

la Cour suprême, ils ont probablement eu présentes à l'esprit les fonctions du Conseil privé. Il est cependant plus certain qu'ils eurent devant les yeux des cas dans lesquels les tribunaux des Etats particuliers avaient traité comme inconstitutionnels, par conséquent déclaré nuls, des Acts de législatures d'Etat contrevenant à la Constitution de l'Etat. Le plus admirable exemple de déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi, date, paraît-il, de 1786 ; elle se produisit dans le Rhode Island, qui était alors, — et resta jusqu'en 1842, — gouverné par la Charte de Charles II. Un Act de la législature fut déclaré inconstitutionnel par les Cours de la Caroline du Nord en 1787 (1), par les Cours de la Virginie en 1788 (2) ; or, la Constitution des Etats-Unis ne fut adoptée qu'en 1789 et la première affaire dans laquelle la Cour suprême eut à s'occuper de la question de constitutionnalité, ne fut décidée qu'en 1803 (3).

Mais si les conceptions des fondateurs de la République furent tirées du droit anglais, les grands hommes d'Etat américains donnèrent aux vieilles idées une expansion nouvelle, et, pour la première fois dans l'histoire du monde, firent une Constitution qui devait être, au sens le plus strict, « la loi du pays » ; ils créèrent ainsi le fédéralisme moderne. C'est qu'en effet, les caractéristiques essentielles du fédéralisme — suprématie de la Constitution, distribution des pouvoirs, autorité du Judiciaire — réapparaissent, quoique avec des modifications, dans tout véritable Etat fédéral.

(1) Martin, 421.

(2) 1 Va. Cas. 198.

(3) 1 Cranch, 137. Je suis redevable des faits concernant la première action des Cours d'Etat, touchant la déclaration d'inconstitutionnalité de dispositions législatives, de même que de beaucoup d'autres observations utiles, à mon ami le professeur Thayer, de l'Université d'Harvard.

Passons, pour un instant, au Dominion du Canada. Le préambule du *British North America Act, 1867*, affirme, avec une inexactitude diplomatique, que les provinces du Dominion actuel ont exprimé le désir d'être réunies en un Dominion « avec une Constitution semblable, en principe, à celle du *Royaume Uni* ». Si les préambules étaient destinés à exprimer la vérité entière, le mot *Royaume Uni* devrait être remplacé par celui d'*Etats-Unis*, car il est clair que la Constitution du Dominion est, dans ses traits essentiels, modelée sur celle de l'Union américaine. Il est vrai que cela est contesté par des critiques canadiens compétents (1), mais, à mon sens, les raisons qu'ils font valoir ne sont pas décisives. Les différences qui existent entre les institutions des Etats-Unis et celles du Dominion sont, à coup sûr, considérables. Mais personne ne peut étudier les dispositions du *British North America Act, 1867*, sans s'apercevoir que ses auteurs eurent constamment devant les yeux la Constitution

Le Dominion
du Canada.

(1) La différence entre le jugement que j'ai porté sur la Constitution canadienne et celui des critiques canadiens compétents et estimables, peut être aisément résumée et expliquée. Si nous considérons le caractère fédéral de la Constitution du Dominion, nous devons inévitablement la regarder comme une copie, — mais non pas une copie servile, — de la Constitution des Etats-Unis. D'autre part, la Constitution canadienne est étudiée exclusivement, dans cet ouvrage, en tant que gouvernement fédéral. Je maintiens donc comme correcte mon affirmation, que le gouvernement du Dominion est modelé sur celui de l'Union. Au contraire, si nous comparons l'exécutif canadien à l'exécutif américain, nous nous apercevons tout de suite que le gouvernement canadien est copié sur le système du gouvernement parlementaire de Cabinet, tel qu'il existe en Angleterre, et n'imité en aucune façon le gouvernement présidentiel de l'Amérique. Ce point, ainsi que me l'a suggéré un ami, familiarisé avec les institutions canadiennes, est le point de vue auquel se placent mes critiques canadiens ; c'est la justification de la description de la Constitution du Dominion telle qu'elle est faite par le préambule du *British North America Act, 1867*. Cette remarque est juste ; c'est pourquoi quelques-unes des expressions employées par moi dans les premières éditions ont subi une légère retouche.

Américaine et que si le Canada était un Etat indépendant, il formerait une confédération gouvernée par une Constitution très semblable à celle des Etats-Unis. Dans le Dominion, la Constitution est la loi du pays ; elle ne peut être modifiée (sauf en de rares hypothèses admises par le *British North America Act, 1867*) ni par le Parlement du Dominion (1), ni par les Parlements provinciaux (2) ; elle ne peut être altérée que par le pouvoir souverain du Parlement Britannique (3).

Et ceci ne vient pas de ce que le Dominion Canadien est une dépendance. Victoria est, de même que le Canada, une colonie ; cependant, le Parlement de Victoria peut, sans l'assentiment de la Couronne — ce que ne peut pas faire le Parlement Canadien — modifier la Constitution coloniale. Donc, dans tout le Dominion, la Constitution est, au sens le plus strict, la loi immuable du pays. Et, en vertu de cette loi, on voit, comme il fallait s'y attendre, le pouvoir distribué entre des corps d'une autorité coordonnée (4), bien que, incontestablement, les pouvoirs accordés au Gouvernement et au Parlement du Dominion soient plus grands, quand on les compare à ceux réservés aux provinces, que ne le sont les pouvoirs que la Constitution des Etats-Unis donne au gouvernement fédéral. Nulle part cela n'est apparu avec plus d'évidence que dans l'autorité re-

(1) Voyez cependant, le *British North America Act, 1867* (30 Vict. c. 3) s. 94, qui reconnaît au Parlement du Dominion un pouvoir limité (quand il agit conjointement avec une législature provinciale) de modifier, dans une certaine mesure, les dispositions du dit Act.

(2) Les législatures de chaque province peuvent toutefois faire des lois pour « reviser, de temps à autre, la Constitution de la Province, « sauf en ce qui concerne l'office de lieutenant-gouverneur. » Voyez le *British North America Act, 1867*, sect. 92.

(3) Le *Parliament of Canada Act, 1875*, fournit un exemple d'amendement de la Constitution du Dominion par un *statute* impérial.

(4) *British North America Act, 1867*, sect. 91, 92.

connue (1) au gouvernement du Dominion de rejeter les *Acts* provinciaux (2).

Le droit fut, probablement, accordé en vue de prévenir en même temps la nécessité d'en appeler aux Tribunaux de Droit comme interprètes de la Constitution ; les fondateurs de la Confédération semblent avoir cru, en fait, que « le soin « apporté à définir les pouvoirs respectifs des différents « corps législatifs du Dominion préviendrait tout conflit « regrettable ou dangereux entre l'autorité des gouvernements locaux et celle du pouvoir central (3) ». Mais ce qui prouve la futilité d'un espoir basé sur une conception erronée de la nature du fédéralisme, c'est l'existence de deux gros volumes de rapports remplis d'espèces sur la constitutionnalité de dispositions législatives ; c'est aussi la longue liste des décisions intervenues sur les pouvoirs respectifs possédés par le Parlement du Dominion et par les Parlements provinciaux. Ces jugements ont été rendus par la véritable Cour suprême du Dominion, à savoir, le Comité judiciaire du Conseil privé anglais. Au Canada, comme aux Etats-Unis, les tribunaux deviennent inévitablement les interprètes de la Constitution.

Le fédéralisme suisse reproduit, avec de notables changements, il est vrai, les traits essentiels du système fédéral tel qu'il existe de l'autre côté de l'Atlantique. La Constitution est la loi du pays ; elle ne peut pas être modifiée par les corps législatifs fédéraux ou cantonaux ; la Constitution fait une distribution des pouvoirs entre le gouvernement national et les cantons ; elle définit et limite directement ou indirectement les pouvoirs de toutes les autorités qu'elle établit. Le gouvernement commun a, en Suisse comme en Amérique, trois organes — une législature fédérale, un

La confédération Suisse.

(1) *British North America Act, 1867*, sect. 56, 90.

(2) BOURINOT, *Parliamentary procedure and practice in the Dominion of Canada*, p. 76.

(3) *Ibid.*, p. 694.

exécutif fédéral (*Bundesrath*) et une Cour fédérale (*Bundesgericht*).

Il n'y a pas lieu de parler en détail des diverses particularités intéressantes et instructives qui donnent au fédéralisme suisse un caractère spécial. Toutefois, il rentre dans l'objet de ce chapitre de noter que la Constitution de la Confédération diffère de celle des Etats-Unis à deux points de vue des plus importants. En premier lieu, elle n'établit pas la division précise existant en Amérique et au Canada entre les départements exécutif et judiciaire du gouvernement ; l'exécutif exerce, sous le titre de « droit administratif », beaucoup de fonctions (1) de nature judiciaire. C'est ainsi, par exemple, que, jusqu'en 1893, il s'occupait des questions relatives aux droits des corps religieux (2). L'Assemblée fédérale est l'arbitre suprême de toutes les questions concernant la compétence respective de l'Exécutif et du Tribunal fédéral. Les juges de ce Tribunal sont élus par l'Assemblée fédérale ; ils s'occupent beaucoup des questions de droit public (*Staatsrecht*) et un homme d'Etat aussi expérimenté que le Dr Dubs se plaint que le Tribunal fédéral ait compétence en matière de droit privé (3). Si l'on ajoute que les jugements du Tribunal fédéral sont exécutés par le gouvernement, on voit tout de suite, en se plaçant au point de vue anglais, que les hommes d'Etat suisses ont échoué aussi manifestement que les Américains ont réussi à séparer le judiciaire de l'exécutif et que cet échec constitue un vice sérieux de la Constitution suisse. En second lieu, cette Constitution ne

(1) *Constitution fédérale*, art. 113 ; *Loi du 27 juin 1874*, art. 59 ; DUBS, *Das Oeffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, II, p. 90 (2^e éd.).

(2) Jusqu'en 1893, la décision sur ces questions appartenait à l'Assemblée, guidée par le Conseil fédéral ; elle appartient aujourd'hui au Tribunal fédéral. Voyez DUBS, II, p. 92-95, LOWELL, *Governments and Parties*, II, p. 217, 218.

(3) *Constitution fédérale*, art. 113, et DUBS, II, p. 92, 95 (2^e éd.).

place pas, en réalité, le Tribunal fédéral au même niveau que l'Assemblée. Ce tribunal ne peut discuter la constitutionnalité des lois ou des décrets faits par le Parlement fédéral. On pourrait dès lors supposer que l'Assemblée fédérale est, au contraire du Congrès américain, un corps souverain. Il n'en est rien. La raison pour laquelle toutes les lois de l'Assemblée doivent être considérées comme constitutionnelles par le Tribunal fédéral, c'est que la Constitution elle-même rend presque impossibles les empiètements du corps législatif sur ses dispositions. Légalement, il ne peut intervenir de revision sans le consentement de la majorité des citoyens suisses et de la majorité des cantons ; une loi ordinaire dûment votée par l'Assemblée fédérale peut-être annulée légalement par un veto populaire. L'autorité de l'Assemblée suisse excède nominalement l'autorité du Congrès américain parce que, en réalité, le corps législatif suisse est plus faible que le Congrès. Si, en effet, dans les deux cas, il existe à l'arrière-plan un souverain législatif pouvant contrôler l'action de la législature ordinaire, le souverain pouvoir est beaucoup plus aisément mis en jeu en Suisse qu'en Amérique. Quand le souverain pouvoir peut aisément ramener sa volonté à effet, il peut garantir par lui-même le maintien de ses droits ; quand, comme en Amérique, ce pouvoir n'agit que rarement et avec difficulté, les tribunaux deviennent naturellement les gardiens de la volonté du souverain, telle qu'elle est exprimée dans les articles de la Constitution.

Notre étude, au point de vue juridique, des caractéristiques communes à tous les gouvernements fédéraux nous conduit forcément à des conclusions d'un intérêt qui n'est pas simplement juridique, par exemple aux mérites respectifs du gouvernement fédéral et du système de la souveraineté parlementaire.

Gouvernement fédéral est synonyme de gouvernement faible (1).

(1) Cette faiblesse a deux causes différentes : 1^o la division des

Comparaison
entre le sys-
tème fédéral
et celui de la
souveraineté
parlementaire.
Faiblesse du
fédéralisme.

La distribution de tous les pouvoirs de l'Etat entre des autorités coordonnées amène nécessairement ce résultat, qu'aucune autorité ne peut détenir la même somme de pouvoir que celle qui appartient au souverain dans une Constitution unitaire. En outre, le système de freins et de contrepoids destiné à permettre aux gouvernements d'Etat de battre en brèche, pour ainsi dire, la force du gouvernement commun, amène, par lui-même, une certaine perte d'énergie. Par conséquent, une fédération sera toujours dans un état d'infériorité si elle entre en lutte avec des Etats unitaires de ressources égales. L'expérience de la confédération des Etats-Unis pas plus que celle de la Suisse ne vient à l'encontre de cette conclusion. L'Union n'est point menacée par de puissants voisins, elle n'a pas besoin de politique extérieure. Des circonstances qui n'ont rien à faire avec les dispositions constitutionnelles permettent à la Suisse de garder une existence indépendante, bien qu'elle

pouvoirs entre le gouvernement central et les Etats particuliers ; 2° la distribution des pouvoirs entre les différents organes du gouvernement national (Président et Sénat par exemple). La première cause de faiblesse est inhérente au système fédéral ; la seconde ne l'est pas, du moins logiquement. Sous une Constitution fédérale, on pourrait concevoir que toute l'autorité du gouvernement national fût concentrée dans les mains d'une seule personne ou d'un seul corps, mais il est presque certain que, dans la pratique, la peur de voir le gouvernement central empiéter sur les droits des Etats préviendra cette concentration d'autorité.

La proposition que le gouvernement fédéral est synonyme de gouvernement faible pourrait être atténuée ou balancée par cette considération qu'un système fédéral rend quelquefois possible la réunion en un seul Etat de différentes communautés qui, sans cela, ne seraient pas unies du tout. Le lien de l'Union fédérale peut être faible et en même temps être le plus solide lien que les circonstances permettent.

Le vice, les inconvénients que nous avons reconnus dans la République helvétique sont un avertissement pour ceux qui veulent donner à des Etats plus ou moins indépendants une unité politique plus grande que celle qu'ils sont disposés à accepter.

soit entourée par des nations puissantes et mêmes hostiles. En outre, des rivalités mutuelles inhérentes au fédéralisme contribuent visiblement à affaiblir la République suisse. C'est ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, que chaque membre de l'exécutif doit appartenir à un canton différent (1). Cette disposition peut exclure du gouvernement des hommes d'Etat de grand mérite ; elle diminue donc les ressources de l'Etat. La règle que chaque membre du Cabinet anglais devrait être né dans un comté différent, semblerait aux Anglais d'une absurdité évidente. Cependant, cette absurdité est admise par les Suisses ; c'est un exemple, entre beaucoup d'autres, de cas dans lesquels les nécessités du service public ont été sacrifiées aux exigences du sentiment fédéral. De plus, la Suisse est gouvernée sous une forme de fédéralisme démocratique tendant à l'unitarisme. Chaque révision augmente l'autorité de la nation aux dépens de l'indépendance des cantons. Cela est dû, en partie au désir de fortifier la nation contre les attaques de l'étranger, peut-être aussi à une autre circonstance. Le fédéralisme définit et par conséquent limite les pouvoirs de chaque département de l'administration ; il est donc défavorable à l'immixtion ou à l'activité du gouvernement. Dès lors, un gouvernement fédéral peut difficilement rendre des services à la nation en se chargeant, pour le bien public, de fonctions qui peuvent être remplies par des individus. Ceci peut être un mérite du système fédéral ; c'est toutefois un mérite qui ne se recommande pas par lui-même aux démocrates modernes ; et l'exemple le plus curieux des courants inconsistants d'opinion populaire qui peuvent, à la même époque, s'emparer d'une nation ou d'une génération est l'existence concomitante, en Angleterre, d'une vague admiration pour le fédéralisme, et d'un sentiment beaucoup plus marqué contre les doctrines du *laissez-faire*. Un système qui signifie le maintien du *statu*

(1) Constitution fédérale, art. 96.

quo en politique est incompatible avec des plans de large innovation sociale.

Conservatisme
du fédéralisme

Le fédéralisme tend à produire le conservatisme.

Cette tendance est due à des causes diverses.

La Constitution d'un Etat fédéral doit, comme nous l'avons vu, être en général non seulement une Constitution écrite, mais aussi rigide, c'est-à-dire une Constitution ne pouvant pas être modifiée par un procédé ordinaire de législation. Cette rigidité essentielle des institutions fédérales imprime, presque d'une façon certaine, à l'esprit des citoyens l'idée que toute disposition insérée dans la Constitution est immuable et pour ainsi dire sacrée. L'examen le plus superficiel de la politique américaine montre combien la notion que la Constitution est une chose placée en dehors de la portée des amendements a profondément impressionné l'imagination populaire. La difficulté de changer la Constitution produit le sentiment conservateur; et le conservatisme national double la difficulté de changer la Constitution. La Chambre des lords existe depuis des siècles; le Sénat américain n'existe que depuis cent ans environ. Et cependant, abolir ou changer la Chambre des lords serait une chose beaucoup plus aisée que modifier la constitution du Sénat. Il faut ajouter qu'une Constitution fédérale établit toujours des principes généraux qui, par le seul fait qu'ils sont placés dans la Constitution, arrivent graduellement à jouir d'un respect superstitieux et sont ainsi, en fait, sinon en théorie, mis à l'abri du changement ou de la critique. Le principe que la législation ne pourrait diminuer les obligations résultant des contrats a dirigé tout le cours de l'opinion américaine. Nous pouvons nous faire une idée de l'effet conservateur de cette maxime, qui forme un article de la Constitution, par la réflexion suivante. Si un principe de ce genre avait été reconnu en Angleterre comme liant légalement les tribunaux, l'*Irish Land Act* aurait été nul et inconstitutionnel: au point de vue légal, l'*Irish Church Act, 1833*, aurait été, en grande

partie du moins, un document bien inutile, et il y aurait eu bien des difficultés pour le Parlement anglais de légiférer pour la réforme des Universités. Une seule des maximes de la Constitution des Etats-Unis aurait donc été suffisante, si elle avait existé en Angleterre, pour arrêter les efforts les plus vigoureux de la récente législation parlementaire.

Enfin, fédéralisme est synonyme de *légalisme*, — prédominance du Judiciaire dans la Constitution — esprit de légalité dominant chez le peuple.

Esprit légal
du fédéra-
lisme.

Il est clair que, dans une Confédération telle que les Etats-Unis, les Tribunaux deviennent le pivot sur lequel tournent les arrangements constitutionnels du pays. La souveraineté réside dans un corps qui n'exerce que rarement son autorité et n'a — pour ainsi dire — qu'une existence potentielle; une législature quelconque du pays n'est pas autre chose qu'un corps législatif subordonné, qui ne peut faire, au sens le plus strict, que des *bye-laws*; les pouvoirs de l'exécutif sont aussi limités par la Constitution; or, les interprètes de la Constitution sont les juges. Par conséquent, le pouvoir judiciaire peut et doit déterminer les limites de l'autorité du gouvernement et de la législature; sa décision est sans appel, il en résulte que les juges sont non seulement les gardiens mais aussi, à un moment donné, les maîtres de la Constitution (1). Rien ne met

(1) On a reproché à l'expression « maîtres de la Constitution » d'être exagérée (SIDGWICK, *Elements of Politics*, p. 616). Cette expression est incontestablement énergique; elle peut cependant être facilement justifiée, pourvu qu'elle soit convenablement comprise. Il est vrai, comme le remarque justement mon ami, M. Sidgwick, que l'action de la Cour suprême est restreinte: 1° par le fait que les juges sont passibles d'une mise en accusation pour mauvaise conduite et 2° par la crainte de provoquer le désordre. Il faut ajouter à ces restrictions un troisième obstacle plus efficace. Le nombre des membres de la Cour peut être augmenté par le Congrès; de plus, la décision de la Cour dans une affaire donnée, n'a pas, même en théorie, cette force de précédent décisif qui appartient à une décision de la Chambre des lords; si donc