

L'ESPRIT ET LA DESTINÉE
DE LA
CONSTITUTION FÉDÉRALE
DE 1848

par

MARCEL BRIDEL

Professeur à la Faculté de droit
et à l'Ecole des sciences sociales et politiques

totale et de nombreuses révisions partielles ; mais dans l'ensemble, et tout au moins dans ses traits extérieurs, le régime politique instauré il y a cent ans est encore le nôtre, et les principes adoptés alors ont été conservés pour la plupart, souvent dans des termes identiques. Et cependant ce pays et ce peuple sont très différents de ce qu'ils étaient au milieu du siècle dernier.

Le moment est donc arrivé de faire un bilan, de voir ce qu'est devenue l'œuvre de 1848. Jusqu'à quel point s'est-elle maintenue ou naturellement développée ? Jusqu'à quel point lui sommes-nous demeurés fidèles ? Jusqu'à quel point au contraire, l'avons-nous modifiée, voire déformée ou faussée ?

Et d'autre part, qu'est-ce que cette constitution a apporté au pays ? Qu'a-t-elle créé ? Qu'a-t-elle sauvegardé ? Qu'a-t-elle prévenu ? Qu'a-t-elle empêché ?

Enfin, ces questions une fois résolues, il restera à porter sur tout cela un jugement de valeur et à risquer quelques vues perspectives.

Voilà pourquoi le sujet de notre conférence de ce soir, c'est non seulement l'esprit, mais encore la destinée de la Constitution fédérale de 1848 et de la Constitution de 1874, qui n'est qu'une deuxième édition de la première¹.

II

Caractérisons pour commencer l'esprit de cette constitution.

Comme M. Biaudet l'a lumineusement démontré dans sa conférence de lundi dernier, le parti radical qui a triomphé en 1847 et 1848 était, à des doses diverses, libéral, démocrate, égalitaire, centralisateur, et j'ajouterai : constitutionnaliste. Indépendamment des contingences historiques et nationales qui commandaient en grande partie son attitude et qui expliquent ses passions, ces

¹ Pour éviter de trop nombreuses citations de détail, nous nous référons, d'une façon générale, à deux ouvrages principaux : ED. HIS, *Geschichte des neuern schweiz. Staatsrechts* ; voir en particulier le troisième volume (1848-1914), Bâle 1938. — W.-E. RAPPARD, *La Constitution fédérale de la Suisse*, Boudry 1948.

divers articles de son credo politique avaient leur source doctrinale dans le mouvement d'idées du XVIII^e siècle et du début du XIX^e.

1. *Le libéralisme.* Indépendamment de toute étiquette de parti, le libéralisme et la doctrine libérale sont fondés sur la croyance que l'homme est un être libre, que la vie en société lui impose certes, des obligations restreignant sa ou ses libertés, mais qu'il doit lui en rester toujours un fond inaliénable, sur lequel les pouvoirs publics ne sauraient légitimement avoir de prise et dont ils ont au contraire pour mission d'assurer l'exercice. C'est cette doctrine qui a trouvé son expression la plus éclatante dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et dans toutes les garanties de libertés individuelles qui ont été inscrites dès lors et déjà un peu auparavant dans les constitutions nouvelles des Etats de l'Europe occidentale et de l'Amérique.

Les sources philosophiques de cette doctrine sont dans le rationalisme du XVIII^e siècle, puis dans l'éthique kantienne, mais elle était et sera aussi alimentée par de nombreux courants de la pensée chrétienne. Toutes ces sources d'ailleurs, ont un fond commun : la croyance en un droit naturel, antérieur et supérieur à la loi positive, œuvre de l'Etat. Aussi bien, les premières déclarations de droits n'avaient pas la prétention de *créer* les libertés individuelles, mais simplement de les sanctionner solennellement, c'est aussi ce que les cantons régénérés avaient entendu faire dans leurs constitutions des années 1830 à 1833.

Les constituants de 1848 imitèrent cet exemple, et c'est ce qui nous vaut ces nombreux articles de la Constitution fédérale, peu modifiés depuis lors, qui consacrent la liberté d'établissement, la liberté de la presse, la liberté d'association, etc. Considérant que, sur ce point, ils n'avaient guère qu'à parfaire l'œuvre encore solide de la Régénération, ils n'énoncèrent même pas toutes les libertés que les cantons avaient proclamées. Seules leur importaient celles qui étaient encore jugulées par les cantons conservateurs. Contre eux, le libéralisme des radicaux se faisait militant. Dès 1848, la Confédération allait donc être le juge muni de la balance et du glaive, à qui les citoyens pourraient avoir recours contre les

autorités cantonales, quand celles-ci ne respecteraient pas leurs libertés.

Cependant, si le citoyen lésé dans ses libertés devait avoir un recours contre les autorités cantonales, en revanche on ne lui en assurait aucun contre les autorités de la Confédération, car comment eût-on pu les supposer capables d'enfreindre leur propre Constitution ?

Au surplus, si sincère fût-il, le libéralisme des radicaux n'était pas sans inconséquence. Si, par exemple, ils prétendaient imposer aux catholiques la liberté des deux confessions chrétiennes, ils la restreignaient immédiatement à leur égard, en proscrivant l'ordre des Jésuites ; et cette proscription devait être à l'origine des articles anticatholiques qui, aujourd'hui encore, déparent notre Constitution.

2. La liberté de l'homme n'est pas nécessairement synonyme d'égalité. Néanmoins la Révolution française avait lié les deux idées, et ses imitateurs suisses en firent autant. Les libéraux de 1830 et les radicaux de 1848 considéraient donc comme un dogme le principe de l'égalité devant la loi, qui devait être inscrit dans l'un des premiers articles de la Constitution fédérale. A vrai dire, il ne s'agissait pas de sanctionner un égalitarisme partageux, mais d'affirmer que l'Etat — corps composé de tous les citoyens — se doit de les traiter tous également ou, plus exactement, de leur appliquer une règle égale dans des circonstances égales. Pour le moment, l'égalité devait être avant tout politique et se réaliser immédiatement dans le suffrage universel¹.

3. Le libéralisme ne se contentait pas de proclamer les libertés individuelles ; il professait en outre quelques principes très nets concernant l'organisation des pouvoirs publics. L'un de ces principes était celui de la *séparation des pouvoirs*, que Montesquieu avait brillamment soutenu au siècle précédent. Depuis la publication de l'*Esprit des lois*, sa théorie avait fait fortune, bien qu'elle eût rencontré de bonne heure des critiques sévères et qu'elle n'eût

¹ Sauf certaines incapacités électorales, plus ou moins étendues, le suffrage universel avait déjà triomphé dans tous les cantons avant la Constitution fédérale de 1848.

pas été appliquée sans réserve, sauf dans quelques pays étrangers et parfois, d'ailleurs, avec de fort mauvais résultats. Tous les cantons régénérés s'en étaient inspirés, et quelques-uns — tel le canton de Vaud — en avaient fait une garantie constitutionnelle expresse.

Les hommes de 1848 étaient gens trop pratiques pour adopter les yeux fermés une règle aussi abstraite. Ils se gardèrent bien de la transcrire *expressis verbis* dans la Constitution fédérale, et, s'ils répartirent effectivement l'exercice des fonctions de l'Etat entre les trois organes que l'on connaît, en leur assignant à chacun une compétence propre, cette répartition n'était pas rigoureusement calquée sur la distinction des trois fonctions traditionnelles : l'Assemblée fédérale n'était pas seulement chargée de légiférer, mais encore — et peut-être surtout — de procéder à de grandes élections, et de prendre toute une série de décisions en matière gouvernementale, administrative et même juridictionnelle. A son tour, le Conseil fédéral était chargé non seulement d'exécuter les lois (selon l'expression classique), mais aussi de juger d'innombrables litiges et surtout de préparer les projets de lois qu'il jugerait bon de présenter aux Chambres ou que celles-ci le chargeraient d'élaborer.

4. Libéraux et partisans de l'égalité dans le sens que nous venons de voir, les radicaux étaient aussi de fervents *démocrates*.

A vrai dire, le libéralisme et la démocratie sont deux choses distinctes. Mais, dans ce milieu du XIX^e siècle et depuis lors, on les a souvent confondues ou considérées comme des corollaires. C'est qu'aussi bien, historiquement, le libéralisme a frayé les voies à la démocratie et, idéologiquement, celle-ci confesse le principe de la souveraineté du peuple, variante de la souveraineté nationale, que les déclarations des droits énonçaient, comme les libertés individuelles, parmi les droits naturels de l'homme et du citoyen.

Et cependant les deux notions sont différentes ; elles sont même, jusqu'à un certain point, contradictoires, car la liberté est le fait de l'individu, tandis que la démocratie est le fait de la masse, qui réclame souvent le sacrifice de l'individu.

Il est superflu de rappeler que le principe de la souveraineté nationale s'était imposé au rationalisme français comme une antithèse au faux principe de la souveraineté royale de droit divin, qui avait un instant triomphé sous la monarchie absolue. La puissance publique regardée comme un droit subjectif du souverain, l'Etat, comme sa chose, dont il pouvait disposer selon son bon plaisir, voilà quelle était la notion absolutiste de la souveraineté, telle du moins qu'elle apparaissait à ses adversaires. Ceux-ci, voulant affirmer au contraire que, par essence et par définition, la puissance publique ne saurait être susceptible d'appropriation, n'avaient pas hésité à dire que la souveraineté ne peut appartenir à personne, sinon à la nation tout entière. Ce faisant, ils donnaient une expression (à vrai dire point nouvelle et d'ailleurs d'une clarté discutable) à cette vieille affirmation thomiste que, pour être légitime, le pouvoir doit nécessairement être ordonné pour le bien commun. La déclaration des droits de l'homme de 1789 disait, nul ne l'ignore : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »¹ Au milieu du siècle suivant, ce principe était passé, en quelque sorte, dans le droit commun des Etats qui participaient à l'héritage de la Révolution française. Toutefois l'unanimité était loin d'être réalisée sur sa signification et sur ses conséquences. Les cantons régénérés l'avaient généralement adopté sous sa forme la plus radicale, en proclamant que la souveraineté appartient au peuple ; et si les auteurs de la Constitution de 1848 ne reprirent pas cette formule, c'est uniquement par scrupule fédéraliste : en fait, l'idée de la souveraineté du peuple était pour eux un à priori un peu vague, mais hors de discussion. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, ils n'en déduisirent que des effets limités et créèrent une république représentative, sans autre concession à la démocratie directe — et à la théorie du pouvoir constituant² — que le referendum constitutionnel

¹ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 1^{er} octobre 1789, art. 3.

² C'est aussi la théorie du pouvoir constituant qui a inspiré la disposition en vertu de laquelle, dans certains cas où la révision totale est demandée, les deux sections de l'Assemblée fédérale doivent être intégralement renouvelées pour y procéder : art. 113, al. 2, CF. 1848 ; art. 120, al. 2, CF. 1874. — His, *op. cit.*, III, p. 297 sq.

et l'initiative pour la révision totale de la Constitution. Ils ne retinrent pas une proposition qui, déjà alors, tendait à faire élire le Conseil fédéral directement par le corps électoral.

5. Libéraux, démocrates, les radicaux de 1848 étaient aussi centralisateurs. A vrai dire, vues avec le recul du temps, leurs velléités centralisatrices apparaissent encore relativement timides. Nous avons vu bien mieux depuis ! Une chose est certaine en tout cas, ces hommes étaient nationalistes et cela dans le meilleur sens du mot. Ils veulent faire de la Suisse un tout en face de l'étranger. A l'intérieur ils veulent qu'elle soit un bloc contre les dangers de dissolution et contre tout ce qui menace la liberté et l'égalité du citoyen. Enfin, ils veulent qu'elle réalise une certaine unité économique. Mais, pour cela, il faut que la Suisse forme un Etat et non plus une simple ligue de vingt-cinq Etats complètement souverains. Il faut qu'elle soit un Etat avec son territoire, son peuple, ses autorités, sa puissance et ses attributions propres : affaires étrangères, militaire (armée fédérale composée de contingents cantonaux), douanes, postes, monnaie. Et c'est à peu près tout : *multum sed non multa !* on court au plus pressé, mais on n'éparpille pas son effort. Ce programme est pour l'heure amplement suffisant.

Pour le reste, les vainqueurs du Sonderbund n'avaient aucune raison de dépouiller les cantons, aucun besoin de leur enlever l'édilité, l'instruction publique, les cultes, la police, ni même la justice, et de substituer de nouvelles lois à leurs lois. Dans ces conditions nul ne songea à ôter à ces cantons le rang et le statut d'Etat.

Cette combinaison de cantons sous la direction et sous l'égide d'un pouvoir central, c'est — nul ne l'ignore — le propre d'un Etat fédératif, par opposition à la Confédération, simple ligue plus ou moins étroite d'Etats souverains. A vrai dire, l'expression traditionnelle de Confédération fut maintenue en Suisse, alors que le mot ne correspondait plus à la chose. Mais ce n'est pas le seul exemple d'impropriété des termes que nous donne la Constitution fédérale, et celui-ci n'induisit personne en erreur. Quelque soixante ans avant la Suisse, les Américains avaient inventé l'Etat fédératif dans des circonstances assez analogues à

celles que traversait notre pays en 1848, et pour concilier, comme chez nous, les traditions particularistes avec le besoin d'unité.

On sait aussi qu'au point de vue organique l'Etat fédératif est caractérisé par un parlement à deux chambres, dont l'une est considérée comme la représentation du peuple et l'autre comme la représentation des collectivités membres de l'union. L'adoption de ce système constituait une redoutable innovation pour la Suisse qui, sauf sous la constitution non viable de la République helvétique, avait toujours ignoré le bicamérisme anglo-saxon. Je renvoie au récent livre de M. le professeur Rappard ceux qui désirent savoir comment cette solution si nouvelle, si contraire à toute nos traditions, s'imposa finalement aux constituants de 1848 après de vives résistances, notamment de la part des doctrinaires qui ne voulaient voir qu'une réalité : le peuple suisse avec une seule assemblée de représentants¹.

Plus logiques ici que les Américains, les Suisses ajoutèrent à la double représentation du peuple et des cantons, la règle de la double majorité dans les votations sur la révision de la Constitution fédérale.

Au reste, il ne semble pas qu'on ait beaucoup réfléchi chez nous à tout ce qu'implique un Etat fédératif. Les théories développées en Amérique à ce sujet n'avaient pas encore été publiées ou n'étaient pas encore connues en Suisse. Les Allemands, qui ne devaient adopter cette forme d'Etat que vingt ans plus tard, ne l'avaient pas encore étudiée avec leur *Gründlichkeit* habituelle. La seule œuvre qui fit alors autorité en la matière était le célèbre livre du Français de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*. De Tocqueville y exposait la théorie restée longtemps classique selon laquelle, dans l'Etat fédératif, la souveraineté est partagée entre l'Etat central et les Etats membres². Les Suisses de 1848 l'acceptèrent telle quelle et inscrivirent dans la Constitution fédérale le principe que les cantons sont souverains. Et pourtant cette affirmation reposait sur une confusion, très fréquente d'ailleurs,

¹ W.-E. RAPPARD, *op. cit.*, p. 133 sq.

² A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Bruxelles 1835, vol. I, chap. VIII.

entre souveraineté et puissance publique. Oui, les cantons conservaient l'exercice de la puissance publique dans tous les domaines de compétence qui ne leur étaient pas enlevés, mais cela encore n'était pas déterminant. N'est souverain, au sens véritable de ce mot, que l'Etat, la puissance, qui n'en reconnaît pas d'autre au-dessus d'elle. Or, depuis 1848, ce n'est plus le cas des cantons. Sans doute leur compétence est générale, elle embrasse toutes leurs attributions passées et futures, mais dans la seule mesure où la Constitution fédérale n'en dispose pas autrement. Or, la Constitution peut toujours être révisée et, de révision en révision, les attributions des cantons peuvent leur être progressivement enlevées. Que signifie dès lors leur souveraineté ? Souvent débattue en doctrine, cette question n'a jamais été franchement élucidée dans la pratique. On doit donc reconnaître que le compromis fédéraliste de 1848 est né dans l'équivoque, et cette équivoque pèsera lourdement sur la destinée des cantons et même du pays tout entier.

6. Un dernier article de la doctrine radicale, c'était ce qu'on pourrait appeler le *constitutionnalisme*. Par ce terme, emprunté à leurs devanciers américains, nous voulons dire que, pour les hommes de 1848, toute l'activité de l'Etat devait être subordonnée à la Constitution. Les articles de cet acte fondamental devaient être obligatoires même pour le législateur, comme les lois devaient l'être, à leur tour, les juges et les membres du gouvernement. Cette conception procède directement de celle-là même que les juristes allemands devaient appeler l'idéal de l'Etat de droit (*Rechtstaat*).

Quel était le fondement du constitutionnalisme de 1848 ? Il était double. D'une part, en effet, la Constitution devait être respectée parce qu'elle exprimait des principes fondamentaux de liberté, c'est-à-dire des principes de justice ou de droit naturel antérieurs et supérieurs à l'Etat lui-même. Et, d'autre part, la Constitution devait être respectée parce qu'elle était l'expression de la volonté du peuple souverain¹. Ces deux sources du

¹ A vrai dire, la mystique radicale insistait davantage sur la volonté populaire que sur l'idée abstraite de justice naturelle, ou plutôt elle ne voyait guère celle-ci qu'à travers celle-là ; et, comme la volonté populaire peut changer avec le temps — elle changera même sûrement par la vertu du dieu Progrès —, la Constitution

constitutionnalisme de 1848 — l'autorité de la justice naturelle et la souveraineté du peuple et des cantons — n'étaient peut-être pas entièrement et complètement conciliables ; mais il ne semble pas qu'on en ait eu le moindre pressentiment à cette époque.

III

Tels sont les principes essentiels et les institutions principales qui furent adoptés en 1848. Que sont-ils devenus en un siècle ? après une révision totale (1874) suivie d'une cinquantaine de révisions partielles ? et tout d'abord :

1. La Suisse est-elle restée fidèle à l'idéal démocratique de 1848 ? L'a-t-elle pleinement réalisé ? ou a-t-elle simplement progressé dans la voie de la démocratie ? ou encore, au contraire, a-t-elle rétrogradé sur ce chemin ?

Nous avons vu que, sauf l'initiative et le referendum constitutionnel, les constituants de 1848 s'étaient contentés d'une démocratie représentative. Le peuple et les cantons élisent des députés qui, à leur tour, élisent un gouvernement. Le pouvoir est une pyramide dont la base est faite d'innombrables moellons ; mais elle n'en compte plus que sept au sommet. Peu importe, d'ailleurs, que le sommet domine la masse, puisque la base de la pyramide, c'est le peuple lui-même. Notez cependant qu'en fait, comme dans toutes les démocraties représentatives — et, du reste, par la force des choses — la base de l'édifice, c'est moins le peuple tout entier que l'ensemble des électeurs qui votent pour un certain parti. Une nette majorité radicale au sein du corps électoral produit une grosse majorité radicale dans l'Assemblée fédérale et celle-ci, pendant quarante ou cinquante ans, donne presque toujours une unanimité radicale au sein du gouvernement. Car la démocratie de 1848 est un régime majoritaire sans concession. C'est la règle

ne doit pas être immuable. Le « constitutionnalisme » suisse de 1848 se réduit donc à une indiscutable « superlégalité » et à une certaine rigidité constitutionnelles ; cette rigidité toute relative est garantie par la procédure de révision, d'un mécanisme plus lourd que la procédure législative ordinaire. Cf. ED. HIS, *op. cit.*, vol. III, p. 296 sq.

du jeu et, bon gré mal gré, les minorités en prennent leur parti, aussi longtemps du moins que le radicalisme détient une majorité incontestée dans la nation. Mais au fur et à mesure qu'il perd des voix, notamment au profit du parti socialiste dès la fin du XIX^e siècle, la base de la pyramide se rétrécit, elle émerge d'un chantier où gisent trop de moellons inemployés. Aussi, dès que la somme des minorités devient la majorité dans la population, ces minorités se coalisent pour imposer le système de la représentation proportionnelle, qui finit par triompher en 1918-1919, modifiant profondément l'aspect du Conseil national.

La représentation proportionnelle, si discutée, est, à notre avis, un perfectionnement de la démocratie. Elle est en tout cas un progrès de l'égalité politique impliquée dans le principe de l'égalité devant la loi. Mais il est incontestable que, partout où elle est appliquée, elle amoindrit la force de cohésion du parlement.

L'Assemblée fédérale est désormais une assemblée plus ou moins disparate. Il lui est plus difficile de dégager une majorité. Mais le résultat sera-t-il l'impuissance ou l'anarchie ? Nullement : le sommet reste intact et il semble que le Conseil fédéral gagne en puissance en raison inverse de l'amoindrissement de notre Parlement. Puis lorsque, par une logique implacable, la représentation plus ou moins proportionnelle s'introduira jusque dans le Conseil fédéral lui-même, qu'elle rendra moins homogène, le gouvernement ne perdra rien de sa puissance : celle-ci ne redescendra pas vers la base, mais elle se réfugiera à l'intérieur de la pyramide... dans la chambre sacrée et secrète où bat le cœur de l'administration.

Voilà le processus qui nous a conduits de la conception de la souveraineté du peuple à la réalité d'un pouvoir fort et relativement concentré. Notre exécutif fédéral est aujourd'hui le type de ce qu'un grand juriste français, Maurice Hauriou, a appelé un *pouvoir minoritaire de gouvernement*, pouvoir *aristocratique*, non pas par l'origine de ses titulaires, mais par leur nombre limité, leur caractère d'élite, leur position dans la hiérarchie effective des organes de l'Etat et leur « capital de compétences impersonnelles » et traditionnelles.

Hauriou estimait que ce type de pouvoir existe en fait et doit nécessairement exister dans tout Etat solidement constitué, même dans tout Etat sincèrement et résolument républicain. Seulement, à cette face de la souveraineté, il en opposait une autre, non moins indispensable, le *pouvoir majoritaire de contrôle*, c'est-à-dire la puissance de la masse et de ses représentants¹.

Dans notre pays, cette puissance qui s'appelle la démocratie directe, n'a jamais cessé de s'exercer, de progresser et de revendiquer ses droits. Les dates de ses conquêtes les plus importantes sont les suivantes :

1848 : Referendum constitutionnel obligatoire et initiative pour la révision totale de la Constitution.

1874 : Referendum législatif facultatif.

1891 : Initiative pour la révision partielle de la Constitution.

1921 : Referendum pour les traités internationaux.

1939 : Révision de l'article sur le referendum pour lutter contre les abus de la clause d'urgence.

A vrai dire, il ne s'agit là que d'une démocratie semi-directe dont les interventions sont sporadiques et les moyens limités, voire assez inadéquats. Le referendum n'est qu'un brutal veto, et l'initiative constitutionnelle, employée à tort et à travers, a contribué nous le verrons, à avilir notre Constitution. Néanmoins, ces sonnettes d'alarme du suffrage universel ont servi à rappeler au pouvoir de minorité ce qui fait la légitimité d'un gouvernement, c'est-à-dire le souci du bien commun de toute la collectivité.

Le même équilibre entre une large majorité à la base et une minorité très agissante au sommet tend à se retrouver dans l'organisation de la plupart de nos partis politiques. Bien que cette organisation soit abandonnée entièrement à leur libre arbitre et qu'aucune loi ne leur impose ce qu'on pourrait appeler la « démocratie interne », la puissance occulte des comités et des *caucus* y

¹ Sur ces idées — partie intégrante de la théorie dite des trois souverainetés —, sur leurs développements et leurs conséquences, voir M. HAURIU, *Précis de Droit constitutionnel*, 2^e édit., Paris 1929, p. 174 sq. Cf. déjà, du même auteur, *Principes de droit public*, 2^e édit., Paris 1916, p. 641 sq.

est, en fait, plus limitée que dans la plupart des grandes républiques contemporaines. Cela tient à notre éducation démocratique et civique, à notre défiance naturelle à l'égard des grands et surtout à notre particularisme. Les plus graves défauts de nos partis politiques résident dans l'image incomplète qu'ils donnent de la nation et dans le fait que les individus ne peuvent guère accéder au gouvernement du pays qu'avec l'investiture d'un parti, ce qui écarte de la vie publique des personnalités particulièrement fortes, indépendantes et désintéressées.

Encore cela est-il beaucoup plus sensible sur la scène fédérale que sur la scène cantonale et communale. Ici, les *outsiders* obtiennent plus facilement les suffrages de leurs concitoyens et, d'une façon générale, on peut dire que, dans nos cantons et plus encore dans nos communes, surtout dans nos communes rurales, le nombre des hommes de valeur qui ne jouent, en fait, aucun rôle dans la vie publique est assez minime. Si l'on ajoute que les scrutins populaires y sont, en moyenne, beaucoup plus fréquents et que les magistrats y ont un contact plus étroit et plus constant avec l'opinion publique, on conclura que, dans notre pays, la cause de la démocratie est à bien des égards, celle du fédéralisme. « Les cantons ne sont donc pas seulement la patrie de la démocratie — écrivait, il y a plus de trente ans, l'illustre professeur Fleiner — ils sont aussi l'indispensable fondement de la démocratie dans la Confédération. »¹

Notre esquisse rapide et naturellement très incomplète laisse dans l'ombre quelques aspects importants du problème démocratique. Que penser, par exemple, du suffrage universel dans un pays qui ne connaît pas le vote des femmes ? On éluderait la question si l'on répondait simplement que, sur ce point, les Suisses de 1948 sont restés fidèles à leurs ancêtres d'il y a cent ans. Ceux-ci ne concevaient même pas le suffrage féminin, parce qu'à leur époque la vie de la femme se déroulait pour ainsi dire entièrement sur le plan familial et non sur le plan social. Mais, depuis lors, les temps ont bien changé : dans une grande partie de la population,

¹ F. FLEINER, *Centralisation et fédéralisme en Suisse*, trad. G. Werner, Zurich 1918.

la femme du XX^e siècle est émancipée professionnellement et socialement. Est-ce un bien ? Est-ce un mal ? Ce n'est pas ici le lieu d'en discuter, mais bien de constater qu'en vous refusant, Mesdames, toute participation au scrutin, notre état politique est en retard sur l'état des mœurs.

Et si, du point de vue des personnes habiles à voter, la démocratie est moins extensive en Suisse qu'à l'étranger, qu'en est-il de son champ d'application ? A cet égard, il est incontestable qu'en étendant de plus en plus le domaine de son activité, l'Etat augmente par là même le domaine de la démocratie ; mais il subsiste un contraste frappant entre la compétence universelle des citoyens suisses dans l'ordre politique et l'état de dépendance de la plupart d'entre eux dans l'ordre économique et professionnel. Certes, le syndicalisme, qui vise à représenter le peuple de notre industrie en face de ses dirigeants a fait disparaître presque complètement l'absolutisme patronal ; mais nous sommes loin d'avoir réalisé la participation ouvrière au gouvernement des entreprises. Or, sans nier les difficultés pratiques auxquelles on se heurte dès qu'on veut réaliser cette révolution des conditions du travail industriel, nous disons que c'est une inconséquence que de ne pas vouloir appliquer dans la profession la formule démocratique qu'on se vante d'appliquer dans les affaires publiques, et de ne pas tendre, ici comme là, vers une synthèse difficile mais salutaire des pouvoirs de majorité et de minorité.

2. Après la démocratie, qu'est devenu, en un siècle, le libéralisme des hommes de 1848 ? Héritiers et continuateurs du mouvement de 1830, ils avaient inscrit en lettres d'or dans la Constitution fédérale la garantie des principales libertés individuelles, et celles-ci furent encore élargies lors de la révision partielle de 1866 et de la révision totale de 1874.

Le régime au pouvoir s'appliqua tout d'abord à en faire une réalité dans la législation et dans la justice. Les grands travaux législatifs qui illustrèrent le Parlement suisse à la fin du XIX^e siècle et dans les premières années du XX^e, sont tout imprégnés d'une philosophie individualiste et libérale, tempérée par un réalisme de bon aloi.

D'autre part, dès le début de l'Etat fédératif, la Confédération avait ouvert aux citoyens des voies de recours contre les autorités cantonales qui s'aviseraient de violer leurs droits individuels. Pendant un quart de siècle, ces voies furent purement administratives et parlementaires : l'arbitre fédéral entre l'individu et l'Etat cantonal, c'était le Conseil fédéral et, au-dessus de lui, l'Assemblée fédérale. En un mot, c'étaient les autorités politiques de la Confédération. N'est-ce pas la preuve que, dans cette première période où la révolution de 1848 restait à parachever, les libertés constitutionnelles apparaissent encore comme un idéal national qu'il fallait conquérir de haute lutte. Mais, plus tard, cet idéal étant apparemment atteint, on cessa d'en faire une des préoccupations dominantes de la politique suisse ; sans supprimer le recours à une autorité fédérale, on le plaça dans la compétence du juge¹. Les justiciables n'eurent pas à s'en plaindre, et la juridiction de droit public est devenue et elle est restée une des tâches les plus hautes et l'une des gloires de notre cour suprême. Mais ce transfert d'attributions annonçait le déclin de l'inspiration libérale dans les actes des autorités politiques de la Confédération.

Ce déclin n'a rien pour nous étonner d'ailleurs ; le libéralisme tend toujours à réduire le rôle de l'Etat, tandis qu'un gouvernement fort veut au contraire l'affirmer et le développer. Nous touchons ici à l'éternel problème des limites entre la sphère d'autonomie de la personne humaine et la sphère d'autorité de la puissance publique au service du bien commun. Jusqu'où iront les sacrifices que la société est en droit de demander à l'individu, et où l'individu peut-il légitimement dire : « C'est assez, ici je suis chez moi » ? Problème délicat, mais dont il n'est pas utopique de rechercher la solution, à condition de ne pas le poser comme un quelconque problème d'utilité ou d'opportunité, mais comme un problème de justice. C'est précisément à quoi le Tribunal fédéral s'est appliqué, avec un admirable souci de *tribuere cuique suum*, dans sa juridiction de droit public. Les solutions que la jurisprudence a apportées au problème des limites des libertés individuelles,

¹ Article 113, 3^o CF. 1874, à comparer avec les articles 101 sq. notamment 105, de la Constitution de 1848.

quand c'était la puissance publique cantonale qui était en jeu, les autorités politiques de la Confédération devraient s'en inspirer quand elles exercent la puissance publique fédérale. Or, il s'en faut de beaucoup que ce soit toujours le cas. Abstraction faite de la liberté du commerce et de l'industrie, dont nous parlerons tout à l'heure, quelle considération les Chambres fédérales accordent-elles par exemple à la liberté personnelle ou à l'inviolabilité de la propriété privée, qui, sans être expressément garanties, n'en sont pas moins implicitement contenues dans la Constitution fédérale, de l'avis des meilleurs auteurs¹? Quand elles trouvent expédient de restreindre ces droits fondamentaux de l'individu, elles ne se demandent même pas si, et jusqu'à quel point, elles peuvent le faire légitimement².

D'aucuns ont cherché à les y contraindre. C'est dans ce but que fut lancée peu avant la dernière guerre, l'initiative pour la juridiction constitutionnelle, qui devait donner au Tribunal fédéral un contrôle de la constitutionnalité des lois, analogue à celui qu'exerce depuis un siècle et demi l'organe judiciaire aux Etats-Unis³. Mais craignant un «gouvernement des juges» (selon le mot plus brillant qu'exact d'un savant auteur français⁴), le peuple suisse rejeta cette initiative à une grosse majorité. Ce scrutin a inspiré à M. le professeur Rappard les remarques suivantes : « Il est entendu que le peuple suisse, ne connaissant et ne voulant connaître d'autre loi que celle de sa propre souveraineté, n'admet pas *et ne saurait admettre* le contrôle judiciaire de la constitutionnalité de la législation. »⁵ Sans nous prononcer sur l'opportunité de l'initiative

¹ Cf. H. HUBER, *Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte*, dans *Zeitschr. f. schweiz. Recht*, 1936, p. 154a sq. — Z. GIACOMETTI, *Das Staatsrecht der schweiz. Kantone*, Zurich 1941, p. 169.

² Cf. M. BRIDEL, *Sur les limites des libertés individuelles*, dans *La liberté du citoyen en droit suisse*, recueil du centenaire de la Constitution fédérale, publié par les facultés de droit des universités suisses, Zurich 1948, p. 99-100 et 113-114.

³ *Feuille fédérale*, 1936, II, p. 558 ; 1937, III, p. 5 ; 1939, I, p. 161. Voir aussi les rapports FLEINER et RAPPARD à la Société suisse des juristes : *Zeitschr. f. schweiz. Recht*, 1934, p. 1a, 36a et 279a sq.

⁴ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris 1921.

⁵ W.-E. RAPPARD, *La Constitution fédérale de la Suisse*, p. 381.

rejetée en 1939 (laquelle d'ailleurs n'était pas très heureusement présentée), nous nous élevons avec force contre la conception de la souveraineté du peuple que professe notre éminent collègue genevois, conception dont nous ferons la critique dans un instant.

3. Libéral, démocratique, le Parti radical vainqueur en 1847-1848 fut aussi, et de plus en plus, un parti de gouvernement. Le grand mouvement qui l'avait porté au pouvoir était né de l'absence d'un pouvoir central et du défaut des institutions fédérales dont la Suisse avait le plus grand besoin. Sa première tâche, et peut-être son plus beau titre à la reconnaissance des citoyens, fut d'exercer l'un et d'organiser les autres.

La Constitution fédérale de 1874, bien plus que celle de 1848, avait mis à la charge de la Confédération tout un programme positif et constructeur. S'adaptant à ce programme, le radicalisme se fit rapidement réalisateur et très vite les préoccupations d'ordre matériel l'emportèrent sur les préoccupations idéologiques et doctrinales.

La Constitution fédérale ne proclamait-elle pas, dans un de ses premiers articles, qu'un des buts de l'alliance fédérale, c'était l'accroissement de la prospérité commune?... Accroître la prospérité commune! Les hommes de 1848 s'étaient contentés à ces fins de faire tomber les douanes intérieures qui entravaient l'essor économique de la nation; et leurs héritiers de 1874 avaient proclamé la liberté du commerce et de l'industrie, attestant que, pour eux, la prospérité de la nation ne demandait pas autre chose que le laissez-faire, laissez-passer, dont l'école manchestérienne attendait la réalisation naturelle de l'équilibre économique pour le plus grand bien de tous. A vrai dire, déjà alors, le libéralisme économique avait des adversaires, et bientôt il fallut se rendre à l'évidence: la liberté de l'industrie pouvait bien faire le bonheur des patrons et peut-être aussi celui des consommateurs; elle ne suffisait pas à faire celui des ouvriers dont la condition était misérable. La question sociale était née en Suisse, et dès 1874 la Confédération jetait les bases d'une législation de protection ouvrière que commandait la plus élémentaire justice, mais qui limitait,

en un certain sens, la liberté économique que l'on venait de proclamer.

Déjà, du reste, le Parti socialiste s'était formé, et, bien qu'il n'eût encore qu'un nombre insignifiant de représentants aux Chambres fédérales, certaines de ses revendications rencontraient les vœux de nombreux citoyens, séduits par la pensée de faire profiter l'Etat des bénéfices réalisés par le grand capital. Le rachat des chemins de fer, à la fin du XIX^e siècle, marque à cet égard une date capitale dans l'histoire économique de notre pays. C'était une première et grandiose nationalisation qui, pour les socialistes, devait servir de prélude à beaucoup d'autres.

D'ailleurs il allait apparaître qu'un petit pays ne peut pas se payer le luxe de la liberté économique sans souci de ce qui se passe sur le marché extérieur. Dès le principe, les autorités fédérales n'avaient pas été assez naïves pour vouloir donner l'exemple du libre échange sans être assurées d'être payées de retour et, dès 1848, elles avaient pratiqué un certain protectionnisme douanier. Mais ce sont les événements mondiaux du XX^e siècle qui ont révélé combien notre économie était sensible aux perturbations dont l'étranger est le théâtre.

Dans toute ville assiégée, le commandant doit imposer une discipline de fer aux producteurs et aux consommateurs, qu'il doit rationner pour éviter, ou en tous cas reculer le plus possible, la famine qui a toujours raison de la meilleure défense. C'est ainsi que notre position de place assiégée, au milieu d'une Europe en guerre, de 1914 à 1918 et plus encore de 1939 à 1945, a créé chez nous l'économie dirigée.

Ainsi encore, c'est la crise économique d'entre les deux guerres, la fermeture des marchés étrangers, les dévaluations monétaires et les crédits gelés qui ont réduit au rôle de pupille de l'Etat, momentanément tout au moins, des industries jadis très jalouses de leur indépendance. Bref, depuis un demi-siècle, s'est précipité le processus que l'on a appelé la *Verwirtschaftlichung* de l'Etat suisse, ce que nous pourrions traduire par la matérialisation de notre politique. Le Département fédéral de l'économie publique, qui pendant longtemps avait été une simple annexe du Département

des douanes ou de celui des chemins de fer, est devenu un des plus importants du Conseil fédéral. Ses arrêtés et ses ordonnances, qui envahissent le recueil des lois, étendent sur le pays leur tissu de réglementation, d'interdictions et d'injonctions, et sa gestion est celle qui occupe le plus de place dans les débats parlementaires.

Cependant les questions d'ordre économique sont la préoccupation presque exclusive de plus d'un groupement politique. Après les socialistes, les agrariens se sont fixé d'emblée un programme essentiellement économique, et les partis dits historiques n'échappent pas complètement à cette tendance générale qui est celle des innombrables syndicats, ou unions d'ouvriers ou de producteurs, dont les sollicitations souvent pressantes trouvent beaucoup d'audience au Palais fédéral. Les filandreux « articles économiques », acceptés de justesse le 6 juillet 1947, sont le nouvel instrument de ce dirigisme, auquel le peuple suisse croit ou se résigne. Ils ne mentionnent plus la liberté du commerce et de l'industrie que pour mieux énumérer les innombrables cas où il est permis d'y déroger.

Les héros de 1848 avaient voulu une autorité centrale puissante pour faire face aux tâches de l'Etat. Cette puissance ne pouvait que croître, au fur et à mesure que ces tâches se multipliaient. Etatisme et centralisation sont donc, dans notre pays, deux corollaires. Impliqués dans la Constitution de 1848, leurs progrès se font nécessairement au détriment du libéralisme et du fédéralisme qui sont cependant aussi des pierres angulaires de cet édifice. Par l'importance prépondérante qu'ils donnent à l'administration publique, ils contribuent aux contradictions de notre démocratie. Enfin — phénomène encore peu apparent — par la protection qu'ils procurent à certaines catégories de producteurs et par les pouvoirs qu'ils confèrent à certains groupements économiques, ils tendent à faire renaître des privilèges, donc à remettre en question le principe de l'égalité devant la loi, et peut-être — angoissante perspective — à reconstituer de véritables féodalités.

4. Tout à l'heure, nous avons rappelé les tendances centralisatrices des radicaux de 1848 et analysé rapidement l'Etat fédératif qu'ils créèrent. Il faudrait maintenant examiner attentivement ce que sont devenus depuis lors les rapports entre les cantons et la

Confédération. C'est donc tout le problème du fédéralisme suisse qu'il faudrait évoquer ici. Mais, dans le cadre très général que nous trace le titre même de notre conférence, il n'est pas possible de consacrer à ce sujet plus que quelques observations.

A la lettre, le statut de nos cantons a été peu modifié depuis 1848. Tout au plus doit-on relever que, depuis la révision de 1874, la Constitution fédérale, en favorisant de plus en plus l'établissement des Confédérés hors de leur canton d'origine, a précipité le mélange de la population suisse. Ce faisant, elle a certainement procuré un renouveau de sève à certains cantons naturellement assimilateurs. Mais d'autres en ont vu leur physionomie profondément altérée, comme Genève — qui a cessé d'être une métropole protestante — et le Tessin — où les autorités cantonales ont fort à faire pour maintenir l'«italianité» du pays en face du germanisme envahissant. Ainsi est née une question des minorités, qui n'existait pas il y a cent ans.

Quant aux unifications et aux centralisations, elles sont constantes. Depuis 1874, la plupart des révisions partielles de la Constitution n'ont pas eu d'autre objet. Allant de pair avec la croissance de l'étatisme, elles ont radicalement transformé le rapport des forces entre la Confédération et les cantons.

Inversement, la Confédération se sert de plus en plus des organes cantonaux et communaux pour l'exécution de ses lois : procédé pratique, économique et souvent très heureux, surtout quand il s'agit d'administrer la justice, mais procédé qui contribue aussi à diminuer politiquement l'indépendance et le prestige des cantons.

Le fédéralisme de notre Constitution manque de principes et de netteté. Le partage de la compétence entre le pouvoir central et les pouvoirs cantonaux n'a jamais été fondé sur une doctrine claire, ni étayé par une ferme ossature de textes constitutionnels. Et de nombreux auteurs de droit public admettent flegmatiquement qu'en théorie les révisions de la Constitution dite fédérale pourraient, peu à peu ou brusquement, transformer l'Etat fédératif en une république une et indivisible¹. On objectera qu'aucune révision

¹ Dans ce sens, mais sans en tirer les dernières conséquences : F. FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tubingue 1923, p. 53-54.

constitutionnelle ne peut se faire sans le consentement des cantons ; mais qu'on ne s'y trompe pas ! car, si la majorité du peuple ne peut pas, à elle seule, étendre la compétence fédérale, il suffit pour cela que la majorité des cantons soit d'accord. En regard de ce pouvoir illimité de douze contre dix, que signifie en réalité la prétendue souveraineté cantonale et la garantie que la Confédération promet à cette souveraineté et à l'existence même des cantons ? Question brûlante, mais question trop souvent éludée, car ce qui est en jeu, ce sont les espèces mêmes de notre communion nationale et l'un des articles du credo de 1848, que la Suisse ne saurait renier sans abjurer ou se parjurer.

5. Après avoir esquissé l'évolution des principes qui étaient à la base de la Constitution fédérale et des buts qu'elle assignait à l'Etat, il conviendrait de voir comment les organes de cet Etat ont évolué en cent ans. Il faudrait voir au travail ce parlement bicaméral, dont les deux chambres apprirent vite à collaborer ; il faudrait dire quelle fut son œuvre législative et comment il exerça, généralement avec perspicacité, ses fonctions de grand électeur du Conseil fédéral et celles de contrôleur et de surveillant de l'activité gouvernementale.

Observons simplement que si, comme ils le dirent dans leur Constitution, les hommes de 1848 ont considéré l'Assemblée fédérale comme la pièce maîtresse de leur édifice, l'histoire les a démentis et que, de nos jours, c'est le Conseil fédéral qui est en fait — et de beaucoup — l'autorité la plus importante de la Confédération.

Rien cependant ne pouvait faire prévoir ce résultat. S'il y a un gouvernement qui, à première vue, parût être dans la dépendance étroite du Parlement, c'est bien ce collège de sept membres qui doit son élection aux Chambres, dont le mandat, quoique renouvelable, est limité à quelques années, dont toute l'action est sujette au contrôle du Parlement, et qui n'a pas même l'exercice de toute la fonction gouvernementale.

En droit, la subordination du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale est telle que les auteurs de la Constitution n'ont pas même jugé nécessaire de prévoir de solution à un conflit éventuel :

ni crise ministérielle, ni dissolution de l'Assemblée fédérale par décision ministérielle. Le gouvernement mis en minorité se soumet et se conforme aux vœux du Parlement.

Dans ces conditions, il semblait que les conseillers fédéraux ne dussent être que les « commis » des élus de la nation. Il semblait qu'on dût avoir affaire à un gouvernement d'assemblée, même à un gouvernement conventionnel. Or il n'en fut rien. En fait, le Conseil fédéral a pris rapidement un fort ascendant sur ses grands électeurs ; les Chambres fédérales sollicitent constamment ses avis et ne le désavouent pas souvent. Sans conteste, il est devenu ce sommet du pouvoir fédéral dont nous parlions il y a un instant.

En fait, les rapports qui se sont établis entre les autorités politiques de la Confédération contredisent donc la hiérarchie constitutionnelle. Ils démentent tout autant le principe de la séparation des pouvoirs. Nous avons vu que les radicaux de 1848, moins doctrinaires que les libéraux de 1830, s'étaient gardés d'inscrire expressément ce principe dans la Constitution fédérale. Ils ne l'en avaient pas moins appliqué, en tout cas dans les grandes lignes. Et, s'ils avaient assigné aux Chambres fédérales de nombreuses attributions électorales, gouvernementales, administratives, voire même juridictionnelles, c'étaient, en quelque sorte, des fonctions accessoires ; mais la fonction principale du Parlement consistait à faire les lois : en Suisse, comme à l'étranger, il devait être le *pouvoir législatif*. Or, la pratique constante et nos auteurs les plus écoutés¹ admettent que les Chambres ont toujours la faculté de « déléguer » au Conseil fédéral — voire à un de ses départements ou même à un des services de l'administration fédérale — le soin de légiférer à leur place sur tel ou tel objet, non pas, à vrai dire, sous l'étiquette de lois, mais en faisant des arrêtés ou des ordonnances, véritables décrets-lois, dont les articles non seulement développeront et rendront plus explicites

¹ F. FLEINER, *op. cit.*, p. 414 ; W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3^e édit., Berne 1931, p. 666. — On note cependant une certaine réaction contre cette opinion dans la littérature récente ; cf. S. MASNATA, *La délégation de la compétence législative en droit suisse et comparé*, thèse de Lausanne, 1942.

certains des textes votés par le Parlement, mais combleront, *sponte sua*, les lacunes fortuites ou volontaires des lois proprement dites. Il arrive que celles-ci ne soient qu'un cadre à peu près vide ou une procuration en blanc de l'autorité qui se récuse à l'autorité qu'elle se substitue.

En agissant ainsi, les Chambres disposent de leur compétence comme d'un droit, sans se demander si l'exercice n'en est pas pour elles une obligation inaliénable. En outre elles remplacent, comme bon leur semble, une loi susceptible de referendum par une ordonnance qui échappe au veto populaire, et elles ne se demandent point si elles ne frustrent pas ainsi le citoyen d'un pouvoir que la Constitution avait placé hors de leur atteinte.

Comme d'autre part — très constitutionnellement, d'ailleurs — c'est le Conseil fédéral qui présente aux Chambres la plupart des projets de lois dont elles sont appelées à délibérer, et qui lui fait rapport sur ceux dont il n'a pas pris l'initiative, il en résulte que l'organe dit exécutif est occupé tout autant à légiférer qu'à gouverner ou à administrer. On peut même dire que le Conseil fédéral — et, par son intermédiaire, l'administration fédérale — sont devenus les véritables législateurs de la Suisse. Et, sans être un partisan aveugle d'une rigide séparation des pouvoirs, on ne peut s'empêcher de songer à la remarque de Montesquieu : « Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. »¹ Rappelons plus simplement que l'une des conquêtes des temps modernes a été de soumettre l'administration publique elle-même au règne de la loi. Or il est clair que, quand l'administration devient son propre législateur, sa soumission ne consiste plus qu'à respecter des règles qu'elle s'est fixées à elle-même et dont elle provoquera la modification, selon son bon plaisir, dès qu'elle les trouvera gênantes. Dans des revues spéciales, nous en avons cité et commenté des exemples effarants.

¹ *L'Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI.

Faisant à notre public grâce de ces références, nous le prions cependant de croire que nous plaïdons sur pièces¹.

Les Chambres ne se contentent pas seulement de déléguer parfois une parcelle de leurs attributions législatives au Conseil fédéral. Quand elles lui accordent des pleins pouvoirs, elles lui donnent un blanc-seing pour accomplir des actes qui excèdent même leur propre compétence. Il n'est guère douteux que les pouvoirs extraordinaires, en cas de danger grave, sont devenus, en Suisse, une véritable institution coutumière. Mais ils ne sont pas prévus par la Constitution fédérale ; et, seule, la nécessité permet de les justifier : « A mon avis, disait le professeur Walther Burckhardt, tout gouvernement, même le plus respectueux de la constitution, peut se trouver dans l'obligation de violer la constitution... Tel est le cas lorsque ce qui est en jeu est l'existence de l'Etat... Il serait insensé de vouloir sauver la constitution en laissant sombrer l'Etat qui l'incorpore et la maintient, car elle disparaîtrait avec lui. »² Mais la considération du salut public, qui justifie cette institution, doit aussi en tracer les limites. Hors de là, l'application des pleins pouvoirs n'est qu'un intolérable abus de pouvoirs. Mais comment en juger ? et comment rendre efficace le contrôle qu'il conviendrait d'exercer à cet égard sur le Conseil fédéral, au moment même où on est contraint de lui signer une procuration en blanc ? Si ardue que soit cette question, il devient d'autant plus urgent de la résoudre que l'insécurité persistante du monde rend plus fréquent le recours à ces pleins pouvoirs, que nous appellerions une dictature, si ce mot avait encore de nos jours le sens qu'il avait dans l'antiquité romaine. Et nous le ferions d'autant plus volontiers qu'à Rome les pleins pouvoirs du dictateur étaient étroitement limités dans l'espace et dans le temps. Nous pourrions, aujourd'hui encore, nous inspirer de cet exemple.

Malgré ces très sérieuses réserves, on doit reconnaître à notre gouvernement un remarquable mérite, c'est celui de la continuité. La carrière des conseillers fédéraux est souvent très longue. Rares

¹ Voici, d'ailleurs, ces références, que nous n'avons pas données *ex cathedra* : *Journal des Tribunaux*, 1937, II, p. 77 ; *Zeitschr. f. schweiz. Recht*, 1945, p. 669a.

² Cit. dans la *Feuille fédérale*, 1948, I, p. 1053.

sont ceux dont la démission n'a pas eu pour seule raison le désir de goûter d'une retraite bien gagnée. Rarissimes sont les cas de non-réélection¹. Ce qui caractérise par-dessus tout l'exécutif suisse, c'est donc une stabilité gouvernementale presque sans exemple dans les Etats démocratiques contemporains. Et lorsqu'on considère le désarroi que de fréquentes crises ministérielles provoquent chez certains de nos voisins, on peut affirmer que cette stabilité est le plus grand bienfait de notre coutume constitutionnelle.

— En confiant le pouvoir exécutif à un collège de sept membres, les auteurs de la Constitution fédérale avaient voulu qu'ils exerçassent en corps ce pouvoir et tout ce pouvoir.

Le dépouillement des affaires, les études, la préparation des décisions et leur exécution, étaient bien répartis entre sept départements, mais toutes les décisions devaient être prises par le Conseil fédéral *in corpore*. C'était le système collégial auquel on donnait la préférence sur un autre régime également concevable — le régime départemental, dans lequel chaque conseiller fédéral statuerait lui-même sur les affaires de son département. Aujourd'hui la règle collégiale s'applique encore pour les décisions de première importance ; mais la multiplication et la spécialisation des affaires ont nécessité un recours à la règle départementale, qu'une révision constitutionnelle a partiellement adoptée au début du siècle présent². Désormais, la loi peut autoriser les départements, voire même les services qui en dépendent, à régler eux-mêmes certaines affaires, sous réserve de recours. Il est inutile de dire que ces délégations se sont multipliées depuis 1914, d'une façon tout empirique et sans qu'on y trouve des principes de répartition bien nets. Sans doute, ce qui est abandonné aux départements ou à leurs services, ce sont essentiellement des affaires administratives, tandis qu'on s'efforce de réserver au Conseil fédéral *in corpore* les affaires de gouvernement, mais ce critère de distinction est très vague et n'a rien d'officiel.

¹ Seuls le célèbre Ochsenbein et le moins célèbre Challet-Venel essayèrent un échec lors du renouvellement total du Conseil fédéral, respectivement en 1854 et en 1872.

² Voir l'article 91 de la Constitution de 1848, reproduit tel quel, dans la Constitution de 1874, à l'article 103, qui fut modifié le 25 octobre 1914.

Le système mixte actuel, mi-collégial, mi-départemental, nous a sauvés de l'embouteillage administratif, mais il a eu le désavantage de fragmenter la besogne de l'exécutif et d'incliner vers la spécialisation des hommes de gouvernement, qui devraient être et rester supérieurs à tous les problèmes.

Et cette décentralisation a eu un autre effet, celui de donner une importance excessive aux hauts fonctionnaires fédéraux. L'administration fédérale est actuellement un corps de fonctionnaires très qualifiés et même distingués ; mais elle n'en est pas moins redoutable, car elle représente une puissance, armée de très grands pouvoirs. Pour être assuré qu'elle les exerce conformément au bien public, seule raison d'être de l'Etat, il faudrait qu'on pût compter sur un contrôle efficace. Certains services administratifs, notamment les établissements autonomes, qui ont un conseil de surveillance ou d'administration, ou qui sont soumis à la surveillance d'une commission *ad hoc*, offrent des garanties plus ou moins grandes à cet égard. Mais d'autres manquent d'un organisme semblable. Sont-ils suffisamment tenus en mains par un chef de département ou par le Conseil fédéral *in corpore* ? Pour l'affirmer, il faudrait méconnaître l'énorme surcharge d'occupations qui est actuellement celle de notre gouvernement et qui lui rend cette surveillance extrêmement difficile. On ne peut guère compter davantage sur les Chambres fédérales, malgré l'occasion que leur procure l'examen du rapport de gestion.

En revanche, on pourrait beaucoup attendre de la juridiction administrative du Tribunal fédéral, si celle-ci n'avait pas été volontairement émasculée au moment même où elle fut créée. Au lieu d'ouvrir en principe cette juridiction à tous ceux qui estimeraient avoir à se plaindre de l'illégalité d'une décision administrative fédérale, on a préféré procéder par la méthode dite énumérative, certaines affaires seulement étant susceptibles de recours. A ce moment (il y a vingt ans), on envisageait d'augmenter peu à peu cette énumération. Mais l'augmentation s'est faite d'une façon fort timide et n'a pas suivi l'accroissement des affaires administratives fédérales¹.

¹ Voir E. RUCK, *Freiheit und Rechtsstaat*, dans *La liberté du citoyen en droit*

Tant que cette question n'aura pas été réglée, nous ne serons pas véritablement un Etat soumis au droit (*Rechtsstaat*).

D'ailleurs, un des dangers majeurs de la bureaucratie, c'est que, spécialisée dans des questions souvent fort complexes, son travail, ses buts, ses méthodes deviennent parfois incompréhensibles pour le public. On ne peut toujours l'éviter, mais l'hermétisme et l'occultisme dans lequel se complaisent certains bureaux passent littéralement les bornes¹. Ce qu'il y a de plus grave dans cette hypertrophie de l'administration et dans le mystère dont elle s'entoure, c'est que, de notoriété publique, elle est accessible aux représentants des grandes associations professionnelles (patronales, ouvrières, artisanales et agricoles), tandis que le citoyen isolé n'y a pas d'intelligences.

IV

Après cette revue superficielle et pourtant déjà beaucoup trop longue d'un siècle de politique constitutionnelle... et extra-constitutionnelle, il est grand temps de faire le point, de risquer une brève synthèse et de tirer nos conclusions.

Il y a huit jours, ici-même, M. Jean-Charles Biaudet a dit qu'au début du XIX^e siècle, la Suisse n'existait pas. Elle existe aujourd'hui et son régime nous a assuré un siècle de paix, à travers les guerres les plus générales et les plus dévastatrices que l'Europe ait jamais connues. Ce régime nous a aussi donné une paix intérieure, que des troubles, peu fréquents et très limités quant à leur étendue et à leurs conséquences, sont seuls venus interrompre. Le pays est prospère, pour le moment du moins ; les lois sont appliquées, les magistrats sont probes, le taux de la vie

suisse, recueil du centenaire de la Constitution fédérale, publié par les facultés de droit des universités suisses, Zurich 1948, p. 94-95 ; H. ZWAHLEN, *Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons*, dans *Zeitschr. f. schweiz. Recht*, 1947, p. 144a sq.

¹ Je n'accuse pas les bureaux de dissimuler leur activité — elle s'étale au contraire dans les rapports de gestion du Conseil fédéral ! — mais de parler un langage de grands initiés.

matérielle est élevé ; notre bonheur fait des envieux et nous met un peu mal à l'aise.

De tout cela, nous sommes en grande partie redevables au régime de 1848 et à sa Constitution.

Mais ce régime nous a aussi dotés d'une dette publique énorme, d'un appareil administratif écrasant. Le pouvoir s'est étonnamment concentré et renforcé, il s'est de plus en plus éloigné du simple citoyen. Les minorités linguistiques ont conscience de leur position de minorités qui était à peine sensible il y a cent ans. La puissance des groupements économiques est lourde de menaces. La question sociale, moins aiguë sans doute en temps de prospérité qu'en temps de marasme, n'est pas résolue en dépit de nombreuses lois sociales.

Mais si tout ne va pas pour le mieux dans la meilleure des Helvéties, que faut-il penser de la Constitution qui la régit ? et des principes qui sont à sa base ? c'est ce que nous voudrions rapidement examiner pour finir.

L'évolution récente de notre droit constitutionnel nous engage à poser trois questions :

1. Le libéralisme est-il une doctrine périmée ?
2. Que représente au juste notre Constitution ?
3. Quel est le vrai sens de la Démocratie ?

A quoi il faut répondre :

1. Le libéralisme pur était une doctrine incomplète, car il ne voyait que l'individu et n'apercevait pas les liens de solidarité naturelle qui rattachent les individus les uns aux autres dans la famille, dans la profession, dans la région et dans la société. Cette doctrine n'était pas non plus sans danger, parce que, purement rationaliste, elle ne tenait pas assez compte des faits : le désordre mondial actuel en est une conséquence lointaine, bien que la cause immédiate de ce désordre soit — il ne faut pas se lasser de le répéter — dans l'abandon du libéralisme au profit des hérésies totalitaires.

Enfin, cette doctrine n'a malheureusement pas évité l'équivoque, car une fâcheuse identité d'étiquettes a compromis le

libéralisme proprement dit, qui — par définition même — est à base de liberté, avec le libéralisme économique, qui est à base de déterminisme, et qui a permis l'exploitation du faible par le fort.

Alors ?... Le libéralisme a-t-il fait son temps ? Dans une époque où l'économique domine apparemment le monde, l'Etat ne doit-il pas garantir aux citoyens leur existence plus que leur autonomie ? « La liberté ?... pourquoi faire ? » disent les prisonniers des fatalités économiques, dont les aspirations se résument dans la devise : *Primum vivere, deinde esse liberum.*

Mais ces propos font totalement abstraction de l'aspect moral de la personne humaine. Sans rouvrir une controverse philosophique dont la solution n'est pas de notre compétence, nous croyons pouvoir nous réclamer de tous les penseurs qui, dans ce pays et dans cette université, ont enseigné et démontré que toute morale suppose une autonomie essentielle de la personne humaine.

— Autonomie de la personne placée en face de sa responsabilité morale, avec son capital congénital de chance, et laissée libre de tenter son aventure,

— mais hétéronomie des injonctions du pouvoir, chargé d'assurer l'ordre et de faire régner la justice,

cette antithèse n'est pas nouvelle. C'est l'éternel problème de l'individu et de l'Etat. Depuis 1848, ce problème n'a pas changé ; ce qui a changé, ce sont les nombres, les quantités et les catégories, mais l'*x* et l'*y* sont les mêmes et la solution en découle : elle ne peut être que dans un partage et un *juste* partage entre les droits de la personne et les besoins de la communauté.

La nécessité de ce partage est impliquée dans la Constitution fédérale. Jamais les hommes de 1848 et de 1874 n'ont pensé qu'aucune liberté constitutionnelle dût être absolue. Ils ont énuméré, d'une part, les buts de la Confédération, et d'autre part les libertés des citoyens. Les premiers ne sont pas réalisables sans des restrictions apportées aux seconds, et c'est aux autorités à juger de la légitimité et de l'importance de ces restrictions. Encore une fois, ce jugement est réservé au Tribunal fédéral, quand il s'agit de mettre en balance les libertés individuelles avec le bien commun d'une collectivité cantonale ou communale. Mais un jugement

identique, quant au fond, incombe au Parlement fédéral lui-même quand il doit poser une loi pour la réalisation des buts de la Confédération.

Quant aux critères du juste et de l'injuste, ils sont nombreux, subtils et nuancés, mais il n'est guère possible de les indiquer *in abstracto* et nous ne pouvons songer à en aborder ici l'examen. Ils ne sauraient être énumérés en détail dans la Constitution, mais celle-ci contient des normes générales qui permettent de les dégager par l'interprétation¹.

Certes, il est possible que nous ne trouvions pas dans ses dispositions actuelles la solution de toutes les questions qui se posent à notre génération. Peut-être est-ce qu'un rajeunissement s'impose pour introduire dans notre charte nationale les principes de justice sociale qui n'ont pas trouvé d'expression dans le droit public du XIX^e siècle ? Toutefois, quand on parle de réviser la Constitution fédérale, totalement ou partiellement, n'y a-t-il pas souvent dans cette revendication une méconnaissance complète de ce qu'est et doit être une constitution ? et ceci nous amène à notre deuxième question.

2. Qu'est-ce, en effet, que la Constitution fédérale ? Que représente-t-elle pour nous et que doit-elle représenter ?

Nous avons montré que les hommes de 1848 croyaient d'instinct à ce que les juristes allemands allaient appeler le *Rechtstaat*, c'est-à-dire l'Etat soumis au droit, le pouvoir enchaîné par des normes fondamentales, par des principes de justice qui s'imposeraient aux autorités elles-mêmes. La constitution devait être la loi du législateur. Mais, pour cela, il fallait qu'elle contînt tout l'essentiel et rien que l'essentiel. Il fallait qu'elle restât une arche sacrée ne contenant que l'alpha et l'oméga. Or, nous en avons fait un chiffonnier, où nous avons fourré, pêle-mêle avec les principes les plus solennels, un *factum* des adversaires de la Légion d'honneur, une pétition de la Société protectrice des animaux et les *desiderata* de la Croix-Bleue édulcorés par la Société suisse des cafetiers !...

¹ M. BRIDEL, *Sur les limites des libertés individuelles*, rec. cit., *passim*.

A ce vieux meuble en désordre, on n'accorde plus guère de considération, et le régime des pleins pouvoirs nous a peu à peu habitués à agir et à légiférer en marge de la Constitution, pour ne pas dire contre elle. L'opinion publique réclame bien de temps en temps un retour à la Constitution ; mais le plus souvent cette revendication se contente de la forme et ne touche pas au fond. Il est caractéristique, à cet égard, qu'après avoir ouvertement violé la Constitution fédérale pendant des années, par toute espèce de mesures d'économie dirigée absolument contraires à la liberté du commerce et de l'industrie, on ne se soit nullement soucié de mettre ces mesures en accord avec le droit, mais bien de mettre le droit positif en accord avec ces mesures. Le scrupule constitutionnel, dont on a beaucoup fait état à propos des nouveaux articles économiques, n'allait pas au delà de cette préoccupation purement formelle : effacer une entorse à la Constitution en changeant la Constitution elle-même.

Bref, les articles constitutionnels ne représentent plus guère que le *placet* du peuple et des cantons, que le législateur fédéral doit formellement posséder pour pouvoir faire son travail. Ce sont des règles de compétence et des articles-programmes, de plus en plus épisodiques et de moins en moins normatifs.

Et, d'ailleurs, à quoi bon poser des principes dans un acte que les majorités peuvent faire et défaire à leur gré et avilir par des propositions banales ou saugrenues ? La Constitution fédérale, cette loi fondamentale, est à la merci des caprices du souverain.

3. Mais, s'il en est ainsi, faut-il renoncer à ce qui faisait la grandeur de l'œuvre de 1848 ? ou faut-il renoncer aux droits populaires ? — Ni l'un ni l'autre : il faut simplement restaurer le vrai sens de notre démocratie. Celle-ci est menacée par une fausse conception de la souveraineté populaire et de la souveraineté tout court. Cette erreur n'est pas particulière à la Suisse ; elle est peut-être même moins accentuée dans notre pays qu'ailleurs ; mais il faut la stigmatiser, car c'est l'erreur fondamentale qui explique, dans les démocraties contemporaines, cette hypertrophie du

pouvoir que M. Bertrand de Jouvenel dénonçait récemment dans un remarquable ouvrage¹.

Tout le problème se ramène à une grave controverse entre ce qu'on peut appeler la conception volontariste et la conception rationaliste de la souveraineté, pour parler un langage scolastique. Cette controverse se résume dans les termes que voici :

Le souverain fait-il la loi parce qu'il la reconnaît bonne, ou la loi est-elle bonne parce que le souverain a voulu qu'elle fût loi ? Le souverain a-t-il autorité sur les citoyens d'un Etat parce qu'il est le souverain ? ou est-il le souverain parce que la justice le veut et parce qu'on peut attendre de lui qu'il se prononce selon la justice ? Beaucoup de contemporains veulent ignorer cette question ou la considèrent comme révolutionnaire ; car ne pas admettre la conception volontariste de la souveraineté du peuple, ce serait autoriser, semble-t-il, une rébellion éventuelle contre la volonté populaire et partant contre l'Etat.

Sans nous attarder à cette objection, à laquelle nous ne croyons pas cependant qu'il soit difficile de répondre, nous poserons simplement le dilemme suivant :

— Ou la démocratie repose uniquement sur la force matérielle que détient le nombre, et alors on ne peut songer à édifier aucun droit sur elle, car la force ne saurait créer le droit.

— Ou bien la démocratie repose sur l'idée de justice et alors — tout en admettant que la justice exige souvent que l'intérêt du plus grand nombre l'emporte sur les vœux des minorités — on doit cependant tracer des limites à cet intérêt si, d'autre part, on reconnaît à chaque individu une sphère d'autonomie plus ou moins étendue. Car, pas plus que l'autorité constituée, le souverain ne doit entreprendre sur cette sphère.

Dès lors, le citoyen devra tendre de toutes ses forces à faire triompher dans les scrutins populaires le respect dû à la personne humaine, et d'une façon générale le respect dû à la justice. Naïveté?... Utopie?... Ce serait alors l'utopie des hommes de 1848, car

¹ B. DE JOUVENEL, *Du pouvoir, histoire naturelle de sa croissance*, édition revue et augmentée, Genève 1947.

il est manifeste qu'ils ont voulu faire confiance au sentiment de justice des citoyens suisses; et, sans nous faire d'illusions, nous sommes convaincu que ce sentiment est ancré dans la conscience nationale beaucoup plus profondément qu'on ne le croit souvent. C'est à l'éducation qu'il appartient de le faire passer de l'inconscient dans le conscient et de tendre à en faire la grande réalité de notre vie civique.

Quoi qu'il en soit, il s'agit de savoir si la majorité souveraine doit avoir pour consigne la règle des Thélémites : « Fais ce que veux », ou la règle : « Fais ce que dois. » Je pense que les auteurs de notre Constitution fédérale ont opté pour la seconde, conformément à une tradition aussi vieille que la Confédération elle-même, car sans cela ils n'auraient pas prétendu faire leur œuvre « au nom de Dieu tout-puissant ».

V

Pour conclure, résumons-nous rapidement. Comme tout Etat légitime, l'Etat fédératif suisse créé en 1848 a pour but le bien public. Mais le bien public n'absorbe pas tout, il laisse à la personne humaine sa sphère d'autonomie, et l'Etat fédératif suisse n'absorbe pas toute la puissance publique, mais il en laisse une part légitime aux cantons.

A vous, Mesdames et Messieurs, de dire si le but est près d'être atteint, ou s'il est dépassé, à vous de dire si la personne y trouve son juste compte et le canton sa juste part.

*DEUX CONFÉRENCES
DONNÉES A LA SALLE TISSOT
DU PALAIS DE RUMINE
LES LUNDIS 8 ET 15 NOVEMBRE 1948*

PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

V

Centenaire de la Constitution fédérale de 1848

JEAN-CHARLES BIAUDET

LES ORIGINES
DE LA
CONSTITUTION FÉDÉRALE
DE 1848

MARCEL BRIDEL

L'ESPRIT ET LA DESTINÉE
DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE
DE 1848



LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ, LAUSANNE
F. ROUGE & C^e S.A.

1949