seulement le supérieur peut assurer le fonctionnement du service qu'à son estime l'inférieur a laissé péricliter. Ce pouvoir de réformation n'est point en contradiction avec la règle formulée précédemment, d'après laquelle le supérieur hiérarchique ne peut se substituer à l'inférieur et faire, avant même l'intervention de celui-ci, l'acte à sa place. Cette règle a pour but de maintenir la séparation des fonctions et la répartition des compétences, d'éviter qu'un fonctionnaire supérieur ne concentre en sa personne toute la

compétence que la loi a répartie entre divers agents. Mais, lorsque le supérieur hiérarchique réforme un acte fait par l'inférieur, la répartition des compétences, telle que l'a voulue la loi, est respectée. Le fonctionnaire est compétent pour faire un acte, sauf l'exercice du pouvoir hiérarchique ; cet acte il l'a fait ; il l'a fait dans la plénitude de sa liberté, de son indépendance fonctionnelle ; nul n'a empiété sur sa compétence. Le supérieur hiérarchique intervient d'office ou sur la demande d'un intéressé ; il maintient, annule ou réforme l'acte ; il n'empiète en aucune façon sur la compétence de l'inférieur ; il agit dans la limite des pouvoirs que la loi lui confère logiquement. Le bon fonctionnement du service public a chance ainsi d'être mieux assuré ; nul administré n'a lieu de se plaindre, puisque toutes les garanties, résultant pour lui du système hiérarchique lui sont conservées : une répartition de compétence entre des agents hiérarchisés, une décision prise par un fonctionnaire inférieur, une décision toujours possible du fonctionnaire supérieur, maintenant, annulant ou réformant l'acte de l'inférieur. Ce pouvoir de réformation, appartenant au supérieur, sépare la hiérarchie d'une autre institution du droit public, avec laquelle on a eu quelquefois le tort de la confondre[1] : nous voulons parler du contrôle. Il est exercé sur les agents décentralisés seulement et se rattache à un ordre d'idées tout à fait différent, qui sera étudié plus loin[2].

Le principe de la hiérarchie administrative existe, avec une organisation variée, mais cependant toujours identique à lui-même dans toutes les nations modernes. Il existe incontestablement dans notre droit

1. Voir, notamment, Perreau, *Du contrôle hiérarchique en matière administrative* (*Revue du droit public*, 1897, t. II p. 62-90).

2. Voir chap. VI.

français; il a été en effet consacré d'une manière plus ou moins nette par différents textes de notre législation. Déjà dans notre ancien droit, la pratique administrative l'avait établi sur des bases très larges. Avec une part si étendue faite au système électif, les lois administratives de la Révolution l'avait naturellement laissé dans l'ombre, et les textes qu'on cite habituellement se refèrent bien plutôt à un système de contrôle qu'au véritable principe hiérarchique. Il en est ainsi par exemple des dispositions inscrites dans la section II du chapitre IV du titre III de la constitution de 1791. Le premier texte où l'on trouve véritablement le principe hiérarchique est l'article 59 de la constitution de l'an VIII. Dans les lois administratives actuellement en vigueur, on rencontre divers articles, qui formulent le principe d'une manière très précise, et au premier rang l'article 6 du décret du 25 mars 1852 : « Les préfets rendront compte de leurs actes aux ministres compétents... Ceux de ces actes, qui seraient contraires aux lois et règlements, ou qui donneraient lieu aux réclamations des parties intéressées pourront être annulés ou *réformés* par les ministres compétents. » Ce texte ne vise en ses termes que les rapports hiérarchiques du préfet et du ministre; mais incontestablement il indique la conséquence d'un principe général. L'article 7, paragraphe 1 du décret du 13 avril 1861 reproduit la même disposition; et le paragraphe 2 du même article en fait l'application dans les mêmes termes aux rapports du préfet et du sous-préfet, pour les cas assez rares où ce dernier a un pouvoir de décision propre. Enfin les articles 90-92 et 95 de la loi municipale du 5 avril 1884 ont minutieusement réglementé les rapports hiérarchiques du préfet et du maire. Notre intention n'est point de présenter le commentaire de ces différents textes; cependant, il n'est pas sans

intérêt de donner quelques éclaircissements sur les rapports du maire et du préfet d'après la loi municipale de 1884. On y verra un mélange curieux de deux systèmes distincts, la hiérarchie et le contrôle.

Le maire de la commune française est dans une situation particulière, produit d'une évolution juridique, qui trouve son origine dans un lointain passé, mais qui s'est particulièrement accomplie dans le courant du siècle qui vient de finir. Le maire est à la fois un agent local élu ou décentralisé et un agent d'action des autorités centrales. En qualité d'agent local élu ou décentralisé il ne peut être soumis qu'au contrôle du préfet et non à un pouvoir hiérarchique; en qualité d'agent de l'autorité centrale, il doit être subordonné au pouvoir hiérarchique du préfet. Qu'en vertu de son pouvoir de contrôle le préfet puisse toujours annuler ou suspendre les décisions prises par le maire par voie d'autorité, la chose est incontestable. Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article 95 de la loi du 5 avril 1884. Le préfet peut annuler ou suspendre pour une cause quelconque, soit qu'il apprécie que l'acte du maire est contraire à la loi, soit qu'il estime que l'acte du maire n'est pas opportun. Il peut agir d'office ou sur la demande des parties intéressées.

Mais le préfet peut-il réformer l'acte du maire? La question a soulevé beaucoup de difficultés. Elle doit se résoudre d'après la distinction précédemment indiquée. Si le maire agit comme instrument de l'autorité centrale, le préfet exerce sur lui un véritable pouvoir hiérarchique et, par conséquent, peut annuler et même réformer ses actes. Si, au contraire, l'acte est fait par le maire comme agent décentralisé, il est soustrait au pouvoir hiérarchique et placé seulement sous le contrôle du préfet; celui-ci peut annuler ou suspendre l'acte du maire, mais non le réformer. Cette distinction

ressort nettement des articles 91 et 92 de la loi municipale et de l'article 1er de la loi du 20 juin 1898, lesquels distinguent les actes faits par le maire *sous l'autorité* de l'administration supérieure et ceux faits *sous la surveillance* de l'administration supérieure. Souvent il n'y a pas de difficulté : le maire, qui prend une mesure pour l'exécution directe d'une loi ou d'un décret, qui remplit les diverses attributions qui lui appartiennent, notamment en ce qui concerne l'établissement des listes électorales, le recrutement militaire, agit comme agent de l'administration centrale ; ses actes peuvent être réformés par le préfet. Mais parfois au contraire la question est très délicate. Par exemple dans ses attributions, certainement les plus importantes, les attributions de police, le maire agit-il comme agent décentralisé ou comme agent de l'autorité supérieure ? Nous espérons démontrer plus loin[1] que, dans un pays unitaire comme la France, et dont la législation positive admet le principe de la souveraineté une et indivisible, la police, émanation directe de la souveraineté, ne peut appartenir qu'à la personne souveraine, l'Etat, que par conséquent le droit de police ne peut pas être considéré comme appartenant à la commune, et que le maire qui l'exerce est un instrument de l'autorité centrale et non point un agent décentralisé organe du groupe communal. Il en résulte que les décisions du maire en matière de police peuvent être théoriquement, non seulement annulées ou suspendues, mais encore réformées par le préfet. Le législateur de 1884 paraît avoir voulu concilier les deux conceptions. D'une part, il semble décider que le maire, dans l'exercice de ses attributions de police, n'est pas soumis au pouvoir hiérarchique du préfet, et que si celui-ci peut annuler et suspendre, il ne peut point

1. Voir *infra*, chap. VI, § 4.

réformer (loi du 5 avril 1884, art. 91 et 95). Mais, d'autre part, on ne saurait nier que le préfet exerce plus qu'un contrôle sur les actes de police du maire, puisque parfois il peut se substituer à lui et prendre sous certaines conditions une décision de police au lieu et place du maire (loi du 5 avril 1884, art. 99). D'après les articles 91 et 95, il semble que le maire en exerçant ses attributions de police agit comme agent décentralisé, et que par conséquent le préfet ne peut pas réformer ses décisions. Au contraire, d'après l'article 99, il semble bien que le maire, exerçant la police, est étroitement subordonné au pouvoir central, que le préfet est un supérieur hiérarchique, et qu'il possède même un pouvoir, qui n'appartient pas habituellement au supérieur hiérarchique, celui de se substituer à l'agent inférieur. A la vérité, il y a là une contradiction. Mais tel est bien cependant le système de la loi de 1884. Ce système contradictoire tient d'une part à l'incertitude qui a toujours régné dans notre droit positif sur le vrai caractère de la police communale et d'autre part à la situation particulière du maire, qui, malgré son origine élective, est un agent de l'autorité centrale.

Nous devons signaler aussi un cas de rapport hiérarchique qui n'a pas toujours été aperçu. Parmi les diverses attributions dont la commission départementale a été investie par la loi du 10 août 1871, il en est quelques-unes qui appartenaient autrefois au préfet, notamment la déclaration de vicinalité et le classement de certains chemins et plusieurs autres attributions énumérées dans les articles 86 et 87 de la loi 1871. Ce sont des actes d'autorité, et la commission départementale en les accomplissant agit comme autorité ; elle remplace le préfet ; en tant qu'elle exerce ces attributions, elle est agent d'autorité et rentre dans le cadre de la hiérarchie administrative. Dès lors on aurait pu placer

la commission départementale sous le pouvoir hiérarchique du préfet ou du ministre. Pénétré d'idées décentralisatrises, le législateur de 1871 ne l'a pas voulu; il a pensé qu'il était naturel de placer la commission départementale exerçant des attributions, qui appartenaient autrefois au préfet, sous le pouvoir hiérarchique du conseil général. Telle est la portée de l'article 88 de la loi de 1871. La formule, « frappées d'appel », est assurément inexacte, parce que seule une décision juridictionnelle peut être frappée d'appel et que les décisions de la commission départementale, dans les espèces dont s'agit, n'ont certainement pas le caractère juridictionnel. Mais ce mot d'appel, inexact en soi, montre bien cependant la pensée du législateur. En parlant d'appel, il veut dire que le conseil général peut non seulement annuler ou suspendre la décision de sa commission départementale, mais encore la réformer et lui substituer sa propre décision; tel est précisément le caractère propre du pouvoir hiérarchique.

Ni le système de surveillance, ni le système hiérarchique ne constitue le moyen le plus efficace, qui ait été inventé pour garantir le respect de la loi par les agents et protéger l'individu contre l'arbitraire. Le droit moderne a construit en effet, particulièrement en France, un système tendant à ce même but, mais singulièrement plus énergique: c'est le recours contentieux recevable contre toute décision administrative. A peine ébauché dans les législations étrangères, il a reçu au contraire de la jurisprudence française son développement à peu près complet. Produit d'un assez long travail, il forme, tel qu'il est, une des institutions les plus caractéristiques et les plus heureuses de notre droit public. Mais pour en comprendre le sens et la portée véritables, il faut au préalable déterminer la nature juridique de la compétence.

# CHAPITRE V

## LA SITUATION JURIDIQUE DES AGENTS

I. La compétence en général. — II. La nature de la compétence dans le droit positif français. — III. Sanction des lois de compétence. — Compétence judiciaire. — IV. Compétence administrative. — Le recours pour excès de pouvoir. — V. Le détournement de pouvoir. — VI. Les profits de la fonction : traitement, pension de retraite, avancement. — VII. Révocation des agents. — VIII. L'inamovibilité : les magistrats, les professeurs, les officiers, les officiers ministériels. — IX. Les devoirs des agents. — X. Les devoirs des agents (suite). — Ordre du chef de service. — XI. Responsabilité des agents.

La situation juridique des agents se résume tout entière en cette proposition : les agents fonctionnaires sont exclusivement dans une situation de droit objectif, aussi bien au point de vue actif qu'au point de vue passif; les agents non fonctionnaires sont dans une situation subjective, qui est déterminée par l'acte juridique, cause efficiente de cette situation, et qui, par conséquent, variable pour chaque agent, ne peut faire l'objet d'une théorie générale. On a dit plus haut quelles différences séparent les agents non fonctionnaires des agents fonctionnaires. Il ne sera parlé que de ces derniers. Il nous paraît inconstestable que rationnellement les fonctionnaires n'ont ni droits, ni obligations subjectifs, mais seulement des pouvoirs et des devoirs objectifs. La situation, qui leur est faite, dérive directement de la loi; nous croyons avoir établi que la loi matérielle ne peut concéder de droits subjectifs, pas plus qu'elle ne peut imposer d'obligations subjectives[1];

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. III, §§ 1 et 2, chap. VII, §§ 6 et 7.

par conséquent, les fonctionnaires ne peuvent avoir comme tels que des pouvoirs et des devoirs objectifs. Mais notre but est de montrer que cette conception permet seule d'expliquer les décisions des législations positives modernes, et particulièrement celles de notre droit français, qui fera spécialement l'objet de notre examen. Cette conception permet aussi d'écarter toutes les doctrines, plus ou moins subtiles, qui ont été inventées pour déterminer le sujet du prétendu droit subjectif, se rattachant à la fonction publique, et notamment la doctrine de Jellinek, qui, dans la situation du fonctionnaire, distingue le droit de compétence dont l'Etat serait seul titulaire, et le droit à la reconnaissance de la qualité de fonctionnaire, dont celui-ci serait le sujet; la doctrine de Gierke qui distingue entre l'organe et l'individu support humain de l'organe; la doctrine de Sarwey, qui tend à personnifier la fonction publique elle-même et à en faire le sujet des prétendus droits subjectifs qui se rattacheraient à la fonction. Il va de soi qu'en niant l'existence de droits subjectifs se rattachant à la fonction, on écarte par là même la question de savoir quel est ce sujet de ces droits. On discute cette question, et on la discutera indéfiniment sans arriver à une solution satisfaisante, parce qu'elle est insoluble pour cette bonne raison qu'elle n'existe pas. On a cru que pour établir le droit des fonctions publiques, il fallait le construire sur la base du droit subjectif. C'est là un erreur que nous nous attachons spécialement à combattre, parce qu'elle est la conséquence d'une erreur plus générale, que nous avons essayé de réfuter. Il faut bien assurément faire la construction juridique de la fonction publique, mais sur la base du droit objectif. Ici encore, nous trouvons des volontés individuelles qui peuvent vouloir et doivent vouloir conformément à un certain but déterminé par

le droit objectif, et dans les limites qu'il fixe. C'est ce but, ce sont ces limites qu'il faut marquer; en cela seulement consiste la théorie juridique de la fonction publique. Affirmer l'existence d'un droit subjectif et essayer de déterminer le sujet de ce droit, c'est tenter l'impossible et édifier une construction sans fondement.

## I

Dans un sens tout à fait général, le mot compétence désigne le pouvoir qui appartient à un fonctionnaire de faire tel ou tel acte se rattachant à la mission qui incombe aux gouvernants; elle désigne aussi l'ensemble des actes que peuvent faire les fonctionnaires pour le compte des gouvernants ou le cercle d'activité légale d'un fonctionnaire. Mais ce n'est que par une sorte d'abus de langage qu'on prend le mot compétence en ce dernier sens. Nous voyons donc dans la compétence le pouvoir de faire certains actes. Pour que ces actes soient valables, il faut d'une part qu'ils correspondent à un but étatique, et d'autre part qu'ils soient conformes à celui des buts étatiques que la loi constructive a chargé un fonctionnaire de remplir. Il est vrai que le but étatique en général se rapporte plutôt à la loi elle-même qu'à la compétence du fonctionnaire. Il est d'évidence que la loi ne peut établir comme compétence d'un fonctionnaire qu'un pouvoir de faire des actes déterminés par un but étatique. Donc finalement la loi constructive, dans la sphère générale des buts étatiques, détermine les buts particuliers que peut poursuivre chaque fonctionnaire; et celui-ci a le pouvoir de faire valablement tout acte

déterminé par un de ces buts. On a montré précédemment pour quelle raison l'accomplissement des différents buts de l'Etat était réparti entre divers fonctionnaires. La compétence nous apparaît ainsi comme un pouvoir de vouloir, avec un effet de droit quand l'acte de volonté est déterminé par un but reconnu légitime par la loi. Or c'est précisément le propre du pouvoir objectif.

Mais en même temps la compétence ne peut être qu'un pouvoir de faire des actes ayant un caractère juridique. Beaucoup d'agents reçoivent mission de faire des actes, qui n'ont pas de caractère juridique, qui sont de simples opérations matérielles. Ces agents peuvent être des fonctionnaires[1]. Mais pour eux, il ne saurait être parlé de compétence. Ces opérations matérielles ne sont pas accomplies avec l'intention de produire un effet de droit; elles peuvent être la condition de la production d'un effet juridique, par exemple la responsabilité de l'Etat ou du fonctionnaire, mais elles n'en sont point la cause efficiente. L'ingénieur, qui fait des plans pour l'exécution de travaux publics, ou qui surveille l'exécution de ces travaux, le cantonnier qui entretient une route, le facteur qui distribue des lettres, le professeur qui fait une classe ou un cours dans une école ou une université de l'Etat, peuvent être et sont des fonctionnaires. Mais les opérations qu'ils accomplissent ne sont point en elles-mêmes des actes juridiques. Ils les font pour collaborer à la réalisation d'un but étatique; c'est incontestable; mais leur volonté prise en elle-même ne produit pas par sa manifestation un effet de droit; elle ne se manifeste pas d'ailleurs dans le but de produire un pareil effet; elle ne touche ni au droit objectif ni au droit subjectif. Le

1. Voir *supra*, chap. IV, § 6.

pouvoir de faire ces différents actes implique une capacité technique que les gouvernants ont reconnue suffisante chez certaines personnes pour les autoriser à l'employer au service de l'Etat; mais ce pouvoir n'est point un pouvoir de droit, il ne peut jamais constituer une compétence. On verra plus loin qu'il n'est point sans intérêt de faire cette distinction, tout autant au point de vue de la responsabilité du fonctionnaire qu'au point de vue du recours pour excès de pouvoir. L'agent, qui au contraire peut par sa volonté propre créer dans un but étatique une situation juridique subjective, soit par un acte unilatéral, soit par un acte contractuel, possède un pouvoir de vouloir juridiquement, et, par conséquent, est investi d'une véritable compétence. De même l'agent, qui peut constater régulièrement une situation juridique subjective, possède un pouvoir de vouloir légitimement dans le domaine du droit, et possède aussi une véritable compétence. La possibilité pour un agent de faire tout autre acte ne peut constituer une véritable compétence. Il va sans dire que l'agent, qui exerce le pouvoir réglementaire dans les cas exceptionnels où il lui appartient, exerce aussi une compétence. Qu'on remarque bien que nous ne disons point que la compétence est le pouvoir de faire des actes d'autorité et non le pouvoir de faire des actes de gestion. L'acte de gestion ne pouvant juridiquement se distinguer de l'acte d'autorité que par son caractère contractuel, il faut un pouvoir juridique, c'est-à-dire une compétence, aussi bien pour faire un acte de gestion, contrat, qu'un acte d'autorité, acte unilatéral. Nous n'écartons la notion de compétence que pour les actes qui, par eux-mêmes, ne touchent pas au droit. Au reste le même agent peut avoir compétence pour faire des actes juridiques, actes d'autorité et actes de gestion, et se trouver chargé en même

temps d'accomplir diverses opérations matérielles. Sa compétence proprement dite ne comprend que les actes d'ordre juridique.

Finalement la compétence est le pouvoir objectif reconnu par la loi à un fonctionnaire déterminé d'accomplir, régulièrement et efficacement, un certain nombre d'actes d'ordre juridique. Ces actes peuvent être la création, par acte unilatéral ou par acte contractuel, d'une situation juridique subjective nouvelle, ou la constatation d'une situation juridique subjective préexistante. Pour nous conformer à l'usage, nous qualifions d'actes administratifs toute la première catégorie d'actes faits pour le compte des gouvernants et d'actes juridictionnels la seconde catégorie d'actes. Il y a donc deux espèces de compétence, la compétence administrative et la compétence juridictionnelle. On peut concevoir une troisième espèce de compétence, puisqu'il y a une troisième catégorie d'actes d'ordre juridique, les actes par lesquels on constate le droit objectif. Mais nous avons montré que cette constatation du droit objectif était en principe réservée aux gouvernants eux-mêmes. Exceptionnellement certains agents, sous le nom de pouvoir réglementaire[1], ont le pouvoir, étroitement limité, de formuler des règles par voie générale et abstraite, de constater le droit objectif; ils possèdent à cet égard une véritable compétence législative. Mais cette compétence est tout à fait exceptionnelle. Quoi qu'il en soit de ce dernier point, avoir une compétence, c'est pouvoir vouloir juridiquement, et rien de plus. La possibilité de faire de simples opérations matérielles n'est pas une compétence; on recherchera plus loin si l'accomplissement de ces opérations ne constitue pas pour l'agent un devoir objectif. Ajou-

1. Voir *supra*, chap. IV, § 1.

tons aussi que toutes les législations positives imposent au fonctionnaire l'obligation d'accomplir les actes de sa compétence suivant certaines formes. Au point de vue du droit l'exigence de ces formalités est une simple limitation de la compétence. Elles sont imposées dans le but principal de protéger les particuliers contre l'arbitraire et aussi de garantir l'exact accomplissement des fonctions étatiques. Elles ont donc exactement le même but que les dispositions législatives qui établissent, limitent et repartissent la compétence. Limitation et répartition de compétence, formalités qui doivent entourer tout acte fait par un fonctionnaire, ne sont donc au fond qu'une même chose, et ce qui sera dit des unes est aussi vrai des autres.

La compétence est un pouvoir juridique de vouloir ; par suite, elle implique une volonté. Or, si comme nous en sommes convaincus profondément, il n'y a dans le monde que des volontés individuelles, ce pouvoir ne peut appartenir qu'à une volonté individuelle, et la seule volonté individuelle qui puisse être considérée ici est celle du fonctionnaire. Nous devons donc écarter résolument toute théorie analogue à celle de Jellinek, et d'après laquelle le titulaire de la compétence serait l'Etat. En niant la personnalité de l'Etat, nous opposons une fin de non-recevoir à une pareille conception. Celle-ci est la conséquence logique de la doctrine juridico-organique, et cette doctrine repoussée, la conséquence tombe d'elle-même. « L'Etat, dit Jellinek, reste le sujet de toutes les compétences, intact dans son unité[1]. » Cela implique que l'Etat est *un*, c'est-à-dire une personne. Or on n'a point démontré et on ne démontrera jamais qu'il en soit ainsi. Le même auteur et ceux qui le suivent ont essayé de présenter

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 214.

la même idée sous une autre forme. Ils partent de ce postulat qu'un droit est un intérêt garanti par le droit positif et la force organisée. Or, disent-ils, la compétence est créée, organisée, sanctionnée, dans un intérêt collectif. L'Etat est le sujet de cet intérêt; donc, seul, l'Etat est sujet de la compétence[1]. Ce raisonnement implique l'acceptation de ce postulat : le droit n'est qu'un intérêt garanti. Il implique, d'autre part, l'opposition de l'intérêt individuel et de l'intérêt collectif; nous avons montré tout ce qu'avait d'artificiel cette opposition continuellement faite[2]. D'ailleurs, admettons pour un instant cette opposition. On dira alors que la compétence est un pouvoir de vouloir en vue d'un but d'intérêt collectif. En résulte-t-il qu'elle soit un pouvoir de vouloir appartenant à l'Etat? Le fonctionnaire ne reste dans les limites de sa compétence que si son acte de volonté est déterminé par un but d'intérêt collectif. Cela peut-il faire que sa volonté, déterminée dans ses manifestations externes par un pareil but, cesse d'être une volonté individuelle? Une volonté individuelle, déterminée par un but collectif, reste bien une volonté individuelle. Nous ne voyons pas comment on peut passer de la volonté individuelle, manifestée par l'agent, à une personnalité collective, qui serait celle de l'Etat. Il est inutile, au reste, d'insister davantage sur ce point. En disant que l'Etat ne peut point être considéré comme sujet de la compétence, nous ne faisons que tirer les conséquences de tout ce qui a été dit dans un précédent volume et dans les chapitres qui précèdent[3].

1. Jellinek, *loc. cit.*, p. 215.

2. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. I.

3. Laband (*Staatsrecht*, t. I, p. 450, 4e édit, 1901; édit. franç., 1902, t. II, p. 198) écrit : « Les droits de puissance qui appartiennent aux fonctionnaires ne sont pas ses droits, mais les droits de l'Etat; le fonctionnaire n'exerce pas un droit qui lui appartient, mais remplit

Nous repoussons aussi, et *a fortiori*, la conception d'après laquelle le sujet de la compétence ne serait ni l'Etat, ni le fonctionnaire pris individuellement, mais la fonction publique personnifiée. Dans la troisième édition de son *Précis de droit administratif* (p. 692), M. Hauriou écrivait qu'il « ne répugnerait point à voir dans chaque fonction publique de véritables personnes », mais qu'il y voyait surtout des choses. Dans la quatrième édition, cette tendance du savant auteur n'apparaît plus, et il semble penser que dans les législations modernes les fonctions publiques sont de plus en plus des choses publiques. Qu'on lise (p. 585) le paragraphe intitulé : *Les fonctions publiques comme choses publiques.* Les fonctions « érigées en titre d'office » auraient « une existence objective séparable de celle du fonctionnaire ». Cela ne peut être intéressant en droit que si cette chose, que serait la fonction publique, est l'objet d'un droit. Or on verra plus loin qu'il n'en est pas ainsi. Mais quoi qu'il en soit de ce point, l'auteur paraît rejeter, et il a raison, l'idée qu'il avait précédemment insinuée de la personnalité de la fonction. En Allemagne l'idée de la personnalité des fonctions publiques est encore défendue par quelques auteurs, et notamment Sarwey, qui voit dans la fonction, à la fois une chose et une personne : « Quand on considère l'ensemble de ces droits et de ces obligations, déterminés par la volonté de l'Etat, comme une institution distincte de l'individu et que l'on suppose que l'accomplissement d'une fonction de l'administration de l'Etat est une activité permanente ou du moins prolongée dans une certaine mesure, on arrive à la notion de l'*Amt*. Tout organe particulier de l'administration interne recouvre un *Amt*.

une obligation qui lui incombe. » L'argumentation du texte s'applique à cette proposition comme à celle de Jellinek ; on verra plus loin le vrai caractère de l'obligation des fonctionnaires.

L'*Amt* en sa fonction, c'est-à-dire *conçu comme personne* et distinct du particulier, est la *Behorde*. La détermination des obligations et des pouvoirs qui s'y rattachent, fonctions de l'*Amt*, est l'organisation de l'administration[1]. »

Cette idée, qui consiste à personnifier la fonction publique, est insoutenable. On n'aperçoit point comment on pourrait faire cadrer cette personnalité de la fonction avec une quelconque des théories émises sur la personnalité juridique. Toutes ces doctrines fondent la personnalité juridique, ou bien sur l'existence d'une volonté collective distincte des volontés individuelles, ou bien sur l'existence d'un but distinct du but individuel. Or ni l'une ni l'autre de ces deux conditions n'est assurément remplie. Le but de la fonction publique est un but étatique, puisque la fonction est créée pour réaliser la mission qui incombe à l'Etat; la conséquence, qu'ont bien aperçue Jellinek et Laband, est que le seul titulaire possible de la compétence, conçue comme droit subjectif, est l'Etat. De volonté distincte de la volonté du fonctionnaire et de la volonté de l'Etat, on n'en aperçoit point. Sans doute on pourrait dire que la personnalité de la fonction est une création de la loi. Mais cela n'expliquerait rien ; la loi ne peut pas faire qu'une chose, qui n'est pas, soit. Pour que la fonction fût une personne juridique, il faudrait qu'à défaut de but propre, on démontrât l'existence d'une volonté distincte de la volonté du fonctionnaire; or, cette volonté ne peut être que celle de l'Etat dont le fonctionnaire est l'organe. On arrive donc toujours à cette conséquence que l'Etat seul est titulaire de la compétence, si l'on y voit un droit subjectif. Mais cette conclusion, elle aussi, n'est qu'une fiction ; en réalité

1. Sarwey, *Verwaltungsrecht*, *Handbuch des öffentliches Recht* de Marquardsen, t. I, 2e partie, p. 95.

la compétence est un pouvoir de vouloir efficacement, conformément à un certain but, pouvoir dont est investie une volonté individuelle, la volonté individuelle du fonctionnaire. Cela est proprement un pouvoir objectif.

Qu'on remarque, en outre, que la compétence présente tous les caractères auxquels se reconnaît le pouvoir objectif. Elle est un pouvoir permanent et général comme la loi dont elle émane. Le droit subjectif naît en vue d'un but concret et individuel ; lorsque le but est atteint, le droit subjectif est épuisé, il disparaît. La compétence est un pouvoir qui se renouvelle à chaque instant. Tant que dure la loi qui a déterminé la compétence, le fonctionnaire peut faire légalement les actes qui rentrent dans le cercle de son activité fonctionnelle. Il n'est donc pas dans une situation subjective, mais bien dans une situation créée directement par la loi fonctionnelle. D'autre part, il est incontestable et incontesté que la loi peut toujours modifier, soit en l'étendant, soit en la diminuant, la compétence appartenant à un fonctionnaire, que celui-ci ne peut point se plaindre, qu'une loi qui restreint la compétence d'un fonctionnaire régulièrement nommé n'est point contraire au principe de la non-rétroactivité. La compétence est la loi de la fonction elle-même en tant qu'elle s'applique aux individus investis de cette fonction ; elle suit toutes les vicissitudes de cette loi ; elle se modèle en quelque sorte sur elle, et cela est précisément le propre du pouvoir objectif. Sans doute, le législateur ne pourrait pas modifier la compétence d'un seul fonctionnaire parmi tous les fonctionnaires d'une même catégorie, et pour une affaire déterminée. La cause de cela n'est pas l'existence du prétendu droit subjectif de ce fonctionnaire à faire cet acte, mais l'impossibilité où sont les gouvernants de prendre une

pas revendiquer contre un autre maire, par la voie contentieuse, la compétence qu'ils prétendent leur appartenir.

Le fonctionnaire supérieur, qui fait un acte rentrant dans la compétence d'un inférieur, empiète sur la compétence de ce dernier. Cependant, celui-ci n'a aucune voie de droit pour obtenir le respect de la compétence qui lui appartient. Un préfet ne pourrait point revendiquer contre le ministre, par la voie contentieuse, la compétence pour un acte rentrant dans ses attributions, ni même demander l'annulation, pour empiètement de pouvoir, de l'acte fait par le ministre. Le maire n'a pas plus de droit à l'égard des empiètements commis par le préfet sur ses attributions. Ainsi le conseil d'Etat a souvent décidé que les maires ne peuvent pas déférer par la voie contentieuse au conseil d'Etat les décisions préfectorales qui annulent leurs arrêtés. Mais le conseil d'Etat paraît avoir décidé à plusieurs reprises que le maire peut attaquer par la voie contentieuse l'acte du préfet qui se substitue à lui, en soutenant que le préfet n'a pas agi dans les limites et sous les conditions déterminées par les articles 85 et 99 de la loi du 5 avril 1884[1]. On a essayé de justifier cette décision en disant que le maire exerce un droit propre et que la hiérarchie administrative n'est pas en cause. La raison ne vaut rien, ou du moins si elle était bonne, elle conduirait à dire que le maire peut aussi critiquer par la voie contentieuse l'acte du préfet qui annule un arrêté pris par lui. Si la compétence est pour le maire un droit propre, elle l'est toujours, et la distinction que l'on veut faire ne repose sur rien. On pourrait dire que le maire ne fait qu'exercer les droits de la commune, qui peuvent être même des droits de puissance publique et que, lorsqu'il attaque

1. Voir, notamment, arrêts du conseil d'Etat du 17 novembre 1893 et du 8 décembre 1893.

l'acte du préfet se substituant à lui, il agit non point en son nom personnel, mais au nom de la commune dont il est simplement l'organe. Mais nous croyons pouvoir établir que dans un pays politiquement unifié comme la France, les divisions administratives, quelque décentralisées qu'on les suppose, ne sont point titulaires de droits de puissance publique[1]. Par conséquent, le maire en revendiquant une compétence ne peut invoquer le droit propre de la commune, non plus que le sien propre. A quelque point de vue que l'on se place, la jurisprudence du conseil d'Etat est contradictoire : si le maire peut demander l'annulation de l'acte du préfet qui se substitue à lui, il n'y a pas de raison qui puisse l'empêcher de demander l'annulation de l'acte du préfet qui illégalement annule l'arrêté municipal. En réalité le conseil d'Etat est en train d'élaborer, inconsciemment d'ailleurs, une théorie encore inachevée. Il ne s'agit point ici d'une revendication véritable de compétence, mais simplement d'un recours en annulation introduit en la forme contentieuse. On déterminera plus loin[2] le véritable caractère de ce recours, qui forme un des principaux éléments de ce que nous appelons le contentieux objectif. Pas plus que le particulier qui forme un recours pour excès de pouvoir, le maire, qui demande l'annulation d'un arrêté préfectoral, ne revendique une compétence ; il agit seulement devant le conseil d'Etat pour assurer le respect de la loi, du droit objectif. Aujourd'hui le conseil d'Etat ne reçoit ce recours du maire que dans le cas où le préfet illégalement se substitue à lui ; il admettra forcément dans un avenir prochain le même recours pour tout acte illégal du préfet concernant un arrêté municipal. Mais pas plus dans un cas que dans l'autre, il n'y a véritablement

1. Voir, *infra*, chap. VI, § 4.
2. Voir *infra*, chap. V, § 4.

revendication de compétence. Dans le cas d'annulation d'un arrêté municipal par le préfet, la recevabilité du recours sera plus rare, parce que le plus habituellement cette annulation est fondée sur des raisons de fait et d'opportunité, et que le recours contentieux implique toujours une violation de la loi. Mais si l'on suppose, qu'en annulant un arrêté municipal le préfet viole la loi d'une manière quelconque, le recours du maire serait certainement possible [1].

Un fonctionnaire supérieur ne pourrait point revendiquer par la voie contentieuse sa compétence contre un fonctionnaire inférieur, qui par un acte déterminé empièterait sur elle ou sur la compétence d'un fonctionnaire du même degré ou sur la compétence d'un fonctionnaire inférieur. Il est vrai qu'en pratique cela ne présente pas beaucoup d'intérêt, parce que le plus souvent le supérieur peut réprimer ces empiètements à l'aide du pouvoir disciplinaire et même annuler, en vertu de son pouvoir hiérarchique, les actes faits par l'inférieur et constituant un empiètement sur la compétence d'un autre fonctionnaire.

Si la compétence était un droit du fonctionnaire, celui-ci serait libre de l'exercer ou de ne point l'exercer. Or on a déjà montré [2] que ni les fonctionnaires administratifs, ni les fonctionnaires judiciaires n'étaient libres de décliner leur compétence. Mais à la vérité l'existence incontestable de cette obligation n'est pas une preuve que la compétence n'est point un droit subjectif. On peut dire en effet qu'à côté du droit subjectif de compétence existe une obligation subjective, et que c'est en vertu de cette obligation que le fonctionnaire est obligé d'agir. On

1. Pour l'explication de l'article 67 de la loi du 5 avril 1884, voir *infra*, chap. VI, §§ 4 et 5.
2. Voir *supra*, chap. IV, § 1.

peut dire aussi, et selon nous plus justement, que cette obligation de ne pas s'abstenir de statuer est tout simplement la conséquence de la limite de la compétence, le fonctionnaire n'étant pas compétent pour s'abstenir de prendre une décision. Ainsi il paraît certain que cette obligation du fonctionnaire de ne point décliner sa compétence ne constitue aucune preuve du caractère objectif ou subjectif de la compétence.

Mais, si le fonctionnaire n'est pas habituellement libre de ne pas statuer tant qu'il conserve sa fonction, il peut, semble-t-il, sauf de rares exceptions, toujours renoncer à sa compétence, en donnant sa démission. Ne pourrait-on pas objecter que nous avons affirmé à plusieurs reprises qu'un des caractères essentiels du pouvoir objectif est l'impossibilité où est le titulaire d'y renoncer; on peut renoncer à un droit subjectif, non à un pouvoir objectif, puisqu'il est une émanation directe de la loi, en tant qu'elle s'applique à une volonté déterminée. L'objection serait sans valeur. En admettant en effet, qu'il fût vrai que le fonctionnaire pût toujours renoncer à sa compétence, étant toujours libre de donner sa démission, il ne faudrait point en conclure que la compétence est un droit subjectif du fonctionnaire. Cela s'expliquerait, en effet, naturellement par ce fait que l'acte, qui institue un fonctionnaire et qui est la condition d'application de la loi fonctionnelle, est lui-même habituellement conditionné par l'acceptation, volontaire de la part du fonctionnaire, de concourir à la mission de l'Etat; que cette acceptation volontaire cessant, l'acte d'institution disparaît lui-même, et que par suite la loi de fonction ne s'applique plus à l'ancien fonctionnaire qui a donné sa démission. Ou sous une autre forme, on pourrait dire que l'application de la loi de fonction, et par conséquent le maintien de la compétence, sont toujours subordonnés au

fait de collaboration volontaire à la mission de l'Etat et que cette collaboration volontaire cessant, cesse par là même l'application de la loi fonctionnelle et disparaît la compétence, pouvoir objectif. Il faudrait ajouter que, dans tous les pays modernes, il y a quelques fonctionnaires, par exemple en France les jurés, qui ne peuvent pas refuser la fonction qui leur est confiée, et qui, une fois investis de la fonction, ne peuvent point y renoncer par une démission. On doit reconnaître cependant qu'en droit moderne une pareille situation est tout exceptionnelle. Mais si pour certains fonctionnaires la compétence n'est pas sûrement un droit subjectif, puisqu'ils ne peuvent pas y renoncer, pourquoi cette même compétence constituerait-elle un droit subjectif pour les autres fonctionnaires?

Au point de vue du droit français ces diverses considérations importent peu. Il n'est pas vrai de dire qu'en France, en principe, le droit de démission appartienne sans réserve à tout fonctionnaire. En principe au contraire, le fonctionnaire ne peut donner sa démission valablement que si les gouvernants l'acceptent. Il n'est pas difficile de le démontrer. D'abord le Code pénal (art. 126) prévoit et punit les démissions des fonctionnaires « qui auraient par délibération arrêté de donner des démissions dont l'objet ou l'effet serait d'empêcher ou de suspendre l'accomplissement d'un service quelconque ». Ce sont les démissions collectives qui sont interdites sous une sanction pénale. Les démissions isolées ne sont point interdites. Mais une démission isolée, toujours permise et possible, ne produit cependant de conséquence que lorsqu'elle est acceptée par les gouvernants ou plutôt par le fonctionnaire investi par la loi d'une compétence à cet effet. C'est là une règle incontestable, qui sans doute n'est inscrite nulle part, mais qui est admise dans une pra-

tique constante. Le fonctionnaire, qui a donné sa démission, reste fonctionnaire, conserve sa compétence et doit remplir toutes les charges de sa fonction, jusqu'au moment où sa démission est acceptée. Il n'est point exact de dire que le fonctionnaire est libre de donner sa démission quand et comment il le veut. C'est le contraire qui est vrai : il peut seulement proposer sa démission; habituellement sa démission est acceptée; mais elle peut ne pas l'être, et il arrive en fait qu'elle ne l'est point. On doit ajouter que généralement lorsqu'une démission n'est pas acceptée, c'est qu'elle est considérée comme un acte d'indiscipline, qu'une révocation disciplinaire est alors prononcée, et que certains fonctionnaires sont traduits devant une juridiction disciplinaire.

Il apparaît encore à un autre point de vue que la compétence ne constitue point un droit subjectif pour le fonctionnaire. Dans l'Etat actuel du droit positif, il est reconnu, en principe, que tout droit peut être exercé par délégation. Quelle est exactement la nature de la délégation, du mandat? En quoi consiste exactement ce qu'on appelle la représentation du mandant par le mandataire? Autant de questions que nous ne voulons point examiner ici[1]. Mais il est certain que le droit moderne admet, d'une manière générale, la possibilité pour le titulaire d'un droit subjectif de charger une autre personne d'exercer ce droit, et que les choses se passent comme si le titulaire du droit avait lui-même exercé ce droit. L'existence d'un droit subjectif implique la possibilité générale et de principe pour le titulaire de déléguer l'exercice de ce droit. Si donc la compétence était un droit subjectif du fonctionnaire,

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. III, § 5, et *supra*, *Introduction*, § 3.

il faudrait en conclure que le fonctionnaire pourrait toujours, et à sa volonté, déléguer l'exercice de ce droit de compétence. Or il ne le peut pas, ou du moins il ne le peut que dans des cas tout à fait exceptionnels et déterminés limitativement par la loi. D'abord, il est certain qu'un fonctionnaire ne peut jamais déléguer sa compétence à une personne qui n'est pas fonctionnaire. Une pareille délégation serait un acte inexistant, ne produisant aucun effet, et le particulier, qui prétendrait exercer une compétence sur une prétendue délégation, à lui donnée par le fonctionnaire déclaré compétent par la loi, commettrait une véritable usurpation de pouvoir.

Les législations modernes, la législation française notamment, autorisent cependant certains fonctionnaires à déléguer à d'autres fonctionnaires tout ou partie de leur compétence. Mais ces délégations ne peuvent être faites qu'à d'autres fonctionnaires, qui sont désignés par la loi, et ne peuvent être faites que sous certaines conditions et dans certains cas spécifiés par la loi. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que ces délégations de compétence forment essentiellement une exception [1].

1. Parmi les textes de nos lois françaises, qui autorisent des délégations de compétence, nous citerons les suivants. L'ordonnance du 17 décembre 1844 et les décrets du 22 décembre 1881 et du 8 février 1882 autorisent le ministre des finances à déléguer aux directeurs généraux des grandes régies financières des attributions plus ou moins étendues pour la direction du personnel ou du service. Aux termes du décret du 3 avril 1869, le ministre de la guerre peut déléguer aux intendants certaines attributions en matière de marchés. Mais en dehors d'une loi ou d'un décret, autorisant expressément la délégation, le ministre ne peut déléguer aucune partie de sa compétence à ses subordonnés. Divers textes autorisent le préfet et le maire à déléguer leur compétence dans certains cas. L'ordonnance du 21 mars 1821 (art. 1) autorise le préfet à déléguer ses fonctions, en cas d'absence ou d'empêchement, soit au secrétaire général soit à un conseiller de préfecture. Même en dehors du cas d'absence ou d'empêchement, le préfet peut déléguer au secrétaire général une partie de ses fonctions (décret du 29 décembre 1854, art. 3). Mais le délégué du préfet, quel qu'il soit, ne

L'expression *délégation* employée par la loi est passée dans la terminologie courante : on dit toujours délégation de compétence. Ces mots semblent indiquer que dans la pensée du législateur il y a véritablement un mandat par lequel un fonctionnaire charge un mandataire d'exercer pour lui et en son nom son droit de compétence, ce qui impliquerait que la compétence est un droit subjectif dont le fonctionnaire délégant est le titulaire. Une semblable conclusion ne saurait être admise. Si l'on reconnaît (et la chose est unanimement admise) que le fonctionnaire ne peut déléguer sa compétence que lorsque la loi le lui permet expressément, c'est que précisément la compétence est un pouvoir, qui en principe n'est pas susceptible de délégation et n'est point par conséquent un droit subjectif. Le mot délégation est passé dans l'usage parce qu'il est commode ; mais les termes employés ne changent

peut à son tour déléguer les fonctions préfectorales qu'il exerce par délégation. Aux termes de l'article 82 de la loi municipale du 5 avril 1884, le maire peut déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints et en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints à des membres du conseil municipal. Le pouvoir de délégation est ainsi très étendu; cependant, le texte le dit expressément, la délégation ne peut être que partielle, et le maire ne pourrait point déléguer à ses adjoints l'ensemble de sa compétence. Enfin, l'article 77 de la loi du 10 août 1871 donne à la commission départementale compétence « pour régler les affaires qui lui sont renvoyées par le conseil général dans les limites de la délégation qui lui est faite ». Mais, d'après une interprétation aujourd'hui unanimement admise, on ne doit point voir là un pouvoir général de délégation accordé au conseil général, mais simplement la possibilité pour le conseil de charger sa commission départementale de régler une affaire déterminée. On admet aussi, à peu près unanimement que, bien que l'article 77 de la loi du 10 août 1871 ne le dise pas, il est certaines attributions, qui ne peuvent être déléguées à la commission départementale, notamment la répartition des impôts directs de répartition, le vote des centimes additionnels et l'établissement du budget. Il s'agit là des attributions essentielles du conseil général, qui constituent sa raison d'être, et le conseil qui s'en désintéresserait en les délégant à la commission départementale s'annihilerait lui-même (Voir avis du conseil d'Etat, 13 mars 1873, 27 juin 1874 et 2 février 1876; — rapport du ministre de l'intérieur, confirmé par un avis du conseil d'Etat. 26 février 1874).

rien à la réalité des choses. Un observateur superficiel peut voir dans ce qu'on appelle la délégation de compétence un véritable mandat. Un examen plus attentif montre qu'il n'en est rien. Le mandant peut toujours choisir son mandataire ; le fonctionnaire, qui délègue sa compétence, ne peut point choisir son délégué ou du moins ne possède qu'un choix extrêmement restreint. Le mandat est toujours révoqué par la mort du mandant ; la délégation subsiste malgré la mort du délégant. On a quelquefois dit le contraire ; mais l'article 82 de la loi municipale déclare expressément que les délégations données par le maire subsistent tant qu'elles ne sont pas rapportées, et c'est là certainement l'application d'une règle générale. Le mandataire est juridiquement lié par les instructions que lui donne son mandant, et celui-ci a une action contre le mandataire pour l'obliger à rendre compte. Or le fonctionnaire, qui reçoit une délégation de compétence a une indépendance complète dans l'exercice des pouvoirs qui lui appartiennent ; il n'est point juridiquement lié par les instructions que pourrait lui donner le délégant ; il n'y a d'autre limite à la spontanéité de ses décisions que la loi de fonction, qui marque la sphère d'activité fonctionnelle. D'action contre le délégué pour le contraindre à rendre compte, le délégant n'en a point. Plusieurs textes, notamment l'article 82 de la loi municipale, le décret du 29 mars 1854 déclarent que le délégué agit « sous la surveillance », « sous la direction du délégant » ; mais de telles expressions ne peuvent signifier qu'une chose, c'est que le délégué devient un fonctionnaire subordonné au délégant et placé sous le pouvoir disciplinaire et le pouvoir hiérarchique de ce dernier, avec les conséquences indiquées plus haut ; il n'y a là rien de commun avec la sanction ordinaire du mandat, et cette notion doit encore ici être complètement écartée.

Ce que la loi et la jurisprudence appellent inexactement délégation est purement et simplement une nomination, ayant tous les caractères précédemment marqués [1]. Le fonctionnaire, qui reçoit une délégation, acquiert une compétence en vertu de la loi, et non point par la volonté du fonctionnaire délégant. On est d'accord aujourd'hui pour reconnaître, que le fonctionnaire qui est nommé n'est point le délégué du fonctionnaire qui le nomme. Dans les cas où l'on parle d'une délégation, il n'en est pas autrement. Si le délégué est compétent, c'est en vertu de la loi ; il possède un pouvoir objectif impliqué par la loi dont l'application lui est faite ; et l'application de cette loi est subordonnée à cette condition que la désignation soit faite par un fonctionnaire, qui serait lui-même compétent pour accomplir les attributions déterminées par la loi. C'est même pour cela surtout qu'on a été amené à parler de délégation. Dans la nomination ordinaire, l'agent, qui fait la nomination, n'est point compétent pour exercer la compétence qui va appartenir à l'agent nommé. Dans ce qu'on appelle la délégation, au contraire, il y a cela de particulier que l'agent, qui fait la nomination, serait lui-même compétent pour accomplir les actes qui vont rentrer dans la compétence de l'agent nommé. En quoi cela peut-il changer la nature de l'acte de nomination ? Le fonctionnaire dit délégué est dans la situation d'un fonctionnaire nommé; toutes les règles précédemment indiquées sur la compétence, l'impossibilité de la revendiquer, l'impossibilité de la décliner ou d'y renoncer, s'appliquent en ce qui concerne la compétence visée dans la prétendue délégation. Il est donc vrai de dire que cette compétence du fonctionnaire délégué dérive directement de la loi, et que l'acte

1 Voir *supra*, chap. IV, §§ 4-7.

appelé délégation est simplement la condition à laquelle est subordonnée l'application à un fonctionnaire déterminé d'une loi sur la compétence[1].

Si le mot délégation est toujours inexact, il l'est tout particulièrement dans certaines hypothèses, où il est employé par le législateur lui-même, par les décisions de la jurisprudence ou les circulaires ministérielles. A la rigueur, on comprend l'emploi de cette expression dans le cas où une nomination est faite par un fonctionnaire, qui serait lui-même compétent pour remplir les attributions qui vont appartenir au fonctionnaire nommé. En dehors de cette hypothèse, cette expression est dénuée de sens. C'est, par exemple, tout à fait à tort qu'on parle de la délégation donnée par le président de la république à un ministre à l'effet de gérer par intérim un ministère dont le titulaire est absent ou empêché; c'est à tort que certains décrets parlent de délégation de certaines attributions donnée à un sous-secrétaire d'Etat; c'est ainsi encore qu'il est impossible de comprendre ce qu'a voulu dire le rédacteur du décret du 13 avril 1861, dans l'article 6 : « Les sous-préfets statueront désormais, soit directement, soit par délégation du préfet, sur les affaires dont la nomenclature suit... » Ces affaires exigeaient autrefois, le texte le dit lui-même, une décision préfectorale; elles rentrent maintenant dans la compétence du sous-préfet, et on n'aperçoit pas ce que pourrait faire une délégation. C'est à tort enfin que la loi constitutionnelle du 24 février 1875, les lois du 2 août 1875 et du 9 décembre 1884 appellent délégués des conseils municipaux les électeurs désignés par ces derniers pour participer aux élections sénatoriales. On trouverait facilement dans nos lois d'autres exemples dans lesquels les expressions *délégués* ou *délégation* sont

1. Cf. Formel de la Laurentie, *la Délégation administrative*, 1901 (thèse Bordeaux).

employées d'une manière tout à fait erronée. Nouvelle preuve de la persistance regrettable de l'idée de mandat dans le droit public moderne.

Jusqu'à présent nous n'avons rencontré aucune disposition du droit positif français, de laquelle on puisse inférer que la compétence soit un droit subjectif. Au contraire, notre conception de la compétence, pouvoir objectif du fonctionnaire, est en harmonie parfaite avec la jurisprudence et le droit positif français. Mais il est cependant une institution du droit moderne, qui pourrait faire naître quelques doutes : c'est le jugement des conflits d'attributions par un tribunal spécial, appelé en France le *tribunal des conflits*, en Allemagne et en Autriche, où elle existe à peu près dans les mêmes conditions que chez nous, *tribunal de compétence*. Chacun sait que jusqu'en 1848 le gouvernement statuait, après avis du conseil d'Etat, sur les conflits d'attributions s'élevant entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Sans doute, l'ordonnance du 1er juin 1820 avait établi certaines règles de procédure pour la proposition du déclinatoire d'incompétence, pour la prise de l'arrêté de conflit, pour l'examen de l'affaire par le conseil d'Etat; mais celui-ci était resté un simple conseil, ne donnant qu'un avis au gouvernement, qui statuait dans sa pleine et entière indépendance. Un pareil système pouvait présenter des inconvénients; il était impossible de lui contester le mérite de la logique. Des difficultés de compétence s'élèvent entre fonctionnaires d'ordres différents ; il n'y a point là matière à l'intervention d'une autorité juridictionnelle, puisqu'il n'y a point un conflit de droit subjectif, mais simplement une question de légalité, une question de pouvoir objectif; et les gouvernants sont naturellement chargés de fixer la véritable interprétation de la loi qui émane d'eux et de régler le conflit de com-

pétence qui s'est élevé entre leurs agents. Mais, en dépit de sa logique, ce système avait provoqué des critiques, dont on ne peut nier le bien fondé. En partant de cette idée que l'autorité judiciaire est particulièrement chargée de la protection des intérêts privés, et l'autorité administrative de la gestion des intérêts collectifs, que le gouvernement n'est finalement que le supérieur de l'autorité administrative, on soutenait que donner au gouvernement le pouvoir de statuer sur les conflits d'attributions, c'était donner ce pouvoir à l'autorité administrative elle-même, et cela au préjudice des intérêts particuliers, exposés ainsi continuellement et sans contrôle à l'arbitraire gouvernemental et administratif. On se trompait en faisant du gouvernement un simple organe administratif; mais il n'est pas douteux que dans un pays centralisé comme la France, le danger que l'on signalait n'était pas imaginaire. C'est pour répondre à ces critiques que le législateur constituant de 1848 vint décider que « désormais les conflits d'attributions... seraient réglés par un tribunal spécial composé de membres de la cour de cassation et de conseillers d'Etat » (art. 89). Conformément à ce principe la loi du 3 mars 1849 sur le conseil d'Etat, le règlement du 26 octobre 1849 et surtout la loi du 4 février 1850 organisent le tribunal des conflits, établissent une procédure juridictionnelle; et l'article 47 de la loi de 1849 porte : « Le ministre de la justice peut *revendiquer* devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. » En 1852, le tribunal des conflits est supprimé; le conseil d'Etat « recouvre le droit de proposer les décrets statuant sur les conflits d'attributions » (Décret du 25 janvier 1852, art. 1). Après la chute de l'empire, la loi du 24 mai 1872 rétablit le tribunal des conflits, lui donne le jugement,

sur procédure juridictionnelle, des conflits d'attributions et reproduisant l'article 47 de la loi de 1849 (avec une légère modification qui le rend d'ailleurs inintelligible), déclare que « les *ministres* ont le droit de *revendiquer* devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ».

Ainsi à l'heure actuelle une autorité, organisée en juridiction, statue sur les conflits de compétence qui s'élèvent entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif; un texte déclare que le ministre peut *revendiquer* devant le tribunal des conflits les affaires qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Les choses paraissent donc se passer comme si la compétence était un droit subjectif, dont le sujet serait, non point tel ou tel fonctionnaire, mais l'ordre administratif et l'ordre judiciaire personnifiés et dont l'objet serait l'ensemble des affaires relevant de l'une ou de l'autre autorité. Il paraît y avoir une véritable action en revendication de la compétence, portée devant le tribunal des conflits par le représentant de l'ordre judiciaire, le ministre de la justice, ou le représentant de l'ordre administratif, le préfet chargé d'élever le conflit [1]. Ne doit-on pas en conclure qu'en France, et dans tous les pays qui pratiquent un système analogue au nôtre et possèdent un tribunal de compétence, la compétence est un véritable droit subjectif, pouvant faire l'objet d'une véritable action en justice? Non.

Jellinek a déterminé très exactement en quelques

1. Le lieu n'est pas ici d'expliquer les difficultés d'interprétation que soulève l'article 26 de la loi du 24 mai 1872. On rappellera seulement que l'article 47 de la loi du 3 mars 1849 ne parlait que du ministre de la justice et logiquement accordait compétence au chef de l'ordre judiciaire pour saisir le tribunal des conflits dans l'intérêt de l'ordre judiciaire. Le législateur de 1872 a substitué aux mots « le ministre de la justice », les mots « les ministres ». La disposition est devenue par là inintelligible, et l'on en a cherché vainement une interprétation plausible.

mots le véritable rôle de tout tribunal de compétence : « Le conflit de compétence, dit-il, est seulement *en la forme* un conflit de droit[1]. » En d'autres termes, quand un tribunal de compétence est saisi, il y a juridiction en la forme, mais point au fond. Ce n'est point un conflit de droit subjectif que doit résoudre le tribunal, mais une question de droit objectif, de légalité. Pour assurer le respect de la compétence contre toute tentative d'arbitraire, le législateur a donné la forme juridictionnelle à l'autorité chargée de statuer sur la question ; il a organisé une procédure juridictionnelle ; il a entouré la décision à prendre sur la compétence de toutes les garanties, qui accompagnent habituellement les décisions juridictionnelles. Mais la décision ne peut devenir de ce fait une décision sur le droit subjectif ; elle reste une décision sur une question de légalité objective. Il y a là encore une institution du droit constructif moderne se rattachant à cette tendance, déjà signalée, de faire statuer sur des questions de pure légalité objective en la même forme que sur les situations subjectives. Ce point de vue se trouve entièrement confirmé, quand on examine le caractère des décisions que peut prendre le tribunal des conflits. D'abord il n'y a pas de procès, puisque certainement il n'y a pas de véritables parties en cause. Sans doute, le procureur de la république près du tribunal judiciaire, devant lequel a été élevé le conflit, transmet ses observations au ministre de la justice président du tribunal des conflits. Mais représentant de l'ordre judiciaire, il ne prend point de conclusions et ne revendique point à proprement parler la compétence pour l'ordre judiciaire. Les pièces de la procédure doivent être communiquées au ministre dans le département duquel rentre l'affaire et celui-ci peut trans-

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 221.

mettre ses observations au tribunal des conflits ; mais lui non plus n'est pas une partie en cause ; il ne prend pas de conclusions ; il ne revendique pas la compétence au profit de l'ordre administratif dont il est le représentant. Le préfet lui-même, qui a élevé le conflit, a soulevé la question de légalité ; mais il ne vient point devant le tribunal des conflits revendiquer la compétence de l'ordre administratif. Ainsi il n'est point exact de dire, comme on l'a fait quelquefois, qu'il naît un débat entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Le tribunal des conflits n'a point à reconnaître l'existence d'une situation subjective au profit de telle ou telle personnalité, mais seulement à statuer sur une question de droit objectif. Encore moins y a-t-il un procès entre parties privées. Les particuliers intéressés peuvent présenter leurs observations ; les avocats au conseil d'Etat peuvent plaider devant le tribunal des conflits dans l'intérêt des particuliers. Mais ceux-ci ne peuvent point y prendre des conclusions ; ils ne peuvent point faire opposition à un jugement du tribunal, et celui-ci ne peut jamais prononcer une condamnation contre eux. D'ailleurs le tribunal des conflits ne peut jamais prononcer une condamnation quelconque. Si, comme nous le soutenons, il doit statuer uniquement sur une question de légalité objective, il doit pouvoir seulement annuler la décision qui a été prise en violation de la loi de compétence. Or c'est précisément ce à quoi se réduit le rôle du tribunal. Après avoir statué sur la recevabilité du conflit et l'ayant par hypothèse déclaré recevable, le tribunal statue sur la question de compétence légale. S'il estime que l'autorité administrative est seule compétente, il confirme l'arrêté de conflit et annule tous les actes judiciaires qui peuvent avoir été faits. S'il juge au contraire que l'autorité judiciaire est compétente, il annule l'arrêté de conflit. Dans aucun

cas, le tribunal des conflits ne peut dans le dispositif de son jugement attribuer ni même préjuger la compétence; il confirme ou annule l'arrêté de conflit, voilà tout; c'est aux parties intéressées à se pourvoir devant l'autorité compétente. Nulle part ainsi n'apparaissent les caractères d'un procès se déroulant sur un droit subjectif; c'est seulement une question de légalité objective qui est débattue et jugée dans les formes juridictionnelles. On ne saurait donc invoquer la procédure du conflit pour attribuer à la compétence dans le droit positif français le caractère d'un droit subjectif.

## III

La conclusion de tout ce qui précède est celle-ci : aussi bien dans le droit positif français que dans la théorie pure, la compétence n'est point un droit subjectif, mais seulement un pouvoir objectif, dont est revêtue la volonté individuelle du fonctionnaire dont s'agit. On doit supposer maintenant le fait d'un fonctionnaire accomplissant un acte en dehors de sa compétence, ou, ce qui est la même chose, faisant un acte sans l'accomplissement des formalités nécessaires pour qu'il soit compétemment fait. Quel sera le sort de cet acte? Il est évident qu'une législation positive ne sera parvenue à une organisation complète de la compétence que lorsqu'elle aura créé des procédés permettant, même aux particuliers, d'obtenir la suppression des effets qu'aurait produits cet acte s'il avait été fait conformément à la loi de compétence. La plupart des législations modernes et particulièrement le droit positif français sont arrivés plus ou moins à ce stade constructif de l'évolution juridique. Sans doute il est encore quelques organes qui

peuvent violer impunément une loi de compétence, sans qu'il y ait de moyen pour annuler l'effet que produisent leurs actes faits incompétemment. Il en est ainsi du parlement, et encore pas toujours. Aux Etats-Unis, qui admettent le principe des constitutions rigides, toute juridiction peut apprécier la constitutionnalité de la loi ordinaire et refuser d'appliquer cette loi à l'espèce qui lui est soumise, si elle juge qu'elle est contraire à la constitution[1]. En France, il n'en est point ainsi, et la décision du parlement violant la constitution s'impose cependant à l'observation de tous; les tribunaux ne peuvent pas refuser de l'appliquer. Aussi a-t-on pu dire que la loi constitutionnelle fixant la compétence législative du parlement était une loi *minus quam perfecta*. Mais à vrai dire le parlement intervient alors comme gouvernant et les limites apportées à ses pouvoirs se rattachent à un autre ordre d'idées. Cependant même les décisions, que prend le parlement comme agent administratif ou juridictionnel, s'imposent alors même qu'elles soient contraires à une loi de compétence. Ce n'est pas bien entendu que le parlement soit souverain absolu et puisse se soustraire à l'application de la loi générale; c'est qu'il manque un moyen pratiquement organisé de donner une sanction à la loi de compétence s'appliquant au parlement. Au reste, quelque savamment que soit organisée dans un pays la sanction des règles de compétence, il arrivera toujours un moment où la décision d'un fonctionnaire s'imposera alors même qu'elle soit manifestement contraire à la loi de compétence. La sanction de la loi de compétence ne peut être assurée elle-même que par un fonctionnaire; et il faudra bien arriver à un moment où la décision rendue par ce fonctionnaire sur une ques-

1. Cf. Larnaude, *Bulletin de la Société de législ. comp.*, 1902, p. 175.

tion de compétence sera insusceptible d'un recours quelconque. Il y a là une nécessité de fait contre laquelle nul ne peut aller. Devant une violation flagrante de la compétence par une autorité contre laquelle il n'y a pas de recours possible, il ne reste qu'un moyen d'action extra-légal. Le devoir du législateur est de donner à l'autorité, qui statuera en dernier ressort sur la question de compétence, une organisation qui assure la plus grande garantie possible de capacité, d'indépendance et d'impartialité.

Il est facile de déterminer les conditions que doit remplir tout système sanctionnateur de la compétence. Les lois positives, qui fixent la compétence respective des agents étatiques, sont inspirées par un double but : assurer l'accomplissement aussi exact que possible de la mission qui incombe à l'Etat, et d'autre part protéger les individus contre l'arbitraire des fonctionnaires publics. A vrai dire ce double but n'en forme qu'un seul, qui est l'accomplissement exact de la mission étatique auquel tous et chacun sont intéressés. Cependant il est certain que les lois positives de compétence ont à la fois pour but d'assurer l'accomplissement de la mission étatique par les agents et de permettre aux individus de bénéficier de cet accomplissement exact et complet. Il suit de là que la sanction des lois de compétence doit être assurée d'abord par l'action que les agents exerceront les uns sur les autres, la surveillance et la hiérarchie[1].

Mais ce double moyen ne suffisait pas. Il fallait que les particuliers fussent aussi associés pour ainsi dire à la sanction des lois sur la compétence ; il fallait que tout particulier pût appeler l'attention des fonctionnaires désignés à cet effet, sur les violations de compé-

1. Voir *supra*, chap. IV, §§ 9 et 10.

tence commises par d'autres fonctionnaires. A ce besoin est venue répondre la possibilité, reconnue en général, dans les législations modernes, à tout particulier de saisir le fonctionnaire hiérarchiquement supérieur de la question de compétence. Telle est la raison d'être du recours hiérarchique précédemment étudié. Mais on devait aller encore plus loin. Le particulier ne sera, en effet, véritablement protégé contre l'excès de pouvoir que s'il est assuré que la question de compétence sera examinée et résolue par l'autorité, qui en est saisie, avec une suffisante capacité, et surtout avec une entière indépendance, après un débat véritablement contradictoire, c'est-à-dire en la forme juridictionnelle. On aperçoit alors le moyen qui s'offrait à la loi constructive : organiser toutes les fois qu'une question de compétence est soulevée, un véritable débat juridictionnel sur la question. Sans doute l'autorité saisie du débat ne remplira pas, au point de vue matériel, un rôle de juge ; elle ne constatera pas une situation subjective ; elle statuera sur une question de droit objectif ; mais tout se passera comme si un acte juridictionnel proprement dit s'accomplissait, et la décision sur la compétence sera entourée de toutes les garanties juridictionnelles. Alors la loi de compétence aura une véritable et effective sanction ; le particulier intéressé pourra toujours invoquer cette loi, sûr que la question de légalité sera examinée par un agent capable et impartial ; et en même temps, il pourra contradictoirement faire valoir les raisons qui doivent d'après lui entraîner l'annulation de l'acte. C'est à ce but que viennent répondre dans beaucoup de pays et particulièrement en France le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir. Ajoutons que la sanction des lois sur la compétence peut résulter aussi de la responsabilité pénale ou civile du fonctionnaire. Mais cette double respon-

sabilité suppose la mauvaise foi de l'agent ou du moins une faute commise par lui; il en sera parlé plus loin [1].

Du recours en cassation nous dirons peu de chose. Sa séparation complète d'avec le recours contentieux pour excès de pouvoir en matière administrative suppose une législation qui a établi, comme la nôtre, une séparation complète de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif et réservé à l'ordre judiciaire un domaine tout particulier. En créant, sous le nom d'ordre judiciaire ou de pouvoir judiciaire, un ordre de fonctionnaires spécial, la législation française et les lois étrangères, qui s'en sont inspirées, n'ont point voulu leur conférer la compétence exclusive générale pour statuer juridictionnellement, mais la compétence exclusive pour intervenir toutes les fois qu'un droit individuel, liberté et propriété au sens général du mot, était principalement et directement en jeu. Le pouvoir judiciaire est chargé de garantir la liberté civile, disait-on en 1789 [2]. Le pouvoir judiciaire intervient, tantôt en faisant des actes de juridiction, tantôt en faisant de véritables actes d'administration, au sens que nous avons donné à ces mots. Mais spécialement chargé de protéger les droits individuels, l'ordre judiciaire habituellement n'entre en mouvement qu'à la demande des particuliers intéressés. Sans doute en matière répressive, il est le plus souvent saisi par un agent spécialement compétent à cet effet, l'agent du ministère public; mais ici, l'ordre judiciaire joue un rôle spécial, remplit à vrai dire une fonction administrative sur laquelle nous nous sommes expliqués à plusieurs reprises. Cette réserve faite pour la compé-

1. Voir *infra*, chap. v, § 11.

2. Voir notre étude : *la Séparation des pouvoirs*, 1894. — Cf. Cependant Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, *Revue du droit public*, 1902, t. I, p. 246 et note 2.

tence pénale de l'ordre judiciaire, on doit dire qu'en principe l'autorité judiciaire n'intervient que sur la demande des particuliers intéressés. Il en résulte qu'un acte judiciaire étant fait par un tribunal incompétent, les effets de cet acte ne seront annulés en principe que si le particulier intéressé le demande. Une hiérarchie judiciaire existe peut-être ; mais elle n'implique pas, pour l'autorité hiérarchiquement supérieure, le pouvoir d'intervenir spontanément et d'annuler pour incompétence les actes de l'autorité inférieure. Sans doute un tribunal judiciaire saisi devra parfois spontanément se déclarer lui-même incompétent. Mais l'acte judiciaire étant accompli, l'autorité judiciaire supérieure ne peut annuler cet acte pour incompétence que si les particuliers intéressés provoquent cette annulation. Cette demande en annulation pour incompétence a été tout naturellement organisée en la forme juridictionnelle. L'ordre judiciaire étant surtout chargé de faire des actes de juridiction, les différents organes qui le composent sont organisés juridictionnellement ; c'est devant l'un d'eux que sera portée la question de savoir si un tribunal inférieur a violé une loi de compétence ; et cette question sera résolue en la forme juridictionnelle. D'autre part, la compétence judiciaire n'étant établie que dans l'intérêt des particuliers, d'après la conception française, les particuliers intéressés figureront vraiment comme parties à un procès, dans le débat s'élevant sur la question de compétence. Ils prendront des conclusions et les choses se passeront absolument comme s'il s'agissait d'un débat judiciaire sur une situation subjective. Cela est vrai, que la question de compétence s'élève devant une juridiction d'appel, à propos de la décision rendue en premier ressort, qu'elle soit plaidée devant la cour de cassation, à propos de la décision rendue par une juridiction en dernier ressort, et

qui aurait violé une loi de compétence. Bref, en matière judiciaire le débat sur une question de compétence nous apparaît avec tous les caractères d'un débat entre parties privées, aussi bien devant la cour suprême que devant une juridiction d'appel. Les choses se passent exactement comme si le débat s'élevait sur un droit subjectif contesté entre deux adversaires.

Alors se pose un problème dont la solution paraît au premier abord singulièrement ardue. La compétence n'est pas un droit subjectif du fonctionnaire : on le reconnaît. Mais la compétence n'est-elle pas un droit subjectif du particulier? Ou du moins, en matière judiciaire, le particulier n'est-il pas véritablement titulaire d'un droit subjectif, consistant en ce qu'il a droit à ce que l'autorité judiciaire respecte les règles de la compétence ? Cette solution serait inadmissible, car, si la compétence est un droit subjectif, elle ne peut l'être que pour le fonctionnaire qui en est investi. On a soutenu cependant que tout particulier, dans l'état actuel du droit, avait un droit subjectif, au moins un *droit-limite*, au respect par le fonctionnaire de la loi de compétence [1]. Cette théorie, on essaiera de le montrer plus loin, est inadmissible en ce qui concerne la compétence administrative. Mais si elle pouvait être défendue, ce serait plus particulièrement en ce qui concerne la compétence judiciaire. Cependant elle n'est pas vraie même pour la compétence judiciaire. La compétence a un certain caractère, qu'elle garde toujours, aussi bien en matière judiciaire qu'en matière administrative. Si, prise en elle-même, elle est un pouvoir juridique objectif, elle a ce caractère, aussi bien à l'égard des agents judiciaires qu'à l'égard des agents administratifs. Simple pouvoir objectif de

1. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés* (thèse Toulouse, 1899).

l'agent, elle ne peut constituer un droit subjectif pour le particulier intéressé, pas plus dans le domaine judiciaire que dans le domaine administratif. Mais il reste à expliquer comment on peut comprendre qu'un véritable procès contradictoire entre parties privées s'élève à propos de la compétence judiciaire. Voilà le vrai problème.

La solution apparaît si l'on a présente à l'esprit la conception individualiste, qui est toujours le fondement de la législation française et qui détermine la nature et le but de l'ordre judiciaire. Le législateur français est parti de cette idée que la liberté et la propriété, prises en elles-mêmes et dans leur sens général, avec toutes leurs conséquences, constituent pour l'individu de véritables droits subjectifs. C'est une idée théoriquement fausse; mais elle a été incontestablement admise par les fondateurs de notre droit moderne; elle a inspiré nos déclarations des droits; tout le Code civil repose sur la *subjectivité* du droit de propriété; on a pu très justement l'appeler le code de la propriété. Mais le législateur positif ne s'est pas contenté de considérer la liberté et la propriété d'une manière abstraite, isolées, dépouillées pour ainsi dire de toute forme sociale; il les considère comme étant socialement garanties. La déclaration des droits de 1789 (art. 2) indique la sûreté parmi les droits individuels, et dans la pensée des rédacteurs, la sûreté n'est autre chose que la liberté et la propriété en tant qu'elles sont socialement garanties. La même déclaration (art. 16) parle de la garantie des droits, qui doit être assurée pour qu'un pays ait une constitution et qui est particulièrement assurée par la séparation des pouvoirs, laquelle dans les conceptions de l'époque implique l'existence d'un pouvoir judiciaire autonome et indépendant. La déclaration de 1793 affirme que la garantie sociale ne peut résulter que d'une étroite limitation des fonctions publiques.

Enfin l'article 22 de la déclaration des droits de l'an III rappelle que la garantie sociale ne peut exister, si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées, et cette division des pouvoirs implique encore l'existence d'un pouvoir judiciaire autonome, chargé spécialement de garantir les droits individuels de liberté et de propriété. Finalement la conception de notre droit français est celle-ci : tout individu est titulaire des droits subjectifs de liberté et de propriété, mais de liberté et de propriété socialement garanties, c'est-à-dire placées sous la protection d'une autorité judiciaire compétente. Ou sous une autre forme, la compétence de l'autorité judiciaire est la liberté et la propriété en tant qu'elles sont socialement garanties.

Cela bien compris, il en résulte évidemment que lorsqu'une question de compétence judiciaire est élevée, c'est véritablement une question de liberté ou de propriété qui se pose, liberté et propriété qui socialement ne sont pas séparables de leur garantie judiciaire. Lorsqu'on plaide sur une question de compétence judiciaire, ce n'est qu'en apparence que la compétence fait l'objet du procès; en réalité, on plaide sur une question de liberté ou de propriété et, par conséquent, sur une question de droit subjectif, puisque notre législation, fondée toute entière sur la théorie individualiste, voit dans ces pouvoirs de véritables droits subjectifs. Nous voudrions faire toucher du doigt cette pénétration intime de la compétence judiciaire et des droits individuels de liberté et de propriété, pénétration qui est encore un des caractères les plus significatifs de notre législation positive. Qu'on ne parle pas d'un droit subjectif à la compétence, d'un véritable procès juridictionnel s'élevant sur la question de compétence et plaidé contradictoirement entre parties privées devant une autorité judiciaire. Qu'il y ait un procès juridiction-

nel, c'est incontestable; mais le véritable objet de ce procès, ce n'est pas la compétence, ce sont les droits de liberté et de propriété judiciairement garantis, et ces droits sont par définition même, dans la législation française, des droits subjectifs. Voilà pourquoi le contentieux de la compétence judiciaire nous apparaît avec le caractère d'un contentieux subjectif, pourquoi le débat qui s'élève est véritablement juridictionnel, pourquoi le tribunal ne statue pas seulement sur une simple question de légalité objective, mais sur l'existence ou la non-existence d'un droit subjectif, pourquoi aussi l'autorité judiciaire est seule compétente pour statuer sur toutes les questions de compétence judiciaire, et inversement pourquoi elle est tout à fait incompétente pour statuer sur les questions de compétence administrative. A première vue on peut croire que le tribunal judiciaire, saisi d'une question de compétence judiciaire, est appelé au même rôle que l'autorité administrative saisie d'une question de compétence administrative. Il n'en est point du tout ainsi. Le tribunal judiciaire, qui statue sur une question de compétence, statue au fond sur une question de propriété ou de liberté, puisque la propriété et la liberté ne peuvent pas socialement et légalement se détacher de leur garantie judiciaire.

Ainsi on explique normalement comment un véritable procès juridictionnel entre parties privées peut s'élever sur une question de compétence judiciaire; et pour le comprendre, il n'est point nécessaire de faire de la compétence, prise en elle-même, un droit subjectif, soit pour le fonctionnaire, soit pour les particuliers.

Il est tellement vrai que la compétence judiciaire, dans la conception individualiste, est indissolublement rattachée à la propriété et à la liberté qu'elle garantit, que lorsque la décision sur la compétence intervient

en dehors de l'initiative du particulier, et sans qu'un procès entre parties privées ait été plaidé, la solution donnée est alors donnée sans aucun effet à l'égard des particuliers. Nous faisons allusion au recours en cassation dans l'intérêt de la loi. On sait que soit en matière civile, soit en matière pénale, après l'expiration du délai accordé aux parties pour se pourvoir en cassation, et celles-ci ayant à garder le silence, le ministre de la justice, garde des sceaux ou le procureur général près la cour de cassation peut déférer une décision judiciaire à la cour de cassation, pour violation de la loi en général, et particulièrement pour violation d'une loi de compétence[1]. La cour de cassation, en pareil cas, ne statue que sur une question de légalité objective. Il n'y a point alors de véritable procès; il n'y a ni demandeur, ni défendeur, et l'arrêt rendu est sans effet à l'égard des particuliers. Cette légalité objective reconnue par la cour suprême, les parties ne peuvent pas s'en prévaloir et on ne peut pas l'invoquer contre elles, parce qu'elle a été établie en dehors d'elles. En gardant le silence pendant les délais du pourvoi, elles ont accepté la situation juridique subjective, telle qu'elle avait été reconnue par une juridiction judiciaire, dont elles avaient accepté la compétence. Cette situation est fixée irrévocablement; la loi elle-même ne pourrait pas y toucher; et toute décision sur la compétence, pouvant intervenir ultérieurement en dehors d'une initiative prise par les intéressés, ne peut pas les atteindre. La question de compétence se juge alors détachée de la question de propriété et de liberté individuelles; elle est étrangère aux particuliers, puisque la compétence judiciaire ne les touche qu'en tant qu'elle garantit la propriété et la liberté; or cette

1. Loi du 27 ventôse an VIII, art. 88; — C. inst. crimin., art. 442.

propriété ou cette liberté ont été fixées; les intéressés ont accepté cette situation puisqu'ils n'ont pas agi dans les délais; un jugement abstrait sur la compétence ne peut modifier la situation juridique subjective ainsi fixée.

Telle est la conception française. Est-ce à dire qu'elle soit parfaitement adéquate à l'état social de l'époque moderne? Nous ne le croyons pas. Il n'est pas théoriquement exact de considérer la propriété et la liberté des individus comme des droits subjectifs; partant le système constructif, qui fonde la détermination du rôle de l'autorité judiciaire sur l'idée de garantie spéciale accordée à ces prétendus droits subjectifs, ne correspond pas à la réalité des faits modernes. Mais la place n'est pas ici d'examiner ce point[1].

Il convient aussi d'ajouter que, sur le fondement de l'article 80 de la loi du 27 ventôse de l'an VIII, et de l'article 441 du Code d'instruction criminelle, la cour de cassation a élaboré une théorie de l'excès de pouvoir, beaucoup plus étroite que la théorie administrative de l'excès de pouvoir, plus étroite quant aux faits qui le constituent, quant aux personnes qui peuvent mettre le recours en mouvement. La jurisprudence de la cour suprême à cet égard est encore très indécise; il semble cependant qu'elle ne voit l'excès de pouvoir proprement dit que dans le fait d'un tribunal qui aurait dépassé les fonctions régulières de tout tribunal quel qu'il soit, et qu'elle distingue ainsi l'excès de pouvoir de l'incompétence. Nous ne pouvons étudier en détail cette jurisprudence; cela nous entraînerait trop loin. Disons seulement qu'à notre sens elle prépare la formation, dans le domaine judiciaire, d'un contentieux objectif, analogue au contentieux de l'excès de pouvoir en ma-

1. Cf. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. III, §§ 1 et .

tière administrative, dont il va être parlé au paragraphe suivant.

## IV

Ce n'est pas seulement pour la compétence judiciaire que les législations modernes sont arrivées à un moyen de sanction organisé en la forme juridictionnelle, c'est encore pour la compétence administrative. La jurisprudence française est assurément celle de tous les pays modernes qui est allée le plus loin dans cette voie par son ingénieuse et curieuse théorie du recours pour excès de pouvoir, consacré législativement, en termes très laconiques d'ailleurs, par l'article 9 de la loi du 24 mars 1872. En son essence, le recours pour excès de pouvoir consiste dans la possibilité qui appartient à tout particulier intéressé de faire juger en la forme juridictionnelle une question de compétence administrative, et d'obtenir d'une juridiction compétente l'annulation complète d'un acte et de ses effets, lorsque cet acte a été fait par un agent administratif en violation d'une loi de compétence ou de forme, la forme n'étant d'ailleurs qu'une limitation de la compétence et la violation d'une loi de forme n'étant pas autre chose que la violation d'une loi de compétence. Ainsi compris, le recours pour excès de pouvoir correspond exactement au desideratum exprimé précédemment.

Le recours pour excès de pouvoir n'a qu'en la forme les caractères d'un recours juridictionnel. Il est un cas remarquable de contentieux objectif. Le demandeur au recours n'invoque point un droit à la compétence ou à l'accomplissement de certaines formalités ; l'autorité, qui en est saisie, statue en la forme juridictionnelle ; mais elle ne statue pas sur un droit subjectif.

Son rôle au fond n'est pas différent de celui appartenant au supérieur hiérarchique, qui annule l'acte d'un subordonné pour violation d'une loi de forme ou de compétence. Seule l'autorité est différente; seule la forme, en laquelle la question de compétence est examinée et résolue, diffère. C'est à tort que M. Barthélemy soutient, dans la thèse déjà citée [1], que le recours pour excès de pouvoir est un moyen juridique mis à la disposition des particuliers « pour invoquer subjectivement l'application de la loi objective » (p. 62); ce qui veut dire évidemment que c'est l'exercice d'un droit subjectif. D'ailleurs, l'auteur précise sa pensée, en disant (p. 73) que le particulier a le droit d'exiger « que le fonctionnaire n'agisse que dans la limite de sa compétence, et qu'il n'est pas absurde de parler d'un droit aux formes, aux compétences. » La théorie de M. Barthélemy est assurément ingénieuse et élégamment défendue; mais en fin de compte elle repose sur un cercle vicieux. L'auteur définit, en effet, le droit subjectif tout intérêt individuel sanctionné par une action (p. 21). Or théoriquement cette définition ne peut être donnée ; car elle suppose démontré ce qu'il faut démontrer, à savoir les conditions auxquelles un intérêt individuel doit pouvoir être sanctionné par une action. De plus, cette définition est aussi inadmissible au point de vue du droit positif français ; ou du moins elle est un simple postulat ; car il faudrait démontrer que le droit positif n'accorde aux particuliers des voies de droit, organisées en la forme juridictionnelle, que lorsque ceux-ci sont titulaires d'un droit subjectif. Or nous avons déjà rencontré des hypothèses où en dehors de tout droit subjectif, des voies juridictionnelles étaient ouvertes pour assurer le respect de la

1. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, 1899 (thèse Toulouse).

légalité objective. Ajoutons que la combinaison du recours contentieux pour excès de pouvoir avec le caractère purement objectif de la compétence et l'absence de tout droit subjectif du particulier à l'observation par le fonctionnaire des lois de compétence, s'explique très bien par l'évolution historique de laquelle est sorti le recours pour excès de pouvoir, tel qu'il est aujourd'hui constitué dans la jurisprudence française. Le conseil d'Etat en a élaboré les éléments surtout à l'époque où, suivant l'expression consacrée, il n'exerçait qu'une justice retenue. Ce n'était point alors une juridiction, mais le gouvernement lui-même qui statuait sur la compétence et annulait les actes contraires à la loi. A cette époque on ne pouvait parler d'un droit subjectif à la compétence appartenant aux particuliers, même en définissant le droit subjectif comme le fait M. Barthélemy. Depuis la loi du 24 mai 1872, le conseil d'Etat a cessé de donner de simples avis en matière contentieuse et peut rendre de véritables arrêts. Mais la nature de la compétence n'a pas changé, et si avant 1872 il n'y avait pas de droit à la compétence appartenant aux particuliers, il n'y en a pas davantage depuis cette date. La décision du conseil d'Etat n'est donc juridictionnelle qu'en la forme ; elle ne l'est point au fond ; elle ne statue pas sur une situation subjective ; elle résout une question de légalité objective ; mais elle la résout en la forme juridictionnelle, et cela dans l'intérêt de la garantie sociale, suivant l'expression de nos déclarations des droits.

Nous voulons surtout montrer que c'est seulement en se plaçant à ce point de vue, en voyant dans le recours contentieux pour excès de pouvoir un cas de contentieux purement objectif, qu'on peut comprendre les diverses règles qui certainement s'appliquent à ce recours. On est arrivé à cette conception que tout individu,

sous certaines conditions cependant, peut porter devant une véritable juridiction la question de légalité de tel ou tel acte administratif, et que cette question de légalité sera examinée par cette juridiction avec toutes les garanties qui accompagnent le jugement sur l'existence ou la non-existence d'un droit subjectif. Un procès naît alors; mais celui qui le provoque ne fait point valoir un droit subjectif; il invoque purement et simplement le droit objectif et soutient que la loi a été violée. Il y a un demandeur au procès; mais le demandeur ne se prétend pas titulaire d'un droit; il se présente en quelque sorte comme un agent du ministère public, soutenant que la loi a été violée et demandant simplement l'annulation de l'acte administratif fait en violation de la loi. Pour que cette action soit recevable, il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait un droit. Il faut peut-être cependant une autre condition, notamment un intérêt lésé du demandeur au recours. En effet, la règle s'est introduite dans la jurisprudence française que le recours n'est recevable que si celui qui le forme a un intérêt personnel. Mais, dira-t-on, l'intérêt protégé par une action est précisément un droit subjectif. On pourrait le contester. En tout cas, si l'on admet cette définition, encore faut-il pour qu'elle puisse s'appliquer que le résultat de l'action en justice soit d'obtenir la réalisation de cet intérêt. Dans le recours pour excès de pouvoir, il n'en est point ainsi. Le demandeur ne peut point obtenir directement la satisfaction de son intérêt. Quelquefois il y arrivera; mais ce ne sera que tout à fait indirectement. Parfois il sera obligé d'intenter un autre procès pour l'obtenir. Il ne demande et il ne peut obtenir qu'une chose : l'annulation de l'acte administratif reconnu illégal pour violation d'une loi de compétence ou de forme; il n'invoque pas un droit; il soutient seulement que la loi a été violée. La juridiction

n'examinera ainsi qu'une chose : la loi de compétence a-t-elle ou n'a-t-elle pas été violée? Il ne serait pas tout à fait exact de dire que la juridiction n'examinera qu'une question de droit ; en effet, pour savoir si la loi a été ou non violée, elle sera souvent obligée de procéder à des vérifications de fait. Mais dans les décisions qu'elle rendra, elle ne pourra dire que ceci : la loi de compétence a été violée ou n'a pas été violée, et annuler ou ne pas annuler l'acte administratif attaqué.

La juridiction saisie ne pourra point prononcer de condamnation ; et c'est le point capital à mettre en relief. La juridiction saisie ne peut ni réformer l'acte, ni ordonner aucune mesure qui serait la conséquence de l'annulation de l'acte, ni prononcer aucune condamnation. Elle ne peut statuer sur aucune réclamation pécuniaire que le demandeur joindrait à son pourvoi en annulation. Par exemple, si le demandeur réclamait des dommages et intérêts pour le préjudice à lui causé par l'exécution de l'acte, ces dommages et intérêts ne pourraient point lui être accordés, alors même que le préjudice fût incontesté. C'est d'ailleurs un procès où il n'y a pas de défendeur. On l'a vainement cherché. On a été obligé de reconnaître que le fonctionnaire, auteur de l'acte attaqué, n'était point le défendeur au procès, puisqu'il n'était même pas mis en cause. On a dit alors que le défendeur était l'administration tout entière elle-même. Mais l'administration n'est pas une personne susceptible d'être partie à un procès, et ce terme, l'administration, est seulement une expression commode pour désigner l'ensemble des fonctionnaires de l'ordre administratif. Le défendeur n'est pas davantage l'Etat, alors même qu'on admettrait sa personnalité juridique ; il n'est pas mis en cause ; il ne plaide pas au procès ; aucune condamnation ne peut être prononcée contre lui. En désespoir de cause on a dit que

le défendeur au procès était l'acte administratif attaqué. C'est une métaphore et rien de plus. La vérité est qu'il n'y a pas, qu'il ne peut pas y avoir de défendeur dans un semblable procès : le demandeur ne réclame rien à personne; il n'y a pas un litige au sens vrai du mot, c'est-à-dire deux prétentions contradictoires relativement à une situation juridique subjective. Il y a seulement l'affirmation d'un particulier, déclaré recevable à la faire, qu'une loi de compétence a été violée, et une juridiction reconnue compétente pour dire si oui ou non la légalité objective a été respectée.

Cette démonstration est complétée par ce fait que la décision rendue sur le recours pour excès de pouvoir possède une portée absolue, et que la règle de l'article 1351 du Code civil sur le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée, ne reçoit point ici son application. M. Laferrière, après avoir fait des distinctions subtiles pour déterminer dans quelle mesure s'applique le principe de l'article 1351, est obligé d'écrire finalement : « Il ne faut pas oublier que si l'annulation pour excès de pouvoir est un acte de juridiction, elle n'en produit pas moins par la force des choses les effets d'un acte de puissance publique et d'une décision d'un supérieur hiérarchique. Elle avait entièrement ce caractère sous le régime de la justice retenue, lorsque c'était le chef de l'Etat qui annulait en conseil d'Etat l'acte d'un de ses subordonnés; elle le possède encore dans une large mesure[1]. » Le savant auteur aurait dû dire : elle le possède encore entièrement. En effet, la nature intrinsèque d'une décision sur la compétence ne peut être modifiée quand l'organe qui la prononce est changé : la nature d'un acte dépend de ses caractères intrinsèques et non pas de la structure

1. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édit., 1896, t. II, p. 574.

de l'organe qui l'accomplit. Si l'on comprend que la décision rendue sur le recours pour excès de pouvoir a une portée générale et absolue, tout est en harmonie parfaite. La décision juridictionnelle proprement dite ne produit qu'un effet relatif, parce qu'elle est la constatation d'une situation juridique subjective ; or une situation subjective est par définition même spéciale et individuelle ; la décision juridictionnelle, qui ne fait que la constater, ne peut pas avoir plus d'étendue et de portée qu'elle-même. Voilà le véritable fondement de l'article 1351. Au contraire, la décision en la forme juridictionnelle, rendue en matière de contentieux objectif, aura nécessairement une portée générale, parce qu'elle constate la légalité objective et que celle-ci, encore par définition, a une valeur générale et absolue.

Tout ce qui précède ne peut se comprendre qu'avec notre point de vue. Par la même idée s'explique tout naturellement une règle qui s'est introduite définitivement dans la jurisprudence du conseil d'Etat. Nous voulons parler de la règle en vertu de laquelle le recours pour excès de pouvoir est un recours subsidiaire. En conséquence, lorsqu'un individu intéressé a une autre voie contentieuse pour écarter les effets d'un acte incompétemment fait, il est non recevable à former le recours au contentieux d'annulation pour excès de pouvoir. Assurément, ce sont surtout des considérations pratiques très sérieuses qui ont amené le conseil d'Etat à adopter cette jurisprudence : la crainte d'étendre outre mesure la juridiction du conseil d'Etat et de lui donner, par le moyen du recours pour excès de pouvoir, une compétence contentieuse administrative à peu près universelle, le danger d'une contradiction entre le jugement rendu par le conseil d'Etat et celui qui serait rendu par une autre juridiction. Mais

quelque graves que soient ces considérations, elles ne suffiraient pas à justifier le caractère subsidiaire du recours pour excès de pouvoir, s'il était une action tendant à sanctionner un droit subjectif. En effet, l'établissement d'un ordre de préférence entre différentes actions possibles suppose une législation qui, comme le droit romain, reconnaît une existence propre à chaque action, indépendante pour ainsi dire du droit qu'elle doit sanctionner. Or, il n'en est point ainsi dans le droit moderne, où l'action n'a point une vie propre distincte du droit qu'elle sanctionne, où c'est seulement par une habitude traditionnelle du langage qu'on a conservé les anciens noms d'action, et où enfin toutes voies sont ouvertes pour obtenir la réalisation d'un droit subjectif, par cela seul que ce droit existe. Au contraire, en comprenant que le recours pour excès de pouvoir n'est pas une action proprement dite, que le demandeur n'invoque point un droit subjectif, on aperçoit aisément pourquoi la jurisprudence en fait une voie de recours subsidiaire. Le recours pour excès de pouvoir se justifie sans doute pleinement ; il rend d'immenses services ; il peut seul protéger efficacement les particuliers contre les violations des lois de compétence ; mais, cependant, il est quelque chose d'anormal en soi, puisqu'il a pour résultat de faire juger une question de légalité objective par un organe, qui, normalement, est un organe de juridiction et doit seulement constater des situations juridiques subjectives préexistantes. L'individu, qui introduit le recours pour excès de pouvoir, ne fait pas valoir un droit subjectif ; et on ne peut pas dire que pour le sanctionner il est libre de choisir entre les diverses voies de droit qui lui sont ouvertes. Il joue le rôle en quelque sorte, avons-nous dit, du ministère public tendant à assurer le respect de la loi ; il est rationnel que ce rôle ne lui appartienne que

lorsqu'il n'a pas d'autre moyen de protéger ses intérêts contre l'arbitraire administratif. S'il se trouve dans une situation juridique subjective qui lui assure une action proprement dite, cette action protégera suffisamment ses intérêts ; il est légitime et logique qu'il ne lui soit point permis d'agir par la voie du contentieux objectif et de demander une décision sur la question de légalité. Ce caractère subsidiaire, attribué par une jurisprudence constante au recours pour excès de pouvoir, cadre ainsi parfaitement avec le caractère de recours objectif que nous lui avons reconnu[1].

Bref, le recours pour excès de pouvoir ou incompétence a été reconnu législativement comme un recours contentieux, comme une véritable action en justice (L. 24 mai 1872, art. 9). Malgré cela, il est resté une demande fondée sur la violation du droit objectif, et rien que cela. Mais il est muni de toutes les garanties accordées à toute action en justice ; il est jugé par une véritable juridiction, indépendante en droit du gouvernement. Cependant, le caractère contentieux formel du recours a eu un contre-coup. La règle traditionnelle et logique : pas d'intérêt, pas d'action, a fait sentir son influence, et le conseil d'Etat a été conduit à ne déclarer recevables que les recours formés par ceux qui avaient un intérêt appréciable à l'annulation de l'acte attaqué. Mais cela n'a point changé la nature, le fondement et l'objet du recours ; c'est tout simplement une condition de recevabilité, et le recours contentieux

1. C'est pour n'avoir pas compris ce caractère de contentieux objectif, appartenant au recours pour excès de pouvoir, que M. Marie a eu le tort de critiquer la jurisprudence du conseil d'Etat, qui sépare avec raison le domaine du recours pour excès de pouvoir et du recours contentieux ordinaire. M. Marie croit que les deux recours sont destinés à se confondre. Nous estimons au contraire, pour les raisons indiquées au texte, que leur domaine respectif se séparera et se précisera de plus en plus (Marie, *l'Avenir du recours pour excès de pouvoirs*, *Revue du droit public*, 1901, t. II, p. 477).

pour incompétence reste simplement la demande, formée par celui qui a intérêt à l'annulation d'un acte et fondée sur la violation de la règle objective de compétence. Il n'est point une action sanctionnant un droit subjectif ; de l'existence du recours contentieux pour incompétence, on ne peut nullement conclure que les particuliers aient d'une manière quelconque un droit subjectif à la compétence. Il y a là une garantie très énergique et très remarquable au profit des particuliers. C'est une des formations les plus curieuses du droit français au XX^e^ siècle. Plusieurs jurisprudences étrangères possèdent une institution analogue, par exemple les jurisprudences allemande, autrichienne, espagnole, italienne; mais aucune d'elles n'est arrivée à une construction juridique, à la fois aussi logique et aussi souple, aussi large et aussi protectrice que celle élaborée lentement par notre conseil d'Etat. Sorte d'action populaire accordée aux particuliers pour garantir le respect des lois de compétence, le recours pour excès de pouvoir associe ainsi les agents et les administrés à la bonne gestion des intérêts publics et à la protection des intérêts particuliers; il est au premier chef une institution de solidarité sociale[1].

## V

Il ne suffit même pas que le fonctionnaire respecte la lettre de la loi qui détermine sa compétence; il faut qu'il se conforme à son esprit ou, en d'autres termes, il faut encore que l'acte qu'il accomplit soit déterminé

1. Voir particulièrement sur le recours pour excès de pouvoir, Laferrière, *la Juridiction administrative*, 2^e^ édit., 1896, t. II, p. 395-574; — Hauriou, *Droit administratif*, p. 288, 4^e^ édit., 1900.

par le but qu'a eu le législateur en instituant ce fonctionnaire et en déterminant le cercle de son activité fonctionnelle. Ce n'est là que la conséquence de notre théorie générale sur le vouloir juridique. Un acte de volonté ne produit un effet de droit qu'à la condition d'être déterminé par un but conforme au droit objectif. C'est un principe général, sans restriction, reposant sur le fondement de tout l'ordre juridique, et s'appliquant à toute volonté individuelle. Il s'applique donc à la volonté individuelle du fonctionnaire. Celui-ci fait un acte, prend une décision, en restant dans les limites de la compétence fixée par la loi; il statue sur une matière qui rentre dans le cercle de son activité légale. Mais en faisant cet acte il poursuit manifestement un but contraire à celui qu'a eu le législateur en lui donnant compétence. L'acte fait par le fonctionnaire contrairement à ce but doit être frappé de nullité; le fonctionnaire n'a pas violé la lettre de la loi qui fixe sa compétence; cependant malgré l'apparence, il agit en dehors de sa compétence; il commet un excès de pouvoir; il peut vouloir légitimement et efficacement conformément à un but reconnu légitime par le droit objectif; mais il ne peut vouloir juridiquement contrairement à ce but. Or le but, reconnu légitime ici par le droit objectif, est le but en vue duquel la fonction a été instituée, le fonctionnaire nommé, la compétence fixée. Tout acte fait par le fonctionnaire, qui n'est pas conforme à ce but, doit être sans effet en droit, puisqu'il lui manque la condition même nécessaire pour la validité de tout acte d'ordre juridique.

Une législation ne sera donc véritablement protectrice de la solidarité sociale, synthèse des intérêts collectifs et des intérêts individuels; elle ne protègera véritablement les particuliers contre l'arbitraire des agents étatiques que si elle organise un système pouvant réprimer

non seulement les violations formelles des lois sur la compétence, mais encore les violations du but en vue duquel telle fonction a été créée, telle compétence a été établie. C'est à l'art juridique qu'il appartient de construire les procédés les meilleurs pour obtenir effectivement ce résultat. Encore ici la jurisprudence du conseil d'Etat français a lentement élaboré une institution curieuse et féconde, le recours pour détournement de pouvoir, qui répond à peu près complètement au desideratum qu'on vient d'indiquer. On insistera quelque peu sur ce point, parce qu'on y voit un acheminement de la jurisprudence positive vers des conceptions juridiques que nous croyons seules exactes, et qui doivent à notre sens triompher tôt ou tard. La valeur d'un acte s'apprécie non pas d'après son objet, mais d'après le but qui détermine la volonté dont il émane[1].

M. Aucoc qui, en sa qualité de commissaire du gouvernement près le conseil d'Etat, n'a pas été sans contribuer à la formation de cette théorie, définit ainsi le détournement de pouvoir : « C'est le fait d'un agent de l'administration, qui tout en faisant un acte de sa compétence et en suivant les formes prescrites par la législation, use de son pouvoir pour des cas ou des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué[2]. » Le conseil d'Etat a donné une définition analogue, en disant dans ses arrêts que l'acte est annulé parce que son auteur « a usé des pouvoirs qui lui appartenaient pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui étaient conférés ». M. Laferrière, commentant cette formule, écrit : « Le détournement de pouvoir constitue donc un abus du mandat que l'administrateur a reçu ; celui qui le commet prend, sous une fausse apparence de légalité, des décisions qu'il ne lui appartient

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. II.
2. Aucoc, *Conférences de droit administratif*, t. II, p. 531, 2e édit.

pas de prendre, et qui sont ainsi entachées d'une sorte d'incompétence, sinon par les prescriptions qu'elles édictent, du moins par le but qu'elles poursuivent[1]. » Mais M. Laferrière ajoute : « Le détournement de pouvoir est donc une véritable illégalité qui peut entacher un acte discrétionnaire, malgré la pleine liberté de décision, qui paraît inhérente aux actes de cette nature; cette illégalité résulte de ce que l'administrateur poursuit un but qu'il n'a pas le droit de poursuivre par les moyens qu'il emploie ou qui même lui est complètement interdit comme étant en dehors des attributions de l'administration. Dans ce dernier cas, le détournement de pouvoir peut constituer un véritable cas d'incompétence[2]. » Le savant auteur a tort de dire que ce n'est que dans un cas que le détournement de pouvoir constitue un véritable cas d'incompétence; il a tort de laisser entendre qu'il y a une assimilation possible, non une identité véritable. C'est toujours et dans tous les cas que le détournement de pouvoir constitue véritablement la violation d'une loi sur la compétence. Il importe de l'affirmer. La compétence est à la fois le pouvoir d'agir suivant certaines formes, d'agir dans un certain domaine et d'agir dans un certain but. Le fonctionnaire viole la loi de compétence lorsqu'il agit sans les formes prescrites, lorsqu'il sort du domaine fixé à son activité fonctionnelle, et enfin lorsqu'il n'agit point dans le but qu'a eu en vue la loi en créant la fonction et en établissant la compétence. D'ailleurs le conseil d'Etat paraît bien avoir compris cette identité du détournement de pouvoir et de la violation d'une loi sur la compétence; M. Laferrière lui-même rappelle très justement que le conseil d'Etat rattache le détournement de pouvoir à la théorie de l'excès de pouvoir, et « qu'il a plus d'une fois

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 548.
2. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 549.

annulé pour incompétence — en réalité pour détournement de pouvoir — des actes dont le dispositif semblait irréprochable, mais dont les motifs et les mobiles plaçaient l'administrateur en dehors de ses attributions légales[1]. »

Le principe ne peut donc soulever aucune difficulté, ni théoriquement, ni devant la jurisprudence française. Le fonctionnaire, qui statue sur une matière pour laquelle il est légalement compétent, outrepasse cependant sa compétence, viole cependant la loi de compétence, s'il commet un détournement de pouvoir. Mais la difficulté est évidemment de faire pratiquement la preuve de l'intention mauvaise, illégale du fonctionnaire. Si tous les moyens de preuve étaient recevables, les abus seraient faciles et on pourrait craindre que les particuliers n'en profitassent pour critiquer tous les actes de l'autorité administrative, entraver son action par des attaques incessantes et des recours téméraires. Le conseil d'Etat a donc raison de se montrer relativement sévère dans la recevabilité des moyens de preuve invoqués pour établir le détournement de pouvoir. M. Laferrière résume ainsi cette jurisprudence : « La preuve du détournement de pouvoir doit résulter autant que possible de documents émanés de l'administration elle-même et versés par elle au dossier, soit spontanément, soit sur la demande que le conseil a pu faire en communiquant le pourvoi au ministre compétent. Parmi ces documents, on peut mentionner : les motifs que l'auteur de l'acte a lui-même insérés dans sa décision; la correspondance qui l'a précédée ou suivie et qui en a fait connaître la portée, les instructions du supérieur hiérarchique d'après lesquelles la décision a été prise... Le conseil peut aussi se fonder sur les circonstances de fait révélées

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 549.

par l'instruction écrite et d'où naissent des présomptions graves, précises et concordantes; mais nous ne pensons pas qu'il puisse aller jusqu'à ordonner des mesures d'instruction pour rechercher lui-même quelles ont été ces circonstances[1]. »

Il va sans dire que le recours pour excès de pouvoir ayant le même fondement que le recours pour incompétence, ou pour mieux dire étant véritablement un recours pour incompétence, tout ce qui a été dit au paragraphe précédent reçoit ici son application.

On trouvera dans les différents traités de droit administratif et surtout dans le grand ouvrage de M. Laferrière l'indication des principales espèces où le conseil d'Etat a fait l'application du principe qu'on vient d'indiquer. Nous appellerons seulement l'attention du lecteur sur les décisions du conseil d'Etat en matière de domaine public. On y voit comment les deux règles souvent formulées : l'administration a un pouvoir discrétionnaire sur le domaine public, et, le domaine public étant inaliénable, les concessions qui sont faites sur lui sont toujours révocables; comment ces deux règles sont très justement et très largement tempérées par la jurisprudence du conseil d'Etat. Les fonctionnaires administratifs ont une compétence relative au domaine public, mais dans un seul but, assurer la réalisation des buts auxquels est affecté le domaine, c'est-à-dire l'usage public et les services publics[2]. Il en résulte que toute décision portant sur le domaine public, soit qu'elle accorde une concession, soit qu'elle retire une concession ou une autorisation, sera entachée de détournement de pouvoir, si elle est déterminée par un autre but que l'affectation du domaine à l'usage et aux

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 550.
2. Voir sur le domaine public la théorie très intéressante et très exacte de M. Hauriou, *Droit administratif*, p. 608 et suiv., 4e édit., 1900.

services publics. Ainsi le conseil d'Etat a justement annulé des décisions « qui tendaient à supprimer l'usage public des plages, à le monopoliser au profit d'une commune ou d'un concessionnaire, ou à imposer au public l'obligation de payer une redevance pour accéder à la mer[1]. » De même le conseil d'Etat a décidé très justement « que le retrait des permissions et autorisations concédées sur le rivage de la mer ne peut pas être prononcé pour des motifs purement financiers[2]. » Plusieurs arrêts ont décidé encore que les permissions de voirie accordées par l'autorité municipale « ne pouvaient être légalement révoquées pour des motifs étrangers à la conservation et à la liberté de la voie publique[3]. »

Mais, au contraire, le conseil d'Etat a toujours rejeté les recours pour détournement de pouvoir, dirigés contre les actes par lesquels l'administration refuse des autorisations de voirie; il a décidé que le refus d'autorisation « n'est pas de nature à être déféré à la juridiction contentieuse par application des lois des 7-10 octobre 1790 et 24 mai 1872[4] ». Cette distinction entre les retraits et les refus d'autorisation a été critiquée. « Dans les deux cas, a-t-on dit, il y a décision discrétionnaire se rattachant à l'exercice d'un pouvoir de police; or si le détournement de pouvoir peut entacher les décisions qui suppriment des autorisations précaires et révocables, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas également vicier les décisions qui refusent de les délivrer[5]. » La critique nous paraît très juste. S'il est exact comme paraît l'admettre le conseil d'Etat et comme nous le croyons, que les pouvoirs de l'administration sur la

1. Voir, notamment, arrêt du conseil d'Etat, 30 avril 1883.
2. Voir arrêt du conseil d'Etat du 21 novembre 1873.
3. Voir arrêts du conseil d'Etat du 13 février 1886 et du 4 janvier 1895.
4. Voir arrêts du conseil d'Etat du 6 mars 1885 et du 26 novembre 1886.
5. *Recueil* de Lebon, 1885, p. 266, note sur l'arrêt du 6 mars 1885.

voie publique sont limités par l'affectation même de la voie publique, un refus d'autorisation, de même qu'une retrait d'autorisation, n'est compétemment fait qu'à la condition d'être déterminé dans la pensée de l'administrateur par les nécessités de la circulation. Provoqué par un autre but, le refus d'autorisation sera certainement entaché d'excès de pouvoir. Nous ne voulons pas dire par là que tout administré ait un droit subjectif à obtenir une autorisation de voirie; il n'a point ce droit, pas plus d'ailleurs que le permissionnaire n'a le droit subjectif de conserver sa permission. Dans les deux cas, il y a une simple question de pouvoir objectif, de compétence. L'administrateur n'est compétent pour prendre une mesure sur la voie publique qu'à la condition qu'il soit déterminé par un but conforme à la destination de la voie publique, qu'à la condition par conséquent que cette mesure soit destinée à garantir la libre circulation. Il n'est pas compétent pour retirer une autorisation, si ce n'est pas en vue d'assurer la libre circulation; il n'est pas non plus compétent pour refuser une autorisation, si son refus n'est pas fondé sur les nécessités d'assurer la libre circulation. Les raisons, par lesquelles M. Laferrière a essayé de justifier la distinction faite par la jurisprudence entre le refus et le retrait d'autorisation, ne tiennent pas. L'administration qui refuse une autorisation, dit-il, ne lèse point un intérêt; au contraire en retirant une autorisation, elle supprime un état de fait et lèse directement les intérêts qui s'y rattachent. Cela n'est pas toujours vrai; car l'indivdu, qui se voit refuser une autorisation de voirie, peut, en fait, en éprouver un préjudice plus grave que celui qui, l'ayant obtenue, en est privé. M. Laferrière ajoute : « L'administration, qui refuse une autorisation de voirie, ne lèse point un droit; au contraire, en retirant une autorisation

donnée, on peut dire qu'elle lèse un droit, car la partie qui a obtenu une autorisation reconnue compatible avec l'usage et la conservation du domaine public..., a le droit de n'en être privé que si les intérêts de ce domaine l'exigent[1]. » Que l'administré n'ait pas de droit subjectif à obtenir une concession sur la voie publique, c'est incontestable. Mais le concessionnaire n'a pas davantage de droit subjectif au maintien de sa concession; ou, s'il a un droit à ce que sa concession ne lui soit enlevée que dans l'intérêt du domaine, on ne voit pas pourquoi l'administré n'aurait pas aussi le droit que la concession ne lui fût refusée que dans l'intérêt du domaine. D'ailleurs, le recours pour détournement de pouvoir, étant un véritable recours pour incompétence, n'est jamais fondé sur un droit subjectif; M. Laferrière paraît le reconnaître implicitement. On ne peut donc le déclarer non-recevable sous prétexte que le demandeur n'est pas titulaire d'un droit.

Dans un arrêt récent le conseil d'Etat a fait une nouvelle et intéressante application du détournement de pouvoir. Un agent de police avait dressé procès-verbal contre une débitante de boissons qui avait tenu son débit ouvert après l'heure réglementaire; et le tribunal de police avait condamné ladite débitante. Le maire suspend l'agent de police par un arrêt non motivé; mais il résultait d'une lettre adressée au commissaire de police que le maire avait suspendu l'agent à cause de ce procès-verbal qui était cependant fondé, puisque la débitante avait été condamnée. Sur le recours de l'agent, le conseil d'Etat a annulé l'arrêt du maire « considérant qu'il résulte des termes mêmes de la lettre du maire... qu'en frappant l'agent de police... le maire a agi dans un but autre que la sauvegarde des

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 553.

intérêts qui lui sont confiés et qu'il a par suite excédé les pouvoirs à lui conférés par la loi[1]. » C'est parfaitement jugé, et nous retenons ce considérant qui montre que le conseil d'Etat assimile complètement le détournement de pouvoir à l'excès de pouvoir. Le conseil d'Etat a fait par cet arrêt une féconde et heureuse application de l'idée de but.

Il est inutile au reste d'insister davantage sur le recours pour détournement de pouvoir. Nous tenions seulement à le signaler comme particulièrement symptomatique du rôle que va jouer de plus en plus l'élément but dans le domaine du droit positif et de la jurisprudence.

## VI

Toutes les législations modernes assurent aux individus, investis d'une fonction, certains profits, qui se traduisent en des formes diverses, suivant les pays, suivant les époques, suivant les fonctionnaires et qui ont pour but, d'une manière tout à fait générale, de compenser, dans une certaine mesure, les charges qui incombent aux fonctionnaires du fait de la fonction. Il est impossible d'énumérer tous les profits, qui sont assurés aux fonctionnaires dans les différentes organisations modernes. Il suffit de rappeler le traitement et la pension de retraite, les avantages pécuniaires accessoires, comme les frais de bureau, de représentation, de déplacement. Un autre profit de la fonction est l'avancement, qui entraîne en général augmentation d'un traitement et qui doit avoir lieu souvent d'après

1. S., 1901, III, p. 57, — avec une note de M. Hauriou qui très justement approuve la solution de l'arrêt. — Conclusions contraires du commissaire du gouvernement, M. Romieu.

un ordre établi par la loi ou les règlements. En outre, certains fonctionnaires sont placés dans cette situation qu'ils ne peuvent être révoqués ou même déplacés qu'après l'accomplissement de certaines formalités et l'intervention parfois d'une véritable juridiction. Enfin les fonctionnaires ont aussi certains avantages honorifiques. Nous avons essayé d'établir, dans les pages qui précèdent, que la compétence n'était pas un droit subjectif, qu'elle n'était certainement pas un droit subjectif dont le fonctionnaire serait le sujet. Mais l'ensemble des profits attachés à la fonction, qui, presque tous, se traduisent finalement en un avantage pécuniaire, ne forment-ils pas l'objet d'un véritable droit subjectif appartenant au fonctionnaire. On pose souvent la question dans les termes suivants : le fonctionnaire a-t-il un droit sur sa fonction? On le peut évidemment, sous la condition, bien entendu, qu'en parlant de droit sur la fonction on ne vise pas le droit à la compétence, qui n'existe certainement pas, mais seulement le droit aux profits, en général pécuniaires, qui se rattachent à la fonction. Nous répondons : le fonctionnaire n'a point un droit subjectif sur sa fonction ; les profits qui y sont attachés ne sont point l'objet d'un droit subjectif dont le fonctionnaire serait le sujet.

Jellinek fait ici l'application de la distinction, déjà indiquée, entre l'organe et l'individu support de l'organe. Mais il combine cette distinction avec la théorie, qu'il admet avec Laband, sur le contrat de service public et la nomination à une fonction, théorie qui cadre très justement avec les dispositions de la loi allemande de 1873 sur les fonctionnaires [1]. Après avoir rappelé que dans le rapport de fonction, il y a deux choses à distinguer, la création du rapport de service

1. Voir *supra*, chap. IV, § 3.

d'Etat et la concession de la fonction, Jellinek explique que du contrat de service public résulte « une qualification active qui consiste en ce que l'agent de l'Etat acquiert le droit de valoir comme tel, c'est-à-dire d'être reconnu comme tel par l'Etat. » L'agent de l'Etat a donc des droits en tant qu'individu ; mais ces droits ne sont pas à vrai dire des droits à la fonction ou sur la fonction ; ce sont des droits au profit individuel consistant, non pas à être fonctionnaire, mais à être au service de l'Etat, si bien que ces droits existent même au profit de l'agent de l'Etat, qui ne possède encore aucun emploi ou qui se trouve en disponibilité. D'ailleurs Jellinek résume très nettement sa pensée : « Il existe ainsi, dit-il, un droit individuel à la reconnaissance de la qualité de *Staatsdiener*, acquise par l'établissement, droit qui est protégé par les lois sur les fonctionnaires et pour les juges par les prescriptions constitutionnelles. Tandis que pour les organes directs, il y a un droit à la qualité d'organe, pour le *Staatsdiener* le droit consiste seulement à être reconnu dans la qualification de pouvoir être organe, qualification supérieure acquise par lui et cela parce qu'à cette qualification se rattachent une série de droits. Le contenu du droit de *Staatsdiener* vis-à-vis de l'Etat n'est pas un droit sur la fonction, mais un droit au maintien juridique du rapport de service [1]. »

L'auteur reconnaît ainsi que l'individu qui est derrière le fonctionnaire se trouve titulaire à l'occasion de ses fonctions de droits subjectifs. Il insiste énergiquement pour bien montrer que les droits ne sont ni des droits à la fonction, ni des droits sur la fonction, laquelle reste, comme telle, à la disposition entière de l'Etat, que relativement à la fonction l'agent de

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 169, et surtout p. 171.

l'Etat ne peut profiter que des réflexes du droit objectif, mais que ces droits subjectifs de l'individu au service de l'Etat résultent uniquement du rapport de service public et ont pour objet seulement les profits de la fonction. Laband[1] affirme aussi très nettement que, si le fonctionnaire a des droits, ces droits n'ont point pour objet les fonctions, mais les différents avantages qui résultent du contrat de service public. Cette distinction, faite par les auteurs allemands entre le service public et la fonction, la fonction proprement dite ne pouvant fonder aucun droit subjectif pour l'agent, le rapport de service public entraînant seul pour l'agent certains droits subjectifs, peut être en harmonie avec la législation positive allemande. Mais elle ne nous paraît pas avoir théoriquement l'importance que ces publicistes paraissent lui attribuer. La distinction peut être utile pour déterminer le caractère juridique de la nomination; mais elle est sans valeur pour résoudre la question de savoir si l'individu, agent de l'Etat, se trouve titulaire en cette qualité de droits subjectifs. Il a certainement des profits; il faut dire si ces profits constituent des droits subjectifs, et la solution du problème est tout à fait étrangère au point de savoir si ces profits résultent du rapport de service public ou de l'investiture unilatérale de la fonction.

M. Hauriou pose bien nettement la question : une certaine situation est faite aux fonctionnaires; la question est de savoir si cette situation est simplement le bénéfice légal résultant d'une disposition de la loi, ou si, au contraire, elle constitue un véritable droit acquis pour le fonctionnaire. M. Hauriou répond en faisant une distinction. « Pour les fonctionnaires ordinaires, dit-il, qui n'ont pas d'état, les avantages de la situation

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 464, 4e édit., 1901; édit. franç., 1902, t. II, p. 198.

sont précaires et ne constituent point des droits acquis[1]; néanmoins comme la situation est légale, les fonctionnaires ont un intérêt légitime à ce qu'elle ne soit pas modifiée par des décisions contraires à la légalité; ils sont donc recevables à intenter le recours pour excès de pouvoir contre les décisions illégales qui porteraient atteinte à cette situation; ils sont en cela comparables à des concessionnaires du domaine public[2]. Pour les fonctionnaires privilégiés qui ont un état, certains avantages de la situation constituent des droits; mais contre les décisions qui porteraient atteinte à ces droits les fonctionnaires ne peuvent se pourvoir que par le recours pour excès de pouvoir, parce que les décisions relatives aux fonctionnaires sont toujours des actes d'autorité[3]. » Parmi ces fonctionnaires privilégiés M. Hauriou cite, pour la France, les officiers, les magistrats assis, les professeurs, les officiers ministériels. Notre but est d'établir que la situation faite au fonctionnaire ne constitue jamais, ne peut jamais constituer pour lui une véritable situation subjective, qu'il n'a jamais un droit véritable ni sur sa fonction, ni même sur les profits de sa fonction, et que la distinction faite par M. Hauriou entre les fonctionnaires qui ont un état, et ceux qui n'en ont pas, n'est vraie ni en théorie, ni dans le droit positif français. Pour faire cette preuve, le mieux est de passer successivement en revue les différents profits attribués aux fonctionnaires.

Le profit le plus apparent, le plus immédiat et le plus général est le traitement et les différents avantages pécuniaires accessoires qui s'y rattachent. Ce n'est

1. M. Hauriou emploie certainement la mauvaise expression *droits acquis* dans le sens que nous donnons à l'expression *droits subjectifs*.
2. Nous repoussons énergiquement cette comparaison.
3. Hauriou, *Droit administratif*, 4e édit., 1900, p. 591 et 594.

point à dire cependant que le traitement soit nécessairement une condition de la qualité de fonctionnaire. Il y a dans tous les pays et particulièrement en France des agents, qui ont certainement le caractère de fonctionnaires et qui cependant ne reçoivent aucun traitement. Au premier rang on peut citer le maire, qui est certainement un agent de l'Etat. Le moment n'est pas encore venu de rechercher s'il a un autre caractère; d'ailleurs la solution de cette question est sans intérêt pour le problème actuel[1]. M. Hauriou écrit : « Il y a lieu de distinguer le droit éventuel au traitement et le droit acquis : le droit éventuel au traitement est déterminé par les lois et les règlements...; le droit acquis au traitement ne se réalise qu'après les services faits et à la condition que la situation du fonctionnaire par rapport à sa fonction soit au préalable régulièrement établie[2]. » Malgré ces expressions que nous ne goûtons guère « droit éventuel et droit acquis », M. Hauriou exprime au fond une idée exacte. Par application de la loi fonctionnelle, l'agent institué acquiert le pouvoir objectif de pouvoir vouloir obtenir le payement d'une certaine rétribution. Jusque-là le traitement ne constitue point un droit subjectif pour le fonctionnaire, mais simplement un pouvoir objectif. Seulement, il arrive un moment où le fonctionnaire devient véritablement créancier, à l'occasion de son traitement, contre le patrimoine public, d'une certaine somme d'argent; il devient alors, en ce qui concerne le traitement, titulaire d'un véritable droit subjectif. Reste à savoir à quel moment et par l'effet de quel acte de volonté le fonctionnaire devient ainsi titulaire d'un droit subjectif ayant un effet pécuniaire.

1. Voir *infra*, chap. VI, § 4.
2. Hauriou, *loc. cit.*, p. 599.

La première proposition nous paraît incontestable. Si par le fait même de la nomination, le fonctionnaire devenait créancier de son traitement, il faudrait voir dans le traitement la rétribution du mandat donné au fonctionnaire ou le salaire du contrat de louage intervenu, ou d'une manière plus générale la compensation de la charge imposée au fonctionnaire. Cette créance du traitement aurait alors pour cause l'acte de nomination du fonctionnaire. Or cet acte n'est pas un contrat; cela a été établi. Cet acte n'est pas non plus un acte unilatéral, produisant une situation de droit subjectif; il est simplement la condition d'application d'une loi; il ne peut donc donner naissance à un droit de créance du traitement. D'autre part, il n'y a point de correspondance permanente entre le montant du traitement et l'étendue de la charge imposée au fonctionnaire. Les lois, qui ont établi un traitement pour une fonction, ont voulu surtout, comme le fait observer Jellinek, permettre au fonctionnaire de maintenir dans la société son rang conformément à l'importance des fonctions qui lui sont confiées. Avec Laband on peut y voir une pension alimentaire créée par la loi de fonction. « L'opinion, dit Jellinek, qui, tout en y voyant des droits de droit public, comprend les obligations de l'Etat vis-à-vis des fonctionnaires comme les prestations dues en retour des services rendus, n'est pas soutenable. Il y a des fonctionnaires pour lesquels il n'y a ni traitement, ni retraite, bien que la quantité de travail donnée et l'absorption de toute activité ne soient pas pour eux moindres que pour des fonctionnaires payés, et parfois l'agent de l'Etat sans emploi a un traitement. Enfin le montant du traitement n'est point déterminé d'après la quantité et la qualité du service fourni. Dans l'établissement des divers traitements, l'idée de rétribution est

dominée par d'autres considérations de pur droit public[1]. »

Ces diverses observations sont très exactes; elles montrent que le traitement n'est pas établi en vue du fonctionnaire, mais en vue de la fonction, et, d'une manière plus générale, en vue de la réalisation de la mission qui s'impose à l'Etat. Cette mission, les moyens de la réaliser sont déterminés par la loi proprement dite. Il en résulte évidemment que le droit du traitement a un caractère purement objectif. Ce n'est point un salaire établi au profit du fonctionnaire après entente entre lui et l'Etat. On a montré plus haut le rôle tout à fait secondaire que joue le consentement de l'agent dans la nomination. La nomination elle-même n'est que le fait qui conditionne l'application de la loi de fonction. Cette condition réalisée, la loi de fonction s'applique avec toutes ses conséquences. Le fonctionnaire a un pouvoir objectif, qui lui permet de faire certains actes juridiques, la compétence; il a, on le verra plus loin, certains devoirs objectifs; enfin, il a le pouvoir objectif de devenir à un moment donné créancier d'une certaine somme contre le trésor public. C'est pourquoi ce pouvoir relatif au traitement se modèle sur la loi, subit toute les variations de la loi et peut être modifié par la loi sans que le fonctionnaire puisse se plaindre, sans que cette loi soit arbitraire et dictatoriale. Le législateur peut toujours modifier en plus ou en moins les traitements établis par les lois antérieures; ces modifications s'appliquent certainement, non seulement aux fonctionnaires qui seront nommés à l'avenir, mais aux fonctionnaires déjà nommés au moment de la modification législative. M. Laferrière

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 172-173. — Cf. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 469, 4e édit., 1901; édit. franç., 1902, t. II, p. 207.

écrit à ce sujet : « Les prestations pécuniaires que l'Etat doit fournir à ses fonctionnaires en activité ou en retraite, n'ayant pas un caractère contractuel, il s'en suit qu'elles peuvent être modifiées par des décisions nouvelles, aussi bien à l'égard des fonctionnaires en exercice que des fonctionnaires à venir. Ce point est hors de doute pour les traitements, qui sont alloués en vue de la fonction plutôt que de la personne qui l'exerce. Aussi toutes les fois que des modifications se produisent sans être accompagnées de réserves spéciales, les agents en fonction doivent profiter de l'augmentation ou subir la diminution, sans que ni eux, ni l'Etat puissent se prévaloir des décisions qui étaient en vigueur au moment de la nomination. Il est même plus d'une fois arrivé que des lois spéciales, voulant alléger les charges du Trésor, ont imposé après coup aux agents de l'Etat le sacrifice d'une part de leur émolument : lois du 17 floréal an VII, du 18 avril 1831, décret-loi du 6 avril 1848[1]. »

Il est donc incontestable et incontesté que toute loi diminuant le traitement s'applique à tous les fonctionnaires, même aux fonctionnaires nommés antérieurement. Mais la raison qu'en donne M. Laferrière n'est pas bonne. En disant qu'il en est ainsi parce que le traitement ne résulte pas d'un contrat, on est conduit à dire que l'Etat pourrait par un acte individuel diminuer le traitement d'un fonctionnaire déterminé. Or cela il ne le peut point, sauf en matière disciplinaire et suivant des formes et dans des conditions déterminées par la loi de la fonction. Le parlement lui-même ne pourrait pas par une disposition individuelle diminuer le traitement d'un fonctionnaire déterminé. L'Etat est lié par la loi tant qu'elle existe ; il peut la

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 193-194, 2e édit., 1896.

modifier, mais seulement par voie générale en la remplaçant par une autre loi. Le parlement ne pourrait pas non plus diminuer les traitements affectés à telle ou telle fonction en diminuant, par voie budgétaire, les crédits nécessaires pour les payer. Nous nous sommes expliqué ailleurs sur le caractère du budget[1]. Ainsi donc si la loi peut diminuer le traitement des fonctionnaires déjà nommés, ce n'est pas parce que le traitement n'a pas un caractère contractuel, c'est parce qu'il a un caractère légal et ne constitue pas un droit subjectif pour le fonctionnaire. D'ailleurs et d'autre part, le traitement pourrait constituer un droit subjectif pour le fonctionnaire et échapper, par conséquent, aux diminutions apportées par une loi, alors même qu'il résulterait d'un acte unilatéral de l'Etat, puisque nous avons affirmé à plusieurs reprises, et démontré, nous l'espérons, que la volonté unilatérale des gouvernants ou des particuliers peut créer une situation juridique subjective. La question de contrat est donc complètement étrangère au point de savoir si la loi nouvelle modifiant le traitement s'applique ou non aux fonctionnaires déjà nommés. Elle s'applique parce que le traitement est la conséquence de l'application aux agents de la loi de fonction et qu'il subit toutes les variations de cette loi. De même que l'Etat ne peut refuser de payer le traitement augmenté par la loi nouvelle, de même les agents, même en fonction, ne peuvent se plaindre de la diminution qui a été faite.

Mais il est certain qu'à un moment donné le fonctionnaire devient véritablement titulaire d'un droit subjectif à l'occasion de son traitement, titulaire d'une

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. VII, § 2 : — Cf. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 196 et suiv., 2e édit., 1896 ; — Bouvier et Jèze, *la Véritable notion de la loi et la loi annuelle des finances*, *Revue critique*, 1897, p. 445.

créance pécuniaire contre le trésor public. Reste à déterminer ce moment. La chose ne laisse pas de présenter de sérieuses difficultés. D'après M. Hauriou, « le droit acquis au traitement ne se réalise qu'après les services faits, et à la condition que la situation du fonctionnaire par rapport à sa fonction soit au préalable régulièrement établie[1] ». Comme notre collègue, nous reconnaissons que chaque douzième échu est une dette véritable de l'Etat. L'intérêt de cette proposition est considérable, parce que si une loi intervient, diminuant les traitements, elle s'appliquera bien aux douzièmes à échoir, mais non pas aux douzièmes déjà échus et non payés au moment de sa promulgation. Mais pourquoi le traitement, qui ne constituait qu'un pouvoir objectif, devient-il après l'échéance un véritable droit subjectif? La simple arrivée d'un terme ne peut pas évidemment transformer un pouvoir objectif en un droit subjectif. Il faut un acte de volonté. En quoi consiste-t-il ? M. Hauriou semble indiquer qu'il consiste dans l'acte qui établit la situation du fonctionnaire, soit l'acte de nomination, soit l'acte qui replace un fonctionnaire en activité quand celui-ci a été mis indûment en congé d'inactivité ou à la retraite[2]. Assurément pour que le fonctionnaire ait un droit subjectif au payement de son traitement, un acte de ce genre est nécessaire. Cependant telle n'est pas la cause efficiente du droit subjectif au traitement; car un acte semblable n'est que la condition d'application de la loi, d'où résulte le pouvoir objectif du fonctionnaire avec toutes ses conséquences, et notamment le pouvoir de devenir créancier du trésor. Il faut donc trouver un autre acte de volonté, qui soit la cause efficiente du droit subjectif au traitement échu. Cet acte de vo-

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 599, 4e édit., 1900.
2. Hauriou, *loc. cit.*, p. 591 et 599.

lonté ne peut être que la manifestation plus ou moins expresse de la volonté du fonctionnaire, à chaque échéance, de devenir créancier de l'Etat dans les limites du pouvoir objectif qui résulte de la loi fonctionnelle. Dans la pratique cette manifestation de la volonté du fonctionnaire se révèle par la signature apposée sur les états de traitement qu'il signe tous les mois. Il est certain aussi que, si par impossible le fonctionnaire refusait de signer ces états ou manifestait d'une manière quelconque la volonté de ne pas devenir créancier de l'Etat pour le douzième échu, la créance du traitement ne prendrait point naissance, de même que cette créance étant née, il n'y aurait pas de raison de ne pas reconnaître la validité de toute renonciation du fonctionnaire au douzième échu, quand, au contraire, toute renonciation au traitement à venir serait nulle et non avenue.

Cette distinction entre le pouvoir objectif impliquant possibilité de devenir créancier du traitement, et le droit subjectif au traitement pour les douzièmes échus et voulus par le fonctionnaire, se traduit dans la procédure qui pourra être suivie devant les juridictions administratives. On verra plus loin qu'au cas de révocation d'un fonctionnaire celui-ci a certainement le recours pour excès de pouvoir à l'effet d'obtenir annulation de l'acte de révocation pour incompétence ou vice de forme, et qu'il y a là purement et simplement un cas de contentieux objectif; d'où il résulte que par ce recours le fonctionnaire ne peut obtenir aucune condamnation contre l'Etat, ne peut obtenir aucune indemnité pour le préjudice que lui a causé la révocation. Au contraire, la mise à la retraite et la révocation étant annulées, et le fonctionnaire étant réintégré par l'autorité supérieure conformément à l'arrêt prononçant l'annulation, celui-ci pourra par un autre recours actionner l'Etat et obtenir sa condamnation au payement des arré-

rages échus et non payés. C'est alors un recours subjectif ayant pour but d'assurer la réalisation d'une situation subjective. Le conseil d'Etat a fait à plusieurs reprises l'application de cette distinction. Par son arrêt du 24 février 1899, le conseil d'Etat avait prononcé pour incompétence et vice de forme l'annulation de l'arrêté ministériel mettant à la retraite deux lieutenants de vaisseau et notamment M. Pierre Loti; mais conformément à notre proposition il avait refusé de statuer sur la réintégration dans leur grade et le rappel du traitement que les demandeurs prétendaient leur être dû. A la suite d'un nouveau recours, et celui-là de pleine juridiction, ou recours subjectif, M. Pierre Loti obtint, par un arrêt du 1er décembre 1900, sa réintégration à une date déterminée sur le tableau d'avancement. On trouvera une solution dans le même sens dans un arrêt du conseil d'Etat du 6 août 1898, pour le bibliothécaire du ministère de la marine[1]. Mais cependant, par un arrêt du 2 décembre 1898, le conseil d'Etat paraît avoir, par le même arrêt, annulé l'arrêté ministériel mettant d'office à la retraite un sous-directeur de l'administration de la marine, et condamné l'Etat au payement des arrérages de sa solde depuis la date de sa mise à la retraite jusqu'à la date de sa réintégration effective dans un emploi de son grade[2]. Ce dernier arrêt révèle une tendance du conseil d'Etat à ne pas maintenir la séparation absolue du contentieux objectif et du contentieux subjectif, quand les deux recours sont de sa compétence, tendance que nous ne saurions approuver sans réserve.

Ce qui vient d'être dit pour le traitement s'applique

1. S., 1899, III, 105, et une note de M. Hauriou, qui soutient que certains fonctionnaires ont véritablement un droit subjectif sur la fonction elle-même; nous espérons démontrer plus loin qu'il n'en est ainsi pour aucun fonctionnaire, même pas pour les magistrats inamovibles ou les officiers dits propriétaires de leurs grades.

2. S., 1900, III, p. 38.

tel quel à la pension de retraite. M. Hauriou définit la pension : « Une rente viagère à titre d'aliments servie au fonctionnaire qui est placé dans la situation de retraite, lorsque certaines conditions sont réunies[1]. » La définition est exacte. Il suffit d'ajouter que la pension de retraite n'est autre chose que la continuation du traitement, toutefois diminué, après la cessation du service actif, quand ce service a duré un certain temps et quand il était assez absorbant pour que le fonctionnaire ne pût se procurer d'autres revenus. Il suit de là que le caractère juridique de la pension est exactement le même que celui du traitement. La pension de retraite est donc en principe un simple pouvoir objectif du fonctionnaire, pouvoir impliqué par la loi de la fonction. Mais il arrive un moment où la pension est un droit subjectif du fonctionnaire, où celui-ci devient créancier contre l'Etat du montant de sa retraite. Le point encore délicat est de déterminer ce moment.

En France, la loi fondamentale sur les pensions de retraites est la loi du 9 juin 1853, qui donne pour base à la pension de retraite certaines retenues opérées sur le traitement actif du fonctionnaire. Depuis, de nombreuses modifications de détail sont intervenues. On en trouvera l'indication dans tous les traités de droit administratif ou de législation financière. Exceptionnellement certains fonctionnaires, comme les conseillers d'Etat, les préfets et les sous-préfets reçoivent une retraite sans être soumis à retenue. D'autre part, il est certain qu'en fait les retenues opérées ne suffisent pas pour solder le montant total des pensions. Mais le principe de la retenue prouve que la pension n'est bien qu'une dépendance du traitement. La pensée du législateur est d'imposer une sorte d'économie au fonctionnaire sur

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 600, 4e édit., 1900.

son traitement. Cette retenue exercée, le fonctionnaire ne devient point par là même créancier contre l'Etat du montant de sa retraite, ni même du montant des retenues. C'est ainsi que le fonctionnaire ne peut point réclamer au trésor les retenues qu'il a subies, lorsqu'il quitte ses fonctions avant le temps et l'âge requis pour la retraite, même pour une cause indépendante de sa volonté[1], ni surtout se prévaloir de ces retenues pour prétendre qu'il a droit de conserver son emploi jusqu'à l'âge et pendant le temps requis pour la retraite. A l'inverse l'Etat ne pourrait point invoquer le non-versement des retenues pour décliner tout ou partie de ses obligations au payement de la pension. Un avis du conseil d'Etat du 12 juillet 1892 déclare que l'Etat peut exiger, même par voie d'arrêt de débet, le remboursement des retenues non opérées, mais que dans aucun cas le défaut de retenue ne peut faire obstacle à la reconnaissance du droit à la pension[2]. Cela montre que, si la pension constitue un pouvoir objectif pour le fonctionnaire, elle implique aussi un devoir objectif pour l'Etat, devoir objectif auquel l'Etat ne peut pas se soustraire tant que sont en vigueur la loi de fonction et ses dispositions relatives à la pension de retraite. Mais le législateur peut toujours modifier la loi de fonction, et notamment ses prescriptions concernant la pension de retraite, à la condition qu'il procède par voie générale. La disposition législative nouvelle, qui modifie en moins ou en plus la pension de retraite, s'applique à tous les fonctionnaires, même aux fonctionnaires nommés et en fonction au moment où est portée cette loi, même aux fonctionnaires qui auraient versé les retenues conformément aux lois anciennes, retenues plus fortes par hypo-

1. Arrêts du conseil d'Etat 20 février 1868, 13 décembre 1889.
2. Voir dans le même sens, arrêt du conseil d'Etat 3 mars 1893.

thèse que celles imposées par la loi nouvelle, mais assurant aussi une pension plus élevée que celle fixée par la loi nouvelle. Le fonctionnaire ne recevra cependant que le montant de la pension fixée par la loi nouvelle, et ne recevra point remboursement de la différence entre le montant des retenues qui ont été opérées sur son traitement et de celles qui auraient dû être opérées d'après la loi nouvelle. Tout cela est la conséquence du caractère objectif de la pension comme du traitement.

Quel est le moment où le fonctionnaire devient créancier de l'Etat? Ce moment ne peut pas être évidemment antérieur à celui où le fonctionnaire est placé régulièrement dans la situation de retraite. Il n'y a pas lieu d'ailleurs d'indiquer en détail comment le fonctionnaire est placé régulièrement dans la situation de retraite. On rappellera seulement que lorsqu'un fonctionnaire demande sa mise à la retraite, cette demande ne suffit pas puisque le fonctionnaire ne peut jamais, on l'a vu, par sa propre et seule volonté faire cesser la compétence, renoncer à sa fonction. C'est une conséquence de ce que la compétence, la fonction constituent pour le fonctionnaire une situation objective. Il faut donc que l'autorité compétente, en général le ministre, ait déclaré que le fonctionnaire est autorisé à faire valoir ses droits à la retraite. L'autorité compétente peut mettre d'office le fonctionnaire à la retraite; cette autorité est en général la même que celle qui peut révoquer, et les conditions de la mise à la retraite d'office sont habituellement les mêmes que celles de la révocation; certains fonctionnaires ne peuvent être mis à la retraite que sous certaines conditions très étroites, de même qu'ils ne peuvent être révoqués que sous des conditions analogues[1]. Le fonctionnaire n'a donc certaine-

1. Voir *infra*, chap. v, § 7.

ment pas un droit subjectif à sa retraite avant qu'il ait été mis en situation de retraite [1].

Mais à partir de ce moment est-il placé dans une situation subjective et devient-il créancier de l'Etat ? Nous croyons devoir répondre affirmativement. Assurément l'acte par lequel l'autorité compétente admet un fonctionnaire à la retraite, soit d'office, soit sur sa demande, n'implique pas par lui-même la reconnaissance du droit à la retraite. La mise à la retraite est souvent prononcée bien que les conditions nécessaires pour l'obtention de la pension ne soient pas remplies. Mais elle est la déclaration de la volonté de l'Etat de devenir débiteur de la pension, si les conditions sont réunies ; et dès ce moment le fonctionnaire admis à la retraite est placé dans une situation subjective à l'égard de l'Etat. En effet que va-t-il se passer ? Le ministre peut déclarer qu'il n'y a pas de droit à la retraite. Il nait alors un conflit de prétentions entre l'Etat, qui soutient par l'organe de son ministre qu'il ne doit pas de pension, et l'intéressé qui affirme qu'il a droit à une pension ; un litige s'élève, qui est vraiment un litige sur le droit subjectif ; le contentieux qui s'élève alors n'est pas un simple contentieux objectif ou d'annulation, mais un contentieux subjectif ou de pleine juridiction ; des condamnations peuvent être prononcées ; la juridiction saisie n'est pas seulement appelée à constater que la légalité a été violée et à annuler l'acte administratif qui la viole, mais elle est appelée à constater l'existence d'une situation juridique subjective ; c'est un véritable procès entre un demandeur et un défendeur, et une condamnation peut être prononcée.

1. L'article 19 de la loi du 9 juin 1853 porte ceci : « Aucune pension n'est liquidée qu'autant que le fonctionnaire aura été admis préalablement à faire valoir ses droits à la retraite par le ministre au département duquel il ressortit. »

« Le contentieux, auquel donne lieu le refus de pension, est un contentieux de pleine juridiction, qui s'étend à toutes les questions de fait et de droit, de fond, de forme, de déchéance[1]. » De même, il est incontestable que pour reconnaître l'existence du droit à la pension et en déterminer le montant, en un mot pour statuer sur la question de droit subjectif qui se pose devant lui, le conseil d'Etat appliquera la loi en vigueur au moment où le fonctionnaire a été admis d'office, ou sur sa demande, à faire valoir ses droits à la retraite, et la liquidation de la retraite aura lieu d'après la même loi. L'admission à la retraite est un acte de volonté qui fait naître une situation subjective, et un acte de volonté est toujours régi, quant à ses effets de droit, par la loi en vigueur au moment où la volonté s'est manifestée.

Mais si du jour de l'admission à la retraite, l'intéressé est titulaire d'un droit subjectif à une pension, à la condition que toutes les exigences de la loi soient remplies, quels sont les effets et les caractères de la décision prise par le ministre, qui reconnaît le droit, du décret en conseil d'Etat préparé par le ministre, qui liquide et concède la retraite et de l'inscription de la pension au grand livre de la dette publique? La décision du ministre, qui reconnaît le droit à la retraite, n'a point pour effet de créer une situation de droit nouvelle. Elle est l'acte d'un débiteur, qui reconnaît l'existence de sa dette, et la reconnaissance d'une dette ne crée point cette dette qui existe déjà; c'est un principe élémentaire de droit. Ici le débiteur reconnaît l'existence de sa dette; mais ce débiteur est l'Etat ; et naturellement cette reconnaissance est faite en la forme administrative, de même que se produit en la forme administrative la déclaration que l'Etat n'est pas

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 211.

débiteur de la dette. Cette déclaration n'est à vrai dire ni un acte juridictionnel, ni un acte administratif, mais la forme en laquelle se manifeste la prétention de l'Etat ; elle est nécessaire pour que puisse naître un procès sur le droit subjectif ; tout litige subjectif impliquant deux prétentions contradictoires. Il est tellement vrai que la reconnaissance du droit à la retraite n'est point la cause génératrice du droit, mais simplement la reconnaissance de l'existence de ce droit, faite par le représentant légal du débiteur, l'Etat, qu'habituellement elle n'est faite qu'implicitement et ne se manifeste que par la préparation et l'envoi au conseil d'Etat d'un projet de décret liquidant la pension. M. Laferrière (p. 210) parle d'une « décision implicite » ; mais ces deux termes sont contradictoires. Tout s'explique au contraire si l'on comprend le véritable caractère de la reconnaissance du droit à la retraite. De deux choses l'une, ou le ministre représentant de l'Etat conteste ce droit, il le déclare, et le litige subjectif peut naître des deux prétentions contradictoires ; ou il reconnaît ce droit, et alors il ne dit rien, comme tout débiteur qui reconnaît sa dette et se prépare à la payer. C'est ce que fait le ministre en préparant le décret de liquidation et de concession.

Cela montre que la liquidation et le décret de concession ne peuvent pas non plus être générateurs du droit à la retraite, et ne sont que les actes par lesquels l'Etat exécute son obligation d'assurer le payement de la pension. On doit en dire autant, et *a fortiori*, de l'inscription de la pension au grand livre de la dette publique. Cela explique en même temps comment le conseil d'Etat saisi au contentieux de la question du droit à la retraite et, reconnaissant ce droit, ne procède point lui-même à la liquidation, mais renvoie les intéressés devant le ministre pour qu'il soit procédé à la

liquidation : au fond il condamne l'Etat à l'accomplissement des différents actes (liquidation, concession, inscription au grand livre) devant assurer la réalisation du droit du pensionné. Le décret de liquidation et de concession peut être assurément critiqué par la voie contentieuse; le recours alors formé n'est point un recours en annulation donnant naissance à un contentieux objectif; le demandeur invoque une situation subjective, qui résulte pour lui de son admission à la retraite, et dont l'Etat n'a pas respecté les conséquences ; il y aura, suivant la terminologie habituelle, un contentieux de pleine juridiction ; le conseil d'Etat peut prononcer une condamnation et fixer même le montant de la retraite. En pratique il s'en abstient, se bornant à ordonner une liquidation nouvelle; dans tous les cas, il ne pourrait pas concéder la retraite, puisque cette concession n'est que l'acte d'exécution de la part de l'Etat débiteur [1].

Pour les officiers des armées de terre et de mer, autres que les officiers généraux, nous trouvons dans nos lois deux dispositions qui doivent être relevées. « La retraite, dit l'article 14 de la loi du 19 mai 1834, est la position définitive de l'officier rendu à la vie civile et admis à la jouissance d'une pension de retraite. » « Le droit à la pension de retraite est acquis à trente ans accomplis de service effectif » (Lois des 11 et 18 avril 1831, art. 1). Il semble donc résulter de ces textes que l'officier, qui a accompli trente ans de service actif, se trouve titulaire d'un droit subjectif à la retraite en dehors de toute manifestation de volonté de sa part et de toute décision de l'autorité supérieure l'admettant à faire valoir ses droits à la retraite. Nous aurions donc là

1. Voir sur ces différents points, outre les auteurs déjà cités, Mestre, *l'Etat débiteur*, 1899, particulièrement p. 15 et suiv., — Boucard et Jèze, *Eléments de la science des finances*, 2e édit., 1901, p. 417 et suiv.

un cas dans lequel un droit subjectif véritable résulte directement de la loi, en dehors de tout acte de volonté individuelle. Ce n'est pas impossible; et nous avons dit à plusieurs reprises que si les législations positives modernes et particulièrement la législation française avaient une tendance marquée à concevoir le droit subjectif comme dérivant exclusivement d'une volonté individuelle se manifestant dans les limites du pouvoir objectif, cependant il n'était point impossible d'y trouver encore des exemples de droits subjectifs résultant directement de la loi. Cependant ne peut-on pas dire que, malgré l'expression *droit acquis* employée par le législateur dans les textes précités, l'officier ne se trouve point véritablement investi d'un droit subjectif à la retraite, à l'expiration de ses trente années de service actif ? M. Laferrière, commentant ces textes, dit avec sa haute autorité : « Pour eux (les officiers des armées de terre et de mer), la retraite est la dernière modalité du grade dont ils sont propriétaires; elle est l'une des positions qui se rattachent à leur état[1]. » Voilà qui paraît bien établi. Reste donc à savoir si le grade, dont l'officier est propriétaire (nous acceptons pour le moment cette expression), si l'état des officiers constitue pour eux véritablement un droit subjectif. Nous espérons démontrer le contraire aux paragraphes suivants. L'officier serait donc à l'expiration des trente ans de service actif dans une situation telle qu'il a un pouvoir objectif, lui permettant de faire naître par un acte de volonté la dette de l'Etat relative à la pension. Il est si vrai que l'officier ne devient pas, par l'expiration des trente ans, titulaire d'un droit de créance contre l'Etat, que l'officier peut encore rester en service actif jusqu'à la limite d'âge, que les lois et

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 207.

règlements ont prévue pour les différents grades; il ne deviendra créancier de sa pension de retraite qu'au moment où il l'aura demandée, mais l'autorité supérieure n'est pas compétente pour la lui refuser. Elle peut même la lui imposer après l'expiration des trente ans de service ; à ce moment le pouvoir est réciproque, et le ministre peut mettre l'officier à la retraite, même s'il n'a pas atteint la limite d'âge fixée par les règlements. Ce qu'il y a donc de particulier pour l'officier, c'est seulement qu'il peut faire naître la créance de sa pension de retraite par un acte de volonté émanant de lui-même ; mais le droit subjectif naît toujours d'un acte de volonté; et la pension de retraite se liquidera certainement non d'après la loi en vigueur au moment de l'expiration des trente ans de service, mais au moment où la mise à la retraite est demandée ou imposée.

Ce qui vient d'être dit sur le traitement est vrai pour l'avancement de classe, c'est-à-dire l'augmentation du traitement à l'ancienneté, qui est établi pour certains fonctionnaires, notamment pour les professeurs. Le fonctionnaire bénéficie de la législation objective qui régit son traitement. Il a un pouvoir objectif; et tout ce qui a été dit précédemment pour le traitement trouve ici son application. L'autorité administrative, qui dans l'établissement du classement ne respecte pas l'ordre d'ancienneté, commet assurément un excès de pouvoir, et l'intéressé peut attaquer l'acte pour excès de pouvoir par le recours contentieux objectif. Mais en admettant même, ce qui est fort douteux, que par ce recours l'intéressé puisse obtenir l'annulation de l'acte qui a promu à une classe supérieure un fonctionnaire moins ancien, il ne pourrait point obtenir condamnation contre l'Etat au payement du traitement correspondant à la classe à laquelle il aurait dû être promu. A notre connaissance la question ne s'est jamais présentée en fait.

Pour les officiers, la question est analogue ; mais elle se pose dans des conditions un peu spéciales. Depuis la loi du 14 avril 1832, une longue série de dispositions législatives et réglementaires ont déterminé le mode d'avancement des officiers, partie au choix, partie à l'ancienneté. L'officier, qui, d'après cette règle, doit être promu à l'ancienneté à un grade plus élevé, doit-il être considéré comme ayant contre l'Etat un droit à cette promotion? Non. Il n'y a point là un droit véritable de l'officier, mais une situation particulière qui lui est faite et qui résulte d'une restriction apportée à la liberté de choix de l'autorité supérieure, qui est obligée par la loi d'élever aux grades supérieurs une partie des plus anciens. Mais l'officier, qui devait passer par ancienneté à un grade supérieur, ne peut-il pas attaquer par le recours contentieux objectif la décision qui a nommé à sa place un officier moins ancien que lui? On l'a soutenu et quelques décisions du conseil d'Etat paraissent l'avoir admis [1]. M. Laferrière refuse ce recours [2] et en donne pour raison que l'officier moins ancien nommé est devenu propriétaire de son grade qui ne peut lui être enlevé. La raison ne vaut rien ; car l'officier nommé ne devient propriétaire de son grade que s'il est régulièrement nommé, et la question est précisément de savoir s'il est régulièrement nommé. D'ailleurs, on verra plus loin ce qu'il faut penser de cette prétendue propriété des grades. Admettrait-on l'existence du recours, ce ne serait pas la preuve que l'officier ait droit à la promotion à l'ancienneté. L'effet de ce recours serait non point de lui faire obtenir le grade supérieur ou de lui faire avoir une indemnité, mais tout simplement d'annuler l'acte contraire à la loi

1. Voir notamment, arrêt du conseil d'Etat, 24 juillet 1874.
2. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 541.

d'ancienneté. Ce recours serait formé par l'officier, non point en sa qualité d'officier revendiquant son droit, mais en sa qualité de citoyen ayant intérêt à faire garantir par la voie juridictionnelle le respect de la légalité objective. En fait, au cas de violation de la règle de l'ancienneté, on fait usage du palliatif indiqué par l'ordonnance du 16 juillet 1838 (art. 36) : « Lorsqu'un officier n'a pas obtenu l'avancement auquel il avait droit par son ancienneté, il est nommé à la première vacance qui survient. »

## VII

Un principe incontestable du droit public moderne est qu'un fonctionnaire est toujours révocable. La révocation est l'acte contraire de la nomination ; mais elle a au fond le même caractère juridique. Nous voulons dire que la révocation, pas plus que la nomination, ne crée par elle-même une situation juridique subjective. Elle est la condition de la cessation du pouvoir objectif, qui appartient au fonctionnaire. Mais la cause véritable de la cessation de ce pouvoir objectif est toujours la loi de fonction, dont l'application, à ce point de vue, est conditionnée par l'acte de révocation accomplie par une autorité compétente.

Pour expliquer juridiquement le droit de révocation, on a quelquefois prétendu que le fonctionnaire était lié à l'Etat par un louage de service à durée indéterminée, toujours résiliable à la volonté de l'une des parties [1]. On a repoussé d'avance une pareille conception en

1. Cette résiliation pouvait même, d'après le droit français, avoir lieu sans aucune indemnité, avant la loi du 27 décembre 1890 modifiant l'article 1780 du Code civil. — Cf. Ferrand, *Résiliation du louage de service à durée indéterminée*, spécialement, p. 79 (thèse Paris), 1897.

Pour les officiers, la question est analogue; mais elle se pose dans des conditions un peu spéciales. Depuis la loi du 14 avril 1832, une longue série de dispositions législatives et réglementaires ont déterminé le mode d'avancement des officiers, partie au choix, partie à l'ancienneté. L'officier, qui, d'après cette règle, doit être promu à l'ancienneté à un grade plus élevé, doit-il être considéré comme ayant contre l'Etat un droit à cette promotion? Non. Il n'y a point là un droit véritable de l'officier, mais une situation particulière qui lui est faite et qui résulte d'une restriction apportée à la liberté de choix de l'autorité supérieure, qui est obligée par la loi d'élever aux grades supérieurs une partie des plus anciens. Mais l'officier, qui devait passer par ancienneté à un grade supérieur, ne peut-il pas attaquer par le recours contentieux objectif la décision qui a nommé à sa place un officier moins ancien que lui? On l'a soutenu et quelques décisions du conseil d'Etat paraissent l'avoir admis [1]. M. Laferrière refuse ce recours [2] et en donne pour raison que l'officier moins ancien nommé est devenu propriétaire de son grade qui ne peut lui être enlevé. La raison ne vaut rien; car l'officier nommé ne devient propriétaire de son grade que s'il est régulièrement nommé, et la question est précisément de savoir s'il est régulièrement nommé. D'ailleurs, on verra plus loin ce qu'il faut penser de cette prétendue propriété des grades. Admettrait-on l'existence du recours, ce ne serait pas la preuve que l'officier ait droit à la promotion à l'ancienneté. L'effet de ce recours serait non point de lui faire obtenir le grade supérieur ou de lui faire avoir une indemnité, mais tout simplement d'annuler l'acte contraire à la loi

1. Voir notamment, arrêt du conseil d'Etat, 24 juillet 1874.
2. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 541,

d'ancienneté. Ce recours serait formé par l'officier, non point en sa qualité d'officier revendiquant son droit, mais en sa qualité de citoyen ayant intérêt à faire garantir par la voie juridictionnelle le respect de la légalité objective. En fait, au cas de violation de la règle de l'ancienneté, on fait usage du palliatif indiqué par l'ordonnance du 16 juillet 1838 (art. 36) : « Lorsqu'un officier n'a pas obtenu l'avancement auquel il avait droit par son ancienneté, il est nommé à la première vacance qui survient. »

## VII

Un principe incontestable du droit public moderne est qu'un fonctionnaire est toujours révocable. La révocation est l'acte contraire de la nomination ; mais elle a au fond le même caractère juridique. Nous voulons dire que la révocation, pas plus que la nomination, ne crée par elle-même une situation juridique subjective. Elle est la condition de la cessation du pouvoir objectif, qui appartient au fonctionnaire. Mais la cause véritable de la cessation de ce pouvoir objectif est toujours la loi de fonction, dont l'application, à ce point de vue, est conditionnée par l'acte de révocation accomplie par une autorité compétente.

Pour expliquer juridiquement le droit de révocation, on a quelquefois prétendu que le fonctionnaire était lié à l'Etat par un louage de service à durée indéterminée, toujours résiliable à la volonté de l'une des parties [1]. On a repoussé d'avance une pareille conception en

1. Cette résiliation pouvait même, d'après le droit français, avoir lieu sans aucune indemnité, avant la loi du 27 décembre 1890 modifiant l'article 1780 du Code civil. — Cf. Ferrand, *Résiliation du louage de service à durée indéterminée*, spécialement, p. 79 (thèse Paris), 1897.

montrant que la nomination des fonctionnaires ne pouvait être ni de près ni de loin assimilée à un contrat et surtout à un contrat de louage de service. D'autrefois, on a dit que la nomination du fonctionnaire étant un acte unilatéral de l'autorité, celle-ci pouvait toujours rapporter la décision qu'elle avait prise; en un mot il y aurait une relation intime entre le caractère unilatéral de la nomination et la possibilité générale de révocation. Cette relation, M. Hauriou notamment paraît bien l'admettre, quand il écrit : « Ce qui prouve, en effet, que malgré les apparences la situation n'est pas contractuelle, c'est que le fonctionnaire peut être déplacé ou révoqué d'une manière intempestive ou arbitraire sans avoir droit à aucune indemnité[1]. » On a déjà dit que les deux choses étaient complètement indépendantes, puisque un acte unilatéral peut obliger celui qui le fait aussi rigoureusement qu'un acte contractuel. Enfin on a parfois vu dans la révocation l'exercice pur et simple du pouvoir disciplinaire. C'est là une conception beaucoup trop étroite; car la révocation est possible et intervient souvent sans qu'il y ait aucune faute, d'un ordre quelconque, à reprocher au fonctionnaire révoqué.

Il faut toujours revenir à notre point de départ. La loi de fonction, qui détermine les pouvoirs, les profits et les obligations (lesquelles seront indiquées plus loin) du titulaire d'une fonction, s'applique à tel individu, sous cette condition que celui-ci soit désigné de la manière déterminée par la loi. Il se trouve alors dans une situation objective réglée uniquement par la loi. Mais, en droit moderne, l'application de cette loi au titulaire de la fonction cesse, quand intervient un acte, émané d'une autorité compétente, appelé révo-

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 589, note 4, 4e édit., 1900.

cation, et qui déclare que le titulaire actuel n'exercera plus ses fonctions. La cause de la perte de la fonction ne se trouve donc point dans l'acte de révocation ou dans la volonté de celui qui le fait, mais seulement dans la loi de la fonction, dont l'application est encore subordonnée à la manifestation d'une volonté déterminée par la loi. Le législateur peut ainsi à tout moment déterminer les conditions auxquelles sera subordonnée la cessation des fonctions, la cessation du pouvoir objectif de l'agent. Il peut modifier ces conditions, et cette modification s'applique à tous les fonctionnaires, même à ceux en fonction au moment où elle intervient. Il peut même ne subordonner cette cessation de fonction à aucune condition spéciale, supprimer lui-même les fonctions, et, par conséquent, les pouvoirs et les profits de ceux qui en sont investis au moment où cette loi intervient. Mais toute loi de ce genre ne sera naturellement régulière que si elle dispose par voie générale, conformément au principe d'après lequel toute loi spéciale et individuelle est dictatoriale. Ici encore se pose la question de savoir si par voie budgétaire le parlement peut supprimer des fonctions et par là même enlever aux titulaires leurs pouvoirs et leur profit. Nous estimons qu'il ne le peut point[1].

Il reste donc à marquer la condition à laquelle dans le droit moderne en général et particulièrement dans le droit français se trouve en principe subordonnée la cessation des fonctions. La règle générale est certainement celle-ci : la cessation des fonctions est en principe subordonnée à une manifestation de volonté, faite en ce sens et émanée du même organe que

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 523 ; — Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 197.

celui dont la manifestation de volonté était la condition nécessaire de la naissance sur la tête d'un individu déterminé du pouvoir fonctionnel. En donnant cette formule, nous voulons bien montrer que la cessation de fonction n'a pas pour cause véritable l'acte de révocation, mais est une conséquence de la loi de fonction. Cette précision faite, on peut employer la formule ordinaire. La révocation ne peut être faite en principe que par l'autorité qui a fait la nomination. Cette règle n'est sans doute formulée nulle part; mais elle est logique, et admise d'une manière unanime et définitive par la doctrine et la jurisprudence. Le conseil d'Etat l'a consacrée à plusieurs reprises [1]. Il faut admettre aussi conformément à l'arrêt cité en note qu'un fonctionnaire, qui serait révoqué par une autorité autre que celle qui l'a nommé, pourrait attaquer par la voie du recours en annulation contentieuse l'acte de révocation. En formant ce recours, le fonctionnaire n'invoque point un droit, il invoque le respect de la légalité, comme toutes les fois qu'on demande l'annulation d'un acte pour incompétence; ici le fonctionnaire demandeur au recours ne fait pas autre chose.

De cette règle qu'un fonctionnaire ne peut être révoqué que par l'autorité qui l'a nommé, la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (art. 4) a fait une application intéressante : « Le président de la république nomme en conseil des ministres les conseillers d'Etat en service ordinaire; ils ne peuvent être révoqués que par décret rendu en conseil des ministres. » Aussi le conseiller d'Etat, révoqué par un décret simple, pourrait-il certainement attaquer le décret de révocation par le recours pour excès de pouvoir.

1. Voir, notamment, arrêt du conseil d'Etat, 21 avril 1893.

La jurisprudence admet aussi que, dans le silence de la loi, aucune règle ne s'impose pour la manière dont la révocation est portée à la connaissance de l'intéressé, que, par exemple, une notification individuelle n'est point nécessaire, qu'aucune formule n'est imposée pour la révocation et que l'administration peut employer comme elle le fait souvent telle formule polie ou hypocrite en usage dans les bureaux ministériels. La révocation peut même être faite tacitement par la nomination du successeur. On décide encore que le fonctionnaire ne peut point se plaindre de l'époque plus ou moins inopportune pour lui, à laquelle intervient la révocation, qu'il ne peut invoquer l'article 1780 du Code civil modifié par la loi du 27 décembre 1890 et obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice à lui causé par la révocation. Enfin la révocation peut intervenir pour un motif quelconque ; et l'auteur de la révocation n'est point obligé d'indiquer dans l'acte de la révocation le motif qui la détermine. C'est en ce sens qu'on dit que la révocation est un acte de pure administration ou d'administration discrétionnaire. Expressions mauvaises : la première ne signifie rien et la seconde semble impliquer que l'acte de révocation ne peut jamais être critiqué par la voie contentieuse. Il n'en est point ainsi, puisque l'acte de révocation, accompli par un fonctionnaire incompétent, peut être annulé sur le recours pour excès de pouvoir. Mais il est exact, que dans l'opinion généralement admise, l'organe compétent pour faire la révocation peut la faire par une formule quelconque et pour un motif quelconque, dont il est souverain appréciateur. Cependant on a cité plus haut l'arrêt du conseil d'Etat[1] annulant l'acte d'un maire suspendant un agent de police, pour une raison

1. 27 novembre 1900, S., 1900, III, p. 57.

étrangère au service : le conseil d'Etat a vu là un détournement de pouvoir, et il a eu raison. Nous ne serions pas étonné que dans un avenir prochain s'établit une jurisprudence d'après laquelle le recours pour détournement de pouvoir serait recevable contre tout acte de révocation, de quelque autorité qu'il émane. Ce serait logique, équitable ; et cela constituerait une précieuse garantie au profit des fonctionnaires. Il n'y a pas de raison de ne pas appliquer aux révocations de fonctionnaires l'idée éminemment juste qui fonde la théorie du détournement de pouvoir. Si la loi donne compétence à un de ses agents pour faire des actes de révocation, c'est évidemment dans le but de lui permettre d'assurer le bon fonctionnement des services ; le chef de service peut avoir un très large pouvoir d'appréciation, estimer que ses subordonnés, par exemple, sont inaptes à remplir leurs fonctions à cause de leurs opinions religieuses ou politiques et les révoquer pour cela. Mais d'autre part, s'il est établi que cette compétence de révocation, le chef de service l'a exercée non dans l'intérêt du service, mais pour satisfaire ses rancunes personnelles, il est incontestable qu'il a employé le pouvoir que lui a donné la loi, dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré. Il y a détournement de pouvoir parfaitement caractérisé, par conséquent incompétence, et le recours devrait certainement être recevable. Il y aurait à examiner si au cas de révocation entachée de détournement de pouvoir la responsabilité personnelle du fonctionnaire révoquant ne pourrait pas être encourue. Mais cette question se rattache à la théorie générale de la responsabilité des fonctionnaires.

La révocation intervenue, la loi de fonction ne s'applique plus, et le fonctionnaire révoqué perd son pouvoir objectif. Mais dans tous les pays, et notam-

ment en France, il y a certains fonctionnaires, pour lesquels la révocation ne peut être faite que par un organe différent de celui qui a fait la nomination et pour des motifs déterminés, qui doivent être appréciés en une certaine forme, laquelle se rapproche plus ou moins de la forme juridictionnelle. D'une manière générale, on doit dire que ces fonctionnaires jouissent de l'inamovibilité. Réduite à ses éléments essentiels, l'inamovibilité n'est pas autre chose que cela. Nous ne la considérons point dans la forme qu'elle revêt dans les législations qui, comme le droit allemand (loi sur les fonctionnaires de 1873), admettent plus ou moins nettement la distinction entre la fonction et l'emploi, et d'après lesquelles les bénéfices de la fonction, résultant pour le fonctionnaire d'un véritable contrat, le contrat de service public, ne peuvent lui être enlevés, tandis que l'emploi, la concession d'une certaine compétence, peut toujours lui être retiré[1]. A peine pour quelques fonctionnaires, notamment les agents diplomatiques et surtout les officiers, peut-on voir dans le droit français une distinction analogue à celle faite entre la fonction et l'emploi. En tout cas, une pareille distinction ne peut exister qu'à titre exceptionnel. Elle n'est conforme ni aux textes, ni à l'esprit de notre législation, ni à la tendance générale du droit moderne. Le fonctionnaire est dans une situation objective, qui implique à la fois une compétence, des profits, des pouvoirs et des devoirs objectifs. Il est incontestable que parfois la compétence peut être retirée sans que les profits pécuniaires soient complètement supprimés. Mais s'il en est ainsi, ce n'est pas parce que les profits résultent d'un contrat et la compétence d'un acte unilatéral de puissance publique. Profits et compétence dérivent de la loi; l'acte

1. Voir *supra*, chap. IV, §§ 3 et 4.

qui touche aux profits ou à la compétence a toujours le même caractère : il est la condition de la non-application totale ou partielle de la loi fonctionnelle à un individu déterminé. Il peut y avoir ainsi ce qu'on peut appeler une révocation totale ou partielle ; c'est toujours une révocation. Tout se réduit à ceci : en principe la révocation peut être faite par l'organe qui a fait la nomination pour une cause quelconque. Pour certains fonctionnaires elle ne peut être faite que par ou avec un autre organe que celui qui a fait la nomination et pour des motifs qui doivent être appréciés en une certaine forme se rapprochant plus ou moins de la forme juridictionnelle. Les fonctionnaires placés dans cette situation jouissent de ce qu'on peut appeler d'une manière générale l'inamovibilité.

Dans ces conditions, l'inamovibilité constitue-t-elle un droit subjectif pour le fonctionnaire? Le fonctionnaire inamovible a-t-il un véritable droit subjectif sur sa fonction? Beaucoup de bons esprits le croient. M. Laferrière parle des droits qui résultent pour certains fonctionnaires de l'inamovibilité et voit dans le recours formé contre l'acte qui révoque un fonctionnaire inamovible un recours fondé sur la violation de la loi et l'atteinte à un droit acquis[1]. M. Hauriou est du même avis : « Les fonctionnaires, écrit-il, ont un état lorsqu'ils peuvent opposer un droit, soit au pouvoir disciplinaire, soit au pouvoir hiérarchique de l'administration ; leur état, c'est leur *droit individuel spécial ;* le droit du fonctionnaire existe lorsque la mesure modifiant sa situation ne peut être prise que par une juridiction ou tout au moins sur l'avis conforme d'une commission ou d'un conseil qui s'interpose entre son chef hiérarchique et lui. Par exemple les fonction-

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 538, 2e édit.

naires inamovibles ont un état, parce qu'ils ne peuvent être ni destitués, ni déplacés même pour emploi équivalent, sans l'avis conforme de certains conseils. » Et plus loin : « L'état du fonctionnaire se présente ordinairement sous la forme de droits de propriété plus ou moins spéciaux sur certains éléments de la fonction publique (chaire du professeur, siège du magistrat, grade de l'officier, offices ministériels); ils affectent non seulement l'office de la fonction, mais aussi la commission bien que moins fortement[1]. »

Voilà donc la doctrine nettement formulée : certains fonctionnaires, que d'une manière générale, on peut appeler inamovibles, ont un état, et cet état consiste en un droit individuel, un droit subjectif analogue à un droit de propriété, et ayant pour objet un élément plus ou moins important de la fonction publique; il y aurait pour eux un véritable droit subjectif sur la fonction. Nous croyons qu'il n'en est point ainsi, et que même les fonctionnaires déclarés inamovibles, même ceux qui ne peuvent être révoqués que pour des motifs déterminés appréciés en la forme juridictionnelle, n'ont point de droit subjectif sur un élément quelconque de la fonction, qu'eux aussi comme tous les fonctionnaires sont placés dans une situation objective, que cette situation objective est seulement pour eux protégée d'une manière spéciale et qu'il y a non point un droit subjectif à leur profit, mais des conditions rigoureuses limitant la compétence de l'organe investi du pouvoir de révocation.

Nous accordons d'ailleurs volontiers que les fonctionnaires inamovibles ont un état, que cet état est même analogue à une propriété. Ces expressions nous paraissent démontrer elles-mêmes le caractère pure-

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 586 et 594, 4e édit., 1900.

ment objectif de la situation des fonctionnaires inamovibles. Ce qu'on appelle en effet l'état d'un individu est la situation qui lui est faite dans une société par la loi ; et cela est proprement une situation objective[1]. Cet état serait-il une véritable propriété que notre proposition serait toujours vraie. En effet, si l'on va au fond des choses, la propriété elle-même n'est point un droit subjectif, mais seulement un pouvoir objectif[2]. Disons donc, si l'on veut, que les fonctionnaires inamovibles ont un état, ont même une propriété, mais n'en concluons pas, bien au contraire, qu'ils sont investis d'un droit subjectif sur un élément de leur fonction. Et d'ailleurs n'y a-t-il que les fonctionnaires inamovibles qui aient un état ? Les fonctionnaires ordinaires n'en ont-ils pas un aussi? Tout individu dont la situation est déterminée par la loi possède un état. Tel est le cas de tous les fonctionnaires. Sans doute cette situation est plus protégée pour les uns que pour les autres ; mais elle a toujours exactement le même caractère juridique. Précisons. On verra plus loin que l'état qu'on reconnaît aux fonctionnaires inamovibles consiste essentiellement en ce qu'ils ne peuvent être révoqués que par un certain organe suivant certaines formes et qu'ils peuvent faire annuler par le recours pour excès de pouvoir l'acte de révocation qui ne réunit pas ces conditions. Mais le fonctionnaire ordinaire lui aussi ne peut être révoqué que par un certain organe, spécialement compétent à cet effet, l'organe qui l'a nommé, et s'il est révoqué par un autre organe, si par exemple un fonctionnaire nommé par le président de la république est révoqué par le ministre, il pourra certainement faire annuler pour

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 140 et suiv.
2. *Ibid.*, p. 205 et suiv.

excès de pouvoir l'acte de révocation. La situation est donc juridiquement la même; les conditions de forme et de compétence sont plus rigoureuses pour les fonctionnaires inamovibles que pour les agents ordinaires; mais les uns et les autres sont dans la même situation au fond. Ce qui prouve bien au reste que l'inamovibilité ne constitue pas un droit subjectif pour le fonctionnaire, c'est qu'elle peut certainement être modifiée, diminuée ou supprimée par la loi, même pour les agents en fonction au moment où est portée cette loi. La proposition est unanimement admise. Si dans les pays qui pratiquent le système des constitutions rigides, quelques difficultés s'élèvent à cause du caractère constitutionnel, qui peut appartenir à l'inamovibilité des magistrats judiciaires, cela ne touche en rien à notre proposition; car si l'inamovibilité ne peut pas être supprimée ou diminuée pour les magistrats en fonction par une loi ordinaire, elle pourrait l'être sûrement par une loi constitutionnelle, et cependant la loi constitutionnelle, non plus que la loi ordinaire, ne peut porter atteinte à des droits subjectifs existant au moment de sa promulgation.

M. Hauriou déclare que les fonctionnaires inamovibles ont un état, parce qu'ils ne peuvent être ni destitués ni déplacés sans l'avis conforme de certains conseils; et il ajoute en note : « En règle générale l'intervention d'un juge ou d'un arbitre est marque de l'existence de droits au profit des deux parties en présence[1]. » L'auteur fait bien de dire : en règle générale, puisque nous avons rencontré déjà des cas nombreux où la question portée devant une juridiction est une question de légalité objective et non point une question de droit subjectif. Au surplus, si l'on peut

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 594, note 3, 4e édit., 1900.

présumer que lorsqu'une question est portée devant un juge, c'est une question de droit subjectif, il est certain que le rôle normal du juge n'est point d'anéantir ou de créer un droit, mais simplement de constater l'existence ou l'inexistence d'un droit. Or, avec la conception de notre collègue, le rôle normal du juge serait, au contraire, de créer ou d'anéantir un droit, puisque, d'après lui, l'inamovibilité est un droit du fonctionnaire et que, précisément pour cette raison, elle ne pourrait être supprimée pour lui que par une juridiction. Le raisonnement n'est donc pas exact, et de l'intervention d'une juridiction pour la révocation d'un fonctionnaire inamovible, on ne peut nullement conclure à l'existence d'un droit subjectif à son profit[1].

## VIII

Il n'est pas inutile de préciser ces quelques idées générales en examinant la situation, au point de vue du droit français, de certains fonctionnaires dits inamovibles ou quasi-inamovibles.

L'inamovibilité existe d'abord au profit de certains magistrats assis de l'ordre judiciaire. C'est une question encore controversée que celle de savoir si l'inamovibilité des juges est en France une règle cons-

1. M. Hauriou dit qu'en Allemagne tous les fonctionnaires ont un état, et bénéficient d'une certaine inamovibilité, par application de la loi souvent citée du 31 mars 1873. Cela n'est pas tout à fait exact. On a vu plus haut comment les jurisconsultes allemands et particulièrement Laband et Jellinek comprennent la situation du fonctionnaire. L'activité publique du fonctionnaire est à la disposition entière de l'Etat. Quant aux profits de la fonction, ils résultent du contrat de service public, et ce sont ces profits que l'autorité ne peut pas toucher, à cause du contrat.

titutionnelle. Quelques bons esprits le pensent. Ainsi l'inamovibilité ne pourrait être ni modifiée, ni supprimée par une loi ordinaire, non seulement pour les juges déjà nommés, mais encore pour les juges futurs. Au moment de la discussion de la loi du 30 août 1883, au mois de juin 1882 et au mois de mai 1883, cette thèse fut soutenue par quelques orateurs et particulièrement au sénat par MM. Juin et Batbie. M. Humbert, ministre de la justice en 1882 et M. Martin-Feuillée, ministre de la justice en 1883, répondaient : « L'inamovibilité n'est plus un dogme; elle n'est pas même un principe constitutionnel; ce n'est pas davantage un contrat passé avec le juge. On n'envisage pas l'intérêt du juge, mais celui du justiciable. » Le président du conseil, M. J. Ferry ajoutait : « Il n'y a pas de droit constitutionnel par réticence ; tout cela est fondamental, mais pas constitutionnel [1]. » Les chambres acceptèrent cette théorie, puisque le 10 juin 1882 la chambre des députés votait le principe de l'*amovibilité* et que la loi du 30 août 1883 (art. 11) suspendait l'inamovilité pour trois mois. Mais cette loi du 30 août 1883, suspendant l'inamovibilité, ne serait-elle pas une loi inconstitutionnelle? Nous ne le croyons pas; il nous paraît facile d'établir directement qu'en droit français moderne l'inamovibilité n'est plus une règle constitutionnelle.

Théoriquement la question se rattache au caractère de l'ordre judiciaire. Il est certain que si l'ordre judiciaire forme un pouvoir autonome, rentrant dans le système de la séparation des pouvoirs et constituant un troisième pouvoir, distinct, indépendant et égal du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, l'inamovibilité doit être un principe constitutionnel. La séparation des

1. *Année politique*, 1883, p. 156.

pouvoirs, si elle existe, est certainement un principe constitutionnel. Or, quand les magistrats sont, comme en France, nommés par le gouvernement, l'inamovibilité est le seul élément qui assure l'indépendance et l'autonomie de l'ordre judiciaire et en fait un troisième pouvoir ; dès lors elle est un principe constitutionnel, comme la séparation des pouvoirs elle-même. Mais cette conception de l'ordre judiciaire, considéré comme un troisième pouvoir autonome, est théoriquement fausse et contraire au droit positif français. Elle est fausse théoriquement, parce que le système même de la séparation des pouvoirs est faux. Elle est contraire à notre législation positive. Les constitutions de 1791 et de l'an III établissaient un système, critiquable en soi, mais assurément très logique. Elles faisaient de l'ordre judiciaire un troisième pouvoir autonome et indépendant du législatif et de l'exécutif ; elles en faisaient même un pouvoir représentatif (const. de 1791, tit. III, pr., art. 5). Elles en tiraient cette conséquence que les juges devaient être élus, que l'ordre judiciaire recevait une délégation véritable et directe de la souveraineté nationale, que les juges ne pouvaient être destitués que pour forfaiture légalement jugée ni suspendus que pour une accusation admise [1]. Avec la constitution de l'an VIII disparaît la théorie des trois pouvoirs. On ne parle plus du *pouvoir judiciaire*, mais des *tribunaux ;* et les juges sont nommés, comme ils le sont encore, par le gouvernement. Logiquement la règle de l'inamovibilité devait cesser d'être constitutionnelle ; cependant elle est encore inscrite dans la constitution de l'an VIII (art. 68) ; et la formule est reproduite dans nos constitutions et nos chartes jusqu'au sénatus-consulte constitutionnel du 20 avril-21 mai 1870 (art. 15). Mais

1. Const. 1791, tit. III, chap. v, art. 2 ; — const. an III, art. 206.

aucune des lois constitutionnelles votées depuis 1870 ne parle de l'inamovibilité. Or, le caractère constitutionnel de l'inamovibilité étant exceptionnel, du moment où l'ordre judiciaire ne forme plus un pouvoir autonome, il faudrait un texte exprès pour que ce caractère existât. En ce sens, on peut tirer argument de l'incident qui s'est produit à l'assemblée nationale dans la séance du 25 mars 1871. Des décrets de la délégation de Bordeaux (28 janvier et 3 février 1871) avaient révoqué certains magistrats, qui avaient fait partie des commissions mixtes. M. le garde des sceaux Dufaure ayant déposé un projet tendant à l'annulation de ces décrets par l'Assemblée nationale, la commission propose à l'assemblée le texte suivant : « Les décrets du 28 janvier et du 3 février 1871... sont déclarés nuls et non avenus comme contraires au principe constitutionnel de l'inamovibilité de la magistrature. » Mais ce texte n'est pas voté ; et, sur la demande d'un député, l'Assemblée y substitue la formule suivante : « Les décrets du 28 janvier et du 3 février 1871... sont déclarés nuls et non avenus comme contraires à la règle de la séparation des pouvoirs et au principe de l'inamovibilité de la magistrature... » Sans doute on parle encore de séparation des pouvoirs ; mais le mot *constitutionnel* disparaît du texte définitivement voté [1]. On n'a d'ailleurs jamais soutenu que l'inamovibilité appartenant à d'autres fonctionnaires que les magistrats judiciaires, tels les officiers de l'armée, les officiers ministériels, les professeurs titulaires d'université, fût d'ordre constitutionnel. Il n'en est pas différemment pour l'inamovibilité des magistrats. Il y a donc là en France et en général dans les pays qui pratiquent le système des constitutions rigides et qui en même temps ne font pas de l'ordre

1. Voir *Annales de l'Assemblée nationale de 1871*, t. II, p. 115 et suiv.

judiciaire un pouvoir autonome, une simple règle législative que le législateur ordinaire peut modifier, suspendre ou abroger à son gré.

Dans les limites de la loi existante, l'inamovibilité constitue-t-elle pour le magistrat un droit subjectif? Non. D'abord, il est essentiel de comprendre que l'inamovibilité n'est pas établie dans l'intérêt du juge, mais dans l'intérêt du justiciable, comme on le disait en 1883. Sans doute le magistrat en profite; sa situation fonctionnelle se trouve mieux assurée; mais le but essentiel, qui a fait établir l'inamovibilité, est la bonne gestion de la justice. Or si l'on admet l'opinion qui tend à prédominer aujourd'hui et d'après laquelle le droit subjectif n'est qu'un intérêt individuel légalement protégé, l'inamovibilité ne peut former un droit subjectif pour le juge, puisqu'elle n'est point l'intérêt individuel de celui-ci juridiquement protégé. Dans notre doctrine du droit subjectif, l'inamovibilité résultant directement de la loi ne peut évidemment constituer pour le magistrat une situation juridique subjective. Ce que nous avons dit sur l'acte de nomination des fonctionnaires suffit pour écarter l'objection, qui pourrait être tirée de ce que l'acte de nomination serait précisément la manifestation de volonté individuelle, de laquelle résulterait la situation subjective du fonctionnaire inamovible. En effet, l'acte de nomination a toujours le même caractère; pour l'institution d'un juge, comme pour celle d'un autre fonctionnaire, il n'est jamais que la condition à laquelle est subordonnée l'application de la loi. Enfin, il est hors de doute que la loi qui modifie, suspend ou abroge l'inamovibilité s'applique à tous les juges, même à ceux nommés antérieurement à la promulgation de cette loi; elle ne touche donc point à une situation subjective.

L'inamovibilité ne constitue même pas un pouvoir objectif du magistrat; elle consiste essentiellement en

une règle, qui limite étroitement, au point de vue de la forme et des conditions d'intervention, la compétence des agents investis du pouvoir de déplacer, de suspendre ou de révoquer un juge. Il en résulte naturellement certaines conséquences pour celui-ci. Mais on ne peut saisir la vraie nature, la véritable portée de l'inamovibilité, que si l'on considère surtout la compétence de l'agent, investi du pouvoir de déplacement, de suspension ou de révocation. Les dispositions de la loi du 30 août 1883 relatives à l'inamovibilité des juges consistent essentiellement en ceci. Certains magistrats ne peuvent être déplacés par le gouvernement, même pour un emploi équivalent[1] que sur l'avis de la cour de cassation constitué en conseil supérieur de la magistrature. Le gouvernement ne peut mettre un magistrat à la retraite pour infirmité, si celui-ci n'y consent pas, que sur l'avis du conseil supérieur de la magistrature. Enfin en dehors des cas où un magistrat est frappé d'une peine de droit commun, seul le conseil supérieur de la magistrature peut suspendre ou révoquer un magistrat, pour une cause quelconque, qu'il apprécie en toute liberté. L'avis ou la décision du conseil supérieur de la magistrature est toujours rendu en la forme juridictionnelle[1]. Sous une autre forme, le gouvernement n'est compétent pour déplacer ou mettre à la retraite un magistrat qu'avec l'avis du conseil supérieur de la magistrature; le gouvernement n'est pas compétent pour suspendre ou révoquer un juge; cette compétence appartient au conseil supérieur de la magistrature seul. La règle de l'inamovibilité se trouve ainsi ramenée purement et simplement à une règle de compétence. Les juges sont au fond des fonctionnaires révocables comme tous les fonctionnaires; seulement la loi a établi des conditions

1. Voir loi du 30 août 1883, art. 14, 15 et 16; — Rapp. loi du 20 avril 1810, art. 48 et suiv.

spéciales de forme et de compétence pour cette révocation. Qu'on ne dise donc pas que l'inamovibilité donne au magistrat un droit subjectif sur sa fonction.

Cette conception de l'inamovibilité permet d'écarter toutes les difficultés, qui se sont élevées à l'occasion du recours pour excès de pouvoir formé contre un acte de déplacement, de révocation ou de suspension, par lequel le gouvernement frapperait un magistrat en violation de la loi de 1883. Une telle décision est certainement susceptible d'un recours contentieux en annulation porté devant le conseil d'Etat; et la jurisprudence et les auteurs le qualifient de recours pour excès de pouvoir. Mais M. Laferrière, après avoir très nettement expliqué l'évolution à la suite de laquelle le conseil d'Etat est arrivé à recevoir le recours pour excès de pouvoir dans cette hypothèse ou toute autre analogue, écrit : « La violation de la loi n'est un moyen d'annulation que si elle constitue en même temps une *atteinte* à un droit... Il y a là... une notable différence entre le moyen d'annulation tiré de la violation de la loi et les moyens tirés de l'incompétence ou du vice de forme : ceux-ci peuvent être invoqués par toute personne ayant un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'acte; celui-là au contraire ne peut être invoqué que par la partie dont le droit est violé. Il ne faut donc pas voir là une simple différence dans les conditions de recevabilité du recours... Mais ce qui est en jeu, c'est la nature même du moyen d'annulation, lequel n'admet la violation de la loi que si elle est caractérisée et aggravée par la violation d'un droit. » Il en est ainsi, ajoute M. Laferrière, pour les actes du gouvernement, portant atteinte aux droits résultant pour les magistrats de l'inamovibilité [1].

1. Laferrière, *Juridiction administrative*, t. II, p. 532, 534 et 540.

Cela revient à dire que, dans le recours pour violation d'une loi de forme ou de compétence, on invoque seulement la légalité objective; qu'au contraire dans le recours formé par un juge inamovible illégalement déplacé, suspendu ou révoqué, on invoque un droit subjectif. Mais alors on désigne du nom de recours pour excès de pouvoir deux recours de nature absolument différente; l'un est un recours objectif; l'autre un recours subjectif; l'un est une demande d'annulation fondée sur la violation de la légalité; l'autre est la revendication d'un droit subjectif. Lié par ses prémisses, M. Laferrière en arrive à dire (p. 535) que souvent il n'y aura entre le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux de pleine juridiction qu'une simple différence de forme. Assurément, si par le recours pour excès de pouvoir on peut parfois revendiquer un véritable droit subjectif. Mais en disant cela l'auteur contredit l'idée fondamentale de son ouvrage : la distinction du contentieux d'annulation et du contentieux de pleine juridiction, l'autonomie, peut-on dire, du recours pour excès de pouvoir. Cette contradiction a donné prise à la critique : on a reproché à l'auteur d'être dans l'impossibilité d'établir cette séparation entre le contentieux d'annulation et le contentieux de pleine juridiction; on a pu dire qu'il était tout à fait artificiel de placer dans un domaine particulier le recours pour excès de pouvoir, que cette distinction du recours pour excès de pouvoir et du recours ordinaire était le produit momentané de l'évolution juridique et devait disparaître dans un avenir prochain[1].

Cette contradiction, qui est une tache dans la belle théorie du recours pour excès de pouvoir édifiée par

1. Voir notamment Marie, *de l'Avenir du recours pour excès de pouvoir*, *Revue du droit public*, 1901, t. II, p. 476.

M. Laferrière, disparaît, les objections faites tombent d'elles-mêmes, si l'on comprend que dans le cas où l'on nous parle d'un recours pour excès de pouvoir fondé sur l'atteinte à un droit acquis, ou bien il n'y a point recours pour excès de pouvoir, mais recours contentieux subjectif tendant à la revendication contre un défendeur, l'Etat le plus souvent, d'un droit subjectif et devant aboutir à une condamnation, ou bien un recours pour excès de pouvoir fondé véritablement sur la violation d'une loi de compétence ou de forme, recours donnant lieu à un contentieux objectif ne pouvant aboutir qu'à une annulation d'un acte pour violation de la légalité. Il en est précisément ainsi du recours formé contre l'acte du gouvernement, qui a illégalement déplacé, suspendu ou révoqué un magistrat. Si le recours pour excès de pouvoir avait alors pour fondement l'atteinte à un droit acquis, il faudrait qu'il eût pour résultat de faire avoir au demandeur le bénéfice de son prétendu droit. Or il n'en est certainement pas ainsi ; ici encore le recours aboutit seulement à une annulation de l'acte administratif. Tout devient clair, si dans ces actes qui violent, dit-on, une loi de fond et portent atteinte à un droit acquis, on voit seulement des actes administratifs faits par un fonctionnaire qui a excédé sa compétence, non point parce qu'il a porté atteinte à un droit subjectif qui n'existe pas, mais parce qu'il a agi au-delà des limites mises à ses pouvoirs par la loi. Cela est patent dans notre espèce. Il est incontestable que le conseil d'Etat, saisi d'un pareil recours, pourra tout simplement maintenir ou annuler l'acte qui a frappé le magistrat, qu'il ne pourra point ordonner la réintégration du magistrat sur son siège, ni prononcer aucune condamnation contre l'Etat; non seulement il ne pourra pas condamner l'Etat à payer une indemnité au magistrat illégalement frappé,

mais il ne pourra même pas le condamner au payement des arrérages du traitement en retard. Et il y aurait là une action venant sanctionner un droit subjectif! Ce droit subjectif serait singulièrement garanti par une action impuissante à donner au titulaire le bénéfice de son droit!

Une objection est cependant possible. Le recours contre les actes frappant illégalement un magistrat n'est certainement recevable que lorsqu'il est formé par le magistrat lui-même. Il ne serait pas recevable, notamment, s'il était formé par un membre de la compagnie judiciaire à laquelle appartient le magistrat frappé. N'est-ce pas la preuve que le recours a précisément pour but de protéger le droit individuel du magistrat? L'objection est sans valeur. On a déjà dit, en effet, que si le recours pour excès de pouvoir était fondé uniquement sur la violation de la légalité, il était organisé en la forme juridictionnelle, et que la forme avait eu une influence sur le fond, en ce sens que le vieil adage : « Pas d'intérêt pas d'action » avait reçu son application en ce qui concerne ce recours. Le demandeur au recours pour excès de pouvoir ne revendique pas un droit; il prétend seulement que la légalité a été violée; mais pour qu'il soit recevable à le soutenir en la forme juridictionnelle, il faut qu'il ait un intérêt personnel à ce que cette violation de la légalité soit reconnue et à ce que l'acte soit annulé. Quand pourra-t-on dire qu'il y a un intérêt direct, rendant recevable le recours pour excès de pouvoir? Sur ce point, la jurisprudence française n'est pas encore arrivée à une doctrine précise. Sa tendance est certainement d'apprécier cet intérêt direct d'une manière très large, particulièrement lorsque l'acte administratif attaqué est un règlement. Parfois, au contraire, la jurisprudence est plus sévère. Quand elle décide

notamment que seul le magistrat, frappé par une décret illégal, peut l'attaquer par le recours pour excès de pouvoir, elle décide que seul il a un intérêt direct suffisant pour être recevable dans le recours; cela n'implique aucunement qu'elle lui reconnaisse un droit subjectif. Il attaque l'acte pour violation des formes ou de la compétence; il n'invoque donc pas un droit subjectif qu'il n'a pas. Il est vrai que M. Laferrière, dans un passage de son livre, semble reconnaître à l'administré un droit subjectif à la forme et à la compétence, « car chacun, dit-il, *a le droit* d'exiger, dans toute décision qui le touche, l'observation de ces règles (règles de forme et de compétence), qui sont la garantie commune de tous les intéressés [1] ». Mais cette formule a certainement dépassé la pensée de l'auteur. Sinon, M. Laferrière se mettrait en contradiction complète avec toute sa théorie. La vérité est donc celle-ci : le recours, pour excès de pouvoir a toujours pour but d'assurer le respect de la légalité objective et tend simplement à obtenir l'annulation de tout acte administratif qui la viole; le demandeur n'invoque point un droit subjectil, mais seulement la légalité; il faut, toutefois, pour être recevable, qu'il établisse qu'il a un intérêt direct à l'annulation de l'acte fait en violation de la loi. Il reste à apprécier pour chaque espèce quand on pourra dire qu'il y a vraiment un intérêt direct. Pour le recours dirigé contre l'acte atteignant illégalement un magistrat, on estime, en général, que seul le magistrat frappé possède un intérêt suffisant pour former le recours. Cela n'implique nullement que le recours pour excès de pouvoir soit alors la revendication d'un droit subjectif; il est toujours le recours par lequel on prétend que la loi de compétence a été violée, ici que

1. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 436.

le gouvernement a outrepassé sa compétence en suspendant, déplaçant ou révoquant un magistrat ; et l'inamovibilité n'est en rien un droit subjectif. D'ailleurs, en affirmant qu'elle a ce caractère, on fait souvent un cercle vicieux : on dit que l'inamovibilité est un droit parce qu'elle est garantie par une action, et on dit d'autre part que le recours pour excès de pouvoir est ici fondé sur l'atteinte à un droit acquis, parce que l'inamovibilité est un droit. Il faudrait choisir!

Ce qui vient d'être dit de l'inamovibilité du magistrat s'applique aussi à la quasi-inamovibilité, appartenant en France à certains autres fonctionnaires, tels que les professeurs titulaires dans les universités[1]. Pour les officiers de terre et de mer, la question se pose un peu différemment. On connaît la formule : « Les officiers sont propriétaires de leur grade[2]. » M. Hauriou estime que pour eux, il y a une distinction très nette faite entre le grade et l'emploi : l'emploi qui est à la disposition entière de l'autorité supérieure et ne constitue point un droit pour l'officier; le grade qui est un véritable droit subjectif dont l'officier est titulaire. « L'état des officiers, dit-il, consiste en ce que les officiers ont sur leur grade un droit, qui a la forme d'une propriété, bien que ce droit soit viager et entièrement hors du commerce. » M. Hauriou estime même que le grade entraîne certains droits sur l'emploi. Sans doute l'officier peut être déplacé pour un emploi de son grade, selon les besoins du service. Mais si l'officier est en activité ou rappelé à l'activité, il a un droit déterminé par les règlements à un des emplois de son grade, et d'autre part l'officier a droit à l'activité en ce sens que les positions de non-activité sont déterminées

1. Loi 27 février 1880, art. 7 et 14; — Décret 28 décembre 1885, art. 34, 39; — Loi 18 juillet 1896, art. 3.
2. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 34.

par les lois et les règlements et qu'il y a des garanties dont doivent être entourées les décisions les plaçant dans une de ces positions[1]. M. Ducrocq écrit : « Les lois ont concilié le droit individuel avec les nécessités de la discipline, par une distinction ingénieuse entre le grade, propriété de l'officier, dont il ne peut être privé que par un jugement, dans les cas et suivant les formes prévus par la loi, et l'emploi dont le gouvernement dispose et qu'il peut retirer sans avoir à en rendre compte[2]. »

Il est difficile de contester que les lois françaises aient, en effet, établi une distinction entre le grade et l'emploi. Mais cette distinction n'est point l'application d'une distinction plus générale entre la fonction et l'emploi, distinction à laquelle serait déjà arrivée la législation allemande et vers laquelle, d'après M. Hauriou, évoluerait le droit français. Cette distinction est tout à fait spéciale aux officiers et provoquée par la situation particulière dans laquelle ils se trouvent. Le législateur a voulu, en effet, concilier avec les nécessités de la discipline le prestige, la situation stable que doivent avoir les officiers pour rendre les services que la société attend d'eux. Le grade d'ailleurs est bien différent de la fonction. Celle-ci se conçoit comme un ensemble de pouvoirs, d'activités, appartenant à un individu déterminé, qui entraînent à son profit certains avantages et certaines obligations à sa charge. Le grade est plutôt une sorte de titre honorifique établi pour assurer la hiérarchie militaire, mais qui n'a rien de commun avec la fonction : un officier en réforme a

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 595 et 596, 4e édit., 1900.

2. Ducrocq, *Droit administratif*, 7e édit., 1898, t. III, p. 233. — Voir particulièrement loi 19 mai 1834, loi fondamentale sur la matière ; — lois 4 août 1839, 13 mars 1875, et une infinité de lois, règlements et circulaires, qui fixent des points de détail, mais ont laissé le principe intact.

encore son grade; en aucun sens il n'est fonctionnaire. La différence des termes répond certainement à une différence des choses. D'ailleurs la question n'est pas là. Elle est de savoir si, en ce qui concerne son emploi ou son grade, l'officier est titulaire de véritables droits subjectifs.

L'emploi, malgré l'affirmation contraire de M. Hauriou, ne donne certainement pas à l'officier un droit subjectif. L'officier peut toujours être changé de régiment; toutes les mutations ont lieu par ordre ou par autorisation du ministre. Les officiers, tout en restant officiers, peuvent être momentanément privés de leur emploi, par la mise en non-activité par licenciement de corps, par la mise en non-activité pour infirmité temporaire, par la mise en non-activité par retrait ou suppression d'emploi. Si certaines formalités sont exigées pour ces dernières décisions, elles ne constituent certainement pas un droit pour l'officier, mais simplement une limitation à la compétence de l'agent supérieur.

L'officier peut être mis en réforme. D'après l'article 9 de la loi du 19 mai 1834 : la réforme est la position de l'officier sans emploi, qui, n'étant plus susceptible d'être rappelé à l'activité, n'a pas de droits acquis à la pension de retraite. Et l'article 13 porte : « La réforme par mesure de discipline sera prononcée par décision du gouvernement, sur le rapport du ministre de la guerre, d'après l'avis d'un conseil d'enquête, dont la composition et les formes seront déterminées par un règlement d'administration publique[1]. » Les avis du conseil d'enquête ne pourront être modifiés qu'en faveur de l'officier. » L'officier mis en réforme conserve certainement son grade, qui n'est plus

1. De très nombreux règlements sont intervenus sur ce point.

guère qu'un titre nu, si ce n'est cependant que l'officier mis en réforme peut, pendant quelque temps, toucher, sous certaines conditions, un traitement appelé solde de réforme. Mais, et c'est là l'essentiel, il n'est plus susceptible d'être rappelé à l'activité de service, et perd toute vocation à la pension de retraite. La mise en réforme équivaut donc, ou à peu près, à une véritable révocation. Cette révocation est faite par le gouvernement avec la formalité de l'avis donné par un conseil d'enquête. Mais cela ne peut certainement constituer un droit subjectif pour l'officier. Celui-ci profite des limitations apportées à la compétence du gouvernement, comme on l'a vu précédemment pour le magistrat. Il peut attaquer pour excès de pouvoir l'acte de mise en réforme, qui n'a pas été accompli suivant les formalités ; son recours est un recours objectif ; il ne revendique pas son prétendu droit ; il poursuit et obtient seulement l'annulation d'un acte contraire à une loi de compétence et de forme. Jusqu'à présent donc nous ne voyons aucun droit subjectif appartenant à l'officier.

Mais l'officier mis en réforme conserve son grade ? Ce grade ne peut jamais lui permettre d'exercer l'emploi qui y correspond ; l'officier ne peut jamais être rappelé à l'activité. La conservation de ce grade n'est donc point la permanence d'un droit sur la fonction. En quoi consisterait la fonction laissée à l'officier, puisqu'il ne sera plus jamais capable de l'exercer ? Sa position n'est nullement comparable à celle du fonctionnaire en disponibilité. Beaucoup de bons esprits pensent même que ce grade, l'officier en réforme ne peut le porter qu'en le faisant suivre des mots « en réforme ». Ainsi aurait-il un droit sujectif sur son grade, l'officier n'a certainement pas un droit sur la fonction. Est-il vrai de dire qu'il soit titulaire d'un droit ayant le grade pour objet ? Le grade est, aux termes mêmes de la loi de 1834, « l'état

de l'officier ». Mais *l'état*, nous avons essayé de l'établir ailleurs, est par définition même une situation *objective*[1]. Tout ce qui a été dit alors sur les conséquences, qui se rattachent au caractère objectif de l'état des personnes, trouve ici son application. L'état des personnes dérive directement de la loi, et suit les transformations de cette loi. L'état des officiers, constitué par leur grade, suit aussi les modifications de la loi ; toute modification apportée par la loi au régime des grades s'applique non seulement aux individus promus officiers après la promulgation de la loi, mais encore aux individus titulaires d'un grade dans l'armée antérieurement à cette loi. Nul ne peut par sa seule volonté renoncer à son état et faire cesser l'état qui lui appartient, quand, au contraire, on peut toujours renoncer au bénéfice d'une situation subjective. L'officier ne peut point perdre son grade par sa seule volonté. Sa démission par elle seule ne suffit pas pour lui faire perdre son grade, pas plus d'ailleurs que son emploi. Pour que, par l'effet de sa démission, l'officier perde son grade et son emploi, il faut que cette démission ait été acceptée par l'autorité compétente. Le grade est une situation permanente faite à l'officier, et qui ne s'épuise point par l'obtention d'un résultat spécial voulu par une volonté. Cette situation disparaît dans certains cas prévus par la loi, la perte de la qualité de Français, certaines condamnations pénales intervenues. Ces divers faits sont des conditions à l'arrivée desquels est subordonnée la non-application de la loi. Ce sont là des conséquences logiques de la vraie conception que l'on doit se faire de l'état des personnes. On peut donc dire que le grade constitue un état pour l'officier ; mais c'est dire qu'il constitue pour lui une situation objective et non un droit subjec-

1. Cf. *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 148 et suiv.

tif. Enfin prendrait-on au pied de la lettre la formule : « les officiers sont propriétaires de leurs grades », que notre conclusion serait la même. La propriété n'est point un droit, mais un état, un pouvoir objectif ; voilà sa vraie nature ; nous avons essayé de le montrer ailleurs. Dire par conséquent que les officiers sont propriétaires de leur grade, c'est affirmer, sous une autre forme, qu'ils ont un pouvoir objectif, et point autre chose.

En France, certains fonctionnaires sont dans une situation tout à fait particulière. Ce sont les officiers ministériels : notaires, avoués, huissiers, avocats au conseil d'Etat, commissaires priseurs, agents de change, etc... On a discuté et on discute encore la question de savoir si les officiers ministériels sont des fonctionnaires. Pour les notaires, les avoués, les avocats au conseil d'Etat et les huissiers, il paraît difficile de le contester, puisqu'ils collaborent directement à des actes de puissance publique. Pour tous, on doit dire qu'ils participent à l'accomplissement de la mission que le droit impose à l'Etat, et que par suite ils sont des fonctionnaires [1]. On sait que la révolution avait aboli la vénalité et l'hérédité des offices ministériels [2]. Mais peu à peu se rétablit l'usage de céder, moyennant finance, la clientèle de l'office ministériel. L'usage s'est généralisé surtout sous le consulat et le premier empire. Aussi, en réalité, la loi des finances du 28 avril 1816 (art. 91) ne crée rien de nouveau et vient simplement régulariser un état de choses existant. L'article 91 annonçait une loi, qui règlerait l'exécution de cette disposition ; elle n'a point été faite. La situation des offi-

1. Cf. en notre sens, Hauriou, *loc. cit.*, p. 597, 4e édit., 1900. — Voir *supra*, chap. IV, § 6.

2. Voir les lois du 4 août 1789, 24 décembre 1790, 29 février–20 mars, 21 avril–8 mai, 29 septembre–6 octobre 1791. Pour les notaires, loi du 12 septembre 1791, tit. I, sect. I, art. 1 et loi du 25 ventôse an XI.

ciers ministériels est aujourd'hui réglée par quelques lois et décrets épars dans nos recueils législatifs, et surtout par la loi récente du 10 mars 1898. Quant aux règles relatives à la transmission même de l'office ministériel, elles dérivent surtout de la pratique suivie traditionnellement par la chancellerie.

L'essentiel est de déterminer quelle est en droit la situation de l'officier ministériel. On a beaucoup écrit à cet égard; mais seul, à notre connaissance, M. Garsonnet a bien indiqué le principe d'une solution vraiment juridique [1]. Avec lui, il faut distinguer les rapports de l'officier ministériel avec les particuliers, et ses rapports avec l'Etat. Dans ses rapports avec les particuliers, l'officier ministériel est un véritable propriétaire; ou, plus exactement, il est titulaire d'un véritable droit réel, réglé exclusivement par le droit privé. Reste à savoir quelle est la vraie nature du droit réel; c'est une question que nous avons touchée ailleurs et qui ne vient pas ici. Dans ses rapports avec l'Etat, l'officier ministériel n'est qu'un fonctionnaire. Son droit réel n'existe pas au regard de l'Etat. Vis-à-vis de l'Etat, l'office ministériel n'est point comme l'ancien office une concession faite par l'Etat à un particulier moyennant une redevance; l'idée d'une concession a complètement disparu, même pour les officiers ministériels; il n'est point exact de parler, comme le fait M. Hauriou, d'une fonction érigée en titre d'office. La fonction ne constitue pour aucun fonctionnaire, ni un titre ni un office. L'officier ministériel est nommé comme tout fonctionnaire; et de droit réel sur sa fonction, opposable à l'Etat, il n'en a point. « La propriété, dit très justement M. Garsonnet, n'existe pas dans ses rapports avec l'Etat. » Sans doute l'officier ministériel peut présenter

1. Garsonnet, *Traité de procédure*, t. I, p. 390, 2e édit.

à l'Etat le successeur qu'il désire voir nommer par lui. Mais cette possibilité de présentation ne fait aucun obstacle au pouvoir que possède le gouvernement de refuser son agrément, sans donner de motifs, au traité qui lui est soumis, de refuser sans aucun motif le successeur présenté, de supprimer l'office, de destituer le titulaire ou de créer de nouveaux offices. En fait la suppression d'office n'a pas lieu sans indemnité, et habituellement l'indemnité à payer au titulaire de l'office supprimé est répartie entre les titulaires des offices conservés dans la circonscription. Mais le gouvernement supprimant un office sans assurer une indemnité au titulaire outrepasserait-il ses pouvoirs et la décision pourrait-elle être attaquée ? Nous ne le croyons pas[1].

Enfin, tout officier ministériel peut être révoqué. Le législateur a établi pour cette révocation des conditions spéciales de compétence et de forme. Les officiers ministériels bénéficient de ces règles de compétence et de forme, comme les magistrats inamovibles; mais elles ne constituent point pour cela, pas plus que pour les magistrats inamovibles, un droit subjectif sur la fonction. Pour les agents de change et courtiers, le droit de destitution du gouvernement est consacré par les articles 17 et 18 de l'arrêté du 29 germinal an IX. La destitution est proposée par le ministre ; mais l'avis de la chambre syndicale doit être demandé et l'intéressé doit être entendu devant elle. La loi du 27 ventôse an VIII, confirmée implicitement par l'article 3 § 2 de la loi du 10 mars 1898, donne au gouvernement un droit de révocation complet à l'égard des greffiers[2].

1. Le conseil d'Etat a décidé que l'intéressé n'avait aucun recours pour obtenir l'annulation de la décision fixant le mode de répartition de l'indemnité. Voir Conseil d'Etat, 22 mai 1896, S. 97, III, p. 97 et une note de M. Hauriou.

2. On discute ce point le savoir si cette révocation leur fait perdre le droit de présentation. Cf. Garsonnet, *loc. cit.*, t. I, p. 411.

Les notaires ne peuvent être destitués que par une décision juridictionnelle, rendue par le tribunal civil en première instance et la cour en appel (Loi du 25 ventôse an XI, art. 53). Les articles 6, 16 et 26 de cette loi indiquent certains faits qui doivent entraîner la révocation; mais tout le monde reconnaît qu'un fait, non prévu par ces textes, peut entraîner la destitution et que les tribunaux possèdent, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation. Les notaires sont nommés par le gouvernement; le gouvernement est incompétent pour les révoquer; il y a là une règle de compétence, une règle purement objective et pas autre chose.

Pour les avoués, huissiers et commissaires priseurs, on avait discuté longtemps la question de savoir si le gouvernement avait le droit de révocation. L'opinion avait prévalu que le gouvernement avait un droit absolu de révocation. Cette solution avait soulevé de nombreuses réclamations, auxquelles est venue répondre la loi du 10 mars 1898, qui transfère aux tribunaux (tribunal civil et cour d'appel) le droit de révocation, qui appartenait auparavant au gouvernement. Cette révocation ne peut désormais intervenir qu'en la forme juridictionnelle. Cela constitue évidemment une garantie précieuse pour ces officiers ministériels. Le droit de révocation subsiste en entier; mais la règle de compétence pour faire cette révocation est modifiée; ce n'est plus le gouvernement qui est compétent; c'est une autre autorité. L'avoué, qui serait révoqué par le gouvernement, pourrait assurément attaquer cet acte de révocation par le recours pour excès de pouvoir; mais pas plus que le magistrat, dans une situation pareille, il ne revendiquerait un droit, il ne poursuivait une condamnation; il invoquerait seulement la légalité objective, la loi de compétence qui a été violée.

Après cette analyse, nous pouvons conclure. Ni théo-

riquement, ni dans le droit positif français, le fonctionnaire ne possède un droit subjectif dont la fonction serait l'objet. Peut-être à l'extrême rigueur peut-on soutenir qu'en France un droit subjectif appartient à l'officier sur son grade ; mais le grade n'est point une fonction. La conception d'après laquelle la fonction serait ou tendrait à être une chose, sur laquelle le fonctionnaire possèderait un droit subjectif, est théoriquement fausse, historiquement inexacte et juridiquement erronée.

## IX

Aux pouvoirs objectifs des fonctionnaires correspondent des devoirs objectifs. Tous ces devoirs du fonctionnaire se résument dans l'obligation pour lui de remplir exactement les attributions qui lui sont confiées, qui rentrent, d'après la loi, dans la fonction dont il est investi. Au premier abord, cette obligation générale du fonctionnaire paraît bien analogue à celle qui s'impose à l'individu qui, signant un contrat de louage de service, s'engage à mettre une certaine activité à la disposition de son co-contractant. Cependant, quand on y regarde de plus près, on aperçoit tout de suite que la situation est bien différente. D'abord, au cas de louage, l'étendue de l'obligation est déterminée par le contrat lui-même, œuvre des parties. L'obligation du fonctionnaire est déterminée par la loi supérieure aux deux parties. L'obligation du fonctionnaire ne naît point du prétendu contrat de fonction publique ; elle est impliquée directement, comme les pouvoirs du fonctionnaire, par la loi fonctionnelle, dont l'application à un individu déterminé est conditionnée par l'acte de nomination. C'est la conséquence logique de l'idée précédemment indi-

quée et sur laquelle il est inutile d'insister à nouveau. A cette idée se rattache directement une autre conséquence importante, qui fait toucher du doigt la différence, capitale en droit, qui distingue la situation du bailleur de service et du fonctionnaire. L'individu, obligé par un contrat de louage de fournir à un autre un certain service, est passible d'une action par laquelle le créancier du service peut obtenir la condamnation à fournir le service ou à payer une indemnité équivalente; il est logiquement passible aussi d'une action tendant à la résiliation du contrat. Dans les législations positives modernes, on peut dire que l'action en justice, tendant à garantir la réalisation d'une situation juridique, est le signe *formel* de son caractère subjectif. Or contre le fonctionnaire une pareille action n'existe point, précisément parce qu'il est, au point de vue passif, comme au point de vue actif, dans une situation purement objective. L'administration n'a point contre le fonctionnaire, qui ne remplit pas les obligations de la fonction, une action en justice pour obtenir contre lui une condamnation ou la résiliation du prétendu contrat. Sans doute l'administration a, pour atteindre ce fonctionnaire, des moyens très énergiques, organisés par tous les législateurs modernes sur des principes à peu près identiques. On les a indiqués en parlant de la révocation, de la discipline, de la hiérarchie. Mais ces moyens n'ont rien de commun avec l'action venant sanctionner une obligation subjective. Ainsi, on aperçoit tout de suite que pour le fonctionnaire le criterium formel de l'obligation subjective fait entièrement défaut.

A l'inverse, on verra plus loin, au moment où il sera parlé de la responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis des particuliers, que la situation des fonctionnaires implique pour les particuliers, pendant tout le temps que dure la fonction, le pouvoir de créer par leur volonté une situa-

tion juridique subjective, dont la réalisation aboutit à une réparation à leur profit, au cas de préjudice. Ce pouvoir des particuliers n'est point le pouvoir général qui leur appartient d'obtenir réparation du préjudice causé, de la part de l'auteur de ce préjudice; mais c'est un pouvoir qui a le même caractère. Tout individu est grevé du devoir objectif correspondant au pouvoir, appartenant à la victime d'un préjudice, d'obtenir réparation. Tout fonctionnaire, à l'occasion de ses fonctions, est grevé d'un devoir plus étroit, mais de même nature. Si le fonctionnaire était au point de vue de ses obligations dans une situation subjective vis-à-vis de l'administration, on ne comprendrait pas comment cette situation subjective pourrait entraîner des pouvoirs au profit des particuliers, complètement étrangers à cette situation subjective. Tout est logique au contraire, si l'on regarde le fonctionnaire comme étant dans une situation objective tant au point de vue passif qu'au point de vue actif, comme ayant à la fois un *état* passif et un *état* actif. Cet état, cette situation objective implique, d'une part, le pouvoir du fonctionnaire de vouloir légitimement et effectivement certains actes juridiques et d'obtenir certains profits, et d'autre part, le pouvoir pour l'administration, c'est-à-dire pour d'autres fonctionnaires d'imposer certaines charges au fonctionnaire considéré, et, pour les particuliers, le pouvoir d'obtenir, s'il y a lieu, certaines réparations. Tout cela est créé par la loi; tout cela n'est que l'application directe de la règle objective, tout cela est inexplicable si l'on attribue au fonctionnaire une situation subjective.

Le caractère objectif appartenant à l'obligation du fonctionnaire apparaît encore plus nettement, s'il est possible, quand on analyse l'obligation générale qui résulte pour lui de la fonction qui lui est confiée. Cette obligation générale peut se résumer en cette courte pro-

position : le fonctionnaire est obligé de gérer sa fonction. Cela implique d'abord l'obligation de ne point violer la loi de fonction. Evidemment l'obligation de ne pas violer la loi s'impose d'une manière générale à tout citoyen. Mais c'est une obligation, qui incombe plus étroitement au fonctionnaire. En effet pouvant intervenir et créer par sa seule volonté des effets de droit dans des domaines où le simple particulier ne le pourrait point, le fonctionnaire se trouve par là même plus étroitement subordonné à la loi ; ou, plus exactement, il est subordonné à des lois qui ne s'appliquent pas au simple particulier. Mais, en même temps, il va de soi que cette obligation du fonctionnaire a la même nature que le pouvoir correspondant : c'est un devoir objectif. L'obligation du fonctionnaire de ne pas violer la loi dans l'exercice de ses fonctions est bien une obligation propre aux fonctionnaires. C'est l'application d'une idée souvent formulée : dans la conception moderne de l'Etat, celui-ci ne peut intervenir par voie individuelle que dans la mesure déterminée par une règle générale, c'est-à-dire par la loi au sens matériel ; le fonctionnaire est l'instrument d'intervention de l'Etat, et par conséquent l'obligation s'impose particulièrement au fonctionnaire de respecter la loi, d'agir conformément à la loi.

Cette obligation de ne pas violer la loi s'impose avec la même rigueur aux fonctionnaires judiciaires et aux fonctionnaires administratifs. Les sanctions en sont différentes pour les uns et pour les autres ; on l'a déjà indiqué en parlant des conflits, du recours en cassation, du recours pour excès de pouvoir, de la discipline et de la hiérarchie. Rien de nouveau à dire quand il s'agit d'actes de puissance publique qui sont, à notre avis, caractérisés par ce qu'ils donnent naissance à une situation juridique subjective par la volonté unilatérale du fonctionnaire. Mais il importe de s'arrêter sur les actes de

gestion, qui ne se peuvent concevoir juridiquement que comme des actes contractuels. Ces actes, leur nom l'indique, ont plus particulièrement pour but d'assurer la gestion d'un patrimoine administratif. Au premier abord, pour eux le fonctionnaire peut justement apparaître investi d'un véritable mandat; et l'on a pu soutenir, qu'il y avait un véritable contrat de mandat entre le fonctionnaire de gestion et l'administration [1]. Nous avons déjà repoussé cette conception [2]. La situation du fonctionnaire ne peut pas être juridiquement différente suivant la nature des actes qu'il accomplit. Dans tous les cas sa situation résulte directement de la loi ; elle est forcément et toujours du même ordre ; le pouvoir et le devoir du fonctionnaire sont les mêmes, qu'il fasse des actes de puissance publique ou des actes de gestion; l'obligation générale du fonctionnaire de ne pas violer la loi a toujours le même caractère. Au reste partout les mêmes fonctionnaires ont à la fois compétence pour faire des actes de puissance publique et des actes de gestion; le ministre, le préfet et le maire par exemple en France font autant d'actes de gestion que d'actes de puissance publique. Peut-on dire en vérité que lorsque le ministre, le préfet ou le maire font un acte de puissance publique, ils n'agissent point en qualité de mandataire et que leur obligation de ne pas violer la loi dérive naturellement et immédiatement de la loi de fonction, qu'au contraire lorsqu'ils accomplissent des actes de gestion, ils sont mandataires de l'Etat ou de la personne administrative pour laquelle ils agissent et que leur obligation résulte alors d'un véritable mandat ? C'est inadmissible. Que le fonctionnaire fasse un acte de gestion ou d'autorité, il agit en vertu de sa

1. Voir Berthélemy, *Droit administratif*, 2e édit., 1902, p. 65 et 66 ; — Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, 1901, p. 481 et 575.
2. Cf. *supra*, chap. IV, § 4.

compétence, du pouvoir objectif qu'il tient de la loi et ce pouvoir objectif implique en même temps l'obligation objective de ne point violer la loi de compétence.

Mais la question est de savoir si les divers moyens organisés par les législations modernes, et précédemment indiqués, pour assurer de la part du fonctionnaire le respect de la loi qui régit la fonction, peuvent s'appliquer sans réserve et sans restriction aux actes de gestion. Assurément le fonctionnaire, qui dans l'accomplissement d'un acte de gestion viole une loi, peut être l'objet de mesures disciplinaires de la part de l'autorité investie de la surveillance disciplinaire sur lui. Mais on l'a déjà montré, la hiérarchie administrative ne peut pas s'exercer à l'occasion des actes de gestion [1]. Pour les mêmes raisons, l'intéressé ne pourrait pas attaquer par le recours pour excès de pouvoir un acte de gestion fait en violation de la loi. Le recours pour excès de pouvoir ne peut être dirigé que contre un acte unilatéral de l'administration, acte de puissance publique. Il répond au même but, et repose au fond sur le même principe que l'annulation hiérarchique et ne peut s'appliquer qu'aux mêmes actes. Le recours pour excès de pouvoir se conçoit rationnellement, quand la volonté de l'administration étant seule intervenue, c'est cette volonté qui seule a violé la loi : l'administré, touché directement par cette violation de la loi, fait annuler l'acte illégal. Dans l'acte de gestion, au contraire, l'effet de droit est produit par la double volonté de l'administration et du tiers contractant; la violation de la loi n'est pas en réalité le fait de l'administrateur seul. Le recours pour excès de pouvoir soulève cette seule question : un administrateur a-t-il violé la loi par sa volonté manifestée dans le but de produire un effet de droit? Au cas

1. Voir *supra*, chap. IV, §10.

d'acte de gestion, cette question ne peut pas se poser. La seule question est celle de la force obligatoire d'un contrat; et cela est une question de droit subjectif. L'acte de gestion donnera donc lieu à un recours de pleine juridiction, fondera le contentieux subjectif et non point le contentieux objectif. Parfois en fait, il est souvent difficile de séparer l'acte de gestion et l'acte de puissance publique, et le domaine des actes contractuels décroît chaque jour au profit des actes unilatéraux. Mais c'est là une toute autre question. La solution donnée ici d'une manière générale et abstraite est assurément celle du conseil d'Etat. La haute juridiction ne la présente point en cette forme. Mais sa jurisprudence sur le recours parrallèle aboutit à la même conséquence. En fait, au cas d'acte de gestion, le recours contentieux de pleine juridiction existe toujours au profit de l'intéressé. Cela équivaut donc à dire que le recours pour excès de pouvoir proprement dit ne peut jamais être dirigé contre des actes de gestion. Telle est précisément notre solution.

Les agents de l'Etat font enfin quantité d'actes, qui n'ont aucun caractère juridique et que pour cette raison nous qualifions d'opérations matérielles, par exemple opérations techniques faites par les agents de l'Etat en vue de l'exécution de travaux, opérations de transport, opérations industrielles, etc... Il est évident que pour tous ces actes qui n'ont aucun caractère juridique, l'obligation de ne pas violer la loi se présente dans des conditions un peu particulières. L'agent n'accomplit pas un acte juridique, et on ne voit guère comment il pourrait violer une loi de compétence. Ce n'est pas à dire cependant que pour ces opérations il ne naisse pas d'obligations juridiques à la charge du fonctionnaire ; mais ces obligations se rattachent surtout au devoir général et objectif de faire les actes de la fonction et de ne point

causer de préjudice à l'Etat. A ces opérations matérielles peuvent aussi se rattacher d'importantes obligations du fonctionnaire vis-à-vis du particulier, dont il sera parlé plus loin.

Dans ces opérations matérielles rentrent toute une série d'actes, qui n'ont en soi aucun caractère juridique, mais qui touchent cependant de très près à des actes juridiques ; ce sont toutes les opérations de contrainte. Nous employons à dessein une expression très générale pour désigner toutes les opérations de police administrative destinées à assurer la salubrité, la tranquillité et la sécurité publiques, toutes les opérations de police judiciaire destinées à rechercher les auteurs des infractions, à les arrêter et à les livrer à la justice, et enfin toutes les opérations d'exécution administrative ou judiciaire, exécution d'un acte administratif proprement dit, exécution d'une décision juridictionnelle, exécution sur la personne ou exécution sur les biens. Il nous paraît incontestable que toutes ces opérations prises en elles-mêmes sont purement matérielles, sont de simples faits et n'ont aucun caractère juridique[1]. Mais il est évident aussi que pour ces opérations d'une extrême importance, le législateur a dû déterminer d'une manière précise les pouvoirs de l'agent, d'autant plus que c'est précisément dans l'accomplissement de ces opérations que les agents, détenteurs de la force matérielle, seront le plus naturellement portés à abuser de leur pouvoir et à outrepasser la loi. Aussi les législations modernes et particulièrement la législation française ont-elle déterminé rigoureusement les pouvoirs des agents dans ces diverses hypothèses. On reconnaîtra cependant que nos lois ont déterminé d'une manière insuffisante les pouvoirs des agents de la police adminis-

1. Cf. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p 349

trative, dont l'intervention est la cause d'abus fréquents et graves. Quoiqu'il en soit de cette lacune, il est certain que l'agent est *obligé*, dans l'accomplissement de tout acte de contrainte, de se conformer exactement à la loi, qui trace les conditions dans lesquelles il peut intervenir, conditions qui varient à l'infini et qu'il est impossible d'énumérer.

L'agent ne peut faire que les opérations de contrainte déterminées par la loi. Mais ces opérations ne sont pas des actes juridiques ; on ne peut point les annuler si l'agent a outrepassé ses pouvoirs. Ainsi la sanction de l'obligation, qui s'impose à l'agent de ne pas violer la loi fonctionnelle, ne peut consister ici dans l'annulation hiérarchique ou juridictionnelle : on annule bien un acte juridique ; on ne peut pas annuler un simple fait matériel, et l'opération de contrainte n'est pas autre chose. Cela montre qu'il n'est point indifférent de réserver le mot compétence pour désigner exclusivement le pouvoir de faire un acte juridique, la violation d'une loi de compétence proprement dite pouvant seule donner lieu à une annulation. Quelles seront donc les sanctions de l'obligation qui s'impose à l'agent de ne faire que les opérations de contrainte permises par la loi ?

On aperçoit tout d'abord la sanction disciplinaire. L'agent de l'Etat investi du pouvoir disciplinaire sur l'auteur de l'acte de contrainte, fait contrairement à la loi, pourra et devra l'exercer, et lui aussi conformément à la loi. L'acte de contrainte fait en violation de la loi peut aussi donner lieu, au profit du particulier lésé, à une action en responsabilité, dont il sera parlé plus loin. Enfin, il y a et il devait y avoir une sanction pénale sévère. Qu'on lise à cet égard les articles 114 à 122 du Code pénal, placés sous la rubrique *Attentats à la liberté*, et les articles 184 à 191 sous la rubrique *Abus*

*d'autorité*. Pour désigner ces infractions, la loi pénale emploie souvent le terme *forfaiture*. Nous ne croyons pas cependant que cette expression désigne un délit parfaitement précisé et caractérisé. La définition qu'en donne le Code pénal lui-même est très vague. « Tout crime, dit-il, commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions est une *forfaiture* » (art. 166). Le texte le plus large, parmi ceux qui viennent d'être cités, est assurément l'article 114 du Code pénal. D'après ce texte lorsqu'un fonctionnaire aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la constitution, il sera condamné à la peine de la dégradation civique. Pour les ministres la peine est celle du bannissement (art. 115).

Le citoyen, contre lequel est dirigé un acte arbitraire, un abus d'autorité, a-t-il le droit d'y résister? La question générale et théorique a été examinée ailleurs [1]. Mais la question se pose en droit positif. D'après l'article 209 du Code pénal, toute résistance avec violence et voies de fait envers les agents de la force publique est qualifiée, suivant les circonstances, crime ou délit de rébellion. Certainement la rébellion existe lorsque la résistance s'adresse à un agent agissant conformément à la loi. Mais y a-t-il aussi rébellion, au point de vue du droit positif, lorsque l'acte qui a provoqué la résistance par violence ou voie de fait, était un acte arbitraire et illégal? Nous sommes très disposé à croire qu'il n'y aurait point alors en droit rébellion. Le principe a été nettement formulé par la déclaration de 1793 : « Tout citoyen appelé ou saisi par l'autorité de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance. Tout acte exercé contre un homme hors les cas et sans les

1. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 311.

formes que la loi détermine est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force » (art. 10 et 11). Telle nous paraît être la vraie solution. Cependant, la doctrine contraire est plus généralement admise, et l'idée formulée dans la déclaration de 1793 aurait, nous le croyons, peu de chance de triompher devant les tribunaux. M. Garraud écrit : « Ce serait aller contre le but des sociétés organisées que de prétendre se faire justice à soi-même, en opposant la force aux ordres, même illégaux, même irréguliers des agents investis de l'autorité publique[1]. » On ne saurait contester au point de vue pratique la force de ce raisonnement. Cependant, il peut se présenter des cas où l'abus d'autorité est tellement évident, où l'arbitraire est tellement complet, qu'il peut être bien difficile de voir une rébellion dans l'acte de résistance qui lui a été opposé. C'est dire que pratiquement il est impossible de donner une solution générale. Théoriquement la force publique ne s'impose légitimement à l'individu que lorsqu'elle est conforme au droit; la loi elle-même n'est impérative que lorsqu'elle est l'expression du droit. Nul n'est contraint légitimement de se soumettre à un acte de contrainte accompli par un agent étatique, qui n'agit pas conformément à la loi, qui elle-même doit être l'expression du droit. Théoriquement, il n'y donc pas de rébellion dans la résistance même par la violence à un acte arbitraire.

Pratiquement, il sera souvent impossible de faire l'application rigoureuse de ce principe. On ne peut l'appliquer qu'avec certains tempéraments. La solution dépendra des circonstances, du degré d'arbitraire, des conditions dans lesquelles est intervenue la résistance.

1. Garraud, *Traité de droit criminel*, t. III, p. 27, 2e édit., 1899.

On nous reprochera de faire bon marché du principe formulé et d'arriver à une solution singulièrement opportuniste. Le principe, nous le conservons intact. Mais la vie sociale a des exigences que nous ne pouvons méconnaître; le devoir de l'homme politique, du magistrat, du juriste est de les concilier autant que possible avec la vérité théorique, le progrès social consistant en une adéquation progressive des solutions pratiques aux principes supérieurs du droit.

## X

Non seulement le fonctionnaire a le devoir de ne pas violer la loi de sa fonction, mais encore il doit fournir une certaine activité; il doit remplir toutes les attributions dont il est chargé; il doit les remplir dans l'esprit de sa fonction, c'est-à-dire conformément à la pensée qu'avait le législateur en faisant rentrer ces attributions dans le cadre de la fonction. C'est à cette obligation du fonctionnaire qu'on pourrait être surtout tenté d'attribuer le caractère d'obligation subjective, née d'un acte juridique intervenu entre l'Etat et le fonctionnaire. Nous pensons que cette obligation elle-même ne se rattache pas à un acte juridique déterminé, qu'elle dérive encore directement de la loi, et que, par conséquent, elle aussi possède exclusivement le caractère d'un devoir objectif. Ce caractère apparaît évident lorsque l'on considère les moyens de sanction de cette obligation. Cette obligation est, en effet, imposée à l'agent par l'action hiérarchique et la surveillance disciplinaire. Parfois aussi elle a une sanction pénale, par exemple dans l'article 185 du Code pénal, qui prévoit et punit le déni de justice. On ne voit guère comment une simple

obligation subjective pourrait avoir une sanction pénale. Il importe d'ailleurs de noter que la répression pénale et la répression disciplinaire ne s'excluent pas et que la répression disciplinaire peut intervenir en même temps et pour les mêmes causes que la répression pénale.

Il ne suffit pas que le fonctionnaire accomplisse tous les actes rentrant dans sa fonction, il faut encore qu'il les accomplisse dans l'esprit de sa fonction, c'est-à-dire qu'il agisse déterminé par le but qu'a eu en vue le législateur en créant cette fonction. A cette obligation se rattache deux institutions déjà étudiées et qu'il suffit de rappeler, l'annulation hiérarchique pour cause d'inopportunité et le détournement de pouvoir[1]. Le supérieur peut intervenir spontanément ou sur la demande de l'intéressé. L'acte administratif a été fait par un fonctionnaire compétent dans l'ordre de sa fonction; il n'a point violé à vrai dire la loi de la fonction; il n'a même fait peut-être que remplir avec trop de zèle les obligations de sa fonction; mais il en a méconnu l'esprit; le supérieur estime que la décision prise, quoique parfaitement légale, avait plus d'inconvénients que d'avantages; il peut annuler l'acte pour cause d'inopportunité. Non seulement il peut l'annuler; mais encore il peut le réformer, et prendre au lieu et place du fonctionnaire inférieur la décision qu'il estime véritablement conforme à l'esprit de la fonction. On ne verra certainement dans ces diverses sanctions de l'obligation du fonctionnaire rien qui ressemble à la sanction d'une obligation subjective.

Ces diverses sanctions s'appliquent particulièrement à l'obligation du fonctionnaire d'accomplir les actes d'autorité qui rentrent dans sa fonction et conformément à l'esprit de sa fonction. La surveillance discipli-

1. Voir *supra*, chap. IV, § 10 et chap. V, § 5.

naire est encore la sanction par excellence de l'accomplissement par l'agent dans l'esprit de sa fonction, des actes de gestion qui s'y rattachent. Mais pour ces actes, ni l'annulation ou réformation hiérarchique pour inopportunité, ni le recours pour détournement de pouvoir ne peuvent intervenir, et cela pour les mêmes raisons que celles indiquées plus haut en ce qui concerne l'annulation hiérarchique pour violation de la loi et le recours pour excès de pouvoir proprement dit. Seulement, en général, dans les législations modernes, et notamment dans le droit français, l'obligation qui s'impose au fonctionnaire d'accomplir exactement les actes de gestion qui lui sont confiés et de les accomplir conformément à l'esprit de sa fonction, se trouve sanctionnée d'un autre manière. Le fonctionnaire chargé de faire des actes de gestion est presque toujours placé sous la surveillance d'un corps élu ; c'est ce droit de surveillance du corps élu, qui constitue la sanction permanente et la plus énergique de l'obligation du fonctionnaire, relativement à l'accomplissement des actes de gestion. Dans le droit français, pour les ministres, cette sanction consiste dans la responsabilité des ministres devant les chambres, établie par l'article 6 § 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Le législateur, dans ce texte, après avoir déclaré les ministres *solidairement* responsables devant les chambres de la politique générale du gouvernement, ajoute « qu'ils sont *individuellement* responsables de leurs actes personnels ». Personne, à notre connaissance, n'a déterminé d'une manière précise le caractère de cette responsabilité individuelle des ministres devant les chambres. La question est en effet très délicate. Nous sommes disposé à croire qu'outre les trois espèces de responsabilité ministérielle ordinairement indiquées, politique, pénale et civile, il existe, et cela logiquement, une quatrième espèce de

responsabilité, que l'on peut appeler la responsabilité administrative. Cette responsabilité est la sanction de la surveillance que les chambres peuvent exercer continuellement sur la gestion ministérielle. Elle ne touche pas les actes d'autorité accomplis par les ministres ; ils sont à cet égard supérieurs hiérarchiques; ils n'ont pas de supérieurs au-dessus d'eux, et les droits des particuliers sont garantis par le recours contentieux pour excès de pouvoir. Quant au rôle que le ministre joue dans un acte politique signé par le chef de l'Etat et contresigné par lui, il est assurément placé sous le contrôle du parlement, lequel se traduit dans la responsabilité politique proprement dite et solidaire du cabinet. Restent les actes de gestion accomplis par les ministres individuellement; le législateur a voulu les placer tout particulièrement sous le contrôle du parlement ; d'où la responsabilité administrative individuelle des ministres, consacrée par l'article 6 § 1, *in fine* de la loi du 25 février 1875. Elle se distingue de la responsabilité politique en ce qu'elle est individuelle comme la responsabilité pénale et la responsabilité civile ; mais elle n'aboutit ni à une répression pénale, ni à une condamnation civile; elle se traduit seulement dans la retraite forcée du ministre devant un vote de l'une des chambres qui le vise personnellement.

Le préfet, pour les actes de gestion du patrimoine départemental, est placé sous la surveillance du conseil général et de la commission départementale[1]. Pour le maire, le pouvoir disciplinaire de l'administration supérieure et le contrôle du conseil municipal, relativement à ses actes de gestion, sont nettement affirmés par l'article 90 de la loi du 5 avril 1884. Encore ici, à

1. Voir spécialement la loi 10 août 1871, art. 53-56, 78-80.

aucun point de vue, nous ne voyons les caractères d'une obligation subjective sanctionnée par une action en justice. Nous apercevons seulement un devoir objectif impliqué directement par la loi de fonction et sanctionné par des moyens particuliers.

Les théoriciens ont souvent indiqué comme dernière obligation du fonctionnaire l'obligation d'obéir aux ordres du supérieur auquel il est hiérarchiquement subordonné[1]. Cela n'est point, à notre avis, une obligation particulière de l'agent. Elle rentre juridiquement dans l'obligation de se conformer à la loi de la fonction. D'abord nous croyons avoir démontré qu'on ne pouvait point parler d'ordre donné par une volonté individuelle à une autre volonté individuelle. Aussi n'est-il pas vrai que le fonctionnaire inférieur soit juridiquement obligé d'obéir aux ordres du fonctionnaire supérieur. Cette prétendue obligation ne peut pas avoir une réalité juridique, ne peut pas constituer une catégorie particulière. Ce que Laband regarde comme l'obligation du fonctionnaire d'obéir aux ordres du supérieur hiérarchique, n'est au fond que l'obligation générale d'agir conformément à la loi de fonction. En effet, c'est par la loi elle même que le fonctionnaire est placé dans une telle situation qu'il doit se conformer aux instructions qu'il reçoit d'un autre fonctionnaire. Ce pouvoir de donner des instructions ne constitue pas, on l'a vu[2], un pouvoir objectif distinct ; il n'y a pas davantage un devoir objectif particulier d'obéir à ces instructions. Le prétendu ordre donné par le supérieur hiérarchique ne fait naître une situation subjective, ni pour celui qui le donne, ni pour celui qui le reçoit. Le fonctionnaire inférieur est grevé du devoir objectif d'agir conformément à la loi de sa

1. Voir notamment Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 431, 4e édit. 1901 ; édit. franç., 1902, t. II, p. 146.
2. Voir *supra*, chap. IV, § 10.

fonction, et cette loi lui impose souvent le devoir de suivre la direction à lui tracée par un autre fonctionnaire. L'accomplissement de ce devoir est garanti par les sanctions ordinaires qui s'attachent à l'obligation fonctionnelle, la surveillance disciplinaire, l'action hiérarchique, le pouvoir de révocation. On ne saurait voir là l'obligation juridique pour une volonté individuelle d'obéir aux ordres d'une autre volonté individuelle. La notion d'ordre doit être bannie du droit public comme du droit privé. Notre conclusion est vraie même pour le fonctionnaire militaire. Celui-ci, pas plus que le fonctionnaire civil, n'est juridiquement lié par l'ordre du supérieur pris en lui-même. Si le contraire semble vrai au premier abord, c'est que la loi limite plus étroitement pour le fonctionnaire militaire que pour le fonctionnaire civil le sens dans lequel il doit exercer son activité. Celle-ci est toujours limitée par la direction que peut lui imprimer un autre fonctionnaire que celui qui l'exerce, et l'agent militaire ne peut légalement agir que dans les limites de cette direction et doit agir suivant cette direction. Mais cette obligation ne résulte pas pour lui de l'ordre qui lui est donné par le supérieur; elle dérive encore de la loi fonctionnelle. Ce qu'on appelle le devoir d'obéissance militaire n'est pour l'agent militaire que le devoir d'exercer sa fonction conformément à la loi.

Telle est la vraie conception du prétendu devoir d'obéissance hiérarchique, tant pour le fonctionnaire militaire que pour le fonctionnaire civil. Nous reconnaissons volontiers cependant que les choses en apparence se passent un peu comme s'il y avait pour le fonctionnaire inférieur obligation directe d'obéir aux ordres du supérieur. On va voir toutefois qu'il n'est pas indifférent de déterminer quelle est la vraie situation du

fonctionnaire à cet égard. Nous nous trouvons en effet ici en présence d'une question célèbre et dont la solution ne laisse pas de soulever de sérieuses difficultés et de présenter un grand intérêt pratique, car elle a un contre-coup direct sur la théorie de la responsabilité des fonctionnaires. L'agent, disons-nous, est souvent obligé, de par la loi de sa fonction, d'agir conformément à la direction que lui indique un autre fonctionnaire, que l'on considère comme supérieur à lui ; ou, suivant la formule ordinaire, le fonctionnaire inférieur est obligé d'obéir aux ordres du fonctionnaire hiérarchiquement supérieur. Supposons que le fonctionnaire supérieur donne l'ordre au fonctionnaire inférieur de faire une chose contraire à la loi, d'employer son activité en violation de la loi fonctionnelle. L'inférieur est-il alors obligé de se conformer à cette direction, d'obéir à l'ordre qui lui est donné ? On aperçoit aisément l'intérêt de la question. Il est d'évidence que si le fonctionnaire est tenu d'obéir à un ordre du supérieur, lui commandant de faire une chose contraire à la loi, en accomplissant cette chose quelque illégale qu'elle soit, il n'est point en faute, et ni sa responsabilité pénale ni sa responsabilité civile ne peuvent être engagées. Au contraire, si l'inférieur n'est point obligé par sa fonction d'obéir à l'ordre, qui lui est donné de faire une chose contraire à la loi, s'il fait cette chose, il est en faute malgré l'ordre exprès qui lui en a été donné, et cette faute peut, suivant les cas, entraîner sa responsabilité pénale et sa responsabilité civile. La question doit être examinée séparément pour les fonctionnaires civils et pour les fonctionnaires militaires.

Le seul texte de nos lois positives relatif à la question est l'article 114 § 2 du Code pénal. Après avoir puni de la dégradation civique tout fonctionnaire public, agent ou préposé du gouvernement, qui « aura

ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la charte (constitution) », le législateur ajoute au § 2 : « Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera dans ce cas appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. » La même disposition est déclarée applicable par l'article 184 au cas de violation de domicile, et par l'article 190 au cas de réquisition de la force publique contre l'exécution d'une loi, contre la perception d'une contribution légale, ou contre l'exécution soit d'une ordonnance ou mandat de justice, soit de tout autre ordre émané de l'autorité légitime. Ces textes sont bien formels : s'il y a ordre du supérieur légitime, pour des objets rentrant dans sa fonction, la peine ne frappera que le supérieur et point le subordonné. Mais en même temps on voit que le législateur ne fait pas de l'obéissance à l'ordre du supérieur hiérarchique une cause exclusive de culpabilité. Le fonctionnaire inférieur qui a violé la loi, reste coupable, bien qu'il n'ait fait qu'obéir aux ordres du supérieur. L'obéissance à l'ordre du supérieur constitue seulement une excuse absolutoire : le fonctionnaire est déclaré coupable; le jury a répondu *oui* à la question principale; mais, si en même temps il a répondu *oui* à la question accessoire d'excuse, il y a là au profit de l'accusé une excuse absolutoire; la cour ne prononcera pas de peine; l'accusé sera absout, mais point acquitté. Pour qu'il en soit ainsi, deux conditions sont nécessaires, mais suffisantes : 1° il faut qu'il y ait un lien hiérarchique entre celui auquel l'ordre a été donné et celui qui l'a donné; 2° il faut que l'ordre soit relatif à un

objet qui est du ressort du supérieur. Il importe peu que le fonctionnaire ait cru ou non que la chose, qui lui était ordonnée, était légale, qu'il ait été en un mot de bonne ou de mauvaise foi. Si les deux conditions indiquées sont réunies, le jury agira conformément à la loi en admettant l'excuse absolutoire et la cour devra absoudre. Mais d'autre part tous les criminalistes paraissent reconnaître que l'excuse absolutoire, dérivant de l'ordre donné par le supérieur, ne doit s'appliquer que dans les cas prévus par les articles 114, 184, 188 et 189 déjà cités, et ne pourrait point être étendue à d'autres cas. Bref, les textes précités ne donnent qu'une solution particulière et une solution d'espèce. Ils décident seulement que dans certains cas limitativement énumérés, l'ordre du supérieur, sans exclure la culpabilité pénale, peut constituer pour le fonctionnaire, qui a violé la loi, une excuse absolutoire et le dispenser de la peine[1].

Ainsi la question subsiste dans sa généralité et théoriquement et pratiquement : l'ordre de faire un acte contraire à la loi s'impose-t-il à l'inférieur? Et sa responsabilité est-elle alors complètement dégagée? En dehors des criminalistes, commentant l'article 114 du Code pénal, les juristes français se sont rarement occupés de la question. Les jurisconsultes allemands ont au contraire examiné le problème d'une manière approfondie. La doctrine la plus généralement admise peut se résumer ainsi. Le fonctionnaire inférieur est obligé d'obéir à l'ordre du fonctionnaire supérieur et, de ce chef, est exonéré de toute responsabilité pénale et civile, quand les trois conditions suivantes sont réunies : 1° il faut que l'ordre soit régulier en la forme, par exemple s'il est écrit, il faut qu'il porte la signature

1. Garraud, *Traité de droit criminel*, t. III, p. 35 et suiv., 2e édit., 1899.

du supérieur ; 2° il faut que le fonctionnaire inférieur ait compétence *ratione materiæ* et *ratione loci* pour l'exécution de l'ordre ; le fonctionnaire supérieur ne peut point augmenter ou modifier la compétence du fonctionnaire inférieur ; 3° il faut que le fonctionnaire supérieur ait en principe compétence pour donner l'ordre en question. Si ces trois conditions sont remplies, dit-on, le fonctionnaire inférieur est tenu d'obéir et échappe à toute responsabilité pénale ou civile. Il en est ainsi, alors même que le fonctionnaire supérieur ait fait un usage irrégulier des pouvoirs de sa fonction ; car le fonctionnaire inférieur n'a point à examiner si le supérieur fait un usage régulier de son pouvoir hiérarchique. Laband écrit à ce sujet : « Par le contrat de service public, ce n'est pas un droit de créance qui naît au profit de l'Etat ; mais c'est un pouvoir qui est créé ; et le fonctionnaire est obligé non seulement de fournir un service, mais aussi d'obéir... Dans l'Etat moderne l'unité de la puissance étatique est réalisée par la hiérarchie des diverses fonctions ; les fonctions forment par là un ensemble ; et l'exécution des affaires étatiques n'est pas concevable, si tout fonctionnaire n'observe pas les ordres et réquisitions à lui adressés, sans en apprécier la régularité matérielle et sans faire dépendre de cette appréciation le point de savoir s'il fournira ou refusera sa participation[1]. » En un mot le fonctionnaire inférieur n'a point à apprécier la régularité *matérielle* de l'acte ordonné, mais seulement la régularité *formelle* de l'ordre donné.

Malgré l'autorité des auteurs qui défendent cette doctrine, nous ne pouvons en admettre les conséquences, et nous estimons que, d'une manière générale,

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 431 et 433, 4e édit., 1901 ; édit. franç., 1902, t. II, p. 151. Cf. Freund, *Archiv für öffentliches Recht*, t. I, 1885, p. 20 et suiv., p. 365 et suiv.

l'ordre du fonctionnaire supérieur ne s'impose point à l'inférieur, lorsqu'il a pour objet une chose contraire à la loi, et que le fonctionnaire inférieur, qui ne fait qu'exécuter cet ordre, n'est point de ce chef exonéré de toute responsabilité. Un moment nous avions pensé qu'il y aurait peut-être à distinguer entre le cas où la chose ordonnée constituerait une infraction pénale et celui où elle serait une violation de la loi, sans avoir le caractère d'infraction pénale. Nous pensions qu'on pourrait dire que l'inférieur n'est jamais obligé de commettre une infraction, quel que soit l'ordre qui lui est donné, et que sa responsabilité subsiste tout entière, sauf l'excuse absolutoire de l'article 114, § 2 (Code pénal), dans le droit positif français. Que si, au contraire, la chose ordonnée était une violation de la loi, sans être une infraction, la responsabilité civile de l'inférieur, qui n'avait fait que se conformer aux ordres du supérieur, ne pourrait point être encourue. Après examen, cette distinction nous paraît inadmissible. Nous estimons que, d'une manière générale, l'ordre de faire une chose contraire à la loi ne s'impose jamais à l'inférieur et n'exclut jamais sa responsabilité. Le caractère pénal ou non pénal d'un acte contraire à la loi ne peut rien faire ; car l'acte est toujours une violation de la loi. Le caractère pénal ne concerne que le mode de sanction de cette violation. La question se ramène tout simplement à celle-ci. Un fonctionnaire peut-il être parfois placé dans cette situation qu'il soit légalement obligé de faire une chose contraire à la loi? Or, à la question ainsi posée, une réponse négative s'impose sûrement. Si l'on voulait faire une distinction, la seule possible consisterait à séparer le cas où l'acte, ordonné par le supérieur, doit avoir le caractère juridique, et celui où il a le caractère d'une simple opération matérielle. Dans le premier cas, l'ordre donné de faire un acte con-

traire à la loi équivaut à l'ordre donné de faire un acte, qui excède la compétence du fonctionnaire considéré. Or l'obligation par excellence de tout fonctionnaire est précisément de respecter la loi de sa compétence. On a montré plus haut que, s'il devait se conformer aux instructions des supérieurs hiérarchiques, c'était précisément parce que sa compétence, telle qu'elle est déterminée par la loi, consiste à intervenir suivant la direction que lui indique le supérieur; le pouvoir d'ordre du supérieur n'existe véritablement pas; tout fonctionnaire, investi d'un pouvoir juridique, est obligé d'exercer ce pouvoir dans les limites fixées par la loi de compétence. Sans doute, pour beaucoup d'actes, le fonctionnaire est libre de les faire ou de ne pas les faire. Il n'est pas compétent pour ne pas les faire, quand le supérieur hiérarchique l'invite à les faire. Mais celui-ci n'est pas compétent pour inviter l'inférieur de faire un acte illégal; et l'inférieur ne peut jamais être obligé à faire un acte illégal. Un préfet est obligé par la loi même de sa fonction à prendre telle mesure de police que lui indique le ministre; mais il n'est point obligé, il ne peut pas être obligé, malgré l'ordre du ministre, de prendre de décisions illégales, par exemple attentatoires à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile, à la propriété, et, s'il les prend, sa responsabilité reste entière. Il en serait de même alors que les illégalités seraient moins évidentes, par exemple si, sur l'ordre du ministre, un préfet prenait des décisions individuelles ou réglementaires sur une matière administrative pour laquelle un autre fonctionnaire, le maire par exemple, est compétent, ou sans l'accomplissement des formalités exigées par la loi. Même solution pour les actes illégaux accomplis par un maire sur les ordres du préfet.

Sans doute, en ce qui concerne les opérations maté-

rielles, il ne peut être question de violation d'une loi de compétence. On ne peut pas parler de la compétence d'un fonctionnaire relativement à l'accomplissement des opérations matérielles qui rentrent dans son service fonctionnel. Mais, à l'égard de ces opérations matérielles mêmes, le fonctionnaire est tenu de se conformer à la loi, en ce sens qu'il ne peut faire que les opérations qui sont conformes au but en vue duquel sa fonction a été créée et organisée. Il doit se conformer aux instructions de service qui lui sont adressées, par application de la loi de fonction qui l'oblige à gérer le service qui lui est remis conformément à son but et parce que la loi présume, jusqu'à preuve contraire, que ces instructions sont données dans ce même but. Mais si, en fait, il en est autrement, si l'injonction adressée à l'agent technique vise un acte qui est contraire à l'esprit et au but de la fonction, l'agent ne doit point s'y conformer. S'il le fait, il est responsable, parce qu'il viole la loi. L'effet obligatoire d'un prétendu ordre donné par un agent à un autre n'existe pas ; la seule obligation de l'agent est de se conformer à la loi de sa fonction ; toutes les fois que, pour une cause quelconque, il y manque, il viole l'obligation essentielle née de sa fonction. Sans doute l'appréciation en sera souvent délicate. Les tribunaux saisis de la question auront à examiner si l'acte, accompli sur l'injonction d'un supérieur, est ou non conforme au but de la fonction technique, tel que l'a compris le législateur. En droit, la solution nous paraît certaine.

Ainsi nous ne saurions approuver la solution impliquée par le jugement du tribunal des conflits du 25 mars 1891[1]. Il s'agissait d'un receveur des postes qui, sur l'injonction à lui adressée par le préfet, agis-

1. Trib. des conflits 25 mars 1891, S. 1891, III, p. 32.

sant sur les instructions du ministre, lui avait remis des lettres et paquets confiés par des particuliers au service postal. Les particuliers intéressés ayant assigné en responsabilité, devant le tribunal judiciaire, le préfet et le receveur des postes, le tribunal ayant rejeté le déclinatoire d'incompétence, le conflit fut élevé et le tribunal des conflits annula l'arrêté de conflit en ce qui concernait le préfet, et le maintint en ce qui concernait le receveur des postes, par ce motif que l'article 700 du règlement sur le service des postes impose aux agents des postes un devoir général d'obéissance aux autorités chargées de surveiller le fonctionnement du service. Cette décision du haut tribunal impliquait évidemment que, dans sa pensée, la question de responsabilité du préfet pouvait se poser, qu'au contraire le receveur des postes ne pouvait pas être responsable, parce qu'il n'avait fait que se conformer à l'obligation, née de sa fonction elle-même, de déférer aux injonctions de l'autorité surveillante. A notre sens, le raisonnement est sans valeur ; car, si les agents d'un service technique, comme les agents des postes, sont obligés de se conformer aux injonctions des autorités surveillantes, c'est parce que ces instructions sont présumées données pour assurer l'exact accomplissement du service, parce qu'elles sont présumées conformes au but qu'a eu la loi en créant tel ou tel service, en instituant telle ou telle fonction. L'agent des postes doit se conformer à ces instructions, parce qu'il est légalement obligé de faire exactement tous les actes conformes au but de sa fonction. Il en résulte que, s'il est établi en fait, comme cela l'était dans l'espèce rapportée, que l'injonction donnée au lieu d'être conforme au but du service public considéré, lui est diamétralement opposée, non seulement l'agent technique n'est pas obligé de s'y conformer, mais encore qu'il est obligé de ne s'y pas conformer. Ces injonctions

ne couvrent point sa responsabilité. Qu'on ne dise pas que notre solution rend impossible toute discipline administrative et conduit à l'anarchie. Non, car si l'agent est responsable quand il exécute un ordre contraire à la loi, il est également responsable quand il refuse d'exécuter un ordre conforme à la loi, et le bon fonctionnement des services sera bien plus complètement assuré par la claire notion que tous les agents, depuis les plus élevés jusqu'aux plus humbles, auront de leur responsabilité, que par un système de discipline passive qui amollit les caractères, annihile les volontés et atrophie les intelligences[1].

La question se présente dans des termes un peu différents pour les agents militaires. Le but n'est pas ici d'examiner le problème à fond; tout un volume serait nécessaire. Il importe d'abord de distinguer deux questions, qui sont parfois confondues, mais qui sont cependant tout à fait différentes. La première est celle des rapports de l'élément militaire et du pouvoir civil; la seconde est celle des rapports des agents militaires entre eux dans leurs relations hiérarchiques. Sur les rapports de l'élément militaire et du pouvoir civil, nous avons indiqué ailleurs quel doit être, à notre sens, le principe général de la solution[2]. La force armée doit être, d'après son but même, un instrument de contrainte aveugle et inconscient entre les mains des gouvernants. Il en résulte évidemment que la mise en mouvement de la force armée ne peut jamais engager la responsabilité des individus qui la composent. Ceux-ci ne peuvent pas être obligés d'apprécier si les actes à l'accomplissement desquels les gouvernants veulent les employer sont légaux ou non, puisque l'idéal, c'est

1. Voir sur ce point, Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 355 (thèse Bordeaux), 1895.
2. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 355.

une force armée mécanique, sans intelligence, à la disposition des gouvernants. Il va sans dire que le devoir des gouvernants, de n'employer la force armée que dans un but conforme au droit et à la loi, reste intact, dans le sens que nous avons développé ailleurs. Cette obéissance passive de la force armée à l'égard des gouvernants a été affirmée explicitement par plusieurs textes de nos constitutions, qui n'ont fait que l'application d'une idée logique et juste. Il suffit de citer l'article 12 du titre IV de la constitution de 1791 : « La force publique est essentiellement obéissante; nul corps armé ne peut délibérer[1]. » La loi constitutionnelle de 1875 emploie une expression très énergique, qui montre bien que notre législateur constituant a pensé que la force armée devait obéir aux gouvernants : « Le président de la république *dispose* de la force armée. » M. Hauriou écrit très exactement : « Le pays vit sous un régime *civil* et non sous un régime militaire. » Cela est vrai non seulement pour la France, mais pour tout pays parvenu à la conception moderne de l'Etat, ou, suivant l'expression de M. Hauriou, « vivant sous un régime d'Etat[2] ». Il n'y la point d'ailleurs un devoir d'obéissance juridique des agents militaires aux gouvernants. Pas plus ici que précédemment, nous ne saurions admettre la subordination d'une volonté individuelle à une autre volonté. Prise en corps, la force armée est un élément privé de volonté et d'intelligence, une machine à contraindre; et, si l'on parle d'obéissance de la force armée aux gouvernants, c'est pure métaphore, comme on dit que l'outil obéit à l'ouvrier, la machine au mécanicien.

La solution est certaine quand la force armée est

1. Rap. const. 1793, art. 144; const. an III, art. 275; const. an VIII, art. 84; const. 1848, art. 104.
1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 536, 4e édit., 1900.

directement mise en mouvement par les gouvernants. Mais, dans les grands pays à organisation complexe, certains fonctionnaires ont reçu spécialement compétence de la loi pour mettre en mouvement la force armée. Les agents de la force armée sont-ils alors obligés d'obéir aveuglément aux agents des gouvernants et d'accomplir même les actes illégaux en vue desquels ceux-ci veulent les mettre en mouvement? On distingue en général de la force militaire proprement dite les agents civils de la force armée, agents qui sont pourvus d'armes, mais qui, en temps ordinaire, ne font pas partie de l'armée (par exemple en France les agents de police, les gardes champêtres). Certains fonctionnaires civils peuvent donner des ordres verbaux directement à ces agents civils de la force armée; « ils sont, dit exactement M. Hauriou, à la disposition des autorités compétentes ». Nous pensons que ces agents doivent obéir sans apprécier la légalité ou l'illégalité de l'acte qui leur est commandé. Eux aussi sont des instruments placés non pas dans la main des gouvernants, mais dans celle de certains fonctionnaires. Ceux-ci reçoivent de la loi un pouvoir de disposer d'une force, c'est-à-dire de sanctionner directement la manifestation de leur volonté par l'emploi de la force; il n'y a donc pas à vrai dire deux volontés, celle de l'autorité qui dispose de la force et celle des agents de la force, mais une seule, la volonté de l'autorité, voulant l'emploi de la force.

Pour l'armée proprement dite, nul agent des gouvernants n'a un pouvoir de *disposition;* certains fonctionnaires ont seulement un pouvoir de *réquisition.* Les législations modernes diffèrent sur les fonctionnaires qui ont le pouvoir de réquisition, sur la forme en laquelle il doit être exercé; elles sont toutes d'accord pour n'accorder aux fonctionnaires, agents des gouvernants, qu'un pouvoir de réquisition. Ce pouvoir

de réquisition se distingue très nettement du pouvoir de disposition, en ce que le fonctionnaire, qui peut simplement *requérir*, enjoint aux agents militaires de venir, avec leurs troupes en armes, sur un point déterminé; mais il ne peut point enjoindre aux commandants militaires de prendre telle ou telle mesure. C'est pour n'avoir pas bien compris la vraie nature du pouvoir de réquisition qu'on a beaucoup discuté sans raison la question de savoir si les chefs militaires étaient obligés d'obtempérer aux réquisitions faites par les fonctionnaires civils, en vue de l'accomplissement d'opérations illégales. Il est incontestable que tout chef militaire doit obtempérer à toute réquisition de l'autorité civile, faite en la forme légale. Cette forme est déterminée par l'article 22 de la loi du 3 août 1791, et les articles 87, 92, 211 et 212 du règlement pour le service des places. La réquisition doit être écrite, signée et indiquer le but dans lequel elle est faite. Les chefs militaires n'ont point à apprécier la légalité de ce but; et si la réquisition est régulière en la forme, ils doivent y obtempérer, c'est-à-dire réunir leur corps, le mettre en armes et venir au lieu indiqué par la réquisition. Mais le chef militaire, simplement requis, reprend son entière indépendance à l'égard du fonctionnaire civil : les gouvernants peuvent lui commander, et il doit obéir aveuglément; les agents des gouvernants, même ceux qui ont le pouvoir de réquisition, ne le peuvent pas; le chef militaire, dès lors, ne peut évidemment prendre que des mesures conformes à la loi; toute mesure illégale accomplie ou ordonnée par lui engagerait sa responsabilité pénale ou civile, et il ne pourrait point se soustraire à cette responsabilité en arguant d'injonctions à lui adressées par l'autorité civile. Celle-ci a épuisé sa compétence en requérant l'intervention militaire; la force militaire étant constituée en

armes, son chef devient responsable de toute mesure illégale qui n'est pas ordonnée par les gouvernants.

Que décider pour les rapports des agents militaires entre eux? Le militaire de grade inférieur est-il obligé d'obéir aux ordres donnés par le supérieur, alors même que la chose ordonnée est illégale? Nous sommes porté à le croire. Cette solution est certainement indispensable pour assurer la cohésion de la force armée. Elle est une machine à contraindre; cette machine ne peut fournir un travail utile qu'à la condition que tous les rouages soient étroitement dépendants les uns des autres. Encore ici, en y regardant de près, on aperçoit qu'il ne s'agit point, pour l'agent militaire, véritablement de l'obligation d'obéir aux ordres du supérieur, mais simplement de l'obligation de gérer sa fonction conformément à la loi de fonction, et suivant le but de cette loi. Or le but essentiel que poursuit toute loi qui organise la force armée, c'est d'assurer une forte cohésion de cette force et d'établir pour cela une dépendance complète des divers agents qui la composent. Ainsi, d'après la loi elle-même, la fonction militaire consiste, pour tout agent, non point à faire ce qu'il estime conforme au but de sa fonction, mais à faire ce que l'agent supérieur estime conforme à ce but. La hiérarchie militaire a cela de particulier que, pour tout agent, la direction qu'il doit imprimer à la gestion de sa fonction est déterminée par l'agent supérieur. Par conséquent, l'agent inférieur ne viole jamais la loi en se conformant aux ordres de son supérieur. Ajoutons que le gouvernement n'aurait plus dans l'armée l'instrument passif dont il a besoin, si les chefs, ayant obéi aux ordres gouvernementaux, les subordonnés pouvaient, pour une cause quelconque, refuser d'obéir à leurs supérieurs. Il va sans dire que cette subordination entière de l'agent militaire à son supérieur hiérar-

chique n'existe que pour ce qui touche le service de la force armée proprement dite, et que, pour tout ce qui est en dehors de la fonction militaire véritable, il n'y a plus d'inférieur et de supérieur, il n'y a que des hommes responsables suivant les principes généraux du droit[1].

## XI

Les développements qui précèdent nous amènent naturellement à la responsabilité des fonctionnaires vis-à-vis de l'Etat et vis-à-vis des particuliers. Cette responsabilité existe certainement, tant au point de vue pénal qu'au point de vue civil. Mais elle ne constitue pas une obligation spéciale de l'agent; elle est à proprement parler une sanction de ses obligations fonctionnelles.

La responsabilité pénale ne peut guère soulever de difficulté. Chaque législation a déterminé un certain nombre de cas où la violation d'une loi fonctionnelle par l'agent constitue une infraction pénale. L'obligation pour l'agent est toujours la même : devoir objectif de ne point violer la loi de fonction et sanction pénale de cette obligation. On a déjà cité les articles du Code pénal français (art. 114-131, art. 166-198), qui frappent de peines diverses certaines violations de la loi de fonction. Il est difficile de formuler une proposition générale; les décisions de chaque législation positive sont déterminées par les idées que le législateur se forme, à une époque et dans un pays donnés, du domaine de la répression pénale. On sait toutes les controverses que ce problème fait naître entre les sociologues. Tout ce qu'on peut dire ici, c'est

1. Voir pour les *Rapports de l'autorité civile et de l'autorité militaire*, Rochoux, thèse Bordeaux, 1897.

que la tendance du droit moderne est certainement de restreindre l'étendue de la répression pénale en ce qui concerne les fautes des fonctionnaires. En France, les différents articles du Code pénal, précédemment cités, ne sont appliqués que dans de très rares occasions; et les législations pénales les plus récentes ne contiennent qu'un petit nombre de dispositions relatives aux infractions fonctionnelles. Il convient, d'ailleurs, de noter que ce mouvement est concomitant de la tendance, signalée plus haut, à *juridictionnaliser* de plus en plus la répression disciplinaire.

La responsabilité civile peut, dans certains cas, constituer une sanction des obligations qui s'imposent aux fonctionnaires. Ici les difficultés abondent. Notre intention n'est pas de les exposer et de les discuter en détail, mais seulement de montrer la solution générale à laquelle conduit notre notion de la fonction publique, solution qui cadre assez exactement, d'ailleurs, avec les décisions de la jurisprudence française. L'idée de responsabilité civile implique la permanence de la notion de patrimoine. Nous ne voulons point rechercher quelle est la valeur de cette notion, ni quel est son avenir probable. Nous la prenons dans son sens général, en y voyant un ensemble de biens affectés à un certain but. Dans la doctrine courante, on personnifie ce but; on enseigne que tout patrimoine a pour support une personne juridique, et que cette personnalité seule lui donne la réalité. D'où les théories sur la personnalité patrimoniale de l'Etat ou l'Etat fisc. Mais peu importe; l'existence de patrimoines distincts est certaine dans toutes les sociétés civilisées modernes. On dit : il y a autant de patrimoines qu'il y a de personnes juridiques distinctes. Nous disons : il peut y avoir autant de patrimoines qu'il y a de buts possibles distincts. Au point de vue qui nous occupe maintenant,

cette divergence n'a pas peut-être beaucoup d'intérêt. De fait, lorsque se pose la question de la responsabilité civile du fonctionnaire, trois patrimoines peuvent se trouver en présence, le patrimoine personnel du fonctionnaire, le patrimoine personnel du particulier qui a été touché par l'acte du fonctionnaire et le patrimoine de l'Etat. Toute la question est de savoir s'il peut y avoir un déplacement de valeur du patrimoine du fonctionnaire dans le patrimoine de l'Etat ou dans le patrimoine du particulier. La réponse générale paraît être celle-ci : oui, s'il y a préjudice subi par le patrimoine de l'Etat ou du particulier et faute du fonctionnaire. Mais cette réponse est assurément trop générale. La question de préjudice ne peut soulever en droit aucune difficulté; elle se résout en fait. Il n'en est pas de même pour la question de faute. D'abord, il peut y avoir responsabilité civile sans qu'il y ait faute, et, d'autre part, il peut y avoir faute, et faute très grave, sans qu'il y ait responsabilité civile.

Que, dans le droit moderne, il n'y ait pas correspondance exacte entre la responsabilité civile et la faute, c'est un point désormais acquis[1]. La théorie de la responsabilité tend de plus en plus à se résumer en cette proposition : lorsqu'un acte, accompli en vue du but auquel est affecté un certain patrimoine, produit une diminution de valeur dans un autre patrimoine, l'équilibre doit être rétabli, le patrimoine, affecté au but en vue duquel l'acte était accompli, doit supporter une diminution équivalente à celle que l'acte a occasionnée à l'autre patrimoine, et celui-ci doit recevoir le montant

1. Saleilles, *les Accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897; — Bonnier, *l'Evolution de l'idée de responsabilité*, *Revue critique*, 1898, p. 176; — *Année sociologique*, 2e année, p. 370 et suiv.; — Hauriou, *Droit administratif*, p. 231, 4e édit., 1900; *Revue du droit public*, 1896, t. II, p. 50; *Note* sous arrêt du conseil d'Etat du 13 janvier 1899, S. 1900, III, p. 1.

de cette diminution. Ainsi la notion de faute personnelle disparaît peu à peu du domaine de la responsabilité civile, pour faire place aux notions de but et de risque. Mais cette notion de faute personnelle ne peut pas disparaître complètement. Nous allons en trouver la preuve.

La question de la responsabilité des fonctionnaires est intimement liée à la question de la responsabilité de l'Etat. Sur ce dernier point notre opinion est faite. La responsabilité de l'Etat ne peut jamais être fondée sur une faute, pour cette bonne raison que l'Etat n'étant point une personne, mais une pure abstraction, ne peut commettre de faute. Nous n'avons point à rechercher dans quel cas l'Etat est responsable. Mais, supposé qu'il soit responsable, la cause de cette responsabilité ne peut pas être une faute. Toutes les controverses, qui se sont élevées sur le point de savoir si les fautes commises par les agents de l'Etat peuvent être considérées comme fautes de l'Etat, toutes les théories qui veulent distinguer suivant que la faute est commise par un organe ou un préposé, et, suivant les cas, parlent d'une responsabilité directe ou d'une responsabilité indirecte de l'Etat, sont sans objet et sans portée. Il n'y a pas lieu non plus de distinguer, comme on le fait cependant à peu près unanimement, les cas où, aucune faute n'étant commise, les agents de l'Etat ont agi régulièrement dans les limites de leur compétence, et ceux où une faute a été commise par un agent. Si l'Etat est responsable, le fondement de cette responsabilité doit être toujours le même; il ne peut être que celui-ci : lorsqu'un acte, accompli en vue du but que poursuit l'Etat et auquel sont affectés les biens composant ce qu'on appelle le patrimoine de l'Etat, produit pour une cause quelconque une diminution dans la valeur d'un patrimoine affecté à un but individuel, il faut que cette

diminution soit réparée sur le patrimoine de l'Etat. Cette idée générale recevra forcément, dans l'application, une série indéfinie de variations ; mais elle forme toujours le principe essentiel sur lequel doit reposer la responsabilité de l'Etat. Il serait facile de montrer que les décisions de la loi et de la jurisprudence françaises se conforment de plus en plus à cette conception [1].

Cela bien compris, il en résulte une conséquence extrêmement importante, au point de vue de la responsabilité des fonctionnaires, et vis-à-vis des particuliers et vis-à-vis de l'Etat. Si, en effet, le fonctionnaire a agi dans l'esprit de sa fonction, c'est-à-dire en poursuivant effectivement le but qu'avait l'Etat en établissant cette fonction, il ne peut être responsable ni vis-à-vis de l'Etat, ni vis-à-vis des particuliers, alors même qu'il ait commis une faute. Il ne peut pas être responsable vis-à-vis des particuliers. En effet l'acte étant accompli dans un but étatique, dans le but même pour lequel a été établie la fonction publique considérée, et auquel, par conséquent, se trouvent affectés les biens formant

1. Sur la responsabilité de l'Etat, voyez Hauriou, *Droit administratif*, p. 258 et suiv., 4e edit., 1900 ; *Note* sous arrêt du Conseil d'Etat, 13 janvier 1899, S. III, 1900, p. 1 ; — Michoud, *Revue du droit public*, 1895, t. I, p. 401, et t. II, p. 1 et p. 250 ; — Baulby, *Principe de la responsabilité de l'Etat*, 1901 (thèse Bordeaux). — La plupart des auteurs, même ceux qui admettent l'idée du risque administratif, distinguent entre les actes d'autorité et les actes qui n'ont pas ce caractère. Ils estiment que si l'Etat peut être en principe responsable, quand l'acte n'a pas le caractère d'acte d'autorité, il n'est responsable à la suite d'un acte d'autorité que dans les cas très rares où le législateur a consacré cette responsabilité, par exemple au cas d'expropriation directe ou indirecte et au cas d'erreur judiciaire (L. 8 juin 1895). — Théoriquement nous ne pouvons admettre cette distinction, puisque la distinction elle-même des actes d'autorité et des actes qui n'ont pas ce caractère nous paraît arbitraire. D'autre part il semble bien que le droit positif moderne a une tendance marquée à étendre la responsabilité de l'Etat et à la reconnaître même dans des cas où, suivant la doctrine dominante, la puissance publique se manifeste très clairement. La loi de 1895 déjà citée en fournit une preuve notable.

le patrimoine de l'Etat, c'est ce patrimoine qui doit supporter tous les risques qui résultent de l'accomplissement de cet acte ; c'est sur lui que doit être prise la réparation du préjudice causé à d'autres patrimoines. Comme, d'autre part, une double réparation ne peut être accordée, le patrimoine du fonctionnaire ne devra supporter aucunement la réparation accordée au particulier. En outre, alors même qu'une faute a été commise par le fonctionnaire, si celui-ci a poursuivi le but de sa fonction et par conséquent un but étatique, le patrimoine de l'Etat devra supporter définitivement le risque. Si on lui impose l'obligation de réparer le préjudice subi par un particulier, il ne pourra point recevoir une compensation sur le patrimoine du fonctionnaire ; il n'aura aucun recours contre le fonctionnaire en faute. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le fonctionnaire, quoique ayant commis une faute, soit resté dans l'esprit de sa fonction, c'est-à-dire ait poursuivi le but conforme à la règle de droit et dont l'Etat voulait assurer la réalisation en constituant cette fonction.

C'est dire que le fonctionnaire n'est jamais responsable ni vis-à-vis de l'Etat, ni vis-à-vis des particuliers, lorsque, ayant commis une faute, il a cependant agi suivant l'esprit de sa fonction, pour remplir le but légitime qu'a eu le législateur en l'instituant. Notre proposition équivaut, sans aucun doute, et nous nous empressons de le reconnaître, à la distinction, établie aujourd'hui d'une manière constante par la jurisprudence, admise par la plupart des auteurs, à la distinction entre la faute de fonction et la faute personnelle. Mais il nous semble qu'en présentant les choses de la manière que nous avons essayée, nous avons un double avantage. D'une part, nous croyons donner en même temps la justification même de cette distinction. En effet, nous établissons que, lorsque le fonctionnaire,

alors même qu'il ait commis une faute, est resté dans l'esprit de sa fonction, l'État seul peut être définitivement responsable, et non le fonctionnaire. D'autre part, nous donnons par là même aussi le criterium auquel on reconnaît la faute personnelle et la faute de fonction. Ce qui caractérise la faute de fonction par rapport à la faute personnelle, ce n'est pas la gravité de la faute, c'est le but que poursuit le fonctionnaire en agissant. S'il poursuit un but fonctionnel, quelque lourde que soit la faute, elle est une faute de fonction et non une faute personnelle ; le fonctionnaire n'est pas responsable. Il importe de s'arrêter sur ce point.

Pour déterminer le criterium d'après lequel on reconnaît la faute fonctionnelle et la faute personnelle, il faut faire une distinction extrêmement importante, qu'on a eu le tort de ne pas mettre suffisamment en relief. Il faut mettre à part les actes juridiques accomplis par un agent, et pour lesquels il peut être question d'une compétence proprement dite, d'une illégalité commise par violation de la loi de compétence, et par conséquent de la nullité ou de la validité de l'acte accompli. Que si, au contraire, l'acte fait par le fonctionnaire est une simple opération matérielle, sans caractère juridique, la question de faute fonctionnelle et de faute personnelle se présente tout à fait différemment. On ne peut parler alors de nullité de l'acte, puisqu'il n'y a pas d'acte juridique et qu'on ne saurait parler de nullité d'une simple opération matérielle. On n'a point à rechercher alors si le fonctionnaire a ou n'a pas excédé sa compétence, s'il a ou non violé une loi de compétence, puisqu'il n'y a pas à véritablement parler compétence d'un fonctionnaire pour accomplir des opérations matérielles. Cette distinction essentielle pour fixer la responsabilité des fonctionnaires, il semble bien que beaucoup d'auteurs ne l'ont pas faite. Ainsi

M. Hauriou écrit: « Le principe de la responsabilité du fonctionnaire se trouve dans la théorie des fautes, limité à la faute lourde (*culpa lata*), car le fait personnel correspond à cette faute lourde qui confine au dol. On demande donc seulement au fonctionnaire de ne pas commettre, dans l'exercice de ses fonctions, de ces fautes que ne commet pas l'homme le moins intelligent ou le moins consciencieux dans la conduite de ses propres affaires. » Il ajoute: « De ce que le fait personnel est détachable de l'acte administratif, il s'ensuit qu'il ne se confond pas nécessairement avec l'excès de pouvoir qui entraîne l'illégalité de l'acte; car l'excès de pouvoir est un vice de l'acte, et par conséquent n'est pas détachable de l'acte; en principe donc, la responsabilité personnelle du fonctionnaire n'est pas encourue par cela seul qu'il a fait un acte illégal; il faut qu'il ait ajouté à l'illégalité la circonstance qui devient le fait personnel. » Et l'auteur dit en note : « D'ailleurs ici la méthode de l'objectif et du subjectif nous avertit de ne pas commettre une confusion : la théorie du fait personnel est subjective, puisqu'il s'agit d'une responsabilité pour faute; la théorie de l'illégalité et de l'excès de pouvoir est objective, puisqu'il s'agit de la validité de l'acte administratif pris en soi ; or nous savons qu'il ne faut pas, sur une même question, passer d'un point de vue à l'autre [1]. » Il paraît donc bien que, d'après l'auteur, la question se pose toujours dans les mêmes termes : pour qu'il y ait responsabilité du fonctionnaire, il faut une faute personnelle de celui-ci, c'est-à-dire une faute lourde, détachable de l'acte administratif, et la nullité d'un acte ne suffit pas à constituer cette faute, puisque la nullité d'un acte est un élément

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 269, 270 et 270 note 2. — Cf. Hauriou, *Note* sous jugement du tribunal des conflits 26 juin 1897, S. 98, III, p. 49.

purement objectif, et que la faute est un élément purement subjectif. En admettant qu'il en soit ainsi, cette proposition serait vraie seulement pour les actes juridiques, et non pour les nombreux actes de service, qui n'ont point le caractère juridique. Il est indispensable de considérer à part et isolément ces actes ayant le caractère juridique.

M. Laferrière fait la distinction au moins implicitement en posant cette question : « L'acte administratif illégal peut-il dégénérer en quasi-délit de droit commun? » L'auteur indique comme exprimant la vraie solution de cette question une décision du tribunal des conflits, rendue d'ailleurs sous son inspiration, et qui contient ceci : « L'illégalité ou excès de pouvoir n'a pas pour effet *nécessaire* de faire dégénérer la faute ou l'erreur qui aurait été commise en une faute personnelle de laquelle seule peut résulter la responsabilité civile[1]. » M. Laferrière ajoute : « L'illégalité, l'excès de pouvoir peut avoir le caractère d'une faute lourde; la faute personnelle pourrait alors exister avec l'acte administratif et la compétence judiciaire s'en déduire. Supposons, par exemple qu'un maire ait pris un arrêté prescrivant la démolition d'une maison menaçant ruine et qu'il le fasse exécuter nonobstant un arrêt du conseil d'Etat ordonnant le sursis; ce maire sera certainement dans l'exercice de ses attributions administratives en exécutant son arrêté qui est un acte administratif; mais en même temps, en passant outre au sursis, il commettra une faute lourde d'ordre administratif, qui pourra dégénérer en un fait personnel et engager sa responsabilité devant les tribunaux.[2]» L'auteur confond deux choses tout à fait différentes : le fait par une autorité de prendre une décision violant une loi de compétence et le fait de

1. Jugement du tribunal des conflits 15 décembre 1877.
2. Laferrière, *loc. cit.*, t. I, p. 652, 2e édit., 1896.

faire procéder à des opérations d'exécution irrégulières. Les opérations d'exécution ne sont que de simples opérations matérielles, et pour elles ne se pose pas, à vrai dire, une question de compétence. Une théorie exacte doit distinguer soigneusement l'acte juridique pris en soi, constitué par une déclaration de volonté du fonctionnaire et l'opération matérielle quelle qu'elle soit, mesure d'exécution, opération technique, qui est constituée par un certain agissement du fonctionnaire. Mais il faut dire toutefois qu'en fait la simple manifestation de volonté causera bien rarement par elle-même un véritable préjudice à un particulier, et que ce préjudice n'apparaît guère que lorsqu'une opération matérielle est accomplie. La question de responsabilité ne s'est posée en jurisprudence que dans cette dernière hypothèse ; c'est ce qui explique pourquoi les auteurs n'ont pas en général fait nettement la distinction. Nous croyons cependant qu'il importe de la faire.

Qu'on suppose donc une déclaration de volonté émanée d'un certain fonctionnaire. Si cette déclaration de volonté ne viole aucune loi, il est incontestable qu'elle produit ses effets ; peut-être pourra-t-elle donner lieu à ce qu'on appelle la responsabilité de l'Etat. Mais c'est une toute autre question. Qu'on suppose, au contraire, que la manifestation de volonté du fonctionnaire viole une loi. Elle ne peut violer qu'une loi de compétence ou de forme. On a montré plus haut que toute loi déterminant la sphère d'action, dans laquelle doit rester l'activité juridique d'un fonctionnaire, est une loi de compétence et que les lois de forme ne sont que des lois de compétence. On ne doit point prévoir l'hypothèse où l'acte du fonctionnaire porterait atteinte à une situation subjective d'un particulier, parce que, malgré cet acte, la situation du particulier resterait intacte, et celui-ci trouverait en elle des moyens de protection suffisants, sans invoquer la

responsabilité ni de l'Etat ni de l'agent. La question est ainsi ramenée à ses éléments simples : une déclaration de volonté est faite par un fonctionnaire en violation d'une loi de compétence ; cette violation de la loi de compétence peut-elle entraîner la responsabilité personnelle du fonctionnaire ? Nous supposons, ce qui, nous le reconnaissons aisément, est un fait assez rare, qu'avant tout acte d'exécution un préjudice soit occasionné à un particulier. Il est incontestable, et M. Hauriou a parfaitement raison d'y insister, que la violation de la loi de compétence sera toujours un fait personnel du fonctionnaire, et que la question de savoir si ce fait personnel entraînera la responsabilité du fonctionnaire est tout à fait différente de celle de savoir si l'acte conserve son caractère administratif ou judiciaire. Mais en même temps il nous paraît être dans l'erreur, quand il dit que la question est de savoir si cette faute personnelle est assez grave, prise en elle-même, pour fonder la responsabilité du fonctionnaire. Cette responsabilité ne résulte pas du degré de gravité de la faute, mais du but qu'a poursuivi le fonctionnaire en agissant. Si, tout en commettant une illégalité, le fonctionnaire a poursuivi un but qui est conforme à celui que la loi a eu en vue en lui donnant compétence, il n'est pas responsable ; dans le cas contraire il l'est. Toute la théorie de notre collègue se ramène à dire que la responsabilité du fonctionnaire sera engagée, lorsque son fait personnel est détachable de l'acte juridique qu'il a accompli en tant que fonctionnaire. C'est parfaitement exact. Mais cela n'est pas suffisamment précis; car l'essentiel est de déterminer dans quel cas le fait personnel est détachable de l'acte fonctionnel. Or il en sera précisément ainsi, lorsque le fonctionnaire poursuit un but autre que celui en vue duquel la loi lui a donné une cer-

taine compétence. Ce n'est donc pas véritablement le degré de la faute, qui est le fondement de la responsabilité du fonctionnaire ; c'est la nature, l'objet de la faute. Nous estimons aussi que M. Hauriou se trompe quand il affirme que l'appréciation du fait personnel pouvant entraîner la responsabilité du fonctionnaire se rattache exclusivement au point de vue subjectif. Non. La question du caractère administratif de l'acte et la question de la faute entraînant responsabilité du fonctionnaire peuvent être absolument distinctes ; mais l'une et l'autre se rattachent au point de vue objectif. C'est en effet d'après le but objectivement poursuivi qu'il faut les résoudre. Pour le montrer, il suffit d'indiquer quelques-unes des hypothèses qui se sont présentées.

Un administrateur fait un acte sans les formalités voulues par la loi. Il commet assurément une faute, qui peut certainement être une faute lourde ; tout fonctionnaire devant connaître les formalités prescrites par la loi, et toute facilité lui étant donnée, s'il ne les connaît pas, pour s'en instruire. Cependant cet acte est certainement fait en vue du but qu'a eu le législateur en créant la fonction. C'est un maire, par exemple, qui prend un arrêté de police, sans les formalités exigées ; c'est un préfet, un ministre qui prennent des décisions rentrant dans leur compétence, mais sans les formalités exigées. Leur responsabilité ne sera certainement pas engagée. Cela est incontestable. Il en sera de même si un fonctionnaire administratif ou judiciaire fait un acte qui est certainement de l'ordre administratif ou judiciaire, mais qui rentrait dans la compétence d'un autre fonctionnaire, et cela alors même que la négligence du fonctionnaire soit très grave, parce qu'il lui aurait été extrêmement facile de voir que cet acte ne rentrait pas dans sa compétence. Dans d'autres cas à l'inverse,

il est incontestable que le fonctionnaire sera personnellement responsable. Qu'on suppose, par exemple, qu'en accomplissant un certain acte d'ordre juridique, le fonctionnaire commette une infraction pénale. Par exemple l'acte contient des considérants qui constituent des injures ou des diffamations à l'égard d'un particulier. Le fonctionnaire sera certainement responsable. L'hypothèse, qui s'est présentée à plusieurs reprises dans la pratique, est intéressante, parce que, malgré cette faute certaine du fonctionnaire, l'acte peut être parfaitement valable, ne point excéder la compétence, être fait suivant les formes prescrites. Cela montre qu'il n'y a aucune correspondance entre la validité de l'acte et l'irresponsabilité du fonctionnaire. Il est patent que, dans l'espèce, le fonctionnaire d'un côté a poursuivi un but légitime, mais, d'autre part a employé un moyen parfaitement illégitime. Malgré l'unité apparente, il y a deux actes, dont l'un est un acte juridique et produit des effets de droit, dont l'autre est la violation d'un devoir objectif et entraîne responsabilité.

Parfois se présentent des hypothèses où la solution est loin d'apparaître aussi clairement. Les difficultés naissent surtout à l'occasion des actes, qui touchent à la propriété ou à la liberté des citoyens et émanent d'agents de l'ordre administratif. Doit-on dire que tout acte émanant d'un agent administratif et touchant à la propriété ou à la liberté des citoyens entraîne la responsabilité personnelle du fonctionnaire? La question ainsi posée implique naturellement la reconnaissance des droits individuels de propriété et de liberté, une séparation faite par la législation positive entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, se rattachant à la conception individualiste de la propriété et de la liberté. Mais toutefois la question se ramène toujours au même point ; le fonctionnaire administratif, qui

porte atteinte à la propriété ou à la liberté des citoyens, sort-il par là nécessairement du but attribué à sa fonction et encourt-il toujours de ce chef une responsabilité personnelle? Il est difficile de répondre affirmativement d'une manière absolue. En faisant un acte qui porte atteinte à la propriété ou à la liberté, l'administrateur peut poursuivre cependant un but d'utilité générale, par exemple la conservation du domaine public, le maintien de la tranquillité et de la sécurité publiques; mais il commet une erreur qu'il eût facilement évitée, et qui constitue certainement une faute grave. Nous ne croyons pas qu'en pareil cas sa responsabilité personnelle puisse être engagée. En somme, il n'a pas violé la loi qui fixe le but de sa fonction, et on a montré plus haut que cette violation seule peut fonder la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Il faudrait réserver, bien entendu, le cas où l'acte du fonctionnaire constitue une infraction. Si le législateur a considéré que le but de la fonction est suffisamment méconnu pour qu'il y ait responsabilité pénale, *a fortiori* y aura-t-il responsabilité civile. Mais si l'on suppose que, dans l'acte accompli par le fonctionnaire et lésant la propriété ou la liberté d'un citoyen, le fonctionnaire a poursuivi un but autre que celui de l'intérêt général, si par exemple, en prenant un arrêté de délimitation du domaine public, il a voulu favoriser tel ou tel particulier au détriment des autres, qu'en prenant une décision sur la police de la circulation il ait eu en vue de restreindre la liberté individuelle, commerciale, industrielle des uns au profit des autres, sa responsabilité personnelle se trouve par là même engagée. Peu importe que l'acte soit considéré comme inexistant, comme annulable pour excès de pouvoir ou détournement de pouvoir. C'est là un point tout à fait étranger à la question de responsabilité. Le fonction-

naire est responsable, parce qu'il y a un fait personnel détachable de l'acte; et ce fait est détachable de l'acte, parce qu'il a été inspiré par un but autre que le but fonctionnel.

Quand, au lieu d'actes juridiques, il s'agit d'opérations administratives, de nature matérielle, sans aucun caractère juridique, la question de responsabilité personnelle du fonctionnaire doit forcément se poser d'une manière un peu différente. Il ne peut y avoir violation d'une loi de compétence, et la question de validité de l'acte ne se présente pas. On n'a point à rechercher si la faute du fonctionnaire peut se rattacher à la nullité de l'acte, puisque, pour ces opérations simplement matérielles, sans caractère juridique, on ne peut point parler de validité ou de nullité de l'acte. Cependant, au fond, l'élément de responsabilité personnelle du fonctionnaire devra s'apprécier d'après les idées précédemment développées. Ce n'est point le degré de faute qui doit intervenir, c'est le but même de la faute, ou, plus exactement, le but que poursuivait le fonctionnaire en agissant. Si le fonctionnaire a agi dans le but d'accomplir son service, de gérer les intérêts publics qui lui sont confiés, sa responsabilité ne sera pas encourue vis-à-vis des particuliers, alors même qu'il ait commis une faute grave. L'Etat peut être responsable, point le fonctionnaire. La question de savoir quelle est la faute de service, qui peut entraîner la responsabilité personnelle du fonctionnaire vis-à-vis du particulier, ne se pose pas. Si le fonctionnaire est intervenu pour accomplir son service, le particulier n'a point à apprécier s'il l'a bien ou mal géré et ne peut agir contre lui en responsabilité. Ce n'est pas à dire, bien entendu, que le particulier soit désarmé et que le fonctionnaire échappe à toute répression. Le particulier devra être indemnisé par l'Etat du préjudice à

lui causé, et la théorie de la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des particuliers doit résoudre le problème. Le fonctionnaire sera soumis à une répression disciplinaire d'après les règles qui président à l'organisation de chaque service public. Mais le particulier ne peut s'adresser directement au fonctionnaire ; celui-ci est resté dans le cadre du service qui lui est confié ; et le particulier ne peut être autorisé à s'immiscer dans ce service et à apprécier si le fonctionnaire l'a bien ou mal géré. Cela est affaire intérieure de l'administration.

Mais, si au contraire le fonctionnaire, en faisant tel ou tel acte qui extérieurement paraît rentrer dans son service, a poursuivi un but autre que la gestion de ce service, sa responsabilité est certainement engagée vis-à-vis des particuliers. Dans les deux hypothèses, il y a un fait personnel ; dans les deux hypothèses, il y a une faute ; et même dans la seconde la faute peut être moins grave que dans la première. Mais le fait personnel est d'ordre tout à fait différent. Dans le premier cas, le fonctionnaire veut gérer son service, il le gère très mal, il fait une faute grossière ; le particulier n'a pas à l'apprécier et ne peut agir contre le fonctionnaire, mais seulement contre l'Etat. Dans le second cas, le fonctionnaire en agissant n'a pas eu en vue l'accomplissement de son service ; il veut nuire à un particulier, ou même, sans supposer cela, il fait, à l'occasion de son service, un acte qui ne rentre pas dans ce service et qui n'a pas pour but la gestion du service ; sa responsabilité sera encourue, alors même que sa faute soit relativement légère. Le degré de faute pourra influer sur l'étendue de la responsabilité ; il n'aura aucune conséquence sur le principe même de cette responsabilité. Quelques espèces permettront de préciser ce point. Le maire qui, dans l'affaire soumise au tribunal des conflits le 4 décembre 1897, sous couleur de se conformer

au décret réglementaire du 2 février 1852 ordonnant d'afficher avant toute élection un tableau rectificatif de la liste électorale, fait placarder un avis spécial, annonçant la faillite d'un électeur, sort assurément de l'esprit de sa fonction et commet une faute personnelle qui entraîne sa responsabilité[1]. Y a-t-il une faute personnelle entraînant la responsabilité vis-à-vis des particuliers dans le fait de l'ingénieur qui, par négligence et imprévoyance, construit un pont qui s'écroule et cause la mort de plusieurs ouvriers? Le tribunal des conflits paraît l'avoir décidé[2]. Nous n'oserions donner une réponse aussi générale. Si l'ingénieur a poursuivi un but d'intérêt général et que ce soit seulement par ignorance, imprévoyance qu'il n'a pas su éviter les vices de construction, nous n'osons pas dire qu'il soit responsable vis-à-vis des particuliers lésés. Si, au contraire, l'ingénieur n'a pas été seulement ignorant ou imprévoyant, mais a poursuivi un but autre que l'intérêt général, par exemple, s'il a voulu favoriser un propriétaire riverain, ou encore éviter des dépenses excessives à l'entrepreneur construisant sous sa direction, sa responsabilité est alors incontestable. Enfin deux jugements du tribunal des conflits du 9 décembre 1899 et du 20 janvier 1900[3] ont fait une juste application de notre principe, en décidant implicitement, le premier que l'agent des télégraphes, qui, dans le but d'accomplir son devoir de service, fait une erreur dans l'application des règlements, n'est point responsable, et le second qu'est, au contraire, responsable le maire qui

1. Trib. des conflits, 4 décembre 1897, S. 99, III, p. 95, et *Note* de M. Hauriou.

2. Jug. du tribunal des conflits, 15 décembre 1883.

3. S. 1900, III, p. 88, avec une *note* importante de M. Hauriou. Outre les auteurs déjà cités, cf. Lacanal, *Responsabilité des fonctionnaires publics*, *Revue d'administration*, 1884, t. I, p. 32 ; — Berthélemy, *les Poursuites contre les fonctionnaires*, *Revue d'administration*, 1898, t. I, p. 5.

empêche, pour une raison autre que l'intérêt du service, un particulier de consulter le plan cadastral.

Bref, toute la théorie de la faute de fonction et de la faute personnelle peut se résumer, à notre sens, en cette proposition. Le fonctionnaire a-t-il poursuivi le but de sa fonction, quelque grossière que soit sa faute, il n'est pas responsable vis-à-vis des particuliers. Est-il sorti du but de sa fonction, quelque légère que soit sa faute, il est directement responsable vis-à-vis des particuliers lésés.

La distinction entre la faute de fonction et la faute personnelle du fonctionnaire est aujourd'hui, on peut le dire, à peu près unanimement admise en France et à l'étranger, sauf à déterminer exactement le criterium qui permet de distinguer l'une de l'autre. Le Code civil allemand formule dans l'article 839 un principe tout à fait analogue à l'idée que nous avons essayé de développer. «Le fonctionnaire, qui intentionnellement ou par négligence viole un *devoir professionnel* lui incombant vis-à-vis d'un tiers, doit réparer envers celui-ci le dommage causé. Si le fonctionnaire n'est coupable que de négligence, il ne peut être pris à partie que lorsque le lésé ne peut obtenir réparation d'une autre manière. » Ce texte implique assurément une appréciation en fait de la responsabilité du fonctionnaire plus rigoureuse que celle que nous proposons; mais le principe est le même.

Il était déjà consacré par nos lois, en matière de prise à partie, pour les magistrats de l'ordre judiciaire par l'article 505 du Code de procédure civile. Nous n'avons fait en somme que transporter aux fonctionnaires administratifs l'idée générale qui paraît avoir inspiré l'article 505. On s'est parfois demandé pourquoi quelque grossière que fût leur erreur ou leur négligence, les magistrats de l'ordre judiciaire n'étaient pas personnel-

lement responsables, et pourquoi en cas d'erreur judiciaire la loi du 8 juin 1895 a mis les dommages-intérêts à la charge de l'Etat et non des magistrats qui le plus souvent, par leur légèreté, leur imprévoyance ont occasionné l'erreur judiciaire. Tout cela est très logique. Il n'y a point de différence à faire entre le fonctionnaire de l'ordre judiciaire et le fonctionnaire administratif, ni théoriquement, ni d'après le droit positif français. Quelque grave qu'ait été la négligence du magistrat, quelque grossière qu'ait été son erreur, si en agissant comme il l'a fait, il n'a eu d'autre but que de remplir ses fonctions judiciaires, qu'il a mal remplies mais qu'il avait l'intention de remplir, sa responsabilité personnelle vis-à-vis des particuliers ne peut exister. Sa responsabilité ne naîtra que lorsqu'il y aura de sa part un fait, qui marque son intention de se placer en dehors de l'esprit qui a inspiré le législateur en lui accordant une certaine compétence. Cela n'est point spécial aux membres de l'ordre judiciaire. Seulement dans notre législation, pour les membres de l'ordre judiciaire, sont indiqués d'une manière limitative les faits qui doivent être considérés comme révélant l'intention du magistrat de sortir du but de sa fonction. Et encore ces indications sont-elles données par le législateur dans des termes très généraux, qui laissent à la juridiction saisie une très large liberté d'appréciation.

Jusqu'à présent, nous avons toujours supposé que malgré la faute commise par le fonctionnaire, l'acte se présentait extérieurement avec l'apparence d'un acte fonctionnel. Si cette apparence même fait défaut, les solutions données précédemment subsistent-elles ? Nous le croyons. Tout au plus peut-on voir dans l'absence totale de formes une présomption que le fonctionnaire est sorti du but de sa fonction et doit être par conséquent déclaré personnellement responsable vis-à-vis des

particuliers lésés. M. Hauriou paraît estimer au contraire qu'en pareil cas il y a toujours une faute du fonctionnaire susceptible d'entraîner sa responsabilité personnelle ; il y a ce qu'il appelle une « voie de fait » qui se distingue de l'excès de pouvoir, et qui, d'après lui, constitue toujours une faute personnelle de l'agent. La solution nous paraît trop générale et surtout dangereuse. Tout en négligeant complètement les formes, l'agent peut avoir très utilement géré le service public qui lui est confié ; et il nous paraît impossible de le déclarer responsable *a priori*. Notre savant collègue dit que les théories *formelles* sont plus sûres que les théories *matérielles*[1], ce qui semblerait indiquer que, dans sa pensée, le caractère et les effets d'un acte devraient toujours dépendre de son aspect extérieur, et non du but qui l'a inspiré. Nous ne saurions souscrire à une pareille proposition. La forme n'a de valeur que comme révélatrice du fond, et toute construction juridique, qui lui donne un autre rôle, est forcément caduque[2].

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 252 et p. 253, note 3, 4e édit., 1900.

2. Nous avons laissé volontairement de côté, la question de compétence qu'a soulevée en France le décret du 19 septembre 1870, abrogeant l'art. 75 de la constitution de l'an VIII. Cette question est toute spéciale au droit français et elle a été résolue dans la jurisprudence par le jugement du tribunal des conflits du 30 juillet 1873, rendu sur le rapport de M. Mercier, dans l'affaire Lepelletier (S. 74, II, p. 28). — Nous avons aussi volontairement laissé de côté la partie de notre législation, si complexe, et relative à la responsabilité des fonctionnaires comptables vis-à-vis de l'Etat. Enfin la question de la responsabilité civile des ministres vis-à-vis de l'Etat est trop spéciale pour que nous l'étudions ici.

# CHAPITRE VI

## LES AGENTS DÉCENTRALISÉS [1]

I. La décentralisation proprement dite est inconciliable avec le postulat de la personnalité souveraine une et indivisible de l'Etat. — II. Le fédéralisme est la négation de la personnalité souveraine une et indivisible de l'Etat. — III. Caractère élémentaire de tous les agents non-centralisés. — IV. Les agents non-centralisés n'exercent pas les prétendus droits de puissance des collectivités locales. Examen de la législation française. — V. Les agents non-centralisés sont soumis au contrôle des gouvernants et de leurs agents et non à un pouvoir hiérarchique. Différence du contrôle et de la hiérarchie. — VI. Le contrôle des agents décentralisés dans le droit français. — VII. Véritable différence entre la décentralisation simple et le fédéralisme.

Dans les Etats modernes, certains agents sont institués sans la participation directe ou indirecte des gouvernants : ce sont ceux que nous désignons du nom générique d'agents décentralisés. Leur mode de nomination est en général l'élection à un suffrage plus ou moins étendu. Mais on conçoit et il existe en fait d'autres modes d'investiture pour les agents décentralisés. On

1. Cf. Gluth, *Die Lehre von der Selbstverwaltung*, 1887; — Blodig, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, 1894; — Rosin, *Souveränetat, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, *Annalen des deutschen Reichs*, de Hirth, 1883, p. 265 et suiv. (tirage à part); — Hatschek, *Die Selbstverwaltung* (*Staats und völkerrechtliche Abhandlungen* de Jellinek et G. Meyer, t. II, cahier I, 1898); — Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 51 et suiv.; 4e édit., 1901; édit. française, 1899, t. I, p. 172 et suiv.; — Jellinek, *Staatenverbindungen*, 1883 ; *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, 1892, p. 277 et suiv.; *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 572 et suiv.; — Borel, *Souveraineté et Etat fédératif*, 1886 (thèse Genève); — Le Fur, *Etat fédéral*, 1896, et la bibliographie très étendue donnée par l'auteur; — Polier et de Marans, *Théorie des Etats composés*, *Bulletin de l'Université de Toulouse*, série B, n° 1, 1902 (séminaire de M. Hauriou).

peut par exemple les supposer tirés au sort; ou encore (la chose est fréquente dans les Etats modernes), ils peuvent être nommés par des agents qui sont eux-mêmes élus. Peu importe le mode d'investiture : les agents que nous appelons décentralisés ont tous ce caractère commun de recevoir leur investiture d'une source autre que l'intervention des gouvernants. L'existence d'agents décentralisés est un fait incontestable. Elle nous apparaît dans tous les pays civilisés d'Europe et d'Amérique. Il semble même que la tendance du droit politique moderne est de leur faire une place de plus en plus grande. Chacun sait qu'en France tout un parti, peut-être plus bruyant que sérieux, demande une large décentralisation. A notre époque de colonisation à outrance, la décentralisation apparaît comme le moyen par excellence d'assurer le gouvernement prospère des colonies. Avec le *Dominion* canadien et la *Commonwealth* australienne, l'empire britannique nous offre des exemples de décentralisation coloniale déjà célèbres.

Les théoriciens de la personnalité collective une et indivisible de l'Etat se heurtent à d'insurmontables difficultés, lorsqu'ils veulent faire la construction juridique de cette situation. Ils partent de cette idée que tout agent est le mandataire ou l'organe d'une personne collective dont il ne fait qu'exercer les droits. Tout agent institué par l'Etat est le mandataire ou l'organe de cette personne collective qu'est l'Etat. Si donc un agent n'est pas institué par l'Etat, et qu'il ait cependant une certaine compétence, c'est qu'il existe dans l'intérieur de l'Etat d'autres personnes collectives investies de droits publics, et dont les agents décentralisés sont encore les mandataires ou les organes. Ces personnalités collectives secondaires correspondent à des divisions territoriales, faites sur le territoire national, ou à des services publics person-

nifiés; elles sont titulaires de droits publics, et les agents qu'elles instituent sont leurs mandataires ou leurs organes. Mais comment ces personnalités secondaires peuvent-elles coexister sur un même territoire avec la personnalité primaire et absorbante de l'Etat? Si encore ces personnalités collectives secondaires n'ont que des droits patrimoniaux, la chose se conçoit. Il n'y a point un morcellement de la souveraineté. Ces personnes sont, sans doute, des personnes de droit public, parce que, collaborant à la gestion des services publics, elles ont reçu de la législation positive une protection spéciale; il n'y a point division de la souveraineté, laquelle continue de résider une et impartagée en l'Etat-personne. Mais, en fait, ces collectivités secondaires nous apparaissent investies de droits de puissance publique. La chose est certaine pour les Etats-membres des Etats fédéraux, dont la Suisse, les Etats-Unis de l'Amérique du Nord nous fournissent les deux exemples classiques et parfaits, et l'Allemagne un exemplaire un peu indécis, dans lequel domine cependant le caractère fédératif. L'exercice de droits de puissance publique par des collectivités secondaires apparaît aussi dans les Etats unitaires, mais décentralisés. Les communes italiennes et allemandes exercent certainement des droits de puissance publique. Même en France, le pays unitaire par excellence, la commune est, dit-on, incontestablement titulaire de droits de puissance publique; elle fait elle même sa police, elle crée des impôts municipaux, manifestation par excellence de la puissance publique. N'est-ce pas un morcellement de la souveraineté? Morcellement toujours logiquement impossible, puisque la souveraineté, manifestation de la personnalité étatique, est indivisible et impartageable comme elle; morcellement de la souveraineté qui est en soi une contradiction dans les pays,

dont les constitutions ont solennellement affirmé, comme en Fance, l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté.

Tel est en quelques mots le problème. Il nous paraît radicalement insoluble avec la théorie courante de la personnalité de l'Etat et de l'unité de la souveraineté étatique. Les nombreuses controverses, qui se sont élevées sur ce point et n'ont pu aboutir à une solution satisfaisante, démontrent, ce nous semble irréfutablement, l'impossibilité de résoudre la difficulté, et ainsi la fausseté du point de départ. Le problème a surtout apparu dans les Etats fédéraux, où le même territoire et les mêmes hommes sont soumis à deux souverainetés. Mais la difficulté n'est pas moins grande, quoique se présentant dans des termes un peu différents, pour les pays unitaires décentralisés. Nous n'avons point la pensée d'analyser et de critiquer tous les systèmes, qui ont été proposés sur cette double question; un volume entier n'y suffirait pas. On montrera seulement que les idées, qu'on a le plus habituellement mises en avant, ne permettent point de résoudre la question, et qu'au contraire tout s'explique avec notre théorie des gouvernants et des agents et notre concept de l'institution des agents. On montrera aussi que particulièrement, en ce qui concerne la France moderne, il est parfaitement inexact de considérer les départements, les communes, les établissements publics, comme étant investis soit à titre propre, soit par délégation, de droits de puissance publique, et que notre législateur, depuis 1789, est resté fidèle au principe de la souveraineté centrale une et indivisible, erroné sans doute en théorie, mais pierre angulaire de notre constitution politique.

## I

Considérons un pays dit unitaire, la France, l'Italie, l'Angleterre, l'Espagne. Suivant la terminologie habituelle, on dit que le sol de ce pays, les individus qui l'habitent, sont soumis à une seule puissance, que cette puissance est souveraine, c'est-à-dire que sur ce sol il n'y a aucune autre puissance égale ou supérieure; qu'elle est indivisible, c'est-à-dire qu'elle concentre en elle-même tous les pouvoirs publics. Nous disons, nous, en nous plaçant à notre point de vue, que sur le territoire de ce pays, il y a un groupe d'hommes ou un individu, qui a monopolisé et organisé toute la force supérieure dont il disposait, et qu'il peut imposer, même par la force, sa volonté à tous les habitants de ce territoire. Ce groupe des gouvernants ne constitue pas une personne ; cette plus grande force n'est pas un droit, mais un fait; de souveraineté une et indivisible, il n'y en a point. Mais peu importe ; acceptons provisoirement la conception communément reçue. Dans les pays unitaires, on voit des agents qui ne sont pas institués par le pouvoir central, qui sont plus ou moins indépendants de lui, qui accomplissent cependant des actes de puissance publique. Cela ne peut s'expliquer que par ce fait que ces agents sont les mandataires ou les organes de personnes collectives, en général corporations territoriales, qui les nomment et qui sont, en tant que personnes collectives, investies d'une puissance publique, qui sont, suivant la terminologie d'un auteur, des personnes administratives dont les agents exercent les droits[1]. Si nous

1. Hauriou, *Droit administratif*, p. 207 et suiv., 4e édit., 1900.

prenons comme exemple la France, type par excellence d'Etat unitaire, et la commune française, nous apercevons tout de suite le maire et le conseil municipal, que l'autorité centrale ne nomme point, et qui sont institués directement ou à deux degrés par le suffrage de la commune. Or le maire et le conseil municipal ont, dit-on, certainement compétence pour faire des actes de puissance publique : le maire a compétence, aux termes des articles 91, 97, 98 et 103 de la loi municipale du 5 avril 1884 et d'après la loi du 21 juin 1898, pour prendre des mesures de police individuelles ou générales ; le conseil municipal peut créer des impôts communaux; pour certains de ces impôts, la délibération du conseil municipal doit être approuvée par un décret; mais sont exécutoires par elles-mêmes les délibérations prises par les conseils municipaux prononçant la prorogation ou l'augmentation de taxes d'octroi pour une période de cinq ans au plus, sous la réserve toutefois qu'aucune de ces taxes, ainsi maintenues ou modifiées, n'excèdera pas le maximum déterminé par le tarif général et ne portera que sur des objets compris dans ce tarif (Loi du 5 avril 1884, art. 139). Ce ne sont pas seulement les officiers municipaux élus qui paraissent avoir compétence pour faire des actes de puissance publique ; mais les conseils généraux aussi élus semblent avoir compétence pour faire des actes du même ordre ; le conseil général fait souverainement la répartition des contributions directes entre les arrondissements du département ; il vote aussi souverainement des centimes additionnels, c'est-à-dire un véritable impôt ; il prononce définitivement le classement et le déclassement de certaines routes (Loi du 10 août 1871, art. 37 à 40, 44, 46, n° 7).

Or, voici le raisonnement qui est fait couramment : si le maire, les conseils municipaux, les conseils géné-

raux font ainsi efficacement des actes de puissance publique, ils exercent certainement les droits d'une personne collective de droit public, titulaire de ces droits de puissance. Cette personne ne peut être l'Etat, puisque, l'Etat n'ayant aucune part à l'institution de ces agents, ceux-ci ne peuvent être ni ses mandataires, ni ses organes. Ils sont nommés par le corps électoral départemental ou communal; c'est donc du département ou de la commune qu'ils reçoivent leur investiture; c'est donc le département, la commune qui constituent la personne collective titulaire de droits de puissance, dont les différents agents précités ont l'exercice. La commune fait la police; la commune et le département établissent des impôts; le département répartit lui-même les contributions dont il est frappé. Sur un même territoire, il y a donc en dehors de l'Etat des collectivités, qui exercent une part de la puissance publique, et, on peut le dire, une part de la souveraineté. Mais que devient alors le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la puissance publique? L'Etat ne concentre donc point tout ce qu'il y a de puissance publique sur un territoire déterminé, puisqu'il y a des collectivités distinctes de lui, qui sont titulaires de certains droits de puissance et qui instituent des agents pour les exercer en leur nom.

La question n'a échappé ni aux auteurs français, ni aux auteurs allemands. Les premiers se sont en général contentés de dire que la souveraineté restait intacte et impartagée dans son essence entre les mains de l'Etat, mais que l'Etat en *déléguait* certaines prérogatives à des collectivités secondaires, départements ou communes, délégation toujours révocable, la substance de la souveraineté restant dans son intégrité à son seul et unique titulaire, l'Etat. Sous des formes diverses, c'est l'explication qui se retrouve chez les publicistes

français les plus récents. M. Ducrocq, prévoyant spécialement les actes de souveraineté accomplis par les conseils généraux, écrit : « En qualité de *délégué du pouvoir législatif*, le conseil général règle par des *votes souverains* la répartition ou le répartement entre les arrondissements des impôts directs de répartition [1]. » M. Hauriou, généralisant et précisant l'idée, écrit : « Au point de vue du droit, la décentralisation est une manière d'être de l'Etat, caractérisée par ce fait que l'Etat se résout en un certain nombre de personnes administratives, qui ont la jouissance de droits de puissance publique et qui assurent le fonctionnement des services publics, en exerçant ces droits, c'est-à-dire en faisant des actes d'administration. Ces personnes administratives sont toutes des membres de l'Etat, ou plutôt sont des incarnations multiples de l'Etat... Les personnes administratives secondaires... (départements, communes, colonies, établissements publics) sont les autorités locales ou spéciales personnifiées. Et ce qui indique qu'elles sont décentralisées, c'est-à-dire constituées légalement par le souverain, c'est qu'elles ont des droits de puissance publique. » L'auteur ajoute en note : « On peut, en effet, poser cette règle dans une théorie générale de la puissance publique, c'est qu'il est de sa nature d'être déléguée directement par le souverain [2]. » M. Hauriou exprime des idées tout à fait analogues dans la quatrième édition de son *Précis de droit administratif* : « Les personnes administratives ont la *jouissance* de deux catégories de droits très différents : 1° les droits de *puissance publique*, qui procèdent de la souveraineté de l'Etat [3]... »

1. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7e édition, 1897, t. I, p. 320.
2. Hauriou, article *Décentralisation*, dans *Répertoire du droit administratif* de Béquet, 1891, t. IX, p. 482.
3. P. 213.

La doctrine est donc bien celle-ci. La souveraineté est en effet une et indivisible ; certaines corporations territoriales ou autres peuvent être décentralisées, c'est-à-dire investies de droits de puissance publique, sans que l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté étatique en soient affectées, parce que ces droits de puissance publique ne leur appartiennent qu'en vertu de la délégation qui leur en est faite par le souverain. Cette conception ne nous paraît point résoudre la difficulté. On a, dès le début de ce volume[1], montré l'impossibilité d'appliquer aux rapports de droit public la vieille notion de la délégation ou du mandat, notion artificielle et contingente, formée pour donner satisfaction à certains besoins, nés de rapports entre les particuliers. L'objection de la doctrine juridico-organique trouve ici son entière application. Toute délégation, tout mandat implique deux personnalités juridiques distinctes, celle du mandant et celle du mandataire ; que devient alors l'unité de la personne Etat ? Ce n'est pas seulement ici la dualité de l'Etat, comme dans la doctrine de la délégation donnée par la nation, personne souveraine, à son gouvernement ; c'est l'Etat se morcelant en une infinité de personnalités, mandataires de sa souveraineté ; ce sont les 86 départements et les 36.000 communes de la France continentale, recevant par l'effet du mandat un fragment de la souveraineté. C'est, suivant l'expression mystérieuse de M. Hauriou, l'Etat s'incarnant dans ces multiples personnes !

Aussi bien, la conception serait-elle peut-être à la rigueur soutenable, si, en admettant la personnalité juridique des unités administratives décentralisées, on affirmait que l'Etat reste titulaire de la souveraineté, dans sa plénitude et son intégrité, qu'il en délègue

1. Voir *Introduction*, § 6.

seulement l'exercice aux unités administratives, et que celles-ci, prises comme personnes avec leurs organes ou instruments d'action, sont simplement des agents, des fonctionnaires de l'Etat, celui-ci ayant ainsi deux catégories d'agents, des agents personnes individuelles, des agents personnes collectives ou corporations. L'objection, tirée de l'impossibilité de considérer les agents de l'Etat comme des mandataires de celui-ci, subsisterait assurément; mais la souveraineté de l'Etat ne serait pas démembrée. Il n'en est point ainsi; car cette délégation, dont on nous parle, est véritablement une concession, disons le mot, une aliénation d'une partie de la souveraineté. On a vu plus haut que M. Hauriou parle à diverses reprises de la *jouissance* des droits de puissance publique, qui appartient aux unités administratives décentralisées. Revenant sur ce point, il écrit : « Faut-il considérer que les droits de puissance publique sont une concession de l'Etat, et que, par conséquent, ils peuvent être concédés à toutes les personnes administratives, mais inégalement? Bornons-nous à constater que tout se passe pratiquement comme si ces droits étaient une concession de l'Etat[1]. » C'est donc bien une concession, qui est faite aux personnes administratives d'une part variable de la souveraineté. L'Etat peut détacher certaines parcelles de sa souveraineté pour en faire l'objet d'une cession, d'une cession toujours révocable sans doute, mais d'une cession qui, tant qu'elle subsiste, investit le cessionnaire d'une fraction de la puissance souveraine. Cela est de tout point inadmissible, alors même qu'on voie dans la souveraineté, comme M. Hauriou, à la fois une force, une loi, un principe de conduite et de volonté. La souveraineté, même dans cette conception, n'est en réalité qu'une

1. Hauriou, *Droit administratif*, 4e édit., p. 215.

volonté se faisant à elle-même sa loi. Dire qu'elle est une force, ce n'est rien ajouter à l'idée; car toute volonté est par définition même une force[1]. Cette volonté, force maîtresse d'elle-même, non plus qu'une volonté quelconque, ne peut se démembrer sans cesser d'être elle-même.

Les solutions, proposées au problème de la décentralisation par les auteurs allemands, ne sont pas plus satisfaisantes que celles qui précèdent. Voulant déterminer la situation juridique de l'unité administrative décentralisée, Laband écrit : « Quand la commune est autorisée à commander avec force de droit (possibilité de la contrainte) et à réaliser ses commandements au cas de besoin par la force, elle agit au nom et sur mandat de l'Etat, en représentation et sur délégation de celui-ci. Ce n'est pas sa force, mais celle de l'Etat qu'elle met en mouvement; ce n'est pas son droit *propre*, mais un droit *étranger* qu'elle fait valoir. La commune n'a pas de sujets; elle est pour l'exercice de ses droits aussi dépourvue de force que le créancier vis-à-vis de son débiteur; les moyens de droit, c'est-à-dire la force d'exécution, elle les trouve uniquement et seulement dans l'Etat[2]. » Finalement la doctrine de Laband se ramène à ceci : la commune, l'unité administrative décentralisée est privée de droits de puissance; le seul titulaire de ces droits est et reste l'Etat; la commune ne fait qu'exercer par représentation, en tant que mandataire, certains droits de puissance publique. Cela conduit à dire que l'unité administrative autonome peut être titulaire de droits patrimoniaux, mais qu'elle n'est jamais investie de droits de puissance, qu'elle n'est qu'un mandataire chargé d'exercer au nom de l'Etat certains droits de puissance.

1. Voir Hauriou, *loc. cit.*, p. 13.
2. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit. 1901, t. I, p. 66; édit. française, 1901, t. I, p. 122.

Cela n'est-il pas précisément la négation même de la notion d'autonomie communale? La commune est un mandataire de l'Etat pour l'exercice de certains droits de puissance; mais ces droits ne sont point exercés par la commune, personne morale dans l'impossibilité d'agir elle-même; ils sont exercés par les agents de la commune, qui deviennent ainsi des agents de l'Etat. C'est une pure fiction de dire que la commune est un fonctionnaire de l'Etat, et que les fonctionnaires de la commune sont fonctionnaires de l'Etat par ce qu'ils sont les agents de la commune. Et cependant, c'est à cette fiction un peu puérile qu'arrive Laband, puisqu'il écrit : « Lorsque l'Etat transmet aux communes sous certaines conditions et pour certains cas l'exercice de la puissance de contrainte, il se sert de la commune comme de son organe auxiliaire; les fonctionnaires de la commune agissent comme fonctionnaires indirects de l'Etat[1]. » Admettons cependant ce raisonnement : la difficulté n'est point résolue. D'une part, si la commune a des fonctionnaires, c'est apparemment elle qui les nomme; or l'acte de nomination d'un fonctionnaire n'est-il pas un acte de puissance publique? Si dans la théorie de Laband, le contrat de service public n'a pas ce caractère, du moins la concession de l'emploi est certainement une manifestation de l'*Herrschaft*. Voilà donc au moins une prérogative de puissance publique, que la commune autonome détient en propre et n'exerce pas comme simple mandataire de l'Etat. Cela seul n'est-il pas une atteinte à l'indivisibilité de la puissance étatique? D'autre part enfin, s'il est vrai que la commune autonome ne doit être considérée que comme mandataire de l'Etat pour exercer, dans certains cas, la puissance pu-

1. Laband, *loc. cit.*, t. I, p. 66, note 2; édit. française, 1901, t. I, p. 122, note 2.

blique, l'autonomie communale ne consiste-t-elle pas précisément en cela que la commune est investie du droit d'agir comme représentant de l'Etat? Laband ne pose ni ne résout la question. Nous nous plaçons, comme l'auteur lui-même, dans la conception de l'Etat de droit, d'après laquelle la loi formulée par l'Etat est obligatoire pour tous, pour l'Etat lui-même. Une loi existant qui a reconnu l'autonomie des communes, il faut bien dire si la possibilité d'agir comme un mandataire de l'Etat est ou n'est pas un droit pour la commune. Si ce n'est pas un droit, nous ne voyons pas en quoi peut consister l'autonomie communale : elle donnera peut-être à la commune la gestion de ses intérêts patrimoniaux; mais la commune ne sera alors qu'une corporation de droit privé. Si la possibilité d'agir comme représentant de l'Etat constitue un droit pour la commune, ce droit vient limiter assurément la souveraineté de l'Etat, puisque celui-ci ne sera réellement souverain que s'il a le libre choix de ses agents d'exécution; et l'autonomie communale est encore une atteinte à la souveraineté de l'Etat[1].

Jellinek s'est attaché dans ses divers ouvrages à déterminer le caractère des unités administratives autonomes, et à concilier leur existence avec la puissance indivisible de l'Etat-personne. Non plus que les auteurs précédemment cités, il ne nous paraît y être arrivé. Après avoir exposé une théorie très ingénieuse sur le criterium auquel on reconnaît la collectivité de droit public[2], Jellinek déclare que les communes ont certainement sur leur territoire des droits d'*Herrschaft* identiques à ceux de l'Etat. « Ces droits, dit-il, apparaissent notamment dans la police communale et l'ad-

1. Cf. Rosin, *Souveränetat, Staat, Gemeinde*, dans *Hirth's Annalen*, 1883, p. 268.
2. Jellinek, *System*, 1892, p. 250 et suiv.

ministration financière, comme aussi dans les obligations personnelles de prestations imposées aux membres de la commune, et de plus dans les règles sur la protection du travail[1]. » La Révolution française, dominée par la conception individualiste du droit naturel, a reconnu un moment à la commune un droit de police autonome. Mais cette conception a été abandonnée et à partir de la loi du 28 pluviôse an VIII, l'Etat a été considéré comme centralisant toute la puissance et la commune comme n'ayant d'autre pouvoir que celui que l'Etat lui confère. L'école germaniste a cru aussi que, comme toute collectivité, la collectivité communale avait, par la force même des choses, un droit de puissance sur ses membres. Mais cette conception, qui a pu correspondre un moment à la réalité, n'est plus vraie aujourd'hui. L'Etat moderne monopolise toute la puissance, et toute collectivité communale ou autre, qui se trouve investie d'un droit de puissance, ne peut l'être que par une concession de l'Etat. Cependant le savant auteur, sans que nous comprenions bien au reste comment il concilie les deux idées, déclare que parfois l'exercice de la puissance a lieu dans l'intérêt particulier de la commune. Quand, par exemple, la commune possède des pouvoirs de police, peut établir des impôts communaux et exiger des prestations personnelles, elle exerce ces droits « non pas pour assurer l'exécution de ses obligations vis-à-vis de l'Etat, mais pour mieux assurer la réalisation de ses propres intérêts[2]. » Par là, il y aurait donc deux cercles d'action de la commune, un cercle d'action concédé par l'Etat, dans lequel elle exercerait les droits de l'Etat et serait organe de l'Etat, et un cercle d'action propre et autonome,

1. *Loc. cit.*, p. 263.
2. *Loc. cit.*, p. 264.

dans lequel elle exercerait ses droits propres. Et ce dernier domaine est le domaine véritable de la *Selbstverwaltung*, comprise au point de vue juridique. Mais même dans cette sphère le droit de puissance de la collectivité communale prend son origine première dans la puissance de l'Etat. Cela est prouvé par le contrôle, qui appartient toujours à l'Etat et par l'obligation qui s'impose le plus souvent à la commune d'exercer son *imperium*. « Ainsi la *Selbstverwaltung* a ce caractère spécifique qu'elle implique certainement un droit dont la collectivité est titulaire, mais en même temps l'obligation pour la collectivité d'exercer son droit. Ce n'est pas le *si*, mais seulement le *comment* de l'exercice de l'*Herrschaft* (et encore cela seulement dans les limites fixées par la loi), qui est un droit libre de la collectivité, un droit non grevé d'obligation. » Jellinek résume toute sa doctrine en disant : « Ainsi en tant que l'Etat trouve des fonctions administratives, qu'il tient comme étant mieux accomplies par les communes que par sa propre puissance, il doit mettre à la disposition du *Verband* les pouvoirs nécessaires d'administration[1]. »

Jellinek a repris cette théorie dans son dernier ouvrage[2] en l'exposant particulièrement au point de vue de la structure interne de l'Etat. Cette structure, produite par des facteurs politiques ayant acquis un certain degré de permanence, doit se traduire en une forme juridique. Le type normal d'État est l'Etat unitaire, qui, malgré la complexité de sa structure, malgré la diversité et la multiplicité des membres qui le composent, « *est exclusivement titulaire de la puissance publique* ». Cet Etat unitaire peut être décentralisé au point de vue de la législation, de la juridiction, de l'administration; c'est-à-dire que les unités composantes

1 *Loc. cit.*, p. 268.
2. *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 572 et suiv.

de cet Etat peuvent apparaître comme exerçant des droits de législation, de juridiction et d'administration. Mais alors se pose ce problème : jusques à quel point peut aller la décentralisation de l'Etat, sans que cet l'Etat cesse d'être un Etat unitaire? Après un examen des différentes formes que revêt cette décentralisation, après avoir montré leur origine historique, Jellinek arrive encore à cette conclusion que ce qui distingue la collectivité décentralisée dans un Etat unitaire de l'Etat-membre dans un Etat fédéral, ce qui explique que la décentralisation puisse se combiner avec l'unité de la puissance publique centrale, c'est que la collectivité décentralisée, quels que soient ses pouvoirs, ne les possède jamais à titre originaire, mais seulement comme un *imperium* concédé par l'Etat. Tout *imperium* qui lui appartient est un *imperium* dérivé; même les droits de puissance qui lui sont concédés en droits propres, les droits d'*Herrschaft* propres des collectivités décentralisées ne sont jamais des droits originaires. « Leur territoire est territoire de l'Etat; leurs sujets sont sujets de l'Etat; leur puissance est subordonnée à la puissance de l'Etat. » Souvent sans doute, ajoute Jellinek, les corporations communales se sont formées indépendamment de l'Etat; et en ce sens il est exact de dire que les communes sont plus anciennes que l'Etat. « Cependant leur droit d'*Herrschaft* découle originairement de l'Etat. »

Certains Etats modernes présentent une structure, qui constitue une forme particulière de décentralisation, que Jellinek appelle la décentralisation *par pays*. L'Autriche en offre le type le plus saillant. L'Alsace-Lorraine se trouve dans cette situation à l'égard de l'empire d'Allemagne. Les colonies anglaises autonomes, particulièrement le Canada et la République australienne appartiennent à ce même type. Ces pays exercent des

droits de législation, de juridiction et d'administration. Ils ont des organes législatifs, administratifs et judiciaires propres. Cette structure forme la limite extrême jusqu'où peut aller la décentralisation, sans qu'un Etat perde son caractère d'Etat unitaire. Comment alors l'existence de ces pays autonomes dans un même Etat peut-elle se concilier avec la permanence de l'unité de l'Etat? Les explications qu'en donne Jellinek paraissent diverses, soit que l'auteur ait aperçu plusieurs explications, soit que les explications doivent être différentes suivant les pays. D'abord, dit-il, pour beaucoup de pays ainsi décentralisés, la constitution particulière qui les régit est concédée par l'Etat central, quoique cependant souvent un changement à la constitution du pays ne soit possible qu'avec l'adhésion de l'organe législatif du pays. Souvent aussi l'unité de l'Etat central est maintenue par ce fait que tout l'*imperium* exercé comme tel dans le pays implique l'activité commune des organes du pays et du pouvoir étatique dominant. Enfin une troisième explication est mise en avant. Qu'on suppose les pouvoirs des organes locaux aussi grands que possible, qu'on suppose que la constitution des pays n'ait point été accordée par l'Etat central, mais qu'elle appartienne au pays au moment de son annexion, qu'on suppose qu'aucune modification ne puisse y être apportée par le pouvoir central, que la législation particulière du pays échappe entièrement à l'action du législateur central, il restera toujours pour expliquer la permanence de l'Etat central unitaire, qu'à l'extérieur « le caractère propre de l'élément étatique du *pays* s'évanouit, qu'il n'a aucune existence de droit international, que tous ses éléments se présentent à l'extérieur comme appartenant à l'Etat central ». C'est en cela, conclut Jellinek, que consiste une différence essentielle entre

les *pays* et les Etats auxquels une personnalité limitée de droit international peut appartenir. Mais ces diverses explications (et cela ne nous étonne point) ne paraissent point satisfaire le savant auteur ; car il ajoute : « (Cette situation) montre les limites extrêmes jusques auxquelles un Etat peut être décentralisé sans perdre son caractère d'Etat unitaire. Quoique cette unité ne soit pas une unité complète, cependant elle n'est pas assez incomplète pour supprimer le caractère d'Etat unitaire. Les notions juridiques sont rigides ; la vie est flottante ; les limites doivent être établies par le moyen de transitions. » Et encore : « La décentralisation par *pays* se distingue politiquement de la décentralisation par *Selbstverwaltung*, en ce que celle-ci est une forme normale, et celle-là une forme anormale, qui tend ou bien à des formations étatiques nouvelles ou à l'établissement d'une constitution fortement centralisée de l'Etat, laquelle dépouillera les *pays* de leur caractère[1] ».

L'aveu n'est-il pas complet ? Le juriste est impuissant, dit-on, à faire rentrer dans les cadres rigides du droit les phénomènes si complexes de la vie politique. Sans doute ; mais cela prouve précisément que ces cadres du droit sont trop rigides et partant entièrement artificiels, qu'ils ont été établis *a priori* par la raison raisonnante, quand au contraire ils devraient se mouler sur les manifestations de la vie politique. Ces cadres juridiques procèdent tous de la personnalité de l'Etat, une, indivisible, de la puissance publique conçue comme droit subjectif, indivisible aussi parce qu'il est le droit d'une volonté d'agir sans être conditionnée par une autre volonté, et de la notion d'organe sans personnalité, instrument de vouloir et d'agir de la personne Etat. Avec ce triple postulat, il est impossible d'expliquer la

1. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 604.

décentralisation administrative des communes ou autres divisions territoriales. On ne peut le faire qu'en supposant que la puissance exercée par la commune ou le *pays* est exercée en vertu d'une concession ou d'une délégation faite par l'Etat. Mais cette explication, on l'a montré plus haut, n'explique rien et aboutit à un morcellement de la puissance publique, déclarée cependant une et indivisible. Avec ce triple postulat, on est dans l'impossibilité absolue de concilier avec l'unité de l'Etat la décentralisation législative, administrative et judiciaire de certains pays dépendant d'un Etat central. Jellinek le reconnaît, et en est réduit à dire que cette décentralisation « *par pays* » est une forme transitoire et anormale. Or, les faits contredisent cette hypothèse. L'autonomie des colonies anglaises nous semble au contraire une forme très stable, sinon définitive (il n'y a rien de définitif dans le monde), de la structure interne de l'empire britannique. Et nous ne sommes pas éloigné de croire que l'autonomie coloniale, sur le modèle anglais, est la forme vers laquelle tend l'organisation de toutes les grandes puissances coloniales. Il n'est donc pas exact de voir là une forme transitoire, qu'il n'y aurait point intérêt à faire rentrer dans les cadres rigides du droit public. Il faut trouver des cadres assez souples et assez larges pour comprendre la décentralisation *par pays*, la décentralisation coloniale, et leur donner la forme juridique [1].

1. Outre les auteurs précédemment cités, cf. Bernatzik, *Begriff der juristische Persönlichkeit*, *Archiv für öffentliches Recht*, t. V, 1890, p. 204 et suiv., qui définit les corps administratifs autonomes toutes personnes physiques ou juridiques auxquelles, dans un domaine quelconque du droit public, appartient un droit propre au rôle d'organe, et concilie ce droit propre de l'organe avec le droit de l'Etat, par la théorie « de la pluralité de sujets de droit dans l'unité de droit » (p. 279). Cette théorie n'est rien moins que démontrée par l'auteur, et, à vrai dire, elle est indémontrable. Elle suppose l'exclusion de la volonté du domaine juridique, c'est-à-dire la négation même du droit.

## II

S'il est difficile de concilier les notions de personnalité étatique et de puissance publique une et indivisible avec le fait de la décentralisation communale, provinciale ou coloniale, il est plus difficile encore, ou plutôt impossible de les concilier avec la forme fédérale. Ici le même territoire et les mêmes hommes sont soumis en même temps à la puissance commandante de l'Etat fédéral et de l'Etat-membre. L'Etat n'est donc plus la collectivité supérieure existant sur un territoire donné, puisque sur le même territoire existent deux Etats. La puissance politique n'est pas le droit de donner des ordres inconditionnés, puisque sur le même territoire il y a deux puissances politiques et qu'au moins l'une d'elles se trouve conditionnée par l'autre. Le lieu n'est pas ici d'exposer les nombreux systèmes, qui ont été proposés pour faire la construction juridique de l'Etat fédéral sur le fondement de la personnalité de l'Etat et de sa puissance une et indivisible. On les trouvera dans les remarquables ouvrages qui ont été publiés sur cette question [1]. Ce sont les juristes allemands qui ont tâché surtout à résoudre le problème. La solution leur en était imposée par la constitution de l'empire allemand en 1871. Ils ont employé une somme prodigieuse d'efforts, une subtilité merveilleuse; tout cela en vain, parce que le problème est véritablement insoluble. Les derniers auteurs allemands, qui ont écrit sur la question, distinguent la souveraineté et la puissance commandante et disent que la puissance com-

1. Voir surtout Le Fur, *Etat fédéral*, 1896, et la bibliographie très étendue donnée par l'auteur.

mandante (*Herrschaft*) est un caractère essentiel de l'Etat, mais non point la souveraineté ; qu'il peut y avoir des Etats non-souverains ; que dans l'Etat fédéral l'Etat central seul est un Etat souverain ; que les Etats-membres sont sans doute des Etats, mais non des Etats souverains. Laband et Jellinek ont essayé de construire sur cette distinction la théorie juridique de l'Etat fédéral ; des différences importantes cependant séparent leurs deux systèmes [1]. La place nous manque pour en faire l'exposé complet. Mais quelques mots sur la théorie de Jellinek ne sont point inutiles : elle exprime, en effet, les conclusions les plus récentes de la science allemande sur le problème [2].

Tout Etat, dit Jellinek, a pour caractère essentiel de posséder l'*Herrschaft* ou la puissance politique, qui est et reste le pouvoir de donner des ordres inconditionnés ; l'auteur ajoute « dans un certain domaine d'activité étatique ». Mais cela, d'après lui, n'est point la souveraineté. La souveraineté est un caractère qui peut appartenir, qui appartient souvent à la puissance politique, à l'Etat, mais qui ne lui appartient pas toujours. Une collectivité politique possède la souveraineté, quand elle peut déterminer elle-même le domaine dans lequel elle exerce son pouvoir de donner des ordres inconditionnés, ou, sous une autre forme, quand le domaine dans lequel elle exerce son pouvoir n'est pas déterminé par une volonté autre que sa propre volonté. Ainsi la puissance politique souveraine a comme toute puissance politique le pouvoir de formuler des ordres inconditionnés dans un certain domaine,

1. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 51 et suiv. ; édit. franç., 1900, t. I, p. 123 et suiv.

2. Jellinek, *Allgemeine Saatslehre*, 1900, p. 386 et suiv., p. 703 et suiv. ; — Rapp. Rosin, *Souveränetat*, *Staat*, *Gemeinde*, *Hirth's Annalen*, 1883 (tirage à part) ; — Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 61 et suiv., p. 107 et suiv., 1899.

et de plus, parce qu'elle est souveraine, le pouvoir de déterminer elle-même ce domaine. La souveraineté est ainsi un caractère à la fois négatif et positif de certains Etats : elle implique l'inexistence d'une autre puissance qui détermine la sphère d'activité de la puissance politique considérée, et le pouvoir pour la puissance politique considérée de déterminer elle-même la sphère dans laquelle elle pourra formuler des ordres inconditionnés. L'histoire et l'observation démontrent qu'il y a eu et qu'il y a encore des Etats non-souverains. Les Etats-membres des Etats fédéraux en sont des exemplaires notables. Sur le territoire d'un Etat fédéral existent, en effet, deux puissances politiques, celle de l'Etat central, celle de l'Etat-membre. L'Etat-membre est un Etat; il a le pouvoir de donner des ordres inconditionnés dans un certain domaine; peu importe d'ailleurs l'étendue de ce domaine. Mais l'Etat-membre n'est pas souverain; seul l'Etat central possède la souveraineté, puisque c'est lui qui détermine non seulement le domaine de son activité commandante, mais encore celui de l'activité commandante appartenant à l'Etat-membre. Il n'y a ainsi qu'un seul Etat souverain sur un territoire donné. Mais chaque Etat-membre est un Etat, parce que, dans le domaine qui lui est imparti par l'Etat central, il peut commander sans condition. Ainsi la souveraineté n'est pas divisée, puisqu'il n'en existe qu'une seule sur un même territoire et sur les mêmes hommes. La puissance politique ne l'est pas davantage. Car, dit Jellinek, « les objets sont divisés, les objets de l'activité étatique, mais non point l'activité subjective qui s'applique à ces objets. L'Etat-membre lui-même n'a point un pouvoir étatique fragmentaire. Seuls sont limités les objets sur lesquels l'Etat-membre peut agir d'après la constitution fédérale. Un pouvoir étatique fragmentaire

existerait là où la fonction d'*Herrscher* ne pourrait s'exercer complètement, si par exemple manquait à une collectivité le droit de libre législation, si le pouvoir de gouverner conformément aux lois de l'Etat-membre n'appartenait pas à ses organes, mais aux organes d'un Etat supérieur à lui. Mais les Etats-membres (dans la sphère d'activité étatique qui leur est impartie) ont tous les organes nécessaires à un Etat et exercent toutes les fonctions matérielles appartenant à un Etat [1]. »

Cette théorie, qui veut expliquer la nature juridique de l'Etat fédéral par le caractère d'Etats non-souverains appartenant aux Etats-membres, est assurément la plus ingénieuse de toutes celles qui ont été proposées. Elle paraît au premier abord respecter la notion d'indivisibilité de la puissance politique, sans aboutir, comme Seydel, à la négation du caractère étatique de la fédération ou comme Gierke, Haenel, MM. Borel, Lefur, à la négation plus ou moins complète du caractère étatique des collectivités-membres. Mais elle soulève cependant bien des objections; elle est surtout impuissante à marquer la différence entre l'Etat-membre non-souverain et la province, la commune, la colonie décentralisées d'un Etat unitaire.

Tout d'abord, si l'on admet que les Etats-membres sont des Etats non-souverains, y a-t-il là une explication juridiquement satisfaisante de l'Etat fédéral? Point du tout. On dit : l'Etat fédéral est seul souverain; il peut déterminer par sa propre volonté sa sphère d'action et celle des Etats-membres. Sans doute. Mais ce double domaine est déterminé par la constitution fédérale, laquelle est, dit-on, une émanation de la volonté fédérale. Or, avant que la constitution fédérale ne fût faite, il n'y avait pas encore d'Etat fédéral; c'est donc un Etat fédéral

1. Jellinek, *loc. cit.*, p. 459.

qui n'existait pas, qui a fait sa constitution; c'est donc un néant qui a fait la constitution fédérale, laquelle détermine la sphère d'action de l'Etat central et des Etats-membres. Le cercle vicieux nous paraît évident. Qui fixe la sphère d'activité respective de l'Etat fédéral et des Etats-membres? La constitution fédérale. Qui fait la constitution fédérale? L'Etat fédéral. Quand l'Etat fédéral existe-t-il avec sa compétence, déterminée relativement à celle des Etats-membres? Seulement quand la constitution fédérale est faite. Ce ne peut point être l'Etat fédéral qui fait la constitution, puisque cet Etat n'existe comme tel qu'après que la constitution est faite. Mais, peut-on dire, cette constitution n'est pas l'œuvre unilatérale de l'Etat fédéral; elle est le produit si non d'un contrat, du moins d'une collaboration, d'une union, d'une *Vereinbarung* intervenue entre les Etats-membres. S'il en est ainsi, c'est la volonté des Etats-membres qui fait cette constitution; c'est donc elle qui fixe leur domaine d'action et celle de l'Etat fédéral. Ils sont donc souverains; or, on dit précisément qu'ils ne le sont pas et que seul l'Etat fédéral est souverain. D'autre part, si l'on attribue la constitution à un contrat ou à une *Vereinbarung* des Etats-membres, on est en présence, non plus d'un Etat fédéral, mais d'une confédération d'Etats, dans laquelle il n'y a point d'Etat central, chaque Etat restant souverain et pouvant toujours sortir de l'union, parce qu'il peut toujours la dénoncer. On voit ainsi les difficultés insolubles auxquelles se heurte la théorie de la personnalité et de la souveraineté de l'Etat, même quand on admet l'existence d'Etats non-souverains.

Mais ce n'est pas tout. La doctrine, d'après laquelle la souveraineté n'est pas un caractère essentiel des Etats et d'après laquelle les Etats-membres d'une fédération sont des Etats non-souverains, rencontre une

autre difficulté insoluble. S'il y a dans les pays fédéraux des Etats non-souverains, il y a aussi dans les pays unitaires des collectivités territoriales décentralisées qui ne sont pas des Etats, même des Etats non-souverains[1]. Quelle est alors la différence entre l'Etat-membre non-souverain d'une fédération et la collectivité décentralisée d'un pays unitaire? On l'a cherchée en vain. Le plus habituellement on dit ceci. Ce qui distingue l'Etat non-souverain de l'unité décentralisée, ce n'est point l'étendue de la puissance, mais le fait suivant : quand une collectivité décentralisée est autorisée à commander avec force juridique, elle agit au nom et sur délégation de l'Etat; ce n'est pas sa puissance publique qu'elle met en mouvement; elle n'en a point; c'est la puissance publique de l'Etat qu'elle met en jeu ; quand une collectivité décentralisée est autorisée à donner des ordres, qui ont le caractère impératif et à faire au besoin exécuter ces ordres par la force, elle agit au nom et pour le compte de l'Etat, en qualité de représentant ou de délégué de l'Etat; la puissance exécutoire lui vient exclusivement de l'Etat[2]. C'est la distinction déjà indiquée entre le droit *propre* et le droit *étranger;* l'Etat-membre, dans le domaine qui lui est imparti, possède la puissance publique en droit propre; la collectivité décentralisée, quand elle possède la puissance publique, ne la possède jamais que comme droit étranger, sur une concession de l'Etat. On a déjà indiqué combien cette distinction était obscure et peu juridique. Assurément, on ne veut pas dire que la collectivité décentralisée est simplement un organe ou un mandataire de l'Etat, mais bien que le droit de puissance publique qu'elle exerce, elle le tient d'une concession de l'Etat. Or, ou les mots

1. Voir *supra*, chap. VI, § 1.
2. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 66; édit franç., 1900, t. I, p. 121 et 122.

n'ont pas de sens, ou un droit propre est un droit dont est titulaire celui qui l'exerce, un droit étranger, un droit qui n'appartient pas à celui qui l'exerce. Cela posé, quand une collectivité décentralisée exerce des droits de puissance publique, elle exerce des droits dont elle est titulaire, c'est-à-dire des droits propres. Peu importe que ces droits dérivent d'une concession de l'Etat, volontaire et toujours révocable, ou dérivent d'une autre cause[1].

Devant cette objection, on a dit qu'en parlant de droit propre, on comprenait un droit originaire : « La puissance étatique, dit Jellinek, n'est pas un droit dérivé ; c'est une puissance née d'un pouvoir propre et se rattachant à un droit propre. Là où une collectivité peut exercer l'*Herrschaft* conformément à un ordre à elle propre, en vertu d'un pouvoir originaire et par des moyens de contrainte originaire, là existe un Etat[2]. » Nous répondons : cette proposition n'est admissible ni en droit ni en fait. En droit, il n'y a pas d'intérêt à distinguer le droit originaire du droit qui ne l'est pas. L'étendue et les conséquences d'un droit ne sont pas déterminées par son origine, mais par sa nature intrinsèque. Un même droit a la même étendue et les mêmes effets, qu'il soit originaire ou dérivé. La propriété acquise par occupation ou par un mode dérivé est toujours la propriété. La puissance qu'un Etat acquiert par l'occupation d'un territoire sans maître ne se distingue point de celle qui lui est cédée par une convention internationale. Si l'on reconnaît à une collectivité un droit de puissance publique, ce droit est de même nature, produit les mêmes effets, qu'il soit originaire ou qu'il soit transmis. Par conséquent, en disant

1. Cf. Rosin, *Souveränetat, Staat...*, *Hirth's Annalen*, 1883, p. 265 et suiv.

2. *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 446.

que le droit de puissance de l'Etat-membre est un droit originaire, celui de la collectivité décentralisée un droit dérivé, on n'établit point de différence entre les deux droits, et partant non plus entre les deux collectivités. La proposition précédemment rapportée est tout aussi inexacte en fait et historiquement. Il existe des collectivités décentralisées, dont les droits certainement ne dérivent pas de l'Etat, sont antérieurs à lui et sont par suite des droits originaires. En France, par exemple, les communes existaient certainement comme collectivités, investies de droits de puissance publique, avant même que l'Etat français fût véritablement constitué. La loi du 14 décembre 1789 paraît bien le reconnaître quand elle parle « des fonctions propres du pouvoir municipal[1] ». A l'inverse, il n'est point exact de dire que les droits de puissance publique, appartenant aux Etats-membres d'une fédération, soient toujours des droits originaires. Il est arrivé parfois que des Etats unitaires s'organisaient en la forme fédérale, et créaient ainsi des Etats-membres, se trouvant investis dans un certain domaine de droits de puissance publique. Peut-on dire en pareil cas que les pouvoirs de puissance appartenant aux Etats-membres soient des droits originaires ? Ne sont-ils pas, au contraire, essentiellement des droits dérivés, les droits originaires appartenant exclusivement à l'Etat central? Ne doit-on pas dire qu'ici comme pour les collectivités décentralisées les droits des Etats-membres sont le résultat d'une concession faite par l'Etat central? Il nous paraît impossible de le contester. L'exemple de l'empire du Brésil, Etat unitaire, se constituant en république fédérale en 1891, est un cas notable où les droits des Etats-membres sont cer-

1. Voir *infra*, chap. VI, § 4.

tainement des droits dérivés. De même dans les cas fréquents où le pouvoir fédéral américain confère la qualité et les droits d'Etat à un territoire, on ne saurait prétendre que la puissance publique, appartenant à ce nouvel Etat, constitue pour lui un droit originaire; il est bien un droit concédé par l'Etat central.

Dans son livre intitulé *Staatenverbindungen*, Jellinek avait proposé un autre criterium de la distinction entre l'Etat-membre et la collectivité décentralisée. Pour qu'il y ait un Etat, disait-t-il, il faut qu'il y ait « une collectivité basée sur le droit public, pouvant légitimement, dans un domaine limité d'administration publique, édicter en dernière instance et à l'abri d'un contrôle d'une puissance quelconque supérieure à elle, les règles qui régiront ce domaine... Un droit propre (caractéristique du droit de l'Etat) est un droit juridiquement incontrôlable[1]. » Cette affirmation a été bien souvent réfutée, et Jellinek paraît ne lui avoir fait que peu de place dans son dernier ouvrage, *Allgemeine Staatslehre*. Laband écrit très justement : « Cette déduction... ne saurait tenir debout à quelque point de vue que ce soit. Il n'est pas vrai de dire que les Etats-membres d'un Etat collectif soient, dans le champ laissé à leur autonomie et à leur libre administration, libres de tout contrôle de la part de la puissance centrale souveraine; car celle-ci a du moins à veiller à ce que l'Etat particulier ne franchisse pas les bornes juridiques qui lui ont été tracées et ne viole pas les lois de la puissance souveraine[2]. » D'ailleurs, il resterait à établir qu'un droit cesse d'être un droit propre quand il est soumis à un contrôle, et qu'il est soumis à un contrôle toutes les fois qu'il est un droit dérivé. Cette

1. Jellinek, *Staatenverbindungen*, 1882, p. 41 et suiv.
2. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. I, p. 61; édit. franç., 1900, t. I, p. 115. V. constit. de l'empire allemand, 1871, art. 4.

preuve n'est point faite. Quoi qu'il en soit, il est hors de doute que dans les types les plus purs d'Etats fédéraux, les Etats-membres sont soumis au contrôle de l'Etat central, qui a toujours le pouvoir de maintenir l'Etat-membre dans les limites du domaine d'action qui lui est imparti par la constitution.

On a essayé encore de marquer la différence entre la collectivité décentralisée et l'Etat-membre non-souverain, en disant que la première n'avait qu'un droit révocable, et le second un droit irrévocable. En réalité, ce n'est rien dire de nouveau; car on rattache toujours plus ou moins la prétendue irrévocabilité du droit appartenant à l'Etat-membre, à son caractère de droit originaire. Or, on vient de montrer qu'il n'est pas vrai de dire que les droits de puissance des Etats-membres soient toujours des droits originaires. Bien plus, dire que le droit de l'Etat-membre est un droit irrévocable au regard de l'Etat central, c'est tout simplement nier la souveraineté de celui-ci. Effectivement l'Etat-central ne détermine plus alors par sa propre volonté la sphère de son action, puisque cette action se trouve limitée par un droit appartenant à une autre collectivité, en réalité par une volonté collective autre que la sienne. On ne saurait prétendre qu'il y ait là une conséquence de l'auto-limitation de l'Etat : en attribuant le caractère d'irrévocabilité au droit de l'Etat-membre, on ne lui attribue un caractère propre qu'à la condition d'admettre que la révocation de ce droit ne peut être faite même par une loi, changeant l'organisation du pays. La collectivité décentralisée possède aussi un droit irrévocable en ce sens que, tant que subsiste la loi de décentralisation, ce droit ne peut lui être enlevé. Pour que le droit de l'Etat-membre ait un caractère spécifique, il faut donc qu'il ne puisse pas être révoqué même par une modification unilatérale de la constitu-

tion fédérale. Mais alors, l'Etat-central n'est plus un Etat souverain. On aboutit ainsi à nier la souveraineté de l'Etat-central, et comme on nie en même temps la souveraineté des Etats-membres, on arrive à une impasse. Mais pourquoi, dira-t-on, nier la souveraineté des Etats-membres? Parce que si les Etats-membres sont seuls souverains, il n'y a plus alors d'Etat fédéral, il n'y a plus qu'une confédération d'Etats. Or, c'est aller contre l'évidence des faits que de prétendre par exemple, que les Etats-Unis, l'empire d'Allemagne, la République helvétique ne sont point des réalités étatiques distinctes des Etats ou des cantons qu'elles comprennent. Tout cela ne montre-t-il pas avec la dernière évidence l'impossibilité où on se trouve de donner une formule juridique satisfaisante, quand on fait intervenir pour une part quelconque les idées de personnalité et de souveraineté?

Jellinek a essayé de formuler un autre criterium permettant de distinguer l'Etat non-souverain et la collectivité administrative décentralisée. Ce criterium, il croit le trouver dans l'*autonomie* de l'Etat, c'est-à-dire dans le pouvoir d'*auto-organisation*. L'Etat seul, dit-il, et non point la collectivité décentralisée, quelque larges que soient ses pouvoirs, peut s'organiser par ses propres lois, se donner une constitution (au sens général du mot), qui sera une loi de l'Etat. L'Etat-membre peut faire sa constitution par ses propres lois. La collectivité administrative décentralisée ne le peut pas. Sa loi constitutionnelle est une loi de l'Etat dont elle dépend[1]. Le criterium ne vaut pas mieux que les autres. Dès 1883, Gierke a fait observer que pareille autonomie appartient parfois à certaines villes, qui ont reçu le pouvoir constituant, c'est-à-dire le pouvoir de

1. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 449.

s'organiser elles-mêmes[1]. D'autre part, si l'on imagine qu'une constitution fédérale se réserve le droit de fixer l'organisation intérieure de chacun des Etats qui composent la fédération, il ne suit point de là que les parties composantes d'un pareil Etat perdent le caractère d'Etat, pour devenir de simples unités administratives. Bien plus, en fait, en Amérique et en Suisse, la constitution fédérale limite étroitement les droits des Etats-membres de se donner une constitution. On a toujours considéré que l'article 14 § 4 de la constitution américaine interdisait à tout Etat de se donner une constitution autre qu'une constitution républicaine[2]. Les amendements à la constitution du 20 juillet 1868 et du 30 mars 1870 interdisent aux Etats d'introduire certaines dispositions dans leurs lois électorales, qui sont cependant, au premier chef, des lois d'organisation politique. Bryce fait en outre observer que le congrès fédéral peut toujours exercer une influence sur la constitution d'un Etat, parce qu'il peut refuser d'admettre un Etat dont il n'approuve pas complètement la constitution[3]. Le même auteur dit, il est vrai, que les constitutions des Etats ne doivent pas leur autorité au congrès, mais à leur acceptation par les citoyens pour lesquels elles sont faites. Mais de cela il ne résulte point que le pouvoir constituant de l'Etat ne soit pas étroitement limité par les droits du congrès ; par suite, on ne peut point parler en Amérique de l'auto-organisation des Etats-membres. Une limitation analogue est apportée au pouvoir constituant des cantons suisses par l'article 6 de la constitution fédérale suisse de 1874, qui déclare que la garantie de leurs constitutions n'est accordée aux cantons par la

1. Gierke, *Jahrbücher* de Schmoller, t. VII, 1883, p. 1130.
2. Bryce, *la République américaine*, édit. française, 1901, t. II, p. 8.
3. *Ibid.*, p. 28, note 2.

confédération qu'à la condition « qu'elles assurent l'exercice des droits politiques d'après la forme républicaine. » Ainsi, en Suisse comme aux Etats-Unis, le principe constitutionnel d'organisation politique est imposé par l'Etat fédéral aux Etats-membres, et ceux-ci n'ont que le pouvoir de mettre en œuvre ce principe par une réglementation intérieure. Peut-on parler après cela d'un pouvoir complet d'*auto-organisation?*

On a proposé, enfin, un dernier élément de distinction entre l'Etat-membre et la collectivité décentralisée. On dit que ce qui caractérise l'Etat-membre, c'est qu'il possède tous les attributs du pouvoir étatique, la législation, l'administration et la juridiction. Peu importe, ajoute-t-on, que ces pouvoirs ne puissent s'exercer que dans un certain domaine, déterminé par un Etat supérieur; quand ils appartiennent tous à une collectivité, même dans un domaine limité, cette collectivité est un Etat, et non pas seulement une unité décentralisée. Cette proposition n'est pas plus exacte que les précédentes. D'abord, elle cadre assez mal avec celle rapportée plus haut et d'après laquelle la collectivité décentralisée possède toujours un pouvoir concédé; rien n'empêche que cette concession ait pour objet tout aussi bien la législation et la juridiction que l'administration. Si l'on admet cette idée de concession, une collectivité ne peut pas être un Etat, alors même qu'elle ait à la fois la législation, la juridiction et l'administration, quand elle ne les a que par l'effet d'une concession. Ainsi des colonies, comme le Canada et l'Australie, qui possèdent l'ensemble des attributions étatiques, ne sont cependant pas des Etats. Et cela montre l'insuffisance du nouveau criterium proposé. D'autre part, on pourrait soutenir qu'aujourd'hui nos communes françaises ont un pouvoir législatif, puisque, dans certains cas, elles peuvent organiser leur

police (Loi 5 avril 1884, art. 103), établir des taxes d'octroi (art. 139); incontestablement, elles ne sont pas des Etats; elles ne le deviendraient point, si le législateur leur conférait certains pouvoirs de juridiction.

De tout cela, nous pouvons conclure comme Gierke, que si l'on refuse aux Etats-membres le caractère d'Etats souverains, « c'est une recherche vaine que de vouloir trouver une différence entre l'Etat-membre d'un pays fédéré et la partie décentralisée d'un Etat unitaire[1]. » Il ne peut y avoir de différence entre ces deux collectivités, que si l'une possède la souveraineté, et l'autre point. Mais si l'Etat-membre possède la souveraineté, et que l'Etat central la possède aussi, la souveraineté se trouve divisée, et cela est impossible. « On ne peut pas dépouiller la puissance étatique de son caractère spécifique; on ne peut pas davantage représenter la sphère étatique comme divisée, puisque par là, ou bien on créerait la *contradiction* d'une puissance suprême multiple sur un même domaine de droit, ou bien on reviendrait à l'Etat non-souverain[2]. » On est obligé alors d'accepter cette conception purement hypothétique, et qui se résume en cette proposition : dans l'Etat unitaire le sujet de la puissance étatique est une personne collective *une*, et dans l'Etat fédéral, une pluralité de personnes collectives coordonnées d'une manière déterminée. Le pouvoir étatique, impartagé dans sa substance, a pour sujet l'Etat fédéral, lequel, dans sa structure complexe, est constitué par une collectivité organique d'Etats. On ne s'en tient par là et on ajoute : cette souveraineté, qui, dans sa substance, reste indivisible, est partagée quant à son exercice entre les divers *Träger* participants à cette collectivité; la somme des pouvoirs, contenus dans la puissance étatique, est

1. Gierke, *Jahrbücher* de Schmoller, t. VII, 1883, p. 1139.
2. Gierke, *loc. cit.*, p. 1168.

divisée en deux sphères constitutionnellement séparées ; l'une est confiée en une structure *une* à l'Etat collectif ; l'autre en une structure *multiple* est laissée aux Etats-membres. « De là découle, aussi bien pour la personne de l'Etat collectif, que pour l'ensemble des personnes des Etats-membres, un droit de pouvoir étatique propre, qu'ils ont d'une manière autonome. Mais aucune de ces sphères étatiques n'est en soi la puissance étatique... Ainsi dans l'Etat fédéral, aussi bien le tout que les parties sont des personnes étatiques. Ils le sont en tant qu'ils sont les *Träger* participants, non incorporés dans une personne, de la sphère étatique *une* partagée entre eux, seulement quant à son exercice[1]. »

Toute cette théorie, très savante au moins en la forme dans laquelle elle est exposée, revient à dire que la substance de la souveraineté appartient, à titre indivisible, à la personne une et collective, formée des Etats-membres et constituant l'Etat fédéral. M. Le Fur, dont la théorie, quoi qu'il en dise, se rapproche beaucoup de celle-ci, a pu dire que la situation de l'Etat-membre était sensiblement analogue à celle du citoyen dans une démocratie : chaque Etat-membre est participant à la souveraineté appartenant à titre indivisible à l'Etat fédéral. L'exercice de la souveraineté est divisé entre l'Etat collectif lui-même et les Etats-membres ; la souveraineté, n'étant divisée que dans son exercice, reste indivisée dans sa substance. Cette conception est-elle plus satisfaisante que les précédentes ? Nous en doutons fort. D'abord elle conduit à dire que les Etats-membres exercent un droit dont ils ne sont pas titulaires, que par conséquent ils ne sont que les organes de l'Etat fédéral, et de ce chef la situation de l'Etat-membre est

1. Gierke, *loc. cit.*, p. 1169. — Rap. Hænel, *Studien*, 1880, t. I, p. 63. — Cf. Le Fur, *l'Etat fédéral*, 1896, p. 680 et suiv.

semblable à celle des collectivités décentralisées dans un Etat unitaire. Mais on dit : non, la situation n'est pas la même, parce que les Etats-membres sont les parties composantes de la personne collective, titulaire de la souveraineté, et à ce titre ils sont *Träger* de la souveraineté. Gierke ajoute même qu'en droit privé on trouve une situation analogue dans la situation des membres d'une *Genossenschaft*, participant à la propriété collective dont celle-ci est le sujet. Cette proposition nous paraît contradictoire en soi. De deux choses l'une, ou la personnalité collective est une réalité, et dès lors la personnalité des parties composantes, Etats-membres, citoyens, co-associés, disparaît; ils ne sont alors que les organes de la volonté une et collective et n'ont point la qualité de *Träger* coparticipants à la souveraineté ou à la propriété ou du moins cette qualité n'a aucune importance juridique ; ou au contraire, on affirme que les parties composantes conservent leur personnalité et alors la souveraineté ou la propriété n'a plus pour sujet la collectivité personne réelle ; il n'y a plus qu'une souveraineté ou une propriété indivise ayant pour sujets la somme des Etats-membres, des citoyens ou des associés. Particulièrement pour ce qui est de l'Etat fédéral, il n'y a point de milieu. Ou bien l'Etat fédéral est une personne titulaire de la souveraineté indivisée et indivisible dans sa substance, et alors la personnalité étatique des Etats-membres s'évanouit, ceux-ci ne sont que des organes de l'Etat fédéral ; ou bien, les Etats-membres, personnes juridiques, sont les *Träger* co-participants de la souveraineté ; alors il n'y a plus d'Etat fédéral souverain ; il n'y a plus que des Etats particuliers titulaires en commun et par indivis d'une souveraineté.

## III

Notre pensée n'a point été, dans les pages qui précèdent, d'exposer toutes les théories proposées sur l'Etat fédéral et l'Etat décentralisé, et non plus d'ébaucher une théorie personnelle sur la nature juridique de ces formes politiques, mais seulement de montrer que les jurisconsultes les plus réputés et les plus profonds n'ont pu, ni concilier d'une manière satisfaisante la conception de la personnalité et de la souveraineté étatiques avec le système décentralisateur ou le système fédéral, ni établir une différence véritable entre l'Etat-membre d'une fédération et la collectivité décentralisée d'un Etat unitaire. Et cependant, décentralisation et fédération sont des faits. Elles sont les formes normales et peut-être définitives de grands Etats ; en outre, la décentralisation coloniale forme évidemment l'aboutissant vers lequel marche l'organisation de toutes les grandes puissances coloniales. Le moment n'est certainement pas éloigné où l'Algérie, la Cochinchine, et peut-être l'Afrique occidentale formeront de grandes collectivités autonomes et décentralisées sur le modèle du *Dominion* canadien et de la *Commonwealth* australienne. La France n'en restera pas moins un Etat essentiellement unitaire. On ne pourra pas parler de concession d'une partie de la souveraineté faite à ces collectivités, parce que la souveraineté, étant la volonté nationale elle-même, ne peut être concédée, pas plus qu'elle ne peut être représentée ; et surtout elle ne peut être concédée par parties. On ne pourra pas parler davantage de la concession de l'exercice de la souveraineté, parce que, s'il y a seulement concession de l'exercice, les prétendus agents de ces col-

lectivités n'agiront pas au nom de celles-ci, mais au nom de l'Etat central, et seront par conséquent de simples agents étatiques, dont seulement la nomination ne sera pas faite par le pouvoir central. Pour que cette concession crée vraiment une collectivité décentralisée, au sens généralement admis, il faut qu'elle constitue pour cette collectivité un droit à l'exercice de la souveraineté. Mais cette concession d'un droit à l'exercice de la souveraineté est encore un démembrement de la souveraineté et de la personnalité une et indivisible de l'Etat. Quoi qu'on fasse donc, avec les postulats de souveraineté et de personnalité de l'Etat, les obstacles surgissent de toute part.

Cela seul suffirait, à notre avis, pour condamner définitivement ces deux conceptions. Mais on a montré dans un précédent volume[1] par d'autres considérations, que la personnalité juridique collective était une pure fiction. Les deux ordres de preuves viennent donc se compléter. On peut dire d'une part : la souveraineté et la personnalité de l'Etat n'existent point, parce qu'avec elles, il est impossible de concevoir la décentralisation et la fédération; et, d'autre part, pour déterminer le caractère juridique de la décentralisation et de la fédération, on ne peut mettre en avant ni la personnalité des collectivités, ni la souveraineté de l'Etat, parce que ce sont là choses sans réalité. Il reste à montrer qu'au contraire tout s'explique très juridiquement et très facilement avec les idées développées précédemment sur la puissance de fait appartenant aux gouvernants, la distinction des gouvernants et des agents, et la force obligatoire, même pour les gouvernants, d'un acte de volonté unilatérale. Cette dernière idée nous permettra de saisir la vraie différence entre la situation d'une col-

1. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, spécialement les chapitres IV et V.

lectivité décentralisée et d'une collectivité fédérée. Les formes de fédération et de décentralisation peuvent varier à l'infini, sous l'action des précédents historiques, des faits actuels, des besoins économiques, des passions et des tendances humaines; mais toutes rentrent aisément dans le cadre si souple de nos formules. Nous verrons en cela même une nouvelle preuve de leur exactitude.

Et tout d'abord, n'y a-t-il pas un fait assez simple et assez général en même temps, pour que nous le rencontrions toujours identique à lui-même dans tous les pays où à un titre quelconque existe une décentralisation ou une fédération? Ce fait existe et il n'est pas très difficile de le découvrir. Il faut supposer au préalable un territoire soumis à un même groupe de gouvernants, nous voulons dire un territoire sur lequel habite une seule ou plusieurs collectivités, peu importe, mais sur lequel un même homme ou un même groupe d'hommes pris individuellement se trouvent en fait plus forts que tous les autres individus ou tous les autres groupes, cette force d'ailleurs pouvant être une force matérielle ou une force morale, et le plus souvent étant une force matérielle appuyée sur un élément moral, par exemple un acquiescement volontaire. Si cette unité de force gouvernante n'existe pas, on n'aura pas d'Etat décentralisé ou d'Etat fédéral; on aura plusieurs Etats, plusieurs territoires, subordonnés à des groupes de gouvernants complètement distincts. C'est là d'ailleurs un fait que constate l'observation sociologique, et la science du droit doit le prendre tel qu'elle le lui fournit. Prenons comme types la France, les Etats-Unis de l'Amérique du Nord et l'empire britannique. Il est incontestable que sur notre territoire métropolitain et colonial, la majorité numérique du corps électoral constitue la puissance la plus forte, et qu'aucun groupe d'hommes

ne peut s'opposer à la volonté toute-puissante de cette majorité. Aux Etats-Unis d'Amérique, la majorité du corps électoral américain constitue aussi la puissance gouvernante, parce qu'elle possède sur tout le sol des Etats-Unis la suprématie de fait. Cette suprématie a été un moment contestée, pendant la guerre de Sécession ; le triomphe des Etats du Nord a consacré la suprématie d'une seule autorité gouvernante sur tout le territoire qui s'étend du Mexique au Canada et de l'Atlantique au Pacifique. Enfin, le parlement anglais, en son sens technique et originaire, comprenant les deux chambres et le roi, forme un groupe d'hommes pouvant en fait imposer sa volonté dans toutes les dépendances de l'empire britannique ; du moment où il serait reconnu que, pour une cause ou une autre, cette volonté ne pourrait pas s'imposer comme la plus forte sur une collectivité quelconque, comprise aujourd'hui dans l'empire, celle-ci ne serait ni décentralisée ni fédérée, elle deviendrait complètement étrangère à l'empire. En un mot pour que la question du caractère juridique de la décentralisation ou de la fédération puisse se poser, il faut qu'en fait, sur un territoire déterminé, il y ait véritablement un groupe de gouvernants, monopolisant la puissance politique.

Cela posé, nous apercevons facilement le caractère commun à tout système décentralisateur ou fédératif. Un pareil système existe toutes les fois que l'institution d'un agent, ayant une compétence sur une partie du territoire subordonnée à une même autorité gouvernante, se réalise sans l'intervention directe ou indirecte des gouvernants. Voilà le caractère très simple et commun à toute fédération et à toute décentralisation. On recherchera plus loin quelle différence de droit sépare la décentralisation et la fédération. Pour le moment il suffit de préciser le caractère commun, et de montrer

qu'il se retrouve partout identique à lui-même. Nous ne disons pas, d'ailleurs, qu'il faut que tous les agents, dont la compétence s'exerce sur cette circonscription territoriale, soient institués sans l'intervention des gouvernants ; il suffit qu'il y en ait un seul ; il peut y avoir des degrés dans la décentralisation (en employant ce mot en un sens général, et en l'appliquant à la fédération elle-même) ; par cela qu'un seul agent est institué sans l'intervention des gouvernants, il y a de la décentralisation.

Nous ne disons pas davantage que, pour qu'il y ait décentralisation, il faut que les agents locaux soient élus par les habitants de la circonscription dans laquelle ils exercent leur compétence. Le plus souvent, le mode d'institution des agents locaux décentralisés est l'élection ; mais on peut concevoir et il existe en fait d'autres systèmes d'institution. On peut supposer les agents locaux institués par voie de tirage au sort. On ne cite pas comme exemple le mode d'institution des jurés français pour chaque département, parce que, sans doute, ils sont tirés au sort, mais sur une liste arrêtée par les maires, les juges de paix et les présidents des tribunaux civils, lesquels, sauf les maires, sont agents nommés par le pouvoir gouvernemental. Il y aurait encore système décentralisateur, si la compétence locale appartenait à titre héréditaire aux membres d'une certaine famille, ou *jure soli* au possesseur d'une certaine terre. Au sens juridique le seigneur féodal était un agent décentralisé. Du jour où la suprématie du roi de France fut en fait reconnue dans une seigneurie féodale, il y devint gouvernant, et le seigneur, quelque compétence qu'i exerçât, agent décentralisé. Loin de nous la pensée d'assimiler les seigneurs féodaux aux autorités décentralisées modernes. Mais ce qui précède montre la généralité de notre criterium, qui se plie facilement aux formes poli-

tiques diverses désignées du nom de décentralisation. En Angleterre les juges de paix étaient nommés et révoqués par le pouvoir central. Aussi les auteurs font-ils justement observer que leur administration n'était point à proprement parler une administration décentralisée. Le *self-government* de la vieille Angleterre n'était pas un système décentralisateur, parce que les juges de paix étaient *appointés* directement ou indirectement par le gouvernement central et pouvaient être révoqués par lui. Mais de ce fait qu'ils ne recevaient pas de salaires, qu'ils étaient toujours choisis parmi les représentants de la *gentry*, à laquelle appartenait la prépondérance politique, et qu'ainsi ils étaient à peu près indépendants du gouvernement central, le contrôle de celui-ci était en fait à peu près nul[1]. Au contraire, les réformes de 1834 et de 1835 ont préparé, et le *local government Act* de 1888 a institué un système d'administration locale, qui, par la création des conseils de comté élus, est un véritable système décentralisateur.

Que le recrutement des agents par l'élection ne soit pas la condition essentielle de tout système décentralisateur ou fédéral, cela est incontestable. Mais cependant il est vrai qu'à l'époque moderne les agents locaux, qui sont institués sans l'intervention des gouvernants, sont le plus habituellement élus par les habitants de la circonscription territoriale sur laquelle ils exercent leur compétence. Dans les Etats-membres d'une fédération, aussi bien dans les Etats allemands que dans les cantons suisses et les Etats américains, existe un parlement élu, dont les pouvoirs sont plus ou moins étendus, et dont le mode de recrutement est plus

1. Gneist, *Self-government, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte*, p. 14; — Goodnow, *Local government in England*, *Political Science Quaterly*, t. II, p. 638; — Id., *Comparative administrative law*, 1897, p. 164.

ou moins large. La plupart des pays composant l'empire allemand sont monarchiques; le prince, à côté du parlement, a un pouvoir plus ou moins fort. Son institution n'est pas le résultat d'un acte de volonté du pouvoir central; l'application de notre criterium apparaît ici évidente : parlement élu, monarque héréditaire sont des agents locaux dont l'institution ne dérive aucunement de la volonté du gouvernement central. Dans les Etats de la république américaine, les législatures et les gouverneurs sont établis par le corps électoral, le gouverneur par un suffrage à deux degrés, nommé qu'il est pas un corps électoral spécialement élu à cet effet, ou par la législature elle-même. Dans les colonies décentralisées de l'empire britannique, tout le pouvoir, ou à peu près, se trouve réuni entre les mains d'un parlement élu. Enfin en France, les conseils généraux, les conseils d'arrondissement, les conseils municipaux et les maires sont des agents locaux élus. L'élection n'est donc pas le caractère essentiel des agents non-centralisés; mais elle est aujourd'hui, sans aucun doute, leur caractère général.

Cette constatation peut provoquer une objection. Les agents locaux prenant leur pouvoir dans le suffrage, restreint ou universel, tel qu'il est compris dans le pays considéré, est-il vrai de dire que le propre des agents locaux est d'être constitués sans la participation de la puissance gouvernante? En effet, dans tous pays qui pratiquent un système électif, la puissance gouvernante par excellence est le corps électoral, et si c'est lui qui institue habituellement les agents décentralisés, ceux-ci tirent leur compétence essentiellement de la puissance gouvernante. Ce raisonnement, qui est celui notamment de M. Hauriou[1], est sans valeur. En

1. « Cette volonté (la puissance publique) est naturellement souveraine non seulement dans l'administration de l'Etat, mais aussi dans

effet, d'une manière générale l'agent décentralisé n'est institué que par le corps électoral d'une circonscription locale. Ce n'est point à ce corps électoral restreint qu'appartient la puissance gouvernante, mais au corps électoral du pays tout entier. Si l'on admet l'idée de souveraineté une et indivisible, c'est la volonté générale, exprimée par la majorité du corps électoral entier, qui dégage cette volonté générale et non point la majorité formée dans une certaine circonscription locale. « La souveraineté appartient à la nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice[1]. » Si, comme nous, on repousse l'idée de souveraineté, de volonté nationale et qu'on ne voit dans la majorité électorale qu'une force gouvernante, gouvernante parce qu'elle est la plus grande force dans un pays donné, cette plus grande force n'intervient évidemment que lorsque le corps électoral du pays tout entier est appelé à voter. Lorsque le corps électoral d'une circonscription locale élit un certain nombre d'agents locaux, c'est, nous l'accordons, une force qui intervient ; mais ce n'est pas la plus grande force existant dans le pays ; et, par conséquent, il reste absolument vrai de dire que les agents locaux, ainsi élus, ne sont point institués par la puissance gouvernante. Aux Etats-Unis d'Amérique, le pouvoir gouvernant est le peuple américain. Le préambule de la constitution américaine l'affirme nettement : « *Nous peuple des Etats-Unis*... décrétons et établissons cette constitution. » Le corps électoral d'un Etat particulier, quelque étendu qu'on y suppose le droit électoral, n'est point l'autorité gouvernante des Etats-Unis, et les législatures

l'administration départementale ou communale ; c'est pourquoi sous un régime de décentralisation, il est naturel que les organes de cette volonté soient constitués par le *peuple souverain* » (Hauriou, *Droit administratif*, p. 227, 4e édit., 1900).

2. Const. 1791, tit. III, pr. art. 1.

locales et les gouverneurs de l'Etat sont institués sans l'intervention des gouvernants. En France, la chose est encore plus évidente pour les corps administratifs locaux. On a dit cependant que ces corps administratifs, étant élus au suffrage direct et universel, étaient véritablement institués par le souverain ; et quelques-uns d'entre eux n'hésitent pas à se poser en représentants de la volonté nationale. Cependant la constitution de 1791 avait déjà condamné ces prétentions, en déclarant que « les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation » (titre III, chap. IV, sect. II, art. 2). L'ensemble des électeurs d'une commune, d'un arrondissement ou d'un département ne possède aucun pouvoir gouvernant ni en droit, ni en fait. En droit, c'est certain. En fait, le corps électoral d'une circonscription locale est impuissant à imposer sa volonté à l'ensemble des citoyens du pays. S'il ne possède aucun pouvoir ni de droit ni de fait, il n'est à aucun titre une puissance gouvernante, et nos corps administratifs élus sont institués sans aucune participation des gouvernants. La chose est évidente pour les parlements établis dans les colonies anglaises autonomes ou dans tout autre pays se trouvant par rapport à un Etat déterminé dans une situation analogue.

D'ailleurs, il est inutile d'insister. En disant qu'il existe un caractère très simple qui se retrouve à des degrés divers dans tout système décentralisateur ou fédéraliste, que ce caractère consiste en ce fait que des autorités locales sont instituées sans la participation des gouvernants, nous formulons une proposition qui nous paraît tellement évidente qu'on pourrait la qualifier de simple truisme. Mais nous ne connaissons pas d'autre méthode pour découvrir la vérité que d'aller du simple au composé.

## IV

Ce premier point acquis, se pose une autre question. Les agents locaux, qui ont une certaine compétence, exercent-ils un droit propre, un droit de l'Etat, ou un droit de la collectivité occupant le territoire sur lequel s'étend leur compétence et qui habituellement les a institués? Dans notre conception générale de l'Etat et de la compétence, la réponse est évidente. L'Etat n'est pas une personne ; les collectivités locales ne sont pas davantage des personnes ; la puissance ne constitue pas un droit subjectif ; par conséquent ni l'Etat, ni le groupe local ne peuvent être titulaires de cette puissance, pour deux raisons, parce qu'ils ne sont pas des personnes, et parce que cette puissance n'est pas un droit subjectif. La compétence de ces agents reste toujours un pouvoir objectif de leur volonté individuelle, dérivant directement de la loi et déterminé par elle ; on recherchera plus loin quelle est cette loi, si elle est une loi de l'Etat, prise dans son entier ou une loi de la circonscription locale. Cependant cette proposition paraîtra certainement paradoxale. On a vu précédemment, dans le court exposé des diverses doctrines sur les Etats fédéraux[1], que toutes partent de ce postulat, que, dans un certain domaine, chaque Etat particulier d'une fédération est titulaire d'un droit subjectif de puissance publique, que les auteurs mêmes, qui, comme Gierke et M. Le Für, ne voient dans les Etats-membres que les parties composantes d'un tout un et collectif, l'Etat fédéral, seul titulaire de la puissance souveraine, reconnaissent cependant à ces parties composantes une

1. Voir *supra*, chap. VI, § 2.

personnalité, qui les rend susceptibles d'être sujets de droits. Pour les colonies autonomes, la question n'est même pas posée, et on reconnaît universellement que dans la limite acceptée par la métropole, un droit de puissance publique appartient véritablement à ces colonies. Les autorités locales des Etats-membres, des colonies autonomes seraient donc les organes de ces collectivités et non point les organes de l'Etat central; elles exerceraient des droits dont les titulaires seraient ces collectivités.

Mais on va plus loin, et on déclare que, même dans les systèmes de décentralisation administrative des pays unitaires, dont le type est assurément la décentralisation française, les collectivités décentralisées sont non seulement organes de l'Etat, mais sont elles-mêmes titulaires de pouvoirs de puissance, que les autorités locales sont leurs organes et exercent des droits de puissance dont ces collectivités locales sont les sujets. Malgré quelques restrictions, Jellinek arrive à cette conclusion et reconnaît un certain domaine d'activité publique propre à la commune. D'autre part, M. Hauriou, le seul auteur français qui, à notre connaissance, ait tenté de faire une théorie juridique de la décentralisation administrative, écrit : « Au point de vue du droit, la décentralisation est une manière d'être de l'Etat caractérisée par ce fait que l'Etat se résout en un certain nombre de personnes administratives, qui ont la *jouissance* de droits de puissance publique, et qui assurent le fonctionnement des services publics en exerçant ces droits, c'est-à-dire en faisant des actes d'administration... La centralisation, au contraire, est une manière d'être de l'Etat consistant en ce que celui-ci constitue seul une personnalité ayant des droits de puissance publique... Les personnalités administratives secondaires (départements, communes,

colonies), sont les autorités locales... personnifiées. Et ce qui indique qu'elles sont décentralisées, c'est-à-dire constituées directement par le souverain, c'est qu'elles ont des droits de puissance publique. Sous un régime de centralisation, il peut y avoir des départements, des communes... doués de personnalité juridique, mais cette personnalité est restreinte à la jouissance des droits privés, elle ne comporte pas la jouissance des droits de puissance publique[1]. » Ajoutons que d'après le savant auteur, la seule différence entre le système fédéral et le système décentralisateur, c'est que dans le premier les collectivités locales personnifiées sont investies du droit de puissance législative, et que dans le second elles n'ont que des droits d'action administrative[2]. On verra plus loin ce qu'il faut penser de cela.

Si nous nions que les Etats-membres d'une fédération soient titulaires de droits de puissance publique, *a fortiori* devons-nous repousser la conception d'après laquelle les circonscriptions administratives décentralisées d'un Etat unitaire seraient titulaires de droits de puissance publique. Qu'elles soient des personnes patrimoniales, qu'elles aient des droits patrimoniaux, qu'elles aient des organes pour gérer leurs biens et exercer leurs droits patrimoniaux, c'est possible ; et cela ne touche point à l'unité de la souveraineté. Mais reconnaître les départements et les communes comme titulaires, même par une concession du souverain, de droits de puissance publique, c'est, quoi qu'on fasse, démembrer la souveraineté, et c'est contredire au premier chef la définition qu'on donne de l'Etat unitaire, celui dans lequel sur un même territoire il n'y a

1. Hauriou, *Répertoire* de Béquet, article *Décentralisation*, nos 84 et 85.

2. Id, *ibid.*, n° 19.

qu'une souveraineté indivisible[1]. Il va sans dire qu'en niant l'idée de la personnalité collective et la *subjectivité* de la puissance publique, nous sommes encore plus forts pour affirmer que les départements, les communes ou toutes autres collectivités décentralisées ne sont point titulaires de droits de puissance.

Cependant, il ne faut pas s'arrêter là ; et il n'est pas sans intérêt de montrer que particulièrement en France, pays unitaire type, et pays décentralisateur d'après ses lois, sinon d'après ses mœurs, les départements et les communes ne sont à aucun point de vue titulaires de droits de puissance publique. Cette étude, outre son intérêt historique et pratique, nous fournira le moyen de faire de la décentralisation et aussi de la fédération la seule théorie juridique qui nous paraisse exacte.

Il est certain que le droit positif français reconnaît à l'heure actuelle une personnalité patrimoniale du département et de la commune. La personnalité patrimoniale du département s'est lentement établie au cours du dernier siècle ; le lieu n'est pas ici de décrire cette évolution. La personnalité patrimoniale de la commune a toujours existé[2]. Les communes et les départements sont titulaires de droits patrimoniaux ; ils ont des organes qui exercent ces droits, gèrent ces biens. Cela est hors de doute : lorsque le préfet, le conseil général, la commission départementale, le conseil municipal ou le maire font des actes pour assurer la gestion du patrimoine du département ou de la com-

1. Voir *supra*, chap. VI, § 1.

2. Nous ne parlons pas des établissements publics. Ce que nous disons du département et de la commune leur est *a fortiori* applicable. Il nous paraît tout à fait impossible d'admettre, comme le fait M. Hauriou (*loc. cit.*, n° 83), que certains établissements publics soient titulaires de droits de puissance publique.

mune, ils exercent les droits patrimoniaux de ceux-ci ; et on peut à juste titre voir en eux des organes de ces collectivités personnifiées au point de vue patrimonial. Mais nous soutenons que, lorsque le conseil général, la commission départementale, le conseil municipal ou le maire font un acte, considéré d'après la conception française comme acte de puissance publique, il n'y a pas une loi française qui puisse s'interpréter de façon à voir dans cet acte l'exercice d'un droit de puissance publique, dont la commune ou le département serait titulaire, à voir dans ces agents des organes de la commune ou du département. Nous ne disons point que jamais l'un de ces agents ne fasse un acte dit de puissance publique, mais que lorsqu'il le fait, il agit comme agent de l'Etat, et non de la commune ou du département. D'abord mettons-nous en garde contre une erreur initiale, qui est la cause de beaucoup d'autres. On fait souvent tacitement ou expressément ce raisonnement : le conseil général ou le conseil municipal sont élus par le département ou la commune ; ils sont ainsi représentants de la commune ou du département et ne peuvent avoir d'autres pouvoirs que ceux dont sont titulaires la commune et le département. Donc s'ils font des actes de puissance publique, c'est que la commune et le département, représentés par eux, sont eux-mêmes titulaires de droits de puissance. Une pareille proposition est fausse et en théorie générale et d'après le droit positif français. Il est théoriquement faux que toute élection implique représentation. Il est faux que le représentant ne tienne ses pouvoirs que du représenté et ne puisse avoir d'autre pouvoir que celui qu'avait le représenté, comme il est faux que l'agent nommé tienne ses pouvoirs de celui qui le nomme et n'ait d'autre pouvoir que celui qui appartenait à l'auteur de la nomination. On l'a déjà dit :

l'élection n'est qu'un mode de nomination, pas autre chose ; la nomination d'un agent n'est point la cause génératrice de la compétence qui lui appartient ; cette cause se trouve dans la loi seule, et la nomination, quelle que soit sa forme, élection ou autre, est simplement la condition de l'application à un individu de la loi de compétence. Donc théoriquement, l'élection ne prouve pas que le conseil général ou le conseil municipal représente le département ou la commune et ne prouve pas davantage que leur compétence se réduise à l'exercice de droits, dont la commune ou le département seraient titulaires. Rien n'empêche que des agents, élus par une circonscription déterminée, aient une compétence, qui consiste à exercer des droits de puissance, dont le titulaire est, non point la circonscription qui les a élus, mais l'Etat lui-même.

Il est faux, d'autre part, qu'en droit positif français les agents administratifs élus puissent être considérés à un titre quelconque comme les représentants de la circonscription qui les élit. On a déjà cité les textes essentiels, empruntés à la constitution de 1791, à laquelle il faut toujours se référer, si l'on veut comprendre le droit public de la France moderne. Ce sont les articles 1 et 2 du préambule du titre III. « ... La constitution française est représentative : les représentants sont le corps législatif et le roi » ; l'article 2 de la section II du chapitre IV du titre III : « Les administrateurs n'ont *aucun caractère de représentation*[1]... » C'est dire que les administrateurs, quoique élus, sont des agents exécutifs. Or, le pouvoir exécutif est une des prérogatives de la souveraineté, qui appartient exclusivement à la nation, représentée dans le domaine de l'exécutif par le roi ; les administrateurs sont des agents

1. Cf. const. 1793, art. 82.

du roi ; c'est-à-dire ils sont les agents de la volonté nationale représentée par le roi, dans le domaine exécutif. Les circonscriptions administratives n'ont aucune parcelle de la souveraineté, puisqu'elle appartient à la nation et qu'aucune fraction du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice. Les administrateurs n'exercent donc pas de droits de puissance publique, dont une collectivité administrative serait titulaire ; il n'y a pas d'autres titulaires de la puissance publique que la nation une et indivisible. Il semble, au reste, que les auteurs de la constitution de 1791 aient prévu la théorie moderne, qui veut faire des administrateurs élus des représentants de la circonscription administrative qui les a élus. En disant que les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation, ils ne voulaient pas dire certainement qu'ils n'étaient pas représentants de la nation. Cela allait de soi, puisqu'on venait de déclarer que pas une fraction de peuple n'avait la souveraineté, que les députés n'y collaboraient que parce qu'ils faisaient partie du corps législatif élu par la nation entière, et que les corps administratifs, n'étant élus que par une fraction du peuple, ne pouvaient, à un titre quelconque, représenter la nation. Par conséquent, le texte ne pouvait avoir qu'un sens : les administrateurs ne sont point représentants de la circonscription qui les a élus. Hors de cela le texte était sans portée.

Cette conclusion se trouve confirmée par l'histoire de notre droit public depuis 1789. Il suffit de la retracer à grands traits. Le premier texte que nous rencontrons et qui est très important, parce qu'au premier abord il paraît attribuer à la commune elle-même, en propre, une certaine sphère de puissance publique est la loi du 14 décembre 1789 : « Les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir : les unes *propres*

*au pouvoir municipal*, les autres propres à l'administration générale de l'Etat et délégués par elle aux municipalités. — Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives sont : de régir les biens et revenus des communes, des villes, bourgs..., de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté... Les fonctions propres à l'administration générale, qui peuvent être déléguées aux corps municipaux pour les exercer sous l'autorité des assemblées administratives : la répartition des contributions directes..., la perception de ces contributions...[1] » De ces textes, il faut rapprocher immédiatement les articles 8, 9 et 10 du titre II de la constitution de 1791 : « Les citoyens qui composent chaque commune ont le droit d'élire à temps, suivant les formes déterminées par les lois, ceux d'entre eux qui, sous le titre d'officiers municipaux, sont chargés de gérer les affaires de la commune. Il pourra être déléguées aux officiers municipaux quelques fonctions relatives à l'intérêt général de l'Etat. »

De bons esprits ont vu là une preuve que la Constituante de 1789 reconnaissait à la commune un pouvoir propre, que les officiers municipaux exerceraient en son nom, que la commune était non seulement une personne patrimoniale, mais encore une personne publique, investie dans un certain domaine de droits de puissance, et que même elle recevait par délégation, elle et non point ses officiers municipaux, l'exercice de certains droits de puissance appartenant à l'Etat. Elle serait ainsi titulaire à la fois d'un pouvoir originaire et d'un pouvoir délégué. Un auteur averti comme Jellinek écrit : « L'idée du cercle d'action propre de la

1. Loi 14 décembre 1789, art. 49-51.

commune appartient aux constituants de 1789. Quand on y regarde de près, on voit que cette idée est connexe de tout le cercle d'idées dans lequel la Révolution a commencé. La Révolution avait tenté de réaliser la doctrine du droit naturel. La déclaration des droits avait pour but de tirer une ligne de démarcation entre l'Etat et l'individu, pour assurer à celui-ci un ensemble de droits propres, intangibles. La conception du cercle d'action propre de la commune n'est pas autre chose que l'application de cette conception du droit naturel à ces corporations... Nous voyons clairement la théorie d'un quatrième pouvoir de l'Etat, mais qui n'appartient pas à l'Etat, la théorie du *pouvoir municipal*[1]. » L'auteur ajoute d'ailleurs qu'à la fin de la Révolution cette idée disparaissait, et qu'à partir de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, la commune n'est plus qu'une circonscription administrative, sans aucun pouvoir propre.

Que la vieille idée de la commune corporation politique, investie à titre propre de certains droits de puissance publique, n'ait laissé aucune trace dans la législation municipale de 1789 et de 1791, nous n'oserions point l'affirmer, et cela suffit à expliquer les termes un peu obscurs des textes précités. Cependant, il nous paraît résulter, aussi bien des textes eux-mêmes que des déclarations qui les ont accompagnées, que le législateur de 1789 ne reconnaissait à la commune elle-même que des droits patrimoniaux, et nul droit de puissance publique, que ce prétendu pouvoir municipal n'a point été reconnu. Si l'on revient aux articles 49 et 50 de la loi du 14 décembre 1789, on remarquera que ces textes ont pour but de fixer les fonctions des agents municipaux. Par conséquent, le législateur ne distingue point

1. Jellinek, *System*, 1892, p. 213 ; — Cf. le livre bien connu d'Henrion de Pansey, *Traité du pouvoir municipal*, 1822.

le pouvoir, c'est-à-dire la puissance qui appartient aux communes à titre originaire, et le pouvoir qui leur serait délégué par l'Etat, mais seulement les deux catégories de fonctions appartenant aux agents municipaux, les unes qui leur appartiennent normalement, par cela même qu'ils sont agents municipaux, et les autres qui leur appartiennent parce que l'Etat leur donne une compétence spéciale à l'effet de les exercer. Comme le fait très justement observer Béquet[1], la délégation est donnée, non point aux communes, mais aux *corps municipaux*. Donc ce n'est pas la commune qui est investie de droits de puissance publique par délégation, mais bien les agents municipaux. L'observation est très importante, parce qu'elle montre que notre première loi municipale moderne condamne d'avance les théories, comme celles de M. Hauriou[2], d'après lesquelles les communes, les départements, seraient, en vertu d'une délégation à eux donnée par l'Etat, titulaires de droits de puissance publique. Restent les fonctions que la loi de 1789 déclare propres au pouvoir municipal. Sont-elles l'exercice de droits dont les communes sont titulaires? Oui certainement, dans la pensée du législateur de 1789 ; oui encore aujourd'hui. Mais ces droits ne sont que des droits patrimoniaux, et non point des droits de puissance publique. A aucun titre, on ne peut parler, comme Jellinek, d'un pouvoir municipal qui serait un quatrième pouvoir. Que ces droits dont la commune est le sujet ne soient que des droits patrimoniaux, cela ressort de l'article 9 du titre II de la constitution de 1791, lequel indique comme fonctions normales des officiers municipaux celles qui consistent à *gérer* les affaires municipales de la commune. Puis l'article 50 de la loi du 14 décembre 1789 range, dans les fonctions propres

1. *Répertoire du droit administratif*, article *Commune*.
2. *Répertoire* de Béquet, article *Décentralisation*, n° 84.

au pouvoir municipal, celles qui consistent à *régir* les biens et revenus communs des villes, bourgs, à régler et à acquitter les dépenses locales qui doivent être payées sur les deniers communs, etc... Ce même texte met, il est vrai, au nombre des fonctions propres au pouvoir municipal, celles qui consistent « à faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police ». La police ne serait dès lors que l'exercice d'un droit appartenant à la commune. Or la police n'est-elle pas au premier chef l'exercice d'un droit de puissance publique? Il y aurait donc au moins un droit de puissance publique, la police, qui aurait pour titulaire la commune. Nous ne le croyons pas. Le sens du mot police est déterminé par ce qui suit : « notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté... » Le législateur de 1789 avait en vue simplement les opérations matérielles destinées à procurer ces divers avantages aux habitants de la commune. Par l'expression *police* nous désignons aujourd'hui, non seulement les opérations matérielles qui ont pour but d'assurer la propreté, la salubrité, la tranquillité, mais encore les actes de puissance publique que fait un administrateur ayant pour but le même objet, par exemple l'arrêté d'un préfet qui ordonne la fermeture d'un établissement insalubre, ou le règlement de police d'un maire ou d'un préfet. Il n'était certainement pas dans la pensée du législateur de 1789 que l'agent, qui ferait un acte semblable, exercerait une puissance ayant la commune pour sujet.

Cela ressort d'ailleurs de la déclaration faite par Thouret, dans la séance du 29 septembre 1789 : « Commençons, dit-il, par bien fixer quelle est la nature de cette constitution (la constitution municipale). Le régime municipal, borné exclusivement au soin des affaires particulières et pour ainsi dire *privées* de chaque ressort municipalisé, ne peut entrer sous au-

cun rapport, ni dans le système de la représentation nationale, ni dans celui de l'administration générale. Les communes devant être les premières unités dans l'ordre représentatif qui remonte à la législature, et les dernières dans l'ordre du pouvoir exécutif, qui descend et finit à elles, chaque municipalité n'est plus dans l'Etat qu'un *tout* simple, individuel, *toujours gouverné*, et ces *tous* séparés, indépendants les uns des autres, ne peuvent être élémentaires d'aucun des pouvoirs gouvernants[1]. » Le comité de constitution, au nom duquel parlait Thouret, considérait donc comme acquis, que pas une parcelle de puissance publique ne réside dans la commune. Et cependant, à la fin de septembre 1789, on ne pensait créer que sept cent vingt grandes municipalités. A plus forte raison ne songea-t-on point à reconnaître un droit de puissance publique aux quarante mille communes créées d'un coup par la loi du 22 décembre 1789 (sect. I, art. 7).

La question de savoir si la commune est titulaire de droits de puissance publique ne se posa plus naturellement, quand la loi du 28 pluviôse de l'an VIII eut attribué au gouvernement ou à ses préfets la nomination des maires et des conseils municipaux; mais elle reparut, quand la loi du 21 mars 1831 eut établi l'élection des conseils municipaux et la loi du 18 juillet 1837 élargi leurs attributions. Elle se pose particulièrement aujourd'hui depuis la loi du 5 avril 1884, qui dans toutes les communes a donné aux conseils municipaux l'élection des maires. La personnalité patrimoniale de la commune est incontestable. Quelle est l'étendue de cette personnalité, quel est à cet égard le domaine d'action des municipalités, ce sont questions

1. *Moniteur*, réimpression, t. I, p. 531.

très intéressantes, mais dont l'étude ne vient pas ici [1]. Lorsque le maire ou le conseil municipal font un acte, qui, d'après la terminologie et la classification communément reçues, est un acte de puissance publique, peut-on dire qu'il exerce un droit de puissance dont la commune est titulaire, comme personne publique, à titre propre ou à titre délégué ? Non. Pas plus aujourd'hui qu'en 1789 la commune n'est une personne publique investie à un titre quelconque de prérogatives souveraines. On pourrait à l'occasion de cette proposition passer en revue tous les actes de la vie municipale. Il suffira de prendre deux actes particulièrement caractéristiques, la création des impôts communaux et les décisions de police.

Aux termes de la loi du 5 avril 1884, article 141 modifié par la loi du 7 avril 1902, « les conseils municipaux votent les centimes additionnels dont la perception est autorisée par les lois. Ils peuvent aussi voter 3 centimes extraordinaires, exclusivement affectés aux chemins vicinaux ordinaires et 3 centimes extraordinaires affectés aux chemins ruraux reconnus. Ils peuvent, en outre, voter des centimes pour insuffisance de revenus appliqués à des dépenses ordinaires ou des centimes destinés à des dépenses extraordinaires, dans la limite du maximum fixé chaque année par le conseil général. » Nous disons qu'en prenant une pareille décision, le conseil municipal n'agit pas comme organe de la commune, n'exerce pas un droit de puissance publique dont la commune serait titulaire. Qu'on rapproche, en effet, ce texte de l'article 42 de la loi du 10 août 1871 : « Le conseil général arrête chaque année, dans les limites fixées annuellement par la

1. Voir sur ces questions une longue et très intéressante *note* de Hauriou, S. 1901, III, p. 11, sous arrêt conseil d'Etat 1er février 1901.

loi des finances, le maximum des centimes additionnels que les conseils municipaux sont autorisés à voter... » De là, il ressort clairement que les centimes additionnels municipaux sont un impôt d'Etat, créé par un organe d'Etat, affecté seulement à un intérêt communal. L'impôt n'est point créé par le conseil municipal, compris comme organe de la commune personne publique; il en fixe simplement le taux, et cela dans les limites d'un maximum déterminé par le conseil général, limité lui-même par la loi des finances. Ou sous une autre forme, ce prétendu impôt communal implique une décision du parlement qui le crée, une décision du conseil général qui en fixe le maximum, une décision du conseil municipal qui en fixe le taux pour chaque commune. Il y a bien loin de là à un impôt qui serait créé et fixé par le conseil municipal, agissant comme organe de la commune, investie d'un droit de puissance. Nous en dirons autant des taxes particulières, dues, conformément à l'article 140 de la loi du 5 avril 1884, par les propriétaires en vertu des lois ou des usages locaux et réparties par une délibération du conseil municipal approuvée par le préfet. Qu'on ne tire point argument des mots « levées en vertu d'usages locaux », pour dire qu'il y a là un impôt établi par une véritable loi communale. Le conseil d'Etat a décidé [1], et la justesse de cette décision n'est contestée par personne, qu'un impôt ne peut jamais être levé qu'en vertu d'une loi pas plus au profit de la commune qu'au profit de l'Etat, et que la commune ne peut percevoir, en application de l'article 140, que des taxes particulières, autorisées soit par une disposition de loi, soit par un ancien usage maintenu par une loi. Quant aux octrois, ils sont établis par une loi, et ils

1. Conseil d'Etat, 11 février 1881.

figurent chaque année au tableau de la loi des finances, contenant l'énumération des taxes dont la perception est autorisée. Le tarif maximum est établi d'une manière générale par décret. Le rôle de décision du conseil municipal n'apparaît que lorsque par une délibération exécutoire « il prononce la prorogation ou l'augmentation de taxes d'octroi pour une période de 5 ans au plus, sous la réserve toutefois qu'aucune des taxes ainsi maintenues ou modifiées n'excèdera pas le maximum déterminé par le tarif général et ne portera que sur des objets compris dans ce tarif[1]. » Ici encore le conseil municipal ne crée pas un impôt; cet impôt a été créé par la loi ; il en fixe seulement la quotité. Du reste, s'il faisait acte de puissance publique, il n'agirait point comme organe de la commune. Le président de la république qui, dans l'hypothèse de l'article 137 de la loi de 1884, fixe une taxe d'octroi, n'agit certainement pas comme organe de la commune; il n'y a pas dans cette hypothèse l'exercice d'un droit de puissance publique appartenant à la commune; il n'y en a pas d'avantage dans l'hypothèse de l'article 139.

Les conseils municipaux et les maires ont des attributions de police[2]. Nous admettons sans difficulté que, d'après la conception ordinaire des actes de puissance publique, la plupart des actes de police constituent des actes de puissance publique; mais nous soutenons en même temps que ce n'est point la commune, personne publique, qui est titulaire de ce droit de police, qu'ici pas plus qu'ailleurs les agents municipaux n'agissent point comme organes de la commune. On rappelle d'abord que dans les villes ayant moins de 40.000 habitants, l'administration municipale organise sa police; la loi impose seulement aux communes ayant plus de

1. Loi 5 avril 1884, art. 139.
2. Loi 5 avril 1884, art. 91, 94-98, 102 et 103; — Loi 21 juin 1898.

5.000 habitants, un commissaire de police, nommé par le préfet pour les villes n'ayant pas plus de 6.000 habitants et pour les autres par le ministre de l'intérieur. Pour les villes ayant plus de 40.000 habitants, l'organisation du personnel, chargé du service de la police, est réglée, sur avis du conseil municipal, par un décret du président de la république[1]. En organisant ainsi la police, l'administration des villes ayant moins de 40.000 habitants exerce-t-elle le droit de puissance publique appartenant à la commune ? Non. En effet, cette organisation doit toujours avoir un même caractère. Or, si dans les villes ayant plus de 40.000 habitants, l'organisation de la police est incontestablement un droit de l'Etat, il doit en être de même dans toutes les communes. Les agents municipaux sont des fonctionnaires, ayant reçu de la loi compétence pour exercer certains droits de puissance publique, dont le seul titulaire dans la conception française ne peut être que l'Etat ; ils sont compétents pour exercer ce droit sur le territoire de la commune. Cette compétence est plus ou moins étendue suivant l'importance des communes ; dans les unes, c'est une compétence de décision, dans les autres, une compétence qui se réduit à donner un simple avis.

La question se pose surtout pour la compétence du maire en matière de police. « Le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure, de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'autorité supérieure qui y sont relatifs[2]. » Dans ce but, le maire prend des décisions individuelles, des arrêtés réglementaires, fait au premier chef des actes administratifs, dits actes d'autorité. Nous ne le contestons point. Mais le maire agit alors comme agent

1. Loi du 5 avril 1884, art. 103.
2. Loi du 5 avril 1884, art. 91.

de l'Etat, ayant compétence pour exercer des droits de puissance dont le titulaire est l'Etat et non point la commune. La plupart des auteurs affirment cependant le contraire. On a dit quel sens il fallait donner à l'article 50 de la loi du 14 décembre 1789. Depuis l'an VIII jusqu'en 1884 la question ne s'est guère posée, car, après même que les conseils municipaux furent devenus électifs en 1831, les maires, sauf de rares intervalles, furent nommés par le pouvoir central ou ses agents, les préfets. Mais en 1884, le maire devenait dans toutes les communes de France l'élu du conseil municipal. Alors se présentait très nettement la question de savoir si, en prenant des décisions de police, le maire agissait comme organe de la commune, titulaire du droit de police. La question, au moment du vote de la loi de 1884, donna lieu, dans la chambre et dans le sénat, à une discussion très confuse. Après avoir résumé cette discussion, M. Morgan, commentant les articles 91, 94, 95 et 99 de la loi municipale, déclare que « les attributions de police municipale constituent un pouvoir spécial, d'un *caractère mixte*, que le maire exerce, comme il exerce ses pouvoirs propres, sous la surveillance de l'administration supérieure, mais qui est soumis à des restrictions spéciales[1]. » Ce n'est point là une solution : dire que le pouvoir de police du maire est un pouvoir de nature *mixte*, ce n'est rien dire du tout. D'ailleurs, l'auteur pose mal la question. Cette expression *pouvoir propre* du maire est tout au moins obscure et équivoque. Tous les pouvoirs, qui forment la compétence du maire, sont en un sens des pouvoirs propres ; en un autre sens aucun d'eux n'est un pouvoir propre, parce que chacun est l'exercice d'un droit dont la commune ou l'Etat est titulaire. La question

1. Morgan, *la Loi municipale*, 5e édit., 1896, t. I, p. 482. Voir opinion analogue, Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7e édit., 1897, t. I, p. 316

est uniquement et précisément de savoir si c'est l'Etat ou la commune qui est titulaire du droit de puissance publique, que le maire met en mouvement en faisant un acte de police. Il est une toute autre question, celle de savoir si le maire, faisant acte de police, agit comme agent décentralisé ou comme agent centralisé. On en a déjà touché un mot et on y reviendra plus loin[1]. Au point de vue doctrinal, la question a été très bien formulée par M. Berthélemy : « La police municipale, dit-il, est une affaire d'ordre local ; c'est comme chef de l'association communale que le maire est chargé de procurer à ses administrés les avantages d'une bonne police[2]. » M. Tchernoff dit aussi : « On a essayé de soutenir que sous la législation actuelle le maire n'exerce plus son pouvoir de police... au nom de la commune, mais au nom de l'Etat... Cette opinion ne nous paraît pas exacte[3]. » L'argument principal de M. Tchernoff consiste à dire que la distinction entre les pouvoirs propres du maire et ceux qu'il exerce comme agent de l'Etat a été nettement faite par les articles 9 et 10 de la loi du 18 juillet 1837, que la police, d'après la loi de 1837, rentrait dans les pouvoirs propres du maire, puisque le maire l'exerçait seulement sous la *surveillance* et non sous l'autorité de l'administration supérieure, que cette distinction a été consacrée aussi par la loi de 1884, laquelle déclare, comme la loi de 1837, que le maire exerce la police seulement sous la *surveillance* de l'administration supérieure.

Le raisonnement est sans valeur. D'abord, en 1837 la question de savoir si la commune ou l'Etat était titulaire du droit de police exercé par le maire ne se posait pas, puisque le maire était nommé par le pouvoir cen-

1. Voir *supra*, chap. IV, § 10, et *infra*, chap. VI, § 6.
2. Berthélemy, *Droit administratif*, 2e édit., 1902, p. 212, note 2.
3. Tchernoff, *du Pouvoir réglementaire des maires*, 1899, p. 55.

tral, qui devait, il est vrai, le choisir dans les conseils municipaux. D'autre part, M. Tchernoff fait la confusion déjà signalée. La question n'est pas de savoir si la police est ou non un pouvoir propre du maire, mais de savoir si elle est l'exercice d'un droit de puissance, qui appartient à l'Etat ou d'un droit qui appartient à la commune. La loi de 1837 en parlant de *la surveillance* de l'administration *supérieure*, et non de *l'autorité*, décidait seulement que le maire, quoique nommé par le gouvernement, agissait dans ses fonctions de police comme un agent décentralisé, et échappait comme tel à la hiérarchie [1]. Mais elle ne décidait aucunement que la police fût en quelque sorte propriété communale. En 1884, le maire étant élu, la question se présentait véritablement. L'article 91 reproduit l'expression : sous *la surveillance*, ce qui semblerait indiquer que le maire fait la police comme agent décentralisé. Mais l'article 91 ne parle pas du *contrôle* du conseil municipal. Il serait étrange que, si la police était un droit de la commune, le maire, quand il l'exerce, ne fût pas placé sous le contrôle du conseil municipal, quand, aux termes de l'article 90, ce contrôle s'exerce sur toutes les fonctions que le maire remplit comme organe de la commune. En outre, si l'expression « sous la surveillance de l'autorité supérieure » impliquait que le maire accomplit comme organe de la commune tous les actes visés par l'article 91 de la loi de 1884, il en résulterait que c'est aussi comme organe de la commune que le maire « assure l'exécution des actes de l'autorité supérieure... » Or cela serait une absurdité qu'on ne peut point attribuer gratuitement au législateur. Le mieux est donc de n'invoquer ni la loi de 1837, ni la loi de 1884, et de résoudre la question en théorie pure. Or, à ce point de vue, la

1. Voir *infra*, chap. VI, § 3.

solution ne nous semble pas douteuse. Si l'on considère les actes de police du maire, qui ont force exécutoire, qui sont des actes de puissance publique, tels les arrêtés réglementaires de police, on ne saurait y voir l'expression d'une volonté communale, puisque cette volonté n'est pas souveraine et que seule une volonté souveraine peut donner force à de semblables actes. Mais, dit-on, ne rentrent dans la police municipale que les affaires qui intéressent la commune et non l'Etat, et par conséquent, le droit ayant pour fondement l'intérêt, le droit de police municipale a pour sujet la commune et non l'Etat. Quel intérêt français y a-t-il, ajoute-t-on, à ce que telle petite ville ait des rues propres et bien éclairées, à ce qu'il n'y ait pas de tapage nocturne, etc...[1]? D'abord, il nous paraît très contestable que la collectivité tout entière n'ait pas un grand intérêt à ce que dans toute commune la police soit bien faite. D'autre part, il faut s'entendre. Il est certain que toutes les opérations matérielles faites ou tous les contrats passés pour assurer la salubrité ou la propreté d'une ville, rentrent dans les fonctions du maire, gérant des intérêts communaux. Mais nous disons seulement que lorsque dans un but de police, un maire fait un acte juridique, qui implique une manifestation de la puissance publique, il exerce un droit d'autorité dont le seul titulaire possible est l'Etat. Reste la question de savoir si le maire agit alors comme agent centralisé ou décentralisé; et l'intérêt de la question est de savoir si sa décision peut être réformée par un agent centralisé. Mais la question est toute différente. Un acte, qui est l'exercice d'un droit de puissance étatique (étant admise la théorie de la souveraineté une), peut être accompli par un agent décentralisé. Cela s'éclaircira,

1. Berthélemy, *loc. citat.*, p. 212, note 2.

au reste, nous l'espérons, dans le paragraphe suivant.

Que des agents décentralisés exercent en fait des droits de puissance qui appartiennent seulement à l'Etat, cela apparaît très nettement dans les attributions des conseils d'arrondissement et des conseils généraux français. Chacun sait qu'aux termes des articles 37-39 de la loi du 10 août 1871, le conseil général fait la répartition de la contribution directe entre les arrondissements du département et prononce définitivement sur les demandes en réduction de contingent formées par les communes. Peut-on dire qu'en remplissant cette fonction, il est l'organe du département qui, personne de puissance publique, serait titulaire de ce droit véritablement étatique? Ce ne serait pas sérieux. M. Ducrocq a expliqué ce pouvoir des conseils généraux par une délégation à eux donnée par le parlement [1]. Nous ne voyons pas en vérité ce que vient faire cette délégation. Si elle seule peut expliquer cette compétence du conseil général, il faut la faire intervenir pour tous les agents, et un agent exécutif quelconque n'a de pouvoir que par délégation du chef de l'exécutif. Nous avons fait justice de cette conception. Le conseil général répartit les contributions en vertu de la compétence qui lui appartient, et qui, comme toute compétence, est établie par la loi. Si l'exercice de cette compétence entraîne une manifestation de la puissance publique, et qu'on admette la théorie de l'Etat personne souveraine, cet acte ne peut être que l'exercice d'un droit appartenant à l'Etat. D'ailleurs pour ce qui est du département, il ne peut être sérieusement soutenu qu'en droit positif français, il soit une personne publique, titulaire d'un droit de puissance. A la rigueur on peut soutenir cela pour les communes, qui, à une époque de notre histoire, ont certainement

1. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7e édit., 1897, t. I, p. 240.

été des collectivités publiques, investies d'une certaine puissance, et qui n'ont point été une création arbitraire du législateur moderne. Mais il n'en est point ainsi des départements. Créé comme simple division administrative par la loi du 22 décembre 1789, maintenu comme telle par la loi du 28 pluviôse an VIII, ce n'est que lentement, sous l'influence des faits et de la pratique, que le département est devenu une personne patrimoniale, et dans tout l'ensemble de nos lois, il n'y a pas un texte duquel on puisse inférer que le département soit titulaire d'un atome quelconque de la puissance publique.

## V

On a tenu à montrer que, dans le droit positif français aussi bien qu'en théorie, il était impossible de considérer les communes et les départements comme étant des personnes publiques titulaires d'un droit de puissance quelconque. Si la puissance est un droit, une seule personne peut en être titulaire, l'Etat; et si tout agent exerce les droits d'une personne, quand il fait un acte de puissance publique, cette personne ne peut être que l'Etat. Cela est aussi vrai dans les pays fédéraux que dans les pays unitaires décentralisés. Il est aussi impossible de comprendre qu'en Suisse ou aux Etats-Unis, chaque canton ou chaque Etat soit titulaire de la puissance publique dans un certain domaine, que de comprendre que les communes et le département français soient titulaires d'une part de souveraineté. Nous nous sommes placé dans l'hypothèse de la personnalité et de la souveraineté une et indivisible de l'Etat : l'agent décentralisé ou fédéralisé nous apparaît alors

comme investi d'une double compétence, compétence comme organe de la collectivité locale pour faire en son nom des actes patrimoniaux, compétence comme agent de l'Etat pour faire dans un certain domaine des actes de puissance publique. Quelquefois l'agent décentralisé peut n'avoir que cette dernière compétence, comme en France les conseils d'arrondissement; ils peuvent au contraire n'avoir que le caractère d'organe de la collectivité locale personne patrimoniale. Il va de soi qu'en réalité tous ces raisonnements, toutes ces distinctions, ne reposent à notre sens sur rien. Pour nous la question de la personnalité des collectivités locales ne se pose pas plus que celle de la personnalité de l'Etat. Les développements qui précèdent n'ont eu d'autre but que de montrer les inconséquences et les contradictions auxquelles conduit la doctrine de la personnalité et de la souveraineté.

La compétence de l'agent décentralisé ou fédéralisé n'est pas un droit de l'agent; elle n'est pas davantage le pouvoir d'exercer un droit, dont serait titulaire une personne collective, Etat ou groupe local, dont l'agent serait le mandataire ou l'organe. La théorie précédemment développée sur la nature de la compétence s'applique tout entière aux agents non-centralisés. Ils ont un pouvoir objectif déterminé par la loi de leur fonction; ils peuvent vouloir certaines choses, et les vouloir avec un effet juridique quand ils les veulent conformément au but de leur fonction, ou plutôt au but qui a inspiré la loi de leur fonction. L'effet de droit est toujours voulu et ne peut être voulu que par une volonté individuelle. Derrière cette volonté individuelle, il n'y a jamais une personne collective dont elle serait l'organe. Cela est vrai qu'il s'agisse d'un acte dit de puissance publique ou d'un acte patrimonial. La personnalité juridique des collectivités décentralisées ou fédérées

n'existe pas plus au point de vue patrimonial qu'au point de vue politique. Que l'on considère le gouverneur et la législature d'un Etat particulier de l'Amérique, le parlement ou l'assemblée populaire d'un canton suisse, le gouvernement d'un Etat allemand, ce sont là des agents, qui sont investis par la loi objective d'une certaine compétence, compétence pour créer une situation patrimoniale à une collectivité déterminée, compétence pour imposer, même par la force et par leur volonté unilatérale, une certaine prestation à des personnes se trouvant sur un territoire, compétence pour formuler une règle de droit. Leur situation, au point de vue de la compétence, ne diffère en rien de celle d'un agent centralisé. Les uns et les autres ont un pouvoir de vouloir dans les limites d'une règle objective.

Cette règle, ce ne sont pas les gouvernants qui la créent, ils ne font que la constater; elle ne trouve pas sa force obligatoire dans la volonté d'une collectivité, mais dans ce fait qu'elle est inspirée à celui qui la formule par le but de constater la règle de droit ou de prendre des dispositions pour en assurer le respect Ainsi ne se pose même pas cette question (sur laquelle on a tant disserté et sur laquelle on reviendra plus loin): la loi, qui s'applique dans un Etat fédéré et qui détermine la compétence de ses agents, est-elle une loi de l'Etat-membre ou une loi de l'Etat central? C'est une loi : sa force impérative ne dérive pas plus de la prétendue volonté collective de l'Etat central que de celle de l'Etat-membre; ni l'une ni l'autre n'existent.

Une loi, qui par hypothèse possède force obligatoire parce qu'elle est adéquate à l'état social du pays auquel elle s'applique; un agent institué à la suite d'un fait, qui forme la condition d'application à lui-même de la loi de compétence; une institution sans l'intervention directe ou indirecte des gouvernants; une compétence

consistant en un pouvoir de vouloir certaines choses avec un effet juridique, voilà jusqu'à présent le caractère juridique de tout agent fédéralisé ou décentralisé. Ainsi s'évanouissent toutes les difficultés qui, autrement, naissent à chaque pas et s'amoncellent sans solution possible. Tout s'éclaire si l'on voit dans la compétence, quel que soit le mode d'institution de l'agent, un simple pouvoir individuel de vouloir légitimement et efficacement un effet de droit dans la limite déterminée par une loi positive conforme à la règle objective.

Jusqu'à présent, nous n'avons trouvé d'autre différence entre les agents décentralisés ou fédéralisés et les agents centralisés que celle-ci : les premiers sont institués à la suite d'un acte ou d'un fait auquel la volonté des gouvernants ne participe ni directement ni indirectement. C'est incontestablement la première condition pour qu'il y ait décentralisation ou fédéralisme. Mais cette condition suffit-elle ? Nous ne le croyons pas. Si cette condition était suffisante, il n'y aurait pas à vrai dire de différence entre les uns et les autres. On a montré en effet, que si les gouvernants interviennent directement ou indirectement dans l'institution d'un agent, quelle que soit cette intervention, ce n'est point d'elle que l'agent tire une part quelconque de sa compétence, que celle-ci dérive exclusivement de la loi, que l'acte gouvernemental de nomination, le plus caractérisé, ne doit pas être considéré comme un acte juridique créant une situation subjective, mais surtout comme un fait conditionnant l'application à un individu d'une loi, de laquelle résulte son pouvoir objectif. Il n'y a donc pas à vrai dire de différence entre l'institution d'un agent résultant de la nomination directe ou indirecte par les gouvernants, et l'institution par un fait complètement étranger à leur volonté. Dans les deux cas, il y a un agent investi d'une compétence, c'est-à-dire d'un pou-

voir objectif à la suite de l'arrivée d'un fait, qui conditionne l'application à sa personne de la loi fonctionnelle. Si donc l'agent non centralisé se distingue en droit de l'agent centralisé, et cela n'est guère contestable, il faut qu'il y ait un autre caractère propre au premier.

Si ce caractère ne peut pas se trouver dans le mode de nomination, s'il ne peut pas résider dans une nature différente de la compétence, puisque la compétence a une certaine nature qui est ou n'est pas, mais qui, si elle est, est toujours la même, s'il ne peut pas consister non plus dans ce fait que la compétence qu'il exerce est la manifestation d'un droit dont une collectivité distincte de l'Etat, mais comprise en lui, serait titulaire, puisque derrière la compétence, il n'y a aucun droit subjectif, et derrière l'agent aucune personne collective dont il serait le mandataire ou l'organe, le caractère propre à l'agent non centralisé ne peut consister que dans l'étendue de sa compétence. Ce point est acquis : l'agent décentralisé ou fédéralisé possède une compétence plus étendue que l'agent centralisé.

Mais ce n'est pas tout ; car il reste à savoir en quel sens cette compétence est plus étendue. Cette extension de la compétence appartenant à l'agent fédéral ou décentralisé peut se concevoir d'abord au point de vue de la nature des actes qu'elle comprend. Et c'est surtout pour les agents fédéralisés que ce point de vue a été mis en avant. On dit encore couramment, que l'agent centralisé n'a jamais et ne peut jamais avoir compétence que pour faire des actes administratifs ou juridictionnels, mais non point pour faire des actes législatifs, qu'au contraire, les agents fédéralisés ont toujours une compétence législative. Effectivement, les agents fédéralisés ont, en général, un pouvoir législatif, et même de bons auteurs pensent que c'est là que réside la véritable différence entre le fédéralisme et la décen-

tralisation[1]. On recherchera au paragraphe suivant si cela est vrai. Mais pour le moment, telle n'est pas la question. Elle est seulement de savoir si on peut dire absolument que l'agent non centralisé et spécialement l'agent fédéralisé est caractérisé par ce fait qu'il a ou qu'il peut avoir une compétence législative, et si l'agent centralisé n'en a pas et ne peut pas en avoir. On rappelle que la compétence législative est le pouvoir de faire un acte législatif, que celui-ci est toute décision par voie générale et abstraite et que la compétence législative est intrinsèquement le pouvoir de prendre une décision par voie générale et abstraite. D'autre part, il est certain que dans les pays unitaires modernes, les gouvernants ont, en général, réservé à eux-mêmes ou à leurs représentants le pouvoir de faire des lois, et que leurs agents ont, en général, uniquement compétence pour prendre une décision individuelle dans la limite tracée par ces lois ; que d'autre part dans les pays dits fédéraux, les agents locaux ont habituellement une large compétence législative. Le système qui consiste à donner aux gouvernants directement la compétence législative et à reconnaître seulement aux agents un droit de décision individuelle s'est établi incontestablement sous l'empire du besoin de protéger l'individu à la fois contre le pouvoir sans limite des gouvernants et contre l'arbitraire des agents : le gouvernant en statuant par voie générale échappera, en partie du moins, aux suggestions de la haine et de la passion ; l'agent, en statuant seulement par voie individuelle dans les limites tracées par la loi, trouvera en cela un frein contre une tentative de spoliation arbitraire. Mais rationnellement rien ne s'oppose à ce que l'agent centralisé soit investi dans certains cas d'une véritable compétence législative, dans

1. Hauriou, *Répertoire* de Béquet, article *Décentralisation*, n° 19.

les limites d'ailleurs fixées par la loi des gouvernants. Diverses considérations ont amené, dans la plupart des pays unitaires, l'établissement d'une pareille compétence. Elle n'est pas d'ailleurs autre chose que ce qu'on appelle en France le pouvoir réglementaire. A l'inverse il n'y aurait rien d'impossible à ce qu'un agent fédéralisé n'ait pas une compétence législative. Dans les types modernes d'Etats fédéraux, il n'en est pas sans doute ainsi, mais, rationnellement, rien ne s'y oppose et nous pensons établir au paragraphe suivant que ce pouvoir législatif des agents fédéralisés n'est point le caractère essentiel du système fédéral.

D'ailleurs, pour confirmer notre proposition, il suffit de prendre deux exemples, l'un d'un agent centralisé dans un pays unitaire, et l'autre d'un organe fédéralisé. On ne citera pas cependant le président de la République française, quoique beaucoup d'auteurs y voient un simple agent. A notre avis, il est un gouvernant, un représentant[1]; dans tous les cas il n'est pas un agent local. Mais le préfet français a un pouvoir réglementaire certain et très étendu ; il suffit de citer l'article 99 de la loi du 5 avril 1884. Dans les limites fixées par la loi des gouvernants, il peut prendre des mesures par voie générale, et véritablement faire des actes législatifs. Si l'on ne se paie pas de mots, quelle différence y a-t-il au fond entre le rôle d'un préfet faisant un règlement, c'est-à-dire une loi locale véritablement, dans les limites où la loi de compétence lui reconnaît ce pouvoir, et l'acte d'un parlement local d'un Etat américain ou d'un canton suisse, faisant aussi une loi locale, dans le domaine déterminé par la constitution fédérale? En fait, il existe une différence de degré : la compétence législative de l'organe fédéralisé s'exercera

1. Voir *supra*, chap. III, § 8.

dans un domaine beaucoup plus large que celle du préfet. De différence de nature, il n'en existe point. On dit bien habituellement que l'agent local centralisé a reçu une délégation du législateur central et en vertu de cette délégation est organe de la souveraineté centrale dans un domaine très limité, tandis que le parlement local exerce un droit de souveraineté propre et originaire dont la collectivité fédéralisée est titulaire. On a montré plus haut ce qu'il fallait penser de cette prétendue délégation, de ce prétendu droit originaire des collectivités fédéralisées. Pour nous, il n'existe ni droit de puissance publique, ni personnalité de l'Etat, ni personnalité des collectivités membres. Mais enfin, si l'on persiste à admettre l'existence d'une souveraineté, il n'y a qu'une souveraineté une et indivisible dans les Etats fédéraux comme dans les Etats unitaires, et la loi d'un parlement local, comme le règlement du préfet, est une manifestation de cette unique et indivisible souveraineté, se produisant dans les limites fixées par la loi organique du pays.

Si l'on pousse plus loin l'analyse, l'assimilation paraît encore plus complète. Les pays unitaires n'admettent pas en général que la loi émanée des gouvernants puisse être soumise à l'appréciation des tribunaux et que ceux-ci puissent refuser de l'appliquer par cette raison qu'elle serait contraire au droit. Cette solution souvent critiquée en France est logique. Les gouvernants étant investis de la puissance souveraine, nous disons étant en possession de la plus grande force, aucun agent ne peut être compétent logiquement pour apprécier la légalité de leur décision. Mais, au contraire, toute loi locale émanée d'un agent décentralisé peut être soumise à l'appréciation des tribunaux soit directement, soit par voie d'exception ; et tout tribunal français peut refuser d'appliquer un règlement

d'un préfet, pour ce motif que celui-ci est sorti du domaine fixé par la loi gouvernante. De même dans tous pays du type fédéral, un tribunal quelconque peut refuser d'appliquer une loi d'Etat, parce que le parlement local est sorti du domaine dans lequel la loi organique avait enserré sa compétence. On sait qu'il y a là un des principes essentiels du droit public américain. Sans doute aux Etats-Unis une cour de justice peut refuser d'appliquer une loi fédérale qui viole la constitution fédérale. Mais cela se rattache à un ordre d'idées différent de celui que nous étudions en ce moment. Il n'en reste pas moins vrai qu'un tribunal américain peut toujours refuser d'appliquer une loi locale, même constitutionnelle, qui excède la compétence de l'assemblée d'Etat qui l'a votée. Bryce fait très justement observer qu'il y a là une règle tout à fait analogue à celle par laquelle, avant l'indépendance, le conseil privé de la couronne britannique pouvait toujours annuler la loi votée par une colonie, en dehors du cercle d'action à elle concédé par la charte coloniale. Depuis la guerre de sécession, ce contrôle du pouvoir central sur les organes de l'Etat est unanimement reconnu. Bryce en formule ainsi le principe : « Tout acte de la législature ou du pouvoir exécutif d'un Etat, qui est en opposition avec la constitution ou avec un acte du gouvernement national, fait en vertu de la constitution, est en réalité un acte, non pas du gouvernement d'Etat, qui ne peut pas agir légalement contre la constitution, mais de personnes qui s'arrogent faussement le droit d'agir comme si elles étaient le gouvernement; il est nul *ipso jure*... Telle paraît avoir été la jurisprudence de la cour fédérale suprême pour les causes qui lui ont été soumises après la guerre de sécession [1]. » Il en est identiquement de même du pouvoir législatif reconnu aux

1. Bryce, *la République américaine*, édit. française, 1900, t. I, p. 478.

organes des Etats-membres dans l'empire allemand. Ils possèdent une compétence législative dans un domaine déterminé par la loi fédérale, et toute loi qui excèderait les limites de ce domaine est nulle, tout aussi bien que le règlement fait par un préfet au-delà de sa compétence. Laband écrit à cet égard : « Dans cette puissance législative (des Etats-membres) le manque de souveraineté se trahit en ceci qu'elle doit se tenir dans les limites que le souverain a fixées à l'autonomie et qu'elle ne peut pas établir des règles de droit en opposition avec celles qu'a établies le souverain. La première de ces deux bornes imposées aux Etats particuliers est dressée par l'article 78, section 1 de la constitution de l'empire, qui donne à l'empire le pouvoir de changer à son gré les limites de l'autonomie des Etats ; la seconde se trouve à l'article 2 de la constitution de l'empire, d'après lequel les lois de l'empire passent avant les lois des Etats... Le droit de surveillance de l'empire (sur les Etats particuliers) s'étend encore aux domaines laissés à l'autonomie des Etats particuliers, dans le sens négatif qu'ici rien ne doit être fait en contradiction avec la législation de l'empire. La violation de ce devoir d'obéissance par un Etat-membre peut amener l'empire à le maintenir par la force dans la fidélité aux devoirs fédéraux que lui impose la constitution. L'exécution doit être décrétée par le *Bundesrath* et accomplie par l'empereur (constitution de l'empire, art. 19)[1]. » Nous trouvons dans la constitution fédérale suisse de 1874 une règle complètement analogue. L'article 113 porte en effet : « Le tribunal fédéral connaît des conflits de compétence entre les autorités fédérales d'une part et les autorités cantonales d'autre part[2]. »

1. Laband, *Staatsrecht*, 1901, t. I, p. 101 et 102; édit. française, 1900, t. I, p. 178 et 180.
2. Cf. Dubs, *le Droit public de la confédération suisse*, t. II, p. 127 et suiv.

Ainsi dans les trois types d'Etats fédéraux nous trouvons le même principe. Les organes locaux ont une compétence législative dans un certain domaine; et toute loi qui est faite par eux en dehors de ce domaine peut être annulée par un organe central. La mise en œuvre de cette règle varie; mais la règle reste dans son essence toujours la même. Nous ne voyons aucune différence entre cette règle et celle en vertu de laquelle tout règlement, acte législatif au point de vue matériel, fait par un agent centralisé, est nul lorsqu'il excède les bornes de la compétence réglementaire. Nous pouvons donc maintenir notre proposition précédente : au point de vue de la compétence législative, il peut y avoir une différence de degré entre la compétence d'un agent centralisé, et celle d'un agent fédéralisé, il n'y a point une différence de nature.

Il n'y en a point, non plus au même point de vue, entre la compétence d'un agent centralisé et celle d'un agent décentralisé. Il ne serait point exact de dire que la compétence de l'agent décentralisé est plus grande que celle de l'agent centralisé, parce que le premier possède un pouvoir réglementaire et l'autre point. Ce serait plutôt l'inverse qui serait vrai, si toutefois nous considérons la France, type d'Etat unitaire avec organes décentralisés. Dans le département, le pouvoir réglementaire appartient essentiellement au préfet, agent centralisé; il n'appartient point au conseil général, organe décentralisé; ou du moins il ne lui appartient que dans de rares circonstances. Le conseil municipal, organe décentralisé, n'a qu'un pouvoir réglementaire extrêmement restreint, et on ne peut guère citer comme exemple que la compétence qui lui appartient pour l'organisation de la police et l'établissement, la prorogation et la suppression des taxes d'octrois ou le vote de

centimes additionnels[1]. Le maire a un pouvoir réglementaire extrêmement étendu; il est aujourd'hui un organe décentralisé, quoique traité parfois par la loi comme agent centralisé[2]. Mais le maire français a été jusqu'en 1884, sauf quelques rares exceptions, un agent centralisé, et c'est à cela qu'il doit certainement le pouvoir réglementaire étendu dont il est doté. La tendance de notre législation, qui peut être considérée comme type, est donc de donner le pouvoir réglementaire surtout aux agents centralisés; et de ce chef, la compétence de ceux-ci serait plutôt plus étendue que celle des agents décentralisés. En tout cas, s'il y a une différence à cet égard, elle est encore une différence de degré et non une différence de nature.

Ce qui vient d'être dit pour la compétence législative serait entièrement vrai de la compétence juridictionnelle. Des agents décentralisés ou fédéralisés peuvent avoir ou n'avoir pas une compétence juridictionnelle; cela ne constitue en aucune façon une marque spéciale de leur situation. En France particulièrement les tribunaux de districts des lois de 1790 et de 1791, les tribunaux de département de la constitution de l'an III, les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes actuels étaient et sont des organes décentralisés investis de fonctions juridictionnelles. Nos conseils généraux et nos conseils municipaux n'ont aucune fonction de juridiction; ils pourraient en avoir sans que rien fût changé à leur situation juridique. Dans les pays fédéralisés, des organes juridictionnels locaux, institués sans l'intervention des gouvernants, sont investis de fonctions juridictionnelles importantes. Il pourrait tout aussi bien en être autrement. Dans les pays unitaires,

1. Loi du 5 avril 1884, art. 103, 137-139, 141, 142. — Cf. Moreau, *le Règlement administratif*, 1902, p. 455 et p. 464.
2. Voir *supra*, chap. IV, § 10 et *infra*, chap. VI, § 6.

les plus importantes des fonctions juridictionnelles sont habituellement confiées à des agents centralisés, et s'il existait à ce point de vue une différence de degré dans l'étendue de la compétence, elle serait encore probablement en faveur des agents centralisés.

En résumé, il y a un caractère spécial qui s'attache à la compétence des agents décentralisés et fédéralisés; mais ce caractère ne consiste pas en ce que les fonctions qui leur sont confiées soient plus nombreuses que celles reconnues aux agents décentralisés, ni en ce qu'elles soient d'une nature différente, législatives, juridictionnelles, administratives, quand des fonctions administratives seules appartiendraient aux agents centralisés. C'est donc ailleurs qu'il faut chercher le caractère propre de la compétence appartenant aux agents fédéralisés ou décentralisés. A notre avis ce caractère est essentiellement celui-ci : les agents fédéralisés ou décentralisés ne sont pas compris dans la hiérarchie des agents, remontant jusqu'au pouvoir des gouvernants. On a essayé de déterminer plus haut l'essence et les conséquences de cette hiérarchie[1], et on a montré qu'elle consistait en ce que le supérieur hiérarchique pouvait non seulement annuler la décision que prend l'inférieur, mais encore réformer cette décision, et substituer à cette décision la sienne propre. Le pouvoir hiérarchique implique un pouvoir de réformation. La décision de l'agent centralisé inférieur est définitive sauf le droit de réformation qui appartient à l'agent supérieur, qui substitue ainsi véritablement sa décision à celle de l'inférieur. Pour les agents juridictionnels, à cause de la nature même de la fonction, ce pouvoir hiérarchique s'exerce dans des conditions spéciales; mais il s'exerce, et le droit de réformation par la juridiction d'appel est de principe.

1. Voir *supra*, chap. IV, § 10.

Le propre des agents décentralisés et fédéralisés est de ne point être soumis à un pouvoir hiérarchique remontant jusqu'aux gouvernants, mais seulement à un pouvoir de contrôle. De ce fait, il résulte qu'ils ont une compétence non seulement plus étendue, mais d'un aspect différent. L'agent investi du pouvoir hiérarchique peut annuler, réformer. L'agent investi du pouvoir de contrôle ne peut réformer; il peut suspendre; il peut refuser d'approuver; il peut annuler et voilà tout. Souvent la décision que prend l'agent non centralisé n'est pas définitive par elle-même, ou bien elle doit être approuvée pour devenir définitive par un agent centralisé, spécialement compétent à cet effet; ou bien elle peut être suspendue dans son effet par le même agent; ou bien encore, quoique définitive par elle-même, elle peut être annulée par l'agent centralisé déclaré compétent; mais celui-ci ne peut jamais substituer sa volonté à celle de l'agent décentralisé et réformer la décision prise par lui. L'agent centralisé peut annuler pour les causes que détermine la loi de fonction, causes de droit et même causes de fait ou d'inopportunité; mais il ne peut point réformer et substituer sa propre décision à celle de l'agent non centralisé, qui se trouve soustrait ainsi, dans son domaine d'action, à toute impulsion venant d'un agent centralisé, et, par conséquent à toute impulsion venant directement ou indirectement de la volonté gouvernante. Son pouvoir de volonté est tel que les décisions qui en émanent ne pourront jamais être réformées; elles pourront être sans valeur, parce que n'étant pas définitives par elles-mêmes, elles ne sont pas approuvées par l'autorité supérieure, ou parce que, étant définitives, elles sont annulées par l'autorité supérieure. L'effet voulu par l'agent décentralisé sera ou ne sera pas; mais s'il est, il sera toujours ce qu'il a été voulu sans aucune modification.

On a défini ainsi ce qu'est le contrôle du pouvoir central sur les agents fédéralisés ou décentralisés ; on l'a distingué du pouvoir hiérarchique, et montré par là même qu'il implique pour ces agents une compétence ayant un caractère qui n'appartient point à celle des agents centralisés. Finalement deux caractères sont communs aux agents décentralisés et fédéralisés, et les distinguent des agents centralisés : ils sont institués par un acte auquel ne participent ni directement ni indirectement les gouvernants; ils sont soumis à un contrôle, et non point à un pouvoir hiérarchique, et ce contrôle autorise l'agent supérieur à ne pas approuver, à suspendre, à annuler, mais jamais à réformer. Ce droit de contrôle est souvent appelé droit de tutelle. L'expression, quoique fréquemment employée, est tout à fait inexacte, d'abord parce que la tutelle implique la situation d'une personne en tutelle, c'est-à-dire d'une personne qui est représentée par un tuteur dans tous les actes de la vie juridique. Or ici, rien de pareil. De personne en tutelle il n'y en a pas, puisque nous nions la personnalité de la collectivité décentralisée ou fédéralisée; de tuteur, il n'y en a pas davantage, puisque l'agent centralisé, qui exerce cette prétendue tutelle, approuve, refuse d'approuver, suspend ou annule l'acte fait par un autre, rôle qui n'appartient jamais au tuteur. A tout prendre l'expression importe peu, si l'on est d'accord sur la situation qu'elle désigne, et cette situation se résume toujours en ce qui a été dit précédemment. Il suffit pour le démontrer de jeter un coup d'œil sur les types de système fédéral et décentralisateur.

Dans les Etats fédéraux, les agents du pouvoir central ne peuvent pas incontestablement réformer les décisions prises par les agents fédéralisés. Si ceux-ci sont restés dans le domaine qui leur est imparti par la loi

organique du pays, l'autorité centrale ne peut intervenir. Dans le même domaine, l'autorité centrale ne peut imprimer une impulsion aux agents fédéralisés. Ils ne déterminent pas eux-mêmes leur sphère d'action; mais dans cette sphère, ils sont libres d'agir ou de ne pas agir; et leur décision est définitive par elle-même, sans l'approbation de l'autorité centrale. Tous ces points sont incontestables; il est inutile d'insister. Si l'agent fédéralisé sort au contraire de son domaine d'action, l'autorité centrale peut annuler la décision prise par lui. On peut supposer aussi que tout en restant dans les limites de son domaine, il ait violé une loi fédérale. Il y aurait lieu à l'annulation, mais point à la réformation. Le mode d'annulation varie suivant les pays. Tantôt, comme en Allemagne, c'est le gouvernement central lui-même qui prononce l'annulation; tantôt ce sont des tribunaux compétents à cet effet, comme aux Etats-Unis et en Suisse; mais cela ne touche en aucune façon au principe. Dans tout cela n'apparaît aucune place pour un pouvoir de réformation appartenant à l'autorité centrale ou à ses agents. On explique souvent cela en disant que dans la sphère de leur activité, les Etats-membres sont titulaires d'une véritable souveraineté, ou tout au moins d'une véritable puissance publique autonome, ou qu'ils sont les parties composantes de l'Etat fédéral. On a vu plus haut ce qu'il faut penser de ces explications. Mais le point n'est pas là. Il est hors de doute que, de toute façon, les agents fédéralisés échappent à un pouvoir hiérarchique, qui permettrait aux agents de l'autorité centrale de donner l'impulsion à leur activité ou de réformer leurs décisions.

## VI

En est-il de même pour les agents décentralisés? Oui, sans aucun doute. Mais la chose demande quelques explications. On prendra naturellement pour exemple les agents décentralisés français. Pour le conseil général français, il est incontestable que l'autorité centrale peut annuler, suspendre, refuser d'approuver les délibérations, mais ne peut point les réformer, ni les imposer. Sur ce dernier point une objection peut être tirée du système des dépenses obligatoires et du rôle qui appartient au gouvernement pour le règlement du budget départemental; elle sera examinée plus loin. La loi du 10 août 1871 a déterminé la compétence des agents de l'autorité centrale relativement aux délibérations des conseils généraux; nulle part, sauf la réserve faite pour le budget, on ne voit qu'ils aient un pouvoir de réformation. Les articles 33 et 34 donnent au gouvernement ou au préfet compétence pour annuler les délibérations d'un conseil général, portant sur des objets qui ne sont pas légalement compris dans ses attributions et les délibérations prises hors des réunions légales. Si le conseil général, tout en restant dans le cercle de ses attributions, a violé la loi, l'annulation est provoquée par le préfet et elle est prononcée par un décret du gouvernement rendu en la forme des règlements d'administration publique (loi du 10 août 1871, art. 47). Il faut supposer au reste que la délibération est une de celles qui sont exécutoires par elles-mêmes. On sait, en effet, qu'une délibération étant prise légalement, trois hypothèses peuvent se présenter : ou bien elle est exécutoire sauf suspension : c'est le droit commun; ou bien elle n'est exécutoire qu'après approbation

de l'autorité centrale; ou bien elle est exécutoire par elle-même. Ces trois hypothèses correspondent aux trois catégories de délibérations du conseil général[1]. On a essayé de rattacher ces distinctions à la destination de telle ou telle fonction, suivant qu'elle touchait à un intérêt général ou à un intérêt local. Il nous paraît difficile de trouver un principe général, auquel on puisse rattacher exactement le degré de force exécutoire que la loi attribue à telle ou telle délibération du conseil général. Au reste cela importe peu pour notre thèse; et on conviendra que jusqu'ici nous n'avons trouvé aucune trace d'un pouvoir de réformation appartenant à l'autorité centrale.

Nous en dirons autant des délibérations du conseil municipal, sauf la réserve déjà faite, à l'égard du conseil général, en ce qui concerne les dépenses obligatoires et le règlement du budget. Depuis la loi du 5 avril 1884, les délibérations du conseil municipal sont en principe « exécutoires par elles-mêmes ». « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune. » Mais l'article 68 énumère de nombreuses délibérations, qui ne sont valables qu'avec l'approbation de l'autorité supérieure, représentée par le préfet, le ministre, le gouvernement, le conseil général ou la commission départementale. Dans ces diverses espèces, l'autorité supérieure peut refuser d'approuver la délibération qui, à défaut de cette approbation, est sans valeur; mais elle ne peut ni déterminer d'avance le sens de cette délibération ni la réformer une fois qu'elle est prise. D'autre part le préfet a le pouvoir d'annuler en conseil de préfecture, à toute époque, spontanément ou sur la demande des intéressés, toute délibération du conseil municipal exécutoire par elle-même, mais

1. Voir loi du 10 août 1871, art. 37-49.

prise par le conseil municipal en dehors d'une réunion légale, ou en violation d'une loi ou d'un règlement, ou portant sur un objet étranger à ses fonctions[1]. Ainsi les agents centralisés peuvent refuser d'approuver, annuler une délibération du conseil municipal, organe décentralisé; mais ils ne peuvent point lui imposer l'obligation de prendre une délibération en tel ou tel sens, ni réfomer en aucune façon la délibération prise.

Il importe de dire un mot des dépenses obligatoires et du règlement du budget du département et de la commune. Aux termes de l'article 61 de la loi du 10 août 1871, modifié par la loi du 29 juin 1899, « si un conseil général omet ou refuse d'inscrire au budget un crédit suffisant pour l'acquittement (des dépenses obligatoires) ou pour l'acquittement des dettes exigibles, le crédit nécessaire est inscrit d'office au budget par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique et inséré au *Bulletin des lois*... Aucune autre dépense ne peut être inscrite d'office dans le budget. » On trouve des dispositions analogues dans les articles 145 et 149 de la loi du 5 avril 1884. N'y a-t-il pas dans les deux cas, indiqués par ces divers textes, une véritable réformation faite par l'autorité centrale d'une délibération prise par un organe décentralisé? Cela ne vient-il pas infirmer notre proposition précédente? Nous ne le croyons pas. En disant que le conseil général et le conseil municipal sont des organes décentralisés et que le caractère propre de tels organes est de prendre des décisions, qui ne peuvent pas être réformées par les agents centralisés, nous entendons parler uniquement de décisions portant sur des matières rentrant exclusivement dans leur compétence. Or, si l'on examine de près la situation juridique en ce

1. Loi du 5 avril 1884, art. 63 et 65.

qui concerne les dépenses obligatoires des départements et des communes, voici ce que l'on constate. Ces dépenses constituent une dette existante pour le patrimoine du département ou de la commune, et doivent, par conséquent, figurer à leur budget, qui est l'état administratif des recettes et des dépenses. Si le conseil municipal ou le conseil général les y inscrivent en fait, pas de difficulté. Mais cette inscription n'est pas un acte juridique; elle ne crée pas la dette, qui existait déjà à la charge du patrimoine local ; cette inscription est une simple opération matérielle, une opération d'écritures destinée à permettre une balance exacte des recettes et des dépenses. Quand l'inscription d'une dépense obligatoire n'est pas faite au budget, l'autorité centrale intervient et en ordonne l'inscription ou même l'inscrit d'office, et fait au budget les modifications nécessaires; mais ce n'est point là une réformation d'une décision prise par le conseil général ou le conseil municipal. En effet, pour réformer une décision, au moins faut-il qu'il y en ait une. Or l'inscription ou la non-inscription d'une dépense obligatoire au budget local n'est pas une décision, mais un acte matériel, un simple établissement de compte; l'acte par lequel l'autorité centrale fait l'inscription d'office n'est donc pas la réformation d'une décision qui n'existe à vrai dire pas. La dépense obligatoire, il ne faut pas le perdre de vue, est toujours une dette acquise au patrimoine local ; l'autorité centrale intervient pour en assurer le paiement comme elle intervient pour assurer le paiement de toute dette; elle intervient en la forme administrative, parce qu'il s'agit ici d'une dette administrative au premier chef. L'inscription d'office de la dépense obligatoire par l'autorité centrale n'est pas elle-même en réalité une décision administrative; elle ne crée pas une situation juridique nouvelle ; cette situation consiste dans l'existence de la

dette ; l'administration centrale prend les mesures matérielles nécessaires pour en assurer le paiement. Si, d'ailleurs, on voulait y voir un acte administratif proprement dit, ayant une valeur juridique, ce ne pourrait être un acte réformant la décision d'une autorité décentralisée, puisque certainement cette décision n'existe pas.

C'est de la même manière que s'explique l'obligation pour les organes fédéralisés d'inscrire, au budget de l'Etat-membre, certaines dépenses obligatoires. En Allemagne la contribution que, par application des articles 60 et 62 de la constitution, doit chaque Etat à la caisse de l'empire, pour l'entretien de l'armée, constitue véritablement une dépense obligatoire pour chaque Etat. Le lieu n'est pas ici d'ailleurs d'exposer les controverses qu'ont soulevées en Allemagne l'interprétation de cet article 62 et sa conciliation avec la loi du 31 décembre 1871 [1].

Quant au maire français, agent élu depuis la loi de 1884, il se trouve certainement dans une situation particulière, qui tient certainement à ce qu'il a été pendant longtemps un agent nommé. On caractérise souvent sa situation en disant qu'il a deux qualités, qu'il agit tantôt comme organe de l'Etat, exerçant des droits dont l'Etat est titulaire, tantôt comme organe de la commune, exerçant des droits dont la commune personnifiée est le sujet ; et l'on discute le point de savoir si tels droits qu'exerce le maire ont pour sujet la commune ou l'Etat, par exemple les droits de police. La question ainsi formulée est mal posée. Comme tout agent, le maire a une certaine compétence, et cette compétence n'est point l'exercice d'un droit dont une personne collective est le titulaire ; comme toute compétence, c'est

1. Cf. Laband, *Staatsrecht*, 4e édit., 1901, t. IV, p. 88.

un pouvoir de volonté individuelle. Mais la question est de savoir si, lorsque le maire agit dans le domaine de sa compétence, il agit comme un agent centralisé ou un agent décentralisé. D'après son mode d'institution, il semblerait qu'il dût toujours agir comme agent décentralisé et qu'il ne fût jamais compris dans les liens de la hiérarchie remontant au pouvoir gouvernemental. Mais le maire a été pendant près d'un siècle un agent centralisé et rentrant comme tel dans les liens de la hiérarchie administrative. Il ne dépendait pas du législateur de lui faire perdre d'un trait de plume ce caractère. Ainsi le maire s'est trouvé forcément dans une situation complexe : agent décentralisé de par son mode d'institution, agent centralisé de par son passé historique. Mais les deux caractères ont réagi l'un sur l'autre. Même quand il agit comme agent centralisé, le maire ne rentre pas dans la hiérarchie administrative suivant les termes du droit commun, comme on l'a montré précédemment[1]. Et alors même qu'il agisse comme agent décentralisé, par exemple pour mettre à exécution les délibérations du conseil municipal portant sur les intérêts patrimoniaux de la commune, il n'échappe pas entièrement à un certain pouvoir hiérarchique appartenant à l'autorité centrale. En effet, si l'on cherche un criterium formel à l'aide duquel on puisse reconnaître les cas dans lesquels le maire agit comme agent décentralisé, on n'en trouvera pas d'autre que celui-ci : le maire agit comme agent décentralisé, quand il gère le patrimoine de la commune, soit qu'il agisse spontanément, soit qu'il exécute les délibérations du conseil municipal ; il est placé alors, aux termes de l'article 90 de la loi municipale, sous le contrôle du conseil municipal. Même dans l'exercice de cette fonc-

1. Voir *supra*, chap. IV, § 10.

tion, il est placé sous la *surveillance de l'administration supérieure* (art. 90), et la sanction de cette surveillance est incontestablement le droit de révocation appartenant à l'autorité supérieure en vertu de l'article 86.

L'étude du droit positif français, en ce qui concerne les organes décentralisés, soulève une dernière question, dont il n'est pas indifférent de dire un mot. Le recours pour excès de pouvoir, tel que le conçoit la jurisprudence française, est-il recevable contre les décisions exécutoires par elles-mêmes et prises par un organe décentralisé? Nous n'hésitons pas à répondre négativement, bien que l'opinion contraire paraisse prévaloir et semble confirmée par quelques décisions du conseil d'Etat. En réalité, le recours pour excès de pouvoir n'est qu'un recours hiérarchique, mais un recours hiérarchique qui est jugé aujourd'hui par une véritable juridiction et en la forme juridictionnelle. De ce caractère, du reste très rationnel, du recours pour excès de pouvoir, et démontré clairement par son origine historique, il résulte qu'un pareil recours n'est recevable que contre les décisions émanées d'un agent compris dans la hiérarchie administrative. C'est parce que le recours hiérarchique n'a pas paru protéger suffisamment les administrés contre l'arbitraire administratif, c'est parce que le conseil d'Etat, d'abord simple conseil du gouvernement supérieur hiérarchique, est devenu une juridiction, qu'à côté de la voie d'annulation hiérarchique, s'est formé le recours en annulation contentieuse. Mais l'un et l'autre, procédant du même principe, intimement mêlés dans leur évolution historique, doivent s'appliquer aux mêmes actes, c'est-à-dire aux décisions émanées des agents compris dans la hiérarchie proprement dite. M. Laferrière a très nettement exprimé cette idée: « La première condition, écrit-il, pour qu'un

recours pour excès de pouvoir soit recevable, c'est que l'acte attaqué soit un acte administratif, émané d'une des autorités comprises dans la hiérarchie administrative[1]. » En un mot, le recours pour excès de pouvoir est un recours hiérarchique *juridictionnalisé ;* il n'est recevable que contre les actes de fonctionnaires, contre lesquels serait possible le recours hiérarchique.

En conséquence, les délibérations, même exécutoires, du conseil général ou du conseil municipal ne sont point susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir; un pareil recours dirigé contre elles devrait être toujours déclaré non recevable. Cependant cette proposition demande qu'on y insiste quelque peu.

Pour ce qui est des délibérations exécutoires des conseils généraux et des conseils municipaux, M. Hauriou fait une distinction ingénieuse, mais qui nous paraît ne reposer sur aucun fondement sérieux, ni théorique, ni législatif. La délibération, dit-il, est un acte complexe qui comprend deux éléments distincts. La délibération est l'opération par laquelle une assemblée prend une décision; il y a donc à distinguer la délibération proprement dite, et la décision prise; l'opération délibérative et la décision. L'opération délibérative est juridique; elle est soumise à des règles; des voies de nullité spéciales peuvent être ouvertes pour « anéantir la décision en tant qu'elle est le résultat d'une délibération irrégulière ». « Mais si cette voie de nullité n'a pas été créée ou ne s'applique point dans l'hypothèse, alors on sera autorisé à se demander si la délibération n'a pas été viciée dans son effet exécutoire par un excès de pouvoir. » C'est ainsi que, d'après notre savant collègue, contre les délibérations des conseils généraux et des conseils municipaux, deux espèces de voies de recours sont ouvertes. Elles peuvent, dit-il, être attaquées à deux titres

1. Laferrière, *Juridiction administrative*, 2e édit., 1896, t. II, p. 420.

différents : à titre de délibérations et à titre de décisions. Les articles 33 et 34 de la loi du 10 août 1871 organisent une voie de nullité contre l'opération délibérative du conseil général, lorsque la délibération est prise en dehors des réunions légales et lorsqu'elle est relative à un objet qui n'est pas de la compétence du conseil. La délibération du conseil général peut être attaquée, à titre de décision exécutoire, par le recours pour excès de pouvoir, quand elle contient une décision exécutoire, et sous cette condition qu'elle ne puisse pas être attaquée à titre de simple délibération, parce que le recours pour excès de pouvoir est toujours subsidiaire. La même distinction doit être faite, dit M. Hauriou, pour les délibérations du conseil municipal. La voie de nullité, prévue par les articles 63, 65 et 67 de la loi du 5 avril 1884, est dirigée essentiellement contre l'opération délibérative du conseil municipal ; elle est ouverte lorsque la délibération porte sur un objet étranger à ses attributions ou a été prise hors de la réunion légale, et lorsque la délibération a été prise en violation d'une loi ou d'un règlement. Cette voie de nullité est non-contentieuse au premier degré, puisqu'elle est portée devant le préfet; elle est contentieuse au second degré, puisqu'elle est jugée par le conseil d'Etat, en la forme des recours pour excès de pouvoir. Elle est très large et rendra presque toujours inutile et impossible le recours pour excès de pouvoir, voie de recours essentiellement subsidiaire. Cependant si pour une raison ou une autre cette voie de nullité des articles 63, 65 et 67 n'était pas ouverte, le recours pour excès de pouvoir serait, dit-on, recevable, dirigée non plus contre l'opération délibérative, mais contre la décision exécutoire elle-même [1].

1. Hauriou, *Droit administratif*, 4e édit., 1900, p. 454 et 500; *Note* sous l'arrêt du conseil d'Etat du 1er février 1901, S., 1901, III, p. 41.

Cette théorie est intéressante. Mais il nous paraît incontestable qu'elle n'est point celle du législateur français. Au reste, M. Hauriou lui-même ne paraît pas bien convaincu que le législateur ait eu conscience d'une aussi savante distinction. Cela nous importerait peu si la chose était théoriquement exacte. Elle ne l'est point. Que la décision prise par un corps délibérant soit une chose plus complexe que la décision prise par un agent unitaire, c'est incontestable. Seulement cette plus grande complexité ne dérive pas de l'existence de deux actes distincts, mais de la structure propre à tout organe délibérant. La décision administrative est toujours une manifestation de volonté dans le but de créer un effet de droit; elle est tout cela; elle n'est rien que cela, soit qu'elle résulte de la délibération d'un corps ou de la résolution d'un individu. De même qu'on ne sépare pas la décision prise par un agent unitaire de la réflexion, de la résolution intérieures qui la précèdent, de même on ne peut séparer la décision prise par un collège de la délibération dont elle émane. Sans doute on peut dire qu'à la différence de la résolution intérieure, la délibération est une manifestation externe. Oui; mais cette manifestation externe est une simple opération matérielle, consistant dans la discussion entre les membres du collège et dans le décompte des voix qui se prononcent dans chaque sens. La délibération n'est pas autre chose qu'une simple opération matérielle, si l'on admet comme nous qu'il n'y a pas de volonté collégiale distincte des volontés individuelles, et que la délibération et le vote n'ont d'autre but et d'autre effet que de faire connaître le sens dans lequel se prononcent la majorité des membres du collège, leurs volontés n'étant compétentes que si elles sont en majorité, et restant toujours des volontés individuelles. Si avec de bons es-

prits (et c'est assurément la pensée de M. Hauriou), on voit dans la délibération un phénomène de psychologie collective, duquel résulte la volonté *une* de la personne collective qu'est le collège, elle joue pour la formation de cette volonté et pour la formation de la décision le même rôle que la réflexion et la volition internes pour une décision individuelle. Donc, dans aucun cas, on ne peut séparer l'opération délibérative de la décision prise par un corps délibérant. En réalité, la délibération est une simple opération matérielle. Or on ne peut prononcer la nullité d'une opération matérielle ; on ne peut annuler qu'un acte juridique. Qu'on ne dise pas que cette opération matérielle est soumise à des règles de droit, et que dès lors une voie de nullité peut être ouverte contre elle. En effet, si l'opération délibérative est soumise à des règles de droit, c'est en tant qu'elle est une forme de la décision prise, et les règles s'appliquent à la décision non à la délibération. Ce qu'on peut annuler, c'est seulement la décision.

Le point de départ de M. Hauriou est donc inexact de tous points. Aussi bien pour la décision prise par un corps délibérant que pour celle d'un agent unitaire, il ne peut y avoir qu'une seule espèce d'annulation, celle qui atteint la décision elle-même, et cette distinction entre la voie de nullité dirigée contre la délibération et celle dirigée contre la décision est tout à fait artificielle. Reste à savoir maintenant si le droit positif français admet la possibilité du recours contentieux pour excès de pouvoir, contre les délibérations portant décision, des conseils généraux et des conseils municipaux. La réponse négative s'impose. Elle est conforme à l'origine et à la nature même du recours pour excès de pouvoir. Les corps délibérants locaux ne rentrent pas dans la hiérarchie administrative ; ils

sont placés sous le contrôle des agents centralisés ; ce contrôle suffit largement pour protéger les administrés, d'autant plus que l'acte de contrôle fait par l'agent centralisé, annulation ou refus d'annulation de la délibération, peut lui être toujours critiqué par la voie contentieuse du recours pour excès de pouvoir. Les lois de 1871 et de 1884 ont très sagement et très clairement organisé ce contrôle et appliqué ces idées : elles permettent aux agents centralisés de réprimer par l'annulation toutes les atteintes au droit commises par les conseils locaux. Non seulement le gouvernement et le préfet peuvent annuler toute délibération, prise sur des matières qui ne sont pas légalement comprises dans les attributions du conseil général et toutes les délibérations prises hors session (art. 33 et 34) ; mais encore le préfet peut toujours dans le délai de 20 jours à partir de la clôture de la session provoquer l'annulation d'une délibération pour excès de pouvoir ou pour violation d'une disposition de la loi ou d'un règlement ; cette annulation est prononcée par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique (art. 47). Cette formule est aussi générale que possible, et le contrôle d'annulation peut ainsi réprimer toute violation du droit par l'assemblée départementale. Que cette expression « pour excès de pouvoir » n'entraîne pas confusion ; il n'y a point un recours contentieux pour excès de pouvoir formé par le préfet, mais une simple démarche auprès du gouvernement pour que celui-ci, usant de son pouvoir de contrôle, annule par une décision, qui n'a ni au fond ni en la forme le caractère contentieux, la délibération contraire au droit[1]. Il va sans dire que tout intéressé peut attaquer, par la voie du recours contentieux pour

1. Cf. Laferrière, *loc. cit.*, t. II, p. 414.

excès de pouvoir, la décision du préfet ou du gouvernement qui annule, ou refuse d'annuler la délibération. Cet acte de contrôle est un acte administratif de puissance publique, accompli par un agent compris dans la hiérarchie administrative, et le recours pour excès de pouvoir, conformément aux idées précédemment exposées, est certainement recevable. Il faudrait en outre appliquer la disposition de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, qui assimile le silence de l'administrateur à une décision. Resterait à savoir quelle personne est recevable à former un recours ; mais c'est une question rentrant dans la théorie générale du recours pour excès de pouvoir, dont l'étude ne vient point ici.

Pour les délibérations du conseil municipal les dispositions de la loi de 1884 sont, s'il est possible, plus nettes et plus précises encore, et parfaitement logiques. Toute délibération du conseil municipal portant sur un objet étranger à ses attributions, prise hors de ses réunions légales, ou en violation d'une loi ou d'un règlement, est nulle. La nullité est prononcée par le préfet en conseil de préfecture. C'est là l'exercice de son pouvoir de contrôle, en sa qualité d'agent centralisé. Par la formule si large de l'article 63, le législateur prévoit toutes les violations possibles du droit objectif ; il les réprime logiquement par l'exercice du contrôle appartenant à l'autorité centralisée. Il n'y a point de place pour le recours contentieux. Ce recours est au contraire recevable contre l'arrêté du préfet, acte de contrôle, qui annule ou refuse d'annuler la délibération d'un conseil municipal. Ce recours est largement ouvert ; il appartient au conseil municipal lui-même et à toute partie intéressée ; il est un recours contentieux pour excès de pouvoir, quoique le législateur parle d'un pourvoi introduit et jugé dans la forme du recours pour excès de pouvoir. Ce que nous retenons,

c'est que le législateur (art. 63, 65 et 67) a nettement fait la distinction de la décision prise, d'office ou sur la demande des intéressés, par le préfet et déclarant ou refusant de déclarer en vertu de son pouvoir de contrôle la nullité d'une délibération du conseil municipal pour toute violation du droit objectif, et le recours contentieux dirigé, non point contre la délibération du conseil municipal, mais contre la décision du préfet qui déclare ou refuse de déclarer la nullité, ou qui, depuis la loi du 17 juillet 1900, garde le silence pendant quatre mois malgré une demande des intéressés. Il nous semble que M. Hauriou n'a pas aperçu cette distinction si nettement faite par la loi et si logique. Dominé par sa distinction de la délibération et de la décision, M. Hauriou voit dans les articles 65 et 67 une voie de nullité spéciale, dirigée contre la délibération du conseil municipal, gracieuse au premier degré et contentieuse au second; il en fait la comparaison avec le recours pour excès de pouvoir, qui serait dirigé contre la décision, et qui, en droit, serait toujours possible, qui, en fait, le serait rarement à cause de son caractère subsidiaire. Ce que notre collègue appelle une voie de nullité, plus large, plus énergique que le recours pour excès de pouvoir n'est point cela; elle est la mise en mouvement du pouvoir de contrôle; ce qu'il appelle une voie de nullité, contentieuse au second degré, dirigée contre la délibération du conseil municipal, n'existe point; c'est tout simplement un recours contentieux dirigé, le texte le dit formellement, non pas contre la délibération du conseil, mais contre la décision du préfet quelle qu'elle soit. Notre collègue nous paraît commettre une inexactitude en disant que le recours contentieux de l'article 67 est dirigé contre la délibération du conseil municipal[1]; il est formé et ne peut être formé que

[1] Hauriou, *Note*, S. 1901, III, p. 41.

contre la décision du préfet, soit qu'il ait annulé, soit qu'il ait refusé d'annuler la délibération.

Nous avons cru devoir consacrer ces quelques développements à notre législation, pour montrer que, bien comprise, elle cadre parfaitement avec la notion juridique de la décentralisation, à laquelle nous sommes arrivé théoriquement, et que nous résumons en cette proposition. Ce qui constitue le caractère commun des agents décentralisés et des agents fédéralisés et les distingue les uns et les autres des agents centralisés, c'est qu'ils sont institués à la suite d'un fait auquel ne participe ni directement ni indirectement la volonté des gouvernants, qu'ils ont une compétence locale, c'est-à-dire une compétence qui s'exerce sur une fraction déterminée du territoire soumis à la force supérieure des gouvernants, que dans l'exercice de cette compétence locale ils ne rentrent point dans la hiérarchie générale des agents, prenant sa source dans les gouvernants, et sont soumis à un contrôle, très variable dans son étendue et dans ses effets, mais lequel se caractérise toujours par ce fait que l'agent de contrôle peut approuver ou refuser d'approuver, suspendre, annuler ou refuser d'annuler une décision de l'agent contrôlé, mais ne peut jamais la provoquer ni la réformer. Tout agent auquel ne peut s'appliquer tout entière cette proposition n'est ni un agent décentralisé, ni un agent fédéralisé. Avec cette conception de la décentralisation et du fédéralisme disparaissent toutes les controverses sur la personnalité des collectivités, sur la conciliation de ces systèmes avec l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté. Mais deux observations restent à faire.

Le propre des fonctionnaires décentralisés et fédéralisés est d'être institués sans l'intervention directe ou indirecte des gouvernants ; cela n'implique pas qu'ils ne puissent pas être révoqués ou suspendus par les gou-

vernants ou leurs agents. Cette possibilité de révocation est une conséquence ou plutôt une sanction du pouvoir de contrôle, que nous avons reconnu aux gouvernants sur les agents décentralisés ou fédéralisés. On a montré que ce contrôle existe toujours, même à l'égard des agents les plus fortement fédéralisés. Ce contrôle reste toujours un simple contrôle, quand il n'entraîne pas le pouvoir de réformation. Ce contrôle peut être organisé de telle ou telle manière, plus ou moins fortement garanti ; il sera surtout actif lorsqu'il entraîne le pouvoir de révocation ; mais il reste toujours un contrôle, et le fonctionnaire qui y est soumis reste un agent fédéralisé ou décentralisé, s'il réunit d'ailleurs les autres conditions. On peut généraliser l'observation, et dire que les agents décentralisés et fédéralisés peuvent être placés sous la surveillance disciplinaire des agents centralisés, et tout ce qui a été dit sur la discipline s'applique à eux comme à tous les agents en général[1]. Dans les pays fédéraux ce droit de destituer ou de suspendre les agents locaux fédéralisés n'existe pas en général. Mais rien dans la nature de ce système ne nous paraît s'opposer à ce qu'il existe. Dans les pays décentralisés au contraire, ce droit de révocation est à peu près partout consacré. On sait qu'en France, les articles 35 et 36 de la loi du 10 août 1871 confèrent sous certaines conditions au chef du pouvoir exécutif le droit de prononcer la dissolution d'un conseil général. Le même droit lui appartient en ce qui concerne les conseils municipaux, en vertu de l'article 43 de la loi du 5 avril 1884, sans qu'il soit toutefois obligé d'en référer aux chambres, comme pour la dissolution d'un conseil général. L'article 86 de la même loi règle la suspension et la révocation des maires. Mais pour que la révocabilité

1. Voir *supra*, chap. IV, § 9.

des agents fédéralisés ou décentralisés ne leur fasse pas perdre ce caractère, il faut que l'institution des agents qui les remplacent soit encore complètement indépendante de l'intervention gouvernante. Dans le cas contraire, la décentralisation n'existerait que de nom, puisque les gouvernants pourraient toujours la faire cesser en révoquant les agents décentralisés. Nos lois françaises ont établi à cet égard de sages garanties, en fixant le délai dans lequel il doit être procédé à de nouvelles élections.

Enfin, une dernière observation. Le propre des agents fédéralisés et décentralisés est de ne pas être compris dans la hiérarchie qui procède des gouvernants ; mais rien ne s'oppose à ce qu'ils soient compris dans une hiérarchie locale d'agents décentralisés ou fédéralisés. La décision d'un de ces agents ne peut être réformée par un agent centralisé ; rien n'empêche qu'elle le soit par un agent non-centralisé. Ainsi le fédéralisme et la décentralisation nous apparaissent comme des systèmes complets d'organisation. A côté de la hiérarchie gouvernante, qui a les gouvernants pour point de départ et pour point d'arrivée, peut exister une hiérarchie locale fédéralisée ou décentralisée, qui a pour point de départ et pour point d'arrivée un organe non-centralisé, lequel par conséquent peut être soumis au contrôle central, mais point au pouvoir hiérarchique gouvernemental. Cette organisation apparaît surtout dans les Etats-membres des pays fédéraux, dans les grandes colonies autonomes de l'empire anglais. On voit là tout un système d'organes et d'agents locaux compris dans les liens d'une forte hiérarchie, complètement analogue à ceux qui unissent les agents centralisés. C'est même ce qui a fait dire souvent que dans ces collectivités existait véritablement une organisation étatique, comprenant tous les organes, tous les agents d'un Etat, constituée

avec la même structure que dans un Etat. Nous ne voyons aucun inconvénient à dire cela, si du moins on fait cette réserve essentielle que, dans une pareille structure hiérarchique, il manque ce qui fait véritablement un Etat, des gouvernants, c'est-à-dire ce groupe d'individus qui monopolisent la plus grande force.

Une hiérarchie décentralisée peut exister aussi dans les Etats unitaires. Le désir de l'établir en France avait inspiré les lois du 14 et du 22 décembre 1789. Il suffit de rappeler l'article 55 de la première de ces lois : « Les corps municipaux seront entièrement subordonnés aux administrations de département et de district, pour tout ce qui concernera les fonctions qu'ils auront à exercer par délégation de l'administration générale. » En 1871, la commission de décentralisation nommée par l'Assemblée nationale avait fait de ce système de hiérarchie locale la base même du projet qu'elle présentait, et il s'en fallut de peu qu'il ne passât dans notre loi provinciale[1]. Quelques traces en sont restées dans la loi du 10 août 1871. Nous ne parlons pas des droits qui appartiennent au conseil général d'intervenir dans la vie municipale, notamment, aux termes de l'article 42, en matière de centimes additionnels communaux[2], et aux termes de l'article 48 n° 4, en matière d'octrois. Il y a là un pouvoir de contrôle plutôt qu'un pouvoir hiérarchique. Mais ce pouvoir hiérarchique du conseil général apparaît certainement dans le droit qui lui appartient, d'après l'article 38, de « prononcer définitivement sur les demandes en réduction de contingent formées par les communes et préalablement soumises aux conseils compétents (conseils d'arrondissements). » Le même pouvoir hiérarchique de réformation appartient au conseil général à l'égard de sa

1. Voir *Annales de l'Assemblée nationale* de 1871, t. III, annexes, p. 398
2. Rap. loi du 5 avril 1884, art. 141, modifié par la loi du 7 avril 1902

commission départementale. C'est l'exemple le plus notable de hiérarchie locale existant dans notre système administratif. Ce pouvoir hiérarchique du conseil général est consacré par l'article 88 de la loi du 10 août 1871. D'après ce texte, il est vrai, il ne s'applique pas à toutes les attributions de la commission départementale, mais seulement à celles qu'elle exerce en application des articles 86 et 87, et qui appartenaient avant 1871 au préfet. Celui-ci était un agent hiérarchisé ; la commission départementale, qui le remplace, sera naturellement elle aussi hiérarchisée; mais organe local et décentralisé, elle sera soumise à un pouvoir hiérarchique local et aussi décentralisé. C'est aussi parce que la commission départementale est, dans ces attributions, substituée en quelque sorte au préfet, que l'article 88 § 2 autorise l'intéressé à former un recours pour excès de pouvoir ou pour violation de la loi, recours contentieux qui sera porté devant le conseil d'Etat.

Pour les attributions que la commission départementale exerce par application des articles 86 et 87, le législateur a organisé d'une manière particulière le pouvoir hiérarchique décentralisé auquel se trouve soumise la commission départementale. Mais on peut dire que d'une manière générale, la commission départementale est soumise véritablement à un pouvoir hiérarchique appartenant au conseil général. Qu'on lise, en effet, l'article 85 de la loi du 10 août 1871, et l'on verra que, au cas de désaccord ou de conflit avec le préfet, et lorsque la commission départementale a excédé ses attributions, la question est soumise au conseil général dans les conditions déterminées par l'article ; le conseil général, est-il dit, prend la décision, ce qui implique le pouvoir de réformer la décision prise par la commission départementale. Il y a là

une hiérarchie locale, existant entre agents décentralisés; les agents centralisés n'y participent point et cela vient confirmer notre conception juridique de la décentralisation.

## VII

Les caractères que nous venons de déterminer sont ceux à la fois des agents décentralisés et des agents fédéralisés. S'ils sont exacts, il distinguent les agents non-centralisés des agents centralisés, mais non les deux espèces d'agents non-centralisés. Cependant, il existe incontestablement une différence de fait, qui doit se traduire dans le droit, entre la décentralisation et le fédéralisme. Si la terminologie politique est parfois flottante et vague, cependant la distinction entre la décentralisation et le fédéralisme est trop souvent affirmée et correspond trop exactement à la conscience des hommes modernes pour qu'elle ne soit pas une réalité. Cette distinction, il ne faut pas la chercher dans les caractères différents en droit qui appartiendraient aux groupes locaux. Il faut la chercher encore dans la situation différente qui est faite aux gouvernants dans le système fédéral et dans le système décentralisateur. Cette marque distinctive, il nous paraît aisé de la déterminer très nettement, sans se heurter à ces prétendus principes de personnalité collective et de souveraineté. Elle est essentiellement juridique, puisque nous espérons le montrer, elle consiste dans une obligation juridique, qui s'impose aux gouvernants dans un cas et qui ne s'impose point dans l'autre cas. La différence que nous cherchons ne touche pas à la compétence plus ou moins étendue,

qui peut appartenir aux agents fédéralisés ou décentralisés. Elle ne tient pas davantage à un cercle de fonctions qui pourraient appartenir aux agents fédéralisés et qui n'appartiendraient jamais aux agents décentralisés, de telle sorte que s'ils acquéraient ces fonctions, le fédéralisme remplacerait par là même la décentralisation. Cette idée cependant est très communément répandue; elle est exprimée par de bons auteurs. « Ce qui constitue l'unité de l'Etat, dit notamment M. Hauriou, c'est l'unité de la loi et du souverain en tant qu'il fait la loi; ce qui constitue le fédéralisme, c'est la diversité des lois et l'existence de plusieurs souverainetés secondaires au-dessous d'une souveraineté commune restreinte à un nombre déterminé d'objets [1]. » On a déjà montré combien cette distinction est artificielle.

On exprime encore la même idée en disant : il y a des lois d'un Etat-membre en ce sens que les lois, faites par les organes locaux, sont non seulement censées exprimer la volonté de la collectivité locale, mais prennent leur force obligatoire dans l'*imperium* dont elle est titulaire; il n'y a pas de lois d'une collectivité décentralisée; car, si une loi est censée exprimer la la volonté de celle-ci, elle prend sa force obligatoire dans un *imperium* dont le seul titulaire est l'Etat unitaire. On a réfuté par avance cette proposition. Ajoutons que la formule rapportée contredit absolument notre notion de la loi positive et de son caractère impératif [2]. On peut parler de lois de l'Etat central et de l'Etat-membre, de lois des collectivités locales quand on admet que le caractère impératif d'une loi dérive du caractère spécial de volonté supérieure, attribué à la volonté qui la formule. Mais cette idée

1. *Répertoire* de Béquet, article *Décentralisation*, n° 19.
2. Voir *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1900, chap. VII, § 1.

est fausse. La loi positive est toujours formulée par une volonté individuelle, qui ne peut être supérieure, par nature, aux autres volontés individuelles. La loi positive tire sa force obligatoire, non point de la qualité inhérente à celui qui la formule, mais de ce fait qu'elle constate une règle de droit obligatoire par elle-même ou qu'elle organise des mesures destinées à assurer le respect d'une règle de droit obligatoire. Cela rappelé, on ne peut pas dire que telle loi est loi de l'Etat central, de l'Etat-membre, de la collectivité locale, parce que cela impliquerait qu'elle tire sa force impérative du caractère inhérent à ces prétendues volontés collectives. La loi faite par un pouvoir central, un parlement local, ou un organe décentralisé, est loi obligatoire, quand elle constate une règle de droit ou prend des mesures pour en assurer le respect. De la loi faite par un organe fédéralisé, on ne peut pas dire qu'elle est la loi de l'Etat-membre, parce qu'elle ne prend point sa force dans la volonté de cet Etat-membre, pas plus d'ailleurs que dans la volonté de l'Etat central, ni l'une ni l'autre n'existant. On ne peut pas dire davantage que le règlement, fait par un organe décentralisé, n'est pas la loi de la collectivité locale et prend sa force dans une concession ou une délégation donnée par l'Etat central, parce que ni lui ni ses gouvernants ne peuvent concéder ou déléguer une puissance qui ne leur appartient point.

En quoi consiste donc la différence juridique qui existe certainement entre le fédéralisme et la décentralisation? En une obligation spéciale qui s'impose aux gouvernants au cas de fédéralisme et qui ne s'impose point à eux au cas de simple décentralisation. Expliquons-nous. On a essayé de démontrer ailleurs[1] que les

1. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, particulièrement, chap. v.

gouvernants étaient des individus, soumis comme tous les autres à la règle de droit, et que toute manifestation de volonté, exprimée par eux avec l'intention de s'obliger, dans le domaine du droit, créait, en dehors de tout contrat, une obligation juridique, dont l'objet, la portée et la durée se trouvaient déterminés par le but même qu'ils poursuivaient en exprimant cette volonté. Cela se rattache à notre conception de l'acte juridique et de la puissance créatrice de la volonté unilatérale dans le domaine du droit. Cela rappelé, si les gouvernants font une loi d'organisation locale, décidant que certains fonctionnaires locaux seront élus, qu'ils auront une certaine compétence plus ou moins étendue, qu'ils échapperont au pouvoir hiérarchique gouvernemental, mais si en même temps les gouvernants, qui font cette loi, n'ont pas l'intention de s'obliger juridiquement à maintenir dans son principe cette organisation locale, il y a simplement décentralisation. Les gouvernants pourront modifier ou supprimer quand bon leur semblera ce système d'organisation locale ; en faisant cela, ils ne violeront aucune obligation ; ils ne feront point d'acte arbitraire et dictatorial. Nous ne voulons pas dire, bien entendu, qu'une autonomie décentralisatrice étant créée par une loi, les gouvernants ne sont pas liés par cette loi tant qu'elle existe et puissent par un acte individuel ou par une disposition générale, même sans forme législative, supprimer cette autonomie. Il est évident que si elle a été créée par une loi formelle, elle ne peut être supprimée que par une loi formelle, à moins que la loi elle-même n'ait autorisé une suppression ou une suspension faite sans forme de loi. Mais cette obligation ne constitue pas une obligation matérielle pour les gouvernants. Il en serait ainsi même au cas où l'autonomie locale aurait été créée par une loi constitutionnelle ; l'autonomie ne pourrait être alors supprimée

ou modifiée qu'en la forme d'une loi constitutionnelle. Mais les gouvernants ne sont point liés par l'obligation matérielle de respecter cette autonomie ; ils peuvent la modifier ou la supprimer à leur gré ; il faut seulement que la suppression ou la diminution aient lieu en la même forme que la création. Les gouvernants sont toujours liés par une obligation juridiquement prise ; ils ne peuvent s'y soustraire ni par une loi ordinaire, ni par une loi constitutionnelle ; et si, par suite, les gouvernants d'un pays décentralisé peuvent toujours supprimer, modifier l'autonomie locale par une loi ordinaire ou une loi constitutionnelle, c'est qu'ils ne sont pas juridiquement obligés de respecter cette autonomie.

Il en est autrement de l'autonomie fédérale. L'obligation juridique s'impose aux gouvernants de la respecter ; et, liés par cette obligation juridique, ils ne peuvent la supprimer, ni par une loi ordinaire, ni même par une loi constitutionnelle. Et voilà véritablement le caractère propre du fédéralisme.

Ainsi il y a fédéralisme, quand les gouvernants ont pris l'obligation juridique de maintenir sur une certaine circonscription territoriale une certaine compétence à des agents décentralisés. Il n'y a fédéralisme que s'il y a décentralisation ; mais il faut de plus l'obligation juridique pour les gouvernants de respecter cette décentralisation. Non seulement cette obligation leur interdit de supprimer la décentralisation par un acte individuel, mais encore par un acte législatif ou même constitutionnel. Sans doute les gouvernants, étant les plus forts par définition même, peuvent toujours supprimer l'autonomie et attirer à eux tout le pouvoir. Mais, s'ils le font, ils violent l'obligation qu'ils ont prise ; ils font un coup d'Etat, qui peut-être s'explique, qui peut-être même en fait se justifie, mais qui n'en est pas moins un coup d'Etat, parce qu'il est la violation d'une obli-

gation juridiquement prise, et place les gouvernants, agissant par la force, en dehors du droit. Il arrive toujours un moment où le droit s'arrête devant la force. L'acte, par lequel le pouvoir central supprimerait l'autonomie d'un territoire fédéralisé, serait un acte de force et jamais un acte de droit, en quelque forme que cette suppression ait lieu, parce que cet acte serait la violation d'une obligation juridique. Nous touchons ainsi du doigt la différence entre la décentralisation simple et le fédéralisme. Les gouvernants peuvent toujours juridiquement supprimer la décentralisation par un acte fait en la forme dans laquelle ils l'ont établie ou reconnue, parce que par cet acte d'établissement ou de reconnaissance, il n'ont pris aucun engagement de la maintenir. Un système fédéral ayant été établi ou reconnu, les gouvernants ne peuvent juridiquement le supprimer, parce qu'en l'établissant ou en le reconnaissant ils ont pris l'obligation juridique de le maintenir, et que, non plus qu'un simple particulier, ils ne peuvent se soustraire à une obligation qui les lie juridiquement ; ils ne peuvent s'y soustraire, ni par un acte législatif, ni par un acte individuel.

Nous ne disons point que cette obligation, qui lie les gouvernants d'un pays fédéral, résulte d'un contrat. Cela, en effet, nous conduirait à dire que tout système fédéral résulte d'un contrat, ce qui serait tout à fait inexact. Les auteurs allemands ont raison de dire que la fédération se distingue de la confédération en ce que la constitution fédérale est un acte unilatéral; ils ajoutent un acte émanant de la puissance souveraine et commandante appartenant à l'Etat central. Peut-être cette proposition est-elle trop absolue, comme aussi l'affirmation contraire que toute confédération résulte d'un contrat. D'un côté, il est impossible de contester qu'il y ait eu une cer-

taine part d'entente contractuelle dans l'établissement de la constitution fédérale américaine en 1787, de la constitution suisse en 1848 et de la constitution allemande en 1871. Ces trois types d'Etats fédéraux se rattachent à des confédérations antérieures, fondées sur un contrat, ou du moins sur une *Vereinbarung*, en tout cas sur un concours de volontés; et ce concours de volontés poursuivant un même but ne disparaît pas complètement au moment où la confédération se transforme en fédération. C'est une fiction de dire absolument et sans réserve que toute constitution fédérale est un acte unitatéral de la souveraineté centrale. Au moins dans les Etats fédéraux, dérivés d'une confédération antérieure, il y a un élément contractuel qui ne saurait être négligé. A l'inverse, quand un pays unitaire est ensuite organisé en la forme fédérale, il est incontestable que dans cette transformation, il n'y a aucun élément contractuel. Lorsque le Brésil, en 1891, a été organisé en la forme fédérale, on ne peut dire à aucun point de vue qu'un contrat soit intervenu. Si les colonies anglaises autonomes doivent être considérées comme des collectivités fédérées, on ne peut dire davantage que ce soit à la suite d'un acte contractuel. La question de savoir si un système fédéral repose sur un contrat ou un acte unilatéral n'est donc pas susceptible d'une solution théorique, générale et absolue; c'est une question de fait qu'on ne peut résoudre que d'après les circonstances historiques, au milieu desquelles s'est formé le système fédéral considéré. Mais cela importe fort peu pour notre thèse. Toute manifestation de volonté faite dans le but de s'obliger lie juridiquement celui duquel elle émane, qu'il y ait contrat, qu'il n'y ait pas contrat et seulement un acte unilatéral. Ç'a été l'idée fondamentale que nous

nous sommes attachés à établir dans un précédent volume, que la volonté unilatérale oblige toujours celui qui veut s'obliger, les gouvernants comme les particuliers. Nous ne disons pas : les gouvernants sont obligés de maintenir l'autonomie fédérale parce qu'ils sont liés par le contrat qui l'a créée; nous disons : les gouvernants sont obligés juridiquement de maintenir le fédéralisme, parce qu'ils sont liés par une obligation tantôt unilatérale, tantôt contractuelle. Et comme, même dans le contrat, c'est la volonté unilatérale qui finalement est vraiment la cause efficiente de l'obligation, on peut dire que la question de savoir s'il y a fédéralisme ou simple décentralisation se ramène toujours uniquement à celle de savoir s'il y a eu, de la part des gouvernants, obligation prise volontairement de maintenir sur une circonscription territoriale déterminée la compétence d'agents non centralisés.

Une objection peut venir à l'esprit. Toute obligation juridique, pourrait-on dire, est un rapport de droit qui implique deux termes; ou, sous une autre forme, toute obligation implique un droit correspondant, et par conséquent deux sujets, un sujet passif grevé de l'obligation, un sujet actif titulaire du droit; or, en affirmant que le fédéralisme repose sur une obligation prise par les gouvernants de maintenir l'autonomie d'une circonscription locale, on détermine bien le sujet passif de cette obligation, les gouvernants, mais le sujet actif du rapport de droit ne peut être que la collectivité fédéralisée; les gouvernants sont grevés de l'obligation de maintenir l'autonomie; les collectivités locales sont titulaires du droit à l'autonomie; voilà les conséquences nécessaires de la doctrine développée ici; or, cela n'est-il pas en contradiction avec ce qui a été affirmé précédemment à maintes reprises, à savoir que les collectivités en général, et les collectivités locales en parti-

culier n'ont point de personnalité juridique et ne peuvent être titulaires de droits en général, et particulièrement du droit à l'autonomie? Si l'objection était vraie nous commettrions assurément une contradiction flagrante. Mais qu'on veuille bien se référer à notre théorie générale de l'acte juridique[1]; on y verra, nous le croyons du moins, combien est artificielle cette doctrine, qui veut ramener toute situation de droit à un rapport entre deux sujets de droit. Les notions de rapport et de sujet de droit sont des notions beaucoup trop étroites, qui parfois répondent, il est vrai, à la réalité, mais qui bien souvent aussi lui sont tout à fait contraires. Pour qu'il se forme une situation de droit, il faut qu'il y ait eu une manifestation de volonté, se produisant dans le domaine du droit et avec l'intention de créer une situation de droit; cette situation est créée, si l'acte de volonté a été déterminé par un but conforme au droit objectif fondé sur la solidarité sociale. Pour qu'il y ait une situation de droit, cela est nécessaire, mais cela suffit. Qu'on ne recherche donc pas quels sont les sujets de droit, le sujet actif ou passif. Cette recherche est vaine. Si l'on fait au fédéralisme l'application de ces idées, l'objection précédente s'évanouit. Il n'y a point à rechercher quel est le titulaire du droit à l'autonomie, pas plus que le sujet passif de l'obligation de respecter cette autonomie. Le tout est seulement de savoir si en fait s'est produite une manifestation de volonté, émanant des gouvernants et ayant pour but de créer à titre obligatoire pour eux cette situation, d'après laquelle dans des circonscriptions territoriales il existera des agents non centralisés. Qu'une manifestation volontaire de cette nature se produise dans le domaine du droit, qu'elle soit déterminée par un but de solida-

1. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, particulièrement, chap. III, §§ 3 et 4

rité sociale, telle qu'elle est conçue dans le pays au moment où elle intervient, qu'elle soit faite dans un but permanent et qu'elle doive être permanente comme le but qui la détermine, ce sont choses incontestables. Par conséquent, notre formule précédente s'applique tout entière : cette volonté des gouvernants a créé une situation de droit, une situation dont la portée et la durée sont tracées par le but qui l'a déterminée ; cette situation s'impose au respect de tous, en première ligne au respect des gouvernants. Ceux-ci sont obligés par leur volonté, parce que leur volonté s'est manifestée dans le domaine du droit, et la situation qui en est résultée ne peut être modifiée par eux, quelle que soit la forme en laquelle ils voudraient intervenir, pas plus par un acte particulier que par une loi générale constitutionnelle ou non.

La différence juridique entre la simple décentralisation et le fédéralisme nous paraît ainsi bien nette. Il y a fédéralisme, s'il y a eu de la part des gouvernants intention de créer une situation permanente, une autonomie, qui s'impose au respect des gouvernants, parce qu'en la créant ou en la reconnaissant ils ont voulu faire naître une situation juridique s'imposant au respect de tous. Dans le cas contraire, il y a simple décentralisation, qui sans doute ne pourra être modifiée que dans la forme en laquelle elle a été établie ou reconnue, par une loi formelle si elle a été établie par une loi formelle. Mais le gouvernement, qui modifie ou supprime une situation de décentralisation, ne viole aucune situation juridique s'imposant à lui, parce qu'il n'y a point eu de sa part, à un moment quelconque, intention de créer une situation de droit obligatoire. Qu'on ne dise pas que notre théorie se ramène à celles, qui caractérisent la situation des collectivités fédéralisées en disant qu'elles sont titulaires d'un droit originaire de puissance ou qu'elles sont parties composantes de l'Etat

fédéral. Nous sommes bien loin de pareilles conceptions qui toutes reposent sur la personnalité des Etats-membres. Nous nions, au contraire, énergiquement cette personnalité.

Toute la question de savoir si les fonctionnaires non centralisés, qui exercent une certaine compétence législative, juridictionnelle ou administrative sur le territoire d'une circonscription locale, sont des agents décentralisés ou fédéralisés, si, pour nous servir de la terminologie consacrée, telle circonscription locale autonome est une circonscription décentralisée d'un Etat unitaire ou un Etat-membre d'un Etat fédéral, toute la question se ramène ainsi à un point de fait : au moment où cette autonomie a été organisée, y a t-il eu ou non de la part des gouvernants intention de créer une situation juridiquement obligatoire pour eux? La réponse sera souvent délicate. Mais par une observation sérieuse des faits, il n'est point impossible d'arriver à une solution. Nous ne disons point que la différence entre la décentralisation et le fédéralisme soit simplement de fait; au contraire, elle est bien une distinction juridique; mais la situation juridique comme toujours résulte d'une manifestation de volonté, d'une intention de créer un effet de droit, et il faut bien rechercher si en fait cette intention a existé.

Pour certains pays la solution ne peut pas faire doute. Aux Etats-Unis par exemple, la constitution de 1787 contient divers articles qui impliquent nettement l'obligation prise par le peuple des Etats-Unis, c'est-à-dire la puissance gouvernante, de respecter l'autonomie des Etats. Il suffit de citer l'article IV, section 4 : « Les Etats-Unis garantiront à chaque Etat de l'Union une forme républicaine de gouvernement. » A défaut de texte, les circonstances, dans lesquelles a été faite la constitution américaine, démontrent d'une manière

péremptoire l'obligation prise volontairement par le peuple américain, auteur de la constitution et détenteur de la puissance gouvernante, de respecter l'autonomie des Etats et par conséquent de maintenir dans chacun d'eux une organisation décentralisée. On en dira autant de la constitution suisse. L'article 3 de la constitution revisée en 1874 porte : « 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. » Cet article s'interprète tout naturellement en ce sens que le respect de l'autonomie des cantons s'impose au gouvernement central, en vertu d'une obligation prise au moment du vote de la constitution.

D'ailleurs, nous ne prétendons pas que pour qu'il y ait fédéralisme, il faille que les gouvernants prennent l'obligation de respecter l'autonomie locale avec l'étendue qui lui est reconnue au moment où la constitution est faite. L'obligation prise peut aller jusque-là ; mais bien souvent aussi elle consiste seulement dans la promesse de ne pas supprimer complètement l'autonomie, le pouvoir gouvernant restant libre de restreindre, en procédant dans la forme déterminée par la constitution, l'étendue de cette autonomie. En fait même, c'est à cela que se borne habituellement l'obligation prise par les gouvernants. En Amérique et en Suisse le pouvoir constituant peut certainement légalement et régulièrement restreindre la sphère d'activité appartenant aux organes locaux. Mais nous disons que si les gouvernants pouvaient légalement supprimer complètement cette autonomie, faire disparaître tout fonctionnaire décentralisé, on n'aurait plus un Etat fédéral. Assurément le plus souvent en fait il le pourrait ; mais le fait laisse le droit intact, et si cette suppression

avait lieu, ce serait un coup d'Etat, une révolution; ce ne serait plus l'exercice régulier et normal de la puissance législative.

En Allemagne, cette obligation de respecter l'autonomie des Etats s'impose certainement à la puissance d'empire. Laband s'en explique au reste très nettement : « La limite fixée par la constitution entre la sphère des pouvoirs de l'empire et la sphère des pouvoirs de l'Etat, l'empire peut la transformer à l'aide d'une modification de la constitution par un acte unilatéral. » Ce pouvoir résulte d'ailleurs de l'article 78, section 1 de la constitution, qui donne à l'empire le pouvoir de changer à son gré les limites de l'autonomie des Etats. Mais Laband ajoute : « De la nature de l'Etat fédéral résulte cependant en un autre sens une garantie de l'existence des Etats particuliers. » C'est dans des termes différents la même idée que la nôtre. Laband raisonne ainsi : « Il faut regarder comme absolument inadmissible qu'on puisse par une loi d'empire enlever à des Etats particuliers, sans leur consentement, des droits qui resteraient acquis à d'autres Etats. Il suit de là qu'il est à plus forte raison impossible de supprimer tout à fait des Etats particuliers, sans leur consentement, par exemple de les incorporer à d'autres ou de les déclarer territoire de l'empire[1]. » Laband parle de droits appartenant aux Etats-membres; nous n'admettons pas ces droits, parce que nous nions la personnalité des collectivités; et nous voyons seulement une obligation, prise par les gouvernants, de respecter la situation juridique créée par leur volonté. Mais sur le point qui nous occupe, nous arrivons aux mêmes conséquences que Laband. Comme lui nous disons : il ne s'agit point de savoir si, dans un avenir plus ou moins lointain, la puissance

1. Laband, *Staatsrecht*, t. I, p. 115 et 116; édit. franç., 1900, t. I, p. 175 et p. 205. — Cf. Hænel, *Staatsrecht*, t. I, p. 776 et p. 799.

d'empire absorbera l'autonomie des Etats; en droit actuel, il y a une situation juridique qui s'impose à la puissance d'empire. Laband y voit un droit de l'Etat-membre, nous y voyons une obligation juridique prise par les détenteurs de la puissance d'empire. Nous estimons que notre conception seule évite des contradictions et des difficultés juridiques inextricables; mais il est évident que sur ce point notre conclusion est la même.

C'est encore toujours en fait et par l'observation que doit être résolue la question souvent discutée de savoir si les colonies autonomes d'un Etat unitaire, par exemple les grandes colonies anglaises déclarées autonomes comme le Canada, la République australienne, doivent être considérées en droit comme des régions décentralisées ou fédéralisées. Il faut examiner ce qui s'est passé en fait au moment où a été organisée cette autonomie. Si le gouvernement anglais a pris l'obligation de respecter l'existence de cette autonomie, cette obligation le lie juridiquement; il est en droit dans l'impossibilité de violer l'obligation prise ; s'il la viole, il fait un coup d'Etat; il se place en dehors du droit. Quand une obligation de ce genre a été prise, la colonie est véritablement fédéralisée. Au cas contraire, elle est une province simplement décentralisée. La distinction ne tient pas à l'étendue des pouvoirs reconnus aux agents locaux, mais seulement à ce fait : le gouvernement anglais a-t-il ou non voulu s'obliger à reconnaître et à maintenir cette autonomie? Il n'est pas possible d'entreprendre ici cette étude détaillée. On fera seulement observer qu'il paraît bien résulter des circonstances dans lesquelles fut votée par le parlement l'acte du 29 mars 1867 que l'Angleterre n'entendait point prendre l'obligation juridique de respecter l'autonomie canadienne, et ne voyait, dans l'organisation créée, qu'une sorte de concession précaire révocable à volonté. En disant cela,

nous faisons au reste abstraction de la conception anglaise, d'après laquelle le parlement n'est jamais lié par le droit[1]. Nous ne croyons pas non plus que la reconnaissance, en 1900, par le parlement anglais de la *Commonwealth* australienne, implique la reconnaissance d'une obligation pour la puissance anglaise de respecter cette autonomie. Le discours du trône du 29 janvier 1900 ne paraît y voir qu'une concession volontaire et toujours révocable faite par la puissance britannique. Ce n'est sûrement pas à une époque où paraissent triompher au-delà du détroit les idées impérialistes qu'on peut croire que le gouvernement anglais ait eu à un moment quelconque la pensée de se reconnaître comme juridiquement obligé par l'acceptation de la fédération australienne. Au surplus, nul ne sait ce que réserve l'avenir; les prétentions impérialistes des gouvernants anglais n'empêcheront peut-être pas que dans un avenir plus ou moins lointain la République australienne ne s'affranchisse entièrement de la puissance britannique[2].

D'une manière générale toute question relative au vrai caractère et à la situation juridique de tout territoire régi par des agents non centralisés doit être résolue par l'examen de ce fait : les gouvernants ont-ils eu l'intention de s'obliger à maintenir sur ce territoire l'existence et la compétence d'agents non centralisés? Si oui, ils ne peuvent pas supprimer cette autonomie; sinon, ils le peuvent. C'est par là seulement qu'on peut, par exemple, déterminer la situation juridique de la Finlande à l'égard du gouvernement impérial russe. La plupart des auteurs, qui ont écrit sur cette

1. Cf. Gray, *History of the confederation of Canada;* — Watson, *Constitutional history of Canada;* — *Revue du droit public*, 1899, t. II, p. 512

2. Cf. Harrison Moore, *Revue du droit public*, 1899, t. I, p. 299 et t. II, p. 476. — Voir *la Constitution fédérale australienne*, texte et commentaire, *Revue politique et parlementaire*, 1901, t. II, p. 353.

question, dans des articles au reste très savants et très intéressants, ont recherché si la Finlande avait ou non le caractère d'un Etat, partant de cette idée que si la Finlande était un Etat, le gouvernement russe ne pouvait pas supprimer ou modifier son organisation et ses prérogatives. Aucun de ces auteurs n'est arrivé à une démonstration bien convaincante. Il est, en effet, bien difficile de démontrer que la Finlande est ou n'est pas un Etat, puisqu'on ne s'entend pas encore sur les caractères essentiels à tout Etat. Pour nous, le tout est de savoir si l'empereur de Russie a entendu prendre l'obligation, en 1809, de maintenir sur le sol finlandais la compétence des organes locaux et certaines prérogatives aux habitants de ce territoire. Si cette obligation a été prise par l'empereur, elle le lie, parce qu'une obligation juridique lie les empereurs comme les simples particuliers. Or, il paraît bien démontré que l'empereur Alexandre Ier, au moment de l'annexion de la Finlande, a volontairement et consciemment pris cette obligation. Qu'importe que la Finlande soit appelée province ou Etat; c'est là une simple question de nom. Qu'on n'objecte pas que la Russie ne peut pas être liée par une convention avec la Finlande, puisque celle-ci n'a d'existence que par la volonté de la Russie. Peu importe l'existence ou la non-existence de la Finlande comme personne juridique. L'empereur a-t-il, oui ou non, promis de respecter l'autonomie finlandaise? Toute la question est là[1].

On conclut donc qu'il y a décentralisation au sens général du mot, lorsque, dans une circonscription territoriale, il y a des agents dont la compétence législative, judiciaire ou administrative s'étend sur cette

1. Cf. Despagnet, *la Question finlandaise*, 1901. — Michoud et Lapradelle, *la Question finlandaise*, 1901, et la bibliographie très complète donnée par ces auteurs.

circonscription, des agents institués sans participation directe ou indirecte des gouvernants, et placés en dehors de la hiérarchie gouvernementale, pouvant être soumis au contrôle plus ou moins étendu exercé par les gouvernants ou leurs agents. Cette décentralisation devient du fédéralisme si, outre ces différents caractères, il y a eu en fait obligation juridiquement prise par les gouvernants de maintenir cette autonomie, c'est-à-dire de maintenir dans une circonscription donnée la compétence ou du moins l'existence d'agents décentralisés. Il y a une obligation juridique pour les gouvernants ; voilà où est le caractère juridique du système fédéral ; il n'y a point à démontrer l'existence d'un droit correspondant pour les collectivités locales qui n'étant pas des personnes ne peuvent avoir des droits. Ainsi deviennent sans objet les controverses sans fin des juristes.

Bordeaux, 25 février 1902.

# TABLE DES MATIÈRES

## INTRODUCTION


Pages.

I. — Facteurs essentiels de l'évolution politique..... 2
II. — Le mandat de droit public. Droit romain et ancien droit français..... 6
III. — Le mandat de droit public. Droit français moderne.. 15
IV. — Théorie juridique de l'organe..... 25
V. — Son application à l'Etat. Divers organes de l'Etat. 38
VI. — Caractère artificiel de ces théories..... 47


## CHAPITRE I

### La Nation.


I. — La nation conçue comme personne juridique... 57
II. — La nation personne souveraine. Critique de cette construction juridique..... ... 62
III. — La nation organe de l'Etat..... 71
IV. — Critique de cette doctrine..... 75
V. — La volonté individuelle des membres de la nation. La question de l'électorat..... 80
VI. — Nature juridique de l'électorat dans la doctrine de la nation-personne. Théorie de Rousseau... 83
VII. — Nature juridique de l'électorat dans le droit positif français..... 88
VIII. — Nature juridique de l'électorat dans le droit positif français (*suite*)..... 102
IX. — Nature juridique de l'électorat dans la doctrine de la nation-organe..... 108

Pages

X. — La vraie nature de l'électorat..... 118
XI. — Conciliation de cette notion avec le droit positif français..... 129

## CHAPITRE II

### Les Parlements.

I. — Les assemblées politiques et la volonté individuelle de leurs membres..... 139
II. — Les parlements non élus..... 151
III. — Les parlements élus. Doctrine du mandat impératif..... 161
IV. — Les parlements élus. Doctrine française du mandat représentatif..... 172
V. — Conséquences et critique de cette doctrine..... 182
VI. — Les parlements élus. Doctrine du parlement-organe..... 198
VII. — Conséquences et critique de cette doctrine..... 207
VIII. — La vraie notion de représentation politique..... 215
IX. — Applications et conséquences..... 227

## CHAPITRE III

### Les Chefs d'Etat.

I. — La monarchie absolue..... 237
II. — L'hérédité monarchique..... 248
III. — La monarchie limitée. Critique de la doctrine française et de la doctrine allemande..... 257
IV. — Vraie conception de la monarchie limitée..... 270
V. — La séparation des pouvoirs et le pouvoir réglementaire dans la monarchie limitée..... 281
VI. — La monarchie parlementaire..... 305
VII. — Les présidents de république..... 316
VIII. — Le président de la république d'après les lois constitutionnelles de 1875..... 324
IX. — Son pouvoir réglementaire..... 330
X. — Le président de la république américaine..... 347

## CHAPITRE IV

### Les Agents des Gouvernants.

Pages.

I. Distinction des gouvernants et des agents..... 362
II. — Distinction analogue des organes directs et des organes indirects, des représentants et des non-représentants..... 378
III. — Institution des agents..... 385
IV. — Institution par acte unilatéral et institution par contrat..... 397
V. — La vraie solution du problème..... 405
VI. — Distinction des agents fonctionnaires et des agents non-fonctionnaires..... 413
VII. — Relations des agents avec les gouvernants..... 421
VIII. — Indépendance des agents à l'égard des gouvernants. 439
IX. — La surveillance des agents. La discipline..... 457
X. — La hiérarchie des agents ..... ..... 474

## CHAPITRE V

### La Situation juridique des Agents.

I. — La compétence en général..... 493
II. — La nature de la compétence dans le droit positif français..... 502
III. — Sanction des lois de compétence. — Compétence judiciaire ..... 520
IV. — Compétence administrative. — Le recours pour excès de pouvoir..... 532
V. — Le détournement de pouvoir..... 541
VI. — Les profits de la fonction : traitement, pension de retraite, avancement..... 550
VII. — Révocation des agents..... 573
VIII. — L'inamovibilité : les magistrats, les professeurs, les officiers, les officiers ministériels..... 584
IX. — Les devoirs des agents..... 604
X. — Les devoirs des agents (*suite*). — Ordre du chef de service..... 615
XI. — Responsabilité des agents..... 634

## CHAPITRE VI

### Les Agents décentralisés.

Pages.

I. — La décentralisation proprement dite est inconciliable avec le postulat de la personnalité souveraine une et indivisible de l'Etat..... 658

II. — Le fédéralisme est la négation de la personnalité souveraine une et indivisible de l'Etat..... 673

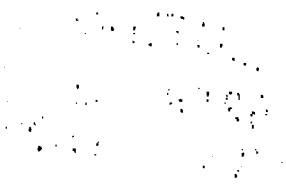
III. — Caractère élémentaire de tous les agents non-centralisés..... 689

IV. — Les agents non-centralisés n'exercent pas les prétendus droits de puissance des collectivités locales. — Examen de la législation française.. 698

V. — Les agents non-centralisés sont soumis au contrôle des gouvernants et de leurs agents et non à un pouvoir hiérarchique. — Différence du contrôle et de la hiérarchie..... 719

VI. — Le contrôle des agents décentralisés dans le droit français..... 735

VII. — Véritable différence entre la décentralisation simple et le fédéralisme..... ..... 754

BIBLIOTHÈQUE GRENOBLE UNIVERSITAIRE

TOURS, IMPRIMERIE DESLIS FRÈRES, RUE GAMBETTA, 6.