

Les compétences fédérales dotées de force dérogatoire originelle d'un point de vue historique¹

Prof Dr. Andreas Kley, Berne²

1. Problème
2. Les compétences fédérales « exclusives » en 1848
3. Les compétences fédérales « exclusives » lors de la révision totale de 1874 et des révisions partielles subséquentes
4. Origine des compétences fédérales « exclusives »
5. Résultat I : que reste-t-il des compétences fédérales exclusives ?
6. Résultat II : la gestion des sources dans les travaux juridiques.

1. Problème

Le terme de « compétences fédérales avec force dérogatoire originelle » a été utilisé par le professeur zurichois de droit constitutionnel ZACCARIA GIACOMETTI (1893-1970), qui l'a établi dans la doctrine suisse dans son ouvrage de référence « Schweizerisches Bundesstaatsrecht » (1949). Le terme désigne les compétences de la Confédération qui « abrogent les compétences cantonales correspondantes dès leur attribution dans la Constitution fédérale »³. Autrement dit, la norme de compétence déploie dès son entrée en vigueur un *effet de blocage* face à la législation cantonale. GIACOMETTI présente les exemples suivants de ce type de compétence⁴ :

« Ce type de compétence législative de la Confédération ne représente cependant que des exceptions au regard de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale. Ces compétences législatives fédérales avec force dérogatoire originelle comprennent, en premier lieu, les prescriptions de la Constitution fédérale qui contiennent certains principes, telles que *les libertés, les interdictions liées à la police, certaines prescriptions à l'intention des cantons ou d'autres principes*, indépendamment du fait que ces principes puissent être développés plus en détail par la loi ou non. En effet, ces dispositions constitutionnelles ne se contentent pas de fonder des compétences fédérales, elles contiennent déjà du droit matériel.

Au demeurant, savoir quelles dispositions de la Constitution fédérale contiennent des compétences fédérales avec force dérogatoire originelle est une question d'interprétation. Il s'agit bien sûr en premier lieu des compétences législatives formelles de la Confédération au sens de son *pouvoir d'organisation* [cf. Sträuli, *op. cit.*, p. 79 ss] ainsi que des compétences touchant à la défense de la Confédération (art. 20 Cst. [1874]). On peut y ajouter les compétences législatives dépassant le domaine de compétence des cantons, telles que les

¹ « *Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung aus historischer Perspektive* ». (Traduction: Titus Hänni).

² Il s'agit d'un extrait retravaillé et développé de mon cours inaugural à l'Université de Berne le 25 novembre 1998, intitulé « Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates 1815–1848 ». Publié à l'origine dans : Recht, 1999, p. 189-201. Version légèrement remaniée.

³ « bereits mit ihrer Begründung in der Bundesverfassung die entsprechenden kantonalen Zuständigkeiten vernichten » FRITZ FLEINER / ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949, p. 101.

⁴ Cf. FLEINER / GIACOMETTI *op. cit.* (n. 2), p. 102, mises en évidence A. K. [les notes de bas de page pertinentes sont indiquées entre crochets]. Pour STRÄULI, cf. ci-dessous, n. 37.

compétences pour régler les relations des cantons entre eux. On peut dès lors aussi compter les compétences législatives de la Confédération dans le domaine des douanes, de la poste, du télégraphe, des chemins de fer, de la monnaie [ce qui découle de l'histoire de ces attributions, cf. Sträuli, op. cit., p. 78 s.]. Ce type de compétence fédérale inclut en outre toutes les capacités administratives de la Confédération qui ne se résument pas à des compétences d'exécution, donc avant tout son pouvoir gouvernemental [... cf. aussi art. 8 Cst. 1874]. »⁵

Contenues dans un document ou une norme constitutionnels relativement anciens, ces compétences fédérales « exclusives » s'avèrent être des phénomènes « historiques ». Elles sont directement liées à l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle et à la situation factuelle prévalant à l'époque. Le domaine touché doit manifestement être reconfiguré aussi rapidement que possible. Autrement dit, pour les douanes, la poste, le télégraphe, les chemins de fer et la monnaie, GIACOMETTI en réfère à *l'histoire*, c'est-à-dire à la méthode d'interprétation historique. De telles compétences « historiques » ont trait aux origines des ordres constitutionnels de 1848 et 1874 ou à des révisions partielles subséquentes fondant ce type de compétence. Les compétences fédérales exclusives, dans la logique de la notion, représentent entre autre aussi des phénomènes d'histoire constitutionnelle.

Dans la citation ci-dessus, GIACOMETTI souligne à raison que la force dérogatoire originelle n'existe que dans des cas exceptionnels : elle ne doit pas permettre l'apparition d'un *vide juridique* et donc un état de non-droit lors de l'attribution de la compétence, en l'absence d'une législation d'application.⁶ Ces compétences ne peuvent bénéficier de la puissance dérogatoire originelle que parce que (1) il existe déjà une infrastructure législative ou organisationnelle suffisante, (2) une telle infrastructure peut être immédiatement mise à disposition ou (3) n'est pas nécessaire. Ce type de compétence pourrait – dans une perspective historique, dans le contexte de 1848 – suggérer la *thèse* que, avant même la création de la Constitution fédérale de 1848, il existait une infrastructure fédérale suffisante pour prévenir tout vide juridique. Cette infrastructure aurait pu servir de base provisoire à la

⁵ « *Diese Art von Rechtsetzungskompetenzen der Eidgenossenschaft bilden aber angesichts des Art. 2 der Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung nur Ausnahmefälle. Als solche Gesetzgebungskompetenzen des Bundes mit ursprünglich derogatorischer Wirkung kommen in erster Linie diejenigen Vorschriften der Bundesverfassung in Betracht, die bestimmte Grundsätze, wie die Freiheitsrechte, polizeiliche Verbote bzw. gewisse Gebote an die Kantone oder andere Prinzipien enthalten, irrelevant, ob diese Grundsätze durch Gesetz noch näher ausgeführt werden dürfen oder nicht. Denn diese Verfassungsbestimmungen begründen nicht nur Bundeskompetenzen, sondern enthalten bereits materielles Recht.*

Im übrigen ist es Auslegungsfrage, welche bundeskompetenzbegründende Bestimmungen der Bundesverfassung derartige Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes mit ursprünglich derogatorischer Kraft enthalten. Als solche erscheinen selbstverständlich in erster Linie die formellen Gesetzgebungskompetenzen der Eidgenossenschaft im Sinne ihrer Organisationsgewalt [vgl. Sträuli a.a.O. S. 79 ff.] sowie diejenigen Zuständigkeiten, die den Schutz des Bundes betreffen (Art. 20 BV [1874]). Hieher gehören ferner die Gesetzgebungskompetenzen, die den Machtbereich der Kantone übersteigen, wie die Zuständigkeiten zur Regelung der Beziehungen der Kantone unter sich. Dazu können sodann die Rechtssetzungskompetenzen des Bundes auf dem Gebiete des Zoll-, Post-, Telegraphen-, Eisenbahnwesens, Münzwesens gezählt werden [dies ergibt sich aus der Geschichte dieser Zuständigkeiten, vgl. Sträuli a.a.O. S. 78 f.]. Ausserdem gehören alle Verwaltungszuständigkeiten des Bundes, die nicht lediglich Gesetzesvollziehungskompetenzen sind, so vorab seine Regierungsgewalt [... vgl. auch Art. 8 BV 1874], zu dieser Art von Bundeskompetenzen. »

⁶ Cf. YVO HANGARTNER, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, Berne 1974, p. 141 ; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, § 20 n° 32.

Confédération (trans)formée en 1848 pour qu'elle puisse commencer immédiatement son activité. Il s'agit maintenant d'examiner de manière détaillée ce qu'il en est.

GIACOMETTI était l'un des plus éminents professeurs de droit constitutionnel que la Suisse ait produits. Sa réflexion approfondie dans le domaine et les notions qu'il a dégagées ont fait école. La notion de compétence fédérale avec force dérogatoire originelle est l'une de ses idées reprises par la doctrine postérieure. On peut citer parmi les auteurs qui l'utilisent (lui ou son synonyme « compétence fédérale exclusive ») JEAN-FRANÇOIS AUBERT⁷, ULRICH HÄFELIN et WALTER HALLER⁸, YVO HANGARTNER⁹, PETER SALADIN¹⁰ et PIERRE TSCHANNEN¹¹. Ces auteurs présentent par ailleurs d'autres exemples de compétences fédérales exclusives :

- la défense nationale, la protection civile, la régale des poudres¹² (art. 18-22, 22^{bis}, 41 Cst. 1874 ; art. 58-61, 107 Cst.) ;
- les alcools (art. 32^{bis} Cst. 1874 ; art. 105 Cst.) ;
- La régale des monnaies ainsi que le monopole des billets de banque (art. 39 Cst. 1874 ; art. 99 Cst.) ;
- l'interdiction des impôts ecclésiastiques pour les non-adhérents (art. 49 al. 6 Cst. 1874)¹³ ;
- les mesures de politique économique s'écartant de la liberté économique (art. 31^{bis} al. 3 Cst. 1874, art. 94 al. 4 Cst.)¹⁴.

Si l'on s'en réfère à cette liste étendue de compétences, les compétences fédérales avec force dérogatoire originelle ne représentent plus une exception, mais un cas fréquent. On en vient donc se demander, d'un point de vue historique, comment la Confédération a pu faire face au risque de vide juridique. Il est intéressant de noter que GIACOMETTI justifie ce type de compétence principalement par des prérogatives attribuées à la Confédération lors de l'adoption de la première Constitution fédérale de 1848. Il vaut la peine d'explorer plus en détail cette approche historique.

2. Les compétences fédérales « exclusives » en 1848

a) Base : persistance du droit matériel du Pacte fédéral de 1815

Pour diverses raisons, le constituant de 1848 a voulu aménager une transition aussi douce que possible avec l'ordre ancien. D'une part, la Confédération renouvelée ne devait pas

⁷ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, volume I, Bâle 1991, p. 283 ss, n° 699.

⁸ Cf. ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5^e éd., Zurich 2001, n°s 1097 ss.

⁹ Cf. YVO HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, volume I: Organisation, Zurich 1980, p. 73.

¹⁰ Cf. n°s 203 ss ad art. 3 Cst. féd 1874, in : *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Berne/Bâle/Zurich 1987 ss (feuillet mobiles), cité : « *Kommentar BV 1874* ».

¹¹ Cf. TSCHANNEN, *op. cit.* (n. 5) § 20 n°s 31 ss.

¹² La régale des poudres de l'al. 1 a été supprimée lors de la votation populaire du 8.6.1997 et a perdu force obligatoire au 1.4.1998, cf. RO 1998, 918.

¹³ Ces compétences supplémentaires sont proposées par AUBERT (n. 7), p. 283, mais aussi en partie par TSCHANNEN (n. 5), § 20 n° 32 ou par HÄFELIN/HALLER (n. 8), n° 1099. Il s'agit à proprement parler d'un droit fondamental, qui ne modifie de toute manière pas le partage des compétences, mais représente plutôt dans une certaine mesure une norme de compétence négative, cf. chapitre 3d ci-dessous.

¹⁴ HÄFELIN/HALLER (n. 8), n° 1099.

donner lieu à des vides juridiques. D'autre part, le principe de persistance du droit matériel existant facilitait l'introduction des nouvelles institutions. La Constitution fédérale de 1848 se voulait une *œuvre de compromis* ; en tant que telle, elle cherchait à réaliser un passage aussi harmonieux que possible de la Confédération de 1815 à celle de 1848. C'est pourquoi l'art. 6 de ses Dispositions transitoires disait :

« ¹ Les arrêtés de la Diète et les concordats non contraires à la présente Constitution fédérale demeurent en vigueur jusqu'à ce qu'ils soient abrogés.

² Les concordats dont le contenu est devenu l'objet de la législation fédérale cesseront d'être en vigueur *dès que ces lois seront exécutoires*. »

L'al. 1 fixait le principe selon lequel l'ancien « droit fédéral » restait en vigueur. Il s'agissait en particulier des Concordats conclus sous l'égide de la Diète et qui faisaient office de « lois fédérales » sous le régime de 1815¹⁵. La Constitution fédérale faisait directement ce lien entre les anciennes lois fédérales (les Concordats) et les nouvelles lois fédérales du régime de 1848 à l'art. 6 al. 2 disp. trans. Cst. 1848. Elle voulait, dans la mesure du possible, assurer la continuité avec les Concordats en abrogeant ceux-ci *uniquement* à l'entrée en vigueur de la législation d'application fédérale. Du point de vue du droit transitionnel, la nouvelle Confédération s'inscrivait donc tout à fait dans la continuité de la Confédération de 1815¹⁶. Cela se constate par exemple chez ULLMER, l'éditeur de la première collection d'arrêtés des autorités fédérales, qui pour chaque domaine citait non seulement les lois fédérales, mais aussi les Concordats précédents, avec leurs références. Dans la mesure où aucune loi fédérale ne les remplaçait en tout ou partie, ces Concordats continuaient à être appliqués. La pratique législative des débuts de l'Assemblée fédérale confirme que ces compétences fédérales étaient destinées à n'être activées qu'avec la législation d'application. Dans les domaines où les compétences fédérales persistaient de manière inchangée, l'effet dérogatoire originel est possible *en théorie* ; l'ordre d'avant 1848 représentait déjà une infrastructure normative ou institutionnelle suffisante pour que la Confédération renouvelée puisse les reprendre de suite.

Par la suite, il s'agit de vérifier du point de vue *historique*, au cas par cas, pour les domaines mentionnés par GIACOMETTI, si (et dans quelle mesure) les compétences de la Confédération pouvaient être considérées comme des compétences fédérales exclusives et fonctionner en tant que telles.

b) *Pouvoir gouvernemental, politique extérieure*

Le pouvoir gouvernemental désigne les compétences spécifiques de tout exécutif dans ses rapports internes et externes, visant à mettre en œuvre la politique du Parlement et du Gouvernement¹⁷. Ces compétences découlent souvent directement de la Constitution et sont complétées par une loi d'organisation. La première loi de ce genre a été adoptée le 16 mai 1849¹⁸. Le Conseil fédéral, élu pour la première fois le 16 novembre 1848, était

¹⁵ Cf. GUSTAV VOGT, Revision der Lehre von den eidgenössischen Konkordaten, in : RJB 1864/65, vol. 1, p. 201 ss (206).

¹⁶ Cf. par exemple une décision de 1854, soumise au droit civil du canton de Lucerne plutôt qu'à celui (plus libéral) du canton de domicile actuel du demandeur, Berne, en application d'un concordat de 1821 : RUDOLF EDUARD ULLMER, Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden, volume I : Aus den Jahren 1848–1860, Zurich 1862, n° 482, ainsi que VOGT (n. 15), p. 225 s.

¹⁷ Cf. KURT EICHENBERGER, n° 42 ss ad Art. 95 Cst. 1874, in : Kommentar BV 1874.

¹⁸ Cf. RECUEIL OFFICIEL des pièces concernant le droit public de la Suisse, des lois fédérales, traités, décrets et arrêtés depuis l'introduction de la nouvelle constitution fédérale du 12 septembre 1848,

immédiatement capable d'agir aussi bien au plan interne qu'externe et il détenait immédiatement le pouvoir gouvernemental. Il n'avait besoin d'aucune loi à cet effet. Le pouvoir gouvernemental de la Confédération, en tant que compétence, a été instauré pour la première fois par l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale. De ce point de vue, les cantons n'ont perdu aucun « pouvoir gouvernemental fédéral ». Ils n'ont jamais été compétents pour exercer le *pouvoir gouvernemental* du Conseil fédéral, qui *n'existait pas* avant 1848. Certes, les cantons ont cédé des compétences matérielles afin que le pouvoir gouvernemental de la Confédération puisse s'exercer correctement. Une des principales compétences matérielles liées au pouvoir gouvernemental est la politique extérieure.

Avant 1848 déjà, la politique extérieure et la capacité à conclure des traités étaient des compétences de la Confédération¹⁹. Les traités avec l'étranger étaient négociés et conclus par la Confédération. Les cantons suisses étaient considérés « *comme une puissance* »²⁰. À l'interne, le champ d'application des traités était fonction de leur ratification par les cantons. C'est pourquoi ces traités n'avaient souvent pas force obligatoire pour tous les cantons. La Confédération avait le statut de sujet de droit au sens du droit international face à l'extérieur. Cependant, sous le Pacte fédéral de 1815 et la première Constitution fédérale, les cantons avaient presque les mêmes compétences en ce qui concerne les traités avec des pays étrangers, à savoir dans le domaine des « objets économiques et de police » ou « [de] l'économie publique, [d]es rapports de voisinage et [de] la police »²¹. Les traités des cantons avec l'étranger devaient être soumis à la Diète pour information et approbation avant leur ratification de plein droit²². Certaines constitutions cantonales régénérées limitaient d'office leur pouvoir de conclure des traités ; elles interdisaient les capitulations militaires (les accords de mercenariat), ce qui a été repris dans la Constitution fédérale de 1848²³.

La politique extérieure de la Confédération de 1815 était du ressort du président de la Diète (qui était aussi le président du Canton directeur) et du chancelier de la Confédération. Ceux-ci signaient les traités internationaux au nom de la Confédération²⁴. Après l'adoption de la Constitution de 1848, la politique extérieure et le pouvoir de conclure des traités demeuraient aux mains de la Confédération ; cependant, celle-ci pouvait désormais aussi conclure des traités touchant aux compétences cantonales sans l'accord de ceux-ci. La compétence fédérale a donc été étendue. La compétence fédérale persistante est passée directement de

2^o éd., Berne 1850, p. 149 ss : Loi fédérale sur l'organisation et le mode de procéder du Conseil fédéral suisse.

¹⁹ § 8 al. 3–6 Cst 1815 et art. 8 ss. Cst.1848

²⁰ « *als eine Macht angesehen* » – FRIEDRICH STETTLER, *Das Bundesstaatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft gemäss den Entwicklungen seit dem Jahr 1798 bis zur Gegenwart*, Berne/St-Gall 1847, p. 68.

²¹ Cf. § 8 al. 5 Cst 1815 / art. 9 Cst. 1848.

²² Règlement organique touchant les négociations particulières des Cantons avec les Puissances étrangères, du 22. juillet 1819, Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse: des décrets et arrêtés de la Diète et des concordats en vigueur, ainsi que des traités conclus entre la Confédération Suisse et d'autres états, tome I, Zurich 1820, p. 221 s.

²³ Cf. LUDWIG SNELL, *Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts*, Erster Band: Bundesstaatsrecht mit einem separat paginierten Zweitem Nachtrag ; Zweiter Band : Kantonalstaatsrecht, Zurich 1837–1844, volume I, p. 540 (par exemple en Thurgovie, à Zurich ou à Glaris ; cf. ALFRED KÖLZ, *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne 1992, p. 252, 293, 328) ; art. 11 Cst. 1848/1874.

²⁴ Cf. les nombreux exemples, par ex. dans le Recueil officiel des pièces concernant le droit public de la Suisse: des décrets et arrêtés de la Diète et des concordats en vigueur, ainsi que des traités conclus entre la Confédération Suisse et d'autres états, tome II : Zurich 1838, p. 584 ss.

la Diète ou du Canton directeur au Conseil fédéral²⁵. Dans la Confédération renouvelée de 1848, le monde politique a opté pour le modèle déjà en vigueur : le Département politique constituait le Département présidentiel, qui était occupé chaque année par un nouveau Conseiller fédéral, en raison de la durée d'office restreinte à un an du Président de la Confédération. Cette pratique, qui représentait dès le début un obstacle à la continuité dans les relations extérieures et s'inscrivait dans la continuité de la pratique de la Diète avec sa durée d'office de deux ans pour le Canton directeur, n'a été abandonnée que quatre décennies plus tard²⁶. Les traités étaient donc signés par le Président et le chancelier de la Confédération au lieu du président de la Diète²⁷. L'office de chancelier a existé sans interruption avant et après 1848.

Le pouvoir gouvernemental et la politique extérieure étaient des compétences auxquelles on a pu prêter une force dérogatoire originelle. Elles ont été créées en tant que telles à l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale. Toutefois, cet état de fait allait tellement de soi que les enseignants de droit constitutionnel du 19^e siècle ne l'ont pas thématiqué.

c) *Poste et télégraphe*

SCHNEIDER illustre, dans son histoire de l'état fédéral, la situation chaotique qui régnait dans le domaine des postes avant 1848 :

« [elle] faisait fuir le transport extérieur de marchandises même là où la voie la plus directe aurait passé par la Suisse ; par contre, elle permettait à certains pays voisins d'exploiter la rivalité entre cantons pour < expédier leurs colis à travers la Suisse à meilleur prix >. Elle a enfin révélé au grand jour l'impuissance honteuse de la Suisse dans ses négociations postales avec l'étranger, donnant lieu à des < pèlerinages de délégués postaux cantonaux >. Impuissance qui s'est révélée < dans toute sa nudité > dernièrement en 1847 à Vienne lors des consultations concernant de nouveaux traités postaux »²⁸.

Il n'est donc pas étonnant que l'Assemblée fédérale ait souhaité réformer aussi vite que possible les postes. La Confédération était censée reprendre les institutions postales des cantons en 1849, contre dédommagement. Le 28 novembre 1848 déjà, à titre de mesure transitoire, l'Assemblée fédérale avait décidé que les 18 institutions postales cantonales passeraient aux mains de la Confédération le 1^{er} janvier 1849²⁹. Cette reprise rapide a été rendue possible par la persistance provisoire du droit postal cantonal. Au cours de l'année 1849, la Confédération a repris contractuellement les institutions postales des cantons concernés et des opérateurs privés. BENEDIKT LA ROCHE-STAEHELIN, premier fonctionnaire

²⁵ Cf. art. 90 ch. 8 et 9 Cst. 1848.

²⁶ Cf. HANS SCHNEIDER, *Geschichte des Schweizerischen Bundesstaates 1848–1918*, erster Halbband 1848–1874, Zurich 1931, p. 49 ; J. DÜRSTELER, *Organisation der Exekutive der Schweizerischen Eidgenossenschaft seit 1798*, th., Zurich 1912, p. 269 ss.

²⁷ Cf. par exemple le *Traité postal entre l'Autriche et la Suisse* du 2 juillet 1849, *Recueil officiel* 1848–1850 (n. 16), p. 122 ss (152).

²⁸ « *Es verscheuchte den auswärtigen Warentransport auch da, wo ihn die kürzeste Linie durch die Schweiz geführt hätte, machte es dagegen einzelnen Nachbarstaaten möglich, die Rivalität der Kantone auszubeuten, um < ihr Felleisen wohlfeiler durch die Schweiz zu spedieren >. Sie stellte endlich bei den Postverhandlungen mit dem Ausland mit ihren < Pilgerzügen kantonaler Postabgeordneten > beschämend die Ohnmacht der Schweiz zur Schau, die zuletzt noch 1847 in Wien bei den Beratungen über neue Postverträge in < ihrer ganzen Blösse > zutage trat* », SCHNEIDER (n. 26), p. 94.

²⁹ Cf. *Recueil officiel* 1848–1850 (n. 18), p. 97 s.

supérieur à être élu, avant la fin de 1848, était chargé d'assurer le passage de cet état transitoire à un état définitif. Cela n'a pu se faire qu'avec l'adoption d'une législation fédérale en matière postale³⁰, entrée en vigueur fin 1849³¹. Ce n'est qu'à ce moment que la Poste fédérale a pu commencer son travail. Au moment de l'adoption de la première Constitution fédérale, les postes n'auraient jamais pu être une compétence fédérale originellement dérogatoire, car alors elles auraient périclité ou été anticonstitutionnelles pendant la période de transition. Le problème des postes cantonales a bien plutôt été résolu par l'adoption « immédiate »³² d'une législation d'exécution d'abord provisoire, puis définitive.

La Constitution n'a pas réglé explicitement le télégraphe ; cependant, la Loi fédérale du 23 décembre 1851 en a fait une partie de la régle des postes, suite à quoi il a été exploité par les services postaux. On s'est appuyé en outre sur la compétence fédérale de l'art. 21 Cst. 1848, qui attribuait à la Confédération la réalisation de travaux publics « qui intéressent la Suisse ou une partie considérable du pays ». La compétence fédérale en matière de télégraphe a été mise en doute à l'époque³³. On l'a obtenue a posteriori, par interprétation, pas par une révision de la Constitution. Il n'y a absolument pas lieu de parler d'une volonté du constituant historique de 1848 de fonder une compétence fédérale exclusive. La compétence fédérale n'a été fondée *de facto* qu'avec la Loi fédérale de 1851, d'une manière douteuse du point de vue du droit constitutionnel.

d) *Douanes*

Les douanes relevaient déjà de la compétence de la Confédération sous le Pacte fédéral en ce qui concerne les relations avec l'étranger et la perception de nouvelles taxes.³⁴ Cependant, en principe, les cantons étaient souverains en matière douanière. Les taxes prélevées par les cantons n'ont justement pas été abrogées à l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale. L'art. 5 des disp. trans. Cst. 1848 disposait expressément que la perception des droits d'entrée suisses continuerait jusqu'à l'entrée en vigueur des nouveaux péages fédéraux. Les péages cantonaux n'ont pu être abrogés qu'avec l'entrée en vigueur de la législation fédérale en matière de douanes à l'été 1849³⁵. Certaines taxes à la

³⁰ Cf. cependant LENDI, n° 6 ad art. 36 Cst. 1874, in : Kommentar BV 1874: « *Die Kantone waren – seit der Gründung des Bundesstaates – nie zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Post- und Telegraphenwesens ermächtigt.* » [depuis la fondation de l'Etat fédéral, les cantons n'ont jamais été compétents pour édicter des lois en matière de poste et de télégraphe] – bien entendu, les cantons n'ont quasiment pas modifié leur législation postale après le 12 septembre 1848 ; mais elle est restée en vigueur jusqu'à la Loi fédérale sur l'organisation de la poste du 4 juin 1849.

³¹ Cf. Loi fédérale sur l'organisation de l'administration des postes du 4 juin 1849, Recueil officiel 1848–1850 (n. 18), p. 105 ss avec ses règlements d'exécution et traités postaux.

³² Dans ce sens aussi JOHANN JAKOB BLUMER / JOSEPH MOREL, *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts*, 2^e éd., vol. I, Bâle 1877, p. 540.

³³ Cf. PETER CONRADIN VON PLANTA, *Die Schweiz in ihrer Entwicklung zum Einheitsstaate*, Zurich 1877, p. 15 s.

³⁴ Cf. § 8 al. 3–5 et § 11 al. 3 Cst 1815. Cf. la présentation approfondie du régime en matière de douanes chez MARGRIT MÜLLER, *Nationale Einigung aus wirtschaftlicher Notwendigkeit?* in : THOMAS HILDBRAND et al., *Im Zeichen der Revolution. Der Weg zum Schweizerischen Bundesstaat 1798–1848*, Zurich 1997, p. 91 s (93 ss) ou CEDRIC HUMAIR, *Etat fédéral, centralisation douanière et développement industriel de la Suisse 1798–1848*, in : ANDREAS ERNST et al. (édit.), *Revolution und Innovation. Die konfliktreiche Entstehung des schweizerischen Bundesstaates von 1848*, Zurich 1998, p. 103 ss ; EDUARD HIS, *Geschichte des neuen schweizerischen Staatsrechts*, volume III, Bâle 1938, p. 239 ss.

³⁵ Cf. Loi fédérale sur les péages de la Confédération suisse du 30 juin 1849, Recueil officiel 1848–1850 (n. 18), p. 179 ss avec le tarif des douanes et les ordonnances liées.

consommation sont restées en vigueur pendant des décennies encore. Dans ce domaine, le constituant a exclu une compétence fédérale avec force dérogatoire originelle.

e) *Monnaie*

Le domaine de la monnaie illustre de manière particulièrement frappante l'impossibilité factuelle d'une compétence fédérale exclusive. Certes, la Constitution fédérale de 1848, à son art. 36 al. 2 a interdit aux cantons de battre monnaie : « Les Cantons cessent de battre monnaie ». Toutefois, cela n'a pu se réaliser qu'au moment où la Confédération commençait effectivement à battre monnaie. La Suisse devait donc tout d'abord choisir un pied monétaire. À cette fin, le 30 juin 1849, l'Assemblée fédérale a invité le Conseil fédéral à lui soumettre un rapport avec des propositions à cet effet. Le Conseil fédéral a fait appel au directeur de la banque à Bâle³⁶, PAUL SPEISER³⁷, en tant qu'expert³⁸. Dans l'intervalle, il fallait encore maîtriser la multitude de monnaies. Cela s'est fait grâce à un décret de l'Assemblée fédérale³⁹ ; celui-ci fixait le tarif auquel les monnaies cantonales seraient acceptées auprès des administrations fédérales. Ce décret présupposait tout simplement la constitutionnalité des monnaies cantonales après le 12 septembre 1848. Il est donc impossible de considérer la compétence fédérale en matière de monnaie comme ayant une force dérogatoire originelle. Dans ce cas, la genèse de ces dispositions, à laquelle font appel GIACOMETTI⁴⁰ et STRÄULI⁴¹, échoue aussi. La Diète n'avait pas l'intention d'aggraver le chaos qui régnait dans le domaine des monnaies. Bien plutôt, la variété de monnaies cantonales et étrangères allait être remplacée non par un vide, mais, tout d'abord, par un tarif de conversion, puis par le pied monétaire fédéral. Cela s'est fait avec la loi sur les monnaies fédérales du 7 mai 1850⁴². Ce n'est qu'après cette date que les cantons ont perdu le droit de battre monnaie ; ici encore, il s'agit d'une compétence fédérale à effet dérogatoire rétrospectif.

f) *Chemins de fer*

En mars 1836, la Chambre du commerce de la ville de Zurich a procédé à des consultations sur la question de savoir « si le système des chemins de fer, en général, pouvait être implémenté en Suisse ».⁴³ Après quelques revers, MARTIN ESCHER-HESS a pu, grâce à un financement étranger, réaliser le premier projet ferroviaire. Le 9 août 1847 fut inaugurée la première voie ferrée de Suisse, entre Zurich et Baden. Du point de vue juridique, la ligne reposait sur des concessions ou des autorisations des cantons de Zurich et d'Argovie. La Constitution fédérale de 1848 n'a pas explicitement attribué à la Confédération la compétence en matière de chemins de fer. L'art. 21 Cst. 1848 sur les travaux publics aurait bien permis à la Confédération d'ériger des chemins de fer. Cependant, l'art. 21 ne fondait

³⁶ N.d.t. : la première banque cantonale de Bâle.

³⁷ N.d.t : *sic* ; il s'agit de JOHANN JAKOB SPEISER, père de Paul Speiser ; cf. Dictionnaire historique de la Suisse, entrée « Johann Jakob Speiser » du 15/02/2012, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F14815.php>

³⁸ Cf. par ex. BLUMER/MOREL (n. 32), p. 569 ss.

³⁹ Du 30 juin 1849, Recueil officiel 1848–1850 (n. 18), p. 172 ss.

⁴⁰ Cf. FLEINER / GIACOMETTI, *op. cit.* (n. 2) p. 102 n. 55.

⁴¹ Cf. HANS STRÄULI, Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen im Gebiete der Gesetzgebung, th., Zurich 1931, p. 78 s.

⁴² Recueil officiel 1848–1850 (n. 18), p. 305 ss; la Loi fédérale sur la mise à exécution de la réforme monétaire suisse du 7 mai 1850 avec le tarif d'échange, Recueil officiel 1848–1850 (n. 18), p. 310 ss.

⁴³ « *Ob das System der Eisenbahnen im allgemeinen für die Schweiz anwendbar sein könne* » – cf. THEODOR CURTI, Geschichte der Schweiz im XIX Jahrhundert, Neuchâtel 1902, p. 472 ; les chemins de fer sont présentés en détail chez CURTI, cf. p. 472 ss, 547 ss, 625 ss, 695 ss.

pas une régle ; les cantons et les particuliers auraient conservé la compétence de construire et d'exploiter des chemins de fer.⁴⁴ Le 28 juin 1852, l'Assemblée fédérale a décidé que la Confédération laisserait la construction de chemins de fer aux cantons et aux particuliers. Seule l'approbation des concessions octroyées par les cantons resterait réservée à la Confédération. La Loi fédérale sur l'expropriation pour cause d'utilité publique du 1^{er} mai 1850 s'appliquait pour la construction des voies ferrées⁴⁵.

Le mouvement démocratique du canton de Zurich voyait d'un mauvais œil la puissance de la *Nordostbahn*, qui bénéficiait d'une grande influence politique par le truchement d'ALFRED ESCHER. Cette aversion zurichoise a contaminé l'Assemblée fédérale qui, le 23 décembre 1872, après une tentative rejetée l'année précédente, a décrété une loi sur les chemins de fer. Cette loi centralisait les chemins de fer, jusqu'ici affaire cantonale, sous l'égide de la Confédération. La compétence octroyée par la Constitution de 1848 restait inchangée. VON PLANTA a reproché à l'Assemblée fédérale de s'être « arrogé par cette loi des compétences que la Constitution accordait aux cantons et que ceux-ci avaient effectivement exercées jusque-là »⁴⁶. L'Assemblée fédérale était consciente de la nature anticonstitutionnelle de sa démarche ; elle avait introduit rétrospectivement la compétence fédérale correspondante dans le projet de constitution de 1872⁴⁷ puis, sans modification, dans le projet de révision réussi de 1874, à l'art. 26 (de nos jours l'art. 87 Cst.). Ceci montre bien que les chemins de fer ne pouvaient en aucun cas constituer une compétence fédérale exclusive en 1848 ; en 1874, une compétence fédérale *exclusive* (mais non une compétence à effet dérogoire rétrospectif) en la matière était devenue superflue, la Confédération s'étant approprié la compétence au moyen d'une loi fédérale (de manière illégitime). Les cantons avaient déjà été évincés, mis à part d'éventuelles compétences ferroviaires résiduelles qui persistent jusqu'à nos jours. Les chemins de fer représentent une compétence fédérale avec effet dérogoire rétroactif⁴⁸.

g) Pouvoir d'organisation et autres compétences inhérentes

Le pouvoir de la Confédération d'organiser ses autorités suprêmes, les fonctionnaires et ses processus de prise de décision, est une *compétence inhérente*⁴⁹. « Tous ces objets, d'après leur nature, ne relèvent pas de la sphère de puissance d'un seul État, mais présupposent le rassemblement des États en une unité d'ordre supérieur ; seule celle-ci peut donc leur conférer leur ordonnancement juridique »⁵⁰. Les cantons ne peuvent pas posséder une telle

⁴⁴ Cf. VON PLANTA (n. 33), p. 17.

⁴⁵ Cf. par ex. CURTI (n. 43), p. 547 ss ; texte : Recueil officiel 1848–1850 (n. 18), p. 319 ss.

⁴⁶ « *Durch jenes Gesetz Befugnisse angemasst, welche verfassungsmässig den Kantonen zugestanden und von diesen auch bis dahin ausgeübt worden waren* » – VON PLANTA (n. 31), p. 39 ; cf. en détail JOHANN JAKOB BLUMER / JOSEPH MOREL, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, volume II/1, Bâle 1880, p. 48 s.

⁴⁷ Cf. Art. 24, texte : ALFRED KÖLZ, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte von 1848 bis in die Gegenwart, Berne 1996, p. 129 ss (132).

⁴⁸ Opposé à la compétence exclusive en matière de chemins de fer pour des raisons systématiques : LENDI, n° 6 ad Art. 26 Cst. 1874, Kommentar BV 1874 ; SALADIN, n° 205 ad Art. 3 Cst. 1874, Kommentar BV 1874.

⁴⁹ Cf. SALADIN, n° 142 ad Art. 3 Cst. 1874, Kommentar BV 1874. ALBERT AFFOLTER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, 1^{ère} éd., Zurich s. d. (1904), p. 47 n. 6, est probablement le premier auteur à considérer cette compétence comme exclusive, s'appuyant sur la doctrine allemande.

⁵⁰ « *Alle diese Gegenstände unterliegen ihrer Natur nach nicht der Machtsphäre eines einzelnen Staates, sondern setzen die Verbindung der Einzelstaaten zu einer höheren Einheit ... voraus; sie können daher auch nur von dieser höheren Gewalt ihre rechtliche Normierung erhalten* » – PAUL

compétence dans un état fédéral. Les compétences inhérentes appartiennent à la Confédération par définition. Elles ont effectivement une « force dérogatoire originelle » au sens de GIACOMETTI. Certes, cela va de soi, une compétence cantonale étant exclue d'office. Par exemple, il ne saurait y avoir une compétence cantonale de définition du drapeau suisse. Le problème du drapeau ne s'est pas posé en 1848 car le drapeau suisse choisi en 1815 par la Diète est resté en usage tel quel⁵¹.

3. Les compétences fédérales « exclusives » lors de la révision totale de 1874 et des révisions partielles ultérieures

a) Problème

La construction des compétences avec force dérogatoire originelle est-elle vraiment nécessaire pour permettre le passage de principe de la Constitution fédérale de 1848 à celle de 1874 ou de cette dernière à celle de 1999⁵² ? La réponse à cette question est claire : dans la mesure où la Confédération garde les mêmes compétences avant et après 1874 ou 1999, ce type de compétence ne semble pas nécessaire. En effet, l'entrée en vigueur de ces Constitutions fédérales n'a rien changé aux compétences dans les domaines en question (par ex. la politique extérieure, les postes, les douanes). La Confédération avait les mêmes compétences avant et après ces révisions totales ; la construction des compétences fédérales exclusives n'est pas requise. Le principe de force dérogatoire du droit fédéral de l'art. 3 Cst. assure déjà que, lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, la réglementation fédérale actuelle est maintenue et qu'une compétence cantonale *continue* à ne pas exister.

Ceci dit, la question se pose certes de savoir si de telles compétences fédérales avec force dérogatoire n'auraient pas été introduites avec les *nouvelles compétences fédérales* lors de la révision totale de 1874 et des révisions partielles subséquentes. Il est au moins théoriquement possible que les cantons perdent immédiatement leur compétence lorsque celle-ci est attribuée à la Confédération. Cela peut notamment être le cas au niveau des affaires militaires, du monopole des billets de banque et des restrictions aux libertés, en particulier la liberté économique.

a) Affaires militaires, protection civile et régale des poudres

Avant 1848 déjà, les affaires militaires étaient soumises à des réglementations fédérales relativement exhaustives ; toutefois, avant 1848 comme après, l'armée fédérale était constituée des contingents cantonaux⁵³. Ces réglementations fédérales ont été perpétuées dans l'organisation militaire de 1850⁵⁴. Les armées cantonales, avec leur droit de disposition

LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2 volumes, Freiburg i. Br. 1888/91, volume I, p. 622.

⁵¹ Cf. la description du sceau fédéral après la délibération de la Diète du 4 juin 1815, Recueil officiel (n. 18), volume II, p. 3 ou sa reproduction dans FF 1889 IV 640. À l'occasion de la réforme totale de 1999, la description du drapeau et des armoiries dans la Constitution fédérale a été refusée explicitement, cf. BO 1998 N 361.

⁵² Dans cet esprit, HANGARTNER (n. 9), p. 73, prenant l'exemple des douanes.

⁵³ Cf. par ex. EDGAR BONJOUR, Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates, Bâle 1948, p. 174 s.

⁵⁴ Cf. Loi fédérale du 8 mai 1850 sur l'organisation militaire de la confédération suisse, Recueil officiel 1848–1850 (n. 18), p. 365 ss ; concernant les nouveautés, cf. VON PLANTA (n. 33), p. 10, 52 ; HIS (n. 34), p. 236 ss

des cantons, ont continué d'exister. En 1848, il n'y avait donc pas lieu d'admettre une compétence fédérale avec effet dérogatoire rétroactif.

À l'occasion de la révision totale de 1874, les affaires militaires ont été considérablement centralisées. JEAN-FRANÇOIS AUBERT en a conclu qu'à cette époque, les compétences cantonales ont été perdues au sens d'une force dérogatoire originelle de la Constitution fédérale. PETER CONRADIN VON PLANTA, témoin politique contemporain, a constaté tout le contraire. En effet, les cantons conservaient toute une série de compétences militaires résiduelles conformément à la législation fédérale. Mais ces concessions de compétence aux cantons « n'auraient eu de valeur que dans la mesure où on ne permettait pas à la législation fédérale de les annuler par la suite »⁵⁵. Du point de vue historique, cette déclaration correspond au comportement de l'Assemblée fédérale ; elle a exercé les compétences militaires de la Confédération après la révision totale de 1874 et décrété une Loi fédérale le 13 décembre 1874⁵⁶. Désormais, l'armée fédérale était constituée de l'élite et de la landwehr. Cela demandait des préparatifs conséquents. Pour la raison bien connue du vide réglementaire, il était impensable que les cantons perdent leurs compétences dès l'entrée en vigueur le 29 mai 1874, d'autant plus qu'il n'était pas clair à quel point la Confédération épuiserait sa compétence. Les cantons ont donc conservé en un premier temps le droit de disposer de leurs troupes. Toutefois, cela n'était possible que dans la mesure où la Confédération ne disposait pas de ces troupes cantonales. Le but était de faciliter la transition d'un système d'armées cantonales à un système de troupes cantonales sous commandement fédéral. La démarche prudente du constituant et du législateur exclut déjà la possibilité d'admettre une compétence fédérale exclusive « brutale ». D'après les faits exposés et la rapidité à laquelle la Loi fédérale sur l'armée a été édictée, une compétence fédérale avec effet dérogatoire originel semble avoir été impraticable et ne pas avoir fait partie des visées du législateur fédéral⁵⁷.

En ce qui concerne la protection civile, PETER SALADIN a démontré qu'il ne peut pas s'agir d'une compétence fédérale exclusive⁵⁸. La régale des poudres, fondée déjà en 1848, ayant été abolie, est devenue sans objet en tant qu'exemple supposé d'une compétence fédérale exclusive.⁵⁹

c) *Monopole des billets de banque*

En 1874, la Confédération s'est vu attribuer la compétence « de décréter par voie législative des prescriptions générales sur l'émission et le remboursement des billets de banque »⁶⁰. En 1879, une motion du conseiller national Dr. JOOS visant à introduire un monopole fédéral des billets de banque a échoué. Il a donc commencé à récolter des signatures pour une initiative populaire dans l'intention de modifier l'art. 39 Cst. 1874. JOOS a rassemblé plus de 52 000

⁵⁵ « Wären aber nur von Werth gewesen, wenn nicht der Bundesgesetzgebung anheimgestellt worden wäre, sie nachträglich alle zunichte zu machen » – cf. VON PLANTA (n. 33), p. 68 s.

⁵⁶ Cf. Organisation militaire de la Confédération suisse du 13 novembre 1874 (RO 1874/1875 257) ; Les nouveaux art. 18–21 Cst. 1874 avaient absolument besoin de cette Loi fédérale ; une mise en œuvre immédiate était impensable en raison des nombreuses mesures d'organisation.

⁵⁷ Par ailleurs, les Cantons conservaient certaines compétences résiduelles après l'organisation militaire du 13. 12. 1874 suscitée, cf. Art. 244 et 245 ; Cf. aussi art. 19 al. 4 Cst. 1874.

⁵⁸ Cf. SALADIN, n° 205 ad Art. 3 Cst. 1874, Kommentar BV 1874.

⁵⁹ Voir ci-dessus n. 12. Cf. aussi BONJOUR (n. 53), p. 173.

⁶⁰ « Vorschriften über die Ausgabe und Einlösung der Banknoten zu erlassen » – cf. le texte originel chez HANS NABHOLZ / PAUL KLÄUI, Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone, 3^e éd., Aarau 1947, p. 335.

paraphes. Le droit de l'époque ne connaissant pas la révision partielle, l'Assemblée fédérale a considéré sa démarche comme une votation préliminaire sur la question d'une révision totale. Le projet a échoué le 31 octobre 1880 avec 260 216 voix contre et 121 099 voix pour⁶¹. La question est néanmoins restée brûlante du point de vue politique et, en 1891, la Confédération a reçu le monopole des billets de banque en vertu d'une révision partielle lancée par l'Assemblée fédérale. Ce monopole serait exercé soit par une « banque d'Etat », soit par une « banque d'actions centrale ». Après le rejet d'un projet de loi en votation populaire du 28 février 1897, les débats politiques sur la structure de cette institution ont retardé l'élaboration d'une loi fédérale⁶². Ce n'est qu'avec la Loi sur la banque nationale du 6 octobre 1905 que la deuxième solution, la banque d'actions centrale, a été implémentée. Celle-ci a commencé ses activités en 1907. Si l'on adhère à l'idée que l'art. 39 Cst. 1874 représente une compétence avec force dérogatoire originelle, le domaine des billets de banque aurait connu un vide réglementaire de 16 ans au niveau du droit public. En théorie, rien n'interdit d'admettre une compétence avec force dérogatoire originelle de la Confédération, car selon la conception de l'époque, la compétence attribuée en 1891 ne s'appliquait pas au droit privé, restant cantonnée au droit public. Nombre de banques cantonales et privées ont bel et bien émis des billets de banque en tant que reconnaissances de dette relevant du droit privé. Nonobstant, admettre une compétence exclusive en matière d'émission de billets de banque avec un effet de blocage sur le droit public cantonal est pour le moins inutile, car il ne serait venu à l'idée d'aucun canton de créer une banque centrale de droit public cantonale. La simple présence du terme « exclusif » à l'art. 39 al. 1 Cst. 1874 ne change rien à cette qualification⁶³. L'exemple du monopole des billets de banque, cité dans les ouvrages didactiques, ne correspond donc pas à une compétence dérogatoire originelle de la Confédération.

d) *Libertés, en particulier la liberté de commerce, en tant que compétences fédérales ?*

Les libertés ne peuvent en aucun cas être considérées comme des compétences fédérales à force dérogatoire originelle.⁶⁴ Les libertés de la Constitution fédérale ne fondent pas de compétences fédérales ; elles n'affectent pas la répartition des compétences dans l'État fédéral.⁶⁵ Sinon, la clause de l'art. 3 Cst. serait superflue et la Confédération pourrait régler quasi tous les domaines. Par contre, les libertés peuvent être comprises comme une « *négation de la compétence étatique* »,⁶⁶ en ce qu'elles « déterminent négativement le contenu et la forme de l'activité de l'état »⁶⁷ et laissent des libertés au particulier. L'état ne peut intervenir dans le noyau dur, mais il peut prendre des dispositions législatives pour protéger ce noyau dur.

⁶¹ Cf. CURTI (n. 39), p. 623–635; KÖLZ (n. 43), p. 187. Le droit d'initiative en vue d'une révision partielle n'est devenu une possibilité qu'en 1891.

⁶² Cf. JUNOD, n° 2 ad Art. 29 Cst. 1874, Kommentar BV 1874.

⁶³ Par exemple, JAKOB SCHOLLENBERGER, Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar mit Einleitung, Berlin 1905, p. 321, a expliqué que la législation de pur contrôle de la Confédération restait en vigueur sans modifications. D'un autre avis, AUBERT (n. 7), n° 697–698, p. 500.

⁶⁴ Dans ce sens cependant FLEINER/GIACOMETTI (n. 2), p. 102.

⁶⁵ Cf. AUBERT (n. 7), p. 500 s. ; YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, volume II, Zurich 1982, p. 55 ; TSCHANNEN (n. 5), § 20 n° 10 s.

⁶⁶ « *Négation staatlicher Zuständigkeit* » – FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, p. 318 ; cf. d'autres remarques dans ANDREAS KLEY, Grundpflichten Privater im Schweizerischen Verfassungsrecht, th., St. Gall 1989, p. 75 n. 4.

⁶⁷ « *Inhalt und ... Form der Staatstätigkeit ... negativ determinieren* » – ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zurich 1960, p. 4.

Les mesures de politique économique qui s'écartent de la liberté économique (art. 31^{bis} al. 3 Cst. 1874, art. 94 al. 4 Cst.)⁶⁸ peuvent effectivement, à la lumière de cette liberté, être considérées comme des compétences fédérales exclusives. La liberté économique accordée en 1874 était une « norme de compétence négative » : elle interdisait à la Confédération et aux cantons d'imposer des restrictions pour des motifs de politique économique. Lorsque l'on a octroyé quand même des compétences dans ce sens à la Confédération, surtout avec les « articles économiques » de 1947, la « liberté de commerce et d'entreprise » a conservé un effet de blocage face aux compétences cantonales. Même en l'absence d'utilisation de la compétence fédérale, la liberté économique interdit aux cantons de prendre des mesures à la place de la Confédération. Bien évidemment, ici encore, la notion de compétence fédérale exclusive est dispensable. L'état de fait est dû à l'interaction entre liberté économique et compétence fédérale en matière de politique économique et non à une volonté du constituant de réserver une compétence fédérale avec force dérogatoire exclusive.

4. Origine des compétences fédérales « exclusives »

D'où GIACOMETTI tenait-il son idée des « compétences fédérales exclusives » ? Dans son ouvrage de référence⁶⁹, il renvoie à une thèse supervisée par FRITZ FLEINER quelques années avant son décès : STRÄULI (1933)⁷⁰. Celle-ci permet de mieux comprendre l'origine de la notion. STRÄULI renvoie pour une part à FLEINER, qui ne fait que mentionner le terme sans l'expliquer en soi⁷¹. D'autre part, STRÄULI mentionne la véritable source des compétences fédérales exclusives, à savoir l'art. 6 al. 1, 2^e phrase⁷² et l'art. 12 al. 1 de la Constitution de la République de Weimar du 11 août 1919 :

Art. 6

„Das Reich hat die ausschliessliche Gesetzgebung über:

1. die Beziehungen zum Ausland;
2. das Kolonialwesen;
3. die Staatsangehörigkeit, die Freizügigkeit, die Ein- und Auswanderung und die Auslieferung;
4. die Wehrverfassung;
5. das Münzwesen;
6. das Zollwesen sowie die Einheit des Zoll- und Handelsgebiets und die Freizügigkeit des Waren-verkehrs;
7. das Post- und Telegraphenwesen einschliesslich das Fernsprechwesen.“

Traduction:

Le Reich a compétence exclusive pour légiférer sur :

1. les rapports avec l'étranger ;
2. les affaires coloniales ;
3. la nationalité, la liberté de circulation, l'immigration et l'émigration, ainsi que l'extradition ;

⁶⁸ HÄFELIN/HALLER (n. 8), n° 1099. De nos jours, il s'agit de l'art. 94 al. 4 en lien avec les art. 100 al. 3, 101 al. 2, 102 al. 2, 103 etc. Les régales cantonales en tant que seuls « écarts » autorisés ne sont pas pris en compte ici.

⁶⁹ Cf. ci-dessus n. 2, p. 102.

⁷⁰ Cf. ci-dessus n. 37, p. 76 ss.

⁷¹ FLEINER (n. 66), p. 422 : « Es sei hingewiesen auf die Ausschliesslichkeit der Bundesgesetzgebung für das Zoll-, Post-, Telegraphen- und Eisenbahnwesen » [nous nous permettons d'attirer l'attention sur l'exclusivité de la législation fédérale en ce qui touche aux douanes, à la poste, au télégraphe et aux chemins de fer].

⁷² *Sic* ; plutôt art. 6 al. 1.

4. l'organisation des forces armées ;
5. la monnaie ;
6. les douanes ainsi que l'unité du domaine douanier et commercial et la libre circulation des marchandises ;
7. la poste et le télégraphe, y compris la téléphonie. »

Art. 12 al. 1 : „Solange und soweit das Reich von seinem Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch macht, behalten die Länder das Recht der Gesetzgebung. Dies gilt nicht für die ausschliessliche Gesetzgebung des Reichs.“

Traduction: « Tant que le Reich n'a pas exercé son droit de légiférer, les Länder en conservent le droit. Est réservée la législation exclusive du Reich. »

Cette liste correspond exactement au catalogue indiqué par GIACOMETTI, à l'exception du ch. 3⁷³, qui ne pouvait de toute évidence pas s'appliquer à la Constitution fédérale. Dans le droit constitutionnel de la République de Weimar, la question du vide réglementaire n'était toutefois pas d'une grande actualité, car ces compétences étaient déjà exercées par le Reich en vertu du droit précédent. On a néanmoins mobilisé la construction auxiliaire de la « réception » par le *Reich* des normes relevant du droit des *Länder*⁷⁴. STRÄULI a aussi défendu cette construction. Selon celle-ci, la validité des lois cantonales dans le domaine des nouvelles compétences fédérales exclusives repose sur la volonté de la puissance centrale : « elles changent de nature juridique et deviennent du droit fédéral régionalement différent »⁷⁵. Cette construction permet effectivement de surmonter le problème du vide juridique ; à ma connaissance, elle n'a cependant pas été utilisée par ailleurs dans le droit constitutionnel suisse.

Les dispositions de la Constitution de la République de Weimar remontent à des opinions doctrinales sur la Constitution BISMARCKIENNE de 1870,⁷⁶ selon lesquelles le Reich disposait d'une « compétence exclusive »⁷⁷ en matière de pouvoir d'organisation, de marine de guerre et d'affaires militaires, de douanes et de taxation de certains produits agricoles.

« Dans ces domaines, les prescriptions légales des États subordonnés sont inadmissibles et juridiquement nulles, y compris en ce qui concerne des points que le Reich n'a pas réglementé par la loi. En effet, la législation des États subordonnés dans ces domaines est absolument exclue et interdite par la Constitution »⁷⁸.

En Suisse, ces affirmations ont été reçues au moins par AFFOLTER. C'est ainsi qu'ALBERT AFFOLTER 1904, s'appuyant sur LABAND, est probablement le premier auteur suisse à désigner le pouvoir d'organisation de la Confédération et les chemins de fer de l'art. 26 Cst. 1874 (art. 87 Cst.) comme des « compétences fédérales exclusives »⁷⁹. Si l'affirmation est

⁷³ *Sic* ; art. 6 ch. 2.

⁷⁴ Cf. par ex. GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14^e éd., Berlin 1933, p. 77.

⁷⁵ Cf. (n. 41), p. 77.

⁷⁶ Cf. LABAND (n. 50), volume I, p. 622 s.

⁷⁷ « *ausschliessliche Kompetenz* ».

⁷⁸ « *Auf diesen Gebieten sind gesetzliche Vorschriften der Einzelstaaten unstatthaft und rechtlich unwirksam auch hinsichtlich solcher Punkte, welche das Reich gesetzlich nicht geregelt hat. Denn hier ist die Gesetzgebung der Einzelstaaten ganz und gar ausgeschlossen und durch die Reichsverfassung untersagt* » – LABAND (n. 50), volume I, p. 623.

⁷⁹ « *ausschliessliche Bundeskompetenzen* » – cf. AFFOLTER (n. 45), p. 46 s avec n. 6.

correcte pour le pouvoir d'organisation⁸⁰, elle est assurément fautive pour les chemins de fer. Les pages de l'ouvrage de LABAND citées par AFFOLTER traitent effectivement les chemins de fer en Allemagne⁸¹, mais il en résulte justement que le *Reich* n'avait *pas* de compétence exclusive en la matière. L'affirmation que les chemins de fer correspondent à une compétence fédérale avec force originelle repose donc sur une *erreur reprise et perpétuée*⁸². L'histoire de la législation suisse en matière ferroviaire⁸³ montre tout aussi clairement que cette affirmation ne saurait être correcte.

Voici clarifiée l'origine des compétences fédérales exclusives. Le terme est certes utilisé de ci et de là dans la Constitution fédérale suisse⁸⁴, mais sa base théorique se trouve dans l'art. 6 et l'art. 12 al. 1 de la Constitution de la République de Weimar et dans des opinions doctrinales sur le droit constitutionnel du régime de Bismarck. FLEINER et GIACOMETTI n'ont certainement pas aveuglément transposé les notions allemandes au droit constitutionnel suisse. Il est possible qu'ils aient rapporté les compétences fédérales exclusives à l'année 1874⁸⁵, à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. C'est théoriquement imaginable, mais à mon humble avis, un tel rapport n'a pas lieu d'être. En effet, il n'y a nul besoin d'exclure *après* 1874 les cantons d'une compétence qu'ils n'avaient déjà *pas avant* 1874. Dans ce sens, par exemple, BURCKHARDT, dans son commentaire sur la Constitution, avait expressément et fondamentalement exclu ce type de compétence pour l'état fédéral suisse⁸⁶. On peut renoncer sans déficit à la catégorie des compétences fédérales avec force dérogatoire originelle. C'est bien pourquoi JEAN-FRANÇOIS AUBERT lui attribuait à raison un *intérêt purement historique*⁸⁷. En examinant de plus près cet intérêt historique, il s'avère que les compétences fédérales exclusives existent tout au plus en théorie. Elles ont une valeur pseudo-historique, qui ne se recoupe pas avec la pensée historique de l'époque. Ce résultat sera exposé dans le *cinquième chapitre* ci-après.

C'est un phénomène curieux que FLEINER et GIACOMETTI, des juristes d'une autorité considérable, aient pu introduire un tel concept théorique et même – comme le montre l'exemple des chemins de fer – reprendre et perpétuer des erreurs manifestes. Les affirmations et les termes sont ensuite transmis d'auteur à auteur et se consolident en *vérité dogmatique*. Ce n'est pas un hasard si les auteurs juridiques utilisent souvent l'adjectif « dogmatique »⁸⁸, sans qu'il soit clair d'où une phrase tire son autorité. Des dogmes juridiques auto-reproducteurs peuvent naître dans la science juridique parce que le travail de nombreux juristes s'avère moins historique qu'historico-mimétique. Souvent, l'histoire n'est respectée qu'en apparence. La transmission de notions et d'affirmations via les publications et les citations, sans vérification matérielle, est monnaie courante. Ce phénomène

⁸⁰ Cf. ci-dessus, chapitre 2g

⁸¹ Cf. LABAND (n. 50), volume II, p. 112 ss

⁸² « *tradierte[r] Irrtum* »

⁸³ Cf. ci-dessus, chapitre 2f.

⁸⁴ Cf. art. 39 al. 1 et l'art. 41 al. 1 Cst. 1874, abrogé en 1997. Les art. 8 (« seule ») et 38 al. 2 (« seule ») Cst. 1874 utilisent ce genre de termes

⁸⁵ Dans le même esprit, HANGARTNER (n. 7), p. 73, pour les douanes

⁸⁶ Cf. WALTHER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 1^{ère} éd., Berne 1905, p. 64 ; 2^e éd., Berne 1914, p. 52 ; 3^e éd., Berne 1931, p. 16. Chez SCHOLLENBERGER (n. 59), p. 89 ss, 101 ss et chez ULRICH LAMPERT, *Das schweizerische Bundesstaatsrecht*, Zurich 1918, p. 14 s, ce type de compétence est entièrement absent de la liste correspondante

⁸⁷ AUBERT (n. 7), p. 283 n° 698

⁸⁸ Le « dogme », du grec via le latin, est une affirmation religieuse considérée comme fondamentale et incontestable (particulièrement dans l'Église catholique).

problématique de l'activité scientifique sera exploré plus en détail dans le *sixième et dernier chapitre*.

5. Que reste-t-il des compétences fédérales exclusives ?

a) *Du point de vue de l'histoire constitutionnelle*

L'analyse historique des sources a révélé que les compétences fédérales exclusives sont la reprise d'une institution de droit constitutionnel de la Constitution bismarckienne de 1871 et de celle de la République de Weimar de 1919⁸⁹. Ce résultat est étayé par l'absence de volonté du constituant historique suisse de fonder des compétences fédérales avec force dérogatoire originelle. Les compétences fédérales ont bien plutôt été épuisées peu à peu par le législateur. La législation d'exécution a été décrétée, parfois, en quelques semaines, mais plus fréquemment après plusieurs mois, voire quelques années après l'entrée en vigueur complète de la Constitution fédérale du 16 novembre 1848. Ceci est vrai en 1848 pour la poste, le télégraphe, les douanes et la monnaie ; c'est vrai en 1874 pour les affaires militaires, les billets de banque et les autres révisions partielles. La réalisation immédiate des tâches de la Confédération a été permise par l'adoption rapide d'une loi d'exécution et – du point de vue de la volonté du constituant – pas du tout via une force dérogatoire rétrospective d'une compétence fédérale. La « force dérogatoire originelle » des compétences fédérales se révèle donc être un phénomène tout à fait *anhistorique*.

Il y a trois domaines où le phénomène de compétences fédérales voyant le jour et prenant effet dès qu'elles sont attribuées à la Confédération existe, sans que le constituant historique ait eu à l'ordonner spécifiquement :

(1) Le *pouvoir gouvernemental*, la *politique extérieure* et la *compétence contractuelle* de la Confédération n'ont pas eu besoin d'une législation d'exécution ; elles pouvaient être exercées directement dès l'entrée en vigueur de la Constitution, par l'élection du premier Conseil fédéral. Le 16 novembre 1848, ces compétences sont passées directement de la Diète, du dernier canton directeur (Berne) et de l'ancienne chancellerie fédérale au Conseil fédéral. Les compétences constitutionnelles des autorités fédérales mandatées ont pu se déployer immédiatement sans que les cantons aient seulement eu la chance d'être compétents à la place du Conseil fédéral. La force dérogatoire du droit fédéral suffisait. La notion est possible pour cette catégorie, mais superflue.

(2) La Confédération dispose de *compétences inhérentes*. Celles-ci existent là où la nature même d'un domaine veut que la compétence de le régler appartienne nécessairement au pouvoir fédéral. On parle aussi de compétence en raison de la structure fédérative de l'État⁹⁰. Dans ce cas de figure, la compétence fédérale n'est pas « dérivée » de normes de compétence particulières, mais de l'ensemble des principes gouvernant l'état fédéral⁹¹. Il s'agit en particulier du pouvoir d'organisation ou du choix d'un drapeau national et du jour de

⁸⁹ Cf. concernant la genèse des compétences fédérales exclusives du *Grundgesetz* : RUPERT STETTNER, n° 1 s ad art. 73, in : HORST DREIER (HRSG.), *Grundgesetz Kommentar*, volume II : art. 20–82, Tübingen 1998, p. 1361 ss.

⁹⁰ SALADIN, n° 134 ss ad art. 3 Cst. 1874, *Kommentar BV 1874*.

⁹¹ Cf. Message concernant le 1^{er} août, FF 1992 III 861, 862.

la fête nationale. Il s'agit de compétences fédérales exclusives⁹². Certes, le terme est superflu, une compétence cantonale étant exclue par définition.

(3) Enfin, admettre une compétence fédérale avec force dérogatoire originelle s'avère réaliste pour les *compétences en matière de politique économique* de la Confédération. En effet, la liberté économique interdit par principe aux cantons de prendre des mesures de politique économique. L'effet de blocage de cette liberté exclut une compétence cantonale même dans le cas où la Confédération n'exerce pas, ou pas entièrement, ses compétences en la matière. En dernière analyse, la compétence exclusive naît par hasard, de l'interaction entre liberté et compétence fédérale. Bien sûr, cette relation qui existe de toute manière n'a pas besoin d'être désignée par le terme de compétence fédérale exclusive.

b) Du point de vue actuel : Constitution fédérale révisée

Dans son rapport de 1977, la commission d'experts Furgler a voulu renoncer entièrement aux compétences fédérales exclusives, constatant le caractère purement théorique de la notion. En effet, elle considérait que la Confédération avait depuis longtemps atteint la centralisation nécessaire des domaines essentiels. Il n'y avait donc nul besoin de maintenir des compétences fédérales exclusives particulières et « historiques »⁹³. Certes, du point de vue historique, la plupart de ces compétences fédérales n'ont jamais existé. La commission Furgler voulait se débarrasser de ce terme inutile (anhistorique).

Bien évidemment, le constituant est libre d'ordonner l'effet dérogatoire originel lors du passage à une nouvelle Constitution ou lors de la modification d'une disposition constitutionnelle.⁹⁴ La nouvelle Constitution est muette à ce sujet. En revanche, selon le Message du Conseil fédéral,⁹⁵ le terme de « compétences exclusives » est utilisé pour les compétences de la Confédération qui ont un effet dérogatoire originel. Dans le texte constitutionnel – selon le Message – l'expression « ... relève de la compétence de la Confédération » signale ce genre de compétences. La Constitution révisée ne définit pas la notion ; l'interprète n'est nullement lié par cette explication dans le Message. Toutefois, si l'on suit le message du Conseil fédéral et le terme qu'il définit, les compétences exclusives comprennent les suivantes : les affaires étrangères (art. 54 al. 1), la mise sur pied de l'armée (art. 58 al. 3), la législation en matière de service militaire et de service de remplacement (art. 60 al. 1 et 61 al. 1), chemins de fer et autres transports (art. 87), l'énergie nucléaire (art. 90), le transport par conduites (art. 91 al. 2), les services postaux et les télécommunications (art. 92 al. 1), la radio et la télévision (art. 93 al. 1), la banque nationale (art. 99 al. 1), l'alcool (art. 105), les jeux d'argent (art. 106 al. 1), la législation en matière d'étrangers (art. 121 al. 1), le droit civil (art. 122), le droit pénal (art. 123), la métrologie (art. 125) et les douanes (art. 133 Cst.).

Il s'agit donc du catalogue bien connu de GIACOMETTI, enrichi de quelques autres compétences. S'ajoutent à la liste l'énergie nucléaire, les conduites, les jeux d'argent, la métrologie, les étrangers et, surtout, le droit civil et pénal. Ceci ne pose pas problème dans la mesure où la transition de la Constitution de 1874 à celle de 1999 a pu se faire (quasi)

⁹² Dans ce sens le raisonnement analogue pour le *Grundgesetz* : cf. THEODOR MAUNZ / GÜNTER DÜRIG, *Grundgesetzkommentar*, Lf. 1–34, Munich 1998, n° 9 ad art. 73 GG.

⁹³ Cf. Rapport de la commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Berne 1977, p. 113 s.

⁹⁴ Cf. ci-dessus, chapitre 3a.

⁹⁵ Cf. FF 1997 I 1 ss (p. 227).

sans vide juridique grâce à l'infrastructure fédérale et aux compétences fédérales déjà présentes. Reste à définir le sens d'une telle réglementation⁹⁶. On pourrait dire du moins que la Constitution, à la manière d'un instantané exact (mais périssable) informe sur les compétences constituées (presque) exclusivement de réglementations fédérales.

Si la Constitution fédérale révisée contient effectivement des compétences fédérales exclusives, le constituant aurait bien fait de régler la rétrocession de celles-ci aux cantons – en s'inspirant éventuellement de l'art. 71 GG. En effet, la question est débattue dans la doctrine suisse. Selon une opinion majoritaire⁹⁷, la rétrocession fédérative est inadmissible pour les compétences fédérales exclusives. La longue liste de compétences fédérales exclusives (« relève de la compétence de la Confédération ») selon le message semble alors sujette à caution. Selon ce raisonnement, le droit privé cantonal et, surtout, le droit cantonal de sanctionner des contraventions devraient être considérés comme anticonstitutionnels. Deux solutions se présentent à ce dilemme : soit il est admissible que le législateur fédéral délègue des compétences exclusives aux cantons, soit – contrairement aux explications du message – il n'existe pas de compétences fédérales exclusives.

Le *Grundgesetz* allemand connaît effectivement des compétences fédérales exclusives au sens de GIACOMETTI (cf. art. 73 GG) La Constitution allemande prévoit des conséquences juridiques : en effet, selon l'art. 71 GG, les rétrocessions de telles compétences aux Länder nécessitent une base légale *expresse*. Comme nous l'avons mentionné, la Constitution fédérale révisée ne connaît pas cette règle, ce qui met en question le sens de telles « compétences fédérales exclusives » du point de vue du droit positif.

La présence de compétences exclusives dans la Constitution fédérale révisée reste discutable. En effet, la notion et les conséquences juridiques de ce type de compétence n'y sont mentionnées nulle part. Du point de vue matériel, le phénomène des compétences fédérales exclusives existe, au sens que dans certains domaines, la Constitution fédérale crée bien un effet de blocage face aux législateurs cantonaux⁹⁸. Toutefois, ces compétences fédérales exclusives ne peuvent pas vraiment s'expliquer comme des phénomènes liés à la genèse de l'état fédéral. En effet, selon les sources et les états de fait de l'époque, les exemples historiques des douanes, de la monnaie ou des affaires militaires ne représentent pas vraiment des compétences fédérales exclusives. C'est un résultat surprenant lorsque l'on considère que les manuels et les ouvrages de référence scientifiques connus donnent invariablement ces exemples, les justifiant par des raisons « historiques » (certes indéterminées). La formation et la transmission d'erreurs historiques⁹⁹ a, pour sa part, des raisons qui nous mènent à un deuxième résultat.

6. Résultat II : la gestion des sources dans les travaux juridiques

⁹⁶ Cf. ci-dessus, chapitre 3a, comme déjà pour le passage de la Constitution de 1848 à celle de 1874.

⁹⁷ Cf. FLEINER/GIACOMETTI (n. 3), p. 123 n. 30 ; HANGARTNER (n. 5), p. 150 ; HÄFELIN/HALLER (n. 8), n^{os} 1153 s. ; d'un autre avis SALADIN, n^o 161 ad art. 3 Cst. 1874, Kommentar BV 1874 ; dubitatif : AUBERT (n. 7), p. 287, n^o 708, opinion majoritaire ; MICHAEL BOTHE, Die Kompetenzstruktur des Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, Berlin 1977, p. 268.

⁹⁸ Cf. le chapitre précédent, a).

⁹⁹ Bien entendu, la transmission des faits historiques n'échappe pas aux conclusions de l'herméneutique, il n'y a pas de « faits purs et vrais » ; d'un autre avis toutefois RICHARD J. EVANS, Fakten und Fiktionen. Über die Grundlagen historischer Erkenntnis, Frankfurt a.M. 1998.

Le phénomène de la transmission des connaissances obtenues avec anonymisation et perte d'historicité simultanées a été décrit sans fioritures par PETER NOLL dans ses « *Diktate* »¹⁰⁰ :

« Voici comment la science moderne travaille à sa propre impermanence: A reprend une pensée de B. Dans la première publication, il cite B, comme il se doit. Plus tard, A revient au sujet ; dans la deuxième publication, il se contente de se citer lui-même, dans sa publication précédente. B a été occulté. Bien sûr, la même chose peut arriver à A de la part de C, etc. On pourrait écrire une longue analyse satyrique sur le fait de citer ou non. Il arrive souvent, par exemple, que quelqu'un ne cite pas la source secondaire, mais la source primaire, sans toutefois l'avoir lue. Il se contente de reprendre la citation de la source secondaire. »¹⁰¹

Il ne s'agit pas de reprocher à GIACOMETTI un comportement malhonnête ou antiscientifique. Il n'en reste pas moins que sa notion de compétence fédérale avec force dérogatoire rétrospective semble née d'un travail insuffisant sur ses sources. L'acceptation des sources sans esprit critique et l'absence partielle de tout travail sur les sources ont donné vie à une notion non historique, sans lien avec les documents originels. Comme NOLL le fait remarquer, il s'agit d'un phénomène généralisé. Une conscience historique marquée règne dans les facultés de droit, dans la formation juridique et, surtout, dans les publications, en particulier les thèses de doctorat¹⁰². Les monographies juridiques comportent souvent une introduction historique sur le sujet. Cependant, ces introductions se contentent souvent de reproduire des sources secondaires ; les sources primaires sont rarement mobilisées. Le droit en vigueur est donc compris non par une approche historique, mais via la littérature secondaire. Cela donne naissance à une situation paradoxale où les représentations contemporaines sur le passé « font histoire », littéralement.

Pourquoi cette manière étrangement *anhistorique* de traiter les sources ? Je suppose que l'histoire du droit et l'histoire constitutionnelle sont soumises à une théorie du progrès. Il s'agit d'une théorie *non historique* de l'histoire. Par « historique », j'entends par opposition un point de vue qui considère les unités historiques comparables entre elles comme différentes, mais aussi équivalentes.¹⁰³ Le droit, dans l'optique de la plupart des juristes, est pris dans une évolution ascendante ; ce qui ne peut être mis en doute, vu l'augmentation constante du volume de la jurisprudence. Les auteurs rééditent leurs ouvrages, les adaptant à la jurisprudence et à la loi « nouvelles ». Il en résulte qu'en règle générale, on cite et traite des ouvrages et articles aussi récents que possible. Mais il ne faut pas confondre ce petit progrès pratique et un développement, une amélioration, politique ou historique. Il est certes important pour un juriste pratiquant de travailler sur des références actuelles. Cependant, la course vers la doctrine la plus récente fait que la production massive ensevelit en peu de temps les idées fondatrices. A priori, rien ne garantit que la jurisprudence, la législation et la

¹⁰⁰ Cf. *Diktate über Sterben & Tod*, Zurich 1984, p. 48 s.

¹⁰¹ « *Wie die moderne Wissenschaft an ihrer eigenen Vergänglichkeit arbeitet: A übernimmt z. B. einen Gedanken von B, und in der ersten Publikation zitiert er auch den B, wie es sich gehört. Später kommt A auf das Thema zurück, und in der zweiten Publikation zitiert er nun nur noch sich selbst, nämlich seine frühere Publikation. Von B ist nicht mehr die Rede. Dasselbe kann natürlich auch dem A passieren von seiten des C usw. Über das Zitieren und Nichtzitieren könnte man eine län-gere Analyse und Satire schreiben. Häufig kommt es z. B. vor, dass einer die Sekundärquelle nicht zitiert, sondern nur die Primärquelle, ohne diese aber gelesen zu haben. Er übernimmt einfach das Zitat aus der Sekundärquelle.* »

¹⁰² Ma thèse ne fait pas exception à ce point de vue, cf. KLEY (n. 66), p. 26–47.

¹⁰³ HELMUT SEIFFERT, *Einführung in die Hermeneutik*, Tübingen 1992, p. 149.

doctrine ne cessent de s'améliorer qualitativement. Souvent, on ne fait que réécrire ce qui a été écrit, en le renouvelant, le variant, le compliquant ou le simplifiant. Il est souvent impossible de distinguer une évolution, que ce soit vers le mieux ou vers le pis. À y regarder de près, une théorie historique linéaire impliquant un progrès croissant semble pour le moins douteuse.

Il y a toutefois un point sur lequel l'histoire constitutionnelle doit insister sur la reconnaissance d'un progrès qualitatif. Il s'agit de la reconnaissance et du développement des droits humains pré-étatiques, tels que ces droits ont été exprimés en Grande-Bretagne et dans les révolutions américaine et française. C'est un point de non-retour, un acquis définitif du droit naturel. L'importance extraordinaire qu'ont prise les droits humains ces deux derniers siècles est probablement ce qui donne aux juristes l'impression que le droit en général est soumis à une loi de progrès. Mais ce progrès n'a pas forcément lieu à tous les niveaux ; dans les travaux scientifiques, la foi en le progrès peut même produire l'effet inverse, donnant naissance à des constructions mentales détachées de la réalité.