

La Suisse vue par la doctrine publiciste de la III^{ème} République

Patrick Charlot*
Professeur à l'Université de Bourgogne

This paper shows, starting from two examples, that Switzerland could have served as an appropriate prism, able to illuminate the debates which were essential in the doctrine of the III-rd French Republic. Here, the disagreements often take violent forms, but they concern the principle themselves of constitutional law, so they illustrate the various opinions issued about the constitutional regime born from the laws of 1875, as well as about the ideal regime foreseen by opponents.

Key words: *constitutional regime, direct government, representatives government status of the people in regard to its representatives control of the legislative will, supremacy of the Constitution.*

Mots-clés : *régime constitutionnel, gouvernement direct, gouvernement représentatif, place du peuple par rapport à ses représentants, contrôle de la volonté législative, suprématie de la Constitution.*

La III^o République représente bien l'âge d'or du droit public français. Cette expression trouve véritablement son sens lorsque l'on consulte la richesse des contributions dans les Traités et Manuels d'alors. Il faut bien admettre et regretter que la quarantaine de manuels de droit constitutionnel aujourd'hui à la disposition de nos étudiants fait bien pâle figure, tant du point de vue théorique du point nous retiendra ici; celui du droit étranger,

Le choix du sujet partait de présupposés qui peuvent s'avérer très vite dépassés, voire faux, au gré des lectures. Le critère le plus opératoire est, évidemment, le critère chronologique; le parallèle est évident entre la Constitution fédérale Suisse de 1874 et les trois lois constitutionnelles de 1875. Etant donné les relations entre les deux pays, nul doute que cette concomitance constitutionnelle ne pouvait laisser de marbre les publicistes français, réfléchissant aussi bien sur la nature de l'Etat dans son aspect théorique (problèmes de la souveraineté, de la forme de l'Etat) que sur le régime mis en place en 1875. On peut ainsi déjà en conclure que, curieusement, la place qu'occupe la Confédération suisse dans les ouvrages de la doctrine française n'est pas justifiée, comme trop souvent, par un simple exercice académique de droit étranger et de droit comparé. Elle est toute

* Patrick Charlot este profesor la Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța ; din anul universitar 2008-2009 este profesor invitat la Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept și Științe Administrative, în cadrul programului de masterat – specializarea « Drepturile omului »; Elveția văzută de doctrina publicistă a celei de-a treia Republicii ; Rezumat : porinind de la două exemple, se arată că Elveția putea servi ca model pentru a lămuri dezbaterile doctrinare esențiale pentru a treia Republică franceză. Dezacordurile iau aici forme deseori violente, dar conducând la principiile de drept constituțional și ilustrând opiniile unora și altora deșpre ; Cuvinte cheie : regim constituțional, guvernare directă, guvern reprezentativ, locul poporului în raport cu reprezentanții săi, controlul voinței legislative, supremația Constituției regimul constituțional, născut din legile din 1785, privitor la regimul ideal, dorit de aceștia

autre chose. Ce que nous voudrions montrer, dans cette brève étude, est que l'étude des institutions suisses permet à nos publicistes de croiser le fer sur des sujets qui sont essentiels et capitaux pour le droit constitutionnel français de la III^e République; la Suisse, exemple ou contre-exemple, sert ainsi d'alibi à des querelles doctrinales qui peuvent, encore aujourd'hui, nourrir nos réflexions et interrogations.

Il fallait donc opérer une sélection parmi la doctrine publiciste, choix épineux, qui ne nous a amené à retenir que ce qui pouvait s'apparenter à nos manuels contemporains de droit constitutionnel (même si, une fois de plus, la qualité de ces études n'a pas grand chose à voir avec notre littérature juridique du XXI^e siècle); le corpus ainsi sélectionné recouvre, par ordre alphabétique, Joseph Barthélemy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*¹, Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*², Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*³, Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*⁴, et Maurice Hauriou, *Principes de droit public*⁵. Ne seront donc pas utilisés pour cette communication écrite la thèse de Louis Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'Etats*⁶, où évidemment l'étude de la Suisse occupe une place prépondérante, ainsi que le manuel de Georges Scelle, *Droit international public*⁷.

A la lecture de ces ouvrages, la Suisse est ainsi évoquée et étudiée à plusieurs titres; le plus évident est bien entendu le thème de la forme de l'Etat et le fédéralisme, souvent liés à la souveraineté et donnant lieu à de nombreuses réflexions sur la décentralisation. Ces points n'ont, selon nous, rien d'original et peuvent apparaître comme des points de passage obligés de toute étude de droit public. Mais la Suisse est aussi utilisée comme instrument privilégié pour les descriptions des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, avec ce que les auteurs qualifient de "gouvernement directorial"⁸, troisième forme de gouvernement à côté des gouvernements parlementaires et présidentiels. De même, le problème de la

¹ J. Barthélemy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*. (1^o édition 1926, refondue en 1933). Editions Panthéon-Assas, Collection "Les introuvables". 2004.

² R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. *1920-1922, tomes I et II, Dalloz, 2004

³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, principalement Tome II; la théorie générale de l'Etat (1^o partie; Eléments, fonctions et organes de l'Etat). 3^o édition de 1928. Et Tome III; la théorie générale de l'Etat (suite et fin). 3^o édition de 1930.

⁴ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^o édition de 1914. Editions Panthéon-Assas. Collection «Les introuvables» 2001.

⁵ M. Hauriou, *Principes de droit public*. 2^o édition 1916. Librairie de la Société d'édition du Recueil Sirey.

⁶ L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'états*. 1896. Editions Panthéon-Assas. Collection «Les introuvables» 2000.

⁷ G. Scelle, *Droit international public. Manuel élémentaire avec les textes essentiels*. Editions Domat-Montchrestien, 1944. Comme son titre l'indique, cet ouvrage ne concerne que le droit international public, avec des passages passionnants sur la souveraineté et la forme de l'état où les références à la Suisse sont nombreuses. De plus, la date de parution de ce manuel (1944) impliquait, pour l'intégrer dans le corpus choisi, une conception extensive de la III^e République.

⁸ Plus particulièrement A. Esmein, *op. cit.*, p. 492 et s., M. Hauriou, *Principes, op. cit.*, p. 694; L. Duguit, *Traité, op. cit.*, p. 784; J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 149.

représentation proportionnelle, si vif sous la III^o République, est souvent abordé par l'intermédiaire de l'exemple suisse⁹. Nous n'avons retenu que deux thèmes qui peuvent encore, selon nous, aider à déchiffrer l'actualité constitutionnelle: le premier est celui de la démocratie directe. En un temps où nos hommes politiques hésitent entre "démocratie participative" (sans véritablement réussir à définir ce concept, car qu'est-ce qu'une démocratie qui ne serait pas participative) et procédés véritables de démocratie directe¹⁰, l'utilisation de la Suisse par la doctrine occupe une très large place et permet à nos grands auteurs, au moment où sous la III^o République on assiste parfois à une remise en cause virulente du gouvernement représentatif, de montrer leurs combats et leurs désaccords. Le second point est celui du contrôle de constitutionnalité, débat fondamental sous la III^o République, où, avec le système américain, le recours de droit public suisse¹¹ est utilisé par nos auteurs, tantôt pour combattre l'existence d'un contrôle par voie d'action, voire l'existence même d'un contrôle de constitutionnalité.

I. LA DEMOCRATIE DIRECTE ET SEMI-DIRECTE FACE A LA DOCTRINE

La Suisse a ceci d'exceptionnel qu'elle offre encore, à cette période-là, des expériences de démocratie directe dans certains cantons,, avec l'institution des "Landsgemeinde" (A). A côté de cette survivance, la Constitution fédérale de 1874, ainsi que les constitutions cantonales, reconnaissent et réglementent des procédés de démocratie directe ou semi-directe, avec les référendums et les initiatives populaires (B). C'est sur ces mécanismes que la doctrine française se divise véritablement.

Les réserves vis-à-vis des "Landsgemeinde".

Il s'agit ici, littéralement, de l'assemblée du peuple" qui se réunit directement sur la place publique et qui vote directement la loi, statue sur toutes les questions d'intérêt général et nomme les magistrats. Cette institution concerne les cantons d'Oberwalds, de Niderwald, de Glaris, les 2 Appenzell et Uri¹². La doctrine française est unanime pour en conclure à l'impossibilité de faire fonctionner une démocratie "pure" dans un grand Etat moderne.. Certes, cette institution est intéressante pour les historiens du droit en ce sens où elle paraît être la descendante des civitates germaniques décrites par Tacite¹³. Mais elle est essentiellement raillée par les publicistes français. J. Barthélemy est ici le plus sévère, mais aussi le plus précis dans la description du fonctionnement de cette institution. Il se moque du cérémonial d'ouverture de ces Landsgemeinde, de la procession mi-militaire,

⁹ L. Duguit, *Traité ...*, Tome II, *op. cit.*, p. 744 et s. A. Esmein, *Eléments ...*, *op. cit.*, p. 326-345.

¹⁰ On pense ici à la révision constitutionnelle de 2003, dite «révision Raffarin», qui reconnaît une valeur décisionnelle aux référendums locaux (article 72-1 de la Constitution de 1958(, le Constitution de 1958), le peuple se substituant ainsi à l'assemblée élue comme organe délibérant.

¹¹ Pour une des rares présentations dans la doctrine actuelle de ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité, M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz. Collection «Connaissance du droit», 1996, plus particulièrement les pages 14, 51, 112 et 118.

¹² La Landsgemeinde d'Uri vota, en 1928, sa propre disparition.

¹³ L. Duguit, *Traité ...*, Tome II, *op. cit.*, p. 618, même argumentation chez A. Esmein, *op. cit.*, p. 422.

mi-religieuse, s'accomplissant en costume médiéval, se déroulant tantôt sur la prairie ou la place du marché si le temps le permet, tantôt dans l'église s'il pleut. La phase de délibération est précédée de prières, de chants qui annoncent un simulacre de discussion, suivie d'un vote où "la majorité absolue triomphe"¹⁴(!?).

C'est encore Barthélemy qui met en avant les résultats assez déconcertants que peuvent produire ces institutions, au nom d'une démocratie qualifiée de pure¹⁵. Il montre bien, qu'en réalité, les votes de l'assemblée sont guidés par les magistrats élus qui, de fait, détiennent le véritable pouvoir. Les votes publics au sein de cette assemblée ne constituent que des simulacres où les pressions du clergé, des fonctionnaires et des patrons, réduisent plus que fortement la liberté du vote¹⁶. De même, Barthélemy considère que, si le peuple est compétent pour délibérer sur des questions de politique pure, la plupart des questions techniques ne peuvent être traitées par manque de connaissance grâce au système de la Landsgemeinde. L'exemple typique concerne toujours l'Assemblée d'Uri, où l'on discuta fort longtemps de la liberté de danser le dimanche demandée par les socialistes, alors que le projet de Code civil fut adopté en une seule séance, sans véritable discussion ni débat.

En conclusion, ce système est appelé à disparaître; il ne représente qu'un vestige de micro-Etats, totalement inadapté aux Etats modernes, et, sous couvert de démocratie, assurant le pouvoir d'une certaine catégorie de la population sur l'ensemble des citoyens. Les autres techniques de démocratie directe ou semi-directe à l'œuvre dans les autres cantons ou au niveau fédéral sont étudiées avec beaucoup plus de sérieux par nos auteurs français.

-Les désaccords vis-à-vis des procédés de démocratie directe ou semi-directe (les référendum et l'initiative populaire).

La doctrine française examine de manière approfondie deux mécanismes prévus par la Constitution fédérale de 1874 et associant le peuple, sous diverses manières, aux procédés d'élaboration des normes juridiques.

Il s'agit tout d'abord de l'article 89 alinéa 2 (incorporé dans le titre consacré aux attributions de l'Assemblée fédérale) qui stipule que "les lois fédérales et arrêtés fédéraux de portée générale doivent être soumis à l'adoption ou au rejet du peuple lorsque la demande en est faite par 50 000 citoyens actifs ou 8 cantons"¹⁷.

Enfin, l'article 121, modifié en 1891, relatif à la révision de la Constitution fédérale, qui permet une initiative populaire pour une révision partielle; la demande doit être faite par 100 000 citoyens suisses. Dans tous les cas de figure (demande d'initiative revêtant la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou projet rédigé de toutes pièces, approbation ou non de la Chambre fédérale), l'approbation de la révision sera toujours demandée au peuple. Sur ces deux procédures qui

¹⁴ J. Barthélemy, *Traité ...*, p. 85.

¹⁵ *Ibidem*, p. 83.

¹⁶ Barthélemy avance même que si la Landsgemeinde d'Uri a été supprimée en 1928, c'est sous la pression des «socialistes et des démocrates avancés», alors que le clergé et les conservateurs préféraient garder cette démocratie «pure». *Ibidem*

¹⁷ Il faut préciser que cette procédure peut aussi être étendue à certains traités internationaux (article 89, 3^o et 4^o alinéas).

concernent l'exercice du pouvoir législatif et du pouvoir constituant dérivé, les publicistes français sont extrêmement divisés. Mais, curieusement, les oppositions ne sont pas celles que l'on peut avoir coutume de trouver. IL nous paraît, au vu des positions prises sur les mécanismes étudiés, qu'Esmein, comme sur d'autres points (cf la 2^o partie de l'exposé et le contrôle de constitutionnalité), semble totalement isolé et défend une conception extrêmement rigide de la démocratie représentative.

1 - Des préjugés assez favorables à ces mécanismes: Carré de Malberg, Duguit, Barthélemy

*En effet, pour Carré de Malberg, la formation définitive des lois fédérales dépend de leur adoption par le peuple. L'article 89 associe donc de manière directe le peuple à la fonction législative. Au reproche que l'on pourrait lui adresser que cet article 89 n'organise qu'une consultation facultative (à la demande de 50 000 citoyens ou 8 cantons), Carré de Malberg conclut dans tous les cas de figure le peuple prononce l'adoption de la loi; soit qu'il l'ait expressément demandée, soit par le biais d'une action tacite consistant en une absence de réclamation populaire. Mais en tout état de cause, l'intervention du peuple est nécessaire pour rendre la loi parfaite¹⁸. La loi adoptée par le corps législatif n'existe donc qu'à l'état de projet, c'est l'intervention ou la non-intervention du peuple qui lui confèrera sa véritable valeur juridique, le peuple disposant, par ce biais, de la puissance législative.

Il en est de même pour ce qui concerne l'article 121 et la révision partielle de la Constitution fédérale. Les citoyens peuvent saisir les assemblées de projet qu'ils ont conçu, et de plus, prendre eux-mêmes la décision de la révision si les Chambres fédérales n'approuvent pas le projet. Dans cette procédure, le peuple dispose donc du premier et dernier mot. Carré de Malberg en conclut qu'en Suisse, le peuple possède intégralement, par l'intermédiaire des mécanismes combinés des articles 89 et 121, les puissances constituantes et législatives¹⁹.

Carré de Malberg est l'un de ceux qui connaissent le mieux le système juridique suisse, en même temps que la jurisprudence. C'est par l'intermédiaire de celle-ci qu'il est aussi amené à émettre un avis sur la place du peuple dans la démocratie suisse²⁰. IL s'attarde longuement sur une décision assez technique de la Cour pénale du Tribunal Fédéral du 14 décembre 1915. L'Assemblée fédérale avait confié "un pouvoir illimité au Conseil fédéral" en vertu d'une habilitation accordée à l'exécutif. Le problème juridique soulevé était de savoir si, dans le cadre de ses pouvoirs illimités, le conseil fédéral pouvait s'affranchir des règles constitutionnelles. Le Tribunal fédéral répond positivement à cette question en arguant que, "par suite de circonstances exceptionnelles", le Conseil ne saurait être lié par la Constitution, en cette période de Première guerre mondiale. Le positivisme de Carré de Malberg fait ici merveille pour critiquer violemment cette décision. En effet, en vertu des articles 121 et 123, l'approbation du corps des citoyens est nécessaire pour modifier la Constitution. Avec l'habilitation accordée

¹⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution ...*, Tome I, *op. cit.*, p. 89 et 403.

¹⁹ *Ibidem*, p. 380.

²⁰ *Ibidem*, p. 610 et s. Il est intéressant de constater que Carré de Malberg ne traite de cette affaire que dans une «note de bas de page», note qui s'étend sur 13 pages!

au Conseil fédéral, le pouvoir exécutif peut déroger à la Constitution fédérale pendant cette période de crise, c'est-à-dire, finalement, modifier l'ordre constitutionnel en vigueur, le suspendre momentanément, donc le réviser partiellement. Cette habilitation, et cette décision du tribunal fédéral, ne consistent donc qu'en une violation des articles 121 et 123 de la Constitution; en effet, la révision ne peut être parfaite que lorsque le peuple l'a acceptée. Puisque l'Assemblée fédérale n'a pas le pouvoir de modifier seule la Constitution, elle ne pouvait habilitier le Conseil fédéral à le faire.

Au-delà de la seule violation des règles techniques constitutionnelles, il est aussi surprenant et intéressant que Carré de Malberg en conclut aussi à une violation de l'esprit des règles constitutionnelles, de leur esprit démocratique. En Suisse, par l'intermédiaire de la Constitution, le Tribunal fédéral aboutit à une destruction de la démocratie suisse. En effet, cet arrêt a pour conséquence de substituer, pour le problème essentiel de la révision constitutionnelle, le principe du gouvernement représentatif au régime du gouvernement populaire direct.

L'analyse de Carré de Malberg est aussi éclairante sur les limites que lui-même pose à son positivisme. De manière lumineuse, il a démontré que, juridiquement, il est impossible de conférer un pouvoir sans borne au Conseil fédéral. Il poursuit même que toutes les "ordonnances de nécessité" n'ont aucune base dans un Etat démocratique, ayant pour conséquence de déposséder le peuple de sa puissance constitutionnelle. Ainsi, la seule justification possible de cet arrêt est une justification *politique*; ce sont les circonstances de nécessité (la guerre de 1914-1918) qui conduisent le peuple à accepter cette quasi-dictature aux mains du Conseil fédéral. Carré de Malberg reproduit même le dernier considérant de l'arrêt, qui ne sera pas sans rappeler quelques aspects de la jurisprudence du Conseil d'Etat français: à la question posée de savoir si, en l'espèce, le Conseil fédéral pouvait avoir des raisons de sortir du cadre constitutionnel, le Tribunal fédéral répond que, sur un tel problème, "l'autorité judiciaire ne peut s'arroger le droit de décider" et que, en dernier lieu, c'est "l'autorité politique (c'est-à-dire l'Assemblée fédérale) qui est juge de la nécessité des mesures ordonnées".

Mis à part cet épisode, Carré de Malberg évoque la Suisse comme une "démocratie pure"²¹. Avec les articles 89 et 121, seul le peuple exerce un pouvoir de nature souveraine en Suisse. Les autres pouvoirs ne peuvent en aucun cas prétendre être souverains puisqu'ils sont, en tout état de cause, toujours soumis au dernier mot du peuple.

* Duguit aussi est admiratif devant ces procédés permettant l'intervention du peuple, mais son étude est nettement plus succincte que celle du maître de Strasbourg. Les mécanismes des articles 89 et 121 sont évoqués²², de manière moins technique, sans passer par la question de la souveraineté, mais essentiellement en termes d'arbitrage entre les différents pouvoirs lors de la procédure de révision. Si la révision a lieu par la voie de l'initiative populaire, les chambres peuvent adopter ce projet et doivent le soumettre au référendum. Si les

²¹ *Contribution ...*, Tome II, *op. cit.*, p. 184.

²² Duguit, *op. cit.*, p. 629.

chambres ne l'acceptent pas, la question de la révision est soumise à la votation populaire et les chambres doivent s'y soumettre. Ainsi, Duguit paraît distinguer le peuple, selon qu'il intervienne à l'origine de la procédure ou selon qu'il prenne la décision finale de la révision. CE dédoublement fonctionnel paraît assez artificiel et, sous la même appellation de peuple, celle retenue par Duguit lors de l'étude de l'article 121 ne concerne que l'instance décisionnelle.

Duguit insiste beaucoup plus sur l'utilisation des procédures que sur les techniques procédurales. Ainsi, selon lui, dans l'exercice de son droit d'initiative, "le peuple suisse a montré en général une remarquable sagesse et parfois une indépendance et une énergie digne d'éloges"²³. Un des exemples choisis est l'adhésion de la Suisse à la Société des Nations, entrée décidée par référendum en 1920 (415 000 oui et 11 cantons pour, 323 000 non et 10 cantons et demi contre). Celui qui lui paraît le plus significatif concerne un problème très souvent soulevé sous la III^e République, et ayant donné lieu à des débats houleux à l'Assemblée nationale: l'interdiction de l'absinthe. Cette proposition d'interdiction est due, en Suisse, à l'initiative populaire. Le principe a été approuvé par un vote populaire en 1908, modifiant ainsi la Constitution fédérale où, dorénavant, "la fabrication, l'importation, le transport, la vente, la détention pour la vente de la liqueur dite absinthe sont interdits dans toute l'étendue de la Confédération" (article 32 de la Constitution fédérale de 1874). Ces préoccupations sanitaires ne peuvent surgir que dans un pays où "l'éducation politique est parvenue à un très haut point, où les esprits sont calmes et pondérés"²⁴. Nul doute que, dans l'esprit du Duguit, le peuple français n'en soit encore arrivé à ce stade. Ainsi, ces mécanismes, si glorifiés lorsqu'il s'agit de la Suisse, ne sont sûrement pas transposables en France.

* Ces procédés de démocratie directe sont examinés de manière très favorable par Barthélemy, tant d'un point de vue théorique que pratique. Pour lui, le référendum est un instrument qui va de pair avec le principe d'un despotisme éventuel des assemblées²⁵. C'est dans son traité que l'on trouve la meilleure typologie des référendums, signe d'une très bonne connaissance de la vie politique suisse²⁶. Il distingue, lui aussi, ce qui concerne la législation ordinaire de la législation constitutionnelle.

Pour ce qui concerne le référendum facultatif concernant les lois fédérales (article 89), Barthélemy montre²⁷, chiffres à l'appui, qu'il s'agit d'une procédure fort peu utilisée; en effet, 89% des lois fédérales deviennent exécutoires sans avoir recours à la ratification populaire. Mais si la procédure de l'article 89 est utilisée, le peuple a du mal à se passionner pour des questions techniques (exemples du projet de loi sur les brevets d'invention en 1897 et 1905, du projet sur l'amélioration des quais de Genève). Par contre, pour des questions d'intérêt national, le référendum lorsqu'il est demandé, entraîne une large participation. Il est symptomatique que Barthélemy prenne les mêmes exemples que Duguit; l'adhésion de la Suisse à la

²³ *Ibidem*, p. 631.

²⁴ *Ibidem*, p. 784.

²⁵ J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 123.

²⁶ *Ibidem*, p. 114-132.

²⁷ *Ibidem*, p. 127.

Société des Nations (mai 1920) et la limitation de la consommation d'alcool (avril 1920). Pour ces deux référendums législatifs, la participation a atteint 80% du corps des citoyens. Ce qui tend à prouver, selon Barthélemy, que cette procédure a éminemment une vertu pédagogique, qu'elle constitue bien un apprentissage de la démocratie.

Pour les matières constitutionnelles, Barthélemy démontre que le référendum prévu par l'article 121 aboutit à des résultats somme toute assez hostile aux innovations (depuis 1848, 32 rejets sur 69 projets). Ce qui est plus surprenant, c'est que cette hostilité est encore grandissante lorsque le référendum concerne des projets émanant de l'initiative populaire; il s'agit ici d'un véritable massacre. L'auteur considère ici encore que le peuple joue véritablement son rôle, c'est-à-dire qu'il s'oppose à des initiatives populaires auxquelles ses représentants, par l'intermédiaire des Chambres fédérales, n'ont pas pu ou pas voulu, par démagogie, s'opposer. Ici, Barthélemy prend comme exemple aussi bien les référendums constitutionnels fédéraux que cantonaux; le peuple de Zurich repousse un projet de vote des femmes émanant de l'initiative populaire (février 1920), le peuple rejette la demande de suppression des tribunaux militaires (1921, initiative populaire fédérale), rejet d'un projet de prélèvement progressif sur les fortunes émanant du parti socialiste (1929), rejet de l'initiative donnant aux cantons et aux communes le droit d'interdire sur leur territoire la fabrication et la vente des boissons distillées (1929). Au final, Barthélemy recense, de 1893 à 1928, 21 projets constitutionnels soumis au référendum; seulement 6 furent acceptés.

S'en suit une étude très fine des différentes consultations où il mêle les procédures des articles 89 et 121, de sorte que le lecteur ne sait plus trop si la matière concernée est législative ou constitutionnelle. Mais cette typologie lui permet de dégager une sorte de «politique référendaire» qui n'est pas sans intérêt.

Ainsi, en matière de santé publique (encore!), Barthélemy s'émerveille que le peuple suisse ait su s'imposer à lui-même la prohibition de l'absinthe et la limitation de la consommation alcoolique. Il met en avant les vertus libérales, au sens politique, de la plupart des consultations populaires et semble se réjouir que le peuple suisse soit hostile aux expériences «socialistes»; ainsi, le référendum rejette le droit au travail dans la Constitution fédérale (1914), le peuple de Genève a rejeté un projet de loi cantonale organisant des assurances obligatoires (1910). Le peuple de Zurich écarte, en 1909, une loi sur la protection des demoiselles de magasin et, à Genève, en 1929, on rejette une initiative socialiste accordant un logement à toute personne justifiant de 3 ans de résidence. Barthélemy perçoit là une méfiance des suisse à l'égard de toute mesure étatique, conforté en cela par les positions très réticentes du peuple suisse à l'égard des normes fédérales établissant des monopoles d'état. Ce peuple qui est également un fervent protecteur et gardien de la liberté individuelle (rejet d'une loi fédérale, dite «Häberlin» en 1922, sur les menées anarchistes et qui menaçait la liberté de la presse), sait aussi reconnaître et se sacrifier pour l'intérêt général (suppression de l'absinthe et limitation de la consommation alcoolique, encore et toujours ...).

En conclusion, nos trois auteurs se retrouvent pour avouer leur admiration pour la Suisse et ses citoyens parfaits, sachant respecter l'ordre public, l'intérêt

général. La démocratie pure cesse d'être une utopie; elle a trouvé sa terre et sa réalité. Néanmoins, leurs doutes apparaissent très clairement sur la possibilité de transposer ce modèle suisse dans ce qu'ils nomment, tous les trois, un «grand Etat». Ainsi, la Suisse doit être regardée pour ce qu'elle est; un microcosme où la taille des cantons et de la Confédération rend possible ce qui n'est qu'une chimère pour les autres états. Esmein est, lui, d'un tout autre avis.

2 - L'hostilité à ces mécanismes: Esmein

On sent clairement, dès les premières lignes qu'Esmein consacre à la souveraineté nationale et au problème du suffrage, qu'il oppose le gouvernement représentatif au gouvernement direct, qu'il fait découler directement du suffrage universel²⁸. La Suisse est, pour lui, l'exemple même du pays où le suffrage universel règne en roi, que ce soit au niveau fédéral ou cantonal. Avant d'examiner en détail le cas de la Suisse, Esmein annonce déjà sa sentence sur le système référendaire suisse, tel qu'il est énoncé par l'article 89; en effet, de prime abord, qui pourrait trouver à redire à cette procédure qui ne consiste qu'en une sanction populaire, destinée, le cas échéant, à limiter l'absolutisme d'une assemblée qui aurait déjà discuté et délibéré sur un projet de loi? Or, selon Esmein, ce gouvernement direct est dangereux²⁹; il peut s'opposer à des réformes rationnelles voulues par le Parlement et ainsi contribuer à une stagnation législative. Mais aussi, conséquence inéluctable, le gouvernement direct remet en cause la valeur des travaux des assemblées représentatives en même temps, au final, que leur véritable activité; celles-ci soit arrêteront de travailler, ne pouvant avoir le dernier mot, soit tenteront de plaire au peuple et feront ainsi œuvre de démagogie. En tout état de cause, c'est le peuple, dans cet exercice particulier de la puissance législative, qui en sortira toujours vainqueur. L'étude très complète qu'Esmein consacre à la Suisse n'aura de cesse de parvenir à cette conclusion, pour finalement rejeter tous les torts les torts sur cette fameuse législation populaire directe, dont la Suisse est le plus bel exemple.

Esmein va donc examiner tous les procédés qui font intervenir le peuple dans la vie politique et juridique de la Confédération. Il est d'accord, avec tous les autres auteurs, pour reconnaître l'originalité des «Landsgemeinde», qu'il fait lui aussi remonter aux civitates germaniques. Mais ensuite, il développe une théorie originale en réfutant toute originalité de la Suisse en matière de législation populaire³⁰. Les procédés qui se développent en Suisse au XIX^e siècle, plus particulièrement à partir de la Constitution suisse de 1802, sont fortement influencés par la France et la Révolution française. Ainsi le référendum constitutionnel sur cette même constitution s'inspire, selon lui, des exemples révolutionnaires français. Et c'est parallèlement aux constitutions françaises de 1802 et 1804 que naît en Suisse le principe selon lequel le peuple doit nécessairement ratifier la Constitution.

²⁸ A. Esmein, *op. cit.*, p. 379.

²⁹ *Ibidem*, p. 401.

³⁰ *Ibidem*, p. 424 et s.

De même, selon lui, la participation du peuple à la législation ordinaire, affirmée pour la première fois en Suisse dans les années 1830-1840, s'exerce principalement sous la forme de ce qu'Esmein nomme «le veto populaire», annonçant la procédure de l'article 89, c'est-à-dire un acte par lequel le peuple approuve ou non d'accorder à la loi votée (et non un projet) par les représentants une force exécutoire, la casser. Là encore, nulle originalité suisse; ce veto trouverait son origine dans «le courant d'idées qui s'était produit dans la Révolution française; il rappelait le droit de réclamation et de censure qu'avait jadis proposé Condorcet»³¹. C'est ainsi que l'intervention du peuple trouve, en Suisse, plusieurs formes:

- le veto populaire; lorsqu'un certain nombre de citoyens décident de s'opposer à une loi adoptée par les Chambres, cette loi est soumise au vote populaire qui va l'approuver ou le rejeter. Cette procédure n'existe quasiment plus, remplacée par le référendum;

- ce référendum n'est pas, selon Esmein et contrairement au veto, un moyen de casser la loi: tant que le référendum peut intervenir, dans le délai prévu par la Constitution, la loi votée par l'Assemblée n'est qu'un projet; c'est le référendum qui lui confère sa perfection. La procédure de l'article 89 de la Constitution de 1874 instaure donc un référendum facultatif;

- enfin, l'initiative populaire, qui apparaît chronologiquement la dernière, mais qui est circonscrite à la question de la révision constitutionnelle. Il s'agit ici d'une révolution considérable, puisque cette initiative peut même concerner un projet rédigé de toutes pièces. Esmein critique cette procédure pour des mesures qui n'ont matériellement rien de constitutionnel «et qui parfois touchent aux intérêts les moins essentiels ou aux passions les plus mesquines»³²: les exemples retenus peuvent effectivement accréditer cette sentence; l'initiative de 1893 avait pour objectif de modifier l'article 25 bis de la Constitution (compétence de la Confédération pour la législation relative à la protection des animaux), dirigé contre les boucheries juives et défendant l'abattage du bétail sans qu'il ait été préalablement ourdi. On est ici bien loin des considérations de ses collègues relatives au comportement idéal des citoyens suisses. Une des craintes d'Esmein est que cette procédure d'initiative populaire, qui ne concerne alors que les matières constitutionnelles, ne soit étendue à la législation fédérale, sous la pression de certains cantons. On sait que cette possibilité ne sera accordée que par la révision constitutionnelle du 9 février 2003!

Les procédures conjuguées du référendum et de la l'initiative populaire rendent Esmein particulièrement perplexe. Alors que Barthélemy, faisant s'exprimer un suisse, lui faisait dire que «le référendum n'a pas empêché beaucoup de bonnes lois mais qu'il nous a préservé de quelques unes qui étaient vraiment mauvaises: l'initiative n'a pas bouleversé notre vie politique; elle nous a valu une excellente mesure d'hygiène sociale; l'interdiction de l'absinthe»³³, Esmein, lui,

³¹ *Ibidem*, p. 425.

³² *Ibidem*, p. 429.

³³ J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 131-132.

considère que «si le référendum (joint à l'initiative populaire) n'a fait en somme qu'assez peu de mal, il a empêché de faire beaucoup de bien, et que, d'après les aveux mêmes de ses partisans, il présente nettement les défauts que relèvent dans le gouvernement direct les défenseurs du gouvernement représentatif»³⁴ !! Ainsi, Esmein reprend et annonce clairement les différentes tares que les adversaires de ce système croit déceler dans la démocratie directe: peu ou pas de rationalité dans les votes, ainsi de l'incompréhension quand au rejet d'une loi fédérale de septembre 1890, permettant de mettre à la retraite, avec une pension, les fonctionnaires vieillissants et incapables de remplir leurs fonctions, alors que cette même loi avait été adoptée à l'unanimité par les deux Chambres! Les citoyens sont évidemment incapables de se faire leur propre avis sur des mesures d'une grande technicité³⁵, que les lois qui sont proposées à leur approbation mêlent souvent des questions fort différentes, imposant une réponse positive ou négative sur l'ensemble du texte sans possibilité de tri. La concomitance de deux référendums portant sur deux textes différents peut avoir des effets dévastateurs; ainsi de l'impopularité du projet de loi sur les épidémies qui entraîne avec lui l'arrêt sur les brevets d'invention. Enfin, Esmein constate aussi que la multiplication des cas de consultations populaires entraîne inéluctablement une hausse de l'abstention, une réduction constante du nombre des votants.

Nous sommes donc, avec Esmein, loin du tableau idyllique proposé par ses collègues. Il est en ce sens parfaitement représentatif d'une III^e République, d'une souveraineté, d'un parlementarisme absolu; les instruments de démocratie directe, que les autres croyaient pourtant adaptés à la Suisse, sont rejetés par lui au nom même du gouvernement représentatif, seul à même de fournir des réponses rationnelles aux questions politiques et juridiques. La participation du peuple s'épuise donc, selon lui, dans la désignation de ses représentants. La démocratie directe ne peut donc que conduire à la démagogie et à l'anarchie.

Il y a donc ici logique irréductible qui oppose Esmein aux autres publicistes. Alors que Carré de Malberg, Duguit, Hauriou, Barthélemy considèrent que les mécanismes de démocratie directe ne sont rien d'autres que des contre-pouvoirs nécessaires pour limiter l'hégémonie de pouvoir législatif, au profit du corps électoral (et l'exemple suisse leur est d'un grand recours), Esmein semble refuser de se laisser entraîner sur un tel terrain. Conséquence logique de cette prise de position, toujours à partir de la Suisse; alors que les autres auteurs considèrent qu'il y a une autre manière d'encadrer ce pouvoir législatif, Esmein rejette violemment cette hypothèse; c'est en effet la question du contrôle de constitutionnalité qui constitue, au sein de la doctrine publiciste, une nouvelle *summa divisio*; l'exemple suisse est, avec l'américain, le plus utilisé dans cette controverse.

II- Le contrôle de constitutionnalité face à la doctrine

³⁴ A. Esmein, *op. cit.*, p. 432.

³⁵ Esmein donne l'exemple d'une loi de 1875 portant sur l'émission et le remboursement des billets de banque, question à laquelle la masse des électeurs ne comprenait rien.

Le débat sur la possibilité de contrôler la conformité d'une loi à la Constitution occupe une place importante sous la III^e République³⁶: débat quant au juge qui pourrait être compétent (ordinaire ou spécial), quant au type de contrôle qui pourrait être opéré (a priori ou a posteriori). Le droit étranger appelé à la rescousse fournit des réponses fort diverses. Ainsi, Hauriou fait des Etats-Unis le pays où naît le contrôle de constitutionnalité, et cite ensuite une dizaine d'autres états où le procédé existe, mais en oubliant la Suisse³⁷. Il est le seul à commettre cette impasse. Pour les autres, le système suisse est parfaitement connu, étudié et maîtrisé, illustré par de nombreuses références jurisprudentielles.

Ce sont les articles 106 et suivants de la Constitution fédérale de 1874 qui traitent de la compétence du Tribunal fédéral qui, évidemment dans un état fédéral, connaît, pour le droit public, des conflits de compétences entre l'état et les cantons. Mais la procédure la plus remarquable est codifiée à l'article 113-3 qui précise que le Tribunal fédéral connaît des réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens (...). C'est ce que la doctrine appelle «le recours de droit public», en sachant que le Tribunal fédéral ne pourra pas contrôler au regard de la Constitution fédérale les lois et les arrêtés généraux votés par l'Assemblée fédérale. Ainsi, ces actes de l'Assemblée fédérale ne peuvent pas être soumis au contrôle de constitutionnalité. Mais les actes de toutes les autres autorités publiques en Suisse sont donc susceptibles de la procédure du recours de droit public. La doctrine de la III^e République examine donc les mécanismes de ce recours, pour en tirer des conséquences diamétralement opposées.

Carré de Malberg doit ici être étudié à part. En effet, il ne traite du contrôle de constitutionnalité en Suisse qu'à travers une affaire jurisprudentielle, et pour en montrer les limites³⁸. Il reprend son analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral de 1915 et se demande si le tribunal peut apprécier la constitutionnalité des ordonnances du Conseil fédéral, lorsque celles-ci ont été prises en vertu d'une habilitation de l'Assemblée fédérale. L'article 113 de la Constitution excluant du contrôle les lois et les arrêtés de l'Assemblée fédérale qui ont une portée générale, le contrôle portant sur la constitutionnalité des actes du Conseil fédéral aurait pour conséquence, in fine, de contrôler la constitutionnalité des habilitations données par l'Assemblée fédérale, ce qui est interdit. Ainsi, le rôle du Tribunal fédéral, dans cette affaire, ne consiste qu'à vérifier que l'arrêt du Conseil fédéral n'a pas outrepassé les pouvoirs délégués dans l'habilitation. Carré de Malberg s'insurge contre cette procédure et l'absence de contrôle qui en découle. En effet, si les lois et arrêtés fédéraux de l'Assemblée fédérale sont exclus en Suisse du contrôle de constitutionnalité, c'est pour l'unique raison qu'ils peuvent, en vertu de l'article 89, être soumis au référendum facultatif et on donc reçu, explicitement ou

³⁶ Pour un éclairage particulier, on peut se reporter à C. Courvoisier «1925, une année folle pour l'exception d'inconstitutionnalité; à propos d'un jugement du tribunal correctionnel de la Seine». In J. Lorgnier (textes réunis pas), *Justice et République* (s). L'espace Juridique 1993, p. 259-270.

³⁷ M. Hauriou, *Principes ...*, op. cit., p. 689.

³⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution ...*, p. 621 et s., note de bas de page.

implicitement, l'agrément du peuple «maître suprême en matière constituante»³⁹. Les actes du Conseil fédéral, eux, doivent donc être contrôlés par rapport à la Constitution. Sauf le cas d'une habilitation législative. On a donc ici un cas exemplaire d'une ordonnance du Conseil fédéral, intervenant dans le domaine de la loi, qui est donc, de par sa nature d'arrêté du Conseil, insusceptible d'une approbation (ou d'un rejet) par référendum, et, de plus, insusceptible d'un contrôle de constitutionnalité, la loi d'habilitation faisant «écran» entre l'arrêté du Conseil et la constitution!

Dans le deuxième tome de la *Contribution*, Carré de Malberg revient sur cette lacune juridique et regrette que la Suisse ne dispose pas, comme la France, d'un véritable tribunal administratif qui pourrait annuler l'acte d'une autorité administrative. En effet, le Tribunal fédéral suisse ne peut prononcer l'annulation d'un acte administratif, il refuse simplement d'appliquer cet acte à l'affaire, sa décision ne produisant que des effets *inter partes*. Cette lacune est pour le spécialiste de droit administratif qu'est Carré de Malberg fort regrettable par rapport à l'état du droit français. On pourrait néanmoins lui rétorquer que le Conseil d'état français n'effectue qu'un contrôle de la légalité de la norme administrative, le Tribunal fédéral un contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif. De plus, le requérant ne se préoccupe souvent fort peu de savoir si la décision de justice produira des effets *erga omnes* ou *inter partes* ...

Mais Carré de Malberg met bien le doigt sur le problème principal posé par le recours de droit public: l'exclusion des lois et arrêtés de l'assemblée fédérale qui ont une portée générale du champ du contrôle de constitutionnalité! Tous les auteurs montrent bien, contrairement à nos manuels d'aujourd'hui, que l'exemple des Etats-Unis. Aux Etats-Unis, la Cour suprême contrôle la constitutionnalité des lois fédérales à la Constitution. En Suisse, ceci est interdit au motif, fort bien analysé par Carré de Malberg, que, par le biais de l'article 89 (ou par sa fiction), le peuple est passé par là, et que, finalement, on refuse de contrôler la volonté législative du peuple qui a rendu parfaite la loi. Ce qui conduit même Esmein à écrire que le contrôle de constitutionnalité des lois n'existe pas en Suisse, contrairement aux Etats-Unis⁴⁰.

Là encore, deux camps se dessinent; ceux qui sont favorables au système suisse (Duguit et Barthélemy), et Esmein, encore seul contre tous, qui n'a de cesse de montrer l'inanité d'un tel système.

La modernité du recours de droit public: Duguit et Barthélemy

Les deux publicistes sont favorables à un contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, dans un état de droit, il ne peut y avoir de lois contraires au droit en vigueur. Duguit⁴¹, reprenant quasiment la structure du recours de droit public, souhaite un contrôle effectué par des tribunaux ordinaires, qui ne disposeraient pas

³⁹ *Ibidem*, p. 622. On peut toutefois s'étonner que, dans cette analyse, Carré de Malberg, en s'appuyant sur l'article 89, évoque le pouvoir législatif du peuple, pour en conclure à son activité «constituante». Il nous semble que les deux fonctions du peuple, en vertu des articles 89 et 121, législative et constitutionnelle, devraient être mieux distinguées ...

⁴⁰ A. Esmein, *op. cit.*, p. 596.

⁴¹ L. Duguit, *Traité ...*, Tome III, *op. cit.*, p. 724-732.

du pouvoir d'annuler la norme litigieuse (car celui-ci conduirait le juge à s'immiscer dans le pouvoir législatif), mais seulement d'un pouvoir d'interpréter et de ne pas appliquer la norme au cas d'espèce. L'exemple suisse lui sert ici dans une curieuse démarche. Selon Duguit, le pouvoir du juge ordinaire (mais le Tribunal fédéral peut-il être qualifié de juge ordinaire? Certes, il n'exerce pas la seule mission de contrôle de constitutionnalité ...) de contrôler la norme législative par rapport à la Constitution est tellement naturel qu'il a fallu «un texte constitutionnel formel pour enlever aux tribunaux le pouvoir logique d'apprécier la constitutionnalité des lois». L'article 113 ne s'applique qu'aux lois et arrêtés de l'assemblée fédérale. A contrario, les tribunaux ont donc le droit de contrôler la constitutionnalité des lois cantonales.

Barthélemy voit dans le contrôle de constitutionnalité la conséquence indiscutable de la rigidité constitutionnelle: il consacre de longs développements au recours de droit public⁴² lorsqu'il examine les applications étrangères du contrôle par voie d'action. Ce recours est, selon lui, tout à fait logique dans un tel pays, car l'idée même de suprématie de la Constitution est déduite de la notion de démocratie.

En effet, ce recours est largement ouvert aux particuliers qui peuvent le porter devant le tribunal fédéral, qui peut annuler *erga omnes* les lois des autorités cantonales. Barthélemy ne s'interroge pas explicitement, à ce stade de son analyse, sur l'absence de contrôle des normes fédérales. Il évoque seulement l'incompétence du Tribunal fédéral pour en connaître, mais considère que le plus important est que ce Tribunal puisse contrôler tous les autres actes cantonaux; législatifs, administratifs, judiciaires. L'intérêt à agir est très largement entendu, les causes d'ouverture sont assez larges (violation de la constitution fédérale ou cantonale). Les pouvoirs du juge sont eux-mêmes très étendus puisqu'il peut aller jusqu'à annuler une loi cantonale inconstitutionnelle. En pratique, ce type de recours de droit public (ou dit recours individuel pour violation d'un droit constitutionnellement garanti) est tout à fait protecteur des libertés individuelles.

Pour lui, ce fonctionnement quasi-idyllique tient avant tout à la composition de ce Tribunal fédéral. 19 juges le composent, élus par l'Assemblée fédérale. Or ces nominations, selon Barthélemy, même si elles ne sont soumises à aucune exigence de capacité pour les candidats, n'obéissent que très peu des considérations politiques. Le parti majoritaire a, comme tout citoyen suisse, le sens de l'intérêt général, et les nominations ne portent que sur des jurisconsultes confirmés, ce qui permet d'assurer au tribunal fédéral un prestige et une indépendance dont ne disposent que très peu d'autres cours chargées du contrôle de constitutionnalité. C'est justement ce mode de désignation qui justifierait l'absence de contrôle des lois fédérales par cet organisme: comme le Tribunal est désigné par l'Assemblée fédérale, il ne saurait contrôler ses actes.

Avec ce système, pour Duguit et Barthélemy, la suprématie de la Constitution est assurée et bien assurée, malgré l'impunité dont bénéficient les actes de l'autorité fédérale.

⁴² J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 209-210.

L'hostilité de principe d'Esmein

Comme nous l'avons vu précédemment, le contrôle de constitutionnalité des lois n'existe pas en Suisse pour Esmein, en vertu de l'article 113. Il n'a pas totalement tort, mais il devrait préciser «lois fédérales», les lois cantonales étant, elles, soumises au contrôle. Sa critique porte sur deux points, dont le premier est très rapidement éludé:

- il est hostile, par principe, à l'élection ou à la nomination des juges, au nom du principe de la séparation des pouvoirs. Le Tribunal fédéral suisse, élu par l'assemblée fédérale pour une durée de 6 ans, ne saurait prétendre à une véritable indépendance ni à une véritable compétence. Il se contente de renvoyer à des travaux de juristes suisses pour démontrer les insuffisances du système⁴³;

- la Suisse ne connaît donc point de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales. La doctrine, quasi unanime, considère que cette incompétence trouve sa source dans le fait que les mesures votées par l'assemblée fédérale et adoptées par le peuple, avec ou sans référendum, ont reçu la sanction du peuple. Le Tribunal fédéral devrait donc s'incliner devant la décision du peuple. Pour Esmein, cette explication ne vaut rien⁴⁴.

Il démontre, en effet, que cette interdiction de contrôle des lois fédérales est antérieure à la Constitution de 1874, c'est-à-dire antérieure à l'introduction du référendum quant aux lois fédérales. Celle-ci ne peut donc servir de prétexte à celle-là ...Mais le recours de droit public est aussi ouvert contre les lois cantonales qui peuvent violer un droit individuel. Le Tribunal fédéral est donc compétent pour connaître de l'inconstitutionnalité d'une loi cantonale, qui peut elle-même être soumise au référendum populaire dans les cantons! Est-ce donc à dire que le législateur cantonal, même populaire, est limité par la Constitution? Dans ce cas, pourquoi le législateur fédéral ne le serait-il pas?

La réponse d'Esmein démontre bien son hostilité à tout contrôle de constitutionnalité, et vaut tant pour la Suisse que pour les Etats-Unis, et sûrement pour la France: tout juge effectuant un contrôle de constitutionnalité de la loi est amené, non plus à jouer un rôle judiciaire, mais un rôle politique: lors qu'il censure, au nom de la constitution, une loi, il fait échec au pouvoir législatif voire, comme en Suisse, au peuple. Dès lors, peut-il véritablement se le permettre? La réponse suisse de l'article 113 ne serait donc, selon lui, qu'un refus adressé au juge pour que celui-ci ne soit pas amené à exercer un autre pouvoir que celui pour lequel il est destiné. Les Etats-Unis ont accepté ce système, tout simplement car le pouvoir judiciaire y jouit d'une autorité et d'un prestige indiscutable, fruit de l'héritage anglo-saxon. Les Etats européens peuvent-ils suivre cette voie? Esmein en doute, et il utilise curieusement et habilement l'exemple suisse où même ce peuple, paré de beaucoup de qualités et de vertus, hésite à s'abandonner à la sagesse présumée d'un pouvoir judiciaire. La question et la réponse posées par Esmein méritent, quoi qu'en pense la doctrine actuelle, encore aujourd'hui d'être rappelées: la frontière

⁴³ A. Esmein, *op.cit.*, p. 519.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 596.

entre le droit et la politique, dans cette matière qu'est le droit constitutionnel, est éminemment difficile à discerner ...

Nous avons tenté de montrer, à partir de deux exemples, que la Suisse pouvait servir de prisme pour éclairer les débats doctrinaux les plus essentiels pour la III^e République française. Les désaccords prennent ici des formes souvent violentes, mais portant sur les principes mêmes du droit constitutionnel et illustrant ainsi les opinions des uns et des autres sur le régime constitutionnel né des lois de 1875, voire sur le régime idéal prôné par ces autres; gouvernement direct, gouvernement représentatif, place du peuple par rapport à ses représentants, contrôle de la volonté législative, suprématie de la Constitution. Mais, au final, nous avons l'impression que tous sont persuadés que ce qui est valable pour la Suisse n'est pas forcément applicable à la France, en fidèle disciples du Montesquieu de l'*Esprit des lois*. C'est sûrement Esmein qui a la formule la plus percutante, et peut-être la plus juste: «Le système suisse a aujourd'hui un assez grand nombre d'admirateurs. Qu'on admire, soit, mais qu'on ne sorte pas de son milieu»⁴⁵.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 496.