

LIVRE PREMIER

L'ÉTAT ET LE RÉGIME D'ÉTAT

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LES DONNÉES GÉNÉRALES DU PROBLÈME DE L'ÉTAT (1).

Le problème de l'État est compliqué; on ne s'en douterait point à voir la facilité avec laquelle il est traité par certains auteurs, mais un peu de réflexion en avertit :

1° Le mot État est pris dans plusieurs acceptions différentes : nous désignons par là le plus souvent l'État souverain, puissance publique, puissance internationale, personne juridique, mais nous entendons aussi que l'État désigne une certaine manière d'être des rapports sociaux, car les relations étatiques ne sont point les mêmes que les relations féodales ou les relations patriarcales; enfin quand nous parlons du régime d'État sous lequel nous vivons, nous envisageons encore la qualité donnée aux rapports sociaux par l'État, mais en rapportant cette qualité à nous, individus, et en nous demandant quelles conditions d'exis-

(1) En France, il y a peu de littérature imprimée sur la *Théorie de l'État* conçue au point de vue du Droit public général. Le problème de l'État n'a été envisagé que par des philosophes, des publicistes ou des économistes et, on peut le dire, presque exclusivement sous la forme pratique du conflit de l'individu et de l'État; on trouvera des indications bibliographiques suffisantes à ce point de vue dans le livre de M. Henry Michel, *l'Idée de l'État*, Paris, 1896. — Il n'y a encore à l'heure actuelle, en langue française, que les traductions des ouvrages de Bluntschli, particulièrement de sa *Théorie générale de l'État* ou de son *Droit public général*, qui représentent le point de vue du Droit public. A l'étranger, au contraire, la littérature est considérable; on trouvera des indications bibliographiques dans un article de M. Combotheca : *la Conception de la Souveraineté*, *Revue du droit public*, septembre-octobre 1897, p. 254, et dans l'ouvrage du même intitulé *La conception juridique de l'État*, 1899.

Sober o Est. 2

1. Varies acception of
2. Famous historians
3. Relationship of public & private
4. A part of the social order

tence elle nous fait. Donc, plusieurs acceptions du mot qui répondent sans doute à des aspects divers de la chose;

2° L'État est une formation sociale historique, c'est-à-dire qui apparaît à un certain moment du développement social et à de certaines conditions : on ne saurait confondre l'État avec l'organisation féodale, puisqu'au contraire les hommes les ont toujours opposés l'un à l'autre; on ne saurait davantage le rapprocher de la tribu pastorale;

3° L'État a des rapports qu'il faut préciser avec ce qui est public et avec ce qui est politique :

Avec ce qui est public d'abord. Est public ce qui n'est pas relatif au cercle des intimes (cercle déterminé par la parenté ou par la cohabitation), la vie privée est celle menée par les intimes, elle est essentiellement concentrée, elle a pour lieu le foyer domestique; la vie publique est celle qui intéresse les non-intimes, elle est essentiellement dispersée, elle a pour lieu la place publique (1). L'État est certainement une organisation des relations publiques, il a son siège dans la vie publique plutôt que dans la vie privée; du côté de la vie privée on le sent limité, la vie privée ne l'intéresse que par ricochet pour ainsi dire, par les répercussions que les relations privées peuvent avoir sur la masse des non-intimes. Mais d'un autre côté absorbe-t-il tout ce qui est public?

L'État a des rapports aussi avec ce qui est politique. Ce qui est politique, c'est tout ce qui intéresse l'unité d'un groupe d'hommes qui se suffit complètement, qui mène une vie sociale autonome. L'État est certainement une manière d'être de l'organisme politique, il est une unité politique et un gouvernement.

Ainsi l'État est à la fois une certaine organisation de la chose publique et une certaine manière d'être de l'organisme politique. Voilà deux aspects qui ne se confondent point; ils correspondent sans doute à des acceptions du mot que nous avons signalées plus haut; l'État, manière d'être de l'organisme politique, est sans doute celui que nous appelons l'État souverain ou l'État puissance publique et que nous personnifions; l'État, organisation de la chose publique, est sans doute celui que nous concevons comme une qualité imprimée aux rapports sociaux;

(1) La distinction du public et du privé est malaisée, d'autant que les deux caractères sont souvent juxtaposés dans les relations sociales; ainsi, les relations commerciales ou économiques sont essentiellement privées, parce que les besoins auxquels elles donnent satisfaction sont ceux du cercle privé ou du cercle des intimes, mais accessoirement elles deviennent publiques, parce que les transactions mettent en présence des non-intimes, parce que les organisations industrielles accumulent en des usines des non-intimes, parce que, d'une certaine façon, la fortune privée intéresse les non-intimes, etc..., l'économie privée se double donc d'une économie publique ou politique. Cette complication ne doit point empêcher de s'attacher fermement au principe : le privé est ce qui intéresse le cercle des intimes, le public ce qui intéresse les non-intimes. Ce principe est celui de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, art. 23 et 28. — Cpr. *infra*, p. 40, note 2.

public / nos intimes

do fermai

État et État souverain
→ puissance publique

4° Dans les relations sociales, il y a deux tendances bien connues, l'une aux similitudes, l'autre aux différences; il est indispensable de déterminer l'orientation de l'État par rapport à ces tendances : est-il pour l'égalité des hommes, est-il au contraire pour la hiérarchie et l'inégalité?

5° Il y a dans la vie sociale encore deux tendances, l'une au mouvement, l'autre au repos. L'État est-il pour la stabilité ou pour le mouvement, ou bien ne serait-il point pour les deux à la fois, c'est-à-dire pour un certain équilibre mobile qui réserverait le plus possible la liberté du mouvement et du progrès?

6° Outre les rapports politiques, qui sont certainement dans la sphère de l'État, il y a dans la société des rapports économiques, jusqu'à quel point sont-ils dans l'État, quel est à leur égard le rôle de celui-ci?

7° L'État est certainement une organisation coercitive; d'autre part, il repose aussi sur le libre consentement; comment se partagent et se concilient en lui ces deux éléments?

8° Enfin l'État est à certains égards une organisation individualiste, à d'autres une organisation collective; de quel côté est-il finalement orienté?

Voilà quelques-unes des difficultés du problème. Elles ne sont pas insolubles; nous verrons que l'État chose publique peut être considéré comme absorbant les relations sociales fondées sur les similitudes et qu'au contraire l'État puissance publique absorbe quelques-unes des relations fondées sur les différences et sur la hiérarchie; que l'État puissance publique est au service de l'État chose publique, c'est-à-dire que les différences sociales sont employées à réaliser de l'égalité; que l'État constitue ainsi un équilibre mobile, car cet équilibre fondé sur l'égalité et la liberté est continuellement défait par les inégalités renaissantes, ce qui permet le progrès. De ces propositions principales se déduiront des corollaires relativement au rôle économique de l'État, à son caractère coercitif, à ses tendances individualistes. Assurément, il y a là les éléments d'une théorie, mais il faut reconnaître qu'elle est complexe. Encore n'avons-nous point mis en ligne les difficultés relatives au régime d'État et à ses rapports avec le Droit.

2 tendances
État chose publique

Équilibre ?

Organisation collective
pour puissance publique
(voir cours)

État - puissance publique
↓
légitimité

société et d'organes - ~ principes

Dunkerm

CHAPITRE I

L'ÉTAT.

De jure: Estado d
una sociedad (organizada
social) que infringe por
de mismo una "cosa
publica" organizada
por soberano

SECTION I. — L'ÉTAT COMME SOCIÉTÉ.

Il y a cette différence entre l'État et le régime d'État, que l'État est envisagé en lui-même, tandis que le régime d'État l'est par rapport aux éléments sociaux internes. Nous nous occupons d'abord de l'État.

Dans sa définition complète l'État est une société qui a engendré en elle-même une chose publique et qui s'y conforme par la souveraineté (1).

Cette définition fait apparaître trois éléments fondamentaux de l'État, une société, une chose publique, une personne souveraine en qui s'incarne le pouvoir politique (2). Ces trois éléments seront étudiés dans trois sections. La présente est consacrée à l'élément société.

L'État comme Société. — L'État n'est pas une formation sociale primitive; on doit même se persuader qu'il est un fruit tardif de la civilisation; il y a donc dans tout État une Société qui a vécu auparavant sous d'autres formes, qui contient d'avance des rapports sociaux politiques et économiques et qui veut d'une façon ou d'une autre vivre désormais sous la forme État. La question est de savoir si cette Société ne doit pas réunir certains éléments qui seraient pour ainsi dire les conditions préalables de l'État. Cette question mérite d'être examinée par rapport à la population, par rapport au territoire et par rapport au degré de civilisation.

1. L'élément population doit présenter certains caractères pour que l'État soit possible :

(1) Sous peine de confondre toutes les formes sociales, il faut reconnaître que l'État présente des caractères très déterminés et ne se réalise que dans de certaines conditions historiques. On a admis ici que l'État est le type social dont les républiques antiques d'Athènes et de Rome et les nations civilisées modernes nous fournissent des exemplaires; c'est lui qu'on s'est efforcé d'analyser.

(2) On n'envisage ici que l'État complet. Le développement de la conception d'une chose publique dans une population, prépare celle-ci à constituer un État, mais il n'est constitué que lorsque s'est créé pour réaliser la chose publique un organe souverain.

A soberanía
d'organizada
de Estado

3 elementos
- Sociedad
- Cosa pública
- Soberanía

1° La population doit être suffisante pour que puisse se faire la distinction du public et du privé, car l'État est une organisation publique ; pour cela il faut et il suffit que le groupe de population, pour chacun des membres, dépasse le cercle des intimes (V. p. 4) ;

2° Cette population doit être composée d'éléments assimilables, nous verrons en effet que l'État considéré comme chose publique suppose l'égalité entre ses membres. S'il est des éléments de population non assimilables ou non assimilés, ils peuvent être soumis à l'empire de l'État, ils ne sont pas à proprement parler dans l'État, telle fut dans les États antiques la condition des esclaves ou des métèques, telle est actuellement la condition des indigènes des possessions coloniales ;

3° Cette population doit constituer une collectivité, c'est-à-dire un groupement contenant des éléments de durée indépendants de la volonté actuelle des membres ; il n'est point nécessaire pour cela qu'elle représente une race particulière ; des relations économiques ou politiques prolongées peuvent suppléer à la communauté de race. La communauté de langage n'est pas non plus indispensable.

II. On discute quelquefois la question de savoir si l'État a besoin absolument d'une base territoriale, c'est-à-dire si la population qu'il contient doit être cantonnée sur un territoire continu, ayant des frontières. Avec le type très déterminé d'État que nous avons défini, la solution n'est pas douteuse ; il faut un territoire qui soit l'habitat commun de la population ; c'est la notion de « chose publique » qui l'exige, nous verrons qu'elle est essentiellement territoriale et ne peut se développer qu'entre cohabitants (V. p. 10). D'autres formes sociales très perfectionnées, par exemple les Églises, peuvent se passer de l'élément territoire, parce que le ressort de la chose publique est remplacé chez elles par d'autres ressorts très énergiques et moins matériels. Il résulte de là que l'État ne saurait se développer que chez des populations sédentaires.

III. Quant au degré de civilisation que doivent présenter ces populations sédentaires nous n'avons point la prétention de le déterminer exactement. Il semble seulement :

1° Que le système des représentations mentales doit être suffisamment développé pour que la conception de la « chose publique » puisse s'établir dans les esprits. Comme corollaire, il doit y avoir un système d'écriture qui permette de faire fonctionner une organisation aussi abstraite que celle de la chose publique ;

2° Que l'organisation économique doit être suffisamment développée pour avoir atteint une certaine mobilité, soit par la constitution d'une propriété foncière facilement transmissible, soit par la constitution d'une richesse mobilière (ce qui suppose propriété individuelle, commerce et industrie, existence de l'argent). Nous verrons plus loin à quel point l'État souverain est lié au régime de l'argent.

Irrogum

*Aspi to
econip*

SECTION II. — L'ÉTAT COMME CHOSE PUBLIQUE.

A ce point de vue l'État consiste en un système de situations stables garantissant la liberté, système considéré comme constituant la chose publique.

Il convient d'étudier les éléments de cette définition :

I. L'État consiste en un système de situations stables, autrement dit en un système de situations d'état, dont chacune constitue soit une institution, soit une organisation de service public, et contribue à maintenir une certaine manière d'être des rapports sociaux. Cette affirmation s'accorde avec cette proposition très connue que la fonction essentielle de l'État est la garantie. La situation d'état correspond à un besoin fondamental du milieu social qui est la stabilité, le repos; les situations créées en fait prennent la valeur de situations d'état lorsque le public s'est habitué à compter sur leur durée et qu'elles lui paraissent conformes à la loi; elles tirent donc leur valeur de la confiance des hommes et de leur sens de la loi.

Il y a ceci de particulier que l'État consiste en un système coordonné de situations d'état; ainsi tel État reposera essentiellement sur une aristocratie foncière dont les privilèges seront fortement établis, tel autre sur une démocratie de petits propriétaires, tel autre sur une démocratie commerçante, et dans chacun de ces États les stabilités intéressant tout un ensemble de population seront coordonnées d'après un certain plan.

Il y a encore ceci de particulier que la stabilité réalisée par l'État n'est pas quelconque, elle a une finalité qui est « la garantie de la liberté »; l'équilibre étatique est mobile, d'une mobilité voulue, il réserve la possibilité du mouvement social futur; on peut dire qu'il est adapté au progrès puisqu'en fait le type État que nous étudions ne se rencontre dans l'histoire que chez les peuples progressifs.

Il y a d'autres régimes stables, des régimes même qui sont, comme l'État, des œuvres de réflexion sociale, mais ils diffèrent en ce que leur stabilité tend à l'immobilité et à la servitude, ce sont les régimes fondés sur la hiérarchie et sur les inégalités sociales, les régimes à castes et les féodalités (1).

(1) Toute forme sociale réalise en fait quelque stabilité, c'est-à-dire quelque équilibre, de même de toute forme sociale, grâce à la stabilité qu'elle procure, il résulte en fait quelque liberté. En effet, la liberté au point de vue social a un sens tout pratique, c'est le fait pour l'homme de n'être pas continuellement nécessité dans ses actes par les événements et les besoins immédiats. Toute forme sociale, quelque grossière qu'elle soit, en créant une stabilité, même par la force brutale, engendre toujours à quelques égards une liberté de fait en procurant quelque répit, quelque paix, quelque discontinuité dans les événements, ce qui fait en fait régner un peu d'ordre matériel. Le propre de l'État est que la forme sociale adoptée tend par elle-même et par sa propre fin à réaliser la liberté

États / choses publiques
système de situations
stables garantissant
la liberté
→ même caractères
de c. publiques

II. Le système des stabilités étatiques est considéré comme constituant la « chose publique ». Je définirai la « chose publique » *ce qui importe à la liberté d'un ensemble d'individus pris en nom collectif et considérés comme égaux*, tel est bien, je crois, le sens de la *Res publica*. Il ressort de la conception de la « chose publique » trois propositions essentielles : 1° La collectivité sociale se résout en des individus pris en nom collectif; 2° ces individus sont considérés comme égaux entre eux; 3° ils sont envisagés par rapport à la liberté. On est autorisé à croire que ces trois éléments contribuent à donner au système des situations d'État leur caractère de stabilité orientée vers la liberté :

a) La chose publique est d'abord l'ensemble des situations qui intéressent les membres du groupe à titre d'individus pris en nom collectif : 1° il faut que ces individus soient assez nombreux pour que vis-à-vis de chacun d'eux le cercle des intimes soit dépassé; nous savons déjà qu'il n'y a chose publique qu'à cette condition, autrement il y aurait situation privée (1); 2° la conception de la chose publique est à la fois individualiste, puisque la collectivité sociale s'y trouve résolue en des individualités, et collectiviste puisque chacun des individus y est pris en nom collectif, c'est-à-dire doit se considérer comme un représentant de la collectivité; il y a dans cette double nature de la chose publique une source d'oscillations pour l'État, qui tantôt incline vers l'individualisme tantôt vers le collectivisme (2), par conséquent, il y a une condition de cet équilibre mobile qui est le propre de l'État. En fait, néanmoins, la tendance individualiste l'emporte, d'autant mieux que la grande majorité des individus qui soutiennent la conception de l'État y a intérêt (3). L'état de choses créé par cette prédominance de la tendance individualiste est lui-même favorable à l'équilibre mobile, il comporte la propriété individuelle dont nous verrons plus loin la profonde signification et qui est la plus heureuse combinaison qui puisse être faite de la stabilité et de la liberté.

b) La chose publique est aussi ce qui importe aux individus considérés comme égaux, ou, si l'on veut, elle est faite des similitudes sociales; par là elle assure encore l'équilibre mobile, car l'égalité peut bien être réalisée à certains égards et surtout d'une manière virtuelle comme égalité

par la stabilité, de telle sorte que l'ordre n'y apparaît point comme constituant un état de fait, mais au contraire comme constituant un état de droit; on peut en effet définir l'état de droit, la conformité de l'être à sa fin.

(1) La distinction du public et du privé s'établit sur le fait de la vie intime (parenté ou cohabitation V. p. 4 et p. 10).

(2) V. en ce qui concerne l'État moderne la très intéressante histoire de ces oscillations dans Henry Michel, *l'Idée de l'État*, Paris, 1896.

(3) La crise sociale actuelle provient de ce que les couches inférieures de la population ont été provoquées par le suffrage universel et par la presse à soutenir la conception de l'État avant que l'organisation économique leur eût assuré un intérêt suffisant à se montrer individualistes.

Notre le individus
tenus en nom
collectif

→ individus

devant la loi ou comme égalité devant la liberté, mais les faits contredisent continuellement cette construction idéale de l'homme en creusant constamment des inégalités d'aptitudes physiques ou intellectuelles, de fortune, de conduite; d'autre part, contre la masse des similitudes sociales, lutte continuellement la masse des différences. Ainsi l'équilibre établi sur l'égalité étatique est sans relâche défait par les inégalités réelles, ce qui assure une grande mobilité de l'état social (1).

c) Enfin la « chose publique » implique une préoccupation de liberté pour les individus; c'est par cette liberté individuelle que la liberté générale du mouvement social paraît assurée; par là se marque, encore mieux que par le reste, que les situations garanties par l'État doivent toujours réserver la possibilité du mouvement.

La chose publique est essentiellement liée à l'occupation par le groupe social d'un territoire déterminé; elle ne se conçoit que par rapport à des cohabitants. Le fait de la cohabitation territoriale détermine immédiatement par lui-même toute une série de rapports de voisinage pour lesquels il est facile de traiter également les individus pris en nom collectif, il crée des besoins qui sont vraiment communs, par exemple le besoin d'une voirie, et il permet l'établissement de services publics; le fait du voisinage est en soi étranger aux distinctions sociales; il assure une certaine solidarité exempte de hiérarchie. Aussi la chose publique est-elle territoriale, et c'est par là que l'État l'est également. La chose publique n'englobe point toutes les situations sociales; elle laisse en dehors, d'une part la « chose privée », c'est-à-dire l'ensemble des situations qui n'intéressent que le cercle des intimes, et d'autre part la « chose corporative », c'est-à-dire l'ensemble des situations qui, tout en étant publiques, n'intéressent pas également tous les membres du groupe, les situations qui, tout en étant publiques, restent différentielles (2).

(1) Dans le régime d'État l'inégalité est un agent de mouvement parce que le système social n'est pas établi sur elle et qu'au contraire elle le contredit; dans le régime féodal, comme l'inégalité est la base théorique du système et que les faits ne font que la confirmer, le régime tend par lui-même à l'immobilité.

(2) La chose privée et la chose corporative sont également constitutives de rapports sociaux différentiels, c'est-à-dire où domine la préoccupation de la différence entre les hommes. Le type de la corporation est le syndicat professionnel et l'on sait qu'il a pour objet la défense des intérêts professionnels, c'est-à-dire des intérêts particuliers à tel ou tel groupe de travailleurs. Quant à la chose privée, elle est consacrée aux différences individuelles irréductibles. Nous savons déjà qu'elle est constituée par les relations qui ne dépassent pas le cercle des intimes. Or, ce qui caractérise ces relations, c'est que l'originalité des individus s'y développe plus librement que dans la vie publique, soit en qualités, soit en défauts. C'est un fait que l'homme se contraint davantage en public que dans le cercle des intimes et cela tient au fond à ce que le public est moins tolérant que le cercle des intimes, parce qu'il dispose d'un fonds de sympathie moins riche. Il suit de là que l'activité privée est naturellement intéressée, car on y tolère l'égoïsme, tandis que l'activité publique doit être naturellement désintéressée.

La chose publique peut s'exagérer jusqu'à nier la chose corporative et la chose

III. Notre définition comporte encore un élément important, à savoir que le système des situations d'état est *considéré* comme constituant la chose publique. Ce mot signifie que l'État chose publique est œuvre de réflexion sociale.

L'État se développe toujours dans une société déjà organisée, à base de tribu patriarcale ou à base féodale, ou bien c'est un État fédéral qui se crée au détriment d'États secondaires; en somme c'est par excellence un régime de superposition et de réforme; il se présente en réaction contre quelque chose et c'est la conception de la « chose publique » qui s'est développée dans le milieu social qui réagit ainsi. Le régime d'État repose donc essentiellement sur une idée et sur la réaction de cette idée contre la réalité ambiante. On peut exprimer cela en disant que le régime d'État est essentiellement « représentatif », c'est-à-dire assis sur des représentations mentales (1). Il suppose par là-même la réflexion sociale parvenue à un degré de développement assez puissant pour que puisse se concevoir le projet de refondre la société humaine sur un plan rationnel; il est un fruit tardif de la civilisation. Cette origine fait à la fois la grandeur et la faiblesse du régime d'État. Il est dans une certaine mesure une société recréée; l'homme s'y efforce de subordonner ce qu'il a en lui de moins élevé à ce qu'il a de plus haut, de sublimer ses désirs par ses croyances idéales (2). Mais par là-même l'État, si son régime

privée. Ce sont deux formes du socialisme d'État. La négation de la réalité corporative s'est produite historiquement, la Révolution française est allée jusque-là; bien que la nation en ait souffert, cependant la vie sociale n'a pas été arrêtée. Il n'en serait probablement pas de même si la chose privée était pratiquement niée dans ses éléments essentiels par la suppression de la propriété privée, par la destruction de la famille (les enfants confiés à la garde de l'État, le mariage libre, les repas publics, etc.). Malgré l'attrait incontestable qu'exerce dans de certaines conditions la vie publique, malgré que la sympathie humaine puisse se développer jusqu'à réchauffer cette vie, il n'est pas à croire que l'homme renonce jamais à la sympathie plus chaude encore et par suite à la vie plus intense du cercle privé. Il subsistera toujours ce fait qu'on ne peut pas être intime avec tout le monde.

(1) V. dans mon *Mouvement social* des développements sur la solidarité représentative et sur sa réaction contre la solidarité purement organique. De ce que le régime d'État est représentatif dans son principe, découlent des conséquences très importantes au point de vue de l'organisation politique: il aboutit logiquement à une organisation « représentative ».

(2) Au fond de la doctrine du XVIII^e siècle sur l'état de nature et sur le contrat social il y a quelque chose de profondément vrai. Il y a bien une sorte de société naturelle où domine la solidarité organique et une société régénérée où domine la solidarité représentative, et par conséquent la Raison. Seulement cette société régénérée se caractérise par un effort de réflexion sociale; elle ne s'établit pas par un échange de consentements, mais par une unanimité de conceptions; c'est pour cela qu'elle aboutit au régime de l'état, non pas au régime du contrat. L'idéal rationnel d'égalité qui fait le fondement de la conception de la chose publique est lui-même d'origine religieuse ou métaphysique, aussi, suivant les époques, l'État a-t-il été lié à des croyances religieuses ou à des doctrines philosophiques. A ce point de vue l'État contemporain qui s'est laïcisé et qui a rompu avec

s'exagère, risque de surmener la réalité organique. Si l'État verse trop dans le représentatif et devient trop réformiste, ou bien son organisme s'affaiblit au point de vue de l'activité extérieure et sa situation internationale devient critique, ou bien les intérêts organiques s'insurgent et c'est la révolution à l'intérieur.

L'application à la réalité sociale de l'idéal de la chose publique et l'opération de réforme qu'elle entraîne ne se font point toutes seules; malgré que la conception de la chose publique soit soutenue par l'opinion dont c'est là le rôle essentiel, il faut aussi un organe de direction et une force coercitive qui travaillent à conformer la masse sociale, car en fait, il y a des résistances. Cet organe de direction et cette force coercitive se trouveront dans l'État personne souveraine. Par là on voit que l'État chose publique engendrerait de lui-même l'État puissance publique, comme l'unique moyen qu'il aurait de se réaliser; en fait, presque toujours cet organe préexiste sous la forme d'un pouvoir politique déjà constitué et il n'y a qu'à l'approprier.

Limites de l'État chose publique. — Des observations qui précèdent, il résulte que l'État ne saurait former ou constituer qu'un système social limité, même par rapport aux éléments sociaux internes. Il est des limites rationnelles qui tiennent à son principe même, c'est-à-dire à la conception de la « chose publique », puisque celle-ci laisse hors d'elle-même une « chose privée » et une « chose corporative ». Il vient s'y ajouter des limites de fait, par cela seul que l'idée de l'État est une énergie se développant en réaction contre d'autres énergies sociales. Le caractère de la race, les mœurs, l'organisation plus ou moins forte de la famille, des croyances religieuses plus ou moins vives : autant d'éléments d'action ou de résistance qui influent sur le développement de l'État.

SECTION III. — L'ÉTAT COMME PERSONNE SOUVERAINE.

§ 1. La nature de la souveraineté.

Nous savons déjà que l'État n'est pas seulement une chose publique, mais encore une personne souveraine ou une souveraineté; nous savons aussi que cette souveraineté est le moyen par lequel la masse sociale est conduite à accepter et à réaliser la chose publique, de telle sorte que la souveraineté est un moyen par lequel l'État se réalise lui-même.

On peut accepter la définition de la souveraineté que propose Bodin

la métaphysique, qui, au contraire, a lié partie avec la science positive dont la tendance est de constater les inégalités naturelles, est entré dans une crise dont il est impossible de prévoir l'issue, il risque d'évoluer hors de son type.

Souveraineté / moyen
pour atteindre à la chose
publique

partie de nous de la souveraineté de Bodin

dans sa République : « *summa et legibus soluta in Republica potestas* » à la condition de la traduire de la façon suivante : le *pouvoir politique suprême en tant qu'il s'emploie librement à réaliser la chose publique*. Cette traduction est parfaitement légitime car *potestas* désigne certainement le pouvoir politique et si Bodin nous indique simplement ce pouvoir comme étant *dans la chose publique (in republica)* il sous-entend sûrement que l'activité en est tournée vers la réalisation de cette chose publique.

La définition de la souveraineté fait apparaître trois propositions essentielles : 1° La souveraineté a une nature complexe, elle est une force, le pouvoir politique suprême, elle est une liberté, elle est un principe de conduite; 2° elle s'emploie au gouvernement de la société; 3° elle a pour fin principale la réalisation de la chose publique.

I: Complexité fondamentale de la souveraineté. — La souveraineté est comme la personnalité humaine, à la fois simple et complexe, une et triple.

Sans doute elle est une et indivisible, parce que le pouvoir politique qui est en elle tend à l'unité; elle est en même temps inaliénable, parce qu'on ne conçoit pas qu'un groupe social puisse renoncer à ce qui fait son unité, à moins de renoncer à son existence même; mais en même temps elle est triple, car elle est une force, elle est la loi de cette force et par conséquent une forme de liberté, enfin, elle est la mise en acte de cette force réglée par des décisions, des jugements, des manifestations de volonté.

1° La souveraineté est une force, elle est le pouvoir politique suprême; elle exprime donc toute la force de cohésion d'un peuple qui tend à l'unité et qui se développe tout en conservant cette tendance. C'est là une force énorme et qui permet une contrainte énergique. Il est tout à fait insuffisant de localiser ce pouvoir dans la force publique proprement dite, telle que l'armée ou le corps de police; il réside dans l'ensemble des forces vives et des intérêts de la nation; le droit international en donne la physionomie exacte lorsqu'il appelle les États souverains des Puissances et qu'il traduit par ce mot l'ensemble des ressources dont un pays peut disposer vis-à-vis de l'étranger.

A titre de force, la souveraineté a des relations étroites avec l'organisation économique; car la plupart des énergies qui peuvent être utilisées pour la cohésion du groupe proviennent des relations économiques et de ce qu'on appelle *les intérêts*. Or, en négligeant les époques primitives, on peut distinguer deux types principaux d'organisation économique, la foncière et la financière, suivant que la principale richesse est la terre ou l'argent. Chacun de ces types économiques correspond à un type politique approprié. Le régime de la propriété foncière tend à engendrer la féodalité où le pouvoir politique est uni à la propriété, le régime de la finance engendre l'État puissance publique où le pouvoir

- 3 complexité
1. nature complexe
2. se applique au pouvoir de la société
3. par principe régle de décisions publiques

politique est uni à l'argent, soit que l'État, envisagé comme personne morale, constitue lui-même une société financière et dispose en partie du pouvoir de l'argent, soit que la fortune financière garnisse les mains des principaux citoyens de l'État (1).

Bien que la souveraineté ne soit pas unie à la propriété foncière proprement dite, elle est cependant *territoriale*, c'est-à-dire qu'elle comporte un certain domaine éminent sur le sol qui, peu apparent dans la métropole, le devient davantage dans les possessions coloniales; mais ce domaine est seulement de souveraineté, c'est-à-dire de législation, de police et de justice; d'une part, il correspond à la nécessité d'organiser les services publics par circonscriptions territoriales; d'autre part, il provient de ce que la conception de la « chose publique » naît tout particulièrement entre cohabitants d'un même territoire; il ne comporte pas les droits utiles de la propriété, c'est-à-dire les avantages économiques.

2° *La souveraineté est une loi*; elle est le pouvoir qu'a l'État de se régler lui-même; par là s'exprime la liberté qu'il y a dans la souveraineté, car la liberté n'est que le pouvoir de se faire une loi; c'est cet aspect de la souveraineté que Bodin est censé avoir traduit par l'expression *legibus soluta*, elle ne peut être affranchie des lois qu'à la condition de se faire sa loi (2). Nous reviendrons longuement sur la loi (V. *infra*, *Théorie de la légalité*, p. 29).

(1) Il y a cette affinité entre le régime d'État et le régime de la finance que tous les deux reposent sur des éléments représentatifs plutôt que réels, l'État sur la conception de la chose publique, la finance sur le crédit.

Ces affinités ne sont pas de purs rapprochements d'idée. Nous avons vu que l'État est un équilibre mobile, très délicat, constamment en progrès; il faut donc qu'il y ait en lui une organisation économique souple et mobile comme celle de la richesse mobilière. D'un autre côté, bien qu'elles soient mobiles, les stabilités qu'assurent l'État ont une valeur de croyance maxima et sont de celles qui développent le crédit nécessaire au régime capitalistique.

En fait, on constate bien que l'État favorise le développement de la richesse mobilière et s'incorpore le pouvoir de l'argent par la constitution d'une finance publique, par un gros budget et par une dette publique considérable qui deviennent peu à peu un élément important de la masse des capitaux. En même temps, il abaisse la propriété foncière, car s'il n'utilise pas pour lui-même le pouvoir qu'elle donnait, il n'entend point que d'autres l'utilisent contre lui. C'est pourquoi il tend à dépouiller la propriété foncière des attributs qui seraient source de pouvoir. Sa politique est d'empêcher qu'elle ne s'accumule et ne se transmette en des familles et en des corporations, de là, la prohibition des substitutions, du droit d'aînesse, des majorats, sa prédilection pour la loi du partage égal dans les successions qui tend au morcellement; de là la prohibition de la mainmorte. Sa politique est encore d'empêcher que la propriété ne détermine par elle-même des relations sociales et des catégories, de là sa prohibition des servitudes féodales, etc. V. sur cette question, G. Platon, *La démocratie et le régime fiscal*, Paris, 1899.

(2) Il suit de là qu'en droit international où la question de la souveraineté se pose sur celle de l'indépendance et de la liberté, où l'on se trouve en présence d'États

3° *La souveraineté est un principe de conduite et une volonté.* — Au point de vue logique, ce pouvoir est celui qui réalise les deux autres; en effet, étant donnée la force d'un peuple, étant donné qu'elle se fait à elle-même sa propre loi, il lui reste encore à se traduire en acte comme une volonté ou comme un jugement. Aussi, bien souvent, n'envisage-t-on la souveraineté que comme une volonté. Cela n'est point faux, mais n'est pas suffisamment analytique; derrière la décision de l'État souverain, il y a la puissance de cet État qui donne à la décision sa force et sa valeur de fait, il y a la loi et la règle qui lui donnent sa valeur de droit.

II. *Conséquences constitutionnelles de la nature complexe de la souveraineté.* — Si le droit constitutionnel est l'organisation rationnelle de la souveraineté, il doit tenir grand compte de la nature complexe de celle-ci; d'autant mieux qu'entre l'élément force et l'élément loi ou liberté, il y a une opposition facile à mettre en relief.

La force est foncièrement *différentielle*, aucune force ne peut agir sans prendre son point de départ dans quelque différence, ni sans créer quelque différence; l'exercice du pouvoir suppose quelque hiérarchie sociale et tend par lui-même à en créer. Observons, en effet, que dans les États les mieux réglés il y a une hiérarchie administrative, que dans les plus démocratiques il subsiste des classes dirigeantes, que dans les plus électifs, l'exercice de la souveraineté n'est assuré que par la domination des partis politiques qui triomphent les uns des autres à la majorité. En somme, l'élément force, qu'il y a dans la souveraineté, est une menace constante pour l'égalité et la liberté.

Au contraire l'élément loi est *égalitaire*, la loi que se fait à lui-même le pouvoir politique procède des représentations mentales des hommes et particulièrement de la conception de la chose publique; d'ailleurs la loi doit être acceptée et le sera d'autant mieux qu'elle se rapprochera de l'idéal de justice qui est l'égalité dans la liberté.

Il y a donc entre les deux principaux éléments de la souveraineté, une opposition qui doit être respectée dans une certaine mesure, car elle est dans la nature des choses, et que doit consacrer en quelque façon l'organisation constitutionnelle. Il faut que la force de la nation se traduise en un organe, la loi en un autre organe. A ce point de vue, l'organisation du suffrage telle qu'elle est actuellement comprise renferme un vice

mi-souverains, d'États confédérés, d'États protégés qui ont plus ou moins perdu de leur autonomie, et qui cependant peuvent encore être des États, l'élément important est le pouvoir de faire la loi; tant qu'une personne internationale conserve le pouvoir de faire ses lois internes, elle conserve l'indépendance de sa souveraineté, et, par conséquent, reste un État. A consulter sur cette question, Lefur, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, 1896; Pillet, *Les personnes internationales qui n'ont pas le caractère d'État*, Sirey, 1895, 11-57; J. Delpech, *La question finlandaise*, *Revue du droit international public*, 1899.

grave en ce qu'elle pousse à la confusion de la force et de la loi. Sans doute « la souveraineté réside dans la nation » mais elle y réside sous une double forme et il n'en est point tenu compte. Toute l'organisation du suffrage universel est orientée vers le pouvoir législatif et à son tour le pouvoir législatif a accaparé tout le pouvoir politique, voilà la réalité pratique. Or la vérité théorique est celle-ci : la souveraineté qui réside dans la nation devrait s'exprimer par un double suffrage, l'un égalitaire et universel qui tendrait à la confection de la loi, et par conséquent à l'organisation du pouvoir législatif; l'autre différentiel, et pour cela corporatif (1), qui tendrait à la représentation des intérêts et de leur force, par conséquent, à la constitution de l'organe exécutif (2).

III. La notion de la souveraineté dépasse celle de la chose publique. — Il résulte des observations précédentes que l'État, considéré comme personne souveraine contient quelque chose de plus que l'État considéré comme chose publique.

L'État chose publique est essentiellement fait des intérêts communs ou, si l'on veut, de ce qu'il y a de commun dans tous les intérêts, même les plus particuliers. L'État souverain représente bien aussi les intérêts communs, ils sont sa loi, mais il représente aussi les intérêts particuliers, ils constituent sa force politique. Alors que l'État chose publique ne contient que les similitudes sociales, l'État personne souveraine contient à la fois les similitudes et les différences. Alors que l'État chose publique représente un état social en partie idéal, l'État personne souveraine représente un organisme national dans sa complexité réelle. L'État souve-

(1) Après la destruction de la monarchie héréditaire et de l'aristocratie traditionnelle, une organisation différentielle durable exprimant les intérêts permanents du pays ne saurait trouver son principe que dans les différences professionnelles organisées en corporations et par conséquent ne saurait s'exprimer que par un suffrage syndical servant à constituer la magistrature gouvernementale.

(2) Le vice de la théorie trop simpliste du suffrage universel appliqué à tout le gouvernement a tardé à apparaître parce qu'en fait l'organe exécutif a pu, pendant longtemps, soit pour des raisons constitutionnelles, soit par suite d'une tradition qui n'était pas encore rompue, grouper autour de lui les véritables représentants des forces et des intérêts, mais la pratique prolongée du suffrage a fini par le révéler. Il apparaît maintenant, je crois, qu'en réalité le suffrage universel n'est que la moitié d'un gouvernement; il est la loi d'une force, mais il faut que cette force existe à côté de lui; il est le contrôle d'un pouvoir, mais il faut que ce pouvoir puisse se dégager. On objectera que le pouvoir des forces et des intérêts peut très bien résider dans l'organe législatif lui-même. Je répondrai que cela implique contradiction, car le suffrage universel est essentiellement égalitaire et le parlement nommé par ce suffrage n'est théoriquement que le représentant des intérêts généraux; or, les intérêts qui constituent la force d'une nation sont loin d'être tous généraux, égaux pour tous les citoyens; ils sont au contraire essentiellement particuliers et inégaux. Si donc on fait d'un parlement issu d'un suffrage égalitaire le seul organe politique, d'une part on corrompt le Parlement, car on introduit en lui la préoccupation des intérêts particuliers, d'autre part on corrompt la loi qui devient un instrument de parti, cela s'est vu aux États-Unis d'Amérique. La dictature parlementaire peut être une transition nécessaire, elle ne saurait constituer le lit définitif des démocraties.

? Ho centus
Par qui?

Stans
appartient à
ou int. particuliers

Ex cide

O Estado como publico
é essencialmente feito de
interesses comuns ou,
se quiser, daquilo que
está comum a todos os
interesses, mesmo os mais
particulares

↓
Deberes e leg. do
t. IV IB

rain a donc quelque chose de plus riche que l'État chose publique (1).

Pourtant n'oublions pas que la fonction essentielle de l'État souverain est de réaliser toujours davantage la chose publique ou, si l'on veut, que la fonction de l'État, comme souverain, est de se réaliser toujours davantage comme chose publique, en sauvegardant cependant sa souveraineté (V. *infra*, p. 20).

↳ Est-ce vraiment représentatif de l'État ?
↳ État, chose publique

§ 2. La souveraineté appliquée au gouvernement.

Si l'on envisage la souveraineté comme appliquée au gouvernement de la société, deux problèmes se posent : celui de la compétence de la souveraineté et celui de la séparation des pouvoirs.

I. *Compétence de la souveraineté.* — Quels sont les rapports sociaux que l'État souverain doit diriger ou, pour employer une expression consacrée, jusqu'à quel point l'État doit-il intervenir dans les affaires sociales par sa législation, par son administration, par sa justice? Spécialement, jusqu'à quel point doit-il intervenir dans les rapports économiques? telle est la question. Elle est dominée par cet autre : quel est le but de l'État? car sans doute l'État ne doit intervenir que dans la mesure où cela est nécessaire pour réaliser sa fin. Mais la fin de l'État n'est point extérieure à lui, comme on semble le croire généralement, elle lui est intérieure, la fin de l'État est de se réaliser lui-même; il doit se réaliser comme chose publique par le moyen de la souveraineté, et c'est en se réalisant ainsi lui-même qu'il travaille pour l'individu. La fin de l'État est donc en réalité illimitée dans le sens de la chose publique (2). Il est à croire que la compétence de la souveraineté l'est également. En d'autres termes, c'est la souveraineté qui règle elle-même sa compétence et c'est ce que l'on entend lorsqu'on dit qu'elle est « la compétence des compétences ». Aucun rapport social ne lui échappe de droit du moment qu'il présente les éléments requis pour constituer une chose publique, les rapports économiques pas plus que les autres; seulement les rapports économiques étant essentiellement privés et différentiels fournissent peu à la chose publique, et par conséquent se prêtent peu à l'intervention de l'État.

↳ Subordination de l'État !

II. *La séparation des pouvoirs.* — Appliquée au gouvernement, la souveraineté s'analyse en un certain nombre de pouvoirs qui, dit-on, doivent être organiquement séparés.

(1) Ainsi, tandis que la chose publique ne contient ni les intérêts privés, ni les intérêts corporatifs, la souveraineté les contient d'une certaine façon, utilise et règle leur force et peut même employer les intérêts corporatifs à l'organisation constitutionnelle.

(2) Nous avons vu plus haut que la chose publique, au contraire, est en soi limitée par la chose privée et la chose corporative.

Cette matière est complexe ; il y intervient deux notions différentes qui s'entrecroisent et se combinent, et que d'ordinaire on ne distingue point suffisamment, celle de la spécialité fonctionnelle de chacun des pouvoirs et celle de leur commune nature, qui est d'être souveraine ; ce qu'on pourrait appeler la notion fonctionnelle et la notion politique.

1° Au point de vue fonctionnel, la souveraineté est appelée à exercer dans trois séries d'actes différents les trois pouvoirs fondamentaux qui sont en elle : a) elle exerce son pouvoir de force et d'énergie dans des décisions créatrices ou organisatrices de services publics ; elle apparaît alors comme un *Pouvoir exécutif* ; b) elle exerce son pouvoir de loi dans des décisions déterminatrices, tantôt dans des décisions proprement législatives, tantôt dans des délibérations d'assemblées administratives ; elle apparaît alors comme un pouvoir législatif ou délibérant (1) ; c) enfin elle exerce son pouvoir de jugement dans des décisions qui tranchent les conflits élevés parmi les hommes ; elle apparaît alors comme un pouvoir judiciaire ou juridictionnel.

Cette analyse fonctionnelle des trois pouvoirs contenus dans la souveraineté a d'abord une valeur théorique, c'est-à-dire qu'elle reste vraie alors même qu'un seul organe de gouvernement cumule l'exercice des trois pouvoirs ; en ce sens elle est très ancienne et on la trouve déjà dans Aristote. Mais elle a aussi une valeur pratique et constitutionnelle, c'est-à-dire qu'elle peut devenir une garantie de la liberté, si le gouvernement d'un pays est partagé entre plusieurs corps constitués qui n'ont chacun que l'un de ces pouvoirs, parce que ce partage des pouvoirs de la souveraineté modère l'action du gouvernement et lui impose des formes. Cette séparation des pouvoirs, envisagée comme garantie pratique de la liberté, est devenue par Montesquieu un principe des constitutions modernes.

2° Mais lorsqu'il s'est agi d'organiser la séparation des pouvoirs dans les Constitutions, on s'est souvent trop exclusivement attaché au point de vue fonctionnel ; on ne voyait que la division du travail : on créait un organe exécutif auquel on ne confiait absolument que le pouvoir exécutif ; un organe législatif, auquel on ne confiait absolument que le pouvoir législatif ; un organe judiciaire, auquel on ne confiait absolument que le pouvoir judiciaire, sans aucune participation entre ces pouvoirs. On était très étonné que dans la pratique cette combinaison si ration-

(1) Lorsque dans un pays il y a décentralisation administrative, il apparaît dans les administrations locales un organe exécutif et un organe délibérant qui est une assemblée ; il n'est pas douteux que le pouvoir exécutif local ne ressemble au pouvoir exécutif de l'Etat et que le pouvoir délibérant local ne ressemble au pouvoir législatif de l'Etat ; non seulement les décisions prises par ces pouvoirs sont de même famille, les unes créatrices, les autres déterminatrices, mais il y a en elles manifestation de la souveraineté, puisque la décentralisation c'est l'administration par le souverain.

nelle se montrât peu viable (1). C'est qu'on avait oublié un aspect de la réalité, à savoir que chacun des pouvoirs est souverain et que la souveraineté est essentiellement une.

Si l'on tient compte de ce second élément, le problème devient très compliqué : a) il faut d'abord traduire cette vérité que chacun des pouvoirs est de nature souveraine, c'est-à-dire possède à son profit la totalité des manifestations de la souveraineté; ainsi, on veut créer des organes politiques différents, par conséquent il ne faut pas leur donner les mêmes pouvoirs, et cependant il faut leur en donner des trois espèces, ou du moins il faut qu'ils participent aux trois espèces. En fait, la question est tranchée par la pratique constitutionnelle, grâce à des transactions et à des accommodements, par la distinction du plus ou du moins et par des partages de compétence. On peut dire que chacun des grands organes de l'État possède en germe les trois pouvoirs fonctionnels, qu'il en exerce surtout un, que les autres sont plus ou moins atrophiés mais pourraient à la rigueur se développer. Prenons le Parlement ou organe législatif, il exerce surtout le pouvoir législatif, mais il intervient aussi dans le travail exécutif, grâce à la responsabilité ministérielle, et la preuve qu'il y pourrait intervenir davantage se trouve dans l'histoire de la Convention: le Parlement a aussi quelques attributions juridictionnelles puisque le Sénat peut être constitué en Haute-Cour de justice. Prenons maintenant l'organe exécutif, essentiellement il exerce le pouvoir exécutif, mais il peut aussi faire des règlements qui, sans être des lois, en tiennent lieu dans une certaine mesure; il peut également juger et la preuve c'est l'institution de la juridiction administrative; tant qu'on n'a envisagé cette institution qu'au point de vue de la division fonctionnelle des pouvoirs, on l'a trouvée déraisonnable, parce que, disait-on, l'acte de juger étant toujours le même devrait toujours être accompli par le même organe, et il ne devrait pas y avoir une juridiction administrative distincte de la juridiction ordinaire; mais si l'on se place au contraire au point de vue de l'unité de la souveraineté nécessaire dans chaque grand organe politique, on conçoit la nécessité de la juridiction administrative pour l'indépendance de l'organe exécutif, et l'on s'explique que la pratique l'ait toujours maintenue. Prenons enfin l'organe judiciaire, il n'a pas actuellement chez nous d'importance politique, mais s'il en avait, on s'apercevrait qu'il faudrait lui reconnaître comme aux anciens parlements le droit de faire certains arrêts de règlement, cette demi-compétence législative apparaîtrait comme nécessaire à sa propre indépendance;

b) L'unité finale de la souveraineté doit être reconstituée par la domi-

(1) Constitutions françaises de 1791 et de l'an III. Constitution des États-Unis de l'Amérique du Nord. Cfr. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 2^e édit., p. 284.

nation politique de l'un des pouvoirs sur l'autre. Actuellement, cette domination appartient au pouvoir législatif (1).

Nous devons ajouter deux observations :

1° Du moment que la **séparation des pouvoirs** n'a pas seulement un sens fonctionnel, mais aussi un sens politique, il n'est pas correct de définir les pouvoirs constitutionnels en les rapportant à la loi qui, elle, n'a qu'une valeur fonctionnelle. On connaît la formule si souvent répétée : « le pouvoir législatif est celui qui fait la loi, le pouvoir exécutif celui qui exécute la loi, etc... ». Cette formule est vaine puisqu'elle est incomplète; le pouvoir exécutif fait autre chose qu'exécuter la loi, puisqu'il exerce du pouvoir politique puisé dans l'unité de la souveraineté (2);

2° Par suite, la question tant discutée de savoir s'il y a trois pouvoirs ou s'il y en a seulement deux, si le pouvoir judiciaire n'est qu'une branche de l'exécutif ou s'il est un pouvoir indépendant, ne doit pas être posée par rapport à la loi. Il ne sert à rien de dire que par rapport à la loi on ne conçoit que deux actes, sa confection et son exécution, que par suite il ne doit y avoir que deux pouvoirs, le législatif et l'exécutif, puisque la définition des pouvoirs dépasse celle de la loi et que la raison de leur séparation est autant politique que fonctionnelle. Il s'agit de savoir, si au point de vue politique, il est utile de donner de l'indépendance au pouvoir judiciaire, voilà tout (3).

§ 3. La fin de la souveraineté est-elle uniquement de réaliser la chose publique?

Voilà la question grave qui est plus importante que celle du rôle économique de l'État. Il y a dans l'État, la souveraineté ou puissance publique, qui représente un certain organisme politique, puis la

(1) Cette conception de la séparation des pouvoirs tient compte des préoccupations d'unité qui se sont manifestées dans ces derniers temps, elle se rapproche, en la modérant toutefois, de celle de M. Duguit dans son excellente brochure, *La séparation des pouvoirs et l'assemblée nationale de 1789*. Paris, Larose, 1893; elle est celle de M. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 2^e édit., p. 269 et s. — Cfr. Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, 1884; et des Cilleuls, *Progrès de la distinction des pouvoirs depuis le x^e siècle jusqu'en 1789*. Bulletin du Comité des travaux historiques, 1898.

(2) Elle n'est d'ailleurs pas de Montesquieu comme on l'a prétendu, elle ne résume même pas exactement sa pensée, elle est de certains hommes de la Révolution, Cazalès, Mirabeau, Mounier, Duport, Maury, Garat, etc...

(3) Les auteurs sont nombreux dans notre droit moderne qui n'admettent que deux pouvoirs parce qu'ils commettent l'erreur de définir les pouvoirs constitutionnels par la loi. V. notamment Dueroq, *Cours de droit administratif*, 7^e édit., t. I, nos 35, 36, et chose un peu singulière, M. Duguit, *op. cit.*, p. 44. — M. Esmein, *op. cit.*, p. 305 et s., pose au contraire la question sur son véritable terrain, aussi est-il partisan de trois pouvoirs et non de deux.

Polémique

discussion polémique
 01 = juridica
 redus hie
 2 ou 3 pouvoirs

chose publique qui représente une certaine manière d'être des rapports sociaux; nous admettons, et cela est certain, que la souveraineté est, en principe, au service de la chose publique; par là, nous admettons que les organismes politiques et les nations sont un moyen qui sert à réaliser de la civilisation; mais la souveraineté n'a-t-elle point aussi une fin propre qui serait le maintien de l'organisme politique; cette fin propre ne constitue-t-elle pas une limite à son emploi en faveur du développement de la chose publique? En d'autres termes, l'organisme politique n'a-t-il point à se préoccuper de son propre salut, s'il est mis en péril par le développement de l'individualisme excessif qui est l'aboutissement fatal du concept de la chose publique? On a déjà vu des États se dissoudre par excès d'individualisme. Est-ce un phénomène normal?

Je ne le crois pas. Je crois qu'il est du devoir de l'État souverain de défendre son unité nationale lorsqu'elle est menacée par l'individualisme interne. J'estime que, en ce sens, le but de l'État est limité par la raison d'État, et que si l'État doit se réaliser lui-même le plus possible comme chose publique, c'est néanmoins en conservant sa double forme et par suite en sauvegardant les conditions d'existence de sa souveraineté. Voici quelques arguments : 1° quelque opinion que l'on ait des organismes politiques, on est bien obligé de reconnaître qu'il y a en eux un principe particulier de vie. Or, il n'est pas dans la nature de la vie de se supprimer elle-même, il est au contraire dans sa nature de chercher à se perpétuer; 2° A supposer que la vie des organismes politiques ne soit que pour assurer une certaine perfection de civilisation profitable aux individus, en aucun cas il n'appartiendrait aux individus qui composent la génération actuelle de briser un instrument qui est fait pour la suite des générations, qui a servi aux aïeux et qui doit servir aux arrière-neveux; c'est là qu'il faut réfléchir que l'organisme politique d'un État abrite une société, c'est-à-dire un certain être collectif qui peut singulièrement souffrir d'avoir perdu cette protection.

Cela dit, il est bien impossible de déterminer à l'avance les cas dans lesquels la raison d'État peut être invoquée, l'instinct de conservation en avertit les gouvernements. Il suffit d'avoir affirmé qu'elle subsiste, bien que son emploi devienne plus exceptionnel à mesure que la chose publique se réalise davantage. L'ensemble de la légalité détermine les cas dans lesquels elle ne peut pas être invoquée (cfr. *infra* la théorie des actes de gouvernement).

CHAPITRE II

LE RÉGIME D'ÉTAT.

SECTION I. — NOTION DU RÉGIME D'ÉTAT.

Nous savons déjà que le régime d'État est envisagé par rapport aux éléments sociaux internes de l'État. On peut le définir *la participation des libertés particulières et de la souveraineté en vue de la réalisation de la chose publique, c'est-à-dire dans des fins d'égalité individuelle* (1).

I. Que le régime d'État nous paraisse établi dans des fins d'égalité individuelle, cela ne doit pas surprendre. D'une part, nous l'envisageons par rapport à nous, et il n'est pas étonnant que nous le tournions à notre profit; d'autre part, la conception de la chose publique tend par elle-même à l'égalité individuelle (V. p. 9). On peut même ajouter que nous assimilons l'égalité individuelle à la justice, et que par là le régime d'État nous paraît établi en vue de la justice.

II. En soi, il consiste en une participation des libertés : toutes les libertés particulières émancipées, grâce à l'application progressive du concept de chose publique, travaillent de concert entre elles et de concert aussi avec la souveraineté à réaliser toujours davantage cette chose publique; dans cette collaboration active, toutes ces libertés participent les unes des autres, c'est-à-dire bénéficient les unes des autres, s'augmentent l'une par l'autre, et il en résulte plus de justice. La souveraineté, par exemple, profite du développement des libertés particulières qui augmentent la force de l'État, les libertés particulières profitent de la souveraineté, et l'on peut admettre que c'est un droit

(1) La définition de Kant : « L'État est le tout social par rapport à ses parties », convient au régime d'État beaucoup plus qu'à l'État. L'État est une réalité objective, le régime d'État est une réalité qui devient subjective en grande partie, car il est la participation du sujet individuel à l'État. Cependant j'estime que le régime d'État lui-même n'est pas entièrement subjectif; j'en trouve la preuve dans l'existence du droit objectif, je crois même que ce n'est que par un progrès que le régime d'État passe de la manière d'être objective à la manière d'être subjective; il devient subjectif plutôt qu'il ne l'est. C'est pourquoi j'en donne une définition objective.

fondement "libéral"
de Rousseau
→ Individus des
peuples civils

pour toute existence sociale particulière de participer ainsi à la souveraineté de l'État (1).

III. La combinaison de l'égalité et de la liberté donne la fraternité entendue comme une assistance légale qui permet de réaliser effectivement, et non plus seulement virtuellement, un certain minimum d'égalité dans les ressources que procure la liberté. Par conséquent, la trilogie française, liberté, égalité, fraternité, exprime assez bien l'essence du régime d'État (V. *infra*, le chapitre des droits individuels).

IV. Du moment que le régime d'État consiste en une participation des libertés, il est clair que ces libertés, malgré qu'elles bénéficient l'une de l'autre, se limitent aussi l'une l'autre. Ces limitations se présentent en la forme comme des limitations de la souveraineté imposées par la légalité, les existences sociales particulières ayant en fait de liberté ce qui est retranché au pouvoir de la souveraineté; cette façon de représenter les choses provient de ce que la souveraineté étant la *suprema potestas*, le préalable lui appartient et en somme elle se limite elle-même :

a) La souveraineté de l'État est limitée par les libertés individuelles, cela est fort connu; on sait que le régime d'État ne va point sans des libertés de l'individu et que le développement du régime est toujours marqué par une augmentation de ces libertés : 1° Le principe s'en trouve dans la « chose privée » que nous avons distinguée de la « chose publique », et qui est faite des différences individuelles irréductibles (V. p. 10). Le propre du régime d'État est d'avoir ramené ces différences individuelles à des libertés virtuellement égales dans leur principe telles que la liberté du travail, la liberté de la propriété. Sans doute l'exercice de ces libertés amènera des différences de fait entre les hommes, mais comme ces différences de fait ne seront pas consacrées en elles-mêmes et ne deviendront pas des privilèges, comme à chaque génération la vie recommencera sur le fondement de la liberté égale pour tous, les différences individuelles seront ramenées à leur minimum. Ainsi le

(1) Le régime d'État a donc quelque chose de plus large que l'État proprement dit, en ce que les existences particulières qui ne sont pas complètement absorbées dans l'État participent cependant au régime d'État. Cela tient à ce que l'État crée autour de lui et en lui un milieu qui dépasse son individualité, ce qui est le propre de toute vie. Cette vérité apparaît surtout lorsqu'on envisage le régime d'État en tant qu'il se réalise. Il s'établit soit par une subordination des existences particulières à la puissance publique, soit par une collaboration de ces mêmes éléments particuliers avec la même puissance publique. En effet, il ne faut pas considérer les éléments de la nation comme passifs et comme subissant seulement l'action de la souveraineté; ils sont actifs et contribuent de concert avec les organes souverains à la réalisation de la forme État.

Le travail de conduite auquel il faut se livrer pour amener les hommes à la forme État entraîne deux conséquences : la création d'un organe de conduite, la puissance publique, et la collaboration de la masse qui doit être conduite à l'activité de cet organe. En droit administratif, nous aurons à tirer de là des conséquences très importantes pour la théorie de la gestion administrative.

régime d'État a imprimé sa marque à la chose privée et l'a traduite en libertés individuelles; 2° ce n'est pas seulement la chose privée qui se résout en libertés individuelles, c'est aussi la chose publique par des libertés comme celle de la presse, celle de l'enseignement, celle de réunion, celle du droit de suffrage, etc., et toujours le régime d'État impose l'égalité virtuelle dans la jouissance des diverses libertés.

b) Il n'y a pas que les libertés individuelles qui limitent la souveraineté, il y a encore la liberté corporative, à la condition qu'elle soit façonnée, elle aussi, par le régime d'État.

Cela résulte des observations suivantes :

1° Les corporations ont une existence sociale certaine; 2° Elles sont dans l'État, considéré comme souverain, qui, nous l'avons vu, admet même les organisations différentielles (p. 17); 3° Du moment que les corporations sont dans l'État, elles ont droit à la liberté dans le régime d'État, car toute existence particulière y a droit à la liberté, à la condition d'être honorable, elles ont par là, même droit à la personnalité juridique qui est la forme nécessaire de leur liberté (1).

Mais il y a une condition, c'est que les corporations soient fondées, autant qu'il est en elles, sur le principe de l'égalité qui constitue l'esprit du régime d'État. Sans doute la corporation exprime un intérêt collectif différentiel, par exemple le syndicat professionnel exprime les intérêts particuliers de tel ou tel corps de métier, mais elle sera quand même conforme au régime d'État si, dans son organisation intérieure, elle possède un régime représentatif, si, d'une façon raisonnable, elle est basée sur le suffrage égalitaire, non pas sur l'hérédité, comme le furent à la mauvaise époque les maîtrises et jurandes.

Les conclusions qui précèdent au sujet de la liberté corporative s'appliquent aux églises, aux corps et communautés, aux administrations décentralisées, aux établissements publics. Les églises chrétiennes sont dans la plupart des pays organisées corporativement dans l'État, mais distinctes de lui. Il en est, comme l'Église catholique, qui constituent des corporations internationales. Il convient évidemment de les prendre telles qu'elles se présentent, d'accepter la liberté de leur existence sociale et les restrictions qu'en leur considération la souveraineté de l'État s'impose en matière de culte. Mais notre théorie générale de la souveraineté conduit à la condamnation de la séparation absolue des églises et de l'État, doctrine contraire à cette vérité que toutes les existences sociales honorables qui se meuvent dans le régime d'État ont droit à participer à la souveraineté de l'État.

Les corps et communautés sont les corporations ordinaires, il en sera parlé au chapitre du droit public corporatif.

Les administrations décentralisées peuvent être envisagées comme

(1) Le tout avec des précautions pratiques qui seront indiquées par la suite.

des corporations en tant qu'elles représentent des intérêts collectifs différenciés. Si la décentralisation n'est pas une simple répartition centrifuge du pouvoir de l'État, elle suppose une vie locale corporative (1).

Enfin les établissements publics qui gèrent des services spéciaux, par conséquent différenciés, sont essentiellement des corporations; ils l'étaient jadis, leur parenté avec les établissements d'utilité publique montre qu'ils le sont encore. Il y a eu là empiètement de l'État.

V. de ce que le régime d'État se présente comme une participation des libertés particulières et de la souveraineté dans une œuvre commune qui est la réalisation de la justice, il ne s'ensuit point qu'il n'ait pas en lui de l'autorité, du commandement, de la puissance publique, de la coercition.

Sans doute, le régime d'État est essentiellement volontaire, mais il est aussi en partie forcé. L'apparition de la contrainte provient de ce que parmi les participants au régime de l'État il y a la souveraineté qui est la *suprema potestas* et qui, en cas de conflit, doit être obéie, parce que la réalisation du régime d'État est de droit (V. la section suivante). Maintenant pourquoi y a-t-il des conflits? Pourquoi dans la réalisation d'une œuvre de justice faut-il prévoir des résistances particulières aveugles et injustes? Autant demander pourquoi l'existence du mal. Le droit de contraindre, le droit de punir qui font partie du régime d'État proviennent de la nécessité qu'il y a que la justice triomphe de l'injustice, le bien du mal, la vérité de l'erreur, sans quoi le régime est impossible (2).

VI. Le régime d'État est dans une certaine mesure territorial, comme la chose publique elle-même, c'est-à-dire qu'il constitue un statut en partie réel : 1° Le régime d'État de la métropole ne s'étend pas de plein droit aux possessions coloniales et il en résulte que les indigènes ne bénéficient point de plein droit des garanties individuelles; l'habitant de la métropole qui se trouve dans une possession coloniale perd lui-même quelques-unes de ces garanties; 2° dans l'ensemble des pays métropolitains civilisés, il existe une sorte de régime d'État international qui procure aux différents nationaux la jouissance des mêmes droits civils, même s'ils habitent à l'étranger, cela tient à ce qu'il se crée certainement une chose publique internationale, qui est l'un des éléments

(1) La commune notamment ne sera régénérée qu'en devenant un groupement corporatif. Dans les petites communes rurales, un syndicat agricole, une caisse rurale, une société de secours mutuels; dans les communes urbaines, une union de syndicats professionnels.

(2) Il ne suffit donc pas de justifier le droit de punir par la nécessité de la défense sociale, il le faut motiver par la nécessité où se trouve la société de vivre sous un certain régime qui est le régime d'État et de défendre ce régime. Cette argumentation suppose, il est vrai, que le régime d'État constitue par lui-même un état de droit, ce qui sera développé à la section suivante.

Ponbo
myn londi

de l'État; 3° tout homme, en touchant une terre métropolitaine acquiert un certain minimum de droits individuels; s'il était esclave, il devient libre.

SECTION II. — LE RÉGIME D'ÉTAT ET LE DROIT.

I. *Le régime d'État est par lui-même un état de droit.* — Sans doute il existe un Droit sous toutes les organisations sociales, car sous tous les régimes la justice cherche à se réaliser pratiquement, mais il y a une affinité particulière entre le Droit et le régime d'État parce que tous les deux cherchent directement la justice. Cette affinité aboutit à une fusion complète et l'on peut dire que le régime d'État constitue par lui-même un état de droit. Cela n'est vrai théoriquement que lorsque le régime d'État se maintient dans la direction de la justice et il est bien entendu qu'en fait il peut dévier vers l'injustice; mais il y a présomption en faveur de la rectitude de sa conduite, de telle sorte que pratiquement le régime d'État se confond avec le Droit positif.

Il suit de là plusieurs conséquences :

1° Toute situation d'état créée en fait tend à se transformer en situation de droit; ce principe nous sera de la plus grande utilité en Droit administratif pour caractériser les situations créées par la puissance publique, soit quand elle se superpose aux administrés soit quand elle collabore avec eux. Il signifie que la situation d'état est un fait juridique qui vaut par lui-même sans qu'il soit besoin de l'analyser en un contrat; c'est-à-dire que les situations créées par l'action parallèle des hommes, sous la protection de la foi publique et dans le sens de la loi, acquièrent la même valeur juridique que s'il y avait eu échange de consentement; elles acquièrent cette valeur en Droit privé par la prescription, et en Droit public sans la prescription, par cela même que l'administration a contribué elle-même à créer l'état de fait et parce que, d'ailleurs, l'administration n'agissant jamais qu'en vertu de règlements, cet état de fait est déjà juridique d'une certaine façon;

2° Toute situation d'état tend à s'analyser en des droits par un procédé qui est cher au Droit. C'est pour cela que la situation des individus vis-à-vis de l'État s'analyse en des droits individuels et que la situation de l'État vis-à-vis des individus s'analyse en des droits de puissance publique;

3° Le Droit, de son côté, subit l'action de l'État : la matière des règles de droit est de plus en plus fournie par le régime d'État, c'est-à-dire qu'elle se présente comme une participation des libertés dans des fins d'égalité individuelle; la forme des règles est de plus en plus l'œuvre des autorités de l'État puissance publique. En somme, l'État opère une main-mise sur le Droit et cela se fait grâce à la loi. La loi est une source du droit particulièrement adaptée à l'État en ce qu'elle crée des stabili-

tés modifiables. Elle est plus stable que le règlement, elle est plus facile à modifier que la coutume; elle est *réformiste*, elle correspond donc parfaitement à cet équilibre mobile qui est le propre du régime de l'État. Aussi, c'est avec le Droit légal que l'État s'identifie et nous avons vu figurer parmi les pouvoirs de la Souveraineté celui de faire la loi. Pour toutes ces raisons la théorie du régime d'État suppose une théorie de la légalité.

II. *La détermination des droits dans le régime d'État.* — Ainsi qu'il a été remarqué plus haut, les situations d'État tendent à se résoudre en des droits qui naissent soit au profit des individus, soit au profit des personnes morales corporatives, soit au profit de la puissance publique. C'est donc dans le régime d'État que naissent les droits; cela appelle les observations suivantes :

a) Il ne faut pas dire sans précautions que les droits procèdent de l'État, cette expression n'est pas tout à fait exacte et elle devient dangereusement fautive si l'on traduit État par gouvernement. La vérité est complexe et il faut distinguer la matière des droits et leur forme. La matière d'un droit est *une liberté particulière participant à la stabilité générale*, elle se crée dans le régime d'État à la fois dans les faits et dans la conscience; la forme d'un droit est une formule sous laquelle il est sanctionné et peut se réaliser extérieurement, elle est l'œuvre de l'État puissance publique. *Ainsi le régime d'État fournit la matière des droits, l'État puissance publique concède leur formule.* En fait lorsque le gouvernement par son organe législatif, ou autrement, concède un droit, il y a longtemps que ce droit est réclamé, c'est-à-dire qu'il y a longtemps que sa matière s'est créée dans le régime d'État;

b) *La détermination des droits subjectifs est un procédé essentiellement individualiste.* En soi l'État crée ou garantit des situations objectives, or la transformation des situations objectives en droits subjectifs n'est jamais complète; de là la distinction suivante.

III. *La distinction du droit subjectif et du droit objectif.* — On appelle droit subjectif, celui dont les règles correspondent à des droits subjectifs pour des personnes; droit objectif, celui dont les règles ne correspondent point à des droits subjectifs pour des personnes, et, en somme, ne peuvent être rattachées qu'à l'organisation sociale. Or la détermination des droits subjectifs a une limite. Si toutes les situations créées par l'État sont réglées par le Droit, toutes ne se résolvent pas en des droits subjectifs; il subsiste donc des matières objectives. Nous verrons en étudiant le Droit administratif, que la puissance publique donne lieu à la fois à des règles subjectives et à des règles objectives. Ainsi, *on peut déterminer les droits qui constituent la puissance publique, droits de police, droit d'impôt, droit d'expropriation, etc., de sorte que la jouissance des droits de puissance publique par la personne État est une matière subjective; mais si l'on passe à l'exercice de ces droits dans*

l'administration, on s'aperçoit que la matière est en partie objective et que notamment la *voie d'autorité* ne met pas en jeu la responsabilité subjective de la personne État.

Bien qu'il y ait un résidu de droit objectif et bien qu'il doive toujours en subsister un parce que l'individualisme ne peut pas se réaliser complètement au détriment de l'organisme social, la marche du Droit dans le régime d'État est de développer continuellement le Droit subjectif aux dépens du Droit objectif. A mesure qu'il se crée des règles objectives par des organisations nouvelles, les organisations anciennes sont envahies par le droit subjectif, c'est-à-dire tournées peu à peu au profit de l'individu.

SECTION III. — THÉORIE DE LA LÉGALITÉ.

§ 1. Théorie générale de la légalité (1).

Je prends *légalité* dans le sens de règne souverain de la loi. La loi dans sa définition complète est la règle écrite, œuvre délibérée de réflexion sociale, contenant une détermination du régime d'État, c'est-à-dire une réforme dans le sens de la liberté (2).

Le régime de la légalité est établi : 1° Lorsque toutes les sources du droit autres que la loi sont soumises à la loi ; 2° Lorsque toutes les existences sociales, y compris l'État considéré comme individualité politique, gouvernementale et administrative, sont soumises au bloc du droit légal.

1. De la subordination à la loi des autres sources du droit. — Les sources du droit, telles que la coutume, la jurisprudence, le règlement, sont toutes subordonnées à la loi, en ce sens qu'elles peuvent y suppléer dans une certaine mesure, mais qu'elles ne peuvent ni l'abroger ni la corriger.

a) *Subordination de la coutume à la loi.* — Il est incontestable d'abord, que la coutume dans notre droit ne peut ni abroger la loi ni déroger à la loi ; autrement dit les lois ne tombent pas en désuétude (3).

b) *Subordination du règlement à la loi.* — Le règlement est comme la loi une source de droit écrit, mais il ne procède pas du même pouvoir, étant l'œuvre du pouvoir exécutif et non du pouvoir législatif, et il n'a

(1) Cette théorie n'est applicable que dans la métropole. Pour la légalité dans les possessions coloniales, V. *infra*, § 5.

(2) Cette définition de la loi est à la fois « matérielle » et « formelle », les éléments en sont expliqués séparément aux deux paragraphes suivants.

(3) Pour ce qui est de suppléer à la loi par la coutume, il faut distinguer deux hypothèses : 1° quelquefois la loi elle-même déclare qu'on devra s'en référer aux usages locaux ; telle est, par exemple, en matière de pavage des rues des villes, la disposition

degré de la loi

degré de la loi
à l'intérieur ou
extérieur du droit

plus le même objet, ayant pour but, non la détermination du régime d'État, mais plutôt l'organisation sociale pure et simple. Le règlement est essentiellement subordonné à la loi, cela est considéré comme une garantie constitutionnelle de liberté. Il est illégal s'il contredit une loi ou s'il porte atteinte à une liberté consacrée par une loi. Il n'a donc point le pouvoir de corriger la loi, mais il peut y suppléer. Suivant la formule constitutionnelle « il assure l'exécution des lois ». En fait il sert : 1° à publier le texte des lois (1); 2° à compléter par des mesures de détail et à organiser pour ainsi dire les principes posés dans les lois, afin de les ajuster à la vie réelle; 3° à organiser les régions où le régime d'État n'est pas établi, par exemple les possessions coloniales.

c) *La subordination de la jurisprudence à la loi.* — Théoriquement, la jurisprudence est dans la même situation que le règlement, elle ne peut pas corriger la loi, elle peut seulement suppléer aux lacunes de la loi; ce *jus supplendi* constitue même pour elle une obligation, l'art. 4 du Code civil s'exprime ainsi : « le juge qui refusera de statuer sous prétexte du « silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Pratiquement, ce droit de suppléer à la loi peut engendrer, s'il est manié hardiment, un certain *jus corrigendi* en ce sens qu'il peut être établi des jurisprudences contraires, sinon à la lettre formelle de la loi, du moins à l'esprit primitif de la loi. En effet, le juge est chargé d'interpréter la loi. C'est donc lui d'abord qui interprète les silences et les insuffisances de la loi, et par conséquent les cas dans lesquels il y a lieu de suppléer à la loi. Ensuite, il peut estimer qu'il est placé en présence du seul texte de la loi, qu'il n'a point à rechercher l'esprit dans lequel ce texte a été rédigé lors du vote, mais qu'il doit au contraire s'efforcer de l'interpréter dans le sens des besoins pratiques actuels. Il naît de cette interprétation *a posteriori*, au profit de la jurisprudence, un certain pouvoir d'évo-

de l'art. 4 de la loi du 7 juin 1845, alors les usages suppléent à la loi au point d'être appliqués par le juge; 2° il arrive aussi qu'il se constitue des usages ou des précédents auxquels aucune loi ne se réfère, tels sont les précédents qui se sont établis soit au sujet du fonctionnement des assemblées administratives délibérantes, soit au sujet des rapports des grands pouvoirs publics. Ces usages n'ont pas la même vertu; ils ont certainement dans la pratique une valeur et on a eu raison de dire que nos lois constitutionnelles, notamment, ont reçu de ce chef un complément logique fort utile; mais ils ne peuvent point servir de base à des recours devant le juge. En matière administrative, par exemple, ni un recours pour excès de pouvoir, ni une action en nullité contre une délibération d'assemblée ne pourraient être fondés sur la violation d'une règle purement coutumière.

(1) Cette publication, qui légalement résulte de l'insertion au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois* (décr. du 5 nov. 1870), en fait est réalisée par des affichages ou des criques, que les préfets sont tenus de prescrire et de surveiller, et que les maires sont tenus de faire exécuter dans chaque commune (art. 92 et 94, L. 5 avr. 1884). Une loi déjà publiée, peut être publiée à nouveau, si besoin est.

lution dans l'interprétation de l'esprit de la loi qui s'est affirmé dans maintes occasions, même en matière civile, et qui est aujourd'hui hautement revendiqué comme un droit par un fort parti dans la doctrine (1).

A ce point de vue, la jurisprudence administrative est dans une situation plus avantageuse encore que la jurisprudence civile pour les raisons suivantes : 1° Les lois administratives ne sont pas aussi complètes ni aussi codifiées que les lois du droit privé, elles présentent donc plus de ces silences, de ces obscurités, de ces insuffisances, qui donnent prise au juge ; 2° les recours administratifs donnent lieu à un débat sur la recevabilité qui augmente les pouvoirs du juge ; 3° le juge administratif supplée à la légalité en ce sens que souvent il peut dans une certaine mesure, faire abandon des droits de l'administration, d'autant mieux qu'il appartient lui-même à l'administration. La jurisprudence du Conseil d'État a été qualifiée de *quasi-prétorienne* ou de *semi-prétorienne* (2) et ces expressions sont d'autant mieux justifiées que ce conseil a créé de toutes pièces le recours pour excès de pouvoir. Sans doute il n'a pas annoncé à l'avance comme le prêteur qu'il le donnait dans telle ou telle hypothèse, mais il l'a fait ; s'il n'a pas eu le pouvoir réglementaire du *judicium dabo*, il a eu le pouvoir juridictionnel de la création d'une institution nouvelle (3) (4).

II. De la soumission au « bloc légal » de toutes les existences sociales, y compris l'État lui-même. — Il ne suffit pas que le droit légal établisse son empire sur les autres formes du Droit, il faut encore que toute vie sociale lui soit soumise.

Il convient de distinguer ici les administrés et l'administration. Il va de soi que les administrés sont soumis aux lois et aux règlements légalement pris ; ils supportent donc les obligations établies par le bloc de la législation et de la réglementation avec les seules différences de sanction qui peuvent exister entre les lois et les règlements et avec la possibilité de discuter la légalité des règlements (V. *infra*, § 2). En revanche, il a fallu longtemps pour faire admettre que l'État considéré comme gouvernement et comme administration, était lui aussi obligé par le bloc légal, c'est-à-dire par l'ensemble des lois et des règlements légalement pris. La principale difficulté a été d'admettre que l'administration s'obligeait elle-même par les règlements qu'elle prend pour s'organiser. Mais le droit administratif est entré résolument dans cette

(1) A consulter sur le mouvement de doctrine qui se dessine au sujet du pouvoir d'évolution de la jurisprudence, Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, Caen, 1898, et tous les auteurs qu'il cite.

(2) Cf. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 441 *in fine*.

(3) Il ne faut pas oublier que le Conseil d'État a développé non seulement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, mais aussi les ouvertures, c'est-à-dire les motifs d'annulation, que par exemple il a créé le vice de *détournement de pouvoir*.

(4) Ce pouvoir d'évolution de la jurisprudence, qui est le correctif de sa subordination

Parquets : gnis

A soumission de l'État aux lois
par les règlements

Bloc L
legis

bono do

voie qui est simplement celle de la limitation de la souveraineté par elle-même (V. p. 23).

Pour les administrations locales, il y a des dispositions comme celle de l'art. 63, L. 5 avril 1884, ou celle de l'art. 47, L. 10 août 1871, qui visent des nullités ou des annulations de délibérations pour violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique. Pour l'administration centrale, il y a le recours pour excès de pouvoir du chef de violation de la loi et du droit acquis qui est donné aussi bien pour violation de règlements. Sans doute les administrés ne sont pas toujours recevables à attaquer les actes de l'administration qui sont pris en violation d'une loi ou d'un règlement, il y a là la grosse question des *actes discrétionnaires* (V. *infra*), mais la jurisprudence du Conseil d'Etat tend de plus en plus à restreindre le nombre de ces actes et par conséquent à faire pénétrer la légalité dans l'administration.

Observons, dans tous les cas, qu'à ce point de vue, grâce au principe que les règlements sont subordonnés à la loi et doivent être légalement pris, lois et règlements forment un seul bloc et constituent également des éléments de la légalité. Mais nous avons réservé la question de savoir comment s'agencent ces deux éléments essentiels de la légalité, à quelles conditions les règlements sont légalement pris, quel est leur domaine et quel est celui de la loi proprement dite. Les deux paragraphes suivants vont être consacrés à cet examen.

§ 2. Théorie « matérielle » de la loi et du règlement (1).

1. Définition « matérielle » de la loi. — Envisagée au point de vue de

à la loi, est le complément indispensable du régime de la légalité. Sans lui la carapace légale serait à la fois insuffisante par ses solutions de continuité et oppressive par sa rigidité. Une jurisprudence sagement progressive supplée aux imperfections de la loi actuelle et prépare les matériaux de la loi future. Déjà bien des lois récentes ne sont que la consécration de la jurisprudence établie. C'est ainsi par exemple que la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure devant les conseils de préfecture n'a fait qu'homologuer pour ainsi dire l'organisation créée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

(1) Dans la troisième édition de ce précis, je n'avais développé que la théorie « formelle » de la loi et du règlement. Dans une série d'articles, MM. Gaston Jèze et Emile Bouvier ont pris le contrepied et ont développé une théorie « matérielle » de la loi et du règlement (*La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances, Revue critique de législation*, 1897). Je suis heureux d'avoir suscité ces articles, car mon désir est d'introduire progressivement dans notre enseignement des questions théoriques qui depuis longtemps sont classiques à l'étranger. La vérité est qu'il y a à la fois une théorie « formelle » de la loi et du règlement qui est relative à la question de la force exécutoire et une théorie « matérielle » qui est relative à d'autres questions, par exemple, à celle de la légalité des règlements, ou à celle de la distinction des décrets-lois et des décrets réglementaires rendus pendant les périodes révolutionnaires, ou encore à celle de la véritable nature des *déclarations de droits* qui ne contiennent pour ainsi dire que de la matière de loi, mais qui ne sont pas des lois complètement formées, parce qu'elles ne déterminent pas.

Bibliographie : Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Fribourg, 1889.

sa matière, la loi est une représentation des rapports sociaux vus dans le régime d'État (1). N'oublions pas que le régime d'État est une certaine manière d'être de la société; les rapports sociaux vus dans le régime d'État n'ont pas le même aspect qu'ils auraient dans une société où n'existerait pas l'État, ils sont réformés. Les lois de l'État ressemblent autant que possible aux lois de la nature; pourtant elles ne sont pas directement « les rapports nécessaires qui découlent de la nature des choses », elles sont « une certaine représentation de cette nature des choses pénétrée d'un certain idéal qui est celui du régime d'État ». Si nous nous souvenons que le régime d'État est dans son essence une participation des libertés, nous aboutirons à cette définition plus précise : la matière de la loi est une réforme dans le sens de la liberté :

a) La matière de la loi est une réforme; la loi saisit un rapport social déjà existant, elle s'efforce de le conformer au régime d'État qui est en partie idéal, elle réforme donc ce rapport; d'ailleurs, nous avons vu que l'État tout entier est un système de réforme sociale. Il suit de là plusieurs conséquences :

1° Puisque la loi est réformatrice, il n'est pas dans sa nature de contenir acte nouveau; en cela, elle se distingue de l'acte exécutif, qui, lui au contraire, est créateur de relations nouvelles; conséquences : α) il ne devrait pas y avoir de lois organiques dans le sens rigoureux du mot; s'il y en a quelques-unes, c'est dans l'intérêt supérieur de la liberté; les organisations nouvelles sont du domaine des règlements qui sont des actes exécutifs; si des organisations nouvelles ont été rendues nécessaires par des réformes législatives, elles doivent être opérées par des règlements qui seront le complément de la loi; c'est dans ce sens et dans cette mesure que les règlements sont pour l'application ou pour l'exécution des lois; aussi la réglementation n'est-elle point matière de la loi (2); β) il ne devrait pas y avoir de lois d'affaires; s'il y en a, c'est pour des motifs constitutionnels, mais ce sont au fond des délibérations administratives du parlement. Au point de vue formel, c'est-à-dire pour la force exécutoire et la non-recevabilité des recours contentieux, on les traite comme des lois (3), mais au point de vue matériel, leur nature d'acte d'administration apparaît (4).

(1) Je ne fais pas apparaître dans la définition « matérielle » de la loi son caractère de règle de conduite déterminée. A mon avis, la détermination qui se trouve dans la loi et qui sert de base à la force exécutoire tient à la formule et par conséquent à la forme. Les déclarations de droits sont des actes qui ne contenant ni détermination ni règle, n'ont que la matière de la loi et auxquels manque l'élément de forme.

(2) Malgré cela, la partie réglementaire d'une loi ne saurait être modifiée par un simple règlement, parce que la modification ou l'abrogation des lois est une question de forme, et qu'un acte en forme de loi ne peut être modifié que par une loi.

(3) Laferrière, *Traité de la jurid. adm.*, 2^e éd., t. II, p. 16.

(4) Ainsi, le fait qu'une concession de travaux publics est approuvée par une loi, au lieu de l'être par un décret, n'empêche point que le contentieux de l'opération ne de-

2°) Les lois sont l'expression d'un équilibre mobile, elles créent une stabilité particulière qui procure une certaine fixité des rapports sociaux, mais en laissant la porte ouverte à des réformes ultérieures qui sont considérées comme des progrès. Aussi me garderai-je bien de dire que les lois sont naturellement perpétuelles ou qu'il n'est pas dans la nature de la loi d'être transitoire ou annuelle, ou à titre d'essai (1). A ce point de vue, il y a une différence entre la loi et la coutume qui, par essence, est perpétuelle. Il y a la même différence entre la loi et le contrat, car les stipulations du contrat sont naturellement perpétuelles (2).

b) La matière de la loi est une réforme *dans le sens de la liberté*, cet élément de la définition appelle les observations suivantes :

1° La liberté étant matière de la loi, il y a un domaine matériel de la loi qui comprend les institutions et les règles nécessaires à la garantie de la liberté. On considère généralement comme étant à ce titre du domaine de la loi : α) les règles constitutionnelles ; β) les règles organiques des grands pouvoirs publics ; γ) les règles de décentralisation administrative ; δ) les règles organiques des libertés individuelles (3) ; ε) les règles pénales ; ζ) les actes qui établissent des taxes ; η) les actes qui organisent des juridictions nouvelles (Cfr. Pierre, *Traité de droit politique*, 1893, p. 56 et s.) ;

2° De ce que la liberté est matière de la loi, il ne faut point conclure que toute loi se résolve nécessairement en des droits subjectifs dont profiteront directement les particuliers (4). Elle est très souvent employée à l'or-

meure administratif, et s'il y a lieu d'interpréter la disposition, déclaration d'utilité publique ou concession domaniale, il convient d'appliquer les règles ordinaires de l'interprétation contentieuse des actes administratifs, c'est-à-dire de s'adresser au Conseil d'État. Les cahiers des charges des concessions de travaux publics approuvés par des lois n'en sont pas moins soumis à la juridiction du conseil de préfecture. C. E. 18 avr. 1876, *Chemins de fer de Lyon*; Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 19; Aucoc, *Conférences*, t. III, p. 364 et 379. Déc. coufl. 24 déc. 1845, *De Nuzelles*; C. E. 7 août 1883, *Commune de Meudon*. V. pour plus de détails Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 19.

(1) En sens contraire, Jèze et Houvier (*op. cit.*, n° 14).

(2) Il est des instruments à forme légale qui dans leur texte même contiennent reproduction de contrats. Telles sont les lois homologuant des traités internationaux, tels sont les articles organiques du culte catholique qui contiennent reproduction du concordat; pour ceux-là il n'y a point de doute qu'ils ne renferment une matière contractuelle. Mais on a pu se demander à bon droit, si la matière contractuelle n'existe pas dans d'autres cas où la forme de la loi n'indique pas par elle-même qu'il y ait eu convention; par exemple, dans les articles organiques des cultes dissidents, qui en fait, ont été préparés après entente avec des assemblées synodales (Cfr. G. Cahen, *De la nature juridique du concordat*, *Revue du droit public*, 1896, t. II, p. 225); par exemple, dans la loi du 9 vend. an VI sur le tiers consolidé qui contiendrait une sorte de concordat irrévocable avec les créanciers de l'État (Cfr. Pech de Laclause, *L'impôt direct et la rente sur l'État*, Toulouse, 1898, p. 210; J. Barthélémy, *De l'insaisissabilité des rentes sur l'État*, Toulouse, 1899, p. 166).

(3) Parmi lesquelles il faut comprendre les règles des transactions privées.

(4) En d'autres termes, le droit légal ne se confond pas avec le droit subjectif, et le droit réglementaire, ne se confond point avec le droit objectif; d'une part, il y a des lois qui ne consacrent pas de droits subjectifs, telles, les lois constitutionnelles sur les rapports des pouvoirs publics; d'autre part, il y a des règlements qui en consacrent, la preuve

ganisation objective d'institutions qui sont des garanties de la liberté générale, mais qui n'engendrent par elles-mêmes aucune liberté particulière ;

3° Non seulement une loi n'apporte pas nécessairement aux individus une liberté nouvelle, mais elle peut, sans se mettre en contradiction avec sa propre nature, restreindre ou supprimer une liberté individuelle existante ou une garantie de liberté déterminée. car cela peut être bon pour la liberté générale ou pour une forme de liberté supérieure. Il suit de là qu'il ne saurait être question d'organiser une théorie « matérielle » de l'illégalité de la loi fondée sur ce qu'elle violerait la liberté, car il est impossible d'établir qu'une loi n'est pas faite pour la garantie de la liberté ;

4° Mais il peut y avoir une théorie « matérielle » de l'inconstitutionnalité de la loi. Il faut pour cela que dans un pays on considère certaines libertés comme plus fondamentales que les autres, comme des libertés « quadrangulaires » et qu'on les garantisse d'une façon spéciale par la constitution. Il faut encore qu'on reconnaisse aux juges le pouvoir de déclarer inconstitutionnelles les lois qui portent atteinte à ces libertés. Ces deux conditions ne sont pas réalisées en France.

II. *Notion « matérielle » du règlement.* — Envisagé au point de vue de sa matière, c'est-à-dire au point de vue de la nature de la règle qu'il contient, le règlement est une règle des rapports sociaux qui implique « simple organisation ». Ainsi, d'une part, le règlement est un acte nouveau qui contribue à l'organisation et à la croissance de l'organisme (1) et, d'autre part, le règlement n'est pas comme la loi intentionnellement orienté vers la liberté (2).

Suivant la nature et le degré d'importance des rapports sociaux à organiser, on doit employer telle ou telle espèce de règlement, il y a donc un domaine matériel des différents règlements (3).

en est que le recours pour excès de pouvoir du chef de violation de la loi et des droits acquis est donné aussi bien en cas de violation de règlements.

(1) De ce que le règlement est un procédé de croissance et de développement de l'organisme social, il suit qu'en principe la puissance publique n'est pas liée comme par un contrat par le règlement qu'elle a fait et qu'un règlement nouveau peut modifier le règlement ancien, car le développement de l'organisme est spontané. Toutefois exceptionnellement on rencontre des règlements qui ont matière de contrat parce qu'ils contiennent des conventions publiques, tels sont par exemple les arrêtés du ministre des travaux publics homologuant les tarifs de chemins de fer (art. 44. Ord. 15 nov. 1846), ces arrêtés ont force exécutoire réglementaire, V. *infra*, et cependant ils cachent des conventions publiques passées entre le ministre et la compagnie et ils ne peuvent être modifiés que d'un commun accord sur de nouvelles propositions de la compagnie.

(2) Je ne vais pas jusqu'à dire que le règlement soit l'expression de ce qu'il y a de nécessaire et de mécanique dans la vie sociale, je me borne à dire qu'il est l'expression de ce qu'il y a d'organique. Cela est plus près de la vérité, car dans l'organisation pure peut être impliquée une certaine liberté, dont on peut dire seulement qu'elle n'est pas directement et principalement voulue. De ce point de vue on comprend la jurisprudence du Conseil d'État qui fait sortir des droits acquis même des règlements administratifs généraux et qui peut-être en fera bientôt sortir des circulaires ministérielles ellea-mêmes (V. *infra*, recours pour excès de pouvoir, Violation de la loi et des droits acquis).

(3) Certaines matières ne peuvent être réglementées qu'au nom de l'État, soit par le

dynamisme de règlement
"simple organisation"

III. *Des décrets-lois.* — Dans les périodes anormales au point de vue constitutionnel, soit aux époques de despotisme, soit aux moments de Révolution, l'organe exécutif ayant en fait accaparé le pouvoir législatif, il a été rendu des décrets sur des matières qui étaient du domaine de la loi; la légalité de ces décrets aurait pu être contestée : en fait, elle a été acceptée et on les appelle des *décrets-lois* (1).

IV. *De l'illégalité des règlements qui ont empiété sur la matière de la loi.* — Mais dans les périodes normales, au point de vue constitutionnel, il est interdit aux règlements de s'emparer de la matière des lois (2).

Est donc entaché d'illégalité tout règlement qui tend à supprimer ou à restreindre une liberté consacrée par les lois, à moins qu'il ne soit lui-même l'application d'une loi. Cette illégalité peut être invoquée par voie d'exception devant les tribunaux ordinaires lors d'une

chef de l'Etat, soit par les préfets, sans pouvoir l'être au nom de la commune, par exemple le curage des petits cours d'eau; en d'autres termes, il y a des matières qui relèvent de la police de l'Etat et non de la police communale. La réciproque est vraie, il est des matières de police communale qui ne sont pas en même temps matière de police d'Etat, par exemple la circulation dans les rues d'une ville (Cons. d'Et., 8 déc. 1893, *maire de Gest*), et lorsque le préfet se substitue au maire, en observant les formalités de l'art. 99. *in fine*, L. 5 avril 1884, c'est la police communale qu'il exerce.

De même, parmi les matières de police d'Etat, il en est qui doivent être réglées par règlements d'administration publique, d'autres par règlements ordinaires, d'autres par arrêtés préfectoraux.

(1) 1° Il y a eu à diverses reprises, sous les gouvernements autoritaires, empiètement du pouvoir exécutif sur le législatif, et des règlements sont intervenus, là où il aurait fallu des lois. Ces décisions réglementaires ont été acceptées malgré tout, et tiennent encore la place de lois. Nombre de ces décisions sont l'œuvre de Napoléon I^{er}, qui avait été entraîné vers le pouvoir absolu (notamment, décr. du 16 déc. 1811 sur les routes impériales, créant des servitudes pour les riverains). La légalité de ces décrets n'avait pas été contestée sous son règne, elle le fut sous la Restauration; la Cour de cassation les a maintenus, sous prétexte que le Sénat, qui avait un délai pour les casser pour inconstitutionnalité, ne l'avait pas fait; des avis du Conseil d'Etat approuvés par l'empereur et publiés depuis le 16 septembre 1807 jusqu'en 1814, sont dans le même cas.

2° A chaque changement de régime, avant que les autorités nouvelles ne fussent régulièrement constituées, les gouvernements provisoires ont exercé à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et ont fait eux aussi des *décrets-lois*. Il y a eu de ces actes en 1830 et 1848, ils n'ont plus qu'un intérêt historique; mais il y en a eu en 1852 et 1870, qui sont encore en vigueur. Décrets rendus par le prince-président depuis le 2 décembre 1851, époque de la dissolution de l'Assemblée nationale, jusqu'au 29 mars 1852, époque de la réunion des nouvelles Chambres, notamment: Constitution du 14 janvier 1852, décr. du 23 mars 1852 dit de déconcentration, etc.

L'art. 58 de la Constitution du 14 janvier 1852, dit formellement que tous les décrets rendus pendant cette période auront force de loi; ce n'est pas exact, cela dépend de leur matière, il en est qui ne contenant que des mesures d'exécution c'est-à-dire de la simple organisation, sont de simples décrets modifiables par décret. — Même observation pour les décrets rendus par le gouvernement de la défense nationale; décr. du 5 novembre 1870 sur la *publication des lois*, etc.

(2) Le règlement doit se borner à « assurer l'application des lois » L.-C. 25 février 1875, art. 3.

poursuite intentée pour contravention au règlement. Elle peut aussi être invoquée par voie d'action devant le Conseil d'Etat par un recours pour excès de pouvoir fondé sur la violation de la loi et des droits acquis.

La théorie de l'illégalité « matérielle » des règlements est utilisée fréquemment à propos des dispositions réglementaires des arrêtés de police (1). Elle peut être invoquée aussi à propos de taxes qui seraient imposées par un règlement et dont le principe ne se trouverait pas dans une loi parce que toute taxe est une restriction à la liberté (2).

Elle peut être invoquée encore à propos des pénalités qui seraient établies par des règlements et dont le principe ne se trouverait pas dans une loi parce que toute pénalité est une restriction à la liberté (2).

La question de savoir si cette même théorie peut être invoquée à propos des organisations de juridictions est assez délicate, car si on peut affirmer que la création d'une juridiction nouvelle intéresse la liberté et par suite ne saurait être l'œuvre d'un simple règlement (3), d'un autre côté des extensions de compétence de juridictions existantes

(1) De ce que les lois relatives à la police confèrent aux autorités compétentes le pouvoir d'assurer par des mesures convenables le maintien du bon ordre ou la sécurité publique ou la salubrité publique, ces autorités concluent trop souvent qu'elles ont le droit d'édicter des règlements qui, restreignant des libertés consacrées par les lois, interdisent certains actes, soumettent d'autres actes au régime de l'autorisation préalable, ou prescrivent des précautions détaillées. C'est une erreur, en présence des libertés consacrées par les lois, les droits de la police se bornent en principe à la faculté d'imposer aux particuliers l'obligation d'assurer par eux-mêmes, par des abstentions ou par des actes dont ils conservent le libre choix et la responsabilité, le maintien de l'ordre. L'effet normal de ces prescriptions est de mettre les particuliers en état de contravention et d'engager leur responsabilité civile, soit s'il se produit un accident, soit si la sécurité ou le bon ordre ou la salubrité ne sont pas assurés.

Pour donner aux magistrats chargés de la police le droit d'interdire ou de prescrire des actes déterminés, il faut des dispositions de lois spéciales.

C'est ainsi qu'avant la loi du 16 juillet 1856, l'administration ne pouvait pas imposer, par mesure de police la servitude *nec fodiendi* aux propriétaires voisins des sources minérales (Cass. crim., 13 avr. 1844, *Brusson*). En cas d'épizootie, avant la loi du 21 juillet 1881, bien des mesures de précautions ne pouvaient être prises. En matière d'assainissement, aucun mode particulier ne peut être imposé (Cass., 28 juill. 1873, *Carré*; 26 nov. 1887, *puits de Caen*). V. au surplus *infra*, les pouvoirs contenus dans la police.

Ou bien encore, il faut qu'il s'agisse de libertés qui ne sont pas bien nettement déterminées par la loi et il y a à ce point de vue des distinctions à faire (V. *infra*, police).

(2) La maxime que les taxes ne peuvent être établies que par la loi est traditionnelle chez nous, l'art. 8 de la loi du 24 février 1875 y fait une allusion en réglant les attributions des deux chambres dans le vote des lois de finances. Il arrive cependant que, par permission expresse de la loi, le chef de l'Etat peut déterminer une taxe; ainsi la loi du 21 mars 1878, art. 2, l'autorise à fixer par décret le tarif des taxes télégraphiques ou téléphoniques, encore n'est-ce que provisoirement et sous réserve d'approbation par la prochaine loi de finances. V. des détails intéressants dans Berthélemy, *Le pouvoir réglementaire du président de la république*, *Revue politique*, janvier, février 1898.

(3) V. Berthélemy, *op. cit.*

Invoqué à
règlement m
mieux de
Nouveau Lw

ne peuvent-elles point résulter de certaines organisations administratives créées par simple décret? Peut-être pourrait-on dire que ces extensions de compétence sont illégales si elles diminuent les garanties de la liberté (1).

§ 3. Théorie « formelle » de la loi.

I. Définition « formelle » de la loi. — Envisagée au point de vue de sa forme la loi est *une règle, contenant détermination, écrite après délibération par un organe législatif* :

1° La loi *contient détermination* et cela de deux façons : a) elle contient règle déterminée, à ce point de vue il est des manifestations de l'organe législatif qui ne sont pas des lois complètes, parce qu'elles ne contiennent pas détermination, telles sont les déclarations de principe, les déclarations des droits de l'homme, etc.; b) la loi contient détermination de sa sanction; elle est, dans notre législation métropolitaine, la seule source du droit qui détermine elle-même sa sanction; les sanctions des règlements sont déterminées par la loi (2); celles des coutumes par le juge; 2° la loi est *œuvre écrite*; 3° la loi est *œuvre délibérée*; qu'elle émane du vote d'une assemblée ou qu'elle soit due aux méditations d'un sage, elle suppose une crise de réflexion sociale; il s'ensuit d'ailleurs qu'une loi a toujours une date connue (3); 4° la loi

(1) Cfr. Cass., 30 décembre 1897, *Mouton la Bastide*. L'assimilation des infirmiers coloniaux aux corps militaires de la marine prononcée par le D. du 14 février 1889 aurait rendu ces infirmiers justiciables des conseils de guerre maritimes.

(2) Il est certain qu'un règlement ne peut pas à lui seul édicter de sanction pénale; je serais porté à croire qu'il ne peut pas davantage prononcer des déchéances ou établir des responsabilités civiles; en revanche, il peut édicter des mesures disciplinaires. Enfin, de la violation d'un règlement il peut résulter des nullités juridiques d'actes administratifs. (Dans les colonies soumises au régime du décret, le règlement édicte sa sanction).

(3) Non seulement toute loi est en soi une crise de réflexion sociale, mais il y a des crises législatives qui accompagnent des révolutions ou des renouveau sociaux. Alors le droit légal est renouvelé en bloc, les dispositions anciennes qui n'ont pas été formellement abrogées sont elles-mêmes caduques. Une crise législative de ce genre s'est produite à la révolution de 1789. Les anciens textes, ordonnances royales, arrêts du conseil, arrêts des parlements, règlements féodaux, etc. ont été abolis (Cass., 4 déc. 1849, *Lacvivier*, abolition de règlements féodaux protégeant les sources minérales). Par suite, il n'est tenu compte dans notre droit public que des textes qui ne remontent pas au delà du 5 mai 1789. Il convient cependant de faire deux réserves :

1° Par exception, sont considérés comme étant encore en vigueur des textes anciens auxquels des lois révolutionnaires ont conservé force obligatoire par des dispositions transitoires qui subsistent encore. Ainsi en matière de voirie des arrêts du conseil du roi ont été conservés par la loi des 19-22 juillet 1791, art. 29, t. I. ;

2° Les textes antérieurs à 1789 ont conservé une valeur en tant qu'ils peuvent constituer titre au profit des particuliers, ou au profit de l'État contre les particuliers, par exemple en matière domaniale. C'est ainsi que pour la situation des usines qui empruntent leur force motrice à un cours d'eau dépendant du domaine public, l'édit de février

est formulée par un organe législatif dont pour une époque donnée l'organisation est toujours connue. Par son triple caractère d'œuvre écrite, d'œuvre délibérée et qui a une date, de règle qui détermine sa propre sanction, la loi se distingue « formellement » de la coutume, car celle-ci n'est pas écrite, elle n'est pas délibérée et n'a pas de date précise, elle est sans doute œuvre de réflexion sociale, mais d'une réflexion confuse, proiongée, anonyme; enfin elle ne détermine pas elle-même sa sanction.

II. *Influence de la forme de loi sur la force exécutoire de l'acte.* — Tout acte en forme de loi s'exécute comme une loi, alors même qu'il ne contiendrait pas matière de loi, c'est-à-dire alors même qu'il contiendrait matière réglementaire ou matière de délibération administrative. En conséquence : 1° Un acte en forme de loi ne saurait être abrogé que par un autre acte en forme de loi, il ne saurait l'être ni par un règlement, ni par une délibération administrative; 2° Un acte en forme de loi ne saurait être l'objet de recours contentieux en annulation; 3° Un acte en forme de loi est obligatoire pour le pouvoir exécutif et pour l'administration (1).

III. *Des différences formelles qui existent entre les lois et les résolutions parlementaires et entre les diverses lois.* — Il existe une différence de forme entre la loi et la résolution parlementaire; elle consiste, sous l'empire de la constitution actuelle, en ce que la loi après avoir été votée par les deux chambres doit être promulguée par le chef de l'État, tandis que la résolution parlementaire, d'abord, n'est pas promulguée par le chef de l'État, et ensuite n'émane que d'une seule des chambres. La résolution parlementaire n'a pas autant de force exécutoire que la loi et ne pourrait pas abroger une loi (2).

Il existe aussi une différence de forme entre les lois constitutionnelles, les lois ordinaires et les lois budgétaires, qui doit logiquement entraîner une différence de force exécutoire (V. *infra*, p. 40).

Les lois constitutionnelles sont votées par les deux chambres réunies en congrès à Versailles; les lois ordinaires sont votées par les deux

1566 joue un grand rôle; si l'usine est postérieure à cet édit qui a établi le principe de l'inaliénabilité du domaine de la couronne, celui-ci fait titre contre l'usine au profit du domaine, c'est-à-dire que la prise d'eau est considérée comme une concession précaire, tandis que si l'usine est antérieure à l'édit, elle reste propriétaire de la prise d'eau.

Sous ces réserves diverses, on peut dire que notre droit public est un *jus novum*.

(1) Spécialement, la loi du budget est obligatoire pour le gouvernement, bien que par sa matière elle ne contienne qu'une délibération administrative (Cfr. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, p. 707; Jéze et Bouvier, *op. cit.*, n° 26). En Allemagne, plusieurs auteurs en soutenant qu'il faut que la forme et la matière de la loi soient réunies pour que celle-ci soit obligatoire, sont arrivés à dire que le gouvernement impérial n'est pas lié par le vote du budget de l'empire (Laband, *Das staatsrecht des deutschen Reiches*, 2^e édit., t. II, p. 410; Von Rönne, *Das staatsrecht des preussischen Monarchie*, t. I, p. 592).

(2) Mais la force exécutoire que la forme parlementaire donne à la « résolution » est suffisante pour que les recours contentieux ne soient pas recevables contre elle. — Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 22 et s.

chambres siégeant séparément et après deux lectures, les lois budgétaires ne sont soumises qu'à une seule lecture.

IV. *Conséquences de la notion formelle de la loi au point de vue de l'illégalité, de l'inconstitutionnalité, de la force abrogatoire des diverses lois.* —

La loi devant être formulée par l'organe législatif suivant une certaine procédure, la conséquence logique est que si cette procédure n'a pas été régulièrement suivie, la loi est illégale : par exemple, serait illégale une loi qui, votée par l'une des deux chambres en session régulière, serait votée par la seconde chambre hors session, au mépris de l'art. 4, L.-C. du 16 juillet 1875 (1), et ce, alors même que le chef de l'État l'aurait promulguée (2). A notre avis il serait du devoir du juge de refuser d'appliquer la loi (3).

Les lois constitutionnelles étant votées suivant une procédure différente de celle qui sert à la confection des lois ordinaires, les dispositions de fond qu'elles contiennent ne sauraient être contredites par des dispositions contraires des lois ordinaires ; par conséquent les dispositions des lois ordinaires contraires à des dispositions constitutionnelles devraient être considérées comme non avenues. Elles ne peuvent pas être cassées parce que notre mécanisme constitutionnel ne contient pas de rouage analogue au Sénat du premier et du second Empire, qui soit le gardien de la Constitution, mais le juge devrait refuser de les appliquer (4).

A plus forte raison, on devrait considérer que des dispositions insérées dans les textes constitutionnels ne sont point abrogées par des dispositions contraires insérées dans de simples lois ordinaires ; et encore, puisque les lois budgétaires n'ont point la même forme que les lois

(1) Toute assemblée de l'une des deux chambres qui serait tenue hors du temps de la session commune est *illicite et nulle de droit*.

(2) Dans ce cas d'inobservation des formes, nous disons qu'il y a illégalité de la loi, on peut aussi employer l'expression inconstitutionnalité, mais il est préférable de réserver cette dernière expression pour le cas de contrariété de fond entre une loi constitutionnelle et une loi ordinaire.

(3) V. en ce sens, M. Gaston Jéze, article sur le *contrôle des délibérations des assemblées délibérantes*, *Revue d'administration*, 1895, t. II, p. 401 et s., *not.*, p. 411.

(4) En ce sens Gaston Jéze, article précité. Nos lois constitutionnelles de 1875 étant uniquement relatives aux rapports des pouvoirs publics et à des actes pour lesquels il n'y a point de juge (car ce sont tous des actes de gouvernement, convocation des chambres, ajournement, dissolution, etc.), la proposition établie au texte n'est guère susceptible d'application actuelle ; mais si plus tard, des dispositions précises garantissant des droits individuels déterminés, la liberté de la presse, par exemple, étaient insérées dans les textes constitutionnels, alors notre proposition trouverait son utilité. Et si l'on objecte que ce serait rendre le pouvoir judiciaire gardien de la Constitution comme aux États-Unis, nous répondrons que ce ne serait jamais que dans la mesure où on introduirait dans la Constitution des dispositions précises relatives aux droits individuels et qu'après tout ce ne serait peut-être point déjà si mauvais. — Cfr. Esmein, *op. cit.*, tout le chapitre sur la *théorie des constitutions écrites*.

ordinaires, ainsi qu'il a été dit plus haut, on devrait considérer qu'une disposition de loi ordinaire ne saurait être abrogée par une loi budgétaire et on devrait condamner la pratique des réformes par voie budgétaire (1) (2).

V. *Confection de la loi.* — La confection des lois est une opération en trois temps : rédaction, promulgation, publication.

La rédaction est la fixation de la formule verbale de la loi, elle est l'œuvre du pouvoir législatif d'après une procédure que nous verrons plus tard ; après cela la loi est faite ou votée.

La promulgation est l'ordre d'exécuter la loi donné par le pouvoir exécutif, après cela la loi est exécutoire (3).

La publication est le fait qui porte la loi à la connaissance des citoyens ou qui est censé l'y porter (*divulgatio promulgationis*) (4).

VI. *De la présomption que nul n'est censé ignorer la loi ou de l'ignorance de droit.* — Deux principes s'appliquent ici : 1° nul n'est censé

(1) Cette dernière conséquence théorique de la notion formelle de la loi n'est point admise encore au point d'autoriser le gouvernement à maintenir les services supprimés par voie budgétaire ; il le pourrait d'autant moins, d'ailleurs, qu'il manquerait des crédits nécessaires pour faire fonctionner le service supprimé ; mais la règle tend néanmoins à s'établir en ce sens que le parlement s'est plusieurs fois spontanément incliné devant elle. On trouvera dans M. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 197, l'indication de ces précédents parlementaires, mais il convient de reconnaître qu'il y en a beaucoup d'autres en sens contraire ; — M. Esmein, *op. cit.*, p. 711 et s., se prononce lui aussi contre la pratique des réformes par voie budgétaire ; il signale même des matières où ce procédé serait particulièrement incorrect ; il s'agit de déterminations qui autrefois étaient faites tous les ans par la loi du budget et qui pour plus de fixité ont été opérées par une loi ordinaire, par exemple la fixation du contingent de l'armée active ; il serait singulier qu'une loi du budget pût ressaisir une matière qu'il a été décidé qu'elle n'aurait plus. — Dans le même sens, Jéze et Bouvier, *op. cit.*, n° 29.

(2) La question des réformes par voie budgétaire rentre dans la théorie formelle de la loi et non dans la théorie matérielle, parce que la matière de la loi doit être examinée dans chaque disposition de chaque article et, qu'à ce compte, des articles proprement législatifs peuvent parfaitement se glisser dans une loi budgétaire.

(3) C'est pour des raisons constitutionnelles que la promulgation est confiée au pouvoir exécutif, c'est en somme par suite d'un partage de pouvoirs. Il y a une formule de promulgation : « Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté ; le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit.... la présente loi délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des députés sera exécutée comme loi de l'Etat » (D. 6 avr. 1876). Aux termes de l'art. 7 de la loi du 16 juillet 1875, la promulgation doit intervenir dans le délai d'un mois à dater de la transmission au gouvernement, et dans le délai de trois jours en cas de déclaration d'urgence par les deux chambres.

(4) Les formalités de la publication sont actuellement réglées par un décret du 5 novembre 1870, qui a modifié l'ordonnance du 27 novembre 1816 en même temps que l'article 1^{er} du Code civil. La publication est censée faite lorsqu'un certain délai s'est écoulé depuis l'insertion de la loi au *Journal officiel*, à Paris, un jour franc après celui de l'insertion au *Journal officiel*, c'est-à-dire le surlendemain ; partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui contient l'insertion sera arrivé au chef-lieu de l'arrondissement, c'est-à-dire encore le surlendemain.

ignorer les lois qui ont été régulièrement promulguées; 2° les lois régulièrement promulguées sont obligatoires même pour ceux qui de fait en ignorent les prescriptions. Donc on ne peut invoquer son ignorance de droit, ni pour échapper aux conséquences de l'inaccomplissement d'une obligation légale, ni pour se faire relever d'une déchéance encourue (1).

VII. De l'abrogation des lois. — Cette cause de destruction de force consiste en ce qu'une loi nouvelle succédant à une loi ancienne, sur une même matière, la détruit (2); ainsi se traduit la mobilité relative de la loi.

Cette abrogation par le texte est la seule qui soit reconnue dans notre droit; il n'y a point d'abrogation par le non-usage.

L'abrogation est expresse ou tacite, elle est *expresse* lorsque la loi nouvelle prononce littéralement l'abrogation de la loi ancienne. L'abrogation expresse est malheureusement trop rare en matière de droit public; on peut citer la loi sur la presse du 29 juillet 1881 et la loi municipale du 5 avril 1884, parmi celles qui ont abrogé expressément et nommément les textes antérieurs (V. l'art. 168 de la loi municipale).

Elle est *tacite* lorsque la loi nouvelle contient des dispositions contraires à celles de la loi ancienne. On trouve fréquemment dans les lois administratives un article final qui prononce l'abrogation des lois anciennes *en ce qu'elles ont de contraire*, ce n'est que la consécration du principe de l'abrogation tacite. L'abrogation tacite soulève bien des difficultés; il faut recourir aux règles suivantes qui sont classiques :

1° Lorsque la contrariété porte sur le principe même qui servait de base à la loi ancienne, l'abrogation s'étend à toutes les dispositions de cette loi indistinctement;

2° Lorsqu'elle ne porte que sur des détails, ne sont abrogées que les règles de détail pour lesquelles il y a contrariété absolue : *posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariæ sint*;

3° *Legi speciali per generalem non derogatur*; en principe, des lois spéciales ne peuvent être abrogées que par des lois spéciales nouvelles;

4° Les lois ne peuvent être abrogées que par une loi, pas par un

(1) Cependant, en matière administrative, remarquons des tempéraments : 1° l'administration prend soin de rafraîchir la mémoire aux citoyens en renouvelant en temps utile la publication de certaines lois, les lois de police notamment, et c'est un emploi très important des réglemens; 2° lorsque par suite de l'inaccomplissement d'une obligation, une amende a été encourue, il arrive que sur recours gracieux, l'administration restitue l'amende si on fait preuve d'erreur; exemple, amendes en matière d'enregistrement; 3° enfin (décr. du 5 nov. 1870, art. 4), les tribunaux et les autorités administratives et militaires peuvent, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation.

(2) D'après ce qui a été dit plus haut sur les différences de forme des lois constitutionnelles, organiques et budgétaires, il faut ajouter que l'abrogation ne devrait exister que lorsque la loi nouvelle a la même forme que la loi ancienne ou une forme supérieure (V. p. 40).

règlement. Les règlements peuvent être abrogés par un règlement semblable, fait par la même autorité, ou par le règlement émané d'une autorité plus haute, ou par la loi.

VIII. *De la fraude à la loi et de la simulation.* — La fraude à la loi et la simulation sont interdites et entraînent la nullité des actes, lorsqu'elles ont pour but de faire échec à la puissance publique. Ainsi les autorités communales qui ont le droit de créer et de supprimer le poste de garde champêtre, mais qui n'ont pas le droit de révoquer un garde champêtre une fois nommé, ne peuvent pas arriver à une révocation déguisée par une suppression du poste suivie d'un prompt rétablissement (1), ou par des réductions de traitement destinées à amener la démission du fonctionnaire (2). Mais quand la puissance publique n'est pas en jeu, des simulations peuvent être faites, par exemple, pour éluder des dispositions fiscales, parfois même l'administration y prête la main (3).

La théorie de la fraude à la loi en droit public ne diffère donc point sensiblement de celle qui est admise en droit privé où la fraude n'est réprimée que contre les dispositions qui sont d'ordre public (4).

§ 4. Théorie formelle du règlement (5).

Au point de vue formel un règlement est une disposition écrite par une autorité administrative ayant le pouvoir réglementaire et en vue d'exercer ce pouvoir.

I. *De la nature du pouvoir réglementaire.* — Les autorités administratives tiennent leur pouvoir réglementaire directement de la Constitution et de l'organisation administrative et, par delà, de la nature même des choses, le gouvernement et l'administration étant impossibles sans l'*imperium* et l'*imperium* comprenant à la fois le pouvoir de donner des ordres et celui de les faire exécuter. On peut dire qu'en principe chacun des grands pouvoirs publics a le pouvoir de régler; là où ce pouvoir

Pouvoirs réglementaires

(1) C. E. 7 déc. 1888, *comm. de Marcillac-Lanville*, S. 90. 3. 68.

(2) Av. cons. E. 30 juill. 1884; C. E. 20 avr. 1888, *comm. de Ploermel*; 8 avr. 1892, *comm. de Monflanquin*; 1^{er} juill. 1892, *comm. de Quarante*; 17 nov. 1893, *comm. de Lavardin*, S. 95. 3. 73 et la note.

(3) C'est ainsi que des procédures d'expropriation sont ouvertes, uniquement pour transformer en cessions amiables des ventes de gré à gré, et bénéficier de la dispense des droits d'enregistrement de l'art. 56, L. 3 mai 1841.

(4) V. Aubry et Rau, t. I, §§ 35 et 57. --

(5) *Bibliographie*, Camille Bazille, *Du pouvoir réglementaire*, *Revue générale d'administration*, 1881, I, p. 271 et s.; Jean-Dejamme, *Du pouvoir réglementaire*, *cod.* 1892, II, p. 257 et s.; H. Berthélemy, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, *Revue politique et parlementaire*, janvier et février 1898.

ne fonctionne pas c'est qu'il a été supprimé, mais là où il fonctionne, ce n'est pas en vertu d'une délégation de la loi, c'est par sa propre vertu (V. p. 19) (1).

Il faut donc considérer comme fausse la théorie des légistes parlementaires d'après laquelle le pouvoir réglementaire serait une délégation du pouvoir législatif; elle est fautive pour deux raisons : 1° parce que dans un pays à constitution écrite et à séparation des pouvoirs, le pouvoir législatif ne se délègue pas; 2° parce que les règlements n'ayant pas la même matière que les lois (V. p. 35) le pouvoir réglementaire n'est pas de même nature que le pouvoir législatif et par conséquent ne peut pas être considéré comme un pouvoir législatif délégué (2). Il n'y a pas délégation du pouvoir législatif, même dans le cas des règlements d'administration publique dont il sera question plus loin (3).

II. *Des autorités qui ont le pouvoir réglementaire.* — Le pouvoir réglementaire appartient à l'État et à la commune. Il faut noter dès maintenant qu'il n'appartient normalement ni aux départements, ni aux colonies. Le préfet fait des arrêtés réglementaires dans le département, le gouverneur en fait dans la colonie, mais aux termes de l'art. 3, L. 10 août 1871, le préfet ne représente le département qu'en tant qu'il exécute les décisions du conseil général, il ne le représente donc point quand il prend des arrêtés réglementaires, il représente alors l'État; il en est de même à *fortiori* du gouverneur de la colonie (4).

Au contraire, les autorités communales et spécialement le maire quand il prend des arrêtés réglementaires ne représentent point l'État, mais agissent à titre autonome; cela avait été reconnu nettement par les lois révolutionnaires (5) et encore par la loi du 18 juillet 1837

(1) Le pouvoir réglementaire qu'exerçaient les parlements sous l'ancien régime était naturel, si les tribunaux modernes ne l'exercent plus c'est que les arrêts de règlement leur ont été formellement interdits (art. 5, C. C.). La Constitution de 1875, art. 3, consacre le pouvoir réglementaire du Président de la République en ces termes : « il surveille et assure l'exécution des lois », le sens de ces expressions est d'ailleurs éclairé par la Constitution de 1848, art. 49, et par la loi du 31 août 1871, art. 2; l'indépendance constitutionnelle du pouvoir réglementaire du chef de l'État est donc certaine en principe; mais les considérations précédentes nous serviront à établir cette indépendance dans tous les cas, et à l'établir également au sujet des règlements faits par les autres, autorités administratives.

(2) V. Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif, Revue politique et parlementaire*, août 1894. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi fournit aux règlements leur sanction (V. p. 38).

(3) En ce sens, Berthelémy, *op. cit.*

(4) V. d'ailleurs l'instruction de l'Assemblée nationale des 12-20 août 1790 « les administrations de département ne peuvent faire ni décrets, ni ordonnances, ni règlements ». Ch. I, § 1^{er}. A signaler cependant la disposition de l'art. 2 de la loi du 15 février 1872 (loi Tréveneuc).

(5) L. 14 déc. 1789, art. 49 « les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir, les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration

lors de la discussion de la loi du 5 avril 1884 (1) cela fut contesté par suite des craintes que faisait naître la nomination des maires désormais abandonnée à la commune ; l'art. 91 relatif aux pouvoirs de police du maire fut placé à part, entre ceux qui traitent du maire comme délégué de l'administration centrale et ceux qui traitent du maire comme représentant autonome de la commune ; il faut conclure de là qu'il y a eu intention de centraliser la police et le pouvoir réglementaire, mais que cette intention n'a pas complètement abouti, que le pouvoir réglementaire du maire est devenu une matière mixte, il y a autorité de l'administration en ce sens que les arrêtés du maire peuvent être annulés par l'autorité supérieure (art. 95), mais il y a encore autonomie en ce sens que l'arrêté est exécutoire par lui-même au bout d'un certain délai (art. 95). D'ailleurs l'art. 91 a conservé les expressions traditionnelles « sous la surveillance de l'administration supérieure ». Et il en est de même de l'art. 1^{er} de la loi du 21 juin 1898 sur la police rurale (2).

III. *Des différents règlements faits au nom de l'État.* — Il faut distinguer les règlements faits par le chef de l'État, ceux faits par les ministres et ceux faits par les préfets :

a) *Règlements faits par le chef de l'État.* — Ce sont des décrets réglementaires, car tous les actes du chef d'État portent le nom générique de décrets. Ils sont ou bien organiques ou bien sur des matières de police spéciale parce que la police administrative générale n'appartient pas au chef d'État. Ils se divisent en trois catégories : les règlements d'administration publique, ceux qui sont en forme de règlement d'administration publique et les règlements ordinaires.

1° *Les règlements d'administration publique* (3) sont prescrits par une loi qui prévoit elle-même qu'elle aura besoin d'être ainsi complétée ; ils sont obligatoirement délibérés en assemblée générale du Conseil d'État. C'est surtout à leur sujet que l'on soutient qu'il y a délégation du

générale de l'État et déléguées par elle aux municipalités ». Art. 50 « Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives, sont..... de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics ». — L. 16-24 août 1790, tit. 11, art. 1 : « les corps municipaux veilleront et tiendront la main dans l'étendue de chaque municipalité, à l'exécution des lois et des règlements de police ». — Art. 3. « les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux sont..... » V. encore L. 19-22 juill. 1791 ; art. 471, n° 15, C. P.

(1) Art. 10, L. 18 juill. 1837, « le maire est chargé, sous la surveillance de l'administration supérieure, de la police municipale, de la police rurale, etc. ; et cela s'oppose à l'art. 9 « le maire est chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure, etc. »

(2) V. en ce sens, Morgan, *Loi municipale*, sous l'art. 91.

(3) Cette expression se trouve pour la première fois, croyons-nous, dans la C. 22 frimaire an VIII, art. 54 « les ministres procureront l'exécution des lois et des règlements d'administration publique ».

pouvoir législatif, d'autant mieux que la loi qui les prévoit y attache souvent d'avance des sanctions plus sévères que les sanctions ordinaires des règlements.

La jurisprudence administrative reconnaît qu'ils participent de la forme de la loi, au moins en ce sens que des recours en annulation ne peuvent pas être dirigés contre eux (C. E., 20 déc. 1872, *Fresneau*). Mais sur la question de savoir si le juge chargé de les appliquer peut les examiner au point de vue de la légalité, elle n'est pas très nette; elle admet tout au moins que le juge a le droit de ne pas tenir compte des dispositions qui excéderaient la délégation (C. E., 13 mai 1872, *Brac de la Perrière*; Conflits, 11 janv. 1873, *Coignet*), elle admet encore qu'il a le droit d'examiner leur forme (C. E., 6 janv. 1888, *Salle*) (1).

Notre doctrine générale sur l'indépendance politique de chacun des pouvoirs (V. p. 49) sur la différence de nature de la loi et du règlement (V. p. 44), nous empêche d'adopter l'idée d'une délégation du pouvoir législatif (2), d'autant mieux que *prescrire de faire un acte* n'est pas la même chose que *déléguer le pouvoir de faire cet acte*, mais nous arrivons aux mêmes conclusions pratiques que la jurisprudence administrative, par les considérations suivantes : au point de vue *formel*, les règlements d'administration publique ayant été prescrits comme complément d'une loi, étant pour ainsi dire soudés à une loi, bénéficient de l'immunité qui protège tous les actes législatifs contre le recours contentieux. Mais au point de vue *matériel*, ces règlements redeviennent distincts de la loi et ils peuvent être illégaux s'ils ont statué sur des matières réservées à la loi (3).

2° Les règlements *en forme de règlement d'administration publique* sont ceux qui sont délibérés par l'assemblée générale du Conseil d'État, mais qui ne sont pas le complément d'une loi prévu par cette loi elle-même; leur rédaction peut avoir été prescrite par un texte de loi, mais ils ne sont pas le complément de cette loi. Le meilleur exemple qui puisse en être donné est celui des règlements organisant l'administration centrale des ministères, il a été prescrit par l'art. 16 de la loi de finances du 29 décembre 1882 qu'ils seraient rédigés en forme de règlements d'administration publique, mais ils ne sont point soudés à cet

(1) V. Laferrière, *Traité de la juridiction adm.*, 2^e édit., t. II, p. 9.

(2) M. Esmein conclut énergiquement en ce sens dans l'article plus haut cité sur la délégation du pouvoir législatif.

(3) M. Berthélemy, *op. cit.*, s'étonne que l'on puisse à la fois soustraire les règlements d'administration publique aux recours contentieux et les laisser soumis à la théorie de l'illégalité; il trouve ces solutions contradictoires; mais c'est que la théorie des recours contentieux et celle de l'illégalité sont profondément différentes; la première est une théorie formelle, la recevabilité du recours à raison de l'acte dépendant de la forme de l'acte; la seconde est une théorie matérielle, ainsi que cela a été suffisamment démontré plus haut (p. 36).

article de loi. Il semble d'ailleurs que le chef de l'Etat puisse spontanément donner cette forme à des règlements, car les ministres ont le droit de « renvoyer les affaires importantes à l'examen de l'assemblée générale du conseil » (D. 3 avr. 1886, art. 7, n° 27). Les règlements de cette catégorie ne sont pas soustraits par leur forme aux recours en annulation, et le juge peut en apprécier la légalité.

3° Les règlements ordinaires ne sont pas soumis à l'assemblée générale du Conseil d'Etat, mais peuvent avoir été délibérés par telle ou telle section du conseil, ou par des conseils techniques comme le conseil des ponts et chaussées, le conseil supérieur de l'instruction publique, etc. Les règlements ordinaires ne sont point soustraits aux recours en annulation, et le juge peut en apprécier la légalité.

b) Règlements faits par les ministres. — Très exceptionnellement, en vertu d'une prescription expresse de la loi, des règlements sont faits par des ministres; ils sont alors contenus dans des *arrêtés réglementaires* (1).

c) Règlements faits par les préfets. — Ils peuvent être faits : 1° pour des objets spéciaux, par délégation du Chef de l'Etat (par exemple, pour le détail de certains règlements d'eau); 2° pour des objets spéciaux, en vertu d'un pouvoir propre (police de la chasse, de la pêche, de l'écoulement des eaux); 3° pour la police administrative générale, et alors, soit pour tout le territoire d'un département, soit pour le territoire de plusieurs communes. Quant aux cas où le préfet fait un règlement applicable à une seule commune en se conformant aux formalités de l'art. 99 de la loi municipale du 5 avril 1884, c'est un cas où il fait un règlement au nom de la commune, non point au nom de l'Etat, car il se substitue au maire.

IV. *Domaine « formel » des différents règlements.* — Les différents règlements ont d'abord un domaine territorial, en ce sens qu'un préfet ne peut pas faire de règlements applicables hors de son département, un maire hors de sa commune.

(1) Les exemples les plus remarquables de ces arrêtés ministériels réglementaires sont : 1° les règlements faits pour la marche des convois de chemins de fer par le ministre des travaux publics en vertu de l'ordonnance du 15 novembre 1846, art. 29, 30; 2° les homologations des tarifs de transports faites par le même ministre en vertu de l'art. 44, même ordonnance; les tarifs, une fois homologués, deviennent de véritables règlements. Ce ne sont point des conventions passées entre la compagnie et le public pour la rémunération d'un louage de services, « ils sont comme des lois ». La jurisprudence a successivement déduit toutes les conséquences de cette idée; il en résulte notamment qu'une fois les conditions de publicité remplies, nul n'est censé ignorer l'existence d'un tarif; que l'interprétation du tarif par le juge doit être littérale; qu'on ne saurait par des conventions particulières déroger à un tarif, etc... (Cass., 25 janv. 1898, *Bonnes*, S. 98. 1. 361); 3° depuis le décret-loi du 26 mars 1852 jusqu'au D.-R. du 12 avril 1890, les arrêtés du ministre des cultes réglant les conditions des élections consistoriales protestantes.

Ils ont aussi un domaine formel en ce sens que lorsqu'un règlement d'une certaine espèce s'est emparé d'une matière flottante qui aurait aussi bien pu être saisie par un autre, ses dispositions ne peuvent plus être modifiées que par un règlement de même espèce, ou d'une espèce plus haute (1).

Une matière de police communale réglée une fois par un arrêté préfectoral en vertu de l'art. 99, *in fine*, L. 5 avril 1884, pourra cependant être réglée à nouveau par arrêté du maire, puisque le préfet n'avait fait qu'exercer le pouvoir du maire; d'ailleurs, si la modification est intempestive, le préfet est armé, il peut suspendre ou annuler l'arrêté du maire.

V. Confection des règlements. — Pour les règlements il n'y a pas à distinguer la confection et la promulgation, les deux opérations se confondent, étant l'œuvre de la même autorité administrative. Rien d'essentiel dans la forme des décrets et arrêtés réglementaires, si ce n'est la signature et aussi la date, afin que l'on puisse vérifier la qualité de l'autorité qui a signé, mais il y a une forme habituelle : 1° visa des textes, motifs sous forme de considérants; 2° dispositif par articles; 3° date et signature; de plus les actes délibérés en Conseil d'État portent la mention de cette délibération.

Après la signature, les décrets réglementaires et les arrêtés des préfets sont exécutoires par eux-mêmes; il en est autrement des arrêtés réglementaires des maires, du moins de ceux qui portent règlement permanent; ils ne deviennent exécutoires qu'un mois après la remise de l'ampliation au préfet ou au sous-préfet, constatée par certificat; néanmoins en cas d'urgence, le préfet peut autoriser l'exécution immédiate (art. 95, L. 5 avr. 1884).

Pour la publication, il faut distinguer entre les décrets réglementaires d'une part, et d'autre part les arrêtés préfectoraux et municipaux (2).

(1) Un exemple intéressant de changement de forme de règlement sur une même matière est donnée par la réglementation des élections consistoriales protestantes, un décret réglementaire du 12 avril 1880 a supplanté les arrêtés ministériels réglementaires pris en exécution de l'art. 15 du Décret-loi du 26 mars 1852.

(2) Les décrets réglementaires importants sont insérés au *Journal officiel* (D. 5 nov. 1870, art. 2), par suite ils sont censés connus à Paris, un jour franc après celui de l'insertion au *Journal officiel*, c'est-à-dire le surlendemain; partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui contient l'insertion sera arrivé au chef-lieu d'arrondissement, c'est-à-dire encore le surlendemain. Les décrets de moindre importance sont insérés seulement au *Bulletin des lois* et restent sous l'empire de l'ordonnance du 27 nov. 1216.

Pour les arrêtés réglementaires préfectoraux et municipaux, la Cour de cassation admet que l'arrêté est censé connu du jour même de la publication. Quant au fait même de la publication, pour les arrêtés préfectoraux, pas de règles; pour les arrêtés municipaux (art. 96, L. 5 avr. 1884), publication et affichage, ces deux faits réalisés conformément aux usages; seulement il faut que la date de la publication soit constatée; aussi la

VI. **Force obligatoire des règlements.** — Les événements qui peuvent enlever aux règlements leur force obligatoire sont les suivants :

a) **L'abrogation.** — Un règlement ne peut être abrogé que par un autre règlement émané de la même autorité ou d'une autorité plus haute si elle est compétente, rendu dans la même forme ou dans une forme plus relevée (1). Un règlement peut encore être abrogé par une loi puisque le règlement est essentiellement subordonné à la loi. Sur l'abrogation expresse ou tacite (V. plus haut, p. 49).

b) **La rétractation.** — Les règlements peuvent être rapportés ou rétractés par l'autorité qui les a faits et par un acte dressé en la même forme.

La rétractation diffère de l'abrogation, en ce sens que la disposition nouvelle se borne à détruire les dispositions anciennes sans rien y substituer.

c) **L'annulation.** — Les règlements peuvent, suivant les cas, être annulés, soit par décision administrative d'une autorité supérieure, soit par décision juridictionnelle (2).

d) **L'illégalité.** — Les règlements sont de plein droit destitués de force s'ils sont illégaux, ils subsistent en apparence jusqu'à ce qu'ils soient rapportés ou annulés, mais les tribunaux doivent refuser de les appliquer. Ils sont illégaux : 1° quand ils violent une loi formelle ou quand ils tendent à imposer aux individus des charges nouvelles (V.

loi du 5 avril 1884 a-t-elle exigé que la publication fut certifiée par une déclaration écrite du maire, et pour plus de sûreté, même, l'arrêté doit être transcrit en entier sur le registre de la mairie (art. 96, *in fine*), et tout habitant est autorisé à en prendre copie (art. 58).

(1. Ainsi un décret réglementaire simple peut être abrogé par un règlement d'administration publique.

(2. 1° Les arrêtés réglementaires des maires peuvent être annulés administrativement par le préfet, soit spontanément, soit sur recours gracieux des parties lésées dans leurs intérêts. Cette annulation peut intervenir à un moment quelconque, alors même que l'arrêté est devenu exécutoire, c'est-à-dire même après l'expiration du délai d'un mois depuis le dépôt de l'ampliation; l'administration n'est pas liée par son silence, elle ne le serait même pas par une approbation antérieure qui aurait été donnée formellement. L'annulation doit être prononcée par arrêté, elle peut être motivée par la simple inopportunité de l'acte. Les actes accomplis en exécution de l'arrêté municipal jusqu'au moment de l'annulation restent valables (art. 95, L. 5 avr. 1884).

Les mêmes arrêtés peuvent être annulés juridictionnellement par le Conseil d'Etat à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, fondé sur l'incompétence, la violation des formes, le détournement de pouvoir, la violation de la loi et des droits acquis, recours ouverts aux parties intéressées ;

2° Les arrêtés réglementaires des préfets peuvent être annulés ou réformés administrativement par le ministre compétent, soit spontanément, soit sur le recours gracieux des parties intéressées, pour simple inopportunité (D. 25 mars 1852, art. 6). Ils peuvent être également annulés juridictionnellement par le Conseil d'Etat, à la suite d'un recours pour excès de pouvoir ;

3° Les décrets réglementaires peuvent être annulés juridictionnellement pour excès de pouvoir à l'exception des règlements d'administration publique (V. p. 46).

dash

p. 36); 2° quand ils ne sont pas conformes à l'esprit général de la légalité administrative, par exemple s'ils ont été rendus, non pas en vue de l'intérêt général; mais en vue de favoriser un intérêt particulier; ou bien s'ils ont été rendus, non pas dans un intérêt de police, mais dans un intérêt fiscal (V. *infra*, Recours pour excès de pouvoir) (1).

§ 3. La légalité dans les possessions coloniales.

Dans les possessions coloniales (parmi lesquelles il faut compter non seulement les colonies proprement dites, mais l'Algérie ou même à l'inverse les pays de protectorat et les territoires de commandement militaire) le système de la légalité est très différent de ce qu'il est dans la métropole. La matière est compliquée, on ne pourra donner ici que de brèves indications. Il convient de distinguer la réglementation locale faite sur place par les autorités coloniales et les règles qui viennent de la métropole.

I. *Réglementation locale.* — 1° Dans les territoires de commandement militaire, il n'y a pas de réglementation écrite, mais seulement des ordres émanant de l'autorité militaire et qui peuvent être purement verbaux; 2° dans les territoires mixtes, l'administrateur conserve le droit de donner des ordres verbaux, mais déjà s'appliquent les arrêtés réglementaires du gouverneur; 3° dans les territoires civils, il n'y a que de la réglementation écrite, soit les arrêtés réglementaires du gouverneur, soit les arrêtés municipaux, là où des communes de plein exercice sont organisées; 4° dans les pays de protectorat, le pouvoir réglementaire des autorités locales subsiste.

Assurément, la réglementation écrite locale est tenue de respecter les règles qui viennent de la métropole et il peut y avoir de ce chef des causes d'illégalité.

II. *Règles provenant de la métropole.* — La France édicte des règles pour ses possessions coloniales: 1° ces règles sont spéciales, la légalité métropolitaine ne s'applique pas de plein droit dans les possessions (2); 2° ces règles sont en principe purement réglementaires; la métropole ne fait pas de lois pour ses colonies, ce qui est un tort; celles-ci sont sous le régime du décret. Il en résulte qu'il n'y a pas de garantie suffisante des libertés (3).

(1) La Cour de cassation commence à appliquer la théorie du détournement de pouvoirs à la déclaration d'illégalité des règlements (Cass., 29 oct. 1896. V. S. 97, 111, 121, la note).

(2) On peut néanmoins se poser la question de savoir si les décrets faits pour les possessions coloniales ne pourraient pas être taxés d'illégalité s'ils étaient en opposition avec les principes fondamentaux de la législation métropolitaine.

(3) Toutefois des distinctions sont nécessaires:

Algérie. — Au premier abord, l'Algérie semble soumise au régime pur du décret (Ordonn.

Les lois et décrets venant de la métropole ne sont pas exécutoires de plein droit à l'arrivée du *Journal officiel* dans la colonie, il faut une promulgation spéciale faite par le gouverneur. Celui-ci n'est même pas tenu de la faire dans un certain délai, il n'est responsable qu'à devant le ministre.

Ce sont des arrêtés des gouverneurs qui fixent les formalités de la publication et les délais après lesquels la loi est obligatoire.

Il existe en Algérie et dans chaque colonie un *Bulletin officiel des actes du gouvernement* ou bien un *Journal officiel* (décr. 15 janv. 1853) où sont insérés tous les textes promulgués dans la possession coloniale par le gouverneur, soit qu'ils viennent de la métropole, soit que ce soient les arrêtés du gouverneur lui-même.

du 22 juill. 1834, art. 4). Tout est réglé par décret et tout peut l'être. Une loi française pour être rendue applicable en Algérie, doit l'être par décret et en somme ne vaut que comme décret. Ce décret peut la modifier. Cela est arrivé à chaque instant. Des décrets peuvent intervenir sur des matières entièrement nouvelles.

Voilà la situation apparente. Au moins elle serait nette. La réalité en est bien loin et par suite des règles qui suivent, quantité de lois de la mère-patrie s'appliquent directement en Algérie comme lois, sans passer par l'intermédiaire d'un décret, et même, le plus souvent, sans promulgation spéciale; sont dans ce cas : 1° la plupart des lois françaises antérieures à 1834, date de la prise de possession définitive de l'Algérie (la jurisprudence fait un triage dans ces lois, on ne sait trop pourquoi); 2° les lois modificatrices de ces lois anciennes, ce qui comprend presque toutes les lois nouvelles, car c'est bien miracle aujourd'hui si une loi nouvelle ne modifie pas quelque loi ancienne. La jurisprudence récente de la Cour de cassation est cependant contraire à ce système (Cass., 5 nov. 1884, S. 85.1.265; cass., 23 juin 1886 et 7 mars 1887, S. 87.1.265, et la note); 3° les lois dites d'intérêt général, formule encore des plus élastiques; 4° les lois faites spécialement pour l'Algérie. On voit que la matière est fort embrouillée (à consulter : J. Jacquoy, *De l'application des lois françaises en Algérie*, br. Alger, 1883).

Colones. — Le régime législatif des colonies est fixé par le sénatus-consulte du 3 mai 1854, qui les a divisées en deux groupes :

Premier groupe (Martinique, Guadeloupe, Réunion). — Il y a des matières réglées par des lois (autrefois sénatus-consultes et lois), des matières réglées par des règlements d'administration publique, des matières réglées par simple décret.

Les matières réglées par des lois sont énumérées dans l'art. 3 (énumération limitative). C'est la garantie des droits les plus importants, droits politiques, état civil, distinction des biens et propriété, régime des contrats, institution du jury, législation criminelle, etc. Les matières réglées par règlement d'administration publique sont énumérées dans l'art. 6, énumération également limitative.

Deuxième groupe (Toutes les autres colonies). — Elles sont soumises au régime du décret simple, art. 18, décret de 1854. Cependant il y a certaines lois qu'on a formellement déclarées applicables aux colonies : L. 9 août 1849, état de siège; L. 7 mai 1881, obligeant à régler en Conseil d'Etat le régime douanier; L. 29 juillet 1881 sur la presse; L. 27 mai 1885 sur les récidivistes; L. 15 juillet 1889 sur le recrutement, titre IV, etc.

Les règles ainsi établies une fois par des lois ne peuvent être modifiées que par des lois.

§ 6. Les monuments du droit public français.

On appelle *monuments* les textes ou recueils de textes officiels dans lesquels se trouvent les lois, règlements, décisions, etc.

Une première remarque à faire, c'est qu'il n'y a pas de Code des lois administratives, c'est-à-dire de recueil méthodiquement ordonné, comme le Code civil, etc. Il y a simplement des recueils chronologiques dans lesquels on trouve à leur place les différentes lois.

Une seconde remarque, c'est qu'il n'y a de recueil officiel et par conséquent de véritable monument du droit que pour les lois et les règlements émanés du chef de l'État (le *Journal officiel* et le *Bulletin des lois* sur lesquels nous allons revenir), mais qu'il n'y en a ni pour les *règlements préfectoraux* ni pour les *règlements municipaux* (1).

Bulletin des lois. — Depuis la loi du 14 frimaire an 11 qui l'a créé, jusqu'au décret du 5 novembre 1870 qui lui a substitué en partie le *Journal officiel*, le *Bulletin des lois* a été l'unique recueil officiel (2). C'est un recueil périodique à périodicité irrégulière, imprimé et géré par l'Imprimerie nationale. Il paraît par fascicules. Les actes insérés sont numérotés, les fascicules le sont aussi. Le *Bulletin des lois* se divise en séries successives, suivant les gouvernements dont émanent les actes : 1° Convention, 2° Directoire, 3° Consulat, 4° Empire, 5° Première Restauration, 6° Cents-Jours, etc. De plus, depuis 1836, le *Bulletin* est divisé en deux parties, une principale, l'autre supplémentaire pour les actes d'intérêt local. La loi de 1837 avait obligé les communes à s'y abonner, un décret du 12 février 1852 a restreint cette obligation aux chefs-lieux de canton, et créé pour les communes rurales le *Bulletin des communes*. Tout cela a été confirmé par l'art. 136, n° 2, L. 5 avril 1884.

Le *Bulletin des lois* est une publication mal faite. Il eût fallu s'astreindre à insérer chaque loi à la date de sa promulgation ; quelquefois il y a des années de retard, alors on ne sait où chercher.

Journal officiel. — Le *Journal officiel* n'est devenu un monument du Droit que depuis le décret du 5 novembre 1870, mais il existait depuis

(1) Il existe bien dans chaque préfecture un recueil des actes administratifs, dont la publication a été prescrite par une circulaire du ministre de l'intérieur du 21 septembre 1815, et dont les exemplaires devaient être envoyés gratuitement aux communes, mais ces publications laissent beaucoup à désirer et n'ont pas valeur de texte officiel.

De même dans les mairies, la loi du 5 avril 1884 prescrit la tenue d'un registre de la mairie sur lequel les arrêtés doivent être transcrits à leur date (art. 96), mais ce n'est également qu'une mesure d'ordre. Quelques grandes villes ont pris l'initiative de publier de petits codes de leurs règlements municipaux ; ces codes ne sont pas officiels, mais au moins sont-ils commodes pour les administrés.

(2) Pour la période de 1789 à l'an 11, il a été fait en 1806 une publication officielle sous le nom de *Lois et actes du Gouvernement*.

longtemps, et déjà publiait les actes législatifs. Il commença de paraître le 5 mai 1789, jour de l'ouverture des États généraux, sous le nom de *Moniteur universel* ou *Gazette nationale*, il devint officiel le 7 nivôse an VIII. En 1869, il prit le nom de *Journal officiel*, fut *in-folio* jusqu'en avril 1871, époque où il est devenu in-4°.

Depuis le décret du 5 novembre 1870, le *Journal officiel* est le recueil officiel de toutes les lois et de tous les règlements d'intérêt général; il a le grand avantage sur le *Bulletin des lois* d'être quotidien et beaucoup mieux tenu à jour au point de vue chronologique, les lois étant publiées très peu après leur promulgation. Des tables annuelles facilitent les recherches.

— Les collections officielles, quelque bien ordonnées qu'elles soient, aurent toujours l'inconvénient d'être trop volumineuses et peu maniables. Il a été fait des compilations privées infiniment plus commodes, notamment la *Collection Duvergier*, qui contient, en plus du texte, l'analyse des débats parlementaires sur chaque loi et des conférences; elle ne contient que les actes principaux, mais à la fin de chaque volume il y a une table de tous les actes du bulletin.

— Les arrêts du Conseil d'État et ceux du tribunal des conflits se trouvent, accompagnés d'ailleurs des arrêts de la Cour des comptes, dans un recueil intitulé *Recueil des arrêts du Conseil d'État* fondé en 1821 par M. Macarel, et continué depuis par M. Lebon et par M. Panhard. Les arrêts antérieurs à 1821 se trouvent en partie dans un recueil de quatre volumes in-4° publiés en 1818 par Sirey.

§ 7. Sanction des règles du Droit public.

Au point de vue de leur sanction les règles du Droit public se divisent en deux catégories; les règles *pénales* et les règles *non pénales*.

A. *Règles pénales*. — Il y a des règles pénales en Droit public, tout comme en Droit privé. On en trouve :

1° Dans le Code pénal. Tout le titre 1^{er} du livre III de ce Code, de l'art. 75 à l'art. 294, est consacré aux crimes et délits contre la chose publique; les peines les plus diverses y sont prononcées. Une bonne partie du livre IV sur les contraventions de simple police est aussi du Droit public;

2° Dans les dispositions réglementaires des lois spéciales, par exemple dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881, dans la loi sur la police sanitaire du 21 juillet, même année; les peines y sont fréquemment correctionnelles;

3° Dans les règlements faits par le chef de l'État en vertu d'une loi qui en prescrit la rédaction; les peines sont ici indiquées d'avance par la loi et peuvent être correctionnelles;

4° Dans les règlements de police du chef de l'État, dans ceux des

préfets et dans ceux des maires. Tous les règlements de police sont en principe des lois pénales, et une même peine est attachée à toutes leurs dispositions, c'est une amende de simple police de un à cinq francs (art. 471, n° 15, C. P. — Disposition introduite en 1832) (1).

B. Règles non pénales. — La sanction des règles du droit public non pénales est assurée également, à la fois par la voie administrative et par la voie juridictionnelle. Par la voie administrative, en ce sens que les actes de l'administration donnent lieu à des recours purement *administratifs*, à la suite desquels ils peuvent être annulés ou réformés administrativement; par la voie juridictionnelle, en ce sens que très souvent ils donnent lieu à des recours *contentieux* portés devant de véritables juges et constituant litige.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que, suivant les cas, des tribunaux de deux ordres différents peuvent être appelés à connaître de ces litiges, les tribunaux *ordinaires* ou *judiciaires* et les tribunaux *administratifs*. Les règles de compétence, grâce auxquelles le partage s'opère entre ces deux ordres de tribunaux, sont très délicates. Elles seront étudiées plus tard dans la partie du contentieux.

(1) La sanction des règles pénales est assurée, soit par voie de *mesure de police*, soit par voie de *répression juridictionnelle*. La mesure de police est un acte de force accompli par le pouvoir exécutif veillant au maintien de l'ordre. Elle consiste, soit en voies de fait contre les personnes, prise au collet pour *faire circuler*, arrestation provisoire, conduite au poste de police, etc.; soit en actes d'exécution sur les choses, saisie de denrées falsifiées, visite de bagages en douane et aux octrois, mesures de désinfection, arrachage de plan phylloxérés, enfouissement d'animaux morts, etc.; elle est accomplie par un personnel spécial d'agents de la force publique. La mesure de police est *préventive*, elle n'attend pas qu'un désordre soit causé.

La répression juridictionnelle est un acte tranchant un conflit par l'application du droit. Elle aboutit, elle aussi, à des mesures d'exécution sur les personnes et sur les choses. Mais elle se distingue de la mesure de police : 1° en ce qu'elle est postérieure à la violation de la loi; 2° en ce qu'elle nécessite l'intervention d'un *juge* qui s'interpose entre l'infraction et la punition; 3° en ce qu'il y a des formes de procédure qui sont une garantie pour l'individu.

Sauf certains cas assez rares, où la mesure préventive de police est indispensable sous peine d'irréparables malheurs (tout ce qui touche à l'hygiène, inspection des viandes, quarantaines, etc...), la répression juridictionnelle est infiniment préférable, elle n'est ni vexatoire ni arbitraire.

La répression juridictionnelle en matière de règles pénales de droit public est confiée en principe aux tribunaux répressifs ordinaires; on ne peut signaler à titre d'exception que les contraventions de grande voirie qui sont de la compétence des conseils de préfecture.

D'ailleurs, comme en toute matière pénale, l'action publique est doublée d'une action civile en réparation du dommage, et les conséquences de cette action peuvent être fort importantes.