

Laband, Paul. Le Droit public de l'Empire allemand, par Paul Laband,... Avec une préface de M. F. Larnaude.... 1901.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

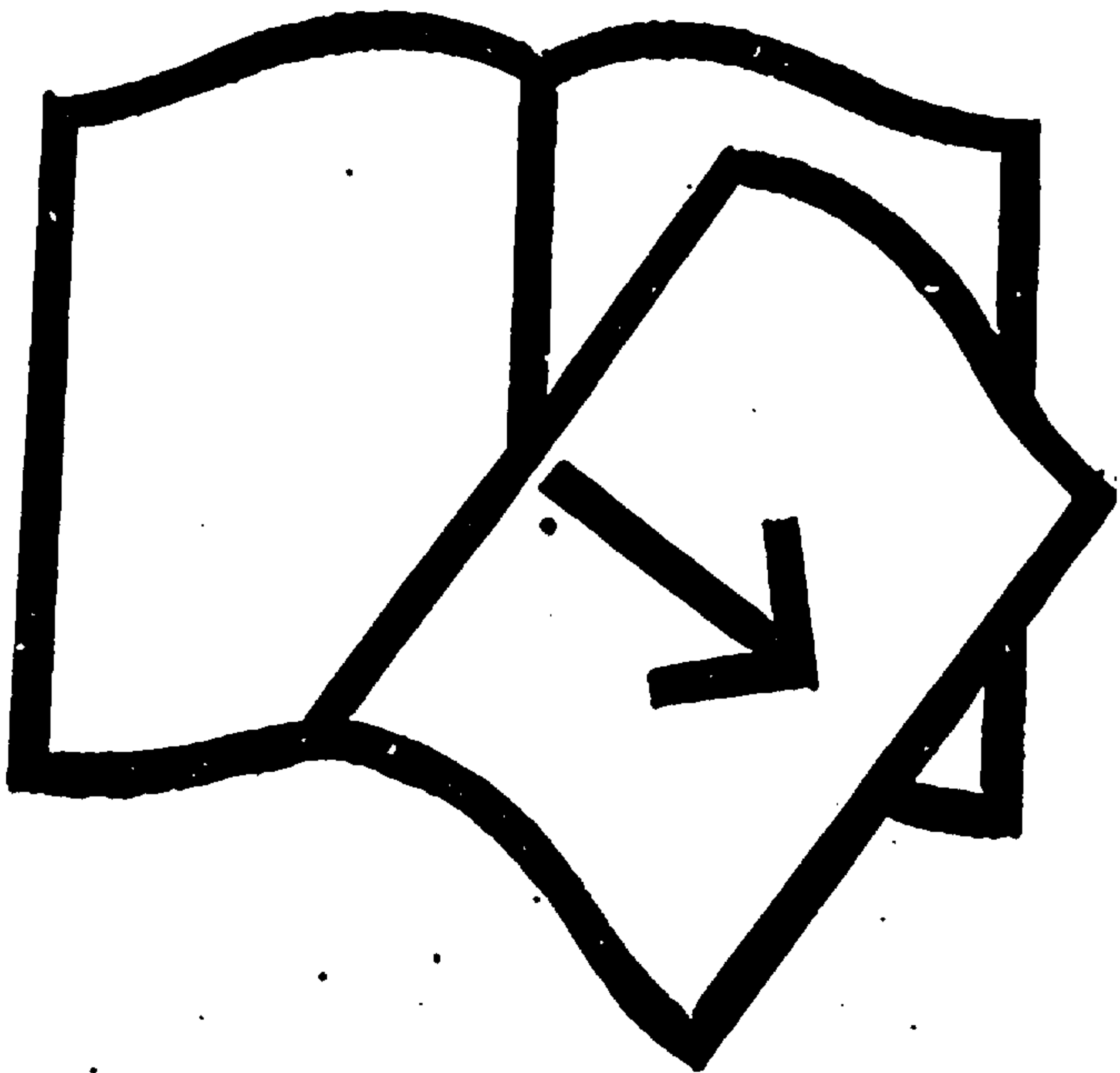
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.



**Couvertures supérieure et inférieure
manquantes.**

3454



LE DROIT PUBLIC

DE

L'EMPIRE ALLEMAND

7° F
12463

V. GIARD & E. BRIÈRE, LIBRAIRES - ÉDITEURS
16, rue Soufflot, PARIS

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE DE DROIT PUBLIC

publiée sous la direction de

Max BOUCARD

Maître des Requêtes
au Conseil d'État

Gaston JÈZE

Chargé de cours à la Faculté de droit
de l'Université d'Aix-Marseille

OUVRAGES PARUS :

TODD (A.) — **Le Gouvernement parlementaire en Angleterre.**

Traduit sur l'édition anglaise de M. Spencer Walpole. Avec une préface de M. Casimir-Périer. 2 volumes, 1900, 1 vol. in-18 broché . 12 fr. »

Relié, reliure de la bibliothèque 13 fr. »

WILSON (W.) — **Le Gouvernement congressionnel** avec une

préface de M. Henri Wallon, 1900, 1 vol. in-18 broché. . . 5 fr. »

Relié, reliure de la bibliothèque 5 fr. 50

LABAND (P.), professeur à l'Université de Strasbourg. — **Le Droit**

public de l'Empire Allemand avec une préface de M. F. Larnaude, professeur de droit public général à l'Université de Paris. Édition française, revue et mise au courant de la dernière législation par l'auteur.

Tome premier. Traduction de M. C. Gandilhon, Licencié ès-lettres, 1900, 1 volume in-8.

Tome second. Traduction de MM. C. Gandilhon et Th. Lacuire, professeur au lycée de Nice, 1901. 1 vol. in-8°.

L'ouvrage formera 5 volumes in-8°.

PRIX DE SOUSCRIPTION : 10 fr. le vol. broché, payable par volume paru

ou 11 fr. le vol. relié (reliure de la Bibliothèque).

(Le prix sera porté à 60 fr. broché ou 65 fr. relié, aussitôt l'ouvrage paru complètement).

BRYCE (J.). — **La République américaine**, avec une préface de

M. Chavegrin, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris. Tome premier. Traduction de M. Müller, sous-préfet à Vervins, 1900, 1 vol. in-8. Tome II, traduction de M. P. LESTANG, professeur agrégé

au lycée de Marseille. L'ouvrage formera quatre volumes in-8°.

PRIX DE SOUSCRIPTION : 10 fr. le vol. broché, payable par volume paru

ou 11 fr. le vol. relié (reliure de la Bibliothèque).

(Le prix sera porté à 50 fr. broché ou 54 fr. relié, aussitôt l'ouvrage paru complètement).

SOUS PRESSE :

LABAND (P.). — **Le Droit public de l'Empire allemand**, tome troisième, 1 vol. in-8.

BRYCE (J.). — **La République américaine**, tomes III et IV, 2 vol. in-8.

DICEY. — **Introduction à l'Étude du droit constitutionnel**, 1 vol. in-8°, avec une préface de M. A. Ribot, député.

JENKS (Edward). — **Esquisse du Gouvernement local en Angleterre**. Traduction de M. J. Wilhelm, juge au tribunal civil de Coulommiers, avec une préface de M. H. Berthélemy, professeur de droit

administratif à l'Université de Paris.

EN PRÉPARATION :

LABAND (P.). — **Le Droit public de l'Empire allemand**, tomes IV et V.

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE DE DROIT PUBLIC

publiée sous la direction de

Max BOUCARD

Maître des Requêtes
au Conseil d'État

Gaston JÈZE

Chargé de cours à la Faculté de Droit
de l'Université d'Aix-Marseille

LE
DROIT PUBLIC
DE
L'EMPIRE ALLEMAND

PAR

Paul LABAND

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Avec une Préface de

M. F. LARNAUDE

PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC GÉNÉRAL A L'UNIVERSITÉ DE PARIS

Édition française

revue et mise au courant de la dernière législation par l'Auteur

TOME II

(Autorités et Fonctionnaires de l'Empire;
la Législation de l'Empire; les Traités interna-
tionaux; l'Administration;
la Situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire;
les Protectorats allemands)

Traduction de **C. GANDILHON**

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

et de **Th. LACUIRE**

PROFESSEUR AU LYCÉE DE NICE

PARIS

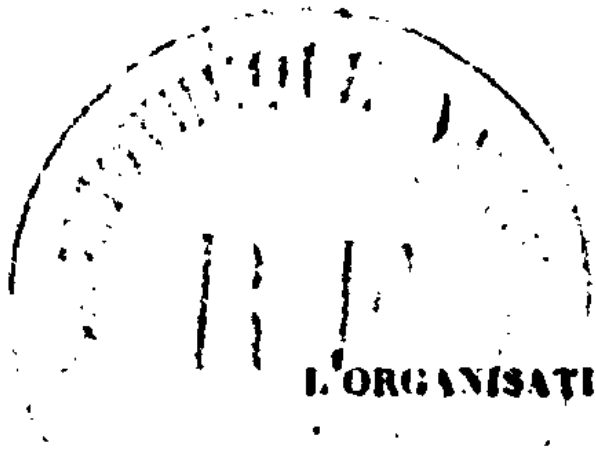
V. GIARD & E. BRIÈRE

Libraires-Éditeurs

16, RUE SOUFFLOT, 16

1901

TABLE DES MATIÈRES DU TOME II



CHAPITRE V

L'ORGANISATION DE LA PUISSANCE D'EMPIRE (suite)

1^{re} SECTION : *Les autorités et les fonctionnaires de l'Empire.*

A

Les autorités de l'Empire.

§ 39. — Aperçu théorique sur les autorités de l'Empire	1
§ 40. — Le Chancelier de l'Empire	20
§ 41. — Les autorités administratives de l'Empire	37
§ 42. — Les autorités financières de l'Empire indépendantes	65
§ 43. — Les autorités juridictionnelles de l'Empire	77

B

Les fonctionnaires de l'Empire.

§ 44. — La notion des fonctionnaires de l'Empire	100
§ 45. — La nomination des fonctionnaires de l'Empire.	127
§ 46. — Cautionnement des fonctionnaires.	141
§ 47. — Les devoirs des fonctionnaires de l'Empire	141
§ 48. — Les suites légales de la violation du devoir professionnel.	160
§ 49. — Les droits des fonctionnaires de l'Empire	198
§ 50. — Revendications des fonctionnaires en matière pécuniaire.	227
§ 51. — Déplacement, mise en disponibilité, suspension.	231
§ 52. — Cessation du contrat de service	244
§ 53. — Influence de la fonction sur les autres situations juridiques	254

CHAPITRE VI

LA LÉGISLATION DE L'EMPIRE

§ 54. — La notion de la loi et ses éléments.	260
--	-----

§ 55. — De la confection de la loi suivant la Constitution de l'Empire.	293
§ 56. — Des lois au sens formel.	342
§ 57. — Effets des lois de l'Empire.	353
§ 58. — Les ordonnances réglementaires de l'Empire.	377
§ 59. — Législation de l'Empire et législation des pays confédérés.	417

CHAPITRE VII

LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

§ 60. — Définition et nature juridique.	437
§ 61. — Conclusion des traités internationaux	447
§ 62. — De la validité des traités internationaux au point de vue du droit public.	484
§ 63. — Traités internationaux des membres de la Confédération.	497

CHAPITRE VIII

L'ADMINISTRATION

§ 64. — Définition de l'administration	505
§ 65. — Les formes des actes administratifs	530
§ 66. — Relation entre l'administration de l'Empire et l'administration des Etats confédérés.	553

CHAPITRE IX

RÉGIME SPÉCIAL AUQUEL EST SOUMISE L'ALSACE-LORRAINE DANS L'EMPIRE

§ 67. — Etat confédéré et terre d'Empire	566
§ 68. — Organisation de la terre d'Empire.	597
§ 69. — La législation relative à l'Alsace-Lorraine	627

APPENDICE

SITUATION JURIDIQUE DES COLONIES ALLEMANDES	646
---	-----

LE DROIT PUBLIC
DE
L'EMPIRE ALLEMAND

CHAPITRE V

L'ORGANISATION DE LA PUISSANCE D'EMPIRE.

(Suite) (1).

QUATRIÈME SECTION

Les autorités et les fonctionnaires de l'Empire.

A

Les autorités de l'Empire (2).

§ 39. — *Aperçu théorique sur les autorités de l'Empire.*

I. — Conformément au caractère fédéral de l'Empire et aux rapports exposés plus haut entre l'Empire et les Etats particuliers, l'accomplissement des devoirs

(1) Voir au tome premier les trois premières sections du chapitre V : section I, l'Empereur ; section II, le Bundesrath ; section III, le Reichstag.

(2) *Verfassung und Zuständigkeit der deutschen Reichsbehörden* (anonyme), dans *Hartmann's Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts*, tomes I, II (l'ouvrage a vieilli) ; v. *Rönne* I, § 42 ss. ; *Zorn* I, § 9 ; *G. Meyer*, § 134 s. ; *Schulze* II, § 266 ss. ; *Löning*, *Verwaltungsrecht*, § 7, 16 ; *Mejer*, *Einleitung*, p. 307 s. *Kammerer*, *La fonction publique en Allemagne*, Paris, 1899.

2 L'ORGANISATION DE LA PUISSANCE D'EMPIRE

de l'Etat, le soin des différentes affaires publiques est en général laissé à l'administration propre des Etats confédérés, tandis que l'Empire se borne à rédiger les règles qui président à cette administration et à la contrôler. Il suit de là que l'Empire a besoin d'un ensemble d'autorités et de fonctionnaires beaucoup moins considérable que celui que nécessitent, dans des Etats unitaires de même grandeur, l'étendue et la variété des charges d'un Etat moderne ; il suit de là également qu'un très grand nombre des autorités et des fonctionnaires des Etats particuliers peuvent être considérés comme autorités et fonctionnaires indirects de l'Empire, au même sens que les autorités et les fonctionnaires des communes, des cercles et d'autres unités d'administration propre, au sein des Etats particuliers, sont appelés autorités et fonctionnaires indirects de l'Etat. De même que l'« Etat allemand », au sens complet de ce mot et dans toute l'extension de son rôle, n'est réalisé que par la réunion de l'Empire et de l'Etat particulier (voir tome I, p. 138 et s.), de même aussi l'ensemble des actes qui constituent ce rôle ne peut être accompli que par la coopération étroite des autorités d'Empire et des autorités d'Etat ; et celles-ci constituent une grande partie du système complexe d'autorités au moyen duquel l'Empire exerce ses fonctions. Mais nous avons vu que, pour déterminer juridiquement les rapports d'Empire à Etat particulier, il est essentiel de se les représenter dans leur opposition l'un à l'autre, comme sujets, indépendants entre eux, de droits souverains différents ; de même, pour exposer l'organisation des autorités, il faut considérer les autorités d'Empire en opposition avec les autorités d'Etat, et ne comprendre, sous le nom d'autorités d'Empire, que celles qui relèvent immédiatement de l'Empire et gèrent les affaires publiques dont le

soin n'a pas été laissé ou conféré à l'administration propre des États particuliers.

Le cercle des affaires publiques dont le soin incombe à l'Empire n'a cessé de s'élargir depuis la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord ; c'est pourquoi le nombre des fonctionnaires de l'Empire s'est accru au cours des années.

D'après la Constitution établie lors de la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord, l'Empire n'avait d'administration propre, en dehors du contrôle exercé sur celle des États particuliers, qu'en matière de postes et télégraphes ; les art. XI et LVI lui laissaient, en outre, le droit d'instituer une administration propre des affaires étrangères et des consulats. Par suite de l'exercice du pouvoir législatif assurant à l'Empire, de l'extension de l'organisation financière de l'Empire, de l'acquisition de l'Alsace-Lorraine et de Pays de protectorat, de la création d'institutions unitaires, une foule d'affaires courantes ont apparu, dont le soin incombe directement à l'Empire, et l'organisme des autorités d'Empire a dû se ramifier de plus en plus. Ce développement n'a pas atteint encore son terme, sa perfection théorique ; il a, comme tout ce qui apparaît un jour dans l'histoire, le caractère des choses accidentelles, arbitraires, variables.

II. — Un service d'Etat (Staatsamt) est un cercle d'affaires d'Etat délimité par le Droit public (1). Un service d'Etat n'est jamais un sujet de Droit et n'a jamais aucuns droits d'aucune espèce ; c'est toujours une institution objective, un ensemble d'affaires.

(1) Cf. *Pözl* dans le *Staatswörterbuch* de *Bluntschli* et *Brater* I, p. 204 ss., article « Amt » ; v. *Seybold*, *Das Institut der Aemter*, Munich 1854 et sur ce livre *Zöpfl* dans les *Heidelberger Jahrbüchern* 1854, p. 760 s. ; *Löning*, p. 29 ; *Harseim*, article « Amt » dans le v. *Stengel's Wörterbuch* I, p. 38 s. *O. Mayer*, *Deutsches Verwaltungsr.* II, p. 198.

I L'ORGANISATION DE LA PUISSANCE D'EMPIRE

Étant donné que les affaires publiques ne peuvent être exécutées qu'en exerçant les droits de souveraineté afférents à l'État, la désignation à la gestion des affaires publiques implique, en même temps, délégation des droits souverains nécessaires à la gestion de ces affaires (1). Dès lors, celui qui est chargé d'une fonction autoritaire (2) exerce en même temps la puissance d'État, non pas comme un droit subjectif et lui appartenant personnellement, mais seulement comme un « corrélat » des affaires qui lui incombent. La délégation de la puissance d'État ou de pouvoirs particuliers contenus en elle ne peut pas être conçue séparément de l'obligation de gérer les affaires qui constituent le cercle d'action d'un service public. Un service comprend par conséquent non seulement un cercle d'affaires publiques, mais aussi un cercle correspondant de pouvoirs publics, une « puissance de service » (*Amtsgewalt*). On peut donc personnifier le service et le concevoir comme sujet permanent de droits et de devoirs par opposition au fonctionnaire auquel le service est confié pour un temps. Dans ce sens, on appelle le service (*Amt*) une autorité (*Behörde*). L'expression « *Behörde* » ne désigne pas non plus une personne (fonctionnaire), mais une institution ; par opposition au service, elle désigne, non pas un cercle d'affaires, mais le sujet idéal des droits et des devoirs qui sont attachés à la direction des affaires propres à ce service (3).

(1) J'avais, dans la première édition de ce livre, exprimé cette opinion que tout service d'État implique délégation de droits souverains, c'est-à-dire puissance autoritaire, et *Zorn*, qui a adopté cette opinion, la conserve encore dans la 2^e édition de son livre, p. 288, note 4 ; je reconnais qu'elle est fautive. Cf. *G. Meyer*, § 106, note 2 et les auteurs qu'il cite.

(2) Le service « autoritaire » s'oppose aux services fiscaux, techniques, scientifiques etc...

(3) Sur la valeur de la personnification des autorités comme concept

Seulement, l'autorité n'est jamais non plus sujet de droits pour soi; l'État seul est réellement le sujet de Droit de tous les droits souverains. La puissance d'État n'est pas partagée entre les autorités, de telle sorte que chacune en ait une partie correspondant à son ressort; les autorités ne sont que les instruments de l'État, au moyen desquels il exerce sa puissance d'État. Le rapport des autorités à l'État est, dans le domaine du Droit public, le même que celui qui existe, en Droit privé, entre les caisses publiques particulières (ce qu'on appelle « stations fiscales ») et le fisc. Si, par un usage de pure forme et de comptabilité publique, on traite les « stations fiscales » comme des personnes juridiques indépendantes, cela provient uniquement de raisons de convenance pratique et technique; elles ne deviennent pas pour cela des personnes juridiques réelles. De même, si l'on traite les autorités comme si elles étaient titulaires de droits de souveraineté publique, c'est seulement pour des motifs d'ordre technique, pour des raisons de convenance. Extérieurement, elles fonctionnent comme si elles étaient sujets de droits contenus dans la puissance d'État; en réalité, elles ne sont pas de vrais sujets de droits; l'État seul est le sujet unique de la puissance d'État entière et indivisible. « Puissance de service » (*Amtsgewalt*) n'est rien autre chose que puissance d'État. Il s'en suit que jamais une autorité n'a, vis-à-vis de l'État, de droit subjectif (1). Ceci montre l'opposition qu'il y a entre une autorité d'État et un « corps d'administration propre » ou le possesseur d'un droit souverain

juridique commode, cf. l'étude de *Tezner* dans *Grünhut's Zeitschrift* tome XXI, p. 182. ss.

(1) Sur le rapport des autorités à l'État cf. *Bernatzik* dans *l'Archiv für öffentl. Recht*, tome V, p. 169 ss.; *Jellinek*, *System*, p. 183 ss.; *Tezner* dans *la Grünhut's Zeitschrift*, tome XXI, p. 182 ss.

patrimonial (féodal). Ce n'est que vis-à-vis des sujets que l'autorité apparaît comme un sujet de droits souverains, parce qu'elle constitue comme une manifestation concrète de l'État et qu'elle s'identifie avec l'État lui-même. Mais avec l'État, elle est dans le même rapport qu'une roue ou une vis avec une machine et a, à peu près, la même importance. L'État peut donc à son gré modifier, élargir, restreindre le cercle d'affaires d'une autorité, l'attribuer à une autre autorité etc... et lui enlever ainsi tout ou partie des pouvoirs de Droit public qu'elle avait jusque-là exercés, sans qu'elle ait le droit d'élever une protestation. Lorsqu'un groupe d'attributions est enlevé à une autorité et donné à une autre, il n'y a lieu, en aucune façon, d'appliquer les principes qui règlent le cas où une personne succède à une autre; il ne s'agit ni de successeur particulier ni de successeur universel, car il n'y a pas eu de droits subjectifs transférés.

Lorsque quelqu'un, que ce soit une personne privée ou une autre autorité de l'État, empiète sur le ressort d'une autorité sans aucune légitimation ou en excédant sa compétence, il n'y a pas violation d'un droit subjectif de cette autorité ou de ses membres, mais violation de l'ordre juridique objectif. Une telle violation des principes objectifs qui règlent la répartition des affaires publiques ne peut être ni couverte, ni régularisée par transaction privée entre les autorités ou les fonctionnaires intéressés; et d'un autre côté, l'autorité ou le fonctionnaire sur le ressort desquels il a été empiété, n'ont pas de droit subjectif à une satisfaction quelle qu'elle soit.

III. — Sur ces propositions générales de Droit, relatives au caractère essentiel des fonctionnaires et des autorités de l'État, on peut maintenant baser une définition théorique précise des autorités de

l'Empire et de leur situation juridique dans l'édifice constitutionnel de l'Empire.

1° Les autorités de l'Empire sont les autorités qui dirigent les affaires de l'Empire et tiennent leur pouvoir autoritaire directement de la puissance d'Empire.

Là est la marque distinctive qui différencie les autorités d'Empire des autorités d'Etat.

Que les personnes qui représentent cette autorité soient ou non des fonctionnaires de l'Empire, au sens de la « loi des fonctionnaires d'Empire » du 31 mars 1873, ce n'est pas l'essentiel. L'idée de fonctionnaire d'Empire, telle qu'elle est posée par cette loi, a d'une part beaucoup plus d'extension (1) et, d'autre part, la loi indique des autorités d'Empire, dont les membres ne sont pas des fonctionnaires de l'Empire (2). Mais en règle générale, les membres des autorités d'Empire sont en même temps fonctionnaires de l'Empire.

Il n'est pas non plus d'importance décisive de savoir si les membres des autorités sont nommés ou non par l'Empereur ou au nom de l'Empereur. Il est très admissible, en effet, que le Bundesrath ou le Reichstag nomment des membres des autorités (3) ou que les Etats particuliers désignent les membres de certaines autorités d'Empire (4). Mais ici encore, la règle est que l'Empereur pourvoit aux services de l'Empire; et cette règle a été reconnue par ces mots de

(1) Voir plus loin, § 44.

(2) Par exemple, la commission des dettes de l'Empire, le *Curatorium* de la Banque de l'Empire, certains membres de l'Office des assurances de l'Empire, ou du Bureau des brevets etc.

(3) Sans se contenter de les présenter à l'Empereur qui les nomme. On peut citer sur ce point encore la Commission des dettes et le *Curatorium* de la Banque; autre exemple, les fonctionnaires du Reichstag etc.

(4) Par exemple, les offices inférieurs des postes et télégraphes.

l'art. XVIII de la Constitution de l'Empire : « L'Empereur nomme les fonctionnaires de l'Empire (1). »

Théoriquement, on n'a pas non plus à tenir compte de ce que l'activité des autorités d'Empire est réglée par des lois et des ordonnances de l'Empire. En effet, les autorités d'Etat particulier ont, elles aussi, à appliquer les lois d'Empire et peuvent être, dans l'exercice de leurs fonctions, aussi bien liées que les autorités d'Empire par les prescriptions édictées par l'Empire; d'autre part, le Tribunal d'Empire applique, outre le Droit d'Empire, les lois spéciales des Etats particuliers. Mais le principe général, c'est que l'activité des autorités d'Empire n'est pas réglée par l'autonomie des Etats particuliers, et que ce sont au contraire les autorités des Etats qui leur sont subordonnées.

Enfin, il est important de bien retenir que l'opposition qu'il y a entre autorités d'Empire et autorités d'Etat n'est pas de telle nature qu'une même autorité ne puisse être à la fois autorité d'Empire et autorité d'Etat; non pas sans doute, au point de vue d'un même acte; un acte ne peut être qu'affaire d'Empire ou affaire d'Etat, et jamais les deux à la fois. Mais rien ne s'oppose à ce qu'à côté du groupe d'affaires d'Etat qui lui est confié, une autorité d'Etat particulier se voie encore chargée d'un groupe d'affaires d'Empire, et qu'il lui soit délégué la puissance d'Empire nécessaire pour cet office. Le cas est particulièrement fréquent pour les autorités d'Etat prussiennes, qui sont souvent en même temps des autorités d'Empire (2).

(1) Mais l'on ne doit pas identifier complètement fonctionnaires d'Empire et autorités d'Empire. Voir ci-dessous, § 44.

(2) La Chambre supérieure des Comptes comme Cour des Comptes de l'Empire allemand, l'administration centrale des dettes de l'Etat comme administration des dettes de l'Empire, le ministère de la guerre, jusqu'à

Ce qui a une importance décisive quand il s'agit de distinguer les autorités d'Empire des autorités d'Etat, c'est le droit qu'ont les Etats particuliers de s'administrer eux-mêmes. Dans la mesure même où la Constitution et les lois de l'Empire leur reconnaissent ce droit propre, la direction de cette administration est affaire de l'Etat, non affaire de l'Empire, et l'acte qui confère à une autorité la « puissance de service » qui lui est nécessaire dans ce ressort émane de la puissance d'Etat de l'Etat particulier. C'est pourquoi les tribunaux, les autorités douanières, les offices des poids et mesures, les autorités instituées pour la police des côtes maritimes et celles pour le domicile de secours (Strandämter, Heimatsämter) etc... sont des autorités d'Etat.

Pour la même raison, toutes les autorités d'administration militaire sont, non pas des autorités d'Empire, mais des autorités d'Etat, et cela, non seulement en Bavière, mais dans tout l'Empire. La Constitution de l'Empire donne bien, il est vrai, le commandement suprême à l'Empereur, elle accorde bien à l'Empire des pouvoirs illimités en matière de législation militaire et réunit toutes les dépenses relatives à la guerre dans une partie du budget de l'Empire, mais elle n'enlève aux Etats particuliers ni la « souveraineté militaire » (Militärhoheit) ni l'administration militaire « propre » (1). Voir § 95 et § 99.

présent aussi le « generalauditorial » comme autorité juridictionnelle de la Marine et aussi, autrefois, la Cour d'appel de Stettin comme Haute Cour consulaire etc...

(1) Le « Catalogue des Autorités de l'Empire » dans le Bulletin des lois de l'Empire 1874, p. 136 désigne bien les trois ministères de la guerre comme étant des autorités supérieures de l'Empire et il énumère aussi les autres autorités militaires ; mais ce catalogue se réfère à la « loi des fonctionnaires de l'Empire » et l'expression « autorité de l'Empire » y est prise dans le sens qui correspond à la définition du fonctionnaire de l'Empire, telle que la donne la loi citée.

2^o Comme un « service » de l'Empire est un groupe d'affaires de l'Empire délimité par des règles de Droit, on peut déduire de là le rapport des autorités d'Empire aux autres organes de l'Empire.

C'est à l'Empereur qu'appartient tout ce qui concerne le gouvernement de l'Empire. Il s'en suit que ceux qui sont chargés d'un « service d'Empire » sont des auxiliaires de l'Empereur, puisqu'ils s'occupent des affaires qui, en principe, incombent à l'Empereur. Cela ne veut pas dire que l'Empereur soit laissé libre de répartir les affaires à sa fantaisie entre les autorités d'Empire ou, selon son bon plaisir tantôt de se réserver le soin d'affaires d'ordre très secondaire, tantôt de les confier à des autorités d'Empire. Les autorités d'Empire sont de droit adjointes à l'Empereur, afin qu'il s'en serve pour la gestion des affaires de l'Empire et de telle sorte qu'il ne peut ni ne doit gérer ces affaires autrement que par l'activité intermédiaire de ces autorités. Le cercle des affaires qui incombent à chaque autorité est ensuite délimité par des prescriptions de Droit, de telle sorte que la détermination de leur compétence est une partie de l'organisation juridique publique que l'Empereur ne peut pas modifier à lui seul. De plus, les instructions relatives au sens dans lequel les autorités ont à gérer les affaires leur sont fournies, pour la plupart, par les lois de l'Empire ; même dans les choses qui n'ont pas été réglementées par la loi, ce n'est pas la volonté personnelle (privée) de l'Empereur qui les guide, mais la volonté de l'Empereur exprimée dans les formes du Droit public (volonté officielle).

Seulement, les autorités n'ont aucun droit subjectif à ce que la direction et la gestion des affaires de l'Empire leur soit confiée ; un droit de ce genre n'appartient qu'à l'Empereur, chargé d'après la Constitution de l'Empire, art. XVII, « de surveiller l'exé-

« cution des lois de l'Empire ». Vis-à-vis du Bundesrath et du Reichstag, l'ensemble de tous les droits dont jouit la totalité des autorités d'Empire apparaît comme constituant la part prise par l'Empereur au fonctionnement constitutionnel de l'Empire. D'autre part, lorsqu'une loi d'Empire charge l'Empereur de la gestion d'une affaire d'Empire ou de la publication d'une ordonnance, cela signifie que les affaires de ce genre sont confiées aux autorités de l'Empire à l'exclusion non seulement des États particuliers, mais aussi du Bundesrath et du Reichstag.

C'est ainsi que tous les droits des autorités de l'Empire sont contenus et compris dans le droit unique de l'Empereur, dans la « prérogative impériale » ; le droit de l'Empereur de gérer les affaires de l'Empire n'apparaît et ne se réalise effectivement que dans les formes multiples d'activité des diverses autorités de l'Empire (1). C'est donc à bon droit que l'on donne aux autorités de l'Empire le nom d'autorités impériales.

C'est par une règle absolument conforme à ce principe que tous les fonctionnaires de l'Empire sont nommés ou congédiés par l'Empereur. En nommant quelqu'un à un emploi, l'Empereur le charge de la gestion des affaires qui entrent dans le cercle d'activité attribué par la loi à cet emploi ; lors même que l'Empereur est limité par un droit de présentation, dont jouit le Bundesrath, dans le choix des personnes à appeler à une fonction de l'Empire, l'investiture juridique formelle émane régulièrement toujours de lui.

(1) Cf. sur la situation des serviteurs de l'État vis-à-vis du monarque dans l'État monarchique unitaire, *Gönnér, Vom Staatsdienst*, p. 30 ss. ; v. *Gerber, Grundzüge*, p. 227 ss. (supplément II). Les objections élevées par *Schulze* dans *Aegidi's Zeitschrift für deutsches Staatsrecht* I, p. 445, ne me paraissent pas solides.

Mais ce qui montre le mieux la situation juridique des fonctionnaires de l'Empire, auxiliaires de l'Empereur, c'est que les plus importants d'entre eux, ceux dont le cercle d'activité est le moins fixé par les lois et qui, par conséquent, ont le plus d'initiative, peuvent être mis par l'Empereur, quand il lui plaît, en retraite provisoire (1).

3° Mais, malgré la proposition ci-dessus développée, la situation des autorités d'Empire vis-à-vis de l'Empereur n'est pas la même que celle des autorités d'Etat vis-à-vis du chef de l'Etat. Nous avons déjà fait remarquer qu'il est souvent attribué à une fonction, outre son cercle d'affaires, un ensemble de pouvoirs émanés de la puissance d'Etat; que la nomination à une fonction de ce genre implique aussi, outre la mission de gérer certaines affaires, une délégation de droits souverains; que la puissance d'Etat se manifeste dans toute fonction autoritaire. Dans la monarchie, le monarque est le seul porteur de la puissance d'Etat; de lui émanent, par conséquent, non seulement la mission de gérer des affaires publiques, mais aussi la délégation de la puissance d'Etat. D'après la Constitution de l'Empire, la puissance d'Empire n'appartient pas à l'Empereur, mais à la collectivité des Etats allemands (ou des princes de ces Etats). Il ne faut donc pas faire dériver la « puissance de service » des autorités d'Empire, simplement de l'Empereur comme la « mission de gérer », mais bien du sujet idéal de la puissance d'Empire (2). La « puissance de service » des autorités d'Empire n'est pas puissance de l'Empereur, mais puissance d'Empire. Tandis que

(1) Loi des fonctionnaires de l'Empire, § 25.

(2) C'est ce qui se manifeste dans la formule suivant laquelle l'Empereur nomme les fonctionnaires d'Empire « au nom de l'Empire allemand. »

dans les Etats monarchiques la puissance du prince et la puissance d'Etat ne font qu'un, l'Empereur est membre et organe de l'Empire, mais non pas souverain de l'Empire.

Par une règle de Droit conforme à cette distinction théorique, toutes les ordonnances rendues par le Bundesrath dans les limites de sa compétence doivent être observées et appliquées par les autorités d'Empire, sans que l'Empereur doive y donner son consentement ou que même il ait le pouvoir légal de le donner. La règle est applicable même au cas où le Bundesrath a pris une décision contraire à la volonté de l'Empereur, expressément déclarée. Dans l'Etat monarchique unitaire, il ne peut pas y avoir pour les autorités de prescriptions légalement applicables qui ne reposent, au moins dans la forme et par leur première origine, sur la volonté et la sanction du prince ; dans l'Empire, au contraire, ces prescriptions sont toujours édictées par un organe complètement indépendant de l'Empereur, qui peut prendre des décisions contraires à la volonté de l'Empereur, et elles contribuent, pour leur part, à déterminer le rayon d'action et les pouvoirs des autorités.

IV. — Le droit que l'art. XVIII de la Constitution reconnaît à l'Empereur de nommer et au besoin de congédier les fonctionnaires de l'Empire n'implique nullement celui de créer ou de supprimer des « services » de l'Empire. A qui donc appartient-il d'ordonner la modification du système des services de l'Empire ? On ne peut pas répondre à cette question par une simple proposition ; il y a des distinctions à faire.

Tout d'abord, il est hors de doute que le droit budgétaire exerce une influence sur le pouvoir de créer de nouvelles fonctions. Lors de la discussion du budget fédéral pour 1868, le Reichstag décidait déjà

qu'il ne pourrait être créé de nouvelles autorités ou de nouvelles fonctions et que le traitement des fonctionnaires ne pourrait être élevé sans l'assentiment préalable du Reichstag exprimé par la loi du budget de l'État ou par une loi de crédit particulière (1). Cette règle a été adoptée par l'Empire, et elle a été pratiquement observée (2). De ce principe résultent deux propositions de Droit :

1° L'Empereur n'a pas le droit, ni le Bundesrath non plus, de doter pécuniairement de nouveaux services d'Empire sans le consentement du Reichstag.

2° Le consentement du Reichstag à la création de nouveaux services d'Empire ou à l'extension de services existants n'a pas besoin d'être exprimé dans une loi particulière ; la loi de finances d'une année peut constituer la base légale durable de l'organisation et de la dotation d'un service d'Empire (3).

Ces deux propositions touchent bien à la question, mais ne l'épuisent pas. Il reste à discuter la possibilité de créer des emplois non payés, de supprimer des emplois existants, de modifier le rayon d'action et le cercle d'affaires des autorités, et d'une façon générale, de faire au système des autorités de l'Empire toutes les modifications qui n'entraînent pas une augmentation du budget.

Comme point de départ pour traiter ces questions, il faut admettre ce principe, que toute autorité, au point de vue de ses attributions comme au point de

(1) Comptes rendus sténogr. 1867, p. 118 s. Cf. *Thudichum*, p. 220.

(2) Le projet de loi du 29 oct. 1874, sur l'administration des recettes et des dépenses de l'Empire a voulu aussi sanctionner légalement cette règle ; le § 8 contient cette disposition : « Les traitements et autres émoluments permanents ne peuvent être alloués qu'en vertu du budget ou d'une autre loi ». Imprimés du Reichstag II^e session 1874, n° 9.

(3) Le cas est fréquent ; p. e. la plupart des services sortis de la Chancellerie de l'Empire, amirauté, consulats etc.

vue de la puissance d'Etat qui lui est déléguée, a besoin d'être fondée sur une disposition légale.

Ce fondement légal peut être de deux sortes ; il est direct, lorsque la loi ordonne la création d'une autorité déterminée dont l'organisation et le rôle sont nettement fixés ; il est indirect, lorsque la loi charge le gouvernement de l'Empire de prendre certaines mesures qui nécessitent l'établissement de nouveaux services. Ont eu pour base des lois spéciales : p. e. le Tribunal d'Empire, l'Office fédéral du domicile de secours (Heimatswesen), les Chambres disciplinaires d'arbitrage, l'administration de la Caisse des Invalides etc. ; le fondement légal est au contraire indirect pour les autorités du Contrôle douanier de l'Empire, les autorités de l'Administration des postes et télégraphes, les succursales de la Banque de l'Empire, ambassades, consulats etc...

Si la création d'une ou de plusieurs autorités déterminées est ordonnée par une loi, de telle sorte que ces autorités puissent être directement constituées par décret, il entre alors dans les pouvoirs souverains de l'Empereur de créer ces autorités (1), puisqu'il s'agit uniquement, dans ce cas, d'accomplir un acte administratif. Si, au contraire, la création d'autorités nouvelles est ordonnée indirectement par lois d'Empire, en ce sens qu'elle est nécessitée par l'exécution de ces lois, il y a lieu d'appliquer la règle de l'art. VII, chiffre 2 de la Constitution : le Bundesrath statue « sur les prescriptions administratives générales et les institutions nécessitées par l'exécution des lois de l'Empire ». Une création d'autorités fait partie des institutions nécessitées par l'application des lois de l'Empire. Le décret de l'Empereur qui crée

(1) A la condition que les fonds nécessaires aient été accordés par le Budget ou par une « loi de crédit » spéciale.

une autorité de ce genre suppose donc, outre la base indirecte fournie par la loi, la base directe d'une décision du Bundesrath (règlement d'exécution) (1).

Mais la règle de l'art. VII, chiffre 2 ne s'applique que « s'il n'en a pas été décidé autrement par loi d'Empire » ; il s'en suit que le droit du Bundesrath peut être exclu et que l'Empereur peut avoir le droit d'instituer des services d'Empire (dans les limites fixées par les lois de finances), mais qu'il faut pour cela une disposition de loi spéciale. On trouve une disposition de ce genre à l'art. LIII de la Constitution de l'Empire à propos de la marine, à l'art. XLVIII, section 2 combiné avec l'art. L, section 2 à propos des autorités des postes et télégraphes, à l'art. XI, à propos de la nomination des ambassadeurs ; et aussi, sans doute, dans la loi du 27 juin 1873, relative à l'établissement d'un office des chemins de fer de l'Empire à propos de la nomination des commissaires des chemins de fer de l'Empire etc.

Les mêmes principes doivent s'appliquer aussi à la suppression des services. Les autorités qui ont été créées directement en vertu d'une loi ne peuvent être supprimées qu'en vertu d'une loi. Si une autorité a été établie en vertu d'une décision du Bundesrath, il faut, pour la supprimer, une autre décision du Bundesrath. Dans la mesure enfin où le pouvoir

(1) C'est ainsi, par exemple, que l'Empereur peut, en outre des Chambres disciplinaires ordonnées par la loi, en créer d'autres encore « de concert avec le Bundesrath ». Loi du 31 mars 1873, § 87. Le Bundesrath désigne aussi les places où seront installées des succursales de la Banque d'Empire. Loi de Banque du 14 mars 1875, § 36 etc. ; *Löning*, p. 56 ; *Meyer*, § 165, note 9 ; *Harseim*, op. cit., p. 40 attribuent généralement à l'Empereur le droit d'organiser les autorités de l'Empire, mais ils se mettent ainsi en contradiction avec l'art. VII, chiffre 2, de la Constitution. La vraie théorie est soutenue par *Ad. Arndt*, *Das Verordnungsrecht* 1884, p. 152 ss. ; *Zorn* s'y est rangé dans sa deuxième édition I, p. 291.

d'organiser et d'instituer a été attribué à l'Empereur, l'Empereur a aussi le droit de supprimer des autorités (1).

V. — On peut grouper scientifiquement les autorités selon des points de vue très divers ; leur caractère décisif au point de vue du Droit public, c'est leur situation juridique vis-à-vis des organes de l'État, c'est-à-dire la responsabilité. Il y a aussi, dans la monarchie absolue, des fonctionnaires qui sont responsables devant le monarque de l'administration de leur ressort, c'est-à-dire qui doivent se porter garants que ce ressort est administré suivant les ordres et les intentions du monarque et dans l'intérêt bien entendu de l'État. La conséquence de cela, c'est que la direction personnelle du ressort leur est confiée et que toutes les autres autorités qui exercent leur activité sur ce domaine leur sont subordonnées et leur doivent l'obéissance dans le service. Il va de soi en effet qu'un fonctionnaire ne peut être responsable des actes d'un autre que dans la mesure où il a le droit de lui donner des ordres. Dans l'État constitutionnel, cette distinction prend une importance encore plus grande, parce que la responsabilité existe non seulement vis-à-vis du monarque, mais aussi vis-à-vis de la représentation nationale (responsabilité « parlementaire »). On désigne d'ordinaire ces autorités qui ont une responsabilité politique propre sous le nom de « ministres » ; elles forment une catégorie spéciale d'autorités (2).

(1) C'est ce qui a eu lieu par exemple pour quelques directions supérieures des postes, directions des télégraphes, autorités de la marine etc.

(2) Cf. *Jellinek*, Die Entwicklung des Ministeriums in der constit. Monarchie, dans la *Grünhut's Zeitschrift*, tome X (1883), p. 304 ss. Il fait remarquer avec raison, p. 317 s. que ce n'est pas la responsabilité parlementaire qui forme la base proprement dite du système ministériel, mais bien la responsabilité administrative, c'est-à-dire la responsabilité

D'après la Constitution de l'Empire, il n'y a qu'un seul fonctionnaire de ce genre, le Chancelier de l'Empire ; le principe de la centralisation est appliqué dans toute sa rigueur. D'après l'art. XVII en effet, tous les décrets, toutes les ordonnances de l'Empereur doivent, pour être valables, être contresignés par le Chancelier de l'Empire qui en endosse ainsi la responsabilité. Or, comme l'Empereur est, pour toutes les branches de l'administration, l'autorité suprême et que le contrescinq du Chancelier est nécessaire pour tous les décrets et ordonnances, il s'en suit que le Chancelier de l'Empire est le seul et unique ministre de l'Empereur et qu'il n'y a aucune branche de l'administration de l'Empire dont le chef suprême ne soit pas le Chancelier. Le Chancelier n'a, parmi tous les fonctionnaires de l'Empire, aucun collègue, mais seulement des auxiliaires et éventuellement des suppléants (voir plus loin § 40).

Ce principe de la Constitution a cependant souffert une atteinte lors de la loi d'Empire du 4 juillet 1879 § 2 relative au statthalter (lieutenant) impérial en Alsace-Lorra. e. Cf. sur ce point le § 68.

Mais parmi les autorités d'Empire subordonnées au Chancelier, tout comme parmi les autorités d'Etat subordonnées aux ministres des Etats particuliers, il faut distinguer deux sortes d'autorités, les autorités administratives et les autorités juridictionnelles.

vis-à-vis du chef de l'Etat ; et que la conséquence pratique de ce système, c'est de fortifier le plus possible le pouvoir exécutif, de garantir la liberté d'action à l'homme d'Etat qui dirige les affaires, de lui assurer une obéissance absolue dans les limites de sa compétence et de subordonner strictement les fonctionnaires à sa volonté. Mais la responsabilité directe et personnelle qui n'est dominée par aucune instance supérieure n'en demeure pas moins, en Droit public, la qualité caractéristique des ministres. *Dupriez*, les Ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique, Paris 1892-93, 2 vol. expose et compare la constitution des autorités dans les principaux Etats.

La différence entre ces deux sortes d'autorités, en ce qui concerne leur organisation, peut se formuler ainsi : par rapport aux autorités administratives la responsabilité du Chancelier a un contenu positif, par rapport aux autorités juridictionnelles elle a un contenu négatif.

En ce qui concerne les premières, la responsabilité du Chancelier de l'Empire s'étend au contenu matériel de leurs arrêtés et ordonnances. C'est pourquoi il peut, dans les circonstances importantes, décider lui-même matériellement et déterminer ce qui doit avoir lieu. Ces autorités ne sont, en quelque sorte, que ses bureaux et elles n'ont un pouvoir de décision propre (Decernat) qu'autant que le Chancelier le leur permet. En ce qui concerne les autorités juridictionnelles, la responsabilité du Chancelier n'a qu'un objet : empêcher que l'activité de ces autorités ne soit troublée ou entravée, empêcher en particulier les ingérences illégales des autorités administratives ; elle ne s'étend pas au contenu des décisions qui n'ont de norme que le Droit en vigueur exclusivement. Le Chancelier ne peut donc pas s'ingérer matériellement dans leurs affaires, ni prendre une décision en leur lieu et place. Il est responsable de la faculté que doivent avoir ces autorités d'exercer leurs fonctions dans l'indépendance prescrite par la Constitution ; il n'est pas responsable de la manière dont elles les exercent. Le système collégial s'applique aussi par conséquent aux délibérations de ces autorités. En ce qui concerne le cercle où s'exercent leurs fonctions, les autorités juridictionnelles de l'Empire ne sont donc pas subordonnées au Chancelier de l'Empire ; mais le Chancelier a, vis-à-vis d'elles, les droits que possède dans un État le ministre de la justice vis-à-vis des tribunaux, suivant les principes de Droit public en usage dans les États

allemands ; c'est-à-dire que le Chancelier a la haute surveillance de l'administration de la justice, dresse le budget, contresigne les décrets de l'Empereur portant nomination des membres de cette administration ou renvoi de leurs fonctions.

Entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles, il y a cependant un degré intermédiaire occupé par un certain nombre d'autorités financières qui sont bien, sans doute, placées sous la direction supérieure du Chancelier de l'Empire, mais qui, pour une certaine partie de leurs fonctions, sont indépendantes à la façon des autorités juridictionnelles et ont une responsabilité absolue.

Ainsi donc, au point de vue de leur indépendance et de leur responsabilité, les autorités de l'Empire se divisent en 4 classes :

- 1° Le Chancelier de l'Empire.
- 2° Les autorités administratives.
- 3° Les autorités financières indépendantes.
- 4° Les autorités juridictionnelles.

§ 40. — *Le Chancelier de l'Empire* (1).

La définition juridique de la position du Chancelier dans l'Empire présente les mêmes difficultés que

(1) Joël, Hirth's Annalen 1878, p. 402 ss., 761 ss. ; Hünel, Studien II (1880), p. 24 ss., 31 ss. ; Hensel, Hirth's Annalen 1882, p. 1 ss. ; Zorn, Staatsrecht I, p. 251 s. et dans le Rechtslexikon III, p. 394 ss. ; v. Rönne I, § 42 ; G. Meyer, § 135 ; Schulze, § 267 ss. ; W. Rosenberg, Die staatsrechtliche Stellung des Reichskanzlers, 1889 ; H. Preuss, Die organische Bedeutung der art. XV und 17 der Reichsverfassung (dans la Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft 1889, p. 420 ss. Laband, Wandlungen der Reichsverfassung. Dresden 1895, p. 7 ss. Seydel, Comment., p. 175. On trouvera des documents intéressants tirés des délibérations du Reichstag sur la situation juridique du Chancelier, dans les Hirth's Annalen 1886, p. 321 ss.

la définition juridique d'« Empereur » et de « Bundesrath » ; le Chancelier de l'Empire réunit, en effet, dans sa personne des droits et des devoirs de service d'espèce si diverse qu'il paraît impossible de trouver, parmi les catégories traditionnelles du Droit public, une catégorie dans laquelle il puisse entrer complètement. Mais ces difficultés peuvent se résoudre comme nous avons résolu celles qui sont relatives à l'Empereur et au Bundesrath. Le Chancelier de l'Empire réunit en lui une double situation ; il est en partie l'organe par lequel le roi de Prusse exerce ses droits de membre de l'Empire, en partie le fonctionnaire suprême de l'Empire, le ministre impérial (kaiserlich) de l'Empire. Si l'on distingue et sépare ces deux situations, les contradictions apparentes disparaissent, et, en même temps, la notion compliquée de la responsabilité du Chancelier de l'Empire s'éclaire considérablement.

Le projet de Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord ne donnait pas au Chancelier cette double situation ; ce projet ne contenait que les dispositions inscrites maintenant à l'art. XV de la Constitution de l'Empire. Le Chancelier fédéral ne devait pas être une autorité fédérale, mais seulement le fondé de pouvoir du roi de Prusse au Bundesrath et le président de cette Assemblée.

D'après ce plan de Constitution, le Chancelier était, comme le prince de Bismarck l'expliquait dans la séance du Reichstag du 5 mars 1878, « simplement ce qu'à Francfort, au temps du Bundestag, on appelait un « envoyé présidial », envoyé qui recevait ses instructions du ministre des affaires étrangères de Prusse et qui avait, en outre, la présidence du Bundesrath ».

Lors de la discussion du projet de Constitution au

Reichstag, la situation du Chancelier dans l'organisme de l'Empire fut considérablement modifiée ; à l'art. XVII de la Constitution (art. XIX du projet) on ajouta une disposition qui portait que les décrets et ordonnances du *Præsidium* fédéral devraient, pour être valables, être contresignés par le Chancelier fédéral qui en prendrait ainsi la responsabilité. « L'art. XVII, dit le prince de Bismarck dans son discours au Reichstag déjà cité, éleva tout à coup le Chancelier à la dignité de ministre chargé du *contreseing* ; dans sa nouvelle situation, ce n'était plus un sous-secrétaire d'Etat chargé des affaires allemandes au Ministère des affaires étrangères de Prusse, comme on le pensait à l'origine, c'était un ministre d'Empire, directeur des affaires de l'Empire (1). »

Cette modification fondamentale n'a été que très imparfaitement marquée dans le texte de la Constitution. En effet, il n'a été inscrit dans l'art. XVII qu'une conséquence particulière de la situation du Chancelier comme ministre ; ainsi, la puissance ministérielle du Chancelier de l'Empire repose sur une conclusion *a posteriori* tirée de cette disposition, le contenu et l'étendue n'en ont pas été déterminés constitutionnellement et elle est restée sans limites fixes. Enfin, les deux fonctions du Chancelier, instituées par les art. XV et XVII et essentiellement différentes, sont restées inconciliées l'une à côté de l'autre, réunies simplement en une sorte d'union personnelle (« Personalunion »), alors qu'en réalité il y a eu fusion très intime des pouvoirs et des droits ainsi réunis dans la même main.

(1) Hänel, op. cit., expose très nettement cette évolution. Cf. aussi, Preuss, op. cit., p. 426 ss. et Grassmann, Archiv. f. öffentl. Recht. vol. XI, p. 309 ss.

I. — *Le Chancelier de l'Empire comme fondé de pouvoir du roi de Prusse.*

1° Le Chancelier de l'Empire doit être le fondé de pouvoir de la Prusse au Bundesrath ; c'est une règle de droit qui résulte nécessairement de l'art. XV de la Constitution. Le texte semble bien indiquer, il est vrai, au premier coup d'œil, que l'Empereur peut aussi nommer Chancelier de l'Empire le fondé de pouvoir d'un autre Etat et lui confier la présidence du Bundesrath et la direction des affaires ; mais à y réfléchir, cette interprétation apparaît comme juridiquement impossible, sans compter qu'il y a des raisons de fait qui font bien voir que, de toute nécessité, le Chancelier de l'Empire doit être en même temps fondé de pouvoir de la Prusse. En effet, tout Etat membre peut en même temps rappeler ses fondés de pouvoir du Bundesrath ; le Chancelier, au contraire, nommé par l'Empereur, ne peut être relevé de ses fonctions que par l'Empereur. Si donc, il était possible que l'Empereur nommât Chancelier le fondé de pouvoir d'un autre Etat, il pourrait se faire que cet Etat retirât à ce fondé de pouvoir la qualité de membre du Bundesrath, et que l'Empereur ne le relevât pas de ses fonctions de Chancelier ; alors, le Chancelier ne serait pas en même temps membre du Bundesrath, ce qui d'après l'art. XV de la Constitution est inadmissible (1). Ainsi donc, par une nécessité juridique, le Chancelier de l'Empire détient au Bundesrath la voix « présidiale » de la Prusse en qualité de fondé de pouvoir du roi de Prusse. Cf. ci-dessus, tome I, p. 414 et s.

(1) *Hensel*, op. cit., p. 9, 11 ss. n'est pas de cet avis ; il est réfuté par *Grassmann*, l. c., p. 332 ss.

2° Les membres du Bundesrath ne sont pas fonctionnaires d'Empire et n'en ont sous aucun rapport les droits ni les devoirs ; de même, un membre du Bundesrath pris à part, n'exerce, sous aucun rapport les fonctions d'une autorité d'Empire. Il en est tout à fait de même pour le Chancelier. Ni comme membre du Bundesrath, ni comme président du Bundesrath, le Chancelier de l'Empire n'est fonctionnaire d'Empire, et lorsqu'il exerce au Bundesrath les droits présidiaux, il agit, non pas comme autorité de l'Empire, mais comme fondé de pouvoir du roi de Prusse. Il est donc lié aux instructions que lui donne le roi de Prusse et il doit, sous sa responsabilité, y conformer ses actes (1). Le Chancelier ne saurait donc être responsable devant le Bundesrath et le Reichstag de la manière dont il dispose de la voix « présidiale » ou dont il exerce les autres droits de la Prusse au Bundesrath ; à ce point de vue, il ne peut pas plus être question de la responsabilité du Chancelier que de celle des fondés de pouvoir d'un autre Etat-membre quelconque.

3° Il n'est pas nécessaire que les fondés du pouvoir des Etats particuliers soient aussi fonctionnaires de ces Etats ; il n'est pas non plus nécessaire que le Chancelier de l'Empire soit fonctionnaire prussien et en particulier qu'il soit ministre d'Etat prussien (2). On peut soutenir, au contraire, que la charge toujours croissante des attributions du Chancelier de l'Empire, en tant que ministre d'Empire, lui interdira de plus en plus d'être en même temps le chef réel d'un ministère prussien. Il n'y a pas nécessité, en

(1) Cf. les explications du prince de Bismarck au Reichstag constituant de 1867, comptes rendus sténogr., p. 376 et surtout 393 ; et aussi au Reichstag de l'Allemagne du Nord, 16 avril 1869, p. 401 ss. (Voir tome 1 p. 359 note 1).

(2) C'est ce que prétend *Preuss*, p. 446.

Droit public, que le Chancelier de l'Empire soit en même temps ministre des affaires étrangères de Prusse; en effet, après que la direction générale des affaires étrangères a été donnée à l'Empire, l'Etat prussien n'a plus besoin du tout d'un ministre des affaires étrangères. A côté de celle de Chancelier de l'Empire, c'est là une fonction presque uniquement nominale (1) qui peut, à chaque instant, être supprimée du système prussien des autorités d'Etat et perdre ainsi son semblant d'existence, de sorte qu'il serait impossible que le Chancelier de l'Empire fût, en même temps, ministre des affaires étrangères de Prusse. Mais pour des raisons majeures d'ordre politique et pratique, il est nécessaire que le Chancelier, précisément parce qu'il est le fondé de pouvoir de la Prusse chargé de voter au Bundesrath, puisse prendre part aux délibérations du ministère d'Etat prussien, qu'il en ait la présidence d'honneur, et qu'il y ait identité non seulement entre empereur allemand et roi de Prusse, mais aussi entre ministre « impérial » d'Empire et premier ministre d'Etat prussien (2).

Ceci permet de traiter la question de la responsabilité du Chancelier de l'Empire devant le Landtag

(1) Le ministère des affaires étrangères de Prusse n'a plus pour attributions que les relations de la Prusse avec les autres Etats confédérés et la direction des envoyés de la Prusse auprès des cours allemandes. Or les rapports entre les Etats confédérés ne sont pas de leur nature des « affaires étrangères ». Il y a aussi, par anomalie, auprès du Pape une ambassade prussienne au lieu d'une ambassade de l'Empire.

(2) A ce point de vue, faisons seulement remarquer que l'Empereur ne peut pas, en tant qu'Empereur, soumettre des propositions au Bundesrath ni déposer des projets devant le Reichstag, et que toutes les propositions qu'on appelle « propositions présidiales » sont des propositions faites par la Prusse au Bundesrath. Voir tome 1, p. 359. Le Chancelier de l'Empire est donc lié par les instructions reçues du ministère prussien et il en serait politiquement dépendant, s'il n'en était pas la tête et ne l'animait de son esprit, cf. aussi *Grassmann*, p. 334 ss.

prussien. S'il arrivait que le Chancelier de l'Empire ne fût pas en même temps ministre d'État prussien, et qu'il reçût simplement ses instructions du ministre d'État prussien, les principes de la responsabilité ministérielle parlementaire ne lui seraient pas du tout applicables ; il ne serait alors responsable que devant le ministère d'État prussien, et seulement de la conformité de son vote aux instructions reçues. Mais si le Chancelier de l'Empire est lui-même ministre d'État prussien et si, par suite, il prend part à l'établissement des instructions auxquelles devront se conformer les fondés de pouvoir prussiens au Bundesrath, il est alors responsable suivant les règles du Droit public prussien, comme cela a été expliqué d'une façon générale à propos des instructions données par les gouvernements des États particuliers. Par contre, il ne peut, en aucune manière, être question d'une responsabilité du Chancelier devant le Landtag prussien pour tout ce qui entre dans son rôle de Ministre d'Empire ; à ce titre, il gère les affaires publiques de l'Empire, non de la Prusse.

II. — *Le Chancelier de l'Empire comme ministre d'Empire de l'Empereur.*

Tandis que le Chancelier de l'Empire est, au Bundesrath, fondé de pouvoir prussien, il est, en dehors du Bundesrath, autorité d'Empire, et, comme nous l'avons déjà expliqué, le seul ministre responsable de l'Empire (1). Mais, dans l'Empire, les pouvoirs ministériels ne sont pas tout à fait les mêmes que dans l'État unitaire, à cause du caractère fédéral de l'Em-

(1) Excepté pour l'Alsace-Lorraine. Voir ci-dessous chiffre 5, p. 29. Que la loi des fonctionnaires de l'Empire soit applicable au Chancelier, c'est ce qui n'est pas douteux. Cf. *Hensel*, p. 5 ss.

pire. Le principe fondamental peut se formuler ainsi : comme ministre et auxiliaire de l'Empereur, le Chancelier de l'Empire a à accomplir tous les actes qui constituent la prérogative de l'Empereur. Les fonctions du Chancelier peuvent donc se ramener aux catégories suivantes :

1° Comme l'Empereur est le représentant de l'Empire allemand, il s'en suit que, vis-à-vis des États étrangers et en général des tiers avec lesquels l'Empire est entré ou veut entrer en rapports de droit, le Chancelier est légitimement fondé pour exercer les droits de l'Empire, diriger des négociations, conclure des traités, remplir les engagements de l'Empire et recevoir ce qui lui est dû. Régulièrement, le Chancelier n'a besoin pour cela d'aucune procuration spéciale, bien qu'il ne soit pas cependant inadmissible que l'Empereur lui en donne une pour des négociations d'une importance particulière. Si, au contraire, ce n'est pas le Chancelier, mais un autre fondé de pouvoir quelconque qui doit représenter l'Empire (l'Empereur) devant des tiers, il doit régulièrement être investi pour cela de pouvoirs particuliers qui lui sont délivrés soit par l'Empereur sous le contreseing du Chancelier, soit par le Chancelier, en vertu de ses pleins pouvoirs généraux (pouvoirs de substitution). Mais il convient d'excepter toutes les affaires qui entrent dans le cercle d'action légal ou traditionnel des autorités d'Empire subordonnées au Chancelier (Ambassades, consulats, autorités administratives, autorités financières) ; les autorités compétentes ont tous pouvoirs pour traiter elles-mêmes ces affaires valablement et régulièrement au nom de l'Empire ; la nomination d'un fonctionnaire d'Empire implique en même temps tous pouvoirs donnés pour représenter l'Empire dans le cercle des attributions de chaque service. Mais, de même que les auto-

rités administratives de l'Empire sont subordonnées au Chancelier comme à leur chef, de même aussi leurs pleins pouvoirs pour représenter l'Empire dérivent des pleins pouvoirs généraux du Chancelier et leur sont, en quelque sorte, subordonnés.

Tout cela est vrai, non seulement des traités internationaux et des contrats de Droit public, mais aussi des actes d'intérêt pécuniaire du fisc de l'Empire.

2° Comme l'Empereur est chargé de maintenir et de régler l'activité des autres organes de l'Empire, les actes nécessaires (1) pour cela incombent au Chancelier. C'est à lui de prendre les mesures nécessaires pour que le Bundesrath et le Reichstag, s'ils sont convoqués, puissent tenir leurs séances; c'est à lui de donner les ordres que nécessite l'exécution des décisions du Bundesrath (2); à lui de vérifier les pouvoirs des fondés de pouvoir (3); à lui de transmettre au Reichstag les projets arrêtés par le Bundesrath (4); de même, les décisions du Reichstag, les interpellations, les vacances de mandats au Reichstag sont notifiées au Chancelier de l'Empire (5) auquel il appartient de les porter à la connaissance du Bundesrath et de présenter à l'Empereur son rapport sur les décisions du Bundesrath et du Reichstag.

3° Aussi loin que s'étend l'administration propre de l'Empire, le Chancelier de l'Empire est, en sa qualité d'auxiliaire et de représentant de l'Empereur, le chef suprême et le directeur. Sous ce rapport, sa situation correspond complètement à celle d'un ministre dans l'Etat unitaire (6). Cependant, il n'est pas

(1) Cf. l'exposé détaillé de *Hensel*, p. 12 ss., 15 ss.

(2) Règlement révisé du Bundesrath, § 24.

(3) Tome 1, p. 374.

(4) Cela vient de ce que ces projets « sont transmis au Reichstag au nom de l'Empereur ». Constitution de l'Empire, art. XVI.

(5) Règlement du Reichstag, § 32, 34, 66, 69.

(6) C'est ainsi qu'il lui appartient de rendre des ordonnances adminis-

limité à un seul ressort ; il n'a pas de collègues qui auraient des droits égaux aux siens et avec lesquels il partagerait les affaires ; sa compétence a la même étendue que la compétence administrative de l'Empire.

4° Dans le domaine d'administration propre reconnu aux Etats particuliers par la Constitution, l'Empereur a à surveiller l'exécution des lois de l'Empire (Constitution, art. XVII) et le Chancelier à prendre les mesures nécessaires pour cela. Les plaintes et dénonciations portant sur des violations des lois de l'Empire dans les Etats particuliers doivent être, par conséquent, adressées au Chancelier ; il procède aux constatations de fait nécessaires et adresse aux gouvernements les ordres. Si les décisions à prendre dans des cas de ce genre sont, d'après l'art VII, chiffre 3, de la compétence du Bundesrath, le Chancelier adresse une proposition au Bundesrath et veille à l'exécution et à l'observation de la décision prise par lui (1).

5° Le Chancelier de l'Empire était enfin le ministre dirigeant et responsable pour l'Alsace-Lorraine, puisque la loi du 9 juin 1871 avait confié à l'Empereur l'exercice de la puissance d'Etat dans le Pays d'Empire. Au § 4 de cette loi, il est spécifié que tous les décrets et ordonnances rendus par l'Empereur en exercice de cette puissance d'Etat doivent,

tratives dans la mesure où la Constitution ou les lois de l'Empire en ont chargé l'Empereur ou le Chancelier directement. Il adresse des instructions aux autorités ; il prépare les actes que signera l'Empereur pour nommer des fonctionnaires d'Empire ou en relever de leurs fonctions ; il statue en dernier ressort sur les plaintes portées contre les autorités subordonnées de l'Empire ; il décide sur les rapports des autorités ; il prépare les projets de lois et le budget etc. On trouvera dans *Hensel*, p. 33 ss. une étude et une énumération des pouvoirs et des obligations du Chancelier de l'Empire.

(1) Voir tome I, p. 386 ss.

pour être valables, porter le contrescinq du Chancelier qui en prend ainsi la responsabilité. Mais la loi d'Empire du 4 juillet 1879 § 2 (Bull. des lois, p. 165) a disposé que les obligations et les pouvoirs attribués par lois ou décrets au Chancelier de l'Empire relativement aux affaires qui concernent l'Alsace-Lorraine sont conférés désormais au statthalter d'Alsace-Lorraine. Ce dernier a, par conséquent, pris dans ce ressort la place du Chancelier de l'Empire (Cf. ci-dessous, § 68).

6° La responsabilité du Chancelier dont parle l'art. XVII de la Constitution ne porte, bien entendu, que sur son activité de ministre d'Empire et non pas de fondé de pouvoir au Bundesrath. Cette responsabilité n'a pas reçu la forme d'une institution de Droit; il n'y a pas de règles qui indiquent à quels objets elle s'étend, qui a le droit de la mettre en jeu, quelle procédure on aurait alors à suivre, quels en sont les effets? La responsabilité du Chancelier n'est donc qu'un principe politique qui attend encore les bases réelles de la réglementation juridique, mais qui n'est cependant pas sans effets et constitue même le fondement de ce qu'on appelle la responsabilité politique ou morale du Chancelier de l'Empire. Sa conséquence pratique essentielle, c'est que le Chancelier ne peut se soustraire à la nécessité politique de s'expliquer et de répondre, au Bundesrath (1) et au Reichstag, aux attaques dirigées contre sa gestion (2).

(1) *Rosenberg*, p. 31 ss. conteste que le Chancelier soit aussi responsable devant le Bundesrath, mais ses raisons sont insuffisantes; en ce qui concerne la sauvegarde des intérêts généraux de l'Empire vis-à-vis des autorités administratives, le Bundesrath et le Reichstag sont des organes jouissant de droits égaux. C'est aussi l'avis de *Preuss*, p. 444; de *Zorn* I, p. 258.

(2) *Hensel*, p. 51 ss. va sans doute trop loin, quand, d'accord avec *Seydel*, *Commentar* (1^{re} édition), p. 129, il prétend que la responsabilité du Chancelier n'est qu'une simple phrase et conteste qu'il y ait là une

Si l'on veut élucider la question de l'étendue de cette compétence, les explications précédentes présentent quelque utilité ; on peut en déduire la différence entre la responsabilité du Chancelier de l'Empire et la responsabilité du ministre d'un Etat particulier. L'étendue de la responsabilité est la même que celle de la compétence. Dans le domaine de l'administration propre de l'Empire, le Chancelier veillera donc, sous sa responsabilité, à ce que l'activité totale des autorités de l'Empire soit conforme aux lois et toute pénétrée des idées fondamentales qui président à l'ensemble de la politique extérieure et intérieure de l'Empire (1). Au contraire, dans le domaine de l'administration propre des Etats particuliers, le Chan-

responsabilité ministérielle au sens du Droit public constitutionnel ; sa responsabilité serait, selon *Hensel*, tout à fait identique à la garantie demandée à chaque fonctionnaire par la loi des fonctionnaires de l'Empire suivant laquelle ils doivent répondre de la légalité de leurs actes. Mais ce n'était pas là le sens ni le but assignés à la disposition de l'art. XVII ; cela ressort indubitablement des délibérations du Reichstag constituant. Cf. Comptes rendus sténogr., p. 325 ss. ; *Hünel*, op. cit., p. 20 ss ; v. *Rönne* I, p. 295 ; *Zorn* I, p. 258 ; § *Meyer*, § 186 ; *Schulze*, § 269, et surtout *Preuss*, p. 434 ss. Quant à savoir si la responsabilité est politique ou juridique, ce n'est qu'une querelle de mots ; en fait, il n'y a pas de différence entre les deux. Il est indubitable que, même si elle est juridique, cette responsabilité repose sur une *lex imperfecta* et qu'il n'y a pas de moyen légal de l'appliquer ; dans ces conditions, que le devoir du Chancelier de rendre raison de ses actes au Reichstag soit considéré comme devoir juridique ou comme devoir politique, il n'y a pratiquement pas de différence.

(1) Sur ce point, le Chancelier lui-même fit, à la séance du Reichstag du 1^{er} décembre 1874, les remarques suivantes : « A mon avis, je dois veiller, sous ma responsabilité, à ce qu'il y ait à la tête des diverses branches de l'administration de l'Empire, des gens qui, de toutes manières, mènent les affaires selon le sens du courant où les tendances actuelles de l'esprit allemand et des esprits allemands entraînent la vie politique de la nation allemande... je dois veiller surtout, sous ma responsabilité, à ce que toute place qui doit être occupée le soit par quelqu'un qui, suivant l'expression usitée, soit à la hauteur de son rôle. »

celier doit seulement veiller, sous sa responsabilité, à ce que le droit de surveillance attribué à l'Empire soit efficacement exercé. Quant à l'activité officielle des autorités d'Etat dans les limites de l'administration propre laissée aux Etats particuliers, le Chancelier n'a pas à en répondre; les principes qui s'appliquent ici, ce sont ceux du Droit public des Etats sur la responsabilité des ministres (1).

III. — *La suppléance du Chancelier de l'Empire.*

1° La Constitution de l'Empire n'a réglé la suppléance du Chancelier qu'en ce qui concerne la présidence au Bundesrath et la direction des affaires du Bundesrath, art XV, section 2 (voir ci-dessus, t I, p. 415 et s.); elle n'a pas réglé la suppléance du Chancelier comme ministre de l'Empire (2).

La raison en est dans l'organisation projetée

(1) A côté de la surveillance exercée par l'Empire, cette responsabilité subsiste, avec cette modification, naturellement, que l'acte d'un gouvernement fédéral que l'Empire reconnaît comme conforme aux lois de l'Empire ne peut pas être déclaré contraire à ces mêmes lois par les organes d'un Etat particulier.

(2) Si l'on fait abstraction d'une remarque rapide de v. Martitz, *Betrachtungen*, p. 49, on peut dire que ç'a été l'opinion unanime de tous les écrivains de Droit public allemand que l'article XV de la Constitution ne vise que le Bundesrath et la direction des affaires du Bundesrath. Contrairement à cette opinion, Joël, *op. cit.* p. 402 ss.; p. 794 et Hensel, p. 3 ss., ont essayé d'établir que « direction des affaires » signifie la direction de toutes les affaires de l'Empire, et désigne par conséquent aussi les affaires ministérielles. Cette opinion exprimée aussi par le prince de Bismarck dans la séance du Reichstag du 5 mars 1878 (comptes rendus sténogr., p. 342) a été démontrée fausse par G. Meyer, § 135, note 5, et surtout par Hänel, *op. cit.*, Cf. aussi Seydel, *Holtzendorff's Jahrb.* III (1879), p. 294; Zorn I, p. 252; Schulze, § 270; Preuss, p. 433, et le jugement du Tribunal d'Empire, *Entscheidungen in Strafsachen*, tome VII, p. 387.

d'abord dans le plan de Constitution fédérale (voir ci-dessus p. 21 et s.). Comme tout chef de service, le Chancelier peut bien, même sans autorisation légale, confier la gestion des affaires qui lui incombent à d'autres fonctionnaires, institués pour le seconder, (secrétaires d'État, directeurs, conseillers, etc...); mais, si ces remplaçants sont responsables devant lui de la gestion attentive, prudente et conforme à ses instructions, de toutes les affaires qui leur ont été confiées, le Chancelier reste seul responsable devant l'Empereur, le Bundesrath et le Reichstag, au sens où le sont les ministres, d'après le Droit public constitutionnel et le Chancelier de l'Empire, d'après l'art XVII de la Constitution allemande. Il ne peut pas échapper à cette responsabilité en faisant gérer les affaires publiques par d'autres personnes, puisque la Constitution ne connaît qu'un seul chef de l'administration qui soit responsable, le Chancelier de l'Empire. En face de la disposition formelle de l'art. XVII, on devait regarder comme très douteux qu'une ordonnance ou un décret de l'Empereur puisse être valablement contresigné par un suppléant du Chancelier de l'Empire, bien que d'ailleurs la chose eût été faite plusieurs fois. Le besoin se faisant donc sentir d'un suppléant qui prendrait la responsabilité du Chancelier, celui-ci en étant déchargé temporairement, la loi d'Empire du 17 mars 1878 (Bull. des lois, p. 7) établit la suppléance régulière du Chancelier de l'Empire (1). Cette loi vise seulement la suppléance du Chancelier en tant que ministre de l'Empire et, comme il est spécifié au § 4, ne touche pas à la disposition de l'art. XV de la Cons-

(1) Cf. sur cette loi les délibérations du Reichstag, comptes rendus sténogr., 1878, p. 321 ss., 373 ss., 431 ss., et le Projet accompagné des motifs au n° 34 des imprimés. Parmi les ouvrages à consulter il faut surtout citer la dissertation de Joël déjà signalée, p. 761 ss.

titution (suppléance de la présidence et de la direction des affaires du Bundesrath).

2° Les suppléants sont nommés par l'Empereur, et non pas, comme dans le cas de l'art. XV, par le Chancelier lui-même. Mais le droit de l'Empereur de nommer des suppléants est limité de deux façons : il ne peut l'exercer qu' « en cas d'empêchement » du Chancelier et, d'autre part, seulement « sur sa demande » (Loi § 1). Le Chancelier de l'Empire constate donc lui-même s'il est ou non empêché et il a le droit d'initiative ; il peut demander des suppléants, mais il n'est pas tenu de s'en laisser désigner. Par « empêchement », il faut, suivant les motifs de la loi et les délibérations du Reichstag, entendre non seulement le cas où, pour des raisons passagères, le Chancelier se trouve empêché de remplir ses fonctions, mais aussi les circonstances durables qui peuvent l'empêcher d'en remplir une partie, en particulier une trop grande étendue de ses attributions, le défaut des connaissances techniques nécessaires pour certaines catégories d'affaires, etc... La suppléance prend ainsi, dans le système des autorités de l'Empire, le caractère d'une institution permanente (1).

3° La loi autorise, au § 2, deux sortes de suppléants responsables :

a) Un suppléant général (vice-chancelier) « pour tout l'ensemble des affaires et des obligations du Chancelier de l'Empire ». La loi ne fixe aucune condition pour le choix de ce suppléant.

b) Des suppléants spéciaux (Ressortstellvertreter), pour les branches d'affaires qui se trouvent dans l'administration propre et immédiate de l'Empire. Il ne peut donc pas y avoir de suppléants responsables

(1) Cf. Joël, p. 764 ss.

pour les branches d'affaires qui dépendent de l'administration propre des États particuliers et ne sont soumises qu'à la haute surveillance de l'Empereur (1). Seuls peuvent être nommés suppléants spéciaux les fonctionnaires placés à la tête des autorités supérieures de l'Empire subordonnées au Chancelier; ils sont nommés, soit pour l'ensemble de leur service, soit pour certaines parties seulement (2). Il n'y a jamais pour chaque « ressort », à un moment donné quelconque, qu'une seule personne qui ait qualité pour être nommée suppléant spécial; mais les pouvoirs de suppléant spécial ne sont pas pour cela attachés nécessairement et *a priori* aux fonctions de directeur d'une autorité supérieure de l'Empire; ils doivent être conférés personnellement, suivant les prescriptions du § 1 de la loi.

4° Les suppléants ont pouvoir de contresigner les décrets et ordonnances de l'Empereur et de remplir les autres attributions qui incombent au Chancelier de l'Empire d'après la Constitution et les lois (§ 1 de la loi). Le suppléant est politiquement responsable de ses actes gouvernementaux et, du même coup, la

(1) *Joël*, qui étudie ce point en détail, p. 766 ss., 772 ss. donne là dessus de fort bonnes explications.

(2) Dans l'organisme actuel des autorités d'Empire on ne peut donc nommer suppléants spéciaux que les fonctionnaires placés à la tête de l'Office de l'Intérieur, de l'Office des Affaires étrangères, de l'Office de la Marine, de l'Administration des chemins de fer de l'Empire, de l'Office des Postes de l'Empire, de l'Office de la Justice et de la Trésorerie. Si dans ces « Offices », et c'est le cas dans la plupart, certaines affaires ont trait à l'administration directe et les autres à la surveillance de l'administration propre des États, les pouvoirs de suppléance ne s'étendent qu'aux affaires d'administration directe. *Joël*, p. 768. Sur la suppléance du Chancelier en matière de Banque d'Empire, cf. les dispositions spéciales de la loi de Banque du 14 mars 1875, § 26, 27, section 2; conformément à la règle « *lex generalis non derogat legi speciali priori* » ces dispositions n'ont pas été annulées par la loi du 17 mars 1878. *Joël*, p. 783, 784 est d'un autre avis. Sur l'Alsace-Lorraine voir, § 68.

responsabilité du Chancelier se trouve dégagée. Mais, pour que la direction centrale et supérieure des affaires gouvernementales qui est aux mains du Chancelier n'en soit pas atteinte et que la plénitude de ses pouvoirs ne soit pas diminuée, le § 3 de cette loi lui réserve le droit « de remplir toute fonction de sa charge, même pendant la durée d'une suppléance ».

Par là tous les « ressorts » demeurent, malgré la nomination de suppléants, soumis à la direction et même à l'ingérence directe du Chancelier ; mais, par suite, il reste lui aussi responsable dans une certaine mesure. En effet, la responsabilité s'étend aussi aux omissions et on peut, par conséquent, en appliquer encore le principe en alléguant que le Chancelier n'a fait aucun usage de la faculté que lui laisse le § 3 de la loi.

Les suppléants sont donc bien personnellement responsables, comme le sont les ministres du système constitutionnel, mais ils n'ont pas la situation de chefs suprêmes de service et sont subordonnés au Chancelier dans la gestion des affaires de leur charge ; on peut donc les caractériser en les appelant des « sous-ministres » responsables. C'est là une organisation qui a, à certains égards, son modèle dans la constitution du cabinet anglais.

IV. — *La Chancellerie de l'Empire.*

L'élévation des chefs suprêmes des autorités supérieures d'Empire aux fonctions de sous-ministres responsables a eu pour conséquence un relâchement de rapports entre le Chancelier et ces autorités ; il n'apparaît plus comme leur chef immédiat, mais comme une autorité centrale située au-dessus d'elles et pourvue d'un cercle d'affaires à part. Surtout, de

l' « Office du Chancelier fédéral » (1) (Bundeskanzleramt) ou « Office du Chancelier de l'Empire » (Reichskanzleramt) qui, à l'origine, servait de Bureau du Chancelier de l'Empire, sont sorties un certain nombre d'autorités supérieures dont les chefs dirigent désormais, sous leur responsabilité propre, les affaires administratives de l'Empire. Le Chancelier avait besoin, dès lors, d'un corps spécial de fonctionnaires auxiliaires et de fonctionnaires en sous-ordre.

Tandis que, jusqu'à l'année 1878, le budget de l'Empire réunissait dans le même chapitre le Chancelier et l'Office du Chancelier, le budget de 1878-79 porte pour la première fois « le Chancelier de l'Empire et son Bureau central » dans un chapitre spécial et séparé de l'Office du Chancelier de l'Empire. A partir de 1879, cette séparation est encore plus nette et le « Bureau central » est appelé « Chancellerie de l'Empire » (Reichskanzlei) (Bull. des lois 1879, p. 22). Il y a là comme l'indication d'une transformation de l'organisme des autorités d'Empire, les autorités « supérieures » ayant été subordonnées à une « autorité centrale suprême ».

§ 41. — *Les autorités administratives de l'Empire,*

Le décret présidentiel du 12 août 1867 (Bull. des lois, p. 29) a, sous le nom d' « Office du Chancelier fédéral » institué une autorité

« Pour l'administration, confiée au Chancelier fédéral, des affaires dont la Constitution de l'Allemagne du Nord a fait l'objet de l'administration fédérale ; pour la surveillance, confiée aussi au Chancelier

(1) Le mot signifie tout simplement « Chancellerie fédérale » mais, à traduire ainsi, il eût été impossible de marquer l'opposition de « Reichskanzleramt » et de « Reichskanzlei » (Note du traducteur).

lier, des affaires que la même Constitution a placées sous le contrôle du *Præsidium* fédéral ; et aussi pour la gestion, confiée au Chancelier fédéral, des autres affaires de la Confédération. »

La loi du budget 1868 accorda les allocations nécessaires pour cette autorité et elles furent augmentées par les lois de finances des années suivantes au fur et à mesure de son extension croissante. Un décret du 12 mai 1871 (Bull. des lois, p. 102) remplaça la dénomination primitive par celle d' « Office du Chancelier de l'Empire » (Reichskanzleramt). D'après le décret « présidial » du 12 août 1867, le cercle d'affaires de l'Office du Chancelier fédéral était très vaste et s'étendait à toutes les attributions du Chancelier fédéral. Ces attributions y sont divisées très justement en trois catégories :

a) L'administration des affaires devenues l'objet de l'administration fédérale (administration fédérale directe) ;

b) La surveillance de l'administration propre des Etats particuliers ;

c) La gestion des autres affaires gouvernementales, en particulier la préparation des projets de lois, les rapports officiels entre le Bundesrath et le Reichstag, la sauvegarde des intérêts politiques et commerciaux dans les négociations engagées avec des Etats étrangers en vue de traités de commerce, de douanes, de navigation, l'établissement du budget fédéral et l'administration des finances fédérales etc.

En dehors du cercle d'affaires de l'Office du Chancelier fédéral on laissait les affaires qui, au temps de l'établissement de cet Office, formaient une branche de l'administration prussienne ; on ne rattacha à l'Office que les consulats qui furent ensuite distraits de nouveau de sa compétence, lorsque l'Empire prit complètement les affaires étrangères sous son admi-

nistration propre. En dehors de la compétence de l'Office était également la marine, puisque d'après la Constitution de l'Allemagne du Nord, art. LIII, l'administration de la marine et le commandement supérieur de la marine de guerre n'appartenaient pas au *Præsidium* fédéral, mais au roi de Prusse. Il en est de même du commandement suprême de l'armée et de la haute surveillance de son administration (art. LXIII ss.). Enfin se trouvaient encore naturellement hors de la compétence de l'Office du Chancelier fédéral toutes les affaires qui avaient été assignées à d'autres autorités par des lois ou des ordonnances particulières.

Si l'on fait abstraction de l'administration des consulats, qui ne releva que temporairement de l'Office du Chancelier fédéral, il n'y avait originellement, pour l'administration propre de l'Empire, que deux ressorts, les postes et les télégraphes. Le décret (souverain) du 18 décembre 1867 (Bull. des lois fédérales, p. 328) institua donc pour ces deux services deux sections spéciales (1^{re} et 2^e) de l'Office du Chancelier fédéral, sous les noms de « Direction générale des postes » et « Direction générale des télégraphes » ; les autres affaires qui dépendaient de l'Office du Chancelier fédéral relevaient de la « section centrale ».

Par suite de l'acquisition du Pays de l'Empire dont la direction administrative fut confiée au Chancelier de l'Empire par la loi du 9 juin 1871, on dut créer une nouvelle section (3^e) pour l'Alsace-Lorraine, et enfin le 1^{er} janvier 1875, après autorisation préalable portée dans la loi du budget, on institua une 4^e section sous le nom de « Direction de la justice de l'Empire ».

A la tête de l'Office du Chancelier de l'Empire, il y avait un président qui devait être considéré comme le représentant permanent du Chancelier ; à la tête de chaque section se trouvait un directeur.

Bien que ces diverses sections de l'Office du Chancelier eussent en général des domaines d'attributions distincts, elles ne constituaient cependant en aucune façon des autorités différentes. Dans beaucoup de circonstances la collaboration des diverses sections était indispensable et, dans toutes, il ne dépendait que du bon plaisir du président de leur dicter la décision à prendre. La répartition des affaires entre les sections n'avait pas un caractère de Droit public, mais un caractère technique; on devait considérer les sections, non pas comme différents ministères, mais comme les sections du même ministère.

Il ne fut apporté de modification notable à ce système que lorsqu'on institua l'Office impérial des chemins de fer (loi du 27 juin 1873); cet Office ne fut pas incorporé à l'Office du Chancelier, mais érigé en autorité d'Empire particulière à côté de l'Office du Chancelier, comme l'Office des Affaires étrangères et l'Amirauté. Puis, en vertu de l'ordonnance du 22 décembre 1875 (Bull. des lois, p. 379), l'administration des Postes et Télégraphes cessa, le 6 janvier 1876, de faire partie du ressort de l'Office du Chancelier de l'Empire, dont les sections 1 et 2 disparurent et on institua une autorité d'Empire indépendante pour cette double administration. Il en fut de même, à partir du 1^{er} janvier 1877, pour la section d'Alsace-Lorraine et l'Office impérial de la justice. Puis, en 1879, ce fut le tour de l'Administration des chemins de fer et de l'Administration des Finances de l'Empire; pour ces administrations on institua deux autorités supérieures particulières sous les noms d'« Office impérial pour l'Administration des chemins de fer » (Reichsamt für die Verwaltung der Reichseisenbahnen) et « Office du Trésor de l'Empire » (Reichsschatzamt). Le cercle d'attributions qui restait encore à l'Office du Chancelier de l'Em-

pire et qui avait pris de l'extension, sur certains points, par suite de la législation industrielle et commerciale de l'Empire, ne comprenait donc plus dès lors que les affaires que l'on rattache traditionnellement au ressort du ministère de l'intérieur; c'est pourquoi le décret du 24 décembre 1889 (Bull. des lois, p. 321) en changea le nom désormais inexact, en celui d' « Office impérial de l'Intérieur » (Reichsamt des Innern).

Le résultat de ces transformations a été une modification assez profonde du système des autorités. La Confédération de l'Allemagne du Nord n'avait, au commencement, qu'une seule autorité administrative supérieure dont le chef direct était le Chancelier fédéral lui-même (Les ministères des Affaires étrangères et de la Marine étaient alors des autorités prussiennes); maintenant il existe, pour les divers groupes d'attributions, un certain nombre d'autorités administratives supérieures, complètement séparées et indépendantes les unes des autres, et dont chacune a un chef spécial qui, dans la plupart, porte le titre de secrétaire d'État. Ces autorités supérieures de l'Empire correspondent pour leurs fonctions aux ministères de certains autres États et ne s'en distinguent que sur un point : le Chancelier de l'Empire a autorité sur elles toutes, comme une sorte de ministre supérieur. Actuellement les autorités administratives de l'Empire sont groupées comme il suit :

I. — *L'Office de l'Intérieur* (Reichsamt des Innern). Il se compose de deux sections dont l'une porte toujours le nom qu'elle avait, au temps de la Confédération de l'Allemagne du Nord, c'est la « Section centrale »; l'autre s'intitule « Section des affaires d'économie politique » (wirthschaftlich); elle est chargée de la préparation des lois dans le domaine de l'économie politique intérieure, et principalement

des assurances ouvrières, de la législation industrielle, de l'assistance publique, des affaires relatives à la « libre circulation » (*Freizügigkeit*) et, des charges croissantes qui résultent de l'application des lois relatives à ces matières. La Section centrale est la continuation proprement dite de l'ancien Office du Chancelier fédéral et, à ce titre, elle s'occupe subsidiairement de toutes les affaires qui n'ont pas été assignées à un autre Office d'Empire.

A l'Office de l'Intérieur ressortissent les Offices spéciaux suivants :

1° *L'Office statistique* (1) (*Statistisches Amt*). L'origine de cet office est dans le « Bureau central » du Zollverein qui commença à fonctionner en 1834 et que la première conférence douanière générale chargea, en 1836, d'établir une statistique du mouvement commercial dans les limites du Zollverein (2). Comme ni l'organisation ni les travaux de ce Bureau central ne suffisaient aux besoins nouveaux dans le domaine de la statistique, une ordonnance du Bundesrath douanier, du 2 juin 1869, fit se réunir, en janvier 1870, une Commission chargée de présenter des propositions pour une organisation plus large du service de statistique du Zollverein. Sur l'avis (3) exprimé par cette Commission et sur un rapport de la Commission des Douanes et Impôts et de la Commission du Commerce du Bundesrath, rapport déposé le 14 nov. 1871 (4) et appuyant les conclusions de la commission spéciale, le Bundesrath décida l'institution d'un organe central de statistique de l'Empire

(1) Cf. sur la statistique de l'Empire allemand les excellentes dissertations de *Meitzen*, v. *Holtzendorff's Jahrb. des Deutschen Reiches* I, p. 527 ss. ; II, p. 277 à 317 et surtout III, p. 375-412 ; en outre v. *Mayr*, *Statistik und Gesellschaftslehre* 1895, p. 146 ss.

(2) Hauptprotokoll, § 19.

(3) Cf. *Hirth's Annalen*, 1870, p. 21 ss. et surtout 1872, p. 69 ss.

(4) Imprimés du Bundesrath, 1871, n° 170.

allemand qui remplacerait l'ancien Bureau central et serait chargé du traitement technique et scientifique des documents recueillis et de l'examen des questions de statistique (1).

En même temps qu'un projet de budget supplémentaire pour 1872, on présenta au Reichstag un « Mémoire concernant le budget de l'Office statistique », dans lequel le rôle dévolu à cet Office était exposé plus en détail (2). Après que le Reichstag eut approuvé ces projets et accordé à demeure les ressources nécessaires, par la loi de budget supplémentaire du 20 juin 1872, chapitre I, titre 6 (3), l'Office statistique commença à fonctionner, le 21 juillet 1872.

Le Règlement de cet Office dont une décision du Bundesrath, à la date du 9 mars 1872 (Protocole §57), avait confié la publication au Chancelier de l'Empire, est du 23 juin 1872 (4). Les attributions qui y sont assignées à l'Office statistique sont de deux sortes : il doit d'abord amasser, examiner, étudier scientifiquement les documents fournis pour la statistique de l'Empire et au besoin publier les résultats de ses travaux ; il doit enfin, sur initiative de l'Office du Chancelier, former des exposés statistiques et donner son avis sur toutes questions de ce genre.

Pour simplifier ses opérations, l'Office statistique est autorisé à communiquer directement avec les autorités centrales statistiques des États confédérés ou, s'il n'y en a pas, avec les autorités de ces États qui lui envoient des renseignements directs (5).

Depuis le 1^{er} avril 1892, il existe, à côté de l'Office

(1) Protocoles 1871, § 643, chiffre 10, p. 304.

(2) Imprimés du Reichstag 1872, n° 8. Il y en a un extrait dans les *Hirth's Annalen* 1872, p. 1547 ss.

(3) Bull. des lois 1872, p. 206.

(4) Cf. *Meitzen*, dans le *Jahrbuch des Deutschen Reichs* III, p. 380.

(5) Cf. *Bundesrathisprotokoll* 1873.

statistique, une Commission de statistique ouvrière qui l'assiste dans les constatations statistiques, nécessaires pour la préparation et l'application des lois relatives à la situation des ouvriers dans l'industrie (titre 7 de la loi industrielle). Cette Commission doit, sur l'invitation du Bundesrath ou du Chancelier de l'Empire, émettre des avis sur l'utilité de certaines constatations statistiques, sur la façon d'y procéder ou de les étudier, sur leurs résultats ; elle a aussi pour mission de soumettre au Chancelier de l'Empire toutes propositions relatives à l'utilité de procéder à des constatations de ce genre et aux moyens de les faire. La Commission se compose d'un président, nommé par le Chancelier, et de 14 membres, dont 6 élus par le Bundesrath, 7 par le Reichstag et un autre pris par le Chancelier parmi les fonctionnaires de l'Office statistique.

Les membres nommés par le Chancelier le sont pour 5 ans, les membres élus le sont pour la durée de la législature. Le Règlement portant sur l'organisation et le fonctionnement de cette Commission, du 29 janvier 1894, a été publié au Moniteur central de l'Empire 1894, p. 19.

2^o *Commission d'étalonnage des poids et mesures.* La base légale de cette autorité est dans l'art. XVIII de la loi des poids et mesures du 17 août 1868 (Bull. des lois fédérales, p. 476). En application de cette loi, l'autorité d'Empire en question fut instituée le 16 février 1869 (1) et le Chancelier lui donna ses instructions le 21 juillet 1869 (2). Sur les attributions légales de la Commission d'étalonnage, voir l'exposition de la législation des poids et mesures, § 77.

(1) Notification du Chancelier fédéral (Bull. des lois fédérales 1869, p. 46).

(2) Elles ont été reproduites dans le « Ministerialblatt der inneren Verwaltung » de Prusse, p. 171.

La Bavière est formellement laissée en dehors du cercle d'action de la Commission d'étalonnage des poids et mesures; on a maintenu pour cet État une Commission d'étalonnage particulière (1).

Lorsqu'on eut, en vertu de la loi du 11 juillet 1884 (Bull. des lois de l'Empire, p. 115), procédé à une révision complète des ordonnances rendues en application de la loi des poids et mesures et établi ainsi pour longtemps sans doute, les bases techniques du système, la Commission d'étalonnage fut réorganisée, en ce sens qu'à la place d'un savant, ce fut un fonctionnaire de l'administration active qui fut chargé de la direction (2).

Sur la proposition du directeur, le Chancelier adjoint à la Commission des membres, toujours nommés pour cinq ans, et dont les fonctions sont honorifiques et gratuites. Ils ne se réunissent avec le directeur, pour délibérer en commun, que dans des circonstances particulières; ils forment alors l'« assemblée plénière ». L'instruction du 21 juillet 1869, dont nous avons parlé, détermine l'ordre des séances de cette assemblée et les objets sur lesquels elle peut avoir à délibérer et à prendre des décisions.

3° *Etablissement physico-technique* de Berlin (Physikalisch-technische Reichsanstalt). Il est chargé de travailler à l'avancement expérimental des recherches physiques exactes et de la technique de précision; pour remplir ce double but, il est divisé en deux sections. La seconde section a, en particulier, pour attributions la vérification et le poinçonnage légal des instruments de mesure et des instruments-contrôleurs (Contrôleurs à pétrole, thermomètres, baromètres, diapasons, titre des alliages métalliques

(1) Loi d'Empire du 22 nov. 1871, § 3 (Bull. des lois, p. 397).

(2) Cf. Erläuterung zum Etatsgesetzentwurf für 1886-87, Anlage IV, p. 15.

employés dans les appareils de sûreté pour chaudières et les instruments de mesures électriques). La surveillance de l'établissement est confiée à un « curatorium » dont les membres sont nommés par l'Empereur pour cinq ans.

La loi de l'Empire du 1^{er} juin 1898 (Bull. des lois, p. 905) a chargé cet établissement du contrôle des instruments de mesure pour l'électricité.

4. *L'Office de santé* (Gesundheitsamt) (1). Il a été institué en application de la loi du budget de 1876 (Bull. des lois, p. 330). Cette autorité n'a pas de fonctions administratives à remplir; son rôle est plutôt de prêter un appui technique au Chancelier, afin qu'il exerce le droit, reconnu à l'Empire par la Constitution (art IV, chiffre 15), de surveiller et de réglementer la police sanitaire et vétérinaire. Dans ce but, les membres de l'Office de santé doivent prendre connaissance des institutions sanitaires en vigueur dans les Etats particuliers, observer les effets des mesures prises dans l'intérêt de la santé publique, fournir au besoin des renseignements aux autorités d'Etats ou de communes, et aussi dresser une statistique médicale convenable pour l'Empire allemand. Ils doivent encore suivre le développement de la législation médicale, hors d'Allemagne (2). L'Office de santé est également chargé de donner son avis technique sur toutes les questions relatives aux moyens de combattre le phylloxera. L'Office comprend une commission permanente, chargée de la rédaction du Code pharmaceutique allemand.

5^o *Office de mensuration des vaisseaux*. L'ordonnance de mensuration des vaisseaux, rendue par le Bundesrath le 5 juillet 1872 (Bull. des lois, p. 270,

(1) Cf. A. Guttstadt, Deutschlands Gesundheitswesen, Organisation und Gesetzgebung, Leipzig 1896.

(2) Mémoire joint à l'annexe 1 du budget de 1876, p. 11.

§ 2), en vertu de l'art. LIV de la Constitution de l'Empire, chargea le Chancelier de surveiller le service de mensuration des vaisseaux. Le Chancelier exerça d'abord cette surveillance au moyen d'inspecteurs qu'il désignait, après avoir entendu les Commissions de la Marine et du Commerce au Bundesrath; on forma deux circonscriptions d'inspection, comprenant, l'une les ports de la mer Baltique, l'autre les ports de la mer du Nord (1). La loi de mensuration des vaisseaux du 20 juin 1888 (Bull. des lois, p. 190, changea cette organisation et préposa au contrôle de la mensuration des vaisseaux (y compris le service de vérification des mesures) l'Office de mensuration des vaisseaux institué à Berlin le 1^{er} août 1888 (2).

6° La *Direction centrale des Monumenta Germaniae historica*, établie à Berlin, est une commission scientifique chargée de diriger la publication des sources de l'histoire allemande au moyen âge. Ses statuts ont été reconnus par décision du Bundesrath du 9 janvier 1875. Le président et le membre prévu par le budget sont nommés par l'Empereur, les autres membres sont élus par les Académies des sciences de Berlin, Vienne, et Munich, à raison de deux membres chacune.

7° *Les Commissaires de l'Empire pour le service de l'émigration*. La loi de l'Empire du 9 juin 1897 sur l'émigration (Bull. des lois, p. 463 § 41) autorise le Chancelier de l'Empire à nommer, dans les ports de mer, des commissaires pour la surveillance du service de l'émigration.

Des commissaires de ce genre ont été nommés pour Hambourg et pour Brême. C'est d'abord aux autorités d'Etat qu'il appartient de pourvoir à l'exécution des prescriptions concernant le service d'émigration.

(1) Centralblatt des Deutschen Reiches 1873, p. 35.

(2) Loi de mensuration des vaisseaux, § 22, 38, section 1.

gration ; mais le commissaire de l'Empire doit se tenir au courant de toutes les mesures et dispositions prises par les autorités, exercer un contrôle permanent sur la façon dont sont exécutées les ordonnances, passer en revue les vaisseaux d'é migrants sur le point de partir et, dès qu'il a remarqué des défauts relatives à l'espace, aux précautions sanitaires, aux provisions en vivres, aux médicaments, etc... les signaler aux autorités compétentes, insister pour qu'il y soit porté remède, et si les insistances restent sans effet, faire un rapport au Chancelier (1).

8° *Inspecteurs pour les examens de pilotes et de capitaines de vaisseaux et pour les examens des machinistes des bateaux à vapeur.* Cf. sur les attributions de ces inspecteurs le § 78.

Actuellement, il existe deux circonscriptions d'inspections de ce genre, l'une pour les examens passés à Flensbourg, Brême, Hambourg, l'autre pour les examens passés à Königsberg, Dantzig, Stettin, Rostock.

9° *Commission technique de navigation maritime.* Son rôle consiste à donner son avis ou à faire des propositions sur des améliorations à apporter à l'organisation navale. Elle se compose d'un membre de l'Office de l'Intérieur comme président, d'un représentant de l'Amirauté et de douze membres, présentés par les Etats maritimes de l'Empire et nommés pour trois ans par l'Empereur.

10° *L'Office impérial du Canal de Kiel.* Une commission a été instituée par ordonnance impériale du 17 juillet 1886 (Bull. des lois, p. 233) pour le perce-

(1) Cf. la déclaration du commissaire du Bundesrath *Michaelis* à la séance du Reichstag du 9 juin 1873 (Bull. sténog., p. 1015). Des rapports du commissaire de l'Empire sont reproduits dans les *Hirth's Annalen* 1875, p. 1107 ss ; 1877, p. 699 ; 1878, p. 461 etc... *Stoerk*, Das Reichsgesetz über das Auswanderungswesen. Berl. 1899, p. 21.

ment du canal de la mer du Nord à la Baltique et elle a, dans les limites de ses attributions et pour toute sa durée, tous les droits et toutes les obligations d'une autorité de l'Empire. Lorsque la construction du Canal fut achevée, la Commission fut congédiée et par décret du 15 juin 1895 (Bullet. des lois, p. 349), l'Office du Canal fut institué et chargé de l'administration et de la conservation du Canal.

11° *Commission scolaire de l'Empire*. Elle est chargée de dresser la liste et de contrôler l'enseignement des établissements d'instruction autorisés à délivrer les certificats d'aptitude pour le service militaire d'un an (1). La Commission se compose d'un président, nommé par le Chancelier, et de six membres (2); la Prusse, la Bavière, la Saxe et le Wurtemberg nomment chacun un membre; un membre est nommé pour deux ans, alternativement et dans cet ordre, par les Etats de Bade, Hesse, Alsace-Lorraine, Mecklembourg-Schwérin; les autres Etats nomment enfin un autre membre pour deux ans, alternativement et dans l'ordre indiqué à l'art VI de la Constitution (3). La Commission se réunit régulièrement deux fois par an.

12° A l'Office de l'Intérieur ressortissent encore, pour les affaires d'ordre administratif, un certain nombre d'autorités, qui sont, d'après leurs attributions, des autorités juridictionnelles et qui trouveront place, par conséquent, au § 43 avec les autres autorités de ce genre; ce sont, entre autres, l'Office fédéral du domicile de secours (Heimathswesen), les

(1) Décision du Bundesrath, du 21 déc. 1868 (Protocole, § 337). Les frais de la Commission furent couverts jusqu'en 1873 au moyen des fonds de disposition du Chancelier; la loi du budget de 1874 les a classés parmi les dépenses permanentes (chap. 1, titre 11).

(2) Décision du Bundesrath, du 31 janvier 1875 (Protokoll, § 68).

(3) Décision du Bundesrath, du 19 févr. 1875 (Protokoll, § 143).

Chambres de discipline, les autorités chargées de l'instruction des accidents en mer, l'Office des Brevets et l'Office impérial des assurances.

II. — *L'Office des Affaires étrangères* (Auswärtiges Amt). Dans les premiers temps qui suivirent la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord, les affaires étrangères furent administrées, comme nous l'avons dit, par le ministère prussien. Mais quand la Chambre des députés de Prusse eut décidé, lors de la discussion du budget de l'État prussien pour 1868 et une seconde fois, l'année suivante, d'inviter le gouvernement à faire porter le ministère des affaires étrangères, les ambassades et les consulats sur le budget de la Confédération, quand le Reichstag eut pris, le 17 juin 1868, une résolution dans ce sens (1), le Bundesrath approuva à son tour cette mesure et ces dépenses furent portées sur le budget fédéral de 1870 (2). Ainsi donc, le 1^{er} janvier 1870, le ministère prussien des affaires étrangères fut transformé en une autorité fédérale immédiate (3). Il ne fut pas rattaché à l'Office du Chancelier, mais il demeura indépendant et distinct de celui-ci, sous le nom d'Office des Affaires étrangères de l'Empire allemand.

Conformément à son origine, la répartition des affaires et les fonctions diverses y sont restées régies par les mêmes règles qui avaient été édictées pour le ministère prussien des affaires étrangères (4).

(1) Cf. pour les détails v. *Rönne* I, p. 320 ; *Störk* dans le *Wörterbuch* de Stengel, tome II, p. 133.

(2) Cf. les délibérations relatives à cette question dans le *Compte rendu* du Reichstag 1869, I, p. 505-519.

(3) Nominalement, ce ministère subsista à côté de celle-ci, comme autorité prussienne, mais sa compétence fut restreinte aux rapports diplomatiques entre la Prusse et les autres États confédérés. Voir *supra*, t. II, p. 25, note 1.

(4) La base de ces prescriptions, c'est l'ordonnance prussienne du

Il se divise actuellement en quatre sections. La première section traite les affaires de haute politique, les affaires ecclésiastiques, tout ce qui concerne le fonctionnement de l'Office en général (*Generalien*), tout ce qui concerne son personnel (*Personalien*), toutes les questions relatives au cérémonial, les relations entre les ambassades des autres États, les affaires de budgets et de caisse. La deuxième section s'occupe des relations commerciales, de l'émigration, des consulats. La troisième section ou section juridique, traite les affaires de Droit public ou de Droit civil, les affaires privées des Allemands à l'étranger, tout ce qui se rapporte à la justice, à la police, aux postes, à l'art et à la science, à l'Église et à l'École, les questions de frontières, les transactions avec les États étrangers. La quatrième section, ou section coloniale, s'occupe de toute l'administration des Pays de protectorat (1), y compris les autorités et les fonctionnaires; elle n'est subordonnée au Secrétaire d'Etat des Affaires étrangères qu'en tant que les affaires dont elle s'occupe touchent aux rapports avec les nations étrangères ou à la politique générale; pour le reste elle dépend directement du Chancelier de l'Empire (2).

A l'Office des Affaires étrangères ressortissent :

1° Les ambassades de l'Empire allemand à l'étranger. On distingue quatre sortes de directeurs de missions diplomatiques; ce sont, par ordre d'importance décroissante, les ambassadeurs, les envoyés, les ministres résidents et les chargés d'affaires.

27 octobre 1810 (Preuss. Gesetze, p. 1810, p. 21). Cf. v. Rönne, Preuss. Staatsrecht II, 1 p. 135 ss. et I, 2 p. 810, v. Stengel, Staatsrecht des kgr. Preussen, p. 569.

(1) Schutzgebiete qui signifie littéralement « Pays de protectorat » désigne en allemand les colonies en général (Note du traducteur).

(2) Ordonnance impériale du 12 déc. 1894.

Lorsqu'il arrive, en vertu du protocole de conclusion du 23 novembre 1870, chiffre 7 (Bull. des lois 1871, p. 24), que les envoyés bavarois sont autorisés à représenter les envoyés de l'Empire, ils sont tenus d'obéir aux instructions reçues de l'Office des Affaires étrangères et de lui rendre compte de leurs actes; mais ce pouvoir de représentation ne leur confère pas le caractère de fonctionnaires d'Empire : ils ne sont point placés au service de l'Empire, ils ne sont que gérer par intérim des affaires de l'Empire. Ils ne sont donc pas soumis à la puissance disciplinaire de l'Empire et on ne peut faire valoir leur responsabilité que par l'intermédiaire du gouvernement royal bavarois.

2° Les consulats de l'Empire. Pour leur organisation et les droits et obligations des consuls, voir plus loin, § 72.

3° Les autorités instituées dans les Pays de protectorat.

4° La Commission pour l'examen diplomatique.

5° Les établissements scientifiques de l'Empire à l'étranger, en particulier les instituts archéologiques de Rome et d'Athènes (1).

III. — *Office de la Marine de l'Empire* (Reichsmarineamt). La Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord disposait, à l'art. LIII, que la marine de guerre de la Confédération était une et que les dépenses nécessaires à la création et à l'entretien de la flotte de guerre et des établissements qui en dépendent seraient couvertes par les fonds pris dans la caisse de la Confédération; mais elle ne plaçait pas la marine de guerre sous le commandement

(1) L'Institut d'Athènes est une branche de celui de Rome. Cf. Budget de l'Office des Affaires étrangères pour 1875, p. 38. Les statuts impériaux du 9 avril 1887 pour l'Institut archéologique sont imprimés dans le Centralblatt 1987, p. 172 ss.

supérieur et sous l'administration du *Præsidium* ; elle spécifiait que la marine de guerre fédérale est placée sous le commandement supérieur prussien et que l'organisation et la composition en sont confiées à Sa Majesté le roi de Prusse qui nomme les officiers et fonctionnaires de la marine. Conformément à ces dispositions constitutionnelles, les dépenses faites par la marine de guerre furent portées au budget de la Confédération, mais il ne fut pas institué d'autorités fédérales pour le commandement supérieur ou l'administration de la marine ; les autorités prussiennes préposées à la marine restèrent en fonctions. Au temps de la fondation de la Confédération, l'organisation de la marine prussienne reposait sur un décret souverain du 16 avril 1861 (1), et sur un règlement fait par le roi du 30 avril 1861 (2). Conformément au décret du 16 avril 1861, il y avait pour la marine deux autorités séparées, l'une préposée au commandement suprême, sous le nom de « Obercommando » de la marine, l'autre à l'administration sous le nom de « Marineministerium ». Le règlement du 30 avril déterminait les rapports de ces deux autorités entre elles. Le commandant supérieur de la marine avait la même situation qu'un général en chef ; il relevait directement du roi ; il était, en même temps, inspecteur général de la marine ; il avait sous ses ordres directs et sous sa responsabilité toutes les forces maritimes en service actif ; il était, vis-à-vis du ministre de la marine, dans les mêmes rapports qu'un général en chef vis-à-vis du ministère de la guerre. Le ministre de la marine était le chef de l'adminis-

(1) Preuss. Gesetz 1861, p. 205.

(2) Preuss, Ministerialblatt der inneren Verwaltung 1861, p. 153. L'exposé qu'on trouve dans v. Rönne, Preuss. Staatsrecht II, 1 p. 144 et l'article inséré dans les Hirth's Annalen 1870. p. 188 ss. ne sont guère que des extraits de ce règlement.

tration de la marine, et il avait, à ce titre, les mêmes droits et les mêmes devoirs que le ministre de la guerre comme chef de l'administration de l'armée. Quelques établissements dépendaient, à la fois, de « l'Obercommando » et du ministère de la marine.

Cette organisation subsista jusqu'en 1871. Mais la charge de commandant supérieur de la marine étant devenue vacante et un ordre royal du 29 juillet 1870 en ayant confié les fonctions, par intérim, au ministère de la marine, un décret du 15 juillet 1871 décida que l'« Obercommando » de la marine était supprimé en tant qu'autorité distincte et que ses fonctions passaient au ministère de la marine. En même temps, le règlement du 30 avril 1861, qui suppose l'existence de deux autorités de la marine, fut remplacé par un nouveau règlement adapté à cette organisation simplifiée. Ce décret n'enleva pas au ministère de la marine son caractère d'autorité prussienne, bien que les dépenses fussent inscrites au budget de l'Empire.

Du contrôle supérieur ou de la haute direction du Chancelier de l'Empire, comme aussi de sa responsabilité, il n'en est question ni dans le décret du 15 juin 1871, ni dans le règlement ; mais le Chancelier restait, en tous cas, responsable de l'exécution stricte du budget sanctionné par loi d'Empire. La réorganisation de l'autorité supérieure de la marine, par le décret de 1871, apparaissait comme accomplie dans le budget de l'Empire pour 1872 et, en votant ce budget, le Reichstag donnait son approbation.

Si la séparation complète de l'administration fédérale et de l'administration de la marine et la remise de celle-ci aux mains d'une autorité prussienne constituaient, selon la Constitution de la Confédération du Nord, une véritable anomalie, cette institution était même inconstitutionnelle aux termes de la

Constitution impériale du 16 avril 1871. En effet, l'art. LIII ne connaît pas de commandement supérieur prussien ni d'attributions administratives du roi de Prusse ; il ne parle que de l'Empereur. Or, l'Empereur n'a qu'un ministre responsable, le Chancelier. Cette irrégularité fut corrigée par le décret du 1^{er} janvier 1872, qui ne fut adressé qu'au Chancelier de l'Empire, fut contresigné par lui et publié seulement au Bulletin des lois de l'Empire (1872, p. 5). D'après ce décret, l'autorité supérieure unique, créée pour la marine par le règlement du 15 juin 1871, continue à subsister, mais porte désormais le nom d'Amirauté impériale (Kaiserliche Admiralität), avec, pour président, un chef qui dirige l'administration, sous la responsabilité du Chancelier, et exerce le commandement supérieur, sous les ordres de l'Empereur.

Depuis ce décret, l'amirauté était une autorité d'Empire qui, à côté de l'Office du Chancelier et de l'Office des Affaires étrangères et coordonnée à ceux-ci, dépendait du Chancelier et avait un chef du rang et de la position de secrétaire d'Etat. Quant à l'organisation et à la compétence de l'Amirauté, le règlement du 15 juin 1871 restait en vigueur. Le chef de l'Amirauté réunissait en sa personne les attributions du commandement supérieur et les droits et les devoirs du chef de l'administration. Ce cumul de fonctions fut supprimé par le décret impérial du 30 mars 1889 (Bull. des lois de l'Empire, p. 47), après que les dépenses nécessitées par la séparation de l'« Obercommando » et de l'administration eurent été approuvées dans le budget de l'Empire pour 1889-90.

A l'amiral commandant qui exerce le commandement supérieur sous les ordres de l'Empereur et dont la situation correspond à celle d'un général en chef dans l'Armée, sont subordonnées toutes les autorités de commandement, inspections, établissements d'ins-

truction, corps de troupes, commandements de vaisseaux de la marine. A côté existe le cabinet de la marine, chargé d'instruire les décrets concernant le personnel des officiers, les affaires de justice et de grâce.

L'autorité supérieure d'Empire, chargée de l'administration de la marine, est l'Office de la marine de l'Empire (Reichsmarineamt), qui a sous sa dépendance les chantiers, les dépôts d'artillerie de marine et de torpilles, les intendances maritimes, les hôpitaux maritimes, les établissements d'instruction maritimes, l'Observatoire naval allemand (Deutsche Seewarte) de Hambourg (1), l'« Observatorium » de Wilhelmshaven et le « Chronometerobservatorium » de Kiel. Cf., § 105.

IV. — *Office des postes de l'Empire* (2) (Reichspostamt). Il comprend quatre sections : la première pour les postes, la deuxième pour les télégraphes, la troisième pour l'administration, la quatrième pour le personnel, les états et la comptabilité. A l'Office des postes ressortissent les 40 directions supérieures des postes et les offices des postes et des télégraphes subordonnés à ces directions, ainsi que l'Imprimerie de l'Empire (3). En ce qui concerne la Bavière et le Wurtemberg, auxquels l'art. LII de la Constitution garantit l'administration propre de leurs services postaux, la compétence de l'Office général des Postes ne s'étend qu'aux affaires relatives à la législation postale ou aux rapports avec d'autres administrations des postes.

(1) Cf. le Décret impérial du 4 févr. 1895 (Bulet. des lois, p. 151).

(2) Ordonnance impériale du 22 déc. 1875 (Bull. des lois, p. 379). La dénomination vient du décret du 23 février 1880 (Bull. des lois, p. 25).

(3) Notification du 29 juil. 1879. Centralblatt des Deutschen Reiches, p. 493.

V. — *L'Office impérial de la justice* (Reichsjustizamt). Dans la loi du budget du 27 décembre 1874 furent votés les fonds nécessaires à la création d'une quatrième section de l'Office du Chancelier. Cette section, appelée « Office impérial de la justice », devait avoir pour attributions la préparation des projets de lois entrant dans le domaine de la justice, l'appréciation des projets de lois n'entrant pas dans le domaine de la justice et nécessitant un examen du point de vue juridique, l'élaboration des dispositions relatives à l'exécution des lois de justice et la surveillance de l'exécution des lois de justice de l'Empire par les États particuliers (1). En vertu de la loi du budget du 23 décembre 1876 (dépenses, chap. VIII, a), cette section fut séparée de l'Office du Chancelier et constituée en autorité centrale indépendante. De l'Office impérial de la justice relèvent le Tribunal de l'Empire et son ministère public (Reichsanwaltschaft) et aussi le tribunal pour les affaires d'honneur des avocats.

VI. — *Office du trésor de l'Empire* (Reichsschatzamt). Le décret du 14 juillet 1879 (2) disposa que l'administration des finances de l'Empire, réunie jusque-là à l'Office du Chancelier, serait désormais dirigée par une autorité centrale particulière, subordonnée au Chancelier et appelée « Office du trésor de l'Empire ». Cet office a sous sa dépendance la Caisse principale de l'Empire, l'Administration du Trésor de guerre, les représentants de l'Empire pour le contrôle des douanes et des impôts et les contrôleurs « de station » placés au-dessous d'eux, le Bureau des comptes de douanes et impôts, la Monnaie

(1) Jusqu'à la création du ministère pour l'Alsace-Lorraine, à Strasbourg, elle eut aussi parmi ses attributions toute l'administration de la justice dans le Pays de l'Empire.

(2) Bull. des lois 1879, p. 196.

et la Commission pour les rayons de défense (Rayon-commission).

VII. — *Administration des Chemins de fer de l'Empire*. Elle dépendait, à l'origine, de l'Office du Chancelier et ressortissait à la troisième section de cet Office (section d'Alsace-Lorraine); mais le décret du 27 mai 1878 (Bull. des lois 1879, p. 193) disposa que cette administration serait dirigée par une autorité centrale, placée sur la dépendance immédiate du Chancelier. En même temps, le ministre des Travaux publics de Prusse était nommé chef de cette autorité de l'Empire; de la sorte, l'administration des Chemins de fer de l'Empire fut en étroits rapports avec l'administration des Chemins de fer prussiens. De cette autorité dépend la Direction générale des Chemins de fer d'Alsace-Lorraine, instituée à Strasbourg en vertu du décret du 9 déc. 1871 (Bull. des lois, p. 480). Pour plus de détails voir § 115.

VIII. — *Office impérial des Chemins de fer* (Reichseisenbahnamt). Par la loi du 27 juin 1873 (Bull. des lois, p. 164) il a été institué sous ce nom, à Berlin, une autorité d'Empire qui, sous la direction et la responsabilité du Chancelier, exerce les pouvoirs reconnus à l'Empire par les art. XLI à XLVII de la Constitution en ce qui concerne les Chemins de fer. Voir § 74.

On peut, en outre, instituer, en cas de besoin, des commissaires impériaux des Chemins de fer, qui reçoivent leurs instructions de l'Office des Chemins de fer. Ils ne sont envoyés que lorsque le contrôle réservé à l'Empire doit être exercé sur les lieux même.

Le président et les membres de l'Office des Chemins de fer de l'Empire, ainsi que les commissaires, sont nommés par l'Empereur; quant à la nomination des fonctionnaires subalternes et inférieurs, c'est le Chancelier qui en est chargé (§ 2, section 1 de la loi citée).

IX. — *Les autorités de la Banque de l'Empire.* (Reichsbankbehörden). La Banque de l'Empire, instituée en vertu de la loi d'Empire du 14 mars 1875 (Bull. des lois, p. 177), est une personne juridique de Droit privé, différente et indépendante du fisc de l'Empire (1). Mais le rôle qui lui est assigné « de régler la circulation monétaire sur tout le territoire de l'Empire, de faciliter les paiements, de faire fructifier les capitaux disponibles » fait en même temps partie des moyens dont dispose l'Empire pour remplir le devoir qui lui incombe, de par le Droit public, « de veiller au bien public du peuple allemand » (Introduction à la Constitution de l'Empire). Il en est de même du droit conféré à la Banque de l'Empire d'émettre des billets de banque. Les rapports entre la Banque et l'Empire sont donc de deux sortes, rapports de Droit privé, et rapports de Droit public. Les rapports de Droit privé reposent sur ce fait que le fisc de l'Empire est membre de la personne juridique qui porte le nom de Banque de l'Empire, qu'il participe au gain net de celle-ci et qu'il est fondé à la représenter et à agir en son nom. Les rapports de Droit public peuvent être désignés du nom qu'on employait autrefois en Droit public, de « souveraineté de banque » (Bankhoheit); ils consistent dans le contrôle exercé par l'Etat sur le cercle d'action et les tendances de la Banque, et dans le soin pris par lui, vis-à-vis de la Banque, des intérêts commerciaux, économiques et financiers de l'Empire. On peut encore marquer l'opposition de ces deux sortes de rapports, en disant que, dans les premiers, l'Empire a une situation juridique au sein de la personne juridique qui s'appelle Banque de

(1) Loi de banque, § 12.

l'Empire, et que, dans les seconds, il est situé au-dessus de cette personne de Droit privé.

L'Empire a, au sein de la Banque d'Empire, des droits analogues à ceux du ou des directeurs d'une société par actions; mais l'Empire, en tant que personne de Droit public, exerce sur la Banque d'Empire des droits de souveraineté qui lui appartiennent aussi vis-à-vis des banques privées (1). Cf. plus loin § 75.

Conformément à ces deux sortes de rapports entre l'Empire et la Banque de l'Empire, il existe deux autorités différentes préposées à la Banque; l'une exerce le droit de souveraineté de l'Empire, le contrôle sur la Banque, l'autre exerce le droit de membre dont jouit l'Empire à titre de Droit privé, elle dirige la Banque de l'Empire. La différence théorique de ces deux autorités et des fonctions qui leur incombent n'est quelque peu voilée que par ce fait que la même personne, à savoir le Chancelier de l'Empire, est à la tête de l'une et de l'autre.

1° *Le Conseil d'administration de la Banque* « Bankcuratorium » (2). C'est l'autorité qui exerce le droit de souveraineté publique. Elle n'a rien à faire avec la direction des affaires de la Banque et la représentation de la Banque d'Empire; elle est chargée « d'exercer sur la Banque d'Empire le contrôle que l'Empire a le droit d'exercer (3) ».

C'est le Chancelier qui préside cette autorité. Elle se compose, en outre, de 4 membres dont un est

(1) La loi de banque, § 48 ss. contient les dispositions nécessaires relativement à la surveillance exercée au nom de l'Etat par le Chancelier sur les banques privées qui émettent des billets.

(2) Sur l'ancien « Bankcuratorium » prussien cf. l'ordonnance royale du 3 nov. 1817 (Recueil des lois prussiennes, p. 295), § 5 à 8 et l'ordre de cabinet du 11 avril 1846 (Recueil des lois prussiennes, p. 153).

(3) Loi de Banque, § 25, section 1.

nommé par l'Empereur et 3 sont élus par le Bundesrath tous les deux ans. Le *Curatorium* n'est pas une autorité en activité permanente ; il ne s'assemble qu'une fois par trimestre ; il reçoit alors un rapport sur l'état de la Banque et tous les objets qui s'y rapportent et il lui est rendu un compte général de toutes les opérations et entreprises de la Banque (1).

Sur les décisions du *Curatorium*, la loi est muette. En tant que *Curatorium*, il ne peut pas prendre des arrêtés qui aient force de loi pour la direction de la Banque ; mais le Chancelier de l'Empire peut, en tant que direction de la Banque d'Empire, donner suite, quand il lui plaît et sans formalités, aux avis et aux vœux exprimés dans une séance du *Curatorium*.

Il est, d'autre part, hors de doute, que le *Curatorium* peut, lorsqu'il a remarqué dans la direction des affaires de la Banque des défauts, des inconvénients, voire même des illégalités, faire un rapport là-dessus au Bundesrath et provoquer une intervention de ce dernier conformément à l'art. VII de la Constitution. Mais il n'est pas besoin, pour cela, d'une décision formelle du *Curatorium*. Les membres élus par le Bundesrath peuvent faire part au gouvernement de l'Etat qu'ils représentent au Bundesrath des remarques dont le rapport sur la situation et les opérations de la Banque d'Empire a été pour eux l'occasion ; tout membre de la Confédération est libre ensuite de soumettre des propositions au Bundesrath, conformément à l'art VII, section 2 de la Constitution.

En tout cas, c'est bien là le but pratique du *Curatorium* : permettre aux gouvernements des Etats par-

(1) Loi de Banque, § 25, section 2.

ticuliers de jeter un coup d'œil sur la situation et les opérations de la Banque.

2°. *La Direction de la Banque* (« Bankdirectorium ») (1). La Banque de l'Empire est organisée sur le même patron que toutes les corporations et en particulier toutes les sociétés par actions.

Pour la Banque de l'Empire, cette organisation consiste en ceci que les propriétaires des parts de banque (actionnaires) forment l'assemblée générale et choisissent parmi eux le comité central (conseil de surveillance) (2), tandis que l'Empire remplit les fonctions de directeur ou de comité directeur, sous le nom de « Bankdirectorium ».

Ce *Directorium* n'est donc pas une autorité munie d'une « puissance de service » de Droit public, mais bien une représentation du fisc de l'Empire ; seulement, cette autorité diffère de toutes les autres autorités ou stations fiscales en ce qu'elle ne représente pas, devant le public, le fisc de l'Empire, directement en tant que personne de Droit privé, ni ne lui confère, à ce titre, des droits ou des obligations, mais que le fisc apparaît ici comme membre et président d'une autre personne de Droit privé, à savoir la Banque. Le *Directorium* est donc, par rapport à la Banque d'Empire, représentant du fisc de l'Empire et il a le pouvoir d'exercer tous les droits dont jouit le fisc de l'Empire, à titre de membre de la Banque ; par rapport au public, au contraire, le *Directorium* est le représentant de la Banque de l'Empire. « Le *Directorium* est l'autorité administrative et exécutrice de la

(1) Cf. la loi de banque prussienne du 5 oct. 1846, § 55 ss.

(2) Loi de banque, § 30-34 ; statut de banque du 21 mai 1875, § 16 ss. (Bull. des lois, p. 206). Le comité central élit ensuite, pour le contrôle spécial courant, trois députés et autant de suppléants. Loi de banque, § 34 ; Bankstatut, § 24.

Banque d'Empire et l'autorité qui la représente au dehors (1). »

Le *Directorium* se compose d'un président et de membres nommés à vie par l'Empereur, sur la proposition du Bundesrath. Il prend bien ses décisions à la majorité des voix, mais ce n'est pas une autorité collégiale indépendante ; « il doit, dans son administration, se conformer en toutes choses aux prescriptions et aux indications du Chancelier de l'Empire (2) ».

Le véritable directeur de la Banque de l'Empire est le Chancelier ; le *Directorium* n'est que son bureau, le personnel auxiliaire dont il se sert, en sa qualité de directeur de la Banque (3).

« Le droit qu'a l'Empire de diriger la Banque est exercé par le Chancelier (4) » et, sous son autorité par le *Directorium*.

« Le Chancelier dirige toute l'administration de la Banque dans les limites tracées par les dispositions de la loi de Banque et du statut de Banque. Il fait les règlements de service intérieur pour le *Directorium* de la Banque et pour les succursales et les instructions pour les fonctionnaires de la Banque ; il statue sur les modifications à apporter aux règlements de service et aux instructions en vigueur (5) ».

Il est donc hors de doute que la responsabilité juridique et politique de la direction générale de la Banque incombe, non pas au *Directorium*, mais au Chancelier.

(1) Loi de Banque, § 28, section 1.

(2) Loi de Banque, § 27, section 2.

(3) Le Chancelier a remplacé l'ancien « chef de la Banque de Prusse », c'est-à-dire le ministre du Commerce de Prusse. Cf. v. Rönne, Preuss. Staatsrecht II, 1, p. 149, note 3.

(4) Loi de Banque, § 26, section 1.

(5) Loi de Banque, § 26, section 1.

En cas d'empêchement du Chancelier, la direction de la Banque est confiée à un suppléant nommé pour cela par l'Empereur (1). Le Chancelier n'a donc pas le droit de se substituer quelqu'un.

Les fonctionnaires de la Banque d'Empire ont les droits et les obligations des fonctionnaires de l'Empire (2); mais, au sens strict, ils ne sont pas fonctionnaires de l'Empire; ils sont fonctionnaires d'une personne juridique différente de l'Empire qui s'appelle la Banque de l'Empire. Tout au plus pourrait-on leur donner le nom, bien équivoque, de fonctionnaires « indirects » de l'Empire, à cause des droits qu'a l'Empire sur la Banque d'Empire.

Leur vraie situation juridique apparaît clairement au point de vue financier, puisque leurs traitements, pensions et autres rétributions de service, comme aussi les pensions et les secours accordés à leur veuve ou à leurs enfants sont payés, non pas sur la Caisse de l'Empire, mais sur celle de la Banque (3).

Au *Directorium* de la Banque d'Empire ressortissent les banques succursales qui, d'après leur grandeur et l'importance de leurs opérations, se divisent en trois classes :

a) *Grandes succursales* (Reichsbankhauptstellen). Elles sont établies dans les places importantes désignées par le Bundesrath et sont placées sous la direction d'un bureau composé au moins de deux membres, et sous la surveillance d'un commissaire de Banque

(1) Loi de Banque, § 26, section 2.

(2) Loi de Banque, § 26, section 1.

(3) Loi de Banque, § 28, section 2. La même loi dit cependant que le budget des traitements et des pensions du *Directorium* est fixé, chaque année par la loi du Budget de l'Empire, et que le budget des traitements et des pensions des autres fonctionnaires est fixé sur la proposition du Chancelier, par l'Empereur de concert avec le Bundesrath, cf. l'arrêt du Reichsgericht, du 20 janv. 1896 (*Entscheidungen*, vol. 36, p. 142 ss.).

nommé par l'Empereur. Ce qui distingue ces grandes succursales c'est que, sur le modèle du Comité central et des députés de Banque, on forme, pour les constituer, des comités de circonscriptions et on nomme des adjoints (1).

b) *Succursales* (Reichsbankstellen). Elles sont directement subordonnées au *Directorium* et établies sur l'ordre du Chancelier (2).

c) *Commandites de la Banque de l'Empire* (Reichsbankcommandite) ou *agences*. Elles sont subordonnées à une autre succursale et établies par le *Directorium* (3).

§ 42. — *Les autorités financières de l'Empire indépendantes*

I. — *L'Administration des dettes de l'Empire*. Sous cette dénomination, l'« Administration principale des dettes de l'Etat prussien » est chargée de diriger les affaires en connexion avec l'administration des dettes de l'Empire, sous cette réserve cependant que « la haute direction appartient au Chancelier ». Cette disposition résulte de la loi du 19 juin 1868 sur l'administration de l'emprunt fédéral à contracter en vertu de la loi du 9 nov. 1867 (§§ 1 et 2 ; Bull. des lois, p. 339) ; elle a été ensuite répétée pour tous les emprunts (4) et toutes les émissions de Bons du Trésor. Cette autorité a même été chargée de l'établissement des Bons sur la Caisse de l'Empire par la loi du

(1) Loi de Banque, § 36 ; statut de Banque, § 27-29. Ici encore la loi de Banque prussienne de 1846, § 104-111 servit de modèle.

(2) Loi de Banque, § 37.

(3) Loi de Banque, loc. cit.

(4) En particulier dans la loi du 27 janv. 1875 (Bull. des lois, p. 18). Les anciens emprunts de la Confédération de l'Allemagne du Nord sont amortis.

30 avril 1874, § 6 (Bull. des lois, p. 41), ainsi que de la tenue du Grand-Livre de la dette de l'Empire par la loi du 31 mai 1891 (Bull. des lois, p. 321).

Le fonctionnement et la situation juridique de l'« Administration des dettes de l'Empire » sont réglés par la loi prussienne du 24 février 1850 (recueil des lois prussiennes, p. 57). Le § 6 de cette loi dispose que, pour un certain nombre des affaires les plus importantes qui lui incombent, l'« Administration principale des dettes de l'État » est « absolument responsable » ; sous tous les autres rapports elle est tenue de se conformer aux ordres et aux indications du ministre des finances (1). Le directeur et les membres de l'Administration principale des dettes de l'État doivent, avant d'entrer en fonctions, s'engager par serment devant le Tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgerichts) en séance publique à ne pas se laisser détourner de l'accomplissement de leurs devoirs et des obligations où est engagée leur responsabilité par aucun ordre et aucune prescription d'aucune espèce (2).

Pour l'« Administration des dettes de l'Empire » le Chancelier a pris la place du ministre des finances de Prusse ; mais au cercle d'affaires énumérées au § 6 on a encore ajouté ceci qu'il ne peut être procédé à une conversion des obligations qu'en vertu d'une loi et lorsque les fonds qui seraient nécessaires ont été votés (3).

Le directeur et les membres de l'« Administration

(1) Cf. v. Rönne, Preuss. Staatsrecht I, 1 p. 449 ss.

(2) Loi prussienne du 24 févr. 1850, § 9 (recueil des lois, p. 59). D'après cette loi le serment devait être prêté devant le Tribunal suprême (Obertribunal) ; la loi, prussienne l'a, en exécution des lois de justice de l'Empire du 29 janvier 1879, remplacé par le Tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgericht).

(3) Loi du 19 juin 1868, § 1.

principale des dettes de l'Etat » doivent déclarer, sous forme de procès-verbal, que le serment prêté par eux, en exécution du § 9 de la loi prussienne, les lie aussi en ce qui concerne l'administration des dettes de l'Empire (1).

Ainsi donc, d'une part, les dispositions légales dont nous venons de parler ont conféré à l'Administration des dettes de l'Empire, en ce qui concerne les affaires de sa compétence, une indépendance que n'ont pas les autres autorités administratives vis-à-vis du Chancelier, puisqu'elle peut ne pas donner suite aux ordres du Chancelier qui ne sont pas conformes aux prescriptions légales; d'autre part la responsabilité du Chancelier se trouve écartée partout où s'étend la responsabilité propre et absolue de l'Administration des dettes de l'Empire.

La position de cette autorité financière vis-à-vis du Chancelier est donc différente et de celle des autorités administratives et de celle des autorités judiciaires. Sur la direction des affaires confiées aux autorités administratives le Chancelier a plein pouvoir de statuer, ces autorités sont juridiquement ses bureaux; sur la gestion des affaires confiées aux autorités judiciaires le Chancelier n'a aucune influence, elles statuent librement et suivant les prescriptions des lois. L'Administration des dettes de l'Empire est, au contraire, sous la « haute direction » du Chancelier et peut, par conséquent, recevoir de lui des avis qu'elle est tenue de suivre; mais elle a le droit et le devoir de juger librement et de sa propre autorité si l'ordre du Chancelier est en harmonie avec les prescriptions des lois.

II. — *L'Administration de la Caisse des invalides de l'Empire.* La loi du 23 mai 1873 (Bull. des lois,

(1) Loi du 19 juin 1868, § 3.

p. 117) qui établissait une caisse des invalides au capital de 187 millions de thalers ordonna, pour l'administrer, la création d'une autorité (§ 11) « qui serait séparée et indépendante de l'administration générale des finances mais soumise cependant à la haute direction du Chancelier autant du moins que cela serait compatible avec l'indépendance que lui accordait le § 12 de cette loi ». Il est dit dans ce § 12 que le président et les membres de l'Administration de la Caisse des invalides sont absolument responsables du placement, des comptes et de l'administration des fonds de cette Caisse et qu'ils doivent, avant leur entrée en fonctions, s'engager par serment devant le Tribunal d'Empire en séance publique (1) « à ne pas se laisser détourner de l'accomplissement des devoirs qui leur incombent sous leur responsabilité personnelle par aucun ordre et aucune prescription d'aucune sorte ».

La loi du 23 mai 1873 s'appuie donc tout à fait sur les mêmes principes qui ont été sanctionnés par la loi prussienne du 23 février 1850; et on a donné à l'Administration de la Caisse des invalides une situation tout à fait semblable à celle de l'Administration des dettes de l'Empire. La « haute direction » autorise le Chancelier à prendre des arrêtés et des dispositions que l'Administration de la Caisse des invalides est tenue de suivre (2); mais la « responsabilité absolue » autorise et oblige cette Administration à vérifier d'elle-même et librement si les ordres émanés du Chancelier sont compatibles avec les disposi-

(1) La loi d'Empire du 16 juin 1879, § 1 (Bull. des lois, p. 157) a mis ici le Tribunal d'Empire à la place du Tribunal supérieur de commerce de l'Empire.

(2) Des cas de ce genre résultent même du § 5 et du § 8 de cette loi du 23 mai 1873; et aussi du § 10, section 2; § 11, 12, 13, 14, section 3 du règlement du 11 juin 1874 (Bull. des lois, p. 104).

tions légales qui règlent le placement, les comptes et l'administration de la Caisse des invalides. Ce n'est que dans le cas où la réponse à cette question est affirmative que les ordres du Chancelier doivent être exécutés par l'Administration de la Caisse des invalides. Il suit de là aussi que le Chancelier n'est responsable de l'administration de cette Caisse que dans les mêmes limites où il est responsable de l'administration des dettes de l'Empire.

Conformément à cette indépendance de l'Administration de la Caisse des invalides, le système collégial s'applique régulièrement aux décisions de cette autorité, c'est-à-dire qu'elles sont prises à la majorité des voix et que la voix du président n'est prépondérante qu'en cas de partage des voix (1).

Le président est nommé à vie par l'Empereur. Son emploi est un emploi professionnel payé et il lui est interdit d'accepter d'autres fonctions à côté, ou des occupations accessoires rémunérées. Les membres sont élus pour trois ans par le Bundesrath; ce sont des membres du Bundesrath qui, outre leur mandat, remplissent ces fonctions supplémentaires payées (2). Le président nomme les membres du bureau.

Les instructions réglementaires qui, d'après le § 11 de la loi, devaient être rédigées par le Chancelier de concert avec le Bundesrath et publiées au Bulletin des lois, ont été publiées le 11 juillet 1874 (Bull. des lois, p. 104 ss.).

L'indépendance de cette autorité, vis-à-vis du Chancelier, apparaît encore dans ce fait que le président dispose, conformément au budget spécial, des sommes votées par la loi du budget pour l'ad-

(1) Loi, § 11, section 2. Cf. règlement, § 4.

(2) Cf. Budget pour 1874, annexe XIV, pour 1887, chapitre LXXVII des dépenses.

ministration de la Caisse des invalides (1), c'est-à-dire qu'il ordonnance tous les paiements à faire sur ces sommes et qu'il y a lieu d'en tenir une comptabilité spéciale qui incombe à la Caisse principale de l'Empire (2).

Outre la Caisse des invalides, cette autorité a administré aussi la Caisse pour construction de forteresses (3) et la Caisse pour construction du palais du Reichstag (4).

Pour remplir ses fonctions cette autorité se sert de la Trésorerie de la Caisse des invalides, composée du Trésorier et du Teneur de livres. Les attributions de la Trésorerie sont réglées par une instruction que l'Administration de la Caisse des invalides a reçu pouvoir de rédiger sous l'assentiment préalable du Chancelier (5).

Pour le reste, l'Administration de la Caisse des invalides doit, d'après la loi d'Empire du 23 mai 1873, recourir à l'intermédiaire de la Caisse principale de l'Empire ou à l'intermédiaire de maisons de banque désignées par le Chancelier de concert avec le Bundesrath (6).

(1) Règlement du 11 juin 1874, § 10.

(2) « Il lui est remis chaque année, comme base pour la comptabilité et la reddition des comptes, un état spécial des frais et dépenses d'administration établi d'après le budget de l'Empire et ses subdivisions et ratifié par l'Empereur. » Règlement, loc. cit.

(3) Loi du 30 mai 1873, art. III (Bull. des lois, p. 123).

(4) Loi du 8 juillet 1873, § 1, section 2 (Bull. des lois, p. 217, 218).

(5) Règlement, § 8.

(6) Loi du 23 mai 1873, § 5, 7. Les maisons de Banque désignées à l'origine par le Chancelier sont : la Banque prussienne (Banque d'Empire), la Banque maritime (Seehandlung) et la Banque royale de Bavière à Nuremberg. — Procès-verbal du Bundesrath 1873, § 620. — Cf. *Wagner*, v. *Holtzendorff's Jahrb.* III, p. 139 ss. Mais plusieurs autres ont été ajoutées dans la suite. Procès-verbal du Bundesrath 1874, § 467, 495.

III. — *Commissions des dettes de l'Empire.* Cette autorité est également constituée sur le modèle de la Commission (prussienne) des dettes de l'Etat (1). Elle a été introduite dans l'organisme de l'Empire par la loi du 19 juin 1868. Elle se compose de trois membres du Bundesrath (le président et deux membres de la Commission de Comptabilité), de trois membres du Reichstag et du chef-président de la Cour des Comptes (2).

Le Bundesrath élit les membres qu'il y députe à chaque session, parce que, en effet, les commissions du Bundesrath se constituent à nouveau pour chaque session ; les membres nommés au Reichstag sont élus pour trois ans, conformément à la durée primitive des législatures du Reichstag (3).

Comme on le voit déjà par sa composition, cette Commission est libre et indépendante, et elle n'est subordonnée à aucune autorité d'Empire sous quelque rapport que ce soit. Ce n'est que vis-à-vis du Bundesrath et du Reichstag qu'elle a des obligations et une responsabilité (4). Ses décisions se prennent donc aussi suivant le système collégial, c'est-à-dire à la majorité des voix ; pour qu'elles soient valables, il doit y avoir cinq membres présents au moins ; la présidence revient au président de la Commission de comptabilité au Bundesrath et en cas d'empêchement de ce dernier à un autre membre de la Commission faisant partie du Bundesrath (5).

La Commission des dettes de l'Empire est chargée d'exercer une surveillance :

(1) Cf. la loi prussienne du 24 févr. 1850, § 1.

(2) Loi du 19 juin 1868, § 4.

(3) Loi du 19 juin 1868, § 5. Cf. la loi prussienne du 24 févr. 1850, § 11.

(4) Loi du 19 juin 1868, § 7, comparée à la loi prussienne du 24 février 1850, § 1.

(5) Loi du 19 juin 1868, § 6.

1° sur l'administration des dettes de l'Empire (1);
2° sur l'administration du Trésor de guerre de l'Empire (2).

3° sur l'administration de la Caisse des invalides de l'Empire (3) ainsi que sur celle de la Caisse pour construction de forteresses, et de la Caisse pour construction du palais du Reichstag (4), tant que les fonds n'en avaient pas été totalement employés ;

4° sur la fabrication et la mise en circulation, le retrait et la destruction des billets de banque (5) et des Bons sur la Caisse de l'Empire (6).

Outre ce contrôle permanent sur les administrations énumérées et les fonctions dont elle est investie pour l'exercer (7), la Commission des dettes de l'Empire doit chaque année, lors de la réunion régulière du Reichstag, faire un rapport sur ses actes et sur les résultats des administrations placées sous sa surveillance pendant l'année écoulée (8).

IV. — *Cour des Comptes de l'Empire allemand.* (Rechnungshof) à Potsdam. Le contrôle des comptes publics de la Confédération de l'Allemagne du Nord fut donné par la loi du 4 juillet 1868 (Bull. des lois fédérales, p. 433), pour les années 1867-1869, à la Chambre des Comptes prussienne (Oberrechnungskammer) sous la dénomination de « Cour des Comptes de la

(1) Loi du 19 juin 1868 § 1 et 4 comparée à la loi prussienne du 24 février 1850, § 1 section 2 et § 14.

(2) Loi du 11 nov. 1871, § 3. Ordonnance du 22 janvier 1874, § 15.

(3) Loi du 23 mai 1873, § 13.

(4) Loi du 30 mai 1873, art. III, et loi du 8 juillet 1873, § 1.

(5) Loi de Banque du 14 mars 1875, § 16. Pour cette attribution, il est adjoint à la Commission un membre nommé par l'Empereur.

(6) Loi du 30 avril 1874, § 7.

(7) Par exemple sa participation au retrait ou à la mise en circulation des obligations acquises à la Caisse des invalides de l'Empire.

(8) Loi prussienne du 24 février 1850, § 15. Loi du 11 novembre 1871, § 3, section 3. Loi du 23 mai 1873, § 14. Cf. tome I^{er}, § 33.

Confédération de l'Allemagne du Nord » ; la loi prévoyait une augmentation du nombre des membres proportionnée aux nouvelles fonctions de cette Cour et disposait que les nouveaux membres seraient élus par le Bundesrath et investis de leurs fonctions par le *Præsidium* fédéral. Le droit de reviser les comptes passait de la Prusse à la Confédération. Suivant le § 3 de la loi citée la Chambre des Comptes exerce le contrôle du budget fédéral selon les mêmes prescriptions qui sont actuellement (1868) en vigueur pour ses fonctions de Chambre des Comptes prussienne. « Les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'elle a en cette qualité vis-à-vis des autorités et des fonctionnaires prussiens, elle les a aussi, en tant que Cour des Comptes de la Confédération, vis-à-vis des autorités et des fonctionnaires fédéraux. »

Le Chancelier fédéral, de concert avec le Bundesrath, donne à la Chambre des Comptes les instructions qu'elle a à suivre en tant que Cour des Comptes de la Confédération (§ 5 de la loi citée).

Les dispositions de la loi du 4 juillet 1868 ont été ensuite répétées d'année en année (1) ; la dénomination a été modifiée et est devenue celle-ci : Cour des Comptes de l'Empire allemand.

Cependant, lorsqu'une loi prussienne du 27 mars 1872 sur la Chambre des Comptes a été votée (2), les dispositions de cette loi ont pris la place des prescriptions anciennes contenues au § 3 de la loi du 4 juillet 1868 (3). Une instruction en harmonie avec ces nouvelles dispositions a été publiée le 5 mars 1875 par le Chancelier de l'Empire (4).

(1) Lois du 11 mars 1870, 28 octobre 1881, 5 juillet 1872, 22 juin 1873, 11 fév. 1875 etc...

(2) Recueil des lois prussiennes 1872, p. 278 ss.

(3) Loi de l'Empire du 11 fév. 1875 (Bull. des lois de l'Empire, p. 61).

(4) Reproduite dans le « Centralblatt für das Deutsche Reich » 1875,

La situation juridique de la Cour des Comptes dans l'organisme des autorités de l'Empire peut donc se déterminer par analogie d'après les dispositions que porte la loi prussienne du 27 mars 1872. Le § 1 de cette loi caractérise la Chambre des Comptes comme une autorité directement subordonnée au roi et indépendante vis-à-vis des ministres. Par conséquent la Cour des Comptes n'est pas sous la « haute direction » du Chancelier de l'Empire ; elle est indépendante vis-à-vis de lui et soumise seulement à l'Empereur directement.

En ce qui concerne la vérification des comptes généraux à présenter au Reichstag et les observations qu'elle doit formuler sur ces comptes, la Cour des Comptes est, conformément au § 18, « personnellement et absolument responsable » ; c'est-à-dire que le Chancelier n'est pas responsable des actes de la Cour des Comptes.

La Cour des Comptes a donc, vis-à-vis du Chancelier et des autres autorités de l'Empire, une position aussi indépendante que celle d'une haute Cour de justice.

Comme garantie de cette situation, les membres de la Cour des Comptes ne sont point soumis aux prescriptions de la loi des fonctionnaires d'Empire du 31 mars 1873 (1), en ce qui concerne le déplacement, la mise en non-activité provisoire ou forcée, les punitions disciplinaires et la suspension d'emploi ; ils sont assimilés aux fonctionnaires de la justice (2).

Au point de vue financier aussi, la Cour des Comptes est complètement indépendante des auto-

p. 157, ss. Cette instruction a supprimé l'ancienne instruction de la Cour des Comptes de la Confédération portant la date du 28 mai 1869 (§ 40).

(1) Loi des fonctionnaires de l'Empire, § 158.

(2) Loi prussienne, du 27 mars 1872, § 5.

rités administratives : le Président de la Cour des Comptes administre les fonds, immeubles, bâtiments, objets d'inventaire, matériel nécessaire au service de la Cour des Comptes et il représente le fisc dans tous les actes et procès relatifs à cette administration (1).

Le fonctionnement de la Cour des Comptes est réglé suivant le système collégial. La voix du président n'est prépondérante qu'en cas de partage des voix. Mais la revision et vérification des Comptes particuliers est répartie autant que possible de façon égale et durable entre les fonctionnaires ; le cercle d'action de chaque « conseiller de département » (Departementsrath) est limité à des branches spéciales de l'administration, et celui des « fonctionnaires-réviseurs » (Revisionsbeamten) selon les circonscriptions ou les matières ; autant que possible aucun fonctionnaire-réviseur n'est employé dans deux bureaux différents et on évite de le faire passer d'une branche d'affaires à une autre (2).

Pour toutes les affaires de quelque importance la délibération et la décision en assemblée générale sont ordonnées, soit par la loi prussienne du 27 mars 1872, § 8 (3), soit par l'instruction du 5 mars 1875, § 8 (4). C'est-à-dire que l'assemblée tient des séances régulières auxquelles les membres sont tenus d'assister. Le vote a lieu dans l'ordre d'ancienneté, le plus jeune membre votant le premier et le président le dernier. En cas de divergence d'opinion,

(1) Instruction du 5 mars 1875, § 18 (Centralblatt, p. 160).

(2) Instruction, § 3.

(3) Ainsi pour les rapports à l'Empereur, au Bundesrath et au Reichstag, pour établissement ou modification de statuts généraux ou d'instructions, pour avis à donner sur des mesures prises par les autorités administratives supérieures.

(4) Les cas y sont groupés sous cinq numéros de compréhension très large. Ce n'est complet que si l'on en rapproche le § 15 de l'Instruction

l'assemblée (*Collegium*) statue sur la position des questions, comme aussi sur le résultat du vote. Si les voix sont partagées, la minorité ou les membres de la minorité sont libres d'indiquer, par écrit, les motifs de leur divergence d'opinion et de joindre cet écrit aux actes en question (1). Le président a le droit de mettre, pour un temps, opposition à l'exécution d'une décision de l'assemblée, mais en ce cas, il doit, dans un délai de 14 jours, à compter de la première délibération, soumettre l'affaire à une nouvelle délibération et à un nouveau vote et en avertir les membres de l'assemblée trois jours au moins avant cette deuxième séance. Cette nouvelle décision prise, il faut s'en tenir là (2).

La Cour des Comptes a pour attributions de vérifier et d'établir les comptes qui concernent les objets suivants :

- 1° Ensemble du budget de l'Empire allemand (3).
- 2° Augmentation ou diminution du domaine de l'Empire.
- 3° Administration des dettes de l'Empire (4).
- 4° Administration de la Caisse des invalides de l'Empire (y compris la Caisse pour les fortifications et la Caisse pour la construction du Palais du Reichstag) (5).
- 5° Administration du Trésor de guerre de l'Empire (6).

(1) Instruction, § 7.

(2) Instruction, § 16.

(3) Cf. les lois citées ci-dessus, p. 73, note 1 et la discussion plus loin à l'exposé du droit financier (§ 132).

(4) Loi d'Empire du 4 juillet 1868, § 1 (Bull. des lois fédérales, p. 433). Loi prussienne du 27 mars 1872, §§ 1 et 10.

(5) Loi d'Empire du 23 mai 1873, § 14 (Bull. des lois de l'Empire, p. 122). Instruction du 11 juin 1874, § 15, 16 (Bull. des lois de l'Empire, p. 107).

(6) Ordonnance du 22 janv. 1874, § 16 (Bull. des lois, p. 12).

6° Administration de la banque de l'Empire (1).

7° Ensemble du budget d'Alsace-Lorraine (2) et contrôle des comptes de l'administration de la Caisse des dépôts et consignations en Alsace-Lorraine (3).

8° Budget et administration financière des colonies.

L'étude des différents sens dans lesquels la Cour des Comptes a à procéder à ces vérifications, des moyens dont elle dispose pour exercer son contrôle, et de la portée juridique des décisions qu'elle prend, trouvera sa place dans l'exposé spécial du droit financier. Cf. § 132.

§ 43. — *Les autorités juridictionnelles de l'Empire.*

La caractéristique essentielle des autorités juridictionnelles n'est point dans la position assurée de leurs membres contre la destitution, la mise en non-activité, le déplacement, les mesures disciplinaires, etc., mais bien dans l'indépendance de leurs décisions vis-à-vis d'ordres émanés des autorités supérieures, en particulier du Chancelier, dans leur droit et leur devoir de prononcer leurs décisions selon leur opinion personnelle sur l'affaire et leur persuasion juridique, et enfin par conséquent dans la non-responsabilité complète du Chancelier en ce qui concerne le contenu de ces décisions (4). La po-

(1) Loi d'Empire du 14 mars 1875, § 29 (Bull. des lois, p. 185).

(2) Lois pour l'Alsace-Lorraine de déc. 1871, § 20 (Bull. des lois 1872, p. 55) et du 6 octobre 1873 (Bull. des lois, p. 261). Loi de l'Empire du 11 févr. 1875 (Bull. des lois, p. 61).

(3) Loi pour l'Alsace-Lorraine du 4 nov. 1872, § 3 (Bull. des lois, p. 766) et du 24 mars 1886, § 8 (Bull. des lois pour l'Alsace-Lorraine, p. 53).

(4) Voir plus haut, t. II, p. 19.

sition plus indépendante des fonctionnaires de cette catégorie n'est qu'un moyen pour garantir l'indépendance des autorités juridictionnelles dans l'exercice de leurs fonctions; mais cette position n'est nullement essentielle ni indispensable; nombre d'autorités appelées à juger ne se composent pas de fonctionnaires juridictionnels. Les autorités juridictionnelles ne sont pas non plus nécessairement cantonnées dans le domaine de la justice proprement dite; on peut distinguer trois catégories de ces autorités: tribunaux de justice civile, tribunaux disciplinaires, tribunaux administratifs.

1. — *Tribunaux de justice civile de l'Empire.*

1° *Le Tribunal d'Empire (Reichsgericht).* Lorsque en 1869 on présenta au Reichstag une loi qui déclarait lois fédérales la loi sur les lettres de change et le Code de commerce allemand et qu'on voulut protéger ces lois contre les modifications opérées par les législations particulières, on s'aperçut qu'il était nécessaire d'établir une Cour de justice suprême et commune pour les affaires de change et de commerce « afin de parer au danger d'un développement divergent du droit unitaire dans la pratique et la jurisprudence (1) ».

Sur la proposition du gouvernement royal saxon, on décida donc d'instituer, pour la Confédération, une Cour supérieure de justice qui, en matière de commerce et de change, remplacerait les Cours supérieures des États particuliers (2).

(1) Délibérations du Reichstag 1869, annexes, p. 250. Cf. aussi la déclaration du fondé de pouvoirs au Bundesrath *Pape* dans la séance du Reichstag du 10 avril 1869. Comptes rendus sténogr., I, p. 285 s.

(2) Sur l'histoire de cette proposition, cf. *Goldschmit*, Handbuch des

Ce projet fut aussitôt réalisé par la loi fédérale du 12 juin 1869 (Bull. des lois fédérales, p. 201) qui ordonnait l'institution de cette Cour de justice à Leipzig et contenait les dispositions nécessaires relativement à son organisation et à sa compétence. L'ordonnance du 22 juin 1870 (Bull. des lois fédérales, p. 418) fixa au 5 août 1870 son entrée en activité.

Lors de l'accession des Etats du Sud à la Confédération, la loi fut étendue à l'Allemagne du Sud ; à la Bavière par une loi du 22 avril 1871, § 5 (Bull. des lois, p. 89). A partir du 2 septembre 1871, la cour de justice prit le nom de Tribunal supérieur de commerce de l'Empire (Reichsoberhandelsgericht) en exécution d'une disposition contenue dans la loi d'Empire du 16 avril 1871, § 2, section 2 (1).

La compétence du Tribunal supérieur de commerce, qui ne comprenait, à l'origine, que les litiges de Droit civil relatifs à des affaires commerciales, n'a cessé d'être élargie par un grand nombre de lois de l'Empire (2) ; il a pris aussi comme Cour suprême en

Handelsrechts, tome I, 2^e édit., p. 147, 148 et *Behrend*, dans sa *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen III*, p. 200 ss. — Le projet de loi élaboré sur la proposition du gouvernement saxon par le conseiller à la Cour suprême Tauchnitz fut présenté, accompagné des motifs, le 23 février 1869 au Bundesrath. La Commission de la Justice conseilla le vote de cette loi dans un rapport du 22 mars 1869 et le Bundesrath se rangea à son avis. Lorsque le Reichstag eut également accepté le projet de loi avec quelques modifications (voir les débats dans les comptes rendus sténogr. du Reichstag de 1869, I, p. 285 ss. ; II, p. 784 ss., 983 ss.), le Bundesrath le sanctionna à une majorité des deux tiers, détail important, puisque cette loi entraînait une extension de la compétence de la Confédération.

(1) La décision plénière du 2 sept. 1871, est rapportée dans les « Décisions du Tribunal supérieur de Commerce » II, p. 448.

(2) Par les lois d'Empire suivantes : Loi du 1^{er} juin 1870, sur la suppression des lois de flottage, § 2, section 3 (Bull. des lois, p. 313) ; loi du 11 juin 1870, sur le droit d'auteur, § 32 (Bull. des lois, p. 346) ; loi du 22 avril 1871, § 3 (Bull. des lois, p. 88) relative à la juridiction

Alsace-Lorraine la place de la Cour de Cassation de Paris(1).

Par suite de l'introduction des lois de justice de l'Empire a cessé d'exister le Tribunal supérieur de commerce. L'Empire exerce, par le Tribunal d'Empire (Reichsgericht) établi à Leipzig, le droit de juridiction ordinaire, en dernière instance, en matière civile comme en matière pénale, conformément à la loi de Constitution judiciaire (2).

Dans ce Tribunal sont formés des sénats civils et des sénats criminels en nombre fixé par le Chancelier de l'Empire (3); naturellement ce droit est limité du côté financier par les dispositions du budget de l'Empire. Le président, les présidents de sénats et les conseillers sont nommés par l'Empereur sur la proposition du Bundesrath; ne peuvent être nommés membres du Tribunal que les personnes qui ont été reconnues aptes aux fonctions de juge dans un Etat confédéré et qui ont atteint l'âge de 35 ans révolus (4). Pour la compétence et l'organisa-

consulaire; loi sur la responsabilité (Haftpflichtgesetz) du 7 juin 1871, § 10 (Bull. des lois, p. 209); loi des fonctionnaires de l'Empire, 31 mars 1873, § 149 ss., 153 ss. (Bull. des lois, p. 88, 89); loi du 17 mai 1873, relative au droit d'épaves, § 44 (Bull. des lois, p. 82); loi sur la protection des marques de fabrique, 30 nov. 1874, § 19 (Bull. des lois, p. 146); loi de Banque du 14 mars 1875, § 50 (Bull. des lois, p. 193); loi protégeant les brevets d'invention, 23 mai 1877, § 32, 37 (Bull. des lois, p. 508, 509); loi sur les avocats, 1^{er} juill. 1878, § 113 (Bull. des lois, p. 197). Ces dispositions légales ont encore aujourd'hui sur un point une importance pratique: la compétence du Tribunal supérieur bavarois ne s'étend à aucune des matières qui étaient de la compétence du Tribunal supérieur de commerce de l'Empire. Loi d'introduction à la loi de constitution judiciaire, § 8, section 2.

(1) Loi d'Empire du 14 juin 1871 (Bull. des lois, p. 315).

(2) Loi de constitution judiciaire, § 12, 125-141; loi d'Empire du 11 avril 1877 (Bull. des lois, p. 415).

(3) Loi de constitution judiciaire, § 132.

(4) Ibidem, § 127.

tion du Tribunal d'Empire, cf. ci-dessous, § 86, I.

Il y a, auprès du Tribunal d'Empire, un ministère public dont les fonctions sont remplies par un Procureur général de l'Empire et un ou plusieurs procureurs impériaux; ce ne sont point des fonctionnaires judiciaires et ils sont placés sous la surveillance et la direction du Chancelier de l'Empire (1).

2° *Tribunaux consulaires d'Empire* (Reichsconsulargerichte) dans les pays où par tradition ou par traités l'exercice de cette juridiction est permis. Elle est réglée par la loi du 10 juillet 1879 sur la juridiction consulaire (Bull. des lois, p. 197). Cf. sur ce point le § 86, II ci-dessous.

3° *Tribunaux des Pays de protectorat* (voir § 70).

4° *Tribunal militaire d'Empire*. Les tribunaux militaires d'ordre inférieur (Standgerichte, Kriegsgerichte, Oberkriegsgerichte) sont tribunaux des États qui se sont réservés l'administration de leurs contingents.

Par contre, le tribunal militaire suprême est un tribunal d'Empire d'après le nouveau code d'instruction criminelle militaire du 1^{er} décembre 1898. Le président, qui ne prend pas part à la juridiction, mais qui a la direction des affaires, sera nommé par l'empereur. Il aura le rang de général en chef. Les présidents des sénats et les conseillers seront nommés par l'Empereur sur l'avis du Bundesrath. Les membres militaires seront nommés par l'Empereur sur la proposition des chefs des contingents (2).

Pour l'armée bavaroise, il sera institué un Sénat

(1) Ibidem, § 143, chiffre 1, § 148 ss.

(2) Code d'instruction criminelle militaire, § 71 ss.

spécial, dont les membres seront nommés par le roi de Bavière (1).

5° *Les Tribunaux criminels maritimes* de tout ordre sont tribunaux d'Empire, puisque la marine est une institution de l'Empire (*Voir infra*).

II. — *Tribunaux disciplinaires de l'Empire.*

Ce ne sont pas des autorités permanentes; ils ne se réunissent qu'en cas de besoin. Les membres de ces tribunaux exercent leurs fonctions gratuitement et à titre de fonctions accessoires; si cependant ils ne résident pas au lieu où se réunit le tribunal, ils reçoivent des frais de voyage et une indemnité. Il résulte du § 93 de la loi des fonctionnaires d'Empire du 31 mars 1873 que seuls les fonctionnaires au service de l'Empire ou d'un Etat peuvent être nommés membres des tribunaux disciplinaires; il y est spécifié, en effet, que les membres des tribunaux disciplinaires conservent les fonctions accessoires dont ils ont été chargés aussi longtemps qu'ils occupent l'« emploi d'Etat ou d'Empire dont ils étaient investis au moment de leur nomination. (2) »

Ainsi est garantie aux membres des tribunaux disciplinaires, autant que c'est possible pour des fonctions accessoires, l'inamovibilité qui convient à un emploi judiciaire. Les membres sont élus par le Bun-

(1) Loi du 9 mars 1899 (Bulet. des lois, p. 135).

(2) En ce qui concerne les membres du Bundesrath nommés membres de la Cour disciplinaire, il faut entendre par « emploi dont ils étaient investis » leur mandat au Bundesrath. « Les membres d'une Chambre disciplinaire qui, même sans quitter leur circonscription, obtiennent un emploi judiciaire plus élevé, cessent par là même d'être membres de la Chambre disciplinaire. » Décision du Bundesrath, du 31 mai 1876 (Procès-verbaux 1876, § 192).

desrath, nommés par l'Empereur et tenus de remplir les obligations de leur charge (1).

Le fonctionnement des autorités disciplinaires est fixé par un règlement rédigé par la Cour disciplinaire et ratifié par le Bundesrath (2). Ce règlement, daté du 18 avril 1880, a été publié dans le « Centralblatt » de 1880, p. 203 (3). Les principales règles de la procédure disciplinaire ont été établies dans la loi des fonctionnaires d'Empire, § 80 ss. et surtout § 94 ss. et, pour les fonctionnaires judiciaires des tribunaux de l'Armée et de la Marine, dans la loi du 1^{er} décembre 1898. Remplissent les fonctions de tribunaux disciplinaires de l'Empire les autorités suivantes :

1^o *Tribunaux disciplinaires inférieurs.*

a) *Chambres disciplinaires.*

Le § 87 de la loi citée a ordonné l'institution de chambres disciplinaires dans les lieux suivants : Potsdam, Francfort-sur-l'Oder, Königsberg, Dantzig, Stettin, Cöslin, Bromberg, Posen, Magdebourg, Erfurt, Breslau, Liegnitz, Oppeln, Münster, Arnsherg, Dusseldorf, Cologne, Trèves, Darmstadt, Francfort-sur-le-Main, Cassel, Hanovre, Schleswig, Leipzig, Karlsruhe, Schwerin, Lubeck et Brême. Mais le droit a été laissé à l'Empereur d'établir, de concert avec le Bundesrath, d'autres chambres disciplinaires dans d'autres endroits. En vertu de ce droit des chambres disciplinaires ont été établies à Stuttgart et à Strasbourg (4).

(1) Loi du 31 mars 1873, § 93.

(2) Loi citée, § 92.

(3) Ce règlement a pris la place de celui de 1873 (Centralblatt, p. 390).

(4) L'ordonnance impériale du 7 janv. 1874, instituant la Chambre disciplinaire de Strasbourg pour la circonscription d'Alsace-Lorraine, a été publiée au Bull. des lois de 1874, p. 3. L'ordonnance impériale qui a établi la Chambre de Stuttgart n'a pas été publiée ; mais cette Chambre

Il est attribué aux chambres disciplinaires des circonscriptions de juridiction déterminées qui sont délimitées par l'Empereur de concert avec le Bundesrath (§ 88, section 1). Ces circonscriptions ont été établies par l'ordonnance du 11 juillet 1873 (Bull. des lois de l'Empire, p. 293). Est compétente la chambre dans la circonscription de laquelle l'inculpé avait son domicile de service au moment où la procédure disciplinaire formelle a été entamée (§ 88, section 2) (1).

Pour les fonctionnaires d'Empire dont le domicile de service est à l'étranger la chambre disciplinaire compétente est celle de Potsdam ; pour les fonctionnaires de l'administration des Chemins de fer de l'Empire c'est, par exception, celle de Strasbourg (2).

S'il y a un conflit de compétence entre diverses chambres disciplinaires, c'est la Cour disciplinaire qui statue. De même, si une chambre disciplinaire est récusée, la Cour disciplinaire en désigne une autre (3).

Relativement aux personnes la compétence des chambres disciplinaires s'étend à tous les fonctionnaires d'Empire (au sens de la loi du 31 mars 1873, § 1) qui n'en sont pas exceptés par une prescription légale particulière.

Chaque chambre disciplinaire se compose de sept

est citée avec les autres dans l'ordonnance du 11 juill. 1873 sur la délimitation des circonscriptions des Chambres disciplinaires et la nomination de ses membres a été publiée dans le Centralblatt 1873, p. 389.

(1) La « procédure disciplinaire formelle », c'est l'action disciplinaire intentée en vue d'obtenir le retrait d'un emploi. Elle est intentée par les soins de l'autorité supérieure d'Empire. Loi des fonctionnaires d'Empire, § 84.

(2) Loi du 5 nov. 1874 (Bull. des lois, p. 128). Ce sont en particulier les fonctionnaires de chemins de fer stationnés dans le Grand Duché de Luxembourg et les « fonctionnaires de station » à Bâle.

(3) Loi des fonctionnaires de l'Empire, § 90.

membres dont le président et au moins trois autres membres doivent occuper une charge judiciaire dans un Etat confédéré. Mais la discussion et la décision des affaires disciplinaires particulières ne demandent que 5 membres. Le président et au moins 2 assesseurs doivent être du nombre des membres judiciaires (1).

Sur l'ordre dans lequel sont appelés les membres « judiciaires » le règlement contient des prescriptions précises, § 4. Ils sont appelés dans l'ordre de l'ancienneté de service, les plus anciens avant les plus jeunes (2). Les membres « non judiciaires » sont appelés, par le président, pour des séances déterminées et pris autant que possible dans la branche d'administration à laquelle appartient l'inculpé (3).

Aux décisions ou résolutions prises après une délibération orale ne peuvent prendre part que des membres qui ont assisté à la délibération (4).

Le président préside toutes les séances ; il nomme le *Décernent* ou *Réfèrent*, et, si bon lui semble, un corapporteur ; il dirige et surveille la marche des affaires ; il signe la minute de toutes les décisions, certifie toutes les expéditions et statue dans toutes les affaires qui concernent l'assemblée en tant qu'assemblée (5).

Toutes les résolutions et décisions sont prises à la majorité des voix (6) ; en cas de divergence d'opinion

(1) Loi citée, § 89. Le nombre des membres qui prennent part à la séance est déterminé et ne peut pas dépasser 5, y compris le président. Cf. Règlement, § 3.

(2) Les autres prescriptions du § 4 se rapportent au remplacement des membres « judiciaires » lorsqu'ils sont empêchés ou appelés à remplir les fonctions du président empêché.

(3) Règlement, § 5, section 2.

(4) Règlement, § 6.

(5) Règlement, § 9, 13, 18.

(6) En cas de partage des voix la voix du président est prépondérante ;

sur la position des questions ou sur le résultat du vote l'assemblée décidé. Les décisions doivent porter la suscription : « Au nom de l'Empire (1). »

b) *Chambres disciplinaires pour les fonctionnaires judiciaires des tribunaux de l'armée et de la marine.* Elles seront instituées au siège du général en chef, pour chaque corps d'armée ou pour plusieurs corps et au siège du commandant en chef pour la marine. Elles seront composées de cinq membres, employés comme juges supérieurs (Oberkriegsräthe) dans le ressort de la chambre (2).

c) *Commissions disciplinaires militaires* (3). Pour les fonctionnaires militaires exclusivement subordonnés à des chefs militaires, la Commission remplace la Chambre disciplinaire (Loi du 31 mars 1873, § 121).

Les propositions suivantes permettent de voir quelle est la compétence de ces commissions :

Sont en dehors de cette compétence toutes les personnes d'état militaire (loi, § 157) sur lesquelles les supérieurs militaires exercent le droit de peines disciplinaires conformément au Code pénal disciplinaire pour l'Armée allemande (du 31 octobre 1872) et au Code pénal disciplinaire pour la marine impériale (23 nov. 1872) (4 juin 1891). Sont aussi en dehors de cette compétence les fonctionnaires de la justice militaire, et enfin les fonctionnaires militaires ou de la marine qui se trouvent dans des rapports de subordination doubles, d'une part envers un chef mi-

dans les décisions sur procédure contradictoire, ce cas ne peut pas se présenter (Loi, § 89) mais il est possible dans les autres décisions (Règlement, § 2, 7, 9, section 4).

(1) Règlement, § 15.

(2) Loi du 1^{er} décembre 1898, § 8 ss.

(3) Cf. les motifs du projet de loi du 8 avril 1872. Imprimés du Reichstag 1872, tome I, n° 9, p. 47 ss.

litaire, d'autre part envers une autorité administrative placée au-dessus d'eux. Ces fonctionnaires sont, « en cas de violation des règles de service qui sont à la base de l'exercice de leurs fonctions », placés sous la puissance disciplinaire de l'autorité administrative dont ils relèvent ; pour tous les autres actes susceptibles d'une punition disciplinaire, c'est leur supérieur militaire qui est compétent (1). Lorsque la destitution doit être prononcée contre ces fonctionnaires militaires ou de la marine suivant les voies de la procédure disciplinaire, c'est la Chambre disciplinaire qui est compétente et il y a lieu d'appliquer, sans réserve, toutes les prescriptions de la loi du 31 mars 1873 sur la composition des chambres disciplinaires (2). Aux fonctionnaires militaires subordonnés exclusivement à des chefs militaires on applique, pour toutes les punitions autres que le relèvement des fonctions, les prescriptions du Code pénal disciplinaire militaire ou du Code pénal disciplinaire maritime (loi § 123) (3).

Il ne reste donc, pour la compétence des Commissions disciplinaires, que les cas où il s'agit de la destitution disciplinaire d'un fonctionnaire subordonné seulement à des chefs militaires (4).

(1) Motifs loc. cit, p. 48. Il y est dit en outre : « Là où les bornes de ces deux rapports de subordination sont douteuses, il faut tenir compte, en exerçant la puissance disciplinaire, des prescriptions de service et instructions particulières données à ces fonctionnaires. »

Cf. Code pénal disciplinaire pour l'Armée, § 34, section 3.

(2) Motifs, loc. cit., *Kanngiesser*, p. 215.

(3) Cf. Code disciplinaire militaire, § 32, 33 ; Code disciplinaire maritime, § 16, 17 et 32, 33.

(4) On trouve énumérés au Bull. des lois de 1867, p. 289, chiffre 1, les fonctionnaires militaires placés dans une double subordination ; et il y est dit en outre que « tous les autres fonctionnaires militaires ne sont subordonnés qu'au chef militaire dont ils relèvent ». C'est donc là la règle. C'est le contraire dans la marine. En règle générale les fonctionnaires de la marine sont en subordination double ; mais le contraire peut

Il est formé des Commissions disciplinaires pour chaque corps d'armée au lieu de garnison du quartier général, pour chacune des deux « stations » de la flotte au lieu où elle est établie.

Chaque Commission disciplinaire de l'armée se compose d'un colonel, président, et de six autres membres, dont trois doivent être officiers du grade de capitaine au moins, et les autres, fonctionnaires supérieurs de l'administration militaire. Chaque Commission disciplinaire de la marine se compose d'un capitaine de vaisseau, président, et de six autres membres dont trois doivent être officiers, au moins du grade de lieutenant de vaisseau, et trois fonctionnaires supérieurs de l'Administration de la marine (1).

Les membres de la Commission sont nommés par l'autorité supérieure d'Empire (2).

Le général commandant le corps d'armée ou le chef de l'amirauté impériale ordonne l'instruction du procès et nomme le fonctionnaire chargé de la faire ; les fonctions du ministère public sont remplies par un fonctionnaire de la justice militaire (3). Pour le reste, on applique d'une façon analogue les prescriptions qui sont tracées aux Chambres disciplinaires (4).

2° *Tribunaux disciplinaires supérieurs.*

aussi arriver ; un employé des dépôts de la marine peut être par exemple soustrait à l'autorité de l'intendant et placé sous celle d'un officier de marine. Cf. motifs, loc. cit., p. 48, 49.

(1) Loi, § 121, section 2, 3.

(2) Ibidem, section 3. Conformément à l'ordonnance du 23 nov. 1874 (Bull. des lois, p. 136) il faut entendre par là l'Office de la Marine de l'Empire et les Ministères de la Guerre prussien, saxon, ou wurtembergeois.

(3) Loi, § 120, 122.

(4) L'expression « autorité disciplinaire » embrasse les unes et les autres.

a) Cour disciplinaire (Disciplinarhof).

La Cour disciplinaire statue en deuxième et dernier ressort dans tous les procès disciplinaires qui sont en première instance de la compétence des Chambres disciplinaires ou des Commissions disciplinaires militaires (1). Ce n'est pas, non plus, une autorité permanente; elle se réunit, en cas de besoin, au siège du Tribunal d'Empire (2). Elle se compose de 11 membres; 4 au moins doivent être des fondés de pouvoirs au Bundesrath, 5 au moins et le président doivent être membres du Tribunal d'Empire (3). Leur nomination est soumise aux mêmes règles que celle des membres des Chambres disciplinaires (§ 93).

Chaque cause disciplinaire est entendue et jugée par 7 membres. Le président et au moins trois assesseurs doivent être membres « judiciaires (4) ». A part les modifications que tout cela peut entraîner le fonctionnement de la Cour disciplinaire est régi par les mêmes prescriptions que celui des Chambres disciplinaires.

b) L'assemblée plénière du Tribunal d'Empire et l'assemblée plénière de l'Office fédéral du domicile de secours statuent en premier et dernier ressort en

(1) Le § 121, section 1, de la loi ne remplace les chambres disciplinaires par les Commissions qu'en première instance; la prescription générale du § 86 sur la deuxième instance subsiste.

(2) Loi § 87, section 3.

(3) Loi § 91, section 1. Les membres du Bundesrath prennent place dans la Cour disciplinaire immédiatement après le président ou son remplaçant, c'est-à-dire avant les autres membres et ils prennent rang entre eux dans le même ordre qu'au Bundesrath. Le président est remplacé par le président de Sénat du Tribunal d'Empire et éventuellement par le plus âgé des membres du Tribunal d'Empire qui font partie de la Cour disciplinaire. Règlement, § 23, n° 4.

(4) Loi, § 91, section 2. Le nombre est fixe. Cf. Règlement, § 23, n° 2.

ce qui concerne leurs propres membres (1) dans tous les cas où le retrait d'emploi, la suspension d'emploi ou la mise d'office à la retraite sont en question (2). La puissance disciplinaire sur les avocats est exercée en première instance par les conseils dirigeants des chambres d'avocats fonctionnant comme tribunaux d'honneur et en deuxième instance par le Haut Tribunal d'honneur (Ehrengerichtshof) constitué près le Tribunal d'Empire (3).

c) *Cour disciplinaire pour les fonctionnaires judiciaires de l'armée et de la marine.* Elle sera instituée près le tribunal suprême militaire et composée de membres de cette cour. Le nombre légal requis pour rendre des arrêts est de sept membres au moins, le président y compris (4).

(1) En ce qui concerne les autres fonctionnaires de ces autorités la compétence des Chambres disciplinaires et de la Cour disciplinaire n'est pas limitée.

(2) Loi de Constitution judiciaire, § 128-131 ; loi du 6 juin 1870, § 43 ; loi du 31 mars 1873, § 158. Les membres et les fonctionnaires de la Cour des Comptes ne sont pas soumis à la puissance disciplinaire de l'Empire ni d'aucune autorité de l'Empire, mais à celle de la Prusse exercée pour le président et les membres par le Tribunal supérieur (Obertribunal), et pour les autres fonctionnaires par la Haute Chambre des Comptes (Oberrechnungskammer) (Loi prussienne du 27 mars 1872, § 5 et 6 ; recueil des lois prussiennes, p. 278). En vertu de la loi prussienne du 8 avril 1879, le Tribunal supérieur a été remplacé par le « grand sénat disciplinaire » constitué dans la Cour d'appel de Berlin (Kammergericht). Seulement, en ce qui concerne les membres nommés par l'Empire, le Chancelier exerce la compétence attribuée par le § 5 de la loi citée au ministère d'Etat prussien et au ministre de la justice. Cf. *Kanngiesser*, loc. cit., p. 249. Il est faux que la Cour des Comptes soit l'instance disciplinaire pour ses propres membres, comme le prétend *Schulze II*, § 283 à la fin.

(3) Loi sur les avocats, § 67, 90. Voir plus loin, § 90.

(4) Loi du 1^{er} décembre 1898, § 7, 11 ss. La loi du 9 mars 1899 (Bullet. des lois, p. 136) donne des règles spéciales pour le président et les membres du Sénat bavarois.

III. — *Tribunaux administratifs de l'Empire.*

Ce sont les autorités de l'Empire qui rendent, sur l'application et l'interprétation des lois administratives, des décisions ayant force de chose jugée et qui, dans l'exercice de cette fonction, ne sont pas sous la direction du Chancelier, ni de toute autre autorité administrative, mais prononcent des décisions libres selon leur opinion juridique personnelle. Il s'en suit naturellement que ces autorités sont personnellement responsables des actes relatifs à leurs fonctions et que le Chancelier ne l'est pas. Dès lors, il faut laisser en dehors de cette catégorie, d'abord les autorités administratives supérieures qui, bien qu'appelées continuellement à statuer en fait sur l'application et l'interprétation de prescriptions administratives, sont tenues de se conformer aux ordres du Chancelier, et ensuite le Bundesrath lui-même qui exerce souvent les fonctions d'un tribunal administratif suprême dans l'Empire (1), mais dont les membres doivent voter selon les instructions qu'ils ont reçues. De tribunal administratif à compétence générale, il n'y en a pas dans l'Empire ; les autorités qu'on a jusqu'ici constituées pour statuer sur les questions de droit du genre dont il s'agit ici sont des tribunaux spéciaux à compétence très restreinte.

Ce sont les suivants :

1° *L'Office fédéral pour le domicile de secours* (Bundesamt für das Heimatswesen (2)). Cet office a été institué par la loi du 6 juin 1870 sur le domicile de secours, § 42 ss. (Bull. des lois, p. 368). C'est une

(1) Voir tome I, § 29, III, et *Laband*, *Hirth's Annalen* 1873, p. 484 ss.

(2) Cf. *König*, v. *Holtzendorff's Rechtslexikon* ; à l'art. *Heimatsamt* (tome II, p. 304 ss.) ; *Münsterberg*, v. *Stengel's Wörterbuch* I, p. 77 ss.

autorité permanente et collégiale qui a son siège à Berlin. Elle se compose d'un président et d'au moins 4 membres ; le président et au moins 2 des membres doivent avoir qualité pour remplir les hautes fonctions judiciaires dans l'État auquel ils appartiennent (1). Le président et les membres sont nommés à vie par l'Empereur sur la proposition du Bundesrath et sont assimilés aux membres du Tribunal d'Empire en ce qui concerne le déplacement, la mise à la retraite provisoire ou forcée, les punitions disciplinaires et la suspension d'emploi (2).

Cependant les fonctions de membre de cette autorité peuvent être conférées à titre de fonctions accessoires. Mais elles diffèrent de celles de membre d'un tribunal disciplinaire, conférées également à titre de fonctions accessoires, en ce qu'elles ne cessent point lorsque celui qui les exerce vient à quitter l'emploi principal qu'il occupait au moment de sa nomination et en ce que, au contraire, elles sont conférées à vie (3). Dans tous les cas, qu'elles soient remplies à titres de fonctions uniques ou à titre de fonctions accessoires, elles sont rétribuées.

La compétence de l'Office se déduit des §§ 41 et 52 de la loi du 6 juin 1870 (12 mars 1894). D'après le § 41, l'Office fédéral statue, en dernier ressort, sur les litiges survenus entre diverses administrations d'assistance publique (Armenverbaende) à propos de l'assistance à donner aux indigents, lorsque les administrations en conflit appartiennent à des États confédérés différents. Si cependant l'objet du conflit est l'organisation ou la délimitation dans l'espace du

(1) § 42 cit.

(2) § 43 cit. Loi du 31 mars 1873, § 158.

(3) Mais comme l'Office fédéral a son siège à Berlin on perd la qualité de membre si l'on accepte un emploi qui force à prendre hors de Berlin son domicile de service. Cf. Procès-verbal du Bundesrath 1875, § 73.

cercele d'action des diverses administrations, on en reste à la décision prononcée par l'instance la plus haute du pays intéressé. La loi du 6 juin 1870 n'ayant pas été introduite en Bavière et en Alsace-Lorraine, il en résulte que l'Office fédéral pour le domicile de secours n'est pas compétent pour ces pays.

D'après le § 52, les États particuliers restent libres de décider par une loi qu'il soit donné à l'Office fédéral le droit de statuer, en dernier ressort, sur les litiges survenant entre administrations d'assistance du même État sur l'obligation d'assister des indigents. Ont fait usage de cette faculté les États suivants : Prusse, Hesse, Saxe-Weimar-Eisenach, Oldenbourg, Brunswick, Saxe-Altenbourg, Saxe-Cobourg-Gotha, Anhalt, les deux Schwarzburg, Reuss (branche cadette), Lippe, Lübeck, Brême et Waldeck.

Les principes de droits matériels, comme aussi la procédure à suivre, ont été réglés par la loi du 6 juin 1870 (1), et le service intérieur par un règlement que l'Office fédéral devait rédiger lui-même et présenter à l'approbation du Bundesrath (2).

Pour qu'une décision de l'Office soit valable, il faut qu'au moins trois membres soient présents, et qu'un au moins ait la qualité « judiciaire ». Le nombre n'est donc pas limité ; mais dans tous les cas le nombre des membres qui ont voix délibérative pour une décision à prendre doit être un nombre impair (3).

La décision de l'Office fédéral est prononcée sans

(1) Cf. *Eger, Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts*, tome XIX (nouvelle série, tome IV), p. 87 ss.

(2) Loi, § 45. Le règlement est du 6 janv. 1873 et a été imprimé dans le *Centralblatt für das Deutsche Reich* 1873, p. 4 ss.

(3) Loi, § 44. « Si le nombre des membres coopérant au règlement d'une affaire est un nombre pair, le membre nommé le dernier et, à égalité d'ancienneté de service, le membre le plus jeune n'a que voix consultative. »

frais en séance publique, les parties ayant été citées et entendues (1). Les prescriptions établies par le Règlement sur le service intérieur, la procédure, la position des questions, le vote, les procès-verbaux, le contrôle etc., répondent aux dispositions usitées pour les autorités judiciaires collégiales.

Les décisions définitives sont prononcées « au nom de l'Empire allemand (2) ». Les plus importantes sont publiées dans le *Centralblatt für das Deutsche Reich* (3).

2° *Office des Chemins de fer de l'Empire « renforcé »*. La loi du 27 juin 1873, § 5, chiffre 4 (Bull. des lois, p. 165) dispose :

« S'il est élevé, contre une mesure prise par l'Office des Chemins de fer de l'Empire, une réclamation basée sur cette allégation que la mesure en question n'a pas son fondement dans les lois ou les prescriptions légales, il appartient alors à l'Office des Chemins de fer, renforcé par l'adjonction de fonctionnaires de la justice, de décider sur cette réclamation librement, sous sa responsabilité propre, en délibération collégiale. »

La réclamation peut être élevée soit par l'administration impériale des Chemins de fer de l'Empire, soit par l'administration des Chemins de fer d'un Etat (ou par le gouvernement dont elle dépend), soit par l'administration d'un Chemin de fer privé ; elle est dirigée contre une disposition prise par l'Office impérial des Chemins de fer. Mais la décision ne vise jamais la question de convenance, ni aucune question de nature technique, elle porte uniquement sur cette question de droit : la mesure ordonnée par l'Office

(1) Loi, § 50, section 1.

(2) Règlement, § 9.

(3) Il paraît à Berlin depuis 1873, chez Vahlen, un recueil de décisions de l'Office fédéral publié par *Wohlens*.

impérial des Chemins de fer a-t-elle son fondement dans les lois ou les prescriptions légales? La décision a donc toujours le caractère d'un jugement de tribunal administratif et l'Office des Chemins de fer « renforcé » joue, quand il prononce ce jugement, le rôle d'une Cour de justice. Sur le service intérieur et les droits attribués au président, le Bundesrath a, en vertu de la loi du 27 juin 1873, établi un règlement (1) qui complète les dispositions très défectueuses de la loi.

L'Office des Chemins de fer de l'Empire « renforcé » se compose du président de l'Office impérial des Chemins de fer ou de son suppléant, comme président, de deux conseillers du même Office et de trois fonctionnaires judiciaires. En cas que ces derniers soient empêchés, on leur désigne 3 suppléants (2).

La procédure est engagée par le Chancelier. C'est à lui qu'il faut adresser la réclamation, c'est-à-dire la plainte contre l'illégalité d'une mesure prise par l'Office impérial des Chemins de fer, et c'est lui qui renvoie l'affaire devant l'Office renforcé (3).

Les constatations de fait qui paraissent préalablement nécessaires pour élucider la question sont ordonnées par le président (4). Pour la délibération et la décision à prendre en assemblée, le président nomme un rapporteur et un corapporteur, dont l'un doit être pris parmi les fonctionnaires judiciaires adjoints à l'Office (5). Pour qu'une décision puisse être prise, il faut que tous les membres, ou bien leurs suppléants, soient présents (6). Le président dirige les

(1) Le règlement primitif du 5 janv. 1874 (Centralblatt, p. 27 ss.) a été remplacé par le règlement du 13 mars 1876 (Centralblatt, p. 197).

(2) Nouveau règlement, § 2.

(3) Règlement.

(4) Règlement, § 3 et 6.

(5) Règlement, § 4.

(6) Règlement, § 5, section 1.

débats, pose les questions et recueille les voix. Sur les divergences d'opinion en ce qui concerne la position d'une question ou sur le résultat du vote, c'est l'assemblée qui statue à la majorité des voix. A égalité des voix, celle du président est prépondérante (1). La décision définitive, prise par l'assemblée, doit être accompagnée des motifs; le texte est signé par le président (2).

Les membres « judiciaires » et leurs suppléants sont nommés par l'Empereur. Leurs fonctions sont des fonctions accessoires et non-payées, mais ils reçoivent pour leur participation aux séances les frais de voyage et une indemnité.

3° *Commission impériale des zones de défense* (Reichstrayoncommission). D'après la loi du 21 décembre 1871 sur les charges imposées à la propriété foncière aux abords des places de guerre (Bull. des lois, p. 459), il est prescrit, pour toute construction nouvelle, pour tout établissement ou dépôt de matériaux etc., changeant la surface du terrain, dans toutes les zones de défense, de demander, avant de rien entreprendre, la permission du commandant de la place (*Festungscommandantur* (détails, § 13 à 25) (3).

« Pour toutes les affaires relatives à la zone de défense, on peut en appeler contre les décisions du commandant et contre toute mesure prise par lui, dans un délai de rigueur qui est de 4 semaines à dater de la notification. La décision sur appel est prononcée par la Commission des zones de défense (4). »

(1) Règlement, § 5, section 2.

(2) Règlement, § 7.

(3) On trouve dans la loi citée, §§ 26 à 28, les prescriptions de détail relatives à la demande d'autorisation et à la forme sous laquelle la Direction accorde cette autorisation.

(4) § 29, section 1, de la loi citée.

En outre de cette décision sur appel, la Commission des zones de défense est encore compétente, même sans qu'il y ait appel, pour examiner les projets de travaux importants (chaussées, digues, chemins de fer etc.) à exécuter dans la zone de défense des forteresses et places fortes, et pour en arrêter définitivement la forme, de concert avec l'autorité administrative intéressée (1).

La commission des zones de défense est une commission militaire permanente ; elle est convoquée par l'Empereur et tous les États confédérés sur le territoire desquels se trouvent des forteresses doivent y être représentés (2). Elle se compose d'un président (auquel on désigne un suppléant) et de 4 membres.

4) *Office des brevets* (Patentamt). La loi du 25 mai 1877 sur les brevets. (Bull. des lois, p. 501) ordonna l'établissement d'une autorité d'Empire permanente qui aurait à juger si, dans un cas donné, il y avait légitimement lieu d'accorder ou de continuer la protection d'un brevet d'invention. Sur l'organisation et les attributions de cet Office voir plus loin, § 79.

5) *Office supérieur maritime* (Oberseeamt). Il fut établi en exécution de la loi du 27 juillet 1877, relative à l'instruction des cas d'accidents en mer, § 27 ss. (Bull. des lois, p. 555). Il se compose d'un président, ayant qualité pour être juge, et de 6 membres dont 3 au moins doivent connaître la navigation. L'Empereur nomme le président et un de ses assesseurs

(1) § 30, loc. cit.

(2) § 31, loc. cit. Comme c'est une commission militaire, il appartient à la Prusse de représenter ceux des États qui lui ont confié toute l'administration militaire. C'est pourquoi la Hesse (Mayence) n'est pas représentée dans la Commission des zones de défense ; seuls la Prusse, la Bavière, le Wurtemberg et la Saxe, y sont représentés.

experts en navigation. Pour remplir les fonctions des autres assesseurs, les gouvernements des États maritimes de l'Empire présentent chacun trois personnes compétentes et cela pour une durée de trois années.

Parmi les personnes proposées, le président choisit pour chaque plainte qui est présentée, cinq assesseurs, les convoque et les fait s'engager par serment (suivant les prescriptions du § 51 de la loi de Constitution judiciaire) à remplir les obligations de leur charge. Ils reçoivent, sur la Caisse de l'Empire, des frais de voyage et une indemnité dont le Chancelier fixe le montant (1). Le règlement de l'Office supérieur maritime est fait par le Bundesrath (2).

L'Office supérieur maritime prend ses décisions à la majorité des voix ; ses opérations sont réglées, d'une façon générale, par les mêmes prescriptions qui s'appliquent aux autres offices maritimes ; la délibération a lieu, la décision est prise en séance publique, après citation et audition du plaignant et de la partie adverse. La décision doit être accompagnée des motifs et il en est remis une expédition au plaignant et à la partie adverse (3). Les employés subalternes et inférieurs sont nommés par le Chancelier de l'Empire (4).

Pour les divers offices maritimes le Chancelier nomme des commissaires de l'Empire.

6) *Office impérial des assurances* (Reichsversicherungsamt). Cet office a été institué par la loi d'assu-

(1) Loi, § 29. Ces assesseurs de l'Office supérieur maritime ne sont pas fonctionnaires de l'Empire, car ils ne sont pas dans le service de l'Empire, ils exercent cependant une charge de l'Empire, puisque l'Office supérieur maritime est une autorité de l'Empire.

(2) § 33. Le règlement est du 3 mai 1878 (Centralblatt 1878, p. 276), et il y a un supplément du 10 mai 1879 (Centralblatt, 1879, p. 371).

(3) Loi, § 29, section 2 à § 32.

(4) Règlement, § 5.

rance contre les accidents du 6 juillet 1881, § 87 (1) pour mettre en œuvre l'assurance contre les accidents, exercer un contrôle sur les syndicats et statuer sur les litiges issus de l'application de la loi. L'extension prise par la législation des assurances contre les accidents et l'introduction des assurances pour l'invalidité et la vieillesse ont entraîné une augmentation des attributions de l'Office impérial des assurances. Ces attributions sont partie du domaine administratif, partie du domaine juridictionnel, de sorte que l'Office impérial des assurances occupe une situation intermédiaire entre les deux groupes d'autorités de l'Empire. Il a son siège à Berlin et se compose d'au moins 3 membres permanents (y compris le président) et de 16 membres non-permanents. Le président et les autres membres permanents sont nommés à vie, par l'Empereur, sur la proposition du Bundesrath. Parmi les membres non-permanents, 4 sont choisis au sein du Bundesrath par le Bundesrath lui-même. Les 12 autres membres non-permanents sont élus, dans leur propre sein, par les comités directeurs des syndicats et les représentants des ouvriers assurés ; à savoir : 4 par les syndicats et ouvriers industriels, 4 par les syndicats et travailleurs agricoles et forestiers, 4 par le syndicat des gens de mer et les personnes assurées contre les accidents en mer. Lorsqu'il s'agit d'affaires d'ordre général, tous ces membres prennent part aux délibérations et aux décisions ; si au contraire il s'agit d'une affaire particulière, intéressant un des trois groupes, les représentants de ce groupe sont seuls appelés (2). Les

(1) Il est entré en fonction le 14 juillet 1884. Cf. Centralblatt 1884, p. 198.

(2) Loi d'assurance contre les accidents, § 87 ; loi d'assurances agricoles, § 95 ; loi d'assurance des gens de mer, § 97. — Sur la règle-

autres fonctionnaires sont nommés par le Chancelier de l'Empire (1).

Dans les cas importants, spécialement désignés par la loi, la décision ne doit être prise que si 5 membres au moins (y compris le président) sont présents ; parmi ces 5 membres, il doit y avoir *un* représentant des comités de direction des syndicats et *un* représentant des ouvriers ; pour certaines décisions l'Office doit s'adjoindre deux fonctionnaires « judiciaires » (2). Quant à la procédure et au service intérieur, les formes en sont réglées par ordonnance impériale, revêtue de l'assentiment du Bundesrath (3).

Cette ordonnance, très détaillée, a été rendue le 5 août 1885 (Bull. des lois, p. 255) pour l'assurance contre les accidents (modifiée par ordonnance du 13 novembre 1887 (Bull. des lois, p. 523) et le 6 décembre 1899, en ce qui touche l'assurance pour l'invalidité et la vieillesse. Sur les attributions de l'Office des assurances, voir § 82.

B. Les fonctionnaires de l'Empire (4).

§ 44. — *La notion des fonctionnaires de l'Empire.*

I. — La loi du 31 mars 1873 ne donne aucune définition de la notion de « fonctionnaire », elle la sup-

plementation des élections, voir les *Amtliche Nachrichten* (nouvelles officielles) de l'Office impérial des assurances, II, p. 59 ss.

(1) Loi d'assurance contre les accidents, loc. cit.

(2) Loi du 6 juill. 1884, § 90, section 1 et 3.

(3) *Ibidem*, § 90, section 4.

(4) Comte de Zedlitz-Neukirch, *Die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten* (Loi du 31 mars 1873, Berlin, 1874) *Kanngiesser*, *Das Recht der deutschen Reichsbeamten* (Loi du 31 mars 1873), Berlin, 1874. *Thudichum*, *Hirth's Annalen*, 1876, p. 265 ss. ; *v. Rönne I*, § 52 ss. ; *Schulze I*, § 127 ss. ; *G. Meyer*, *Staatsrecht*, § 142 ss. ; *Löning*, *Ver-*

pose connue ; elle indique seulement, au § 1, quels sont les fonctionnaires qui doivent être regardés comme fonctionnaires de l'Empire.

Il faut donc d'abord établir cette notion plus générale du fonctionnaire sur laquelle les auteurs ne s'entendent pas et dont le langage usuel ne donne pas une idée nette. Le mot « Beamter » (fonctionnaire) vient de « Amt » (office, service, fonction) et en rappelle l'idée (1) ; et il semble bien qu'on doive appeler fonctionnaire d'Etat (2) celui qui remplit une fonction d'Etat (Staatsamt) et de même fonctionnaire d'Empire celui auquel est confié un service d'Empire (Reichsamt). Cela n'est vrai qu'en ce sens qu'une désignation de fonctionnaire suppose nécessairement une fonction à remplir et que, en règle générale, la nomination d'un fonctionnaire et l'assignation, à lui faite, d'un groupe d'affaires ont lieu en même temps.

waltungsrecht, § 24 ss. ; Turnau, Das Reichsbeamten-gesetz etc., Berlin et Leipzig 1886 ; Harseim, v. Stengel's Wörterbuch, à l'article « Beamte » I, p. 136 et à l'article « Reichsbeamte » II, p. 351 ; Perels et Spilling, Das Reichsbeamten-gesetz, Berlin 1870 ; Zorn, Staatsrecht I, § 10 (l'exposition qu'il fait du « droit des fonctionnaires » est encore plus malheureuse dans la 2^e édition que dans la première). Pieper, das Reichsbeamten-gesetz. Berlin 1896. Il faut citer surtout la monographie détaillée et approfondie de Rehm, Die rechtliche Organisation des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht. Hirth's Annalen 1884, p. 565-686 et 1885, p. 65-212. Cf. aussi Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, p. 168 ss. Otto Mayer, Deutsch. Verwaltungsrecht II, p. 195 ss. (1896). Les motifs de la loi du 31 mars 1873 se trouvent dans les Imprimés du Reichstag, 1872, tome I, n° 9.

(1) Sur cette idée voir plus haut p. 3 et s.

(2) Cette définition est fort employée par les auteurs, cf. par exemple Leist, Staatsrecht, § 99 ; Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, § 159 (p. 278) ; Zöpfl, tome II, § 513, chiffre 3 (p. 772) ; v. Pözl, Bluntschli und Braters Staatswörterbuch IX, p. 686 ; Grotefend, § 668 ; Schulze, Preuss. Staatsrecht I, p. 315 ; et beaucoup d'autres.

Mais on peut très bien rester fonctionnaire sans remplir une fonction, si l'on est, par exemple, en disponibilité, en suspension d'emploi ou en congé. Il est possible, d'autre part, qu'un homme soit nommé fonctionnaire et que la fonction à lui assigner soit encore en quelque sorte réservée. Il peut donc bien se faire qu'il y ait des fonctionnaires sans fonctions.

La notion de « fonction » n'est pas non plus si parallèle à celle de « fonctionnaire », que celui qui est investi d'une fonction d'Etat devienne, de ce chef, fonctionnaire d'Etat. La notion de « fonction » (Amt) est plus large que celle de « fonctionnaire » (Beamter); il y a des autorités dont les membres n'ont pas besoin d'être fonctionnaires. Une cour d'assises est, sans aucun doute, une autorité et un juré exerce une fonction, mais néanmoins un juré n'est pas un fonctionnaire. En outre de l'acceptation d'une fonction d'Etat, la notion de fonctionnaire d'Etat implique un second élément constitutif: c'est qu'il doit être *entré dans le service de l'Etat*.

Cette distinction théorique a été expressément reconnue dans la législation de l'Empire, à savoir dans le Code pénal :

§ 359. « Par fonctionnaires, au sens de la présente loi pénale, il faut entendre toutes les personnes employées à vie, à temps ou provisoirement, au service de l'Empire ou au service immédiat d'un Etat confédéré, qu'ils aient ou non prêté un serment d'entrée en charge, et aussi les notaires, mais non pas les avocats et les avoués. »

Il est dit, au contraire, au § 31, section 2 : « Il faut compter parmi les « fonctions » publiques, au sens de la présente loi pénale, les charges d'avocat, d'avoué, de notaire, ainsi que les fonctions de juré et d'échevin. »

Le Code pénal ne donne pas, il est vrai, dans ces

deux passages, de définition générale précise ; il explique seulement les termes de « fonctionnaires » et de « fonctions », au sens de la présente loi ; mais il constate pourtant que ces concepts n'ont pas la même compréhension.

C'est pourquoi les obligations que crée l'acceptation d'une fonction, ne sont pas identiques aux obligations d'un fonctionnaire. Le Code pénal traite, à la section 28 (§ 331 ss.), des crimes et délits commis « dans l'exercice d'une fonction » (im Amt). Il y est question, au § 333, de la provocation d'un membre de la force armée à la violation d'un devoir de « fonction » ou de service, au § 334 des fautes commises dans leurs « fonctions » par les arbitres, les jurés, les échevins, aux §§ 337 et 338 des ecclésiastiques et autres serviteurs religieux, aux §§ 352 et 356 des avocats, des avoués et autres assistants judiciaires.

Dans toutes ces catégories de personnes il n'y a pas de fonctionnaires, mais elles ont une fonction et peuvent, par conséquent, commettre des crimes ou des délits « dans l'exercice de leur fonction ». Au contraire, les lois disciplinaires ne parlent jamais que des « manquements dans le service » commis par les fonctionnaires ; de même aussi, le § 72 de la loi des fonctionnaires de l'Empire qui déclare, au § 119, que les prescriptions des §§ 84 à 118 s'appliquent aussi aux fonctionnaires en retraite momentanée. Un « manquement dans le service » (Dienstvergehen) peut donc encore être commis par celui qui n'a pas de « fonction », mais est seulement fonctionnaire, c'est-à-dire au service de l'Etat.

Ainsi donc, puisqu'il y a d'une part des fonctionnaires qui n'exercent pas de fonction, et d'autre part des gens qui exercent des fonctions publiques et qui ne sont pas fonctionnaires, il s'en suit que ce n'est pas la fonction (Amt) qui est la caractéristique essen-

tielle de la notion de fonctionnaire ; c'est bien plutôt « le rapport de service » (Dienstverhältnis).

Mais l'idée de fonctionnaire n'est pas encore suffisamment déterminée, car tout rapport de service avec l'État ne confère pas nécessairement la qualité de fonctionnaire ; il faut un rapport de service d'une espèce particulière.

L'obligation de s'acquitter d'un service peut avoir une triple base de Droit : elle peut être créée par un traité, analogue au contrat de louage de service du Droit privé, et dans lequel les contractants apparaissent comme jouissant de droits égaux et indépendants l'un de l'autre. Dans ce cas il n'y a pas subordination de celui qui prête des services à celui pour qui ils sont exécutés ; il n'y a pas eu d'autre droit fondé entre les contractants que le droit d'exiger la prestation des services promis, et le droit réciproque d'exiger le salaire convenu. L'État aussi peut conclure des contrats de louage de services de cette sorte, par exemple avec des entrepreneurs qui se chargent de construire des fortifications, d'établir des chemins de fer, des routes, etc... ; avec des lithographes qui impriment le papier-monnaie de l'État, etc... Le contenu d'un tel contrat n'est pas nécessairement de Droit privé ; le soin d'accomplir des actes « autoritaires » peut aussi être conféré moyennant un salaire, sous forme de contrat de louage de services de Droit privé, par exemple, le soin de percevoir des impôts ou des droits pour la caisse de l'État, etc..., bien que, pour des raisons politiques, on ne recoure que très rarement au contrat, pour assurer l'exécution d'actes autoritaires.

Quiconque se lie envers l'État par un « rapport de service » de cette espèce (1), de telle sorte que sa si-

(1) L'espèce des services n'est pas caractéristique ; les mêmes services

tuation vis-à-vis de l'Etat est celle d'un contractant à droits égaux, ne devient pas pour cela fonctionnaire (1).

L'obligation d'exécuter des services peut aussi avoir pour fondement un rapport de puissance (*Gewaltverhaeltniss*) qui ne provient pas d'une décision libre des intéressés, mais existe sans cela. Dans le domaine du Droit privé, l'exemple le plus caractéristique, c'est la puissance paternelle et le droit qu'elle implique pour le père d'exiger des enfants des services domestiques ou techniques. De même la souveraineté de l'Etat sur ses nationaux *fonde, pour l'Etat*, le droit de demander des services et, pour les nationaux, le devoir de les exécuter. Mais le fait de remplir ces devoirs de sujet ou de citoyen ne confère pas davan-

qui sont exécutés par des fonctionnaires régulièrement constitués, l'Etat peut se les assurer par un contrat. L'ingénieur fonctionnaire et l'entrepreneur civil, le syndic d'une autorité qui est membre de cette autorité et l'avoué qu'elle engage pour faire valoir en justice un droit fiscal, l'employé du greffe et le scribe à lui adjoint comme auxiliaire etc... ne se distinguent pas par la nature de leurs services, mais par la nature du rapport de Droit qui les lie envers l'Etat pour l'exécution de ces services.

(1) *Löning*, *Verwaltungsrecht*, p. 114 à la fin, p. 115, n'est pas de cet avis. C'est qu'il confond deux choses différentes. Quiconque a des fonctions à remplir, n'importe pour quelle raison de Droit, a des droits et des devoirs « de fonctions » (*Amtsrechte, Amtspflichten*) et peut par suite commettre des crimes et des délits dans l'exercice de ses fonctions (*im Amte*) ou être chargé d'exercer des pouvoirs autoritaires (même, par exemple, les gardes forestiers constitués par des personnes privées et chargés de fonctions policières); ces droits et ces devoirs en effet n'ont rien à faire avec le « devoir de service » (*Dienstpflicht*) et n'ont trait qu'à l'exécution des fonctions (*Amtsführung*). Il faut bien en distinguer les droits et les devoirs qui proviennent du « rapport de service », lesquels, comme il a été expliqué plus haut, ne supposent pas nécessairement l'exécution réelle des services. Il n'est pas non plus conforme à l'usage courant de la langue d'appeler fonctionnaires de l'Etat des personnes qui ne sont liées à lui que par un contrat de Droit privé. Cf. aussi les décisions du Tribunal d'Empire en matières civiles, tome VI, p. 107; tome XVIII, p. 174 et particulièrement tome XXVIII, p. 85.

tage la qualité de fonctionnaire. Celui qui s'acquitte d'un service envers l'État en remplissant comme soldat le devoir militaire, comme juré ou échevin le devoir judiciaire, en acceptant des tutelles, en faisant partie de la commission des contributions etc., n'est pas un fonctionnaire, bien qu'il se meuve dans un cercle d'affaires publiques, voire même d'actes autoritaires, et par conséquent s'acquitte de fonctions et serve l'État. La raison n'en est pas qu'il ne remplit pas ses fonctions de façon permanente, mais bien que son « devoir de service » n'est pas autre chose que son « devoir de sujet » et est impliqué par celui-ci.

Mais il existe une troisième classe de « rapports de service » qui réunissent les traits caractéristiques des deux classes déjà étudiées, c'est-à-dire que, d'une part, ils ont pour base une convention libre et volontaire et que, d'autre part, ils sont en leur contenu un « rapport de puissance (1) ».

L'histoire du Droit privé nous offre un exemple classique d'un rapport de ce genre dans la vassalité. La *commendation* du Droit du moyen âge était un contrat, mais non pas un contrat de droit d'obligation ; entre seigneur et vassal, suzerain et feudataire, il existait un rapport de puissance qui était de nature morale, reposant sur un devoir de fidélité et de dévouement particulier et créait un « devoir de service » particulier. La *commendation* ne fondait pas un rapport de contrat mais un rapport d'autorité et de subordination, une « potestas ». Violer son devoir de service n'était pas, pour le vassal, ne pas remplir une obligation, c'était un délit, une félonie ; les droits du suzerain n'étaient pas des droits de créancier, mais

(1) Cf. Rosin, Hirth's *Annalen* 1883, p. 299 ; Rehm *ibidem*, 1885, p. 146 ss.

des droits souverains. Ce qu'il devait en retour, c'était essentiellement la protection.

Le don d'un « bénéfice » n'était pas, à l'origine, indispensable, bien que ce fût de tout temps la coutume.

Le rapport entre vassal et suzerain n'était point formé par un « dare facere praestare oportere » réciproque, mais par « mundeburdium » (defensio) et « fides (1) ».

Le rapport de service qui unit le fonctionnaire d'Etat à l'Etat est du même genre, sauf qu'il est, non pas de Droit privé, mais de Droit public (2). Ce rapport suppose un contrat qui l'établit, c'est-à-dire un consentement spécial pour chaque cas. Il faut que l'Etat déclare sa volonté de prendre la personne, individuellement déterminée, à son service, et que le fonctionnaire consente à entrer à son service. Mais ce contrat n'est pas un contrat de droit obligatoire ; il fonde un rapport de puissance de l'Etat, un devoir particulier de service, d'obéissance, de fidélité du fonctionnaire et, d'autre part, le devoir pour l'Etat de le protéger et de lui accorder la rémunération fixée pour ses services.

Ici aussi, ce qui est essentiel, c'est le devoir pour l'Etat de protéger le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ; la rémunération de ses services est la règle, mais n'est pas essentielle. Le fonctionnaire qui manque à son devoir de service ne viole pas un contrat, il commet un délit (Vergehen), un « délit disciplinaire », correspondant à la félonie du vassal.

Remplir ses devoirs de fonctionnaire n'est pas se

(1) Un autre exemple est l'entrée volontaire des chevaliers libres dans la ministérialité d'un prince et des paysans libres dans le servage d'un seigneur.

(2) V. Gerber, *Grundzüge*, § 36, note 1, indique bien cette analogie, mais sa conception du rapport juridique est, pour tout le reste, très différente de celle qui est ici exposée.

conformer aux termes d'un contrat, c'est remplir le devoir de fidélité et d'obéissance que l'on a accepté.

Ainsi donc, le service du fonctionnaire se distingue du service du sujet en ce que ce dernier doit l'exécuter sans s'y être engagé par une décision de sa volonté libre, et il se distingue du service de l'homme loué par l'Etat en ce que celui-ci est pour l'Etat un contractant de droits égaux aux siens. Le rapport de service, ainsi délimité par cette double opposition, constitue le critérium décisif et essentiel de la notion juridique de fonctionnaire.

Si cette définition est exacte, il s'en suit du même coup qu'un certain nombre de critères, donnés souvent dans les traités de Droit comme décisifs, n'ont pas de valeur.

Le droit au traitement n'est pas un critérium (1) ; il y a aussi des fonctionnaires non-payés, v. g. les conseils électifs, les juges de commerce, les professeurs honoraires etc... La loi des fonctionnaires de l'Empire (Art. XVI, section 2, et art. XXI, section 2) mentionne expressément les conseils électifs, comme une espèce de fonctionnaires de l'Empire ; de même les attachés non-payés du service des Affaires étrangères sont des fonctionnaires de l'Empire. D'autre part, les membres de la Commission du Code civil, par exemple, ou les membres d'autres commissions instituées par l'Empire ne sont pas des fonctionnaires, bien qu'ils reçoivent de l'Empire une rémunération.

La durée pour laquelle des fonctions sont conférées ne constitue pas non plus une marque distinctive de la qualité de fonctionnaire. Il arrive très

(1) L'ancienne école fait du traitement la marque essentielle, le critérium ; mais même des auteurs modernes partent de cette idée que le traitement est pour la qualité de fonctionnaire non seulement un élément *naturel* mais quelque chose d'*essentielle*.

fréquemment qu'un cercle d'activité officielle est assigné à un fonctionnaire pour un temps très court, qu'une fonction n'existe que momentanément ou n'est remplie que par intérim par une certaine personne. Cela n'a aucun effet sur sa qualité de fonctionnaire (1).

Il est également sans importance de savoir si les affaires qui incombent à un fonctionnaire sont de nature « autoritaire » ou technique. Il est difficile de tirer ici une ligne de démarcation nette, car, dans bien des fonctions, des affaires d'un caractère « autoritaire » se mêlent à des affaires de nature technique. Toute la distinction à laquelle les auteurs de Droit public attachent tant d'importance (2) n'a abso-

(1) C'est une opinion très répandue, chez les théoriciens modernes du Droit public, que le fait d'être chargé de fonctions « durables » est une caractéristique essentielle de la notion de fonctionnaire. Cf. par exemple *Zacharic* II, § 133, 134 ; v. *Gerber*, p. 109 ; *Schulze* I, p. 317. La durée n'est même pas essentielle à la notion de « fonctions » (Amt) ; des besoins passagers de l'État peuvent nécessiter une activité passagère pour l'accomplissement de laquelle on crée des emplois passagers.

Mais même en admettant que le mot « fonction » ne désigne qu'un cercle d'affaire d'État fixé d'une manière permanente, c'est faire une évidente confusion d'idées d'exiger, pour un serviteur de l'État, que des fonctions déterminées lui soient conférées d'une manière permanente. Dans ce cas, ni le conseiller de gouvernement (Regierungsrath) appelé par intérim au ministère comme auxiliaire, ni l'assesseur (Assessor) chargé de remplacer un Landrath (sous-préfet) élu au Reichstag, ne seraient des fonctionnaires. La qualité de serviteur de l'État peut être conférée à titre durable ou même à vie ; de même aussi une fonction peut être durable, sans qu'on puisse en tirer cette conclusion qu'il faut à tout serviteur de l'État une fonction déterminée conférée à titre durable. Il n'est d'ailleurs pas même admissible que la qualité de serviteur de l'État soit nécessairement durable. Cf. *Maurenbrecher*, § 160 ; *Grotefend*, § 668 ; *Zöpsl* II, § 516. Le Droit public de tous les États allemands et même la loi des fonctionnaires de l'Empire reconnaissent des fonctionnaires nommés à l'essai, sous réserve de dénonciation ou de révocation et même, au § 38, des « fonctionnaires qui sont acceptés pour des affaires d'un caractère transitoire ». Cf. aussi Code pénal, § 359.

(2) Parmi les auteurs récents, cf. surtout *Zorn* I, p. 294 ss. Il pense

lument rien de pratique. Les personnes employées au service de l'État qui administrent les forêts et domaines, les mines et les chemins de fer, les magasins et établissements industriels de l'État, qui enseignent dans les universités ou les gymnases, qui remplissent, comme ambassadeurs, des fonctions diplomatiques, sont toutes des fonctionnaires de l'État, tout autant que les fonctionnaires de police ou les juges (1).

Ensuite cela ne fait aucune différence, pour la notion de fonctionnaire, que les services soient d'ordre supérieur ou d'ordre subordonné, c'est-à-dire qu'ils soient accompagnés de la « decretur », du pouvoir de prononcer des jugements ou d'ordonner des me-

que les fonctions de fonctionnaire consistent toujours à exercer des droits souverains de l'État, et que même les services techniques exécutés par le fonctionnaire sont « théoriquement de nature autoritaire ».

Il n'est impossible de trouver un sens raisonnable à cette opinion, même après les remarques de la deuxième édition, loc. cit. note 21. Les innombrables scribes, calculateurs, greffiers, reviseurs de comptes, trésoriers, les innombrables fonctionnaires qui exécutent des travaux scientifiques, historiques, artistiques, techniques, statistiques ou autres; les professeurs de toute espèce etc... remplissent bien, il est vrai, par opposition à d'autres travailleurs, des fonctions officielles ou publiques, mais non pas des fonctions « autoritaires ». *Jellinek* tombe dans l'extrémité opposée, p. 213 : « Il n'y a, dans une autorité ou un service public, que l'activité impérative, ordonnatrice, directrice qui soit activité d'État. Les services scientifiques, artistiques, techniques demeurent des actions d'individus, qui peuvent être ordonnées, mais non accomplies par l'État. Veiller à ce qu'elles soient exécutées, voilà l'affaire de l'État ; mais la manière dont elles le seront n'est pas son affaire. » Mais n'en est-il pas de même pour les actes « autoritaires » ?

L'État peut-il exécuter un acte quelconque sans « actions d'individus » ? *Jellinek* remarque lui-même aussitôt que, si l'on fait abstraction des organes de l'État l'image de l'État, disparaît elle-même.

(1) *Zöpsfl* II, § 513, note 3 ; *G. Meyer*, *Staatsrecht*, § 143, note 6. La loi des fonctionnaires de l'Empire ne fait aucune différence entre les fonctionnaires investis de fonctions autoritaires et les fonctionnaires investis de fonctions techniques ou économiques.

sures, ou qu'ils consistent seulement à exécuter les ordres de leurs supérieurs. Cela peut être important pour la classification des fonctionnaires et pour l'ensemble des droits qui leur reviennent ; car il va de soi que tous les fonctionnaires sont loin d'avoir la même situation juridique vis-à-vis de l'État ; mais pour la notion de fonctionnaire de l'État il n'y a pas à se demander de quelle nature sont les services qu'exige l'État. Même les garçons de bureau, chauffeurs, portiers, concierges des bâtiments publics, bien que formant une classe particulière, comme employés subalternes, sont des fonctionnaires de l'État, en tant qu'ils sont seulement nommés à un emploi (angestellt), c'est-à-dire qu'ils ne sont pas, vis-à-vis du fisc, dans un rapport de louage de services de Droit privé (1). Pour le Droit de l'Empire la liste des fonc-

(1) Comme le personnel subalterne est très souvent loué comme on loue des domestiques et que les droits reconnus par les lois des États particuliers aux serviteurs de l'État n'étaient, la plupart du temps, réellement assurés qu'aux employés supérieurs, les juristes se sont maintes fois efforcés d'établir une différence théorique entre les fonctionnaires d'État proprement dits et le personnel auxiliaire. Cf. entre autres *Heffter*, Beiträge p. 113 ss. ; *Marquardsen*, Rolteck, Staatslexikon, 3^e édition, I. p. 483 ; *Bluntschli* II, p. 122 ; *Pözl*, Bluntschli und Brater's Staatswörterbuch IX, p. 687 ; *Zachariæ*, § 133 (II, p. 19) ; *Schulze*, Preuss. Staatsrecht I, p. 315 (autre opinion dans son Deutsches Staatsrecht I, p. 319) ; v. *Gerber*, p. 110, note 11. *Maurenbrecher*, § 100, dit : « Ils ne doivent pas être du tout considérés comme serviteurs de l'État, bien que, de nom et en vertu de la forme de leur nomination, ils passent souvent pour tels » (1).

Il peut ne pas convenir à la fatuité bureaucratique que Monsieur le Conseiller et le garçon de bureau appartiennent à la même catégorie juridique ; mais nous avons déjà fait remarquer que ce qui est essentiel pour la qualité de fonctionnaire, ce n'est pas la nature des services, mais la nature du rapport de service (nomination, Anstellung). La loi des fonctionnaires de l'Empire ne distingue pas entre les fonctionnaires supérieurs et les fonctionnaires subalternes de l'Empire et même les « motifs » du 8 avril 1872 (Imprimés du Reichstag de 1872, n° 9, p. 30, 31) repoussent expressément une telle distinction. Le Tribunal d'Empire a

tionnaires d'Empire, publiée par ordonnance du 30 juin 1873 (Bull. des lois, p. 160 ss.), ne laisse aucun doute sur ce point, et reconnaît aux fonctionnaires inférieurs la qualité de fonctionnaires de l'Empire.

Il faut enfin remarquer que le fonctionnaire d'Etat n'a pas nécessairement, dans l'exercice de ses fonctions publiques, sa principale ou même unique vocation. Qu'il fasse d'ordinaire du service de l'Etat sa profession, qu'il regarde l'accomplissement de ses devoirs de service comme la tâche de sa vie, que le droit des fonctionnaires soit par suite un droit professionnel, c'est, politiquement, largement fondé et de multiple signification, c'est même juridiquement important à plus d'un point de vue (1). Mais quand il s'agit d'établir un concept scientifique de Droit

aussi déclaré (Entscheidungen in Civilsachen, tome VI, p. 109) « que la nature du service d'aiguilleur ou de garde-voie n'était pas contraire à l'idée du service de l'Etat ».

(1) La reconnaissance de ce principe a été conquise dans les luttes politiques contre le régime absolutiste et personnel qui faisait des fonctionnaires de simples serviteurs civils ou militaires du prince. Mentionné assez souvent par les auteurs, en particulier dans la dissertation, non sans mérite, de *Heffter* (dans ses *Beiträge zum deutschen Staatsrecht*, p. 106 ss.), ce principe a été exposé de la façon la plus brillante et la plus intéressante par *Perthes*, *Der Staatsdienst in Preussen* (Hamburg 1838), voir surtout p. 44 ss.

Cette monographie, faite d'un point de vue plutôt politique que juridique, a exercé une influence persistante sur les théoriciens qui ont suivi. Le principe revient désormais dans toutes les études portant sur le service de l'Etat, même dans les études purement juridiques, comme, par exemple, dans *v. Gerber*, § 36. C'est encore ce principe que développe, avec de trop grandes phrases, *Lorenz Stein*, et dont il fait le point central, l'essence même de la notion de fonctionnaire, *Verwaltungslehre* I, 1, p. 207 ss.; *Schulze* se range à son opinion, *Preuss. Staatsrecht* I, p. 315, 323 ss.; *Deutsches Staatsrecht* I, p. 317. Mais il n'y a aujourd'hui rien de plus nécessaire au Droit public que de bien reconnaître qu'une déduction juridique ne peut pas être remplacée par des considérations historico-politiques, morales ou sociales.

qui puisse servir à des déductions juridiques, la logique veut que l'on sépare les éléments fondamentaux de tout ce qui n'est pas essentiel à ce concept. Or, il n'est nullement essentiel à l'idée de fonctionnaire que l'ensemble des affaires à lui confiées soit si considérable qu'il absorbe toutes ses forces, accapare toute son activité, constitue sa profession unique ou du moins principale. Une fonction d'Etat peut très bien être l'occupation accessoire d'un fonctionnaire (1).

En ce qui concerne le Droit de l'Empire, tout doute a été également écarté sur ce point par la loi des fonctionnaires de l'Empire, § 38, qui mentionne expressément des fonctionnaires d'Empire « dont le temps et les forces ne sont employés qu'accessoirement à la gestion des affaires qui leur sont confiées ».

Bien que la loi des fonctionnaires d'Empire ne définisse pas l'idée de fonctionnaire, il résulte cependant de celles de ses dispositions dont nous avons parlé, qu'il ne faut pas regarder comme éléments essentiels de cette idée, le traitement, la nomination à un emploi durable, l'exercice de droits souverains autoritaires, l'indépendance dans les mesures et décisions, les fonctions constituant la profession unique, en un mot tous les éléments qu'on cite généralement comme importants et essentiels. Il ne reste

(1) Quelques auteurs contemporains soutiennent que la qualité de fonctionnaire n'est pleine et entière que chez les fonctionnaires de carrière et, que « les conséquences du droit de serviteurs de l'Etat ne s'appliquent pleinement qu'à eux seuls ». *G. Meyer*, *Hirth's Annalen* 1876, p. 670 et *Staatsrecht*, § 143, note 10 ; *Schulze*, *Deutsches Staatsrecht I*, p. 318 ; *Gierke*, v. *Holtzendorff's Rechtslexikon II*, p. 50, article « *Gemeindebeamte* ». Il y accorde qu'il existe des fonctionnaires dont les fonctions publiques ne constituent pas la carrière, mais il évite en même temps d'établir la caractéristique essentielle de l'idée de fonctionnaire. Cf. aussi *Rehm*, *Annalen*, 1885, p. 180 ss.

comme élément caractéristique essentiel, que le rapport de service de Droit public.

Mais ce rapport a besoin d'être juridiquement défini de façon encore plus précise. Nous avons déjà fait remarquer qu'il ne repose ni sur un engagement obligatoire (*obligatorische Verpflichtung*), ni sur un assujettissement (*Unterthänigkeit*). C'est là ce qui va directement contre les théories jusqu'ici en honneur. On ne songeait, jadis, qu'à un rapport de service du genre de ceux du Droit privé (1). Conformément à l'état de choses politique qui régna jusqu'au siècle dernier, on commença par concevoir ce rapport de Droit comme un *precarium* (2).

Mais l'observation que le fonctionnaire doit avoir droit à une récompense fit admettre une location de services (3). Bientôt on trouva que c'était inexact et peu convenable, le service de l'État n'étant pas au nombre des *operæ illiberales*, et l'on passa à l'idée de mandat (4). Cette idée apparut vite comme absolu-

(1) Cf. sur les différentes opinions *Gönnér*, p. 13, ss. ; *Hefster*, loc. cit., p. 128 ss. ; *Zachariæ*, Staatsrecht II, § 135 (on trouve, ibidem p. 15, une riche bibliographie) ; voir surtout l'étude détaillée et approfondie de *Rehm*, Annalen 1884, p. 582 ss.

(2) Comme représentants de cette théorie on cite surtout *Lud-Hugo*, De statu region. Germ. c. III, § 34 ; *Myler ab Ehrenbach*, Hyparcholog, cap. III, § 32 ; *Böhmer*, Exercit. ad Pandectas, p. 767 ss. et dans la « Dissert. de jure princip. circa dimiss. ministr. », Halae, 1716, cap. II, § 16, où sont cités les anciens auteurs qui ont soutenu la même opinion. Les théories de Myler et de Böhmer sont exposées plus en détail par *Rehm*, p. 585-592.

(3) Comme représentants de cette théorie *Rehm*, cite (p. 593 ss.) *Paul Kress*, *Christ. v. Wolff*, *Wilhelm Neumann*, *D. Strube* (Rechtl. Bedenken III^e partie, n^o 144) et enfin *Haller*, Restaur. der Staatswissenschaften II, p. 138. La même conception se trouve dans un jugement de la Cour d'appel de Leipzig à la date du 3 sept. 1863. *Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle*, 1864, p. 81 ss.

(4) Par exemple, *Harprecht*, Conseil. respons, 93, n^o 77 ; *Eyben*, « Dissert. de regalibus », p. 186, § 15 ; Cf. *Rehm*, p. 583, ss. Il trouve déjà

ment inexacte et l'on eût recours à une formule qui ne disait rien du tout, le contrat innommé (Innominatcontract) (1) ; l'on finit par admettre, comme une espèce particulière de contrat, le contrat de service d'Etat (Staatsdienstvertrag) (2).

La conception change avec le judicieux écrit de *Gönnér* « Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet » (1808).

Il réfute énergiquement la conception de Droit privé dans toutes ses nuances et donne pour base au « rapport de service » la puissance d'Etat, le devoir de sujétion (3).

cette théorie, « au moins voilée » dans *Mevius*. Elle paraît encore dans une dissertation de *Schenk*, 1815 (*Rehm*, p. 651) et même encore dans un jugement du Tribunal supérieur prussien du 17 mars 1865. *Entscheidungen*, tome LII, p. 321 ss.

(1) Pour plus d'indications voir *Reim*, p. 603 ss. ; il compte, parmi les partisans de cette théorie, *Westphal* (*Deutsches Staatsrecht*, 1784, *Abhandlung*, 19) et aussi l'auteur (pas nommé) d'une consultation dans les *Staatsanzeigen* de *Schlözer*, cahier 29 de 1785. Même la théorie des privilèges de *Malacord*, *Dissert. de public. officiis*, etc... Göttingen 1788, reviendrait à peu près au même, avec cependant des points de vue nouveaux (d'après les explications que donne *Rehm*, p. 609).

(2) L'étude la plus approfondie, avec réfutation des autres opinions, est celle de *Seuffert*, *vom Verhältniss des Staats und der Diener des Staats* (Würzburg, 1893), p. 16 ss. ; puis celle de v. der *Becke*, *von Staatsämtern und Staatsdienern* (Heilbronn 1797), p. 36 ss. Détails sur ces deux écrits dans *Rehm*, p. 614, s. 622 s. Parmi les partisans de cette doctrine sont : *Emmermann* dans le *Rheinischer Bund* de *Winkopp*, tome IV, p. 421 (*Rehm*, p. 658) ; *Leist*, *Staatsrecht*, § 100 ; *Jordan*, *Lehrbuch* § 72, II (Cf. le passage cité dans *Grotfend*, p. 669, note 2) ; *Kläber*, *Oeffentliches Recht*, § 492, p. 720. *Buddeus* persiste, dans le *Rechtslexikon* de *Weiske*, à admettre un contrat de service d'Etat de Droit privé ; de même *Feuerbach*, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, § 477. Est indécis *Mittermaier*, *Ersch und Gruber's Encyclopedie*. Art. « Amt ».

(3) *Gönnér*, *op. cit.*, p. 27 : « Tout travail pour l'Etat, accompli par un sujet, est service d'Etat », p. 49 ss. : « L'accomplissement des services d'Etat est attaché à la force combinée des sujets. » « Les services

Dès lors cette opinion domina partout. L'obligation de service (*Dienstpflicht*) du fonctionnaire d'Etat fut déclarée « devoir de sujétion élevé à une certaine puissance » et l'on reconnut à l'Etat le droit de forcer ses sujets à entrer à son service (1).

• *Heffler* op. cit., p. 126 admet en principe ce droit de l'Etat, mais il apporte à l'exercice de ce droit quelques restrictions basées sur des raisons d'équité (2). *Perthes* op. cit., p. 52 s., surtout p. 55, soutient cette opinion avec une plus grande rigueur de principe et voit seulement dans l'affluence des candidats au service de l'Etat une raison de prendre celui qui s'offre plutôt que de contraindre celui qui refuse (3). *Dahlmann*, *Politik* (3^e édit., p. 271 ss. (§ 251-255), juge du même point de vue et c'est bien un reste de cette théorie, si les auteurs contemporains regardent presque tous la nomination d'un fonctionnaire d'Etat comme un acte unilatéral de l'Etat (4).

sont comme les impôts soumis aux règles de la science des finances, » p. 56 ss, et surtout 83 ss. « Les services d'Etats sont une charge de l'Etat ; ils sont exigés des particuliers dans la mesure de leurs forces, de leurs talents et de leurs connaissances. » Pour plus de détails *Rehm*, p. 630-650.

(1) Le fonctionnaire ne signe pas un contrat, il remplit son devoir. Il n'y a d'exception que si un étranger est appelé à servir l'Etat ; alors il y a conclusion de contrat. *Gönnér*, p. 93.

(2) Le rapport de droit qui résulte de l'exercice de ce droit coercitif est ensuite conçu par lui comme un rapport de Droit privé, comme une obligation « quasi ex contractu », analogue à la tutelle, de sorte que l'Etat doit au fonctionnaire « quod ex bona fide dare facere oportet », p. 130 ss. Cf. *Rehm*, p. 664. Logiquement cela devrait être aussi pour le fonctionnaire et l'on retombe complètement dans la théorie du contrat de Droit privé. Comme déjà *Seuffert* loc. cit., p. 9 ss. soutient aussi le devoir de tout sujet de servir l'Etat et admet que quiconque est appelé par l'Etat à le servir doit conclure le « contrat de nomination », il s'en suit que cette opinion n'est pas essentiellement différente de celle de *Heffler*. Contrat forcé ou quasi-contrat ; ce n'est qu'une discussion de mots.

(3) Pour plus de renseignements, *Rehm*, p. 668 ss.

(4) *Zachariæ II*, p. 30 (§ 136) ne veut pas reconnaître le droit coer-

Cette théorie repose simplement sur ceci qu'on ne pouvait concevoir de contrat qui ne fût pas obligatoire et qu'on ne pouvait considérer que comme un devoir de sujétion le devoir de service qui ne peut pas être conçu comme contractuel (1). Elle implique en outre, une confusion entre l'établissement du rapport de service d'Etat et la collation d'un emploi. Un emploi, une fonction peut aussi être imposée comme charge de citoyen, comme tour de service, sans qu'il y ait établissement de ce rapport de service. Le devoir d'être juré ou échevin, le devoir d'assurer une tutelle ou des fonctions d'administration propre etc... voilà des exemples qui rendent superflue toute discussion plus étendue. Ils montrent clairement qu'à côté de l'obligation de servir l'Etat résultant d'un contrat de Droit privé, il y a encore deux espèces de rapports de service entre l'Etat et des individus,

citif de l'Etat comme la règle, mais seulement comme n'existant qu'en cas de nécessité, d'après les principes du jus eminens. Il admet donc, en principe, le droit coercitif de l'Etat et en limite seulement l'exercice. *Rehm* donne un exposé de la doctrine de *Zachariae* et de ses nombreux partisans, p. 674 ss.

(1) Déjà *Schmittenner*, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts*, Giessen, 1845, p. 509, faisait cette juste remarque : « Lorsque qu'il n'y a pas acquisition d'emploi par droit de naissance, le rapport organique de service d'Etat s'établit au moyen d'un contrat. Le service de l'Etat n'est pas, comme le service militaire obligatoire, un devoir que le chef de l'Etat puisse imposer par ordre et en vertu des lois. — Si certains auteurs, comme par exemple *Hegel* (*Rechtsphilosophie*, § 75, p. 294, se déclarent contre cette manière de voir, cela provient simplement de ce qu'ils identifient le contrat en général avec une espèce particulière de contrat, le contrat du droit pécuniaire abstrait ou contrat obligatoire. Ce n'est pas un rapport d'obligation que fonde le contrat de service conclu avec l'Etat, c'est un contrat de sujétion public et par suite organique, comme le montre déjà ce fait que l'Etat acquiert par là non pas un simple droit de poursuite civile, mais un droit de commandement et de contrainte ». De même *Welcker* dans le *Staatslexikon*, tome XII, art. « *Staatsdienst* », p. 300. Sur la théorie de *Schmittenner*, cf. d'autre part *Rehm*, p. 679 ss.

l'exercice de fonctions d'Etat en vertu de la sujétion à l'Etat et l'exercice de fonctions d'Etat en vertu de l'entrée au service de l'Etat. La première espèce de rapport est le contraire du rapport qui lie le fonctionnaire à l'Etat, elle s'établit sans qu'il soit besoin de consentement; la seconde espèce s'établit en vertu d'un consentement (1). Les deux espèces ont d'ailleurs des points communs: la délégation de la puissance d'Etat au détenteur de l'emploi dans le ressort spécial de cet emploi, la responsabilité de l'exercice régulier et légal de la puissance d'Etat, l'obligation d'obéir dans le service aux dispositions prises légalement par l'autorité supérieure, la protection de l'Etat contre les attaques, les injures, la résistance dans l'exercice des fonctions, l'application des prescriptions du Droit pénal relatives aux crimes et délits commis dans le service.

Mais le rapport juridique entre l'Etat et le détenteur de fonctions est différent dans ces deux cas. C'est ce qui apparaît déjà dans ce fait que le rapport de Droit entre l'Etat et le fonctionnaire subsiste encore quand ce dernier n'exerce effectivement aucune fonction; tandis que celui qui exécute des services pour l'Etat, en vertu de son devoir de sujet, ne garde les droits et devoirs attachés à l'exécution de ces services qu'autant qu'il exerce réellement une fonction. L'exercice d'une fonction est bien le but du contrat de service, mais ce qui est essentiel à la notion de fonctionnaire, ce n'est pas l'exercice réel d'une fonction, mais l'obligation d'en exercer une; il y a aussi des fonctionnaires à la disposition de

(1) Cf. aussi sur le devoir de service envers l'Etat, opposé à l'obligation légale résultant d'un contrat de louage (ancien Droit), la dissertation de *W. Sickel*, *Die Entstehung des Schöffengerichts*, dans la publication périodique de la fondation Savigny pour l'histoire du Droit, tome VI, *Germanist. Abtheilung*, 1885, p. 10 ss.

leur chef de service. Le devoir de service contractuel correspond à l'exercice réel d'une fonction, comme l'obligation du service militaire correspond au service militaire actif ou comme le devoir judiciaire légal à l'exercice réel des fonctions de juré ou d'échevin (1).

Le rapport de service du fonctionnaire de l'Etat repose sur un contrat par lequel, tout à fait comme dans l'ancienne commendation, le fonctionnaire se « voue » à l'Etat, contracte un devoir particulier de service et de fidélité, s'engage à un dévouement par-

(1) Pour la compréhension du Droit des fonctionnaires, la distinction théorique bien nette entre exercice de fonctions et rapport de service est comme une espèce de clé ; c'est de la confusion de ces deux points de vue que proviennent les nombreuses obscurités et contradictions intimes qui se rencontrent dans la plupart des exposés du droit des fonctionnaires. La distinction a d'abord été exactement établie dans un écrit de *Meisterlin*, *Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen*, Cassel 1838, écrit passé inaperçu et qui était tout à fait oublié, lorsque *Rehm*, *op. cit.*, p. 552 ss., le découvrit de nouveau. On trouve ensuite une caractérisation exacte du contrat de nomination dans *Seydel*, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873, p. 95 ss. Depuis l'apparition de cet ouvrage (tome I) beaucoup d'auteurs se sont rangés à cette opinion que la nomination au service de l'Etat n'est pas du tout identique à la collation d'une fonction d'Etat ; v. g. *Gareis Allgemeines Staatsrecht*, § 64 ; *Gaupp*, *Wurttemb. Staatsrecht*, § 29, *Löning*, *Verwaltungsrecht*, § 25 ss ; *Haarseim*, *op. cit.* ; *Jellinek*, p. 170s. ; et d'autres encore. Ce point de vue est surtout traité avec soin dans la monographie de *Rehm* que nous avons citée ; cf. particulièrement *Annalen*, 1885, p. 160 ss. *Rehm* appelle fonctionnaire de l'Etat quiconque exercé une fonction d'Etat (n'importe en vertu de quel fondement de Droit), et il appelle serviteur de l'Etat quiconque s'est engagé à exécuter des services officiels, qu'il soit d'ailleurs fait usage ou non de ses services. Cette distinction serait bonne et de nature à empêcher des erreurs, si elle correspondait à l'usage courant de la langue et à la terminologie des lois. Mais ce n'est malheureusement pas le cas, grâce aux obscurités qui ont régné sur ce sujet jusqu'à notre époque. Au contraire de la distinction que nous venons de développer, les exposés de *Schulze I*, § 128 ss., et surtout de *Zorn* § 10, reposent sur une confusion prolongée entre fonction et service.

ticulier, à une obéissance particulière, et par lequel l'Etat accepte cette promesse, ainsi que le rapport de puissance particulier qui lui est offert et assure en retour au fonctionnaire protection et, d'ordinaire aussi, entretien.

Mais l'entrée au service de l'Etat diffère de la commendation du Droit féodal et d'autres contrats analogues du Droit privé (1) par la détermination et le but des services promis. Le fonctionnaire ne promet pas des services dans l'intérêt privé d'un maître quelconque et en faveur de ses avantages individuels ; il voue ses services à l'accomplissement des tâches propres de l'Etat, au bien général de l'Etat. Ce n'est pas sans motif que le Droit prussien (II^e partie, titre 10, § 1) commence la réglementation du Droit des serviteurs d'Etat par cette proposition :

« Les serviteurs militaires et civils sont principalement destinés à aider au maintien et au progrès de la sûreté, du bon ordre et de la prospérité de l'Etat. »

Mais ils n'y sont pas destinés seulement de façon objective ou passive ; ils s'y sont destinés eux-mêmes par une décision propre. Ils se sont volontairement offerts à l'Etat pour l'aider à assurer sa prospérité. La réglementation de ces services, de leur nature et de leur étendue, se fait donc d'après l'intérêt et l'ordre juridique de l'Etat, non pas par fixation contractuelle et non pas non plus suivant le bon plaisir individuel et le caprice personnel. En ce qui concerne des buts que l'Etat ne reconnaît pas comme siens, des affaires qui n'ont pas leur justification dans la législation et l'organisation de l'Etat, des services sans rapport aucun avec le soin de la prospérité publique, le fonctionnaire de l'Etat n'a pris aucun en-

(1) Par exemple l'entrée de chevaliers libres dans la ministérialité. Cf. v. *Zallinger*, *Die Schöffenbarfreien des Sachsensp.* 1887, p. 263 ss.

gagement; et encore moins a-t-il pris des engagements pour des actes ou des buts que l'Etat interdit ou exclut. Là est le principe qui permet de fixer les limites jusqu'où s'étend l'obéissance du fonctionnaire; là est le moyen de concilier ces deux propositions que le devoir de service du fonctionnaire est indéterminé, sans limites fixes, embrasse toute sa personnalité, et que cependant il n'est pas obligé d'exécuter n'importe quels autres services comme services « officiels » (amtliche).

Par cette détermination des buts proposés pour les services des fonctionnaires le contrat conclu par eux avec l'Etat relève du Droit public; cette détermination des buts fait qu'il peut être jugé selon des points de vue de Droit public et seule différencie la situation juridique des fonctionnaires de l'Etat de celle des fonctionnaires techniques ou économiques des personnes privées juridiques et physiques (1).

II. — D'après le concept ci dessus défini, les fonctionnaires de l'Empire se distinguent des fonctionnaires des Etats simplement par ceci que les premiers sont en rapport de service avec l'Empire (Empereur) et les seconds en rapport de service avec un Etat particulier (souverain particulier); c'est ce qu'on exprime extérieurement en disant qu'ils sont nommés, les premiers par l'Empereur (Constitution de l'Empire art. XVIII) ou, au nom et sur délégation de l'Empereur, par une autorité d'Empire, les seconds par leur souverain particulier ou, en son nom et sur sa délégation, par une autorité d'Etat (2). La diffé-

(1) Ces points de vue sont également développés dans la dissertation de *Rehm*, étudiés dans toutes leurs conséquences et défendus contre les opinions opposées.

(2) Opinion de *G. Meyer*, § 144, note 1 et d'autres encore. Par contre *Rehm* qui conçoit le caractère juridique général de l'Empire de la même manière que *Seydel*, c'est-à-dire fait de l'Empire une association du do-

rence des « maîtres de service », qui naturellement implique différence de l'un des contractants, constitue le critérium. C'est pour cela aussi que seuls les autorités et les fonctionnaires nommés par l'Empereur doivent être qualifiés d'« impériaux » (kaiserliche) (1).

Cependant la loi de l'Empire du 31 mars 1873, § 1, dispose : « Est fonctionnaire de l'Empire, au sens de cette loi, tout fonctionnaire qui est nommé par l'Empereur ou qui est, aux termes de la Constitution de l'Empire, tenu de donner suite aux ordres de l'Empereur (2). »

Il y a donc deux classes de fonctionnaires de l'Empire, au sens de cette loi.

1^o La première classe comprend les fonctionnaires d'Empire nommés par l'Empereur ou en son nom en vertu d'une délégation. Comme l'art. XVIII de la Constitution de l'Empire dispose que « l'Empereur nomme les fonctionnaires de l'Empire », la définition de cette classe ne signifie rien. Il peut bien y avoir des autorités d'Empire que l'Empereur ne nomme pas ou ne nomme pas exclusivement, mais, pour les fonctionnaires d'Empire, il va de soi, d'après l'art. XVIII, qu'ils sont nommés par l'Empereur ou

maine du Droit international, *Rehm* arrive à cette conclusion logique que le service de l'Empire n'est qu'un sous-genre ou un cas d'application du service d'Etat. Cf. *Annalen* 1885, p. 69 ss. Sur les rapports de service contre l'Empire et les officiers voir plus loin l'exposé de l'organisation militaire. A signaler ici, comme une singularité, ce fait que les membres du Sénat bavarois de la Cour militaire de l'Empire sont nommés par le roi de Bavière, et que cependant le Sénat bavarois est une partie de cette Cour.

(1) Décret du 3 août 1871, chiffre 1. Bulletin des lois de l'Empire, p. 318.

(2) Cette définition est textuellement empruntée à la loi du 2 juin 1869, sur les cautions des fonctionnaires fédéraux, § 1 (Bull. des lois fédérales, p. 161); avec cette différence, naturellement, que dans cette loi il y a « *præsidium fédéral* » au lieu d'« Empereur ».

en son nom en vertu de la délégation impériale. La première catégorie du § cité ne dit pas autre chose que ceci : Est fonctionnaire d'Empire, au sens de cette loi, tout fonctionnaire qui est fonctionnaire d'Empire.

La définition du § 1 ne revêt une signification pratique que si l'on y adjoint la deuxième catégorie.

2° La 2^e classe comprend des personnes qui ne sont pas fonctionnaires d'Empire, mais fonctionnaires des Etats particuliers et qui, cependant, aux termes de la Constitution de l'Empire, sont tenus de donner suite aux ordres de l'Empereur. Le § 1 veut dire : Cette loi s'applique non seulement aux fonctionnaires d'Empire, mais aussi aux fonctionnaires des Etats particuliers qui... etc. etc... Les lois du 2 juin 1869 et du 31 mars 1873 ont supprimé, en partie, les inconvénients qui devaient résulter des dispositions de la Constitution de l'Empire sur la nomination des fonctionnaires des Postes et Télégraphes et sur l'organisation militaire. Les fonctionnaires des Postes et Télégraphes énumérés à l'art. L, section 5 de la Constitution de l'Empire sont nommés, non par l'Empereur, mais par les souverains particuliers, à moins que des conventions spéciales ne légitiment une exception. Ce sont donc des fonctionnaires d'Etat particulier (1).

(1) C'est ce qui a été expressément reconnu par le président de l'Office du Chancelier de l'Empire lors de la discussion de la loi des fonctionnaires, au Reichstag de 1868 (comptes rendus sténogr., p. 556) ; et aussi dans un arrêt du ministre de l'Intérieur prussien du 9 juillet 1869 (Ministerialbl. für die preuss. innere Verwaltung, 1869, p. 161). La Cour suprême (Kammergericht) de Prusse s'est également exprimée dans ce sens par jugement du 1^{er} nov. 1869 (même Ministerialblatt 1870, p. 52). Après la promulgation de la loi des fonctionnaires d'Empire, la même proposition a été maintenue avec ses conséquences par la Cour disciplinaire impériale, dans sa décision du 2 avril 1874 (Centralblatt für das Deutsche Reich, 1874, p. 145 ss.). Le II^e Sénat du Tribunal supé-

De même, l'administration militaire et la nomination des fonctionnaires militaires ont été laissées aux États particuliers, autant que des conventions spéciales n'en disposent pas autrement. (Art. LXVI).

Néanmoins ces fonctionnaires sont soumis à la loi des fonctionnaires d'Empire comme étant « tenus, aux termes de la Constitution, à donner suite aux ordres de l'Empereur ».

La clause en excepte les fonctionnaires des Postes et Télégraphes en Bavière et en Wurtemberg et les fonctionnaires militaires en Bavière, à cause des droits particuliers reconnus à ces États par la Constitution, en ce qui concerne l'administration des Postes et Télégraphes et l'Administration de l'armée.

L'art. I. de la Constitution de l'Empire contient cette disposition expresse que tous les fonctionnaires des Postes et Télégraphes sont tenus de donner suite aux ordres de l'Empereur. Par contre, la Constitution de l'Empire ne contient pas de disposition semblable, en ce qui concerne les fonctionnaires militaires.

L'art. LXIII donne à l'Empereur, en temps de guerre et en temps de paix, le « commandement » de toute la force armée de l'Empire et l'art. LXIII oblige toutes les « troupes allemandes » à obéir sans condition aux ordres de l'Empereur.

Le ministre des Postes et Télégraphes de l'Empire a bien expliqué, dans le jugement du 5 mars 1874 (Entscheidungen, tome XIII, p. 29 ss.), qu'à dater de l'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 1873, les fonctionnaires des Postes non nommés par l'Empereur devenaient fonctionnaires d'Empire ; mais il faut y adjoindre cette formule restrictive : « au sens de cette loi ». De même le Tribunal d'Empire, Entscheidungen in Civilsachen, tome I, p. 309. Enfin le Tribunal d'Empire s'est rangé à l'opinion développée dans notre texte par un jugement du 26 octobre 1880 (Entscheidungen in Civilsachen, tome II, p. 102 ss.). — *Perels et Spilling*, p. 6 ss. ne sont pas de cet avis ; mais il est partagé par *Sydow*, v. *Stengel's Wörterbuch* II, p. 294 (Art. « Post-und Telegraphenbeamte »).

Mais le commandement militaire suprême n'est pas identique à la direction de l'administration de l'armée. Néanmoins, il est hors de doute que les lois du 2 juin 1869 et 31 mars 1873 s'appliquent aux fonctionnaires militaires (sauf à ceux de la Bavière) (1).

Par contre, il ne faut pas faire entrer dans les dispositions de la loi des fonctionnaires d'Empire, les fonctionnaires des États particuliers qui appliquent, il est vrai, les lois de l'Empire et les décisions du Bundesrath et dont l'activité est soumise à la haute surveillance de l'Empire, mais qui, en leur service, ne sont pas dans un rapport de subordination envers les autorités supérieures d'Empire et par suite envers l'Empereur ; ce sont, par exemple, les fonctionnaires de l'administration des douanes, des Chemins de fer, des Offices maritimes, etc. (2).

L'ordonnance du 29 juin 1871 (Bull. des lois, p. 303) appelle, dans le titre, les fonctionnaires d'Empire, nommés par l'Empereur, fonctionnaires directs (3) ; le décret souverain du 3 août 1871 (Bull. des lois, p. 318) les appelle fonctionnaires impériaux. Par opposition, les fonctionnaires de la deuxième catégorie, citée au § 1 de la loi des fonctionnaires d'Empire, sont des « fonctionnaires indirects de l'Empire » (4), appellation qui est passée dans l'usage (5).

(1) Cf. les motifs de 1873, p. 30. La loi d'Empire du 31 mars 1873, § 120 ss. les mentionne expressément ; de même le catalogue des fonctionnaires de l'Empire du 30 juin 1873 (Bull. des lois p. 169) ; cf. aussi l'ordonnance du 5 juillet 1871 (Bull. des lois, p. 308), etc...

(2) Il est dit dans les motifs : il ne s'agit (au § 1) que des fonctionnaires occupés dans une des branches d'administration dirigées directement par l'Empire.

(3) De même déjà l'ordonnance du 3 décembre 1867 (Bull. des lois, p. 327).

(4) On pourrait dire aussi : fonctionnaires d'Empire des chefs d'États particuliers (landesherrlich).

(5) Cf. le jugement, déjà cité, de la Cour disciplinaire (Centralblatt, 1874, p. 145).

Il faut donc bien distinguer les fonctionnaires indirects de l'Empire de ceux des fonctionnaires d'Etat particulier qui sont employés dans une branche d'administration où les droits de l'Empire sont limités à la législation et à la haute surveillance (1).

3° Des dispositions légales particulières ont attribué les droits et les devoirs des fonctionnaires d'Empire.

a) Aux employés du Reichstag. Loi du 31 mars 1873, § 156 ;

b) Aux employés de la Banque d'Empire. Loi du 14 mars 1875, § 28.

4° Théoriquement, les fonctionnaires locaux d'Alsace-Lorraine sont aussi fonctionnaires d'Empire. La loi du 31 mars 1873 a été étendue à la situation juridique des fonctionnaires locaux d'Alsace-Lorraine qui touchent un traitement sur la caisse de ce pays et à la situation juridique des maîtres et maîtresses enseignant dans les écoles publiques (loi du 23 déc. 1873) (2).

La distinction entre fonctionnaires d'Empire et fonctionnaires d'Alsace-Lorraine n'a d'importance juridique qu'au point de vue financier (3). Il en est de même pour les fonctionnaires coloniaux.

(1) L'appellation « fonctionnaires indirects de l'Empire » serait aussi en soi applicable à ces fonctionnaires.

(2) Bull. des lois pour l'Alsace-Lorraine, p. 479. Par exception la loi ne s'applique pas aux membres de congrégations religieuses qui occupent des emplois au service de l'Etat ou dans des établissements d'instruction publics (Loi du 23 déc. 1873, art. IX). La loi a été déclarée, avec quelques modifications, applicable aux professeurs de l'Université de Strasbourg par la loi du 18 juin 1890 (Gesetzblatt für Elsass-Lothringen, p. 37).

(3) Les fonctionnaires employés dans l'administration d'Alsace-Lorraine sont-ils des fonctionnaires d'Empire ou des fonctionnaires d'Etat ? on répond à cette question suivant la conception que l'on a de la situation juridique du Pays d'Empire dans l'Empire, et par conséquent il y a controverse (cf. plus loin, § 67, 68). Ce sont des fonctionnaires d'Em-

5° La loi d'Empire du 31 mars 1873 ne s'applique pas aux militaires, excepté les dispositions des §§ 131-148, sur la responsabilité des comptables (Defecte) (1). Bien que les officiers entrent dans la notion abstraite de fonctionnaire de l'État, il y a, dans la discipline militaire et l'organisation de l'armée, des motifs pour que la situation juridique des officiers et sous-officiers dans le service soit soumise à d'autres règles que celle des fonctionnaires civils et militaires.

§ 45. — *La nomination des fonctionnaires de l'Empire.*

I. — La théorie la plus répandue veut que les rapports entre l'État et ses serviteurs reposent sur un acte unilatéral de l'État. *Gönnér, Hessler, Perthes, Dahmann (op. cit.)*, développant logiquement leur théorie que l'acceptation d'un emploi est un devoir, ont regardé la nomination d'un fonctionnaire comme un acte émanant de la souveraineté publique (2).

pire pour *Stengel*, *Annalen*, 1876, p. 903, rem. 1 ; *Zorn* I, p. 304 ; *Meyer*, § 144, note 4 ; cf. aussi *v. Rönne* I, p. 79. — *Löning*, *Verwaltungsrecht*, p. 77, 78, dit que ce sont des « fonctionnaires indirects de l'Empire, comme les fonctionnaires provinciaux sont des fonctionnaires indirects de l'État ». Ce sont des fonctionnaires d'État selon : *Thudichum*, *Annalen*, 1876, p. 269 ; *Leoni*, *Oeffentl. Recht von Elsass Lothringen* I, § 46 ; *Rehm*, *Annalen*, 1885, p. 71. Si *Schulze*, *Deutsches Staatsrecht*, § 379, en fait également des fonctionnaires d'État, bien qu'il ne reconnaisse pas au Pays d'Empire le caractère d'un État, cela s'explique par la nature de son traité qui est une compilation. La question n'a pas d'importance pratique, puisque tout ce qui concerne les fonctionnaires d'Alsace-Lorraine est réglé par des lois particulières d'ailleurs en harmonie avec celles qui s'appliquent aux fonctionnaires d'Empire en général.

(1) Loi d'Empire du 31 mars 1873, § 157 (voir plus loin, § 48).

(2) *Perthes*, loc. cit., p. 55 : « L'acceptation d'une fonction ne repose

Mais, même les juristes, qui repoussent en principe le droit qu'aurait l'État de contraindre à entrer à son service, croient fermement que la nomination d'un fonctionnaire n'est pas un contrat, mais un acte de volonté unilatéral de l'État. Le décret de nomination, dit-on, a le caractère juridique d'un privilège, d'une *lex specialis* (1).

Mais, même en faisant abstraction de ce fait que la forme législative n'est pas appliquée pour les décrets de nomination, on ne peut pas méconnaître que, même matériellement, la nomination d'un fonctionnaire de l'État n'est pas un acte de législation, mais un acte de gestion (Rechtsgeschäft).

Le souverain, qui fournit les activités nécessaires au service de l'État en nommant des fonctionnaires, exécute ainsi des actes d'administration publique, mais il n'établit pas une règle de Droit particulière pour chaque cas. Comme presque tous les actes de l'administration, les nominations se font sous forme de décret (Verfügung); mais un décret de ce genre n'est pas une ordonnance (Verordnung), au sens technique.

C'est donc véritablement changer l'idée de loi en pas sur un contrat, car un devoir ne cesse pas d'être devoir, lorsque celui auquel il incombe le remplit avec joie... Aussi celui que choisit le chef de l'État est tenu d'accepter l'emploi et il n'y a pas à tenir ici plus de compte du consentement que dans le paiement des impôts ou l'observation d'autres devoirs de sujets. »

(1) Ainsi Zöpfl, Staatsrecht II, § 515; Zachariæ II, § 135 (p. 27); v. Gerber, § 37; Bluntschli, Allgem. Staatsrecht II, p. 124 (qui croit cependant qu'il n'y a pas lieu d'employer l'expression de loi spéciale, parce que, en règle générale, ce n'est pas le corps législatif qui prononce la nomination); Pözl, Staatswörterbuch, tome IX, p. 688 et Bayer. Verfassungsrecht, § 199, note 2 (p. 495); v. Rönne, Preuss. Staatsrecht II, 1, § 328. Cf. aussi Maurenbrécher, § 161; Grotefeud, § 673; Schulze, Preuss. Staatsrecht I, § 99. Même Schmitthenner qui conçoit cependant la nomination comme un contrat de Droit public, attribue quand même au décret de nomination (p. 506) le caractère d'une *lex specialis*.

son contraire pour une simple formule scholastique que de dire que les millions de décrets, nommant des fonctionnaires, sont autant de lois spéciales. D'ailleurs, on ne peut invoquer cette formule que pour les fonctionnaires de l'État, puisque l'État seul peut faire des lois ; et cependant la nomination de fonctionnaires de l'État et la nomination de fonctionnaires communaux, ecclésiastiques, privés, sont théoriquement partie d'une même catégorie. La nomination d'un employé de chemin de fer pour un chemin de fer privé est une affaire juridique, et pour un chemin de fer de l'État ce serait un acte législatif ! Le garde-forestier royal tiendra son emploi d'une *lex specialis* et le garde-forestier seigneurial tiendra le sien d'un contrat ! On reconnaît aux fonctionnaires des villes et des communes rurales la qualité de fonctionnaires indirects de l'État et, en tout cas, ce sont des fonctionnaires publics ; les communes ont-elles donc aussi le droit de faire des lois spéciales et exercent-elles ce droit en nommant les fonctionnaires communaux ou bien concluent-elles, en nommant leurs fonctionnaires, une convention avec ces derniers ? Comme c'est incontestablement ce dernier cas qui est le vrai, la théorie de la *lex specialis* ne convient donc évidemment pas aux fonctionnaires indirects de l'État.

On appuie cette théorie sur ce fait que, dans le cas d'une nomination de fonctionnaire d'État, il n'y a généralement pas de place pour une convention libre à intervenir entre les contractants ; obligations et devoirs de l'emploi et, d'autre part, droits du fonctionnaire à un traitement, à une pension, au titre et au rang, etc... sont fixés, dit-on, par des règles objectives et ne peuvent pas être modifiés par des conventions spéciales ; ce n'est donc pas un contrat qui est conclu, c'est une fonction déjà constituée en idée

qui est conférée au fonctionnaire (1). Il faut d'abord répondre à cela ce qui a été développé plus haut, à savoir que la collation d'une fonction, d'un emploi, est autre chose que la nomination d'un citoyen au service de l'État ; et ensuite qu'il y a cependant des fonctionnaires avec lesquels l'État convient, partiellement du moins, des droits qu'ils posséderont.

Mais, surtout, il est sans importance, pour la nature juridique de l'acte de nomination, de savoir quelle liberté est laissée pour la convention volontaire fixant le contenu de ce rapport de Droit. Quiconque donne une lettre à la poste pour qu'elle la transmette conclut certainement un contrat avec la poste, et, cependant, le contenu de ce contrat est immuablement fixé dans tous les sens. Ce qui, seul, est d'importance pour l'idée de contrat, c'est de savoir si le libre consentement des contractants est nécessaire pour la conclusion d'une affaire juridique ; mais le contenu du rapport de Droit, créé par cet acte, peut être immuablement fixé et comme stéréotypé (2).

C'est même précisément un fait qui parle directement contre la théorie de la *lex specialis* que, pour la nomination d'un fonctionnaire, il ne puisse pas être établi de principes propres et particuliers, que les droits et les devoirs du fonctionnaire soient objectivement fixés et que, pour les juger, on n'ait pas à

(1) *Gönnér*, p. 84, 87 ; *Heffler*, loc. cit., p. 129, 130 : « La fonction n'est pas créée par un contrat, par une « *conventio* », elle existe déjà et elle est seulement mise en exécution, chaque fois, par un acte gouvernemental, pour un individu déterminé à chaque nouvelle nomination. » Cf. aussi *L. Stein Verwaltungslehre I*, 1, p. 239 ss.

(2) Quand *Bluntschli*, op. cit., p. 124, note 5, prétend « que le fait de demander à quelqu'un s'il accepte un emploi et le fait par celui-ci de s'engager ne constituent pas encore de contrat », il est bien permis de se demander pourquoi pas, puisque l'offre et l'acceptation amènent d'ordinaire la conclusion d'un contrat.

considérer l'acte de nomination, mais les lois générales de l'État.

Les auteurs contemporains ont abandonné l'expression de *lex specialis* ou de *privilegium*, mais ils n'en ont pas moins maintenu souvent cette théorie que la nomination a lieu par un acte unilatéral du chef de l'État qu'ils qualifient de décret ou d'un nom semblable (1).

Pour soutenir cette théorie, on dit, soit que l'idée de contrat n'est pas applicable à l'établissement d'un rapport de Droit entre l'État et le particulier qui ne sont pas sujets de droits égaux, soit que la collation de droits souverains à des individus, par contrat, est en principe impossible. Le premier de ces deux arguments repose sur une limitation, inspirée uniquement du Droit privé et véritablement arbitraire, de l'idée de contrat. L'État n'impose à personne l'obligation de se vouer au service de l'État ; si quelqu'un doit prendre l'engagement de le servir, il faut pour cela

(1) Cf. par ex. *Zorn*, op. cit. ; *Gierke*, Rechtslexikon II, p. 53 (Article : Gemeindebeamte) et *Schmoller's Jahrb.* VII, p. 1156 ; *Schulze*, Deutsches Staatsrecht I, § 129, p. 321 ; *G. Meyer*, § 143, note 18 ; surtout, avec une argumentation détaillée, *O. Mayer* dans l'*Archiv für öffentliches Recht*, tome III, p. 41 ss. ; et *Verwaltungsrecht* II, p. 221 ; puis *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht II, p. 27 ss. ; *Harseim*, op. cit., I, p. 138 ; *Leoni*, op. cit., § 47 ; *Radnitzky*, Parteiwillkür im öffentl. Recht, p. 72 ss. ; *Tezner*, Grünhut's Zeitschrift, tome XXI, p. 66 ss., et d'autres. L'argumentation de ces auteurs revient à dire que la nomination à une fonction d'État est un acte unilatéral de souveraineté publique dont l'admissibilité ou l'efficacité dépend de la soumission volontaire de celui qui est nommé. Mais on réfute cette manière de voir en alléguant que la nomination au service de l'État est du même genre que la nomination au service des communes, corporations, établissements, etc., qui cependant ne sont pas capables d'actes de souveraineté publique. D'ailleurs la simple « soumission » à l'acte de souveraineté publique ne suffit pas du tout, puisque le fonctionnaire n'est pas contraint à un simple « pati » ou « non facere », mais au contraire s'engage à des actes positifs, à une activité réelle.

qu'il déclare que c'est sa volonté; il ne suffit pas d'une décision de l'Etat seul, il faut une déclaration unanime des deux intéressés, un consentement portant sur la collation et l'acceptation d'obligations réciproques, ainsi donc un acte bilatéral, et c'est là précisément un contrat. Le contrat n'est pas un concept de Droit privé, c'est un concept de Droit général.

Le second argument repose sur la confusion, souvent dénoncée, entre la nomination (entrée au service de l'Etat, fondement du devoir de service) et la collation d'un emploi (utilisation pour le service de l'Etat); la collation d'emploi qui peut accompagner, précéder ou suivre le contrat d'entrée au service de l'Etat, se fait en effet régulièrement par décision unilatérale du gouvernement; mais elle ne fonde point le devoir de service, elle le suppose. D'ailleurs, lors même que le gouvernement confère un emploi, il ne s'agit pas toujours, ni même dans la plupart des cas, d'une délégation de « droits de souveraineté » (1).

Il y a une analogie entre ce contrat de Droit public et la collation (exposée au § 18 ci-dessus) de la nationalité d'Etat.

L'un et l'autre créent un rapport de subordination et de puissance, seulement ce rapport a, dans le contrat de nomination, un contenu beaucoup plus intensif. Le décret de nomination correspond aux lettres de naturalisation ou d'admission et a, sous

(1) La théorie soutenue ici de la nature contractuelle de la nomination a trouvé de nombreux partisans; v. g. *Seydel*, *Allgem. Staatslehre*, p. 59 ss., et *Bayer*, *Staatsrecht II*, p. 184; v. *Stengel*, *Annalen* 1876, p. 897 ss.; *Gareis*, p. 164 ss.; *Gaupp*, *Württemb. Staatsrecht* (2^e édit.), p. 141; v. *Sarwey*, *Württemb. Staatsrecht II*, p. 276; *Löning*, *Verwaltungsrecht*, § 25; *Endemann*, *Recht der Eisenbahnen* 1886, p. 107 et 110 ss.; *Jellinek*, p. 199 ss., et d'autres; mais cette théorie a été surtout développée et les objections qu'elle a soulevées réfutées à fond dans la monographie souvent citée de *Rehm*, *Hirth's Annalen* 1885.

l'accomplissement de l'effet juridique, exactement la même importance.

II. — A la nomination des fonctionnaires directs de l'Empire s'appliquent les règles de Droit suivantes :

1° Le droit de nommer des fonctionnaires au nom de l'Empire appartient à l'Empereur, en sa qualité de directeur des affaires gouvernementales de l'Empire. Constitution. Art. XVIII.

Il est tenu d'observer, en cette matière, les lois de l'Empire ; il ne peut pas conclure, par conséquent, le contrat de nomination avec des conditions arbitrairement convenues ; il ne peut pas conférer aux fonctionnaires de l'Empire des droits plus considérables, ni, d'autre part, leur assigner une situation plus défavorable que ne le comportent les lois de l'Empire. Le contrat de nomination ne peut être conclu que par l'Empereur ou sur son ordre ; cela ne veut pas dire que le Bundesrath n'ait pas le droit de présentation ou ne doive pas être entendu préalablement à la nomination de certains fonctionnaires (1).

De même que l'Empereur a le droit, pour toutes les affaires gouvernementales, de déléguer à leur gestion les autorités légalement constituées, de même il peut confier par délégation, à des autorités d'Empire, le soin de nommer des fonctionnaires d'Empire (2). Le Chancelier de l'Empire, en sa qualité de ministre impérial, est compétent pour des actes de ce genre, tant que l'Empereur ne se les est pas réservés en propre ou n'en a pas chargé, par ordre spécial, une autre autorité de l'Empire.

Aux termes de l'ordonnance du 23 nov. 1874, § 2

(1) Voir ci-dessus, p. 230 et *G. Meyer*, § 145, I.

(2) L'art. XVIII de la Constitution ne contient aucune disposition négative ou restrictive de ce droit.

134 L'ORGANISATION DE LA PUISSANCE D'EMPIRE

(Bull. des lois, p. 135) doivent être directement nommés par l'Empereur.

a) Les membres des autorités supérieures de l'Empire (1), ainsi que les fonctionnaires d'Empire qui, par leur situation de service, ont le pas sur celles-ci ou leur sont coordonnés.

b) Les consuls, aussi bien les consuls de profession que les consuls électifs.

Pour tous les autres fonctionnaires de l'Empire, la nomination est prononcée (d'après le § 3, *loc. cit.*) au nom de l'Empereur par le Chancelier de l'Empire ou par les autorités auxquelles il en a donné le pouvoir. Le Chancelier a donc, sur ce point, un « pouvoir de substitution » général. Si une règle divergente est établie par loi d'Empire ou par convention (2), elle reste, cela va sans dire, en vigueur (§ 4). Les lois de l'Empire contiennent souvent des dispositions qui défèrent tantôt au Chancelier, tantôt aux chefs des autorités, la nomination de certains fonctionnaires (3).

(1) La liste de ces autorités est au Bull. des lois 1874, p. 136 ss. ; elle n'est plus complète à présent.

(2) Ceci ne se rapporte qu'aux fonctionnaires indirects de l'Empire (fonctionnaires militaires, ou des Postes et Télégraphes).

(3) Exemples : La loi du 12 juin 1869, § 4 défère au Chancelier de l'Empire la nomination des secrétaires du Tribunal supérieur de commerce de l'Empire, et au président de la Cour la nomination des autres fonctionnaires subalternes et inférieurs. La loi du 23 mars 1873, § 11, section 2, donne au président de l'Administration de la Caisse des Invalides de l'Empire, la nomination du personnel du bureau (y compris par conséquent les secrétaires). Au contraire la loi du 27 juin 1873, § 2 réserve au Chancelier de l'Empire la nomination des fonctionnaires subalternes et inférieurs de l'Office des chemins de fer de l'Empire. — Il semble donc bien qu'il n'y a pas de principe établi, puisque trois dispositions différentes ont été rendues pour ces trois autorités. — A la Cour des Comptes prussienne, le président nomme tous les fonctionnaires, sauf les membres de la Cour (Loi prussienne du 27 mars 1872, § 6, section 1. Recueil des lois, p. 279). Il en est de même à la Cour des Comptes de l'Empire (Instruction du 5 mars 1875, § 17 ; Centralblatt, p. 160). —

2° En ce qui concerne la personne de celui qu'il s'agit de nommer, un seul principe général s'applique; c'est la prescription du Code pénal qui veut que la condamnation aux travaux forcés entraîne, d'office, incapacité permanente d'occuper des emplois publics (§ 31), et que la perte des droits civiques entraîne, pour le temps fixé dans le jugement, incapacité d'obtenir des emplois publics (§ 34).

Mais l'incapacité d'obtenir un emploi public implique l'incapacité d'être nommé au service de l'État, précisément parce que cette nomination ne peut être faite que dans le but de confier un emploi public à la personne nommée.

Il n'y a, d'ailleurs, pas de conditions posées pour l'aptitude à être nommé au service de l'Empire; ne sont requises, en particulier, ni la nationalité d'Empire, ni la majorité, ni la libération de la puissance paternelle (1).

3° La forme dans laquelle se fait le contrat de nomination est déterminée par le § 4 de la loi des fonctionnaires. « Tout fonctionnaire de l'Empire reçoit, lors de sa nomination, un acte de nomination

Parfois le Chancelier nomme des fonctionnaires de l'Empire après avoir entendu les Commissions du Bundesrath; il en est ainsi, par exemple, pour les inspecteurs des examens de pilotes et de marins (Bull. des lois fédérales 1870, p. 320, 325) et les inspecteurs pour la mensuration des vaisseaux (Ordonnance du 5 juillet 1872, § 21, Bull. des lois de l'Empire, p. 277).

(1) Cf. *Kanngiesser*, p. 24. Même le sexe masculin n'est pas exigé par les lois de l'Empire; il n'y a pas d'obstacle de Droit à la nomination de femmes et de jeunes filles dans les Postes et Télégraphes. Le catalogue des fonctionnaires de l'Empire (dans le Bulletin des lois de 1874, p. 179) mentionne même expressément les « femmes employées auxiliaires des Télégraphes » dans le Grand-Duché de Bade. Mais, pour qu'un emploi puisse être conféré, il faut prouver que l'on a la capacité requise; cela consiste en général à déposer un certificat attestant que l'on a subi avec succès certains examens et, pour certains emplois, que l'on est apte aux fonctions judiciaires.

(Anstellungsurkunde). » C'est-à-dire que ce contrat ne saurait être conçu oralement. L'acte de nomination s'appelle diplônie (Bestallung) (1).

Si une autorité a reçu, par délégation, le pouvoir de nommer à un emploi, il suffit d'une notification écrite de cette autorité au fonctionnaire (2). Il n'y a pas à dresser de déclaration écrite du fonctionnaire sur son entrée au service de l'Empire. Le contrat est conclu au moyen de la remise de l'acte de nomination, c'est-à-dire sans qu'on fasse réserve de l'acceptation du fonctionnaire (3). La correspondance qui a été échangée entre le fonctionnaire à nommer et l'autorité compétente, sur l'entrée au service de l'Empire et les conditions de cette entrée, ne constitue que des négociations préliminaires et ne crée aucun droit du gouvernement, ni du fonctionnaire, en ce qui concerne la nomination à prononcer ou à accepter. Ce n'est qu'avec la rédaction et l'acceptation

(1) Ordonnance du 31 mars 1873. Bull. des lois de l'Empire, p. 135.

(2) Motifs, p. 31.

(3) Cette forme de conclusion de contrat est connue très anciennement du Droit allemand, cf. *Brunner, Zeitschrift f. Handelsr.*, tome XXII, p. 525 ss, 548 ss., le même dans *Zur Rechtsgeschichte der röm. und german. Urkunde*, Berlin 1880, p. 260 ss. En particulier la remise et l'acceptation de l'acte (Urkunde) tenait lieu d'investiture, comme l'a montré *Brunner, loc. cit.*, ce qui, étant donné le lien historique qui rattache le Droit des fonctionnaires au Droit d'investiture, n'est pas sans importance. Même dans le Droit d'aujourd'hui cette forme de conclusion de contrat est très répandue ; que l'on pense seulement à la négociation de la lettre de change et d'autres papiers à ordre. C'est donc tout à fait sans fondement que certains auteurs v. g. *Zorn I*, p. 307, *Meyer*, § 145, chiffre 1, veulent que cette forme prouve que la nomination est un acte unilatéral de l'Etat. Cf. aussi *Rehm, loc. cit.*, p. 143 et ci-dessus, p. 158. Il n'est pas nécessaire que l'acte de nomination ou les lettres patentes soient dressés et remis solennellement au fonctionnaire, là où ces formes sont d'usage ; il suffit d'une notification écrite de l'autorité compétente au fonctionnaire sur sa nomination. Décision du Tribunal d'Empire du 7 févr. 1887 dans *Bolze, Praxis des Reichsgerichts*, tome IV, n° 1020.

de l'acte de nomination que le contrat est parfait.

4° Les effets du contrat commencent, en général, aussitôt qu'il est parfait, c'est-à-dire, par conséquent, dès la réception du décret de nomination (1). A partir de ce moment, le fonctionnaire est tenu à l'obéissance dans le service, à l'observation des prescriptions disciplinaires, sa liberté est limitée en ce qui concerne l'acceptation d'autres fonctions, etc., il a le droit de porter le titre propre à sa charge, et jouit des autres privilèges attachés à l'état de fonctionnaire, par exemple des avantages en matière d'impôt. Mais il y a deux exceptions :

a) Le droit à une rémunération de services ne commence, à défaut de dispositions spéciales, qu'au jour de l'entrée en charge, lorsque cette charge comporte une rémunération (Loi de l'Empire, § 4) (2). Le même principe s'applique pour les déplacements et avancements, quand ils entraînent modification du traitement (3).

b) Pour calculer la durée des services, en vue de la fixation de la pension, il n'y a à tenir compte ni de la date de l'acte de nomination, ni du jour où il

(1) D'après l'opinion établie que l'acte de nomination est une *lex specialis*, les effets commencent à la date du décret. Cf. par ex. *Zachariae II*, p. 33 et v. *Gerber*, p. 117. Mais, comment peut-il naître des devoirs pour le fonctionnaire, tant qu'il ne sait rien de sa nomination ? On s'en tire en faisant commencer les devoirs du fonctionnaire après ses droits ! Cf. *Pözl*, *Staatswörterbuch IX*; p. 692. Cf. sur cette controverse *Rehm*, p. 142, rem. 2.

(2) L'acte de nomination peut porter que la date à partir de laquelle court le traitement est retardée ou au contraire portée en arrière dans le passé, par exemple au commencement du trimestre ou du mois. Si l'acte ne spécifie rien sur ce point, on compte à partir du jour où les fonctions ont été effectivement revêtues. Dans certaines circonstances, orsque par exemple le fonctionnaire demande aussitôt un congé, cette date peut être bien postérieure à celle de la nomination.

(3) Décision du Tribunal supérieur de Commerce de l'Empire 1877, tome XXI, p. 380 ss.

a été remis à l'intéressé ; il y a sur ce point des dispositions spéciales au § 45 ss. Cf. plus loin § 49.

5° Il n'est pas besoin de prestation de serment pour que le contrat de nomination soit parfait, mais il en faut pour l'entrée en fonction au service de l'Empire (1).

« Avant d'entrer en service, tout fonctionnaire d'Empire doit s'engager, par serment, à remplir toutes les obligations des fonctions qui lui sont confiées. » (§ 3 de la loi de l'Empire).

Il n'est pas impossible qu'un fonctionnaire soit employé au service de l'Empire avant même la prestation d'un serment ; le § 45, section 2 de la loi, le dit expressément. Mais il est irrégulier d'employer à la gestion d'affaires publiques un fonctionnaire non assermenté ; d'après un principe de procédure généralement reconnu, cela entraîne, lorsqu'il s'agit d'actes judiciaires, la nullité de ces actes (2).

Lorsqu'un fonctionnaire exerce des fonctions avant d'être assermenté, sa responsabilité est exactement la même que s'il avait prêté serment. Cela a été expressément reconnu par le Code pénal, § 359, en ce qui concerne la responsabilité pénale pour crimes et délits commis dans l'exercice des fonctions (3).

(1) Il est dit justement dans les motifs, p. 31 que la qualité de fonctionnaire d'Empire ne dépend pas de la prestation préalable du serment. D'ordinaire la nomination et l'entrée en fonctions ne sont pas suffisamment différenciées.

(2) Cf. *Zachariæ*, op. cit., II, p. 34. Les lois de procédure de l'Empire n'ont pas, il est vrai, reconnu expressément ce principe, mais elles disposent qu'une décision doit être considérée comme reposant sur une violation de la loi, lorsque l'autorité qui l'a prononcée n'était pas constituée conformément aux règlements. Code de procédure civile, § 551, chiffre 1 ; Code de procédure pénale, § 377, chiffre 1.

(3) « Par fonctionnaires, au sens de cette loi pénale, il faut entendre toutes les personnes sans distinction, qu'elles aient ou non prêté serment. »

La formule générale de serment pour les fonctionnaires directs de l'Empire, a été fixée par ordonnance du 29 juin 1871 (Bull. des lois de l'Empire, p. 303). La voici :

« Moi X... X..., nommé fonctionnaire de l'Empire allemand. jure, devant Dieu tout-puissant et omniscient, d'être en cette qualité fidèle et obéissant à sa Majesté l'Empereur d'Allemagne, d'observer la Constitution et les lois de l'Empire et de remplir de mon mieux, et selon ma conscience, toutes les obligations attachées à mes fonctions, ainsi Dieu me soit en aide, etc., etc... »

Mais des prescriptions légales particulières ont ordonné d'autres formules de serment pour les consuls (1) et pour le président et les membres de l'Administration de la Caisse des Invalides de l'Empire (2).

En ce qui concerne les fonctionnaires indirects de l'Empire, l'art. L de la Constitution dispose que la formule de serment des fonctionnaires des Postes et Télégraphes, doit contenir l'obligation « de donner suite aux ordres de l'Empereur ». Une décision du Bundesrath a ordonné la même formule pour les autres fonctionnaires indirects de l'Empire (fonctionnaires militaires) (3).

6° La publication de la nomination des fonctionnaires de l'Empire ou de la collation d'une fonction d'Empire n'est pas prescrite par la loi ; mais cette publication a toujours lieu. Elle n'est pas d'importance essentielle pour l'établissement du « rapport de

(1) Loi du 8 nov. 1867, § 4 (Bull. des lois fédérales, p. 138).

(2) Loi du 23 mai 1873, § 12 (Bull. des lois de l'Empire, p. 121). Voir plus haut p. 68. Sur les membres de l'Administration des dettes de l'Empire, voir ci-dessus p. 67.

(3) Cette décision est mentionnée, sans indication de date, dans les motifs de la loi des fonctionnaires de l'Empire, p. 31.

service », mais, pour la collation d'emploi, elle doit être regardée comme nécessaire à la légitimation des fonctionnaires vis-à-vis des tiers, lorsque leurs fonctions impliquent des droits autoritaires ou le pouvoir de faire des conventions. Quant à la forme de la publication, il n'y a ni prescriptions légales, ni principes bien établis par l'usage. Beaucoup de nominations furent publiées, jusqu'en l'année 1872 inclusivement, au Bulletin des lois de l'Empire (1), par exemple, outre celle du Chancelier de l'Empire, celles des consuls, des délégués aux douanes et des contrôleurs, des membres du Tribunal supérieur de commerce de l'Empire et de l'Office fédéral du domicile de secours. Depuis la fondation du *Journal officiel* (Centralblatt) de l'empire allemand 1873, c'est cette feuille qui sert à la publication des nominations ; en outre, les modifications dans le personnel sont portées à la connaissance du public par le *Moniteur de l'Empire* (Reichsanzeiger), et par les feuilles officielles publiées par les divers ressorts administratifs (2).

(1) Si la théorie qui fait de chaque nomination de fonctionnaire une *lex specialis* était vraie, la nomination n'entrerait en vigueur que par la publication au Bulletin des lois et à la date fixée par l'art. II de la Constitution de l'Empire, car cet article n'admet pas d'exception. Ici encore apparaît la fausseté de cette théorie.

(2) En ce qui concerne la nomination des fonctionnaires des Postes et Télégraphes nommés par l'Empereur, l'art. I. (section 4, à la fin) de la Constitution de l'Empire prescrit que « communication en doit être faite à temps aux gouvernements particuliers, pour que le gouvernement intéressé ratifie et publie la nomination ». De même l'art. LXVI, section 1 de la Constitution de l'Empire porte que les princes confédérés devront recevoir à temps communication des avancements et nominations relatifs aux corps de troupes qui les concernent, « en vue de la publication nécessaire de ces actes par eux ». Quel est le caractère juridique de cette publication, faite par les princes, des nominations impériales et pourquoi est-elle nécessaire ? ce sont des questions difficiles à résoudre, car le projet de Constitution ne contient pas de motifs.

§ 46. — *Cautionnement des fonctionnaires.*

Avant même la promulgation de la loi des fonctionnaires de l'Empire, le cautionnement des fonctionnaires directs et indirects de l'Empire avait été réglé par une loi fédérale du 2 juin 1869 (Bull. des lois, p. 161 ss.), étendue, lors de la fondation de l'Empire, à l'Allemagne du Sud et introduite en Alsace-Lorraine par une loi du 11 décembre 1871 (Bull. des lois pour l'Alsace-Lorraine, p. 386).

Selon cette loi, « les fonctionnaires chargés de l'administration d'une caisse ou d'un magasin appartenant à l'Empire, de la réception, de la garde ou du transport de sommes d'argent ou d'objets de valeur appartenant à l'Empire ou à lui confiés devaient pour leurs fonctions déposer un cautionnement. »

La raison de la consignation du cautionnement, ce n'est pas la nomination au service de l'État, c'est l'administration ou la garde de valeurs pécuniaires qui sont confiées au fonctionnaire nommé, c'est-à-dire, par conséquent, un accident, une circonstance accompagnant la nomination au service de l'État. La loi de l'Empire du 20 février 1898 (Bull. des lois, p. 29) a aboli l'obligation pour les fonctionnaires de déposer un cautionnement, excepté pour les employés de la banque de l'Empire.

§ 47. — *Les devoirs des fonctionnaires de l'Empire.*

Du contrat de nomination résultent, pour le fonctionnaire, trois devoirs : le devoir de gérer l'emploi

Brockhaus, Das deutsche Heer, p. 105, élude la difficulté en disant que c'est là pour le prince un droit « vide » et purement honorifique.

qui lui est confié, le devoir de fidélité et d'obéissance légale à l'autorité supérieure, le devoir de dignité. En outre, la situation de fonctionnaire entraîne quelques limitations de la liberté d'action.

I. — *Le devoir de gestion d'emploi.*

« Tout fonctionnaire d'Empire a le devoir de gérer, consciencieusement et conformément à la Constitution et aux lois, l'emploi qui lui est confié. »
Loi de l'Empire, § 10.

Le devoir de gestion d'emploi est l'obligation de fournir un certain travail. L'objet n'en est pas fixé ; il se détermine quantitativement d'après le cercle d'affaires, variable et changeant, de l'emploi, qualitativement d'après le devoir de fidélité qui exige du fonctionnaire la plus grande application, le plus grand soin, l'emploi de toutes ses forces.

Indépendamment des cas où il n'est qu'imparfaitement rempli, par suite d'administration lente ou mauvaise de l'emploi, ce devoir peut être violé de deux façons, soit par refus de gérer certaines affaires du ressort de l'emploi, soit par abstention complète de gestion (délaissement d'emploi).

1° Le fonctionnaire peut, sur sa demande, être dispensé, par l'autorité supérieure, de la gestion de certaines affaires de son emploi. La charge de répartir les affaires, qui est attribuée aux chefs des diverses autorités, implique le droit de retirer aux fonctionnaires certaines affaires qui leur sont spécialement assignées ou qui, d'après les règles générales édictées pour la répartition des affaires, entrent dans leur ressort (1).

(1) Cf. par exemple l'instruction pour la Cour des Comptes du 5 mars 1875, § 14, n° 2 (Centralblatt, p. 159).

Les fonctionnaires ont un droit à être dispensés, lorsque l'affaire qui leur incombe touche leur intérêt privé ou celui de leurs parents. Pour les juges, c'est un principe de droit commun incontesté qu'en pareille matière la loi leur interdit l'exercice de leurs fonctions (1). Que le même principe s'applique à d'autres fonctionnaires qui ont, en matière administrative, le pouvoir de disposer ou de décider, cela semble tout ordonné, aussi bien par l'intérêt de l'Etat que par celui du fonctionnaire dont il faut éviter les collisions inutiles.

2° Pour quitter momentanément son emploi, le fonctionnaire a besoin d'un congé. « Les prescriptions relatives au congé des fonctionnaires de l'Empire et à leur remplacement sont édictées par l'Empereur » (§ 14, section 1 de la loi d'Empire).

L'ordonnance ainsi réservée à l'Empereur a été rendue le 2 novembre 1874 (Bull. des lois, p. 129). Les congés à accorder aux fonctionnaires des ambassades et des consulats et leur remplacement ont été réglés spécialement par l'ordonnance impériale du 23 avril 1879 (Bull. des lois de l'Empire, p. 134). Elle pose les principes suivants :

Les demandes de congé doivent être remises, avec l'indication des circonstances et des motifs, à l'autorité ou au fonctionnaire immédiatement supérieurs. Mais cette autorité n'est pas nécessairement compétente pour accorder le congé ; le Chancelier de l'Empire détermine les autorités qui ont le droit d'accorder des congés et les limites de temps dans lesquelles elles peuvent en accorder (2). Pour les

(1) Code de procédure civile, § 41 ; Code de procédure pénale, § 22

(2) On trouve des dispositions sur les congés (maintenues en vigueur par l'ordonnance du 2 nov. 1874, § 8) dans le Règlement pour l'Office fédéral du domicile de secours du 6 janv. 1873, § 3 (Centralblatt, p. 5) ; dans le Règlement pour les autorités disciplinaires du 18 avril 1880,

ambassadeurs, les envoyés extraordinaires et les ministres plénipotentiaires et ministres résidents, le congé est accordé par l'Empereur, sur la proposition du Chancelier (1). Si l'on demande un congé, en vue du rétablissement de sa santé, il faut joindre à la demande une attestation médicale ; mais on peut, par exception, être dispensé de la fournir par l'autorité qui statue sur la demande.

A l'autorité qui accorde le congé incombe le soin de faire remplacer le fonctionnaire en congé, et de déterminer dans quelle mesure les sommes accordées à ce fonctionnaire pour frais de représentation (ne pas confondre avec le traitement) doivent être attribuées au remplaçant (2).

Le fonctionnaire en congé doit faire en sorte que, pendant son absence en dehors de son domicile, les ordres de l'autorité supérieure puissent lui parvenir.

Le congé peut, en tout temps, être retiré lorsque l'intérêt du service l'exige.

Lorsque la mise sur le pied de guerre ou la mobilisation de la force armée, ou d'une partie de la force armée, sont ordonnées, les congés des fonctionnaires militaires et de la Marine, prennent fin dès la publication de cet ordre.

§ 8 (Centralbl., p. 204) ; cf. aussi le Règlement pour la Cour des Comptes du 5 mars 1875, § 17 (Centralbl., p. 160) ; le Règlement du Tribunal d'Empire du 8 avril 1880, § 27 (Centralbl., p. 195). Voir aussi dans le Règlement sur la compétence militaire en matière d'indemnité de logement en temps de paix, 20 févr. 1868, § 48-61 et dans l'annexe 3 au Règlement du 9 déc. 1873 relatif au personnel des trésoriers-payeurs de la marine. Pour les congés des consuls électifs les dispositions du § 6 de l'instruction du 6 juin 1871 sont restées en vigueur. Ordonnance du 23 avril 1879, § 13.

(1) Ordonnance du 23 avril 1879, § 2. Ordonnance du 17 août 1894 (Bull. des lois, p. 518).

(2) Il y a, sous ce rapport, des prescriptions pour les chargés d'affaires remplaçant des fonctionnaires en congé. Ordonnance du 23 avril 1879, § 6-11.

En cas de maladie, il n'est pas fait de retenue sur le traitement ; les frais de remplacement sont à la charge de la caisse de l'Empire (1). Il en est de même lorsque le congé ne dépasse pas un mois et demi. Dans le cas d'un congé de plus d'un mois et demi jusqu'à six mois (hors les cas de maladie), il est fait une retenue de la moitié du traitement pour tout le temps écoulé en congé après un mois et demi ; en cas de congé plus long encore, tout le traitement est retenu (2).

Dans le calcul des retenues pour des fractions de mois, les mois sont toujours comptés comme ayant trente jours.

Il ne peut être apporté de dérogation à ces règles qu'avec le consentement de l'autorité supérieure d'Empire (3).

Tout fonctionnaire qui, sans congé régulier, délaisse son emploi ou outrepassé le congé accordé, perd, lorsqu'il n'a pas des motifs d'excuse à fournir, la totalité de son traitement pour tout le temps où il a été absent sans congé (4). Les consuls électifs sont dans ce cas considérés comme s'ils avaient demandé à être relevés de leurs fonctions (Loi sur les consuls du 8 novembre 1867, § 6).

Les fonctionnaires de l'Empire ont le droit, sans avoir à demander de congé, de délaissier leurs fonctions pour entrer au Reichstag (Constitution de l'Empire, art. XXI, section 1) (5). Dans ce cas il n'est

(1) Loi des fonctionnaires d'Empire, § 14, section 2.

(2) Ordonnance du 2 nov. 1874, § 6, section 1. Il y a des dispositions différentes pour les fonctionnaires du service diplomatique. Ordonnance du 23 avril 1879, § 6 ss.

(3) Ibidem, section 2. Il en est de même des fonctionnaires indirects de l'Empire, car ils reçoivent leur traitement de l'Empire.

(4) Loi des fonctionnaires de l'Empire, § 14, section 3.

(5) Mais seulement pour entrer au Reichstag et non pas dans le Land-

pas fait de retenue de traitement ; les frais de remplacement sont à la charge de l'Empire (1).

Si un fonctionnaire est forcé de quitter son service parce qu'il est appelé à remplir un devoir de citoyen, à être par exemple juré, officier de réserve, témoin, etc..., il n'a pas besoin de congé, mais il est obligé d'en faire la déclaration à son supérieur immédiat (2).

II. — *Le devoir de fidélité et d'obéissance.*

1° Le devoir de fidélité a un caractère surtout moral (3) ; c'est pourquoi on est tenu de s'engager par serment à le remplir, ce qui fournit une garantie morale qu'il le sera. Une exposition juridique de ce devoir n'en épuise pas le contenu, et on ne peut pas

tag ou un corps de représentants communaux. *Thudichum*, *Hirth's Annalen* 1876, p. 280. *Piper*, p. 70 sv.

(1) Lois des fonctionnaires de l'Empire, § 14, section 2.

(2) Jugement du Tribunal supérieur d'administration de Prusse, 21 janv. 1888 (*Entscheidungen*, tome XVI, p. 378) dans *Perels et Spilling*, p. 30. *Piper*, p. 71.

(3) Aussi quelques auteurs contestent que le devoir de fidélité puisse se distinguer, comme devoir de Droit spécial, du devoir d'obéissance ; ainsi par exemple, *Ehrenberg*, *Commendat. und Huldigung* 1877, p. 105 ss., et dans la *Deutsche Rundschau*, tome X, fascicule 7, p. 51 ; *G. Meyer*, § 146, rem. 1 ; *Rehm*, *Annalen* 1885, p. 86 ss. ; *Seydel*, tome II, p. 221. L'obéissance dans le service n'épuise pas le contenu du devoir de fonctionnaire ; le fonctionnaire doit veiller aux intérêts publics qui lui sont confiés de toutes ses forces intellectuelles et morales, très souvent au détriment de ses intérêts personnels et parfois même au péril de ses jours. Un fonctionnaire qui s'acquitte de ses fonctions superficiellement, passagèrement et sans énergie agit contre son devoir lors même qu'il fait ce qui lui est ordonné. Cf. aussi *Gareis*, p. 166 à la fin. *Osso Mayer*, *Verwaltungsrecht* II, p. 195 sv.

en obtenir l'accomplissement par coercition juridique ; seules, les fautes de notoriété publique peuvent être punies.

Le devoir de fidélité comprend le devoir de discrétion. Le § 11 de la loi de l'Empire dispose : « Sur toutes les affaires connues de lui en vertu de ses fonctions et qui, de leur nature ou sur l'ordre de son supérieur, doivent être tenues secrètes, le fonctionnaire doit garder le silence, même lorsque le lien de service entre lui et l'Empire est rompu (1). » Ceci est en harmonie avec les prescriptions du § 12, loc. cit., d'après lesquelles un fonctionnaire d'Empire, appelé à donner un avis extra-judiciaire (2), doit d'abord en demander la permission à son supérieur, et est tenu, même quand il n'est plus en service, de refuser tout témoignage sur les faits que le devoir de discrétion lui ordonne de taire, à moins qu'il ne soit délié de ce devoir, pour un cas particulier, par le fonctionnaire qui constitue ou constituait pour lui l'autorité supérieure. Pour la garantie du devoir de discrétion des fonctionnaires des Affaires étrangères, des Postes et Télégraphes et de la Banque d'Empire, voir plus loin, à propos de ces diverses administrations.

2^o Le devoir d'obéissance a son fondement, comme ses limitations, dans la nature juridique ci-dessus définie du contrat de service d'Etat. La coopération systématique, ou, si l'on préfère une autre expression, la coopération organique des autorités, l'unité et l'ordre dans la gestion des affaires publiques, la di-

(1) Ce principe a été reconnu pour tous les employés publics (non pas seulement pour les fonctionnaires de l'Empire) dans le Code de procédure pénale, § 53, dans le Code de procédure civile, § 376, 383, chiffre 5 et dans le Code pénal militaire, § 189.

(2) En ce qui concerne les avis judiciaires, le même principe a été reconnu dans le Code de procédure pénale, § 76, section 2 et dans le Code de procédure civile, § 408, section 2. Cf. le jugement du Tribunal d'Empire en matière pénale du 30 nov. 1885 (Reger VII, p. 102).

rection du gouvernement assurée par l'Empereur, par le Chancelier nommé par lui, et par les autres chefs des branches de l'administration ne sauraient subsister sans le devoir qui s'impose à tous les fonctionnaires de l'Empire, d'obéir aux autorités ou aux fonctionnaires supérieurs. Le contrat de service d'Etat fonde, pour l'Etat, non pas un droit de créancier, mais une puissance, et le fonctionnaire s'engage non seulement à fournir une somme de travail, mais à obéir.

Seulement cette obligation du fonctionnaire est limitée à la gestion des affaires de son service ; il ne sert pas son supérieur ; il sert l'Etat de concert avec son supérieur ; il entre au service de l'Etat pour revêtir une fonction publique, mais c'est l'Etat qui fixe les affaires qui sont du ressort de cette fonction. Le fonctionnaire n'est donc pas tenu de gérer des affaires qui, effectivement ou pour des raisons de Droit, ne sont pas ou ne peuvent pas être des affaires de service (1).

C'est pourquoi le § 10 de la loi des fonctionnaires de l'Empire restreint l'obligation du fonctionnaire au devoir « de s'acquitter en conscience et conformément à la Constitution et aux lois des fonctions dont il est investi ».

Il ne naît pas de difficultés sérieuses de cette restriction, en vertu de laquelle le fonctionnaire n'est pas tenu d'obéir aux ordres de l'autorité supérieure qui, en fait, ne se rapportent pas à des actes relatifs au service ; tels seraient, par exemple, des ordres donnés par un supérieur à un inférieur pour lui faire exécuter des services domestiques, ou encore des ordres qui empiètent sur la vie privée du fonctionnaire, l'ordre de recevoir ou de ne pas recevoir tel

(1) Cf. Pfeiffer. Prakt. Ausf. III, p. 375 ss.

journal, d'aller à l'église, etc. Ne pas obéir à de telles prescriptions n'est pas violer le devoir de service ; mais il n'est pas non plus défendu au fonctionnaire de s'y conformer, et il n'encourt point, en s'y conformant, de désavantages de Droit.

Il est de beaucoup plus important et plus difficile de définir juridiquement l'autre restriction, en vertu de laquelle le fonctionnaire n'est pas tenu d'obéir aux ordres de l'autorité supérieure relatifs, il est vrai, à des affaires de service, mais à des affaires dont, par des raisons de Droit, il ne peut pas être chargé. Des actes auxquels les règles de Droit établies n'autorisent pas une autorité ou qu'elles lui interdisent expressément, ne peuvent pas être des affaires de service, car chaque « service de l'État » (Staatsamt) est par définition un ensemble d'affaires délimité et assigné par l'État à une autorité. Par conséquent, l'obéissance à des ordres de ce genre n'est pas pour le fonctionnaire « res merae facultatis ». En effet, s'il use de la puissance que lui confère son emploi pour exécuter des ordres contraires aux lois, il s'expose aussitôt aux conséquences juridiques qui découlent du principe posé au § 13 de la loi des fonctionnaires : « Tout fonctionnaire de l'Empire est responsable de la légalité de ses actes dans le service. » (Voir plus loin, § 48.)

Si, d'autre part, le fonctionnaire n'obéit pas à des ordres qui sont en conformité avec la loi, parce qu'il les regarde comme contraires à la loi, il commet une violation du devoir de service, une faute de service, et peut, en outre, endosser une responsabilité de Droit pénal ou de Droit privé.

Il appartient donc nécessairement au fonctionnaire de juger, et à son propre péril, de la légalité de tous les ordres de service.

C'est pourquoi il importe de bien établir jusqu'où s'étend ce droit de juger (1).

Étendre ce droit à la question de savoir si l'autorité supérieure a, en fait, bien interprété et bien appliqué les règles de Droit établies, ce serait non seulement déranger, mais renverser complètement le

(1) On rencontre souvent chez les auteurs modernes qui traitent du Droit public une théorie suivant laquelle le fonctionnaire qui reçoit un ordre contraire aux lois serait tenu d'en faire la remarque à l'autorité supérieure et, si cette démarche reste infructueuse, obligé d'exécuter cet ordre. Ainsi, entre autres, *Gönnér*, p. 202 (« avec une liberté discrète »); *Bluntschli*, *Allgem. Staatsrecht* II, p. 138; *v. Mohl*, *Wurttemb. Staatsrecht* I, p. 775, 780; *v. Rönne*, *Preuss. Staatsrecht* II, 1, p. 428; *Schulze*, *Preuss. Staatsrecht* I, p. 326 ss. (Au contraire dans son *Deutsches Staatsrecht* il se range tout à fait à la théorie que nous exposons); *v. Gerber*, p. 113.

Cette théorie, bien qu'elle se soit glissée dans plusieurs constitutions de petits Etats, n'est pas une solution de la question, mais un moyen pratiquement sans valeur de l'é luder. Un ordre illégal et nul en soi ne devient pas juridiquement exécutoire parce qu'il est donné deux fois; un fonctionnaire auquel il est interdit d'exécuter un ordre ne peut pas, parce qu'il en aura fait la remarque à l'autorité supérieure, acquérir le droit et le devoir de l'exécuter. Si cette théorie s'appliquait réellement, tout fonctionnaire pourrait se mettre à l'abri en faisant un semblant de remontrance, ou bien encore l'autorité supérieure pourrait joindre à tout ordre une clause informant l'autorité inférieure que les remontrances seront infructueuses. Du reste aucune autorité ne trouverait convenable d'engager avec les autorités subordonnées un perpétuel échange de vues sur la question de savoir si ses décisions sont conformes au Droit et à la loi et pourquoi elles le sont. La loi des fonctionnaires de l'Empire n'admet certainement pas l'application de cette théorie, car elle ne fait pas au fonctionnaire un devoir d'adresser de telles remontrances à l'autorité supérieure et le § 13 ne fait pas d'exception pour le cas où le fonctionnaire en aurait adressées. Instituer une discussion entre fonctionnaire et autorité supérieure, exiger par conséquent du fonctionnaire une obéissance trainante et non plus prompte, ce n'est pas résoudre la question; la solution consiste à bien déterminer les limites de la compétence propre du fonctionnaire. Cf. aussi *Meyer*, § 146 n° 3 et note 13 et *F. W. Freund*, dans l'*Archiv. f. öffentl. Recht* I, p. 124 ss.; *Gaupp*, *Wurttemb. Staatsrecht*, p. 144; *Perels et Spilling*, p. 22; *Seydel*, tome II, p. 223 sv. *Wielands Bad. Staatsr.*, p. 125. *Otto Mayer* II, p. 234 ss.

système de l'organisation des autorités et la subordination des inférieures aux supérieures. L'autorité inférieure et le fonctionnaire subalterne auraient le droit et le devoir de soumettre à un examen préalable les ordres et les décisions de l'autorité supérieure ou du fonctionnaire supérieur, et le juge de dernière instance serait, par conséquent, non pas le Tribunal d'Empire, mais l'huissier, non pas le Ministère des Finances ou la direction supérieure des douanes, mais le receveur des douanes. Dans tous les cas où l'instance supérieure soutient une opinion juridique autre que celle de l'instance inférieure, il lui faudrait procéder directement à l'exécution sans collaboration de l'instance inférieure, ou s'attendre à ce que celle-ci lui refuse ses services. Le droit d'examen absolu et illimité entraîne naturellement la responsabilité absolue et illimitée.

Dans l'Etat moderne, c'est la puissance d'Etat « unitaire » qui s'exerce dans les autorités subordonnées ou coordonnées entre elles ; partout et toujours il doit y avoir collaboration des autorités, et on ne peut pas concevoir une gestion des affaires de l'Etat, si chaque fonctionnaire ne se conforme pas aux décisions, ordres et réquisitions, sans en examiner d'abord, à part lui, l'exactitude matérielle et la légalité, et faire dépendre du résultat de cet examen la continuation ou le refus de sa coopération.

Le devoir du fonctionnaire d'examiner les ordres reçus se rapporte uniquement à la légalité formelle de ces ordres, et implique trois questions : l'autorité qui commande est-elle compétente pour donner l'ordre ? Le fonctionnaire commandé est-il compétent pour exécuter l'acte qui lui est ordonné ? L'ordre a-t-il été donné dans la forme régulière ?

1^o Pratiquement, la dernière de ces trois questions est presque toujours d'importance secondaire, et ne

donne lieu que rarement à des doutes. Dans la théorie comme dans la législation, lorsqu'on juge devoir parler de cette question, il n'y a pour ainsi dire pas de divergence d'opinions sur ce point que les ordres et les décisions qui ne sont pas signifiés dans la forme régulière, prescrite pour chaque service, n'ont pas de caractère obligatoire (1). Cependant il faut reconnaître qu'il n'y a pas de règle générale portant sur la forme des ordres de service et que, dans beaucoup de cas, ils peuvent très bien être donnés oralement par le supérieur aux fonctionnaires subordonnés (2).

2° Le fonctionnaire doit examiner, avec indépendance et sous sa propre responsabilité, si ses attributions l'autorisent à exécuter l'acte qui lui est proposé. Si l'acte en question est en dehors du cercle des affaires qui lui sont confiées, ou si l'exécution lui en est interdite par les règlements qui lui sont prescrits, il n'est ni en droit ni dans l'obligation d'obtempérer à l'ordre qui lui est intimé. Mais cette considération ne porte que sur la forme. Le fonctionnaire n'a pas à se préoccuper de savoir si le droit en vigueur se trouve respecté ou lésé par l'acte qui lui est proposé, il suffit qu'il examine s'il est licite de sa part, et s'il rentre dans les limites de ses pouvoirs, tant au point de vue territorial que relativement à la catégorie même de ses attributions.

(1) *Zachariae* II, § 137, note 14, cite quelques Constitutions qui contiennent cette proposition de Droit. Cf. aussi *Bluntschli*, loc. cit. II, p. 137 ; v. *Mohl*, loc. cit. ; v. *Pözl*, Bayer. Verfassungsrecht, p. 510 ; *Schulze*, op. cit., p. 327.

(2) Pour toutes les décisions prises par écrit, la signature du fonctionnaire autorisé à représenter l'autorité supérieure est exigée ; pour les arrêts l'observation des formes prescrites pour le libellé des jugements ; pour les ordonnances de l'Empereur le contrescing du chancelier de l'Empire ou d'un délégué responsable.

Un jugement du Tribunal supérieur de Prusse, du 17 novembre 1871 (1) a posé le juste principe, qu'un fonctionnaire en exercice ne se trouvait exactement limité dans son emploi que « dans les cas où il possédait la double compétence matérielle et territoriale, et où il était fondé à exécuter dans un lieu donné des actes donnés ».

Ce principe juridique découle d'une autre règle, à savoir qu'il n'est pas loisible à un fonctionnaire supérieur d'élargir la compétence dévolue par la loi à l'employé qui lui est subordonné, et en conséquence de lui intimer des ordres, dont l'exécution le ferait sortir des bornes de cette compétence (2). L'obligation d'examiner s'il est autorisé à exécuter un acte proposé n'exige pas du fonctionnaire de distinctions subtiles qui dépasseraient ses capacités intellectuelles, puisque, en général, tout fonctionnaire doit connaître sa compétence formelle (abstraite). Dans tous les cas, au contraire, où une autorité supérieure est appelée par la loi à prendre une décision relative à la compétence d'un magistrat ou d'un fonctionnaire, et notamment dans les cas où un tribunal ou un conseil d'administration est appelé à rendre un jugement légalement exécutoire, touchant les règles juridiques de la compétence, le verdict prononcé par lui fixe formellement la question de droit et écarte, pour le fonctionnaire intéressé, d'une part la faculté d'examiner lui-même la question de sa propre com-

(1) Oppenhoff, Strafgesetz. 113, n. 12.

(2) Si le cercle des attributions d'un fonctionnaire se trouve réduit par les instructions et autres ordonnances de service d'un supérieur, il peut être élargi ou modifié par une ordonnance nouvelle de ce supérieur, dans la mesure de sa propre compétence, et c'est dans cette mesure aussi que les ordres qu'il émet relativement au service ont un caractère obligatoire.

pétence, et d'autre part la responsabilité de l'ordre dont l'exécution lui est intimée (1).

3° L'examen du fonctionnaire, auquel l'ordre s'adresse, s'étend aussi à la question de savoir si la personne d'où provenait l'ordre était fondée à le donner. Le principe est que des magistrats ou des fonctionnaires ne sont pas autorisés à étendre de leur propre autorité les limites de leur compétence et que, par conséquent, des ordres donnés en dehors de cette compétence ne peuvent pas compter comme ordres officiels. Le devoir des fonctionnaires, d'obéir aux ordres qui leur viennent de leurs supérieurs, est limité par beaucoup de textes de lois aux cas où l'autorité en question a prononcé dans les limites de sa compétence (2), et les traités publiés sur la matière signalent maintes fois cette réserve. Mais dans la mesure où un fonctionnaire n'est pas obligé de se rendre à un ordre donné, il agit à ses propres risques, s'il s'y rend néanmoins.

Il s'en suit que la limitation du devoir d'obéissance a une signification non seulement négative, et le fonctionnaire qui refuse de se rendre à un ordre irrégulier, non seulement ne commet pas une faute contre le service, mais il doit répondre positivement

(1) Cf. le jugement du Tribunal supérieur de Prusse du 1^{er} juin 1872, dans Oppenhoff, loc. cit., note 16. Le devoir d'un fonctionnaire, de satisfaire aux réquisitions des autres magistrats, présente une analogie évidente avec le devoir qui lui incombe, de se rendre aux ordres qui lui sont intimés par une autorité supérieure. Pour appuyer les principes juridiques que nous développons ici, on peut invoquer les § 37 et 38 de la loi sur la réquisition en matière judiciaire (Bundesgesetzbl. 1869, p. 313), en vertu desquels le tribunal requis doit examiner s'il est fondé à prendre la mesure proposée, et si une décision juridique de cette question peut être opérée dans la hiérarchie judiciaire des tribunaux de l'Etat auquel il appartient.

(2) Cf. les lois invoquées par Zachariä, loc. cit.

du fait que l'ordre, qui lui a été intimé, provenait réellement de l'autorité compétente.

Mais il ne s'agit encore ici que de l'examen de la compétence formelle ou abstraite. Un jugement du tribunal supérieur de Prusse est ainsi formulé, à la date du 19 janvier 1872 (1) :

« Le caractère de légalité suppose ce postulat, que l'ordre de l'exécution duquel il s'agit, a été intimé au fonctionnaire par l'autorité territorialement et matériellement compétente, et que le magistrat ou le fonctionnaire qui l'a émis s'est tenu en général (*in abstracto*) dans les limites de ses attributions. Le subordonné doit examiner s'il en est ainsi ; mais il ne lui appartient pas de rechercher si le supérieur a fait, dans le cas particulier, un usage convenable de ses attributions (2). »

Ces règles, ci-dessus indiquées, trouvent également leur application dans le cas où il y a une autorité judiciaire appelée à décider juridiquement de la question de compétence (3).

(1) Ces principes ont été logiquement maintenus dans la « Praxis des Reichsgerichts » ; v. par exemple les jugements du 24 septembre 1880 ; 1^{er} novembre 1880 ; 23 novembre 1880 ; 1^{er} mai et 23 juin 1882 (Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen II, p. 249, 424, 559 ; IV, p. 419, 605). — Cf. aussi G. Meyer, § 146 ; Rehm, Annalen 1885, p. 83 ; Freund, loc. cit., p. 133. Löning, Verwaltungsr., p. 123, est d'une autre opinion. On ne tient pas compte des discussions tout à fait insignifiantes de v. Kirchenheim dans Gerichtssaal, v. 30, p. 172. — Binding, Handbuch des Strafrechts I, 805, et Seydel, Bayer, Staatsrecht II, 224, s'expriment, sur tous les points, en parfait accord avec la théorie que je développe.

(2) Le § 1 de la Rechtshülfegesetz stipule, en accord avec ceci, que le tribunal requis ne peut refuser l'assistance judiciaire, même s'il n'estime pas fondée la compétence du tribunal requérant. Par contre il devra examiner si l'autorité requérante est un tribunal, si la démarche qu'on lui demande de faire est d'ordre judiciaire, et autres questions semblables.

(3) Cf. Goltdammer's archiv. XX, p. 94. — Kanngiesser, p. 48.

III. — *Obligation d'observer une conduite digne.*

La situation réciproque de l'État et du fonctionnaire, au point de vue du service, établit, en faveur de l'État, un intérêt, dont la loi tient compte, à ce que le fonctionnaire se comporte, en dehors même de son activité professionnelle, selon les exigences de l'honneur et des bonnes mœurs. Le fonctionnaire, qui dispose des prérogatives de l'État et qui est revêtu du droit de représenter l'État, ne doit pas mener un train de vie qui compromette sa dignité et sa respectabilité. Car le peuple est inhabile à concevoir la distinction abstraite du fonctionnaire en tant que représentant de l'État et du fonctionnaire en tant que particulier. Il voit dans le fonctionnaire la personne totale. Il lui refuse son tribut d'estime dans l'exercice même de ses fonctions, s'il n'en conçoit pas pour sa vie privée. Il pose tout naturellement en principe, que le fonctionnaire ne dépense pas, à remplir ses devoirs professionnels, plus de gravité morale, plus de sérieux, de zèle et de conscience, qu'il n'en manifeste dans son existence extérieure. Il en résulte que l'État lui-même est lésé, si ses fonctionnaires ne se comportent pas avec dignité, sans compter que le manque d'honneur et de décence pourrait amener le fonctionnaire à violer les devoirs que sa situation lui impose.

C'est pourquoi l'État exige avec raison de ses fonctionnaires qu'ils satisfassent aux exigences de l'honneur et des bonnes mœurs, non seulement dans l'exercice de leur emploi, mais dans tous leurs actes, et le fonctionnaire contracte, par son entrée en service, l'obligation de répondre à cette exigence. Le

§ 10 de la « loi sur les fonctionnaires » stipule en effet que « tout fonctionnaire de l'Empire est astreint à se montrer digne de l'estime que sa profession nécessite, même quand il agit en simple particulier ».

D'où il suit qu'un fonctionnaire peut violer ses devoirs (1) par son inconduite privée, même s'il satisfait impeccablement à sa tâche professionnelle.

Mais il ne faut pas non plus oublier ici, qu'il s'agit non pas de la violation d'un devoir formel et contractuel, mais d'un devoir de fidélité. Le fonctionnaire, par une conduite contraire à l'honneur, trahit les devoirs de son emploi d'une manière analogue à celle dont le vassal trahissait autrefois la fidélité qu'il de-

(1) Dans les traités de droit public on a coutume d'en fournir d'autres motifs. On établit que le service de l'Etat constitue une profession, que les fonctionnaires de l'Etat forment ensemble une corporation d'élite et que chacun d'eux, outre ses devoirs professionnels, doit encore tenir compte de l'honneur du corps, auquel il ne doit pas porter atteinte par sa conduite privée. Cf. Perthes, p. 44 ; L. Stein, *Verwaltungslehre* I, 1, 235 ; Schulze, *Preuss. Staatsrecht* I, 323 ; Kanngiesser, p. 49. Cette interprétation n'est pas topique. L'Etat ne serait plus fondé en droit à intervenir disciplinairement contre un fonctionnaire en raison de sa conduite extérieure, mais bien ses collègues, qui le pourraient punir ou exclure de leur sein. Mais l'assertion d'après laquelle le corps des fonctionnaires constituerait un corps d'élite spécial ne peut être admise en droit, car toutes les professions honorables ont en droit la même dignité. Pourquoi l'employé des chemins de fer ou le comptable nommé par l'Etat aurait-il une situation plus honorable que l'employé du même ordre au service d'un particulier ? En outre le principe juridique que nous discutons ne vise pas seulement les fonctionnaires de l'Etat ; il intéresse les employés de sociétés privées, qui violent de même leur devoir professionnel par une conduite indécente ; bien plus, le premier auxiliaire venu peut être renvoyé par son chef s'il mène une existence contraire aux mœurs (Code de Commerce de 1807, art. LXIV, n° 6). Il en va de même des manœuvres, des apprentis, des ouvriers de fabrique (*Gewerbeordn.*, § 111, 120, 127) et des domestiques. Il ne s'agit donc pas d'une disposition particulière aux employés de l'Etat, mais d'un principe de droit universellement applicable, avec cette distinction seulement que l'Etat, vis à vis de ses fonctionnaires, ne se pose pas en égal mais en souverain. Même thèse dans Seydel, p. 225.

vait à son suzerain, lorsqu'il se rendait coupable d'un crime envers un tiers.

IV. — *Interdictions faites aux fonctionnaires.*

A côté des devoirs qui résultent du contrat de nomination, et dont l'observation incombe aux fonctionnaires, il existe un certain nombre d'interdictions qui leur sont faites en vue de sauvegarder la pleine observation des devoirs positifs ou d'empêcher que des conflits ne se produisent entre leurs différentes obligations. Outre la prescription déjà signalée qu'un fonctionnaire ne doit pas donner, en dehors d'un tribunal, son avis comme expert, avant d'avoir obtenu l'autorisation de ses supérieurs, et que son obligation de déposer comme témoin et de donner son avis comme expert judiciaire n'existe qu'en tant que la chose est compatible avec l'intérêt du service, nous noterons les dispositions suivantes :

1° Un fonctionnaire ne peut recevoir de cadeaux et de rémunérations pour des actes ayant trait à son service, qu'avec l'agrément de l'autorité supérieure (Loi, § 15, n° 2).

2° Les fonctionnaires nommés par l'Empereur ne peuvent recevoir de titres, de distinctions honorifiques, de présents, d'honoraires ou de rémunérations, de la part de chefs d'Etat ou de gouvernements étrangers, qu'avec l'autorisation de l'Empereur (Loi, § 15, n° 1).

Parmi les fonctionnaires nommés par l'Empereur, il faut comprendre aussi ceux nommés en son nom, ainsi tous les fonctionnaires immédiats de l'Empire, de telle sorte que la prescription dont il s'agit établit

une différence juridique entre les fonctionnaires médiats et les fonctionnaires immédiats. Les premiers n'ont pas besoin de l'autorisation de l'Empereur pour recevoir, de la part des souverains ou gouvernements étrangers, des titres et des distinctions, ainsi que des récompenses ou des rémunérations, pour des faits qui n'ont pas trait à leur emploi. Les prescriptions en vigueur dans les États particuliers déterminent dans quelle mesure ils ont besoin de l'agrément de leur propre souverain.

Le § 15 de la loi d'Empire n'intéresse en rien ces prescriptions (1). Quant aux fonctionnaires immédiats de l'Empire, ils ne peuvent recevoir, même des mains de leur souverain particulier, aucun titre ou distinction qu'avec l'assentiment de l'Empereur.

3° A l'exception des consuls élus, des membres non titulaires de l'office des brevets (Loi sur les brevets, § 13) et du bureau des assurances de l'Empire (Loi sur les assurances contre les accidents, § 91), ainsi que des fonctionnaires en congé, « aucun fonctionnaire ne peut, sans l'agrément des autorités supérieures, accepter d'emploi ni d'occupation à rémunération fixe, ni faire de commerce, en dehors de son service (2). La même autorisation est nécessaire au fonctionnaire impérial, pour devenir président ou membre du conseil d'administration ou de sur-

(1) Cf. les motifs adjoints au projet de cette loi, p. 32.

(2) Les consuls de carrière ne peuvent faire de commerce (Loi du 8 novembre 1867, § B, n° 5. (Bundesgesetzbl., p. 139). Le président de l'administration de la Caisse des retraites ne peut être revêtu ni ne doit accepter d'autres emplois ou fonctions rétribués (Loi du 23 mai 1873, § 11 (Reichsgesetzbl. p. 120). Il en est de même du président et des membres de la Cour des comptes. Loi prussienne du 27 mars 1872, § 4. Cf. la loi du 27 juin 1873, § 2, n° 3, en vertu de laquelle les personnes qui prennent part à l'administration d'un chemin de fer allemand, ne peuvent faire partie, à aucun titre, de l'administration des chemins de fer de l'Empire, ni être commissaires des chemins de fer de l'Empire.

veillance d'une société financière ou commerciale. Elle ne peut être accordée si la fonction en question est directement ou indirectement rémunérée (1). L'autorisation peut toujours être retirée » (Loi, § 16) (2).

4° Les §§ 40, 41, 43, 47 de la loi militaire du 2 mai 1874 contiennent les dispositions applicables aux fonctionnaires militaires ; quant aux employés de la Banque d'Empire, le § 28 de la loi du 14 mars 1875 prescrit qu'ils ne peuvent posséder d'actions de la dite banque.

§ 48. — *Les suites légales de la violation du devoir professionnel.*

La violation des devoirs qui incombent aux fonctionnaires peut entraîner des conséquences légales de trois sortes, à savoir : pénales, de droit privé et disciplinaires. Les dernières sont les conséquences de droit public ; elles se fondent sur le caractère public de la situation du fonctionnaire et ne sont subordonnées à aucune autre condition, que la violation même des devoirs imposés. Par contre, les suites de droit privé ne se produisent que dans le cas où un dommage pécuniaire s'est joint à la violation du devoir, et les conséquences pénales n'accompagnent pas non plus chaque faute de cette nature, mais seulement celles qui constituent un délit. D'autre part, les suites disciplinaires ne peuvent atteindre que des

(1) Il n'est pas douteux que rentrent dans cette catégorie les associations syndicales. Une motion en vue de les en exclure a été repoussée par le Reichstag. (Comptes rendus sténogr. 1872, p. 904).

(2) Kaungiesser, p. 73, donne des extraits des débats du Reichstag relatifs à la rédaction de ce paragraphe ; cf. de même Thudichum, Annales, 1876, p. 282.

fonctionnaires proprement dits, tandis que la responsabilité pénale, et de droit privé, peut se produire à l'occasion de violations du devoir professionnel de la part de personnes qui ont un emploi sans être pourtant fonctionnaires. Les trois sortes de conséquences légales ne s'excluent donc pas, elles ne se produisent pas alternativement, mais peuvent apparaître cumulativement, si l'action condamnable du fonctionnaire réalise les conditions qui les entraînent toutes ensemble.

1. — Conséquences pénales.

On ne peut pas établir *a priori*, ni déduire logiquement de la nature de l'emploi, quelles sortes de violations du devoir professionnel de la part du fonctionnaire entraînent un châtement public (1). — On ne peut, au contraire, le déterminer que d'après les dispositions positives du Code, et les raisons de la politique législative peuvent seules décider quels actes ou quelles négligences d'un fonctionnaire apparaissent de si graves atteintes aux prescriptions légales et de si dangereuses menaces pour le bien public, que l'Etat doive tourner contre eux les rigueurs du droit pénal. Il va sans dire, d'après le principe « Nulla poena sine lege », qu'un châtement public ne peut être décrété contre un fonctionnaire, que si l'acte qu'il a commis tombe sous le coup d'une

(1) Cf. aussi *Schütze*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, p. 522, et Rechtslexicon de Holtzendorff I, p. 62 ; *Hecker*, Ueber die grenzen des Criminal- und Disciplinarstrafrechts im Gerichtssaal vol. 31, p. 481 et s. ; *H. Meyer*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 204 ; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 148, note 4. Zorn I, p. 328.

commination déterminée, et que, par contre, la plus damnable violation du devoir professionnel et la plus indigne conduite ne peuvent être suivies, pour le fonctionnaire, d'aucune punition, si le fait d'un délit caractérisé ne peut être établi. C'est par là que se distingue, de la façon la plus nette, le châtement public du châtement disciplinaire.

Il n'y a pas, dans le droit pénal, un délit de violation du devoir professionnel ; il existe seulement des cas exactement définis où de pareilles violations, qui ne compromettent pas seulement les relations particulières de l'Etat et du fonctionnaire, mais l'ordre public en général, la vie commune des citoyens dans l'Etat, sont, en conséquence, l'objet d'un châtement public. En opposition à cette catégorie, il n'y a pas d'échelle des fautes disciplinaires ; il n'y a pas diverses sortes de fautes disciplinaires, caractérisées par des cortèges de faits déterminés : il n'y a, à ce point de vue, qu'une seule violation du devoir professionnel avec des nuances de gravité auxquelles correspondent des degrés de la répression disciplinaire.

Les violations qualifiées de « criminelles » se répartissent en deux classes (1). Elles peuvent, en effet, consister ou bien en des actes punissables en eux-mêmes et en général, mais qui, de la part d'un fonctionnaire, sont punis plus sévèrement, en sorte que cette circonstance, qu'un fonctionnaire en a été l'auteur, constitue un élément de qualification et une

(1) Cf. *Dollmann*, dans le *Staatswörterbuch* de *Bluntschli-Brater* I, 219. Pour le tableau systématique des fautes disciplinaires, cf. *Alois Zucker*, *Skizze zu einer monographie der Amtsverbrechen*, Prague 1870. Le livre ne renferme rien au sujet de l'élément de droit public inhérent à la question. Cf. v. *List*, *Lehrbuch des deutschen Strafr.*, § 178, IV ; *Lönig*, *Verwaltungs*, p. 226 ; *Merkel*, *Lehrb. des d. Strafrechts*, § 162.

circonstance aggravante. Ou bien ce sont des actes qui ne sont punissables que dans le cas où c'est un fonctionnaire qui les accomplit, ou qui, en fait, ne peuvent être accomplis que par des fonctionnaires, de sorte que la circonstance essentielle du délit est précisément qu'un fonctionnaire en a été l'auteur. La première catégorie est dite celle des délits non proprement professionnels ; la seconde, celle des délits proprement professionnels (1).

1. — *Les délits non proprement professionnels.*

L'impossibilité de déterminer, par une définition logique, la limite exacte des délits professionnels se marque le plus nettement à l'occasion des délits non proprement professionnels. En effet, il n'est pas d'acte punissable, qui ne soit qualifié comme tel par le juge, et en même temps aggravé par cette circonstance, qu'il a été commis par un fonctionnaire. Le législateur abandonnera donc à l'estimation du juge, pour beaucoup de catégories d'actes punissables ou pour la plupart, le soin de déterminer dans quelle mesure la dite circonstance doit intervenir pour fixer la gravité relative de la faute. Dans des cas exceptionnels, quand le législateur veut menacer d'une peine considérablement plus élevée que celle qui est d'ordinaire appliquée à une faute donnée, spéciale-

(1) Mais la frontière entre les deux est incertaine, et il dépend beaucoup de la manière de voir du juge, de ranger un délit dans l'une ou l'autre classe, vu que l'on peut désigner et traiter chaque circonstance d'un acte criminel, comme sorte particulière de crime. Cf. *Rüdorff* Commentar um Strafgesetzbuch, p. 450 ; *Meres*, dans le *Handbuch des Strafrechts* III, p. 946 de *Holtzendorf* ; voyez en outre *Schütze*, loc. citat. et *Berner*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 548 et suivantes.

ment de la peine accessoire de l'incapacité à remplir, dans la suite, aucun emploi public, ou s'il veut exercer une pression sur le juge, pour l'incliner à tenir compte inmanquablement de la qualité de fonctionnaire attachée au coupable, il stipule, à côté de la pénalité qu'entraîne une certaine faute, une pénalité spéciale pour le cas où le coupable est fonctionnaire. Ainsi se constitue, à côté du délit de droit commun, un délit professionnel, d'essence identique ou analogue, mais que menace un châtement plus sévère.

Il résulte de cette considération, que les délits non proprement professionnels n'ont aucun rapport avec le droit public, quant à leur contenu objectif. A ce point de vue, on ne fait absolument intervenir que l'élément pénal. Seul, le contenu subjectif, le fait qu'un fonctionnaire est le coupable, prête à ces délits une signification de droit public. Les délits non proprement professionnels se laissent ranger, tels qu'ils sont formulés dans le Code pénal de l'Empire, dans les catégories suivantes :

a) Des actes punissables se trouvent surtout qualifiés et considérablement aggravés par cette circonstance qu'un fonctionnaire les a commis à l'égard de personnes ou de choses qui avaient été confiées à ses soins ou à sa protection en vertu de la fonction même dont il est revêtu. C'est la caractéristique constante de la plupart des délits non proprement professionnels.

Les peines suivantes, particulièrement sévères, sont appliquées :

a) Contre un fonctionnaire qui accomplit des actes obscènes à l'égard de personnes contre lesquelles il doit diriger une instruction ou qui ont été confiées à sa garde ; de même contre un fonctionnaire employé au service des prisons ou d'établissements publics, qui accomplit des actes obscènes à l'égard de per-

sommes enfermées dans la prison ou reçues dans l'établissement en question (§ 174, 2 et 3) (1).

β) Contre un fonctionnaire, qui laisse échapper, de façon coupable, un prisonnier qu'il est chargé de surveiller ou d'accompagner, ou qui opère ou favorise lui-même sa délivrance (§ 347 comparé au § 121).

γ) Contre un fonctionnaire qui supprime, distrait, endommage ou falsifie, de propos délibéré, un document qui lui a été confié ou qui se trouve à sa disposition en vertu même de ses fonctions, § 348, n° 2, et 349 combinés avec le § 133; en particulier contre un fonctionnaire, au service des affaires étrangères, qui viole le secret professionnel de manière à communiquer à des tiers et d'une façon abusive, soit des documents écrits qui lui ont été confiés ou dont il peut disposer, soit une instruction ou l'objet d'une instruction qui lui a été donnée par un supérieur, § 353 a, al. 1.

δ) Contre un employé, qui soustrait des sommes d'argent ou des objets dont son emploi lui a fait confier le dépôt ou la garde; § 350 combiné avec le § 246.

ε) Contre un employé des Postes, qui distrait, ou qui ouvre, en dehors des cas prévus par la loi, des lettres ou des paquets confiés à la Poste; § 351 combiné avec le § 299.

ζ) Contre un employé des Télégraphes, qui falsifie ou bien ouvre indûment, soustrait ou communique à des tiers, des dépêches confiées aux Télégraphes; § 355 combiné avec le § 299.

η) Contre un avocat, qui assiste, contrairement à ses devoirs, grâce aux confidences que lui a values sa qualité, les deux parties en présence dans une même affaire; § 356 combiné avec le § 266.

(1) Cf. aussi § 181, n° 2.

b) Quelques autres actes punissables tels que les voies de fait, sont l'objet d'un châtement plus sévère, chez un fonctionnaire, que chez toute autre personne, parce que l'autorité inhérente à son emploi lui donne plus de facilités pour les commettre, et parce que les pénalités, qu'entraîne la résistance opposée à des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, rendent plus difficile et plus dangereuse la résistance opposée à l'abus qu'ils peuvent faire de leur autorité. Il faut que l'incitation à la violence, que ces circonstances exercent, soit atténuée par l'aggravation du châtement auquel le délinquant s'expose. Les cas prévus en la matière sont les coups et blessures, l'arrestation illégale et la violation du domicile (§ 310, 311, 312 combinés avec les § 223 et suivants, § 239 et 123).

c) Enfin certains actes, s'ils sont commis par des fonctionnaires, entraînent, pour ceux-ci, comme châtement secondaire, l'incapacité de revêtir dans la suite aucune fonction publique et certains autres emplois. Ainsi l'affiliation à des sociétés interdites (§ 128, al. 2, § 129, al. 2), et en ce qui concerne les employés des chemins de fer et des Télégraphes, le fait d'exposer, par suite de leur négligence, un train de chemin de fer à une catastrophe, ou bien d'entraver ou d'arrêter le service d'une station télégraphique (§ 316, al. 2 ; § 318, al. 2 et § 319) ; enfin dans les cas stipulés au § 358, en tant que ceux-ci rentrent dans la catégorie des délits non proprement professionnels.

2. — *Les délits proprement professionnels.*

Les crimes et délits de cette classe ont une signification de droit public, non seulement par leur contenu subjectif, mais encore objectivement. Ils

touchent à des principes du droit public ou de la politique, qui bénéficient d'une légitimation et d'une protection juridiques, du fait même que les actes qui y contreviennent comportent une pénalité. On peut les déduire, par l'abstraction, des prescriptions isolées de la loi pénale. Ils sont logiquement antérieurs à ces dernières, et celles-ci n'ont précisément d'autre objet que de les sauvegarder. En se référant à l'expression choisie par Binding, on peut dire que, « les normes », sur lesquelles reposent les prescriptions pénales relatives aux délits proprement professionnels, sont essentiellement de droit public. Il n'est pourtant pas d'un grand intérêt juridique de rechercher et de formuler ces normes.

Elles ne constituent pas, en effet, des principes juridiques, ni au point de vue du droit public ni relativement au droit privé (1). Elles n'acquièrent de signification juridique que dans les cas où leur violation est reconnue équivaloir à un délit ; par

(1) Ce ne sont pas davantage des « axiomes du droit non écrit » ni des « principes de droit rendus manifestes par des actions conformes », ainsi que l'admet *Binding*, *Die Normen* I, p. 66 et s. — Le même juriste défend sa théorie contre les objections dans le *Handbuch des Strafrechts* I, 155 et s. et il insiste notamment sur ce point que « l'élément de contrainte à l'égard d'un principe juridique pris en particulier n'est pas du tout essentiel ». Il est incontestable, en effet, que la menace du châtimeut n'est pas essentielle à l'axiome de droit, et que la *lex imperfecta* contient elle-même une véritable prescription juridique. Les principes de la constitution sur les devoirs de l'Empereur sont des normes juridiques de la même manière que les stipulations du Code de commerce à l'égard des devoirs des négociants. Mais les principes généraux d'ordre politique, éthique ou économique, sur lesquels ils reposent, n'ont pas de caractère juridique, même formulés impérativement. Le précepte : tu ne voleras pas, est une norme, parce qu'il se confond avec les lois qui punissent le vol. Mais les préceptes tels que, « tu ne mentiras pas » ou « tu ne t'enrichiras pas aux dépens d'autrui » sont, à la vérité, des principes qui inspirent plus d'une stipulation du droit pénal et du droit privé et qui du moins les éclairent. Cependant il ne sont pas en eux-mêmes des règles

ailleurs, elles ont seulement le caractère d'un principe moral ou politique, d'un considérant du législateur. Ces principes qui, sans être reconnus axiomes juridiques, servent de *substratum* commun à des stipulations juridiques spéciales, sont les suivants :

1° Aucun fonctionnaire ne doit tirer de l'exercice de sa fonction des gains illicites.

Ainsi, le fait d'accepter des présents pour des offices publics (§ 331), la corruption passive (§ 332, 334), le fait de lever des droits ou des redevances exagérés, le fait de retenir des bénéfices illicites (§ 352, 353) sont menacés de certaines peines.

2° Aucun fonctionnaire ne doit faire un mauvais usage de l'autorité dont il est revêtu. Mais on n'entend pas seulement ici par autorité le pouvoir exécutif du fonctionnaire, mais aussi la fonction des juges, qui est de fonder, par les arrêts qu'ils rendent, un droit formel, et celle des notaires, qui est d'établir ou de faire connaître, par leurs actes, certains rapports juridiques ou de fixer des faits ayant de l'importance au point de vue du droit.

C'est pourquoi la loi punit le fait de contraindre indûment quelqu'un à commettre, à supporter ou à ne pas commettre un certain acte, par un abus d'autorité ou en le menaçant de cet abus d'autorité (§ 339); le fait d'extorquer des aveux, au cours d'une en-

de droit, à moins qu'ils ne soient en relation avec des éléments de fait qui leur confèrent un caractère effectivement juridique. Mais si l'on incorpore ces éléments de fait dans la norme, de façon à l'accommoder aux prescriptions légales particulières du droit public, du droit pénal, du droit privé et de la procédure, et si on la différencie en conformité avec eux, c'est donc qu'il faut refuser à ces normes « le caractère de principes juridiques indépendants ». Cf. la réfutation pénétrante de la théorie des normes, donnée par A. Merkel dans la « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft » vol. VI, p. 512 et s.

quête, par l'emploi de la violence (§ 343); le fait d'ouvrir illégalement une instruction (§ 344) ou d'appliquer indûment des peines qui ne devraient pas être appliquées, au su du fonctionnaire, ou dans une moindre proportion (§ 345); de même une entreprise qui tend à soustraire quelqu'un à un châtement légal ou bien à réduire l'application d'une peine dictée par la loi (§ 346). — La loi punit de même la préméditation du fonctionnaire ou de l'arbitre qui fait fléchir le droit à l'avantage ou au désavantage d'une partie, en tant que conseil ou juge d'un litige (§ 336), ainsi que l'acte d'un fonctionnaire qui, appelé à rédiger des actes authentiques, a sciemment constaté comme vrai un fait faux et juridiquement important (§ 348). — Dans cette catégorie rentrent les cas prévus aux § 337, 338 et 351.

3° Aucun fonctionnaire ne doit abuser de l'obéissance que lui doivent ses subordonnés.

C'est pourquoi la loi punit le supérieur qui viole, d'une façon positive, ce principe, en induisant ses subordonnés à accomplir un acte punissable, dans l'exercice de ses fonctions et délibérément, ou qui tente de les y induire. Elle punit de même le fonctionnaire qui viole ce même principe d'une manière négative en laissant, par négligence et sciemment, ses subordonnés accomplir un acte délictueux, ou en n'usant pas, pour les en empêcher, du droit de surveillance ou de contrôle dont il est revêtu (§ 357, — cf. code pénal militaire, § 114 et s.).

4° Dans des cas particuliers, la violation du devoir d'obéissance dans le service est passible d'un châtement public, à savoir de la part des agents au service des affaires étrangères (§ 353 a, al. 2) et de la part de militaires (Code de justice militaire, (§ 89 et s., 139 et s.) ou d'employés au service de l'armée, en temps de guerre (loc. cit., § 153).

II. — *Les conséquences de droit privé.*

Un fonctionnaire peut, du fait de certaines violations de son devoir professionnel, encourir la responsabilité effective des dommages qu'elles entraînent ; mais ce n'est pas la conséquence de toute violation de ce devoir. Il faut, en effet, qu'elle ait causé à autrui un tort pécuniaire, parce que, sans cela, il manque une condition essentielle d'une obligation de cette nature (1). Mais de plus, il faut que le dommage en question rentre dans les catégories prévues par le droit civil.

Pour déterminer juridiquement si les conditions de responsabilité exigées par la loi sont remplies, il faut distinguer deux points. Le fonctionnaire peut, par sa faute, léser, dans l'exercice de son emploi, soit le fisc soit une tierce personne. A l'égard des tiers, le fonctionnaire, en tant que fonctionnaire n'est lié par aucun contrat ; par conséquent, il n'est pas douteux que les principes relatifs au devoir de dédommagement en dehors des cas de contrat, doivent être appliqués, quand le fonctionnaire leur cause un préjudice. Vis-à-vis de l'État qui l'emploie, le fonctionnaire se trouve, au contraire, dans un rapport de service ; l'exécution attentive des tâches qui lui sont confiées rentre parmi les obligations dont il s'est chargé du fait de son entrée en fonc-

(1) Cf. Pfeiffer, *Praktische Ausführungen* III, p. 372. Un tort pécuniaire n'est pas nécessaire dans les cas réglés par l'art. 847 du Code civil de l'Empire.

tions. Une faute commise dans le service pourrait donc être considérée, en tant qu'elle cause du dommage à la fortune de l'État, comme une faute contractuelle, d'après les règles en vigueur pour les mandats et les louages de services. Mais ici intervient la conséquence pratique du principe relaté plus haut, que l'installation d'un fonctionnaire n'est pas un contrat de droit privé et que le rapport juridique auquel elle donne lieu n'est pas obligatoire. On ne peut pas non plus se rabattre sur l'hypothèse que, par la remise d'un emploi lié à l'administration d'un capital, un mandat ou un quasi-mandat est confié au fonctionnaire, en plus de sa situation au point de vue du droit public, et que, par conséquent, il se trouve, vis-à-vis de l'État, doublement engagé, d'une part en droit public, d'autre part par un contrat. Or, la remise à un fonctionnaire d'une gestion financière ou de certaines affaires ayant une influence sur la fortune de l'État, ne constitue pas un contrat particulier, mais la suite nécessaire et immédiate de l'entrée en place à l'effet de revêtir un certain emploi (1). Par conséquent, les règles qui concernent les devoirs des employés envers l'État ne sont pas modifiées par le Code civil de l'Empire.

Sans doute, on accorde que, dans des circonstances définies, un contrat peut intervenir, qui institue un fonctionnaire mandataire de l'État, mais cela n'a lieu qu'en vertu d'un texte formel. Ainsi un fonctionnaire, à qui a été confiée la mission d'acheter, pour le compte de l'État, un terrain ou un vaisseau de guerre ou des matériaux de construction, ou bien encore de diriger la construction de bâtiments, de

(1) Cf. *Seydel* I, p. 605. L'opinion adverse induit à une erreur pareille à celle que commettait l'ancienne théorie de la communauté de biens dans le mariage, laquelle imaginait la conclusion d'une « *societas omnium bonorum* » entre les époux, outre celle du mariage lui-même.

ponts, de chemins et autres entreprises de ce genre, ou de régler un compte avec une autre administration, peut être, le cas échéant, le mandataire du fisc. Mais du fait que des affaires d'ordre financier se rattachent à la catégorie ordinaire des affaires administratives, il ne faut pas conclure à l'existence d'un contrat de droit privé entre l'État et le fonctionnaire.

Il résulte de ce qui précède que l'obligation qui incombe au fonctionnaire d'acquitter envers le Trésor lui-même, les dommages et intérêts qu'entraînent les fautes qu'il commet dans l'exercice de son emploi, demeure, au point de vue du droit privé, extra-contrattuale et se trouve donc fondée sur les mêmes principes que l'obligation envers des tiers. Dans le Preuss. allg. Landrecht (II, 10, § 90), on n'hésite pas à assimiler complètement la responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis de l'État à celle qu'il encourt « à l'égard des particuliers ».

Une exception aux règles générales est faite en ce qui concerne la responsabilité des fonctionnaires pour ce que l'on appelle un *Defect*; pour ce cas, la loi sur les fonctionnaires a édicté des mesures spéciales. Il convient donc d'établir une différence entre l'obligation d'acquitter des dommages et intérêts à raison de fautes d'ordre général et la responsabilité à raison des *Defecte* en particulier.

1. — *Responsabilité générale des fonctionnaires pour dommage causé.*

La loi d'Empire sur les fonctionnaires s'est bornée à ce sujet à deux prescriptions; elle déclare d'une part au § 13 que « chaque fonctionnaire est responsable de la légitimité de ses actes professionnels », et d'au-

tre part au § 154 elle détermine la compétence des tribunaux et la procédure à suivre dans les litiges auxquels donnent lieu des actions en dommages contre des fonctionnaires.

a) La formule du § 13 enlève au fonctionnaire auquel sont reprochés des actes illégaux ou des négligences, la faculté de prétexter qu'il a agi sur l'ordre de son supérieur hiérarchique. On a déjà discuté plus haut la portée de cette stipulation. Dans la mesure où il est astreint au devoir d'obéissance, il est couvert, en ce qui concerne la responsabilité civile des actes qui lui sont ordonnés. Pour tout le reste, il agit à ses propres risques. Le fonctionnaire de l'Empire qui, en vertu d'un ordre qui lui est donné par un supérieur, accomplit ou omet d'accomplir un acte de son service, est en conséquence responsable, ainsi qu'il a été exposé plus haut, de la régularité formelle de cet acte en soi. Le fait qu'il agit par ordre ne le libère pas de cette responsabilité particulière.

Le § 13 reconnaît en outre d'une manière expresse, et sans considérer s'il a agi en vertu d'un ordre ou de sa propre initiative, que l'irrégularité commise par un fonctionnaire doit toujours être endossée par lui, soit qu'il l'ait accomplie sciemment (*dolo*), soit qu'il ait été induit en erreur. Une erreur commise relativement à la régularité d'un acte de son service n'est jamais excusable de la part d'un fonctionnaire, et il en doit toujours répondre.

Cette stipulation est pleinement confirmée par les termes de l'article 154, qui autorise la revendication de certaines indemnités à l'égard des fonctionnaires, « pour avoir outrepassé leur compétence, ou pour avoir, contrairement au devoir qui leur incombait, négligé d'accomplir certains actes professionnels ».

b) La violation du devoir professionnel, de la part du fonctionnaire, peut ne pas constituer une violation de la loi ; elle peut être le fait d'un manque d'attention, ou provenir d'une bévue technique (1). La loi d'Empire sur les fonctionnaires n'a pas déterminé jusqu'à quel point le fonctionnaire doit compte des fautes de cet ordre. En vertu du § 19 de la loi sur les fonctionnaires, ce sont en conséquence les principes du droit civil qui en décident, en tant qu'ils sont applicables à la fixation de l'obligation d'indemnité. C'est à présent l'article 839 du Code civil de l'Empire qui a remplacé, en cette matière, les droits particuliers. Le fonctionnaire est toujours tenu pour responsable des délits qualifiés « dolus » ou « culpa lata ». Si le fonctionnaire a agi sur l'ordre d'un supérieur, ou en conformité rigoureuse avec les instructions qu'il a reçues, ce n'est pas lui qui porte la responsabilité encourue, mais le fonctionnaire duquel provenait l'ordre ou les instructions visées. Le fonctionnaire subordonné doit, en effet, se conformer aux ordres d'un supérieur, dans la mesure où ils ne sont pas contraires aux lois. En pareil cas, il n'est jamais tenu pour fautif.

c) La loi d'Empire sur les fonctionnaires n'a pas stipulé non plus si le fonctionnaire doit réparation du dommage effectif (*damnum emergens*), ou s'il est tenu de restituer l'objet intégralement ; s'il est responsable exclusivement des suites immédiates ou encore des suites médiate de son action ou de son omission ; si, et dans quelles limites, il est libéré par une erreur concomitante de la personne lésée ; à

(1) Par exemple, négligence dans la conservation de documents ou d'actes écrits et dans la fermeture des locaux administratifs ; bévues techniques dans une entreprise de bâtiments, dans l'administration des chemins de fer, des Postes et des Télégraphes. Cf. *Entscheidungen des Reichsgerichts*, t. XXIII, p. 326.

quel moment la plainte en dommages et intérêts se trouve annulée par la prescription ; si le fonctionnaire est responsable subsidiairement ou directement ; si les membres d'administrations collectives sont responsables solidairement ou non ; et ainsi de suite. Pour toutes ces questions, ce sont encore les principes du droit civil qui trouvent leur application (1), c'est-à-dire aujourd'hui les règles du Code civil.

d) Le § 154 de la loi d'Empire stipule que pour les procès en dommages et intérêts intentés à des fonctionnaires, deux tribunaux sont compétents : celui dans le ressort duquel le fonctionnaire avait son domicile au moment où il a causé le dommage, celui dans le ressort duquel il habitait au moment où la plainte a été déposée. Il règle d'autre part la procédure, mais d'une façon que le Code de procédure civile de l'Empire a modifiée. Enfin, il établit que le Tribunal supérieur de Commerce constitue la suprême juridiction en la matière. Depuis 1879, le Tribunal d'Empire est revêtu de cette compétence en son lieu et place (2).

(1) Par contre, les prescriptions relatives au cas où surgit un conflit de compétence ne sont pas applicables aux fonctionnaires de l'Empire, en particulier celles de la loi prussienne du 13 février 1854, ainsi que toutes celles des lois des États confédérés, qui font dépendre d'une décision préliminaire la poursuite judiciaire des fonctionnaires. Cf. *Thudichum*, *Annalen* (1876), p. 277 ; *Stengel*, *Ann.* (1876), p. 901 ; *Förtsch*, *loc. cit.*, p. 489 et s. ; *Freund*, p. 391 et s. ; *Lippmann*, *Annal.* (1885), p. 456 ; *G. Meyer*, § 183 ; et surtout le jugement du tribunal administratif supérieur de Prusse du 24 janvier 1885, dans *Reger*, *Entscheidungen* VI, p. 103 et s. Ces divers ouvrages contiennent de plus amples renseignements bibliographiques.

(2) Les prescriptions du § 154, n'ont pas été, pour le reste, touchées par la *Civilprozessordnung*. (*Einführungsgesetz zur Civilprozessordnung*, § 13.) Le tribunal d'Empire est compétent dans les procès de cette nature, même si le fonctionnaire poursuivi réside en Bavière (*Einfüh-*

Mais toutes ces dispositions du § 154 ne sont applicables aux procès en dommages et intérêts intentés à des fonctionnaires, que « dans le cas où ceux-ci ont outrepassé leurs attributions, ou bien ont, de façon coupable, négligé d'accomplir certains devoirs de leur charge ».

Tel est le texte dont s'accompagnent les prescriptions du § 154, et notamment celles qui sont relatives à la compétence du Tribunal d'Empire. D'après ce texte, les dites prescriptions doivent s'appuyer sur un acte illégal (tel que l'abus de pouvoir), ou sur une omission coupable. On laisse ainsi de côté le cas où le fonctionnaire, dans les limites de ses attributions, et par suite sans violation de la loi, a agi au mépris de la vigilance que l'on exige de lui. C'est une erreur de rédaction. Le tribunal de l'Empire a décidé que le § 154 règle la compétence judiciaire dans la même mesure que le § 13 règle la responsabilité des fonctionnaires (1).

2. — Responsabilité pour « Defecte ».

Pour cette partie spéciale de la théorie sur la responsabilité, les § 134 à 148 de la loi sur les fonctionnaires, ont institué, en étroit accord avec l'ordonnance du 24 janvier 1844 (Gesetzsammlung, p. 52), un droit commun aux fonctionnaires de l'Em-

rungsg. zum Gerichtsverfassungsg., § 8, al. 2) (Cf. plus loin l'exposé du système judiciaire). En première instance, les tribunaux régionaux sont seuls compétents (Gerichtsverfassungsg., § 70, n° 2) ; la revision se poursuit ensuite sans égard à la valeur de l'objet de la plainte (Civilprozessordn., § 547, n° 2).

(1) Décision du tribunal de l'Empire du 22 févr. 1883, dans Gruchot, vol. XXVIII, p. 463.

pire ; notamment, ils ont introduit une procédure particulière pour la fixation et le recouvrement de l'indemnité au cas de « *defecte* » (1).

a) La définition du « Defect » n'est pas donnée par la loi, mais, dans la pratique du droit administratif, on entend par là le cas où le contenu réel d'une caisse ou d'un magasin est inférieur au contenu établi par les livres. Le sens du mot est ainsi plus étendu que celui de prévarication : il comprend aussi le déficit qui se produit par la négligence de l'employé préposé à la garde de la caisse ou du magasin. Par contre, on exclut le cas où le fonctionnaire a fait, avec le contenu de la caisse ou du magasin, des dépenses qu'il n'eût pas dû faire, ou qu'il a faites en faveur d'un destinataire indû, et ainsi de suite. En pareil cas, le paiement ou la dépense sont effectués régulièrement et attestés par les écritures (2). On n'établit pas de différence, entre le cas où l'erreur est au détriment de la fortune de l'Empire et celui où l'erreur porte préjudice à une fortune privée, gérée par une administration de l'Empire (3), ou qui se trouve, en vertu d'une ordonnance administrative spéciale, confiée à un fonctionnaire de l'Empire (4).

b) Le relevé des erreurs doit être opéré d'abord par l'autorité dans le ressort de laquelle se trouve la caisse ou le magasin, en ce qui concerne la surveillance immédiate. Cette constatation a également pour objet de fixer tout de suite, si un fonctionnaire doit être tenu pour responsable du déficit, éventuelle-

(1) Ces prescriptions, sauf l'alinéa 4 du § 144, ont été laissées intactes par la Civilprozessordnung. (Einführungsg. zur Civilprozessordn., § 13).

(2) « Arrêt du tribunal des conflits prussiens du 25 octobre 1856, (Justizministerialbl., p. 54), *Kanngiesser*, p. 231.

(3) Reichsbeamten-gesetz, § 134.

(4) *Id.*, § 136.

ment lequel, et enfin quelle somme représentent les manquants (1).

L'autorité compétente doit rédiger un rapport motivé sur le montant du déficit, sur le fonctionnaire responsable et les raisons pour lesquelles cette responsabilité lui incombe. S'il arrive que tous ces points soient établis en ce qui concerne une partie du déficit, et que l'on ait besoin d'un complément d'information pour une autre, le procès-verbal peut ne concerner que cette partie, sous réserve de constatations ultérieures. Le procès-verbal est exécutoire, si l'autorité qui l'a rédigé a la qualité d'une autorité supérieure de l'Empire. Dans tous les autres cas, il doit être examiné et approuvé par un magistrat de l'Empire d'un rang plus élevé dans la hiérarchie. L'autorité la plus élevée doit en recevoir communication sans retard, et il lui appartient, en toute occurrence, de prendre les dispositions qu'elle juge à propos, et de rédiger à nouveau ou de rectifier le rapport (2).

c) Le rapport peut conclure à l'obligation immédiate de couvrir le déficit contre tout fonctionnaire convaincu de détournement, par l'enquête des autorités, soit comme auteur principal, soit comme complice ; d'autre part, s'il est établi que le déficit s'est produit par une faute grave, le rapport peut conclure à cette obligation contre les employés auxquels l'administration de la caisse ou du magasin était confiée et jusqu'à concurrence de tout le déficit ; il peut enfin conclure, contre tout fonctionnaire que ses attributions préposaient à la recette ou à l'émission, à la perception, à la livraison ou au transport des deniers publics ou autres objets, jusqu'à concurrence seulement des valeurs dont il avait le dépôt (3).

(1) § 134, 135 de la loi.

(2) § 137-139 de la loi.

(3) *Id.*, § 141.

Si le fonctionnaire est convaincu d'une faute minime ou légère, il n'est pas tout à fait libéré de l'obligation d'indemnité, dans tous les cas où les dispositions du Code civil l'en déclarent responsable; mais l'affaire suit alors la procédure ordinaire. La procédure stipulée pour les déficits n'est pas non plus valable à l'égard des héritiers du fonctionnaire ni des tierces personnes, qui ont été enrichies par le déficit. Par contre, en ce qui concerne le fonctionnaire, il n'y a pas à distinguer suivant qu'il est en activité de service ou en retraite.

d) La décision prise par l'autorité compétente est exécutoire. Elle doit également spécifier les mesures à prendre, en vue d'assurer le paiement de l'indemnité.

L'autorité administrative requiert des tribunaux compétents, des huissiers et des bureaux des hypothèques les mesures d'exécution. Les agents et les magistrats requis doivent se prêter à la réquisition promptement, sans commandement préalable, s'il ne se présente pas de difficulté. Ils n'ont pas à apprécier la légitimité de la décision rendue (1).

e) Le fonctionnaire que la décision de l'autorité a déclaré astreint aux indemnités, peut former opposition devant les tribunaux, selon les voies ordinaires, tant en ce qui touche le montant de la somme exigée qu'en ce qui concerne l'obligation elle-même (2).

(1) *Id.*, § 143.

(2) Il n'est pas douteux que le tribunal n'ait à examiner si l'obligation d'indemnités est en principe fondée ou si elle doit atteindre le chiffre fixé. Par contre, la question est discutée de savoir s'il doit se borner à constater la légitimité ou la non légitimité de la poursuite aux termes de l'art. 141 et sans aller jusqu'au fond de l'affaire. Le Reichsoberhandelsgericht a répondu par la négative pour les territoires de droit français (Alsace Lorraine) (*Entscheidungen* XX, 157). Le Reichsgericht (*Entscheidungen in Civilsachen* XII, 143 et *Reyer, Entscheidungen* VI, 110) a résolu la question d'une manière générale dans le même sens.

Le délai préfix, pour le dépôt de la plainte, est d'une année, à partir du jour où la décision de l'autorité a été portée à la connaissance de l'employé, ou, dans le cas où celui-ci aurait été absent de son domicile, à partir du jour où la décision a été prise. Le tribunal doit décider du bien fondé des prétentions des parties, pour ce qui est des faits, d'après le résultat des débats et des preuves qu'il juge souverainement (1). Sur la requête du fonctionnaire intéressé, le tribunal doit décider si la contrainte d'exécution doit être poursuivie ou provisoirement suspendue. La suspension est accordée, quand le maintien de la contrainte entraînerait, pour le fonctionnaire, un dommage difficilement réparable. Toutefois, l'autorité impériale peut, dans ce cas, obtenir du tribunal, de prendre les mesures de garanties nécessaires (2).

Le trésor est représenté devant les juges par l'autorité administrative la plus élevée, qui a rédigé la décision relative au déficit, ou bien qui l'a déclarée exécutoire, ou bien par l'autorité centrale. Quel que soit le montant de la somme en litige, l'affaire peut aller en troisième instance, c'est-à-dire devant le tribunal d'Empire (3).

f) S'il y a un danger imminent et pressant, qu'un fonctionnaire, contre lequel un mandat d'exécution a été lancé, ne prenne la fuite ou qu'il ne mette sa fortune à l'abri de toute saisie, tout magistrat ou tout fonctionnaire de l'ordre immédiatement supérieur au sien est fondé à saisir provisoirement le traite-

(1) § 144 de la loi. Pour la question de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve, on se réfère aux principes juridiques ordinaires. Le fait que le fonctionnaire doit assumer le rôle de demandeur ne change rien à ce point de vue.

(2) § 145 de la loi.

(3) Id. § 152 et 153.

ment du fonctionnaire poursuivi, et, dans le cas de nécessité absolue, le reste de sa fortune mobilière. L'autorité supérieure doit en être informée sans retard pour donner son approbation (1).

Sur la requête du fonctionnaire frappé de saisie, le tribunal, dans le ressort duquel la saisie a eu lieu, doit ordonner que, dans un délai déterminé par lui, le procès-verbal régulier du déficit lui soit apporté. S'il n'est pas tenu compte de cet ordre, la saisie doit être immédiatement levée sur une nouvelle requête du fonctionnaire intéressé. Si, par contre, le procès-verbal est déposé à temps, le tribunal du lieu où il a été procédé à la saisie ne peut pas lever l'arrêt, et il demeure loisible au fonctionnaire de porter l'affaire devant le juge ordinaire du trésor, aux termes du § 144 (2).

g) Pour la procédure qu'occasionne une action en déficit par voie administrative, il n'est pas compté de frais ni de timbre (3).

h) Les prescriptions de la Reichsbeamtengesetz sur la procédure en matière de déficits (§ 134-148) sont applicables aux militaires (4).

III. — *Les conséquences disciplinaires.*

La nature juridique des rapports du fonctionnaire et de l'État apparaît le plus nettement dans la pénalité disciplinaire qui frappe ce dernier quand il viole son devoir professionnel. Si l'on se réfère à la définition du contrat d'entrée en service formulée plus haut, le fondement juridique, l'essence, l'étendue et

(1) Id. § 146.

(2) Id. § 147.

(3) § 148.

(4) § 157 de la loi.

L'objet de l'autorité disciplinaire s'éclaircit d'eux-mêmes. Dans beaucoup de traités de droit public et pénal et dans un grand nombre de lois rédigées sous leur influence, la pénalité disciplinaire est rapprochée de la puissance publique de punir, et il en découle de grandes difficultés si l'on veut établir leur relation mutuelle.

Le droit disciplinaire, selon l'opinion courante, apparaît comme un droit pénal spécial aux fonctionnaires. Les fautes contre la discipline sont une catégorie de manquements professionnels : les peines disciplinaires se présentent comme un complément au système de la pénalité publique ; la procédure disciplinaire comme dérivée de la procédure pénale ordinaire (1). De ce point de vue, le vieil axiome « non bis

(1) Une dissertation de *Heffter* dans « N. Arch. des Criminalrechts, vol. 13 (1832) p. 48 et s., exerça une influence particulière sur la doctrine. Les fautes disciplinaires et les fautes professionnelles, sont absolument confondues. De même *Buddeus* (*Rechtslexicon de Weiske I, p. 220*) et s.; en outre *Mittermaier*, *Lehrbuch de Feuerbach, § 477, note 1 et 4* (14^e édit., p. 719 et s.) — *Berner*, *Lehrb.*, p. 548, traite les fautes disciplinaires comme des fautes professionnelles vénielles et qui échappent à la pénalité criminelle. *Schütze*, *Lehrbuch*, p. 522 et dans le *Rechtslexicon de v. Holtzendorff I, 97* (3^e éd.), déclare expressément que les délits professionnels et les fautes disciplinaires ne se distinguent pas dans le principe. Cf. en outre *Meyer* (*Holtzendorff's Handbuch des Strafr. III, 939* ; *Bälau* (*Bluntschli-Brater'sches Staatslexicon III, 140*) et *Pözl* (*cod. loc. IX, 696*) qui caractérisent il est vrai avec justesse les réelles différences qui existent entre l'autorité disciplinaire et l'autorité pénale, mais les considèrent néanmoins comme de même nature. C'est encore la thèse de *H. Meyer* (*Strafrecht, § 1, note 3 et § 102*) ; *G. Meyer* (*Staatsr., § 148 et Annalen 1876, p. 672*) et de *Zorn I, 328*. Ce dernier qualifie pourtant les conséquences disciplinaires de « conséquences de droit public » et il les oppose aux conséquences pénales. *V. Bar* (*Handbuch des d. Strafrechts I (1882), § 111, p. 353*) développe avec finesse et pénétration une opinion moyenne et conciliatrice. Cf. aussi *Seydel*, *Staatsr. II, 271 sv.* ; *Merkel*, *Lehrb. des Strafr., § 16* ; *Labes Hirth's Annalen, 1889, p. 213*, avec une abondante notice bibliographique) ; *Harseim*, Art. « Disciplin » dans le *Dictionnaire de Stengel (I, 267)*. *Otto Mayer*, *Verw. R. II, p. 241 sv.*

in idem » soulève de grandes difficultés ; car on ne peut expliquer que de la manière la plus pénible, qu'un employé puisse être poursuivi et puni pour la même faute, d'une part au criminel et d'autre part devant un conseil disciplinaire. Il n'est pas plus aisé d'accorder avec cette doctrine la théorie de la prescription et d'expliquer ce fait, que la prescription n'exclut pas nécessairement la pénalité disciplinaire. Mais il est surtout absolument impossible de déterminer une ligne de démarcation entre les fautes professionnelles d'un caractère criminel et les fautes disciplinaires. Les unes et les autres peuvent porter atteinte à l'ordre public ou compromettre la prospérité et la sécurité de l'Etat ; les unes et les autres sont susceptibles d'être commises avec préméditation ou par négligence. La gravité qu'elles revêtent ne les distingue pas, car il y a des fautes professionnelles minimales qui sont passibles d'une pénalité publique ; il n'y a pas non plus entre les faits constitutifs des fautes disciplinaires et ceux des fautes professionnelles d'opposition logique, de nature à les séparer. La poursuite des actes délictueux est un devoir de l'Etat, auquel ne peuvent se dérober les magistrats qui y sont préposés ; le maintien de la discipline est laissé au jugement des autorités ; ils peuvent user d'indulgence et ne pas relever des violations du devoir à ce point de vue ; en conséquence, les fautes disciplinaires ne peuvent être tenues pour des délits criminels d'une catégorie inférieure.

Toutes ces difficultés découlent du faux point de départ que l'on choisit. Bien qu'il y ait, entre le droit criminel et le droit disciplinaire, une grande ressemblance extérieure, puisqu'ils se manifestent tous deux par des châtiments, il ne faut pas chercher la définition du droit disciplinaire en l'opposant et en le comparant au droit pénal ; c'est au droit privé, qu'il faut

l'opposer et le comparer. Il coïncide avec l'opposition entre les engagements contractés au moment de l'entrée en fonctions et l'autorité administrative. Le nœud de toute la question est que les conséquences disciplinaires de toute contravention aux règles disciplinaires ne se fondent pas sur la puissance de l'État d'infliger des peines publiques, mais sur le rapport de service même, sur la subordination du fonctionnaire vis-à-vis de l'État comme de l'employé par rapport au patron. Les peines disciplinaires ne sont pas des châtiments au sens où l'entend le droit pénal. Ce sont des moyens dont dispose l'État en vue de maintenir le bon ordre dans le service et d'assurer l'observation des devoirs prescrits (1).

En matière de contrats, chaque partie est fondée à intenter contre l'autre partie une action tendant à l'exécution des engagements consentis ou au paiement d'indemnités dans le cas de non-exécution ou d'exécution irrégulière. Toute manœuvre frauduleuse ou délictueuse d'un contractant, dont les conséquences seraient de détruire l'objet du contrat,

(1) Si l'on fait abstraction de quelques écarts minimes dans la façon de caractériser le but du châtiment disciplinaire, cette doctrine fondamentale est aussi celle de *Binding* (*Grünhut's Zeitschrift* II, 684 ; et surtout *Grundriss des Strafr.* (3^e éd. 1884), p. 84, avec de copieuses notes bibliographiques. Voir aussi, du même auteur, *Handb. des Strafrechts* (t. 1. p. 796.) — En outre, v. *Liszt* (*Holtzendorff's Rechtslexicon*, art : *Ordnungs und Disciplinarstrafen* (3^e éd. II, 968) et surtout dans son *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 60, IV ; *Hecker*, *Gerichtssaal* 31, 481 ; *Rehm*, *Annalen*, 1885, p. 191 ; *Schülze*, *Deutsches Staatsrecht*, I, 331 ; *Dochow*, *Zeugnisszwang* (1877), p. 58 ; v. *Sarwey*, *Württemb. Staatsr.* II, § 118 ; particulièrement *Gaupp*, *Württemb. Staatsr.*, § 48 (p. 149) ; *Otto Mayer*, l. c. ; et également *Löning*, *Verwaltungsr.*, p. 127. bien que les différences caractéristiques y soient atténuées au bénéfice des points secondaires ; ainsi que *Labes*, loc. cit., p. 251. D'ailleurs, parce que je mets en relief l'objet des peines disciplinaires, il ne faut pas que l'on m'accuse de nier ou de méconnaître leur caractère même de pénalité.

autorise l'autre contractant à faire une demande en dommages-intérêts.

Au contraire, en matière de services publics et de subordination, l'ordre prend la place de la réclamation et la contrainte celle de la demande judiciaire. L'autorité disciplinaire est le droit d'exercer cette contrainte. Le moyen âge en usait à l'égard des vassaux et des hommes d'Église ; il était appliqué jusqu'à l'époque moderne aux serfs et aux domestiques ; il se perpétue aujourd'hui dans le droit de châtimement que possèdent les parents et les chefs d'institutions, dans l'autorité discrétionnaire du capitaine de navire sur l'équipage, dans celle des officiers sur les hommes de troupes (1). Ce droit est également le fondement de l'autorité disciplinaire de l'État par rapport à ses fonctionnaires ; il lui fournit les moyens d'obtenir, bon gré mal gré, que les règlements prescrits soient observés (2). L'État n'a pas be-

(1) En opposition avec les règlements disciplinaires des fonctionnaires civils, l'ordonnance disciplinaire relative à l'armée et à la marine constitue un véritable Code pénal militaire, qui forme, pour les cas secondaires, un complément du Code pénal proprement dit du 20 juin 1872. La pénalité prononcée du chef de l'une ou l'autre loi exclut également ici, pour un fait unique, toute pénalité du chef de l'autre. Les fondements de cette disposition particulière de la discipline militaire sont exposés avec clarté par *Hecker*, loc. cit. — Cf. *Archiv für öffentl. Recht* I, 222 ; cf. aussi *V. Bar*, *Handb. des Strafr.* I, 355.

(2) *G. Meyer* (*Annalen* 1876, p. 673) soutenu par *Löning*, loc. cit., estime que le châtimement disciplinaire ne peut être un moyen en vue de tenir le fonctionnaire dans le respect de son devoir, vu qu'il n'est prononcé qu'après que et parce que le fonctionnaire a violé son devoir. Mais il se réfute lui-même en remarquant que la menace seule d'un châtimement est une contrainte indirecte et il accorde que, ni dans la pratique ni dans la législation, aucune différence ne se marque nettement entre le moyen de contrainte et la peine. Peu importe, en effet, que le châtimement disciplinaire soit promis au fonctionnaire d'une façon générale par la loi et qu'ainsi il soit gardé de faillir, ou que le châtimement d'une faute particulière lui soit suggéré pour le retenir de la commettre. *Otto Mayer* rejette comme inutile l'idée de la contrainte.

soin d'assigner à cette fin devant les tribunaux, car il ne traite pas avec ses fonctionnaires d'égal à égal, mais il les domine en maître. L'action civile ne lui serait non plus d'aucune utilité, vu que le dommage, qui lui est causé par la violation ou l'observation irrégulière des règlements, est rarement estimable et ne peut être couvert par une indemnité pécuniaire. D'autre part, l'Etat est limité à l'exercice de son autorité disciplinaire ; il ne dispose d'aucun recours de droit privé contre ses fonctionnaires à l'occasion des fautes contre la discipline ; il n'y a pas de moyens d'exécution forcée à fin de contraindre les employés de l'Etat au respect de leurs devoirs professionnels (1).

Ainsi, le châtement disciplinaire ne se présente pas comme l'équivalent du châtement encouru pour un crime ou pour un délit, mais aux lieu et place de l'action en exécution de contrat (2). La formule « non bis in idem » demeure intacte, quand bien même le châtement disciplinaire s'affirme en même temps

(1) Les vestiges de féodalité qui se sont maintenus dans la constitution du Mecklembourg sont causes que, seul en Allemagne, il s'écarte de ces principes. Dans des cas multiples, selon le droit mecklembourgeois, les autorités administratives peuvent être maintenues dans le respect de leurs devoirs par une procédure civile introduite sur la plainte d'un avocat général. Le tribunal décide comme dans les affaires de contrats entre parties de rang égal. Cette procédure exclut la procédure disciplinaire à l'égard des fonctionnaires et cette exception met en relief la nature juridique de la procédure disciplinaire et sa relation avec le droit de plainte du droit privé. Cf. à ce sujet *Trotsche*, Mecklenb. Civilprocess, II, 225 (1868) et surtout l'Exposé des motifs de la Reichsprozessordnung de 1874, p. 487. En accord avec l'exacte définition juridique de l'autorité disciplinaire. V. *Pfeiffer*, Prakt. Ausf. III, p. 401.

(2) V. *Bar*, loc. cit., p. 357, reconnaît également que le droit disciplinaire a un côté « qui relève du droit privé. » S'il ajoute que cette face de la question a été trop exclusivement éclairée par moi, je le lui accorde volontiers. Ma préoccupation était justement de m'élever contre la confusion du droit pénal et du droit disciplinaire qui était communément faite avant la première publication du présent ouvrage.

que le châtement de droit public ; elle serait compromise si l'État, non content de maintenir la contrainte disciplinaire, avait encore le recours d'une action en exécution de contrat, en ce qui concerne les obligations professionnelles. Les moyens disciplinaires se meuvent dans le cercle jusqu'où s'étend l'autorité administrative et n'ont rien de commun avec le système des pénalités publiques, sauf l'amende, dans des cas exceptionnels. La prescription n'atteint pas la contrainte disciplinaire. En outre, les faits dont se constitue ce que l'on appelle les fautes contre la discipline ne relèvent pas du droit pénal. Il n'y a pas de classification complète et pas de catégories nettement distinctes des contraventions à la discipline ; on ne peut pas en dresser le catalogue, bien qu'on l'ait souvent tenté ; on ne peut pas les dénombrer expressément comme l'on fait pour les crimes et pour les délits, pas plus qu'il n'est possible de classer les violations aux contrats privés et pas plus qu'il n'existe légalement, pour ces dernières, de caractères tranchés. Chaque omission coupable d'un devoir prescrit est une faute disciplinaire, ou mieux, est de nature à provoquer, de la part de l'État souverain, une réaction par le moyen de son autorité disciplinaire. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'un seul et même acte peut tomber sous le coup de la loi pénale et contenir une violation du devoir d'État. Enfin l'exercice de la contrainte disciplinaire est, pour l'État, un droit, non pas une obligation juridique, de même que, de la part du créancier, toute action est un droit et non pas un devoir (1).

Ces principes étant posés, on peut résumer et

(1) *Heffter*, loc. cit., p. 177 qualifie le pouvoir disciplinaire de « droit privé de l'État, auquel le fonctionnaire se soumet d'une manière tacite en entrant en charge, au lieu d'être, comme le droit pénal, un droit

coordonner d'une manière scientifique les dispositions de la loi sur les fonctionnaires de l'Empire, relativement aux fautes disciplinaires.

1° La définition en est donnée, en ces termes, au § 72 de la loi : « Un fonctionnaire de l'Empire qui viole les devoirs qui lui incombent (§ 10) commet une faute contre la discipline et encourt une peine disciplinaire. » Cette définition n'est pas heureuse dans la forme, mais elle est exacte pour le fond. Une faute disciplinaire est une violation de la discipline. Il suffit de considérer jusqu'où s'étend le devoir professionnel pour se rendre compte des actions et des omissions susceptibles d'être qualifiées de fautes disciplinaires. Parallèlement aux trois obligations dérivées du contrat d'entrée en charge, on peut ranger les fautes disciplinaires dans les catégories suivantes :

a) Violation du devoir de gestion. Dans cette série, il faut faire entrer le refus coupable de s'acquitter des tâches requises, le manque de zèle, l'indolence, la négligence dans le service ; en particulier, le fait d'abandonner son emploi sans autorisation ou de dépasser, sans motifs valables, les délais accordés.

b) Violation du devoir de fidélité et d'obéissance. Ainsi, l'esprit de rébellion et d'insoumission à l'égard d'ordres relatifs au service et émanés de supérieurs dans les limites de leur compétence ; la violation du secret professionnel ; le détournement de fonds ou d'objets mobiliers. On peut aussi ranger sous cette rubrique l'attitude prise par le fonctionnaire dans son service, avec le dessein de faire échouer certaines mesures décidées par le gouvernement, ainsi que de contrecarrer les plans et les pro-

commun à tous les citoyens », cf. aussi *Seydel*, loc. cit., p. 272 ; *Otto Mayer*, p. 244.

jets du dit gouvernement, soit par une opposition bien marquée, soit par un manque d'empressement dans l'exécution des ordres. Mais il n'est pas douteux que l'exercice du droit de vote ou d'un mandat de député au Landtag ou au Reichstag, où le fonctionnaire n'a qu'à se régler sur ses convictions intimes, ne peut, en aucun cas, être considéré comme une violation du devoir de fidélité et être puni disciplinairement.

c) Violations du devoir relatif à la dignité de la conduite. Ce sont tous les actes accomplis par le fonctionnaire, soit dans le service soit en dehors, en violation de l'honneur et des bonnes mœurs et de nature à le dégrader dans l'opinion générale, soit que ces actes tombent sous le coup de la loi pénale, soit qu'ils leur échappent. Un acte peut être passible d'une condamnation et n'être pas une faute contre la discipline : ainsi, l'incendie involontaire par le jet d'une allumette enflammée, ou le fait de blesser ou de tuer involontairement une autre personne, à la chasse par exemple. Par contre, tel acte ou telle omission peut constituer une lourde faute disciplinaire sans que l'on puisse le poursuivre judiciairement : ainsi l'ivresse, le fait de contracter inconsidérément des dettes, le jeu, dans le cas où un scandale public est causé et où la décence se trouve offensée.

d) A cela s'ajoutent les contraventions à l'interdiction faite aux fonctionnaires d'accepter des rémunérations, des décorations, des emplois accessoires, de faire du commerce, et ainsi de suite.

2° Les peines disciplinaires ne sont pas des peines ayant un caractère public. Elles se meuvent dans le cadre même du service auquel le fonctionnaire s'est astreint en entrant en place. Elles consistent en réprimandes, en amendes ou dans le retrait d'emploi, § 73 (1).

(1) C'est à ce point de vue que l'on distingue d'ordinaire la peine

a) Les peines disciplinaires, autres que le retrait d'emploi, sont dans leur ordre de gravité ascendante : l'avertissement, le blâme et l'amende. L'avertissement et le blâme doivent être nettement distingués des rappels à l'ordre, des remontrances et des admonitions que le supérieur adresse à l'employé subordonné en vertu de l'autorité que lui confèrent ses fonctions de directeur et de surveillant (1). L'avertissement et le blâme s'en distinguent, disons-nous, en ceci, qu'ils constatent, à l'égard du fonctionnaire, une contravention dont il s'est rendu coupable, et se présentent, en conséquence, comme suite de cette contravention pour réagir contre celle-ci, tandis que, pour les remontrances et les admonitions qui sont faites par le supérieur immédiat, on fait grâce à l'inférieur de cette constatation formelle.

En ce qui concerne les amendes, un maximum est établi, à savoir, pour les employés rétribués, du montant des honoraires d'un mois, et pour les employés non rétribués, d'une somme de trente thalers (2).

L'amende et le blâme peuvent être prononcés en même temps.

b) Le retrait d'emploi (§ 75) consiste soit dans le

disciplinaire du premier degré ou seulement correctif; de la peine du second degré ou réformatrice. Ainsi *Heffter*, loc. cit., p. 75; *Buddeus*, Rechtslexicon I, 223; *Schaper* dans le Rechtslex. de *Holtzendorff* I, 389. De même, les « Motive » relatifs aux § 72 à 124 de la Reichsbeamten-gesetz distinguent la discipline « correctif » et la discipline « réformatrice », à l'aide de pénalités « qui sont hors du domaine de la criminalité ».

(1) On omet souvent dans les traités de distinguer les rappels à l'ordre des avertissements. Ainsi *Heffter*, loc. cit., p. 73 et 79; *Buddeus*, loc. cit., p. 224, cf. par contre *Kanngiesser*, p. 157.

(2) Comme, en règle générale, les fonctionnaires de l'Empire sont rétribués, il se trouve que le maximum place l'amende elle-même en relation de droit avec la situation juridique née de l'entrée en fonctions.

déplacement, soit dans la révocation de l'employé (1). Le déplacement se produit par la nomination du fonctionnaire à un autre emploi de rang égal (2), avec une réduction de ses honoraires d'un cinquième au plus. Toutefois il peut être pourvu d'un emploi également rétribué et être astreint à payer, en place de la réduction de son traitement, une amende qui peut s'élever jusqu'à un tiers du traitement d'une année. La désignation de l'emploi, auquel le fonctionnaire déplacé doit être appelé, ne dépend pas de l'autorité qui a prononcé la peine, mais de l'autorité supérieure de l'Empire, à qui revient l'exécution de la sentence.

La révocation a pour conséquence la perte du titre et du droit à la pension de retraite. S'il arrive que les fonctions de l'employé aient pris fin d'elles-mêmes, avant que la procédure disciplinaire ne soit terminée, on conclut à la perte du titre et de la pension de retraite au lieu de conclure à la révocation, au cas où le fonctionnaire n'y renonce pas spontanément. Quand on constate des circonstances atténuantes, l'autorité disciplinaire peut stipuler dans son jugement que le condamné bénéficiera, soit toute sa vie, soit pendant une période déterminée, d'une partie de la pension légale. Les mêmes principes peuvent être appliqués aux employés mis en retraite provisoire (§ 119).

3° De la nature juridique du pouvoir disciplinaire considéré comme une conséquence de la subordination de l'employé à l'Etat, il résulte, en outre, que ce pouvoir prend fin avec l'engagement contracté et qu'il ne peut être infligé, au fonctionnaire, de chà-

(1) Un exposé scolastique des différentes sortes de retrait d'emploi est donné par *Heffter*, loc. cit., p. 53 ; *Buddeus*, p. 225 ; cf. aussi *Bülow* Staatswörterbuch III, p. 141, 142), et v. *Pözl* (Id. IX, 713).

(2) De sorte qu'il n'y a pas dégradation. Cf. « Motive », p. 42.

minent qui outrepassent la durée de ses services. Il s'en suit que la procédure disciplinaire doit être suspendue dès le moment où l'accusé, renonçant au titre, au traitement et à la pension de retraite, offre sa démission, après avoir, bien entendu, dûment exécuté les affaires qui lui avaient été confiées et rendu un compte explicite de toute administration des biens de l'Empire dont il pouvait avoir le dépôt. L'application de toute peine disciplinaire est, dans ce cas, aussi inadmissible que le serait le retrait d'emploi par arrêt de justice. Les frais de la procédure interrompue sont à la charge du fonctionnaire intéressé (§ 75 et § 100) (1).

4° Même en ce qui concerne l'évaluation de la pénalité, on tient compte de ce principe, que la peine disciplinaire n'a pas pour objet de compléter ou de remplacer la peine publique, mais d'assurer l'observation du devoir professionnel et de punir les contraventions. Il s'en suit que la pénalité doit tenir compte de la conduite générale de l'accusé (§ 76). Car, de même que l'observation du devoir professionnel ne se compose pas d'un nombre défini d'actes considérés isolément, mais embrasse toute l'existence du fonctionnaire, de même l'acte par lequel il est contrevenu au devoir, ne doit pas être envisagé à part, mais en relation avec la conduite générale tenue au service par l'employé.

5° Au sujet du rapport qui s'établit entre la procédure disciplinaire et la procédure pénale publique, on fait valoir les principes suivants : Au point de vue abstrait, il n'y a aucun rapport entre elles. Elles sont entièrement indépendantes l'une de l'autre dans

(1) Cf. *Otto Mayer*, p. 247.

les circonstances qu'elles impliquent, dans leur objet et dans leurs effets, et il en résulte qu'il est également possible que l'une soit mise en œuvre sans entraîner l'autre, ou que l'une et l'autre interviennent pour le même fait (1). Cependant, pour des raisons d'opportunité, il n'est pas admis que l'une et l'autre soient en jeu parallèlement et en même temps.

Il est également de l'intérêt de l'employé et de celui de la justice que le même acte ne soit pas l'objet d'une double enquête, sans compter que la décision du juge criminel peut rendre superflue toute procédure disciplinaire. C'est pourquoi le § 77 de la loi d'Empire a stipulé qu'aucune procédure disciplinaire ne peut être engagée au cours d'une enquête judiciaire engagée contre un fonctionnaire, à l'occasion des mêmes faits, et que toute procédure disciplinaire, déjà engagée, est interrompue, si, au sujet des mêmes actes, une procédure judiciaire intervient, sauf à être reprise après l'achèvement de celle-ci (2).

Si la procédure judiciaire entraîne la condamnation de l'accusé, il ne reste aucune place pour une procédure disciplinaire postérieure dans les cas où la condamnation entraîne la perte de l'emploi (*Strafgesetzb.*, § 33 et 35) ou la prononce directement. Dans le cas contraire, il appartient aux autorités compétentes d'apprécier si la procédure disciplinaire doit encore être introduite ou poursuivie (§ 78, n° 2). Il n'y a aucun empêchement à ce que le fonctionnaire, outre la peine criminelle, subisse encore, pour le même acte ou la même omission, une peine disciplinaire.

(1) On trouve à ce sujet dans les « *Vorarbeiten zum preuss. Strafgesetzbuch* » des remarques estimables sinon tout à fait topiques, spécialement dans le Promemoria du 13 oct. 1847, v. *Madihn*, v. *Ammon et Grimm* ». *Beseler*, *Commentar z. preus. Strafgesetzb.* p. 547, en donne des extraits. Cf. *Goltdammer*, *Materialien* I, 137 ; II, 667.

(2) Cf. *Motive*, p. 43.

Si la procédure judiciaire conclut à un acquittement, rien n'empêche non plus que la procédure disciplinaire ne soit engagée. Elle ne serait contradictoire avec son principe, que si elle devait tendre à obtenir après coup ou à remplacer une peine criminelle que le juge criminel s'est refusé à prononcer. Il s'en suit que la procédure disciplinaire ne peut plus se proposer d'établir ou d'examiner à nouveau si l'acte du fonctionnaire intéressé est de nature criminelle ou délictueuse et s'il est de ce fait punissable. Elle ne peut avoir pour objet que d'examiner, abstraction faite du point de vue pénal, s'il est une violation du devoir professionnel (§ 78, n° 1). Dans ces conditions; bien que le juge criminel ait prononcé un acquittement, le fonctionnaire peut être frappé, pour le même fait, de la plus grave des peines disciplinaires, à savoir de l'exclusion (1).

6° La relation qui existe entre la pénalité disciplinaire et le devoir d'indemnisation, au point de vue civil, ressort des principes formulés ci-dessus. Le pouvoir disciplinaire exclut, de la part de l'État vis-à-vis du fonctionnaire, toute plainte en exécution des charges qui lui incombent ou en dommages et intérêts dans le cas de non-exécution ou d'exécution irrégulière des dites charges. Par contre, il laisse subsister l'obligation à la charge du fonctionnaire de

(1) Si par exemple un fonctionnaire en état de complète ivresse accomplit, soit dans les bureaux administratifs, soit dans la rue, un acte répréhensible, mais est acquitté pour cause d'irresponsabilité. *V. Bar*, loc. cit., p. 355. propose comme exemple analogue le cas où une bagarre publique entre fonctionnaires est laissée par le juge en dehors de toute sanction pénale aux termes du § 199 du Code pénal pour cause de « compensation », et le cas échéant, de « rétorsion ». Sur la question de savoir si et jusqu'à quel point les conclusions de fait du juge criminel permettent de préjuger la décision disciplinaire ultérieure, cf. *Perels et Spilling*, p. 112 et s.

payer les indemnités que peuvent lui valoir des actions ou des omissions répréhensibles. Cette charge de l'indemnisation, ainsi qu'il a été établi ci-dessus, est, à l'égard du Trésor, une obligation extra-contrattuale et n'a rien de commun avec les devoirs qui dérivent du contrat d'entrée en fonctions. Il s'en suit que la procédure disciplinaire ne se préoccupe ni de la plainte en dommages devant les tribunaux civils ni des déficits; l'obligation d'indemnité n'est pas exclue par la peine disciplinaire, mais elle peut n'être pas validée par l'autorité disciplinaire (Reichsgesetz, § 79).

7° Le droit de prononcer des peines disciplinaires est attribué à des autorités différentes selon la gravité de la peine.

a) Les avertissements et les blâmes peuvent être prononcés par tout supérieur vis-à-vis des fonctionnaires qui lui sont subordonnés (§ 80).

b) Les amendes peuvent être infligées, jusqu'à la somme maxima spécifiée et à tous les employés des administrations impériales, par l'autorité supérieure; jusqu'à la somme de 10 thalers par les autorités d'un ordre immédiatement inférieur; et jusqu'à la somme de 3 thalers par les autorités du troisième degré (§ 81).

c) Le retrait d'emploi ne peut être ordonné qu'aux termes d'un arrêt des autorités disciplinaires, des Chambres ou de la Cour disciplinaire (§ 84).

8° La procédure (1) est également différente, selon que la peine prononcée est une réprimande, une amende ou le retrait d'emploi.

a) Pour les deux premières, on observe les formes administratives ordinaires, et elles font l'objet d'un

(1) Sur les opinions juridiques autrefois admises en la matière, cf. *Hefster*, loc. cit., p. 181.

arrêté. Cet arrêté est accompagné de motifs et doit être soit rédigé par écrit, soit notifié sous forme de procès-verbal. Avant le prononcé de la peine, il faut que l'occasion soit laissée au fonctionnaire de se justifier de la violation de ses devoirs professionnels qui lui est imputée (1). On ne peut élever de protestation contre les peines de cette nature qu'en suivant la voie hiérarchique (§ 82, 83).

b) Le retrait d'emploi suppose une procédure contradictoire, réglée sur les formes d'une accusation au criminel, et se compose d'une enquête préalable écrite et de débats oraux. L'autorité suprême introduit la cause; nomme les fonctionnaires enquêteurs, ainsi que ceux qui auront à remplir le rôle du ministère public (§ 84 et 85) (2). Quand l'enquête préalable est achevée et que l'appareil des preuves invoquées a été communiqué à l'accusé, les pièces sont envoyés à l'autorité suprême. Il appartient à celle-ci, selon les résultats apportés par l'enquête, de suspendre la procédure et, s'il y a lieu, d'éviter une peine d'un caractère inférieur ou de renvoyer l'affaire devant le conseil disciplinaire. Dans ce dernier cas, le ministère public doit rédiger un acte d'accusation, dont il est donné connaissance, par écrit, à l'accusé. Celui-ci peut recourir à l'assistance d'un avocat ou d'un avoué. En ce qui concerne les débats d'audience, on se réfère aux prescriptions en vigueur en matière pénale. L'audience est publique; pour des motifs particuliers, la Chambre disciplinaire peut toutefois

(1) « Si une amende est stipulée pour le cas où une ordonnance relative au service n'est pas exécutée dans un délai donné, l'amende peut être prononcée sans autres formes à l'expiration du délai » (§ 82, al. 3).

(2) Comme la procédure disciplinaire, bien que calquée sur la procédure criminelle, n'en est pas une forme dérivée et ne peut jamais aboutir à un châtement public, l'accusé ne peut être ni emprisonné, ni provisoirement arrêté ni amené par la police (§ 94, al. 2).

décéder le huis-clos ou n'admettre à la séance que certaines personnes. Il est également loisible au ministère public et à l'accusé d'en appeler de la décision de la Chambre disciplinaire à celle de la Cour disciplinaire, qui est (en pareille occurrence) convoquée dans un délai de quatre semaines (§ 94 à 117).

9° L'Empereur a le droit de remettre ou d'atténuer les peines édictées par les autorités disciplinaires (§ 118). Ce paragraphe, non seulement reconnaît le droit de grâce de l'Empereur en ce qui concerne même les fonctionnaires médiats de l'Empire, mais en même temps exclut un droit pareil au bénéfice des chefs d'Etats de qui dépendent immédiatement les dits fonctionnaires (1).

10° La procédure disciplinaire ne comporte ni impositions ni timbre, mais de simples déboursés en espèces. Les frais (2), tels que frais de témoignages, auxquels donnent lieu les formalités de l'affaire, sont à la charge de l'accusé, en totalité ou en partie, s'il est condamné. L'arrêt porte mention de cette obligation de paiement (§ 124). La partie du traitement ou de la solde, qui est retenue aux termes des § 128 et 132, peut être utilisée à couvrir les frais proprement dits.

(1) On se demande si, pour les fonctionnaires militaires Wurtembergeois, il a été créé une exception par l'art. V de la convention militaire du 21-25 novembre 1870, ou si le droit de grâce du roi auquel on se réfère, est limité, en ce qui concerne les fonctionnaires de l'armée, à des arrêts d'ordre pénal. Comme la loi sur les fonctionnaires de l'Empire (§ 118) ne formule pas de réserve à leur égard, la convention militaire ne peut plus être invoquée, même si elle a compris également à l'origine les peines disciplinaires.

(2) On n'y fait pas rentrer les indemnités et les frais de voyage des membres de la Cour disciplinaire qui doivent se rendre au siège de celle-ci. *Kanngiesser*, p. 219.

11° Pour ce qui est des stipulations particulières aux fonctionnaires des armées de terre et de mer, voir ci-dessus.

12° Les prescriptions de la loi sur les fonctionnaires de l'Empire relatives aux pénalités disciplinaires ne sont pas applicables aux membres du Tribunal d'Empire, de l'office fédéral pour le domicile de secours et de la Cour des Comptes de l'Empire ainsi qu'aux membres des tribunaux militaires (Reichsgesetz, § 158, n° 1).

§ 49. — *Les droits des fonctionnaires de l'Empire.*

En vertu de son entrée en fonctions, le fonctionnaire acquiert le droit d'être protégé dans l'exercice de son emploi, d'être indemnisé des dépenses ou débours que les intérêts de son service peuvent occasionner, enfin, en règle générale mais non pas absolue, de recevoir des honoraires. Il est également autorisé à porter les titres inhérents à sa fonction (1).

A tous ces égards, le service de l'Etat apparaît entièrement analogue aux autres contrats de louage de services, et en particulier l'analogie avec la vassalité sous sa forme originelle est manifeste, puisque celle-ci garantissait de même au vassal, avant toute chose, la protection du seigneur, et le plus généralement, mais non pas nécessairement, sous la forme d'un bénéfice, l'entretien de l'existence.

Par contre, la théorie (2) très répandue, suivant laquelle le fonctionnaire aurait droit à son emploi ou

(1) D'après *Jeilinek*, p. 171, le fonctionnaire de l'Etat conquiert, par le fait du contrat d'entrée en fonctions, « le droit d'être considéré comme tel, c'est-à-dire d'être reconnu par l'Etat. » Cf. au sujet de ce « droit de reconnaissance », *supra* t. I, p. 495, note 1.

(2) Cf. entre autres *Seuffert*, *Verhältn. des Staates*, § 64, p. 115 ;

à l'autorité qui lui est attachée ou à l'exercice de certaines prérogatives, est entièrement inexacte. Les prérogatives, dont dispose le fonctionnaire, ne lui appartiennent pas, mais appartiennent à l'État ; en en faisant usage, il n'affirme pas un droit personnel, mais il remplit une tâche qui lui incombe ; il n'est pas le sujet auquel ces droits sont attachés, il est l'instrument au moyen duquel l'État les exerce (1).

I. — *Le droit à la protection.*

Vu que l'État moderne, conformément à sa fonction essentielle, protège tous les citoyens qui le constituent, il n'est pas besoin d'un droit particulier des fonctionnaires à ce point de vue. Mais en tant qu'il exige de ses employés des services le concernant, l'État est astreint à leur fournir une protection spéciale dans l'accomplissement de ces services. C'est là une protection d'un ordre distinct, étroitement attachée à la situation du fonctionnaire et qui ne se confond pas avec la protection d'un caractère général prêtée par l'État à tous les citoyens (V. ci-dessus, t. I, p. 243). Il ne faut pas, à la vérité, méconnaître que l'État, en accordant cette protection se protège en même temps lui-même, et que l'on est, par conséquent, fondé à considérer, comme dirigées contre l'autorité de l'État, toutes les attaques dont sont l'objet les fonctionnaires relativement à l'exer-

Gönnér, p. 219 ; *Leist*, Staatsr., § 101, p. 314 ; *Perthes*, p. 110 ; *Pözl* dans le Staatswörterbuch IX, p. 701 ; *Zachariä* II, § 139, p. 51 ; *Grotefend*, § 690, p. 713 ; *Bluntschli*, Allg. Staatsrecht (4^e édit.) II, 132, 133. *Otto Mayer* II, p. 225.

(1) Cf. ci-dessus, t. II, p. 5 et s. — De même *Schulze*, Deutsches Staatsr. I, 333 ; *G. Meyer*, Staatsr., § 150 ; *Jellinek*, p. 169.

ce de leurs fonctions. Mais ce n'est pas seulement l'État, c'est encore, pour sa propre personne, le fonctionnaire qui est l'objet de l'attaque, et qui, par conséquent, doit être aussi l'objet de la protection.

L'État satisfait à cette nécessité, pour ses employés, d'être protégés dans l'exercice de leurs fonctions, en partie d'une manière immédiate, par des mesures de répression effective, en partie au moyen du pouvoir qu'il possède de distribuer des châtiments, en menaçant de peines particulières les atteintes qui sont portées à ses employés, dans l'exercice de leurs fonctions. C'est à cet objet que se rapportent les prescriptions suivantes :

1° Sera puni, aux termes du § 113 du Code pénal de l'Empire, quiconque aura résisté, en usant envers lui de violence ou en le menaçant de violence (1), à un fonctionnaire chargé d'appliquer des lois, des ordres, des ordonnances de l'autorité administrative, des jugements ou des arrêts et qui se sera renfermé dans l'exercice régulier de son emploi.

2° « Quiconque aura entrepris de contraindre un magistrat ou un fonctionnaire, en usant de violence ou de menaces, à accomplir ou à ne pas accomplir une action relative au service, sera puni d'un emprisonnement de trois mois au moins. » (Code pénal de l'Empire, § 114) (2).

3° L'insulte adressée à un fonctionnaire, relativement à son emploi, ne tombe plus, dans le Code pénal de l'Empire, sous le coup d'un article spécial. Aux termes du § 102 du Code pénal prussien, elle est traitée comme un délit particulier et plus sévèrement

(1) Cf. *John* dans *v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts* III, 115 ; *Hiller*, *die Rechtmässigkeit der Amtsausübung*, Würzburg, 1873 ; *H. Meyer*, *Lehrbuch des Strafrechts*, § 190.

(2) Cf. *Heinze* dans *Goldammer's Archiv* XVII, p. 738 ; *John*, *loc. cit.*, p. 125.

punie que l'injure adressée à un particulier. Il n'en reste pas moins que le fait de l'offense faite à un fonctionnaire, relativement à son emploi, peut entrer en ligne de compte dans l'appréciation pénale d'un délit (1). Le § 196 du Code pénal de l'Empire a de plus stipulé que, si l'offense a été adressée au magistrat ou au fonctionnaire, soit pendant l'exercice de leurs fonctions, soit à l'occasion de leurs fonctions, non seulement les personnes immédiatement intéressées, mais leurs supérieurs hiérarchiques ont le droit de déposer plainte. La pensée du législateur a été que, dirigée contre un fonctionnaire, l'offense atteint en même temps l'autorité de l'État, et que celle-ci se trouve compromise par l'injure dont son organe est frappé.

II. — *Droit du fonctionnaire à être indemnisé de ses débours.*

Selon les principes du régime financier moderne, le fonctionnaire n'est généralement pas tenu de couvrir, de ses propres deniers, des dépenses qui incombent à l'État; tout au contraire, l'État pourvoit aux besoins financiers des administrations particulières en leur allouant des fonds, qui sont administrés par des caisses établies à cet effet, et au compte desquelles doivent être portés tous les paiements que comportent les exigences du service. Toutefois, il y a des sommes, attribuées à des fonctionnaires, qui sont, en droit, essentiellement indépendantes du traitement, puisqu'elles ne constituent pas une rente en vue de couvrir les frais d'entretien de l'employé, mais un remboursement des dépenses que celui-ci a faites dans l'exercice de son emploi. Il en résulte

(1) *Oppenhoff*, Commentar, note 1 du § 196.

qu'elles n'entrent en ligne de compte ni à l'occasion d'un déplacement du fonctionnaire, ni dans le cas où il est mis, soit en congé provisoire, soit à la retraite (1). En fait, les sommes dont il s'agit peuvent outrepasser les débours que le fonctionnaire a réellement faits en espèces ; elles peuvent donc représenter une partie des honoraires et relever à la vérité le chiffre annuel de ces dernières ; mais, au point de vue juridique, ce ne sont pas proprement des revenus du fonctionnaire, ce sont des remboursements. On distingue les catégories suivantes :

1^o Sommes fixes pour frais de bureau, frais de port et autres dépenses du service journalier. Le budget annuel détermine dans quels cas ces frais sont remboursés, et jusqu'à concurrence de quelle somme.

2^o Frais de représentation. Certains emplois comportent un train de vie obligatoire, qui favorise davantage les intérêts de l'État que ceux du fonctionnaire. De même que l'entretien d'une cour ne constitue pas un besoin personnel du souverain, mais satisfait à un besoin politique de l'État, de même le train de vie de certains fonctionnaires ne tend pas seulement à la satisfaction de leurs exigences particulières, mais est en même temps imposé par les besoins inhérents à la charge elle-même. C'est pourquoi, indépendamment de leur traitement, les fonctionnaires de cette nature reçoivent une allocation destinée à couvrir ces dépenses supplémentaires qu'entraîne le devoir de représentation. Le caractère juridique de cette allocation explique que tout droit aux frais de représentation s'éteint (2) aussitôt que

(1) Cf. aussi *Pfeiffer*, *Prakt. Ausf.*, V, 263.

(2) Cf. Décision du Reichsoberhandelsgericht du 16 février 1877 (*Entscheidungen* XXI, 383, 388). Le jugement du tribunal d'Empire

le fonctionnaire sort de charge, soit qu'il ait à en revêtir une nouvelle, soit qu'il entre en retraite provisoire (disponibilité). Pour la même raison, ce droit ne commence qu'au jour de l'entrée en fonctions, et dans le cas où le titulaire s'absente, il est attribué en tout ou en partie à son remplaçant (1). En ce qui concerne les fonctionnaires d'Empire, le budget détermine dans quels cas et jusqu'à concurrence de quelle somme les indemnités de représentation sont accordées.

3° Frais de séjour et de déplacement, dans le cas où le fonctionnaire est appelé à remplir un service en dehors de sa résidence ; frais de déménagement, dans le cas où il est obligé de changer de résidence. Le montant des indemnités que l'État doit déboursier en paiement de ces frais, est réglé par une ordonnance édictée par l'Empereur d'accord avec le Bundesrath (Reichsbeamten-gesetz, § 18). On a pris les mesures suivantes en vue de l'exécution de cette ordonnance :

a) L'instruction du 21 juin 1875 (Reichsgesetzbl. p. 249), modifiée et complétée par l'instruction du 19 novembre 1879 (Reichsgesetzblatt, p. 313) (2) distingue, au point de vue des indemnités de séjour, sept classes de fonctionnaires impériaux (§ 1). Si un voyage, entrepris pour le service, exige une dépense extraordinaire, l'indemnité de séjour peut être élevée

du 9 juin 1882 (Entsch. VII, 73) conclut autrement à l'égard des indemnités de séjour des fonctionnaires alsaciens-lorrains.

(1) Ordonnance du 2 novembre 1874, § 5 (Reichsgesetzbl., p. 129).

(2) L'édit du chancelier de l'Empire du 6 janvier 1876 (Centralbl., p. 7) et celui du 9 avril 1881 (Centralbl., p. 136), ainsi qu'un arrêté du secrétaire d'État des Postes du 21 décembre 1881, (Amtsbl. des Reichspostamts, p. 390), ont réglé les conditions d'exécution. Ces divers documents ont été reproduits dans le Gesetzgebung des D. Reiches (III, 591) de Gullentag..

en proportion par l'autorité suprême (§ 2). D'autre part, les fonctionnaires investis d'une charge prévue par le budget et qui sont employés en dehors de leur résidence et au même lieu pendant une durée de plus d'un mois, ne sont admis à toucher que pendant un mois la pleine indemnité de séjour en plus de leurs honoraires réglementaires. Pour le reste du temps, et aussi en ce qui concerne les fonctionnaires qui ne sont pas visés au budget, le montant des indemnités de séjour à attribuer, est déterminé par l'autorité supérieure (§ 3, n° 1). Pour la durée du voyage aller et retour, on accorde dans tous les cas l'indemnité pleine (§ 3, n° 2).

A l'égard des frais de transport, on distingue les cas où les voyages occasionnés par le service peuvent être faits ou non par le chemin de fer ou par le bateau à vapeur. Selon les cas et selon le rang du fonctionnaire, on calcule l'indemnité kilométrique (§ 4-7). Les fonctionnaires qui bénéficient d'un forfait pour frais de séjour et de transports, ainsi que pour l'entretien de chevaux et d'équipage pour les voyages qu'ils entreprennent dans les limites de leur circonscription, ne peuvent liquider d'indemnités de séjour et de transports en raison de cette ordonnance que s'ils ont accompli pour les besoins du service des voyages en dehors des limites susdites (§ 8).

Quant aux dépenses qu'occasionne un changement de circonscription, elles sont calculées d'après le rang du fonctionnaire et d'après l'éloignement des deux résidences. Elles consistent d'une part en frais généraux de déménagement, et d'autre part en frais de transport. L'évaluation de l'éloignement s'établit d'après la route la plus directe ; pour celle du rang, elle se base sur la situation que le fonctionnaire quitte et non sur celle qu'il va revêtir. Les fonction-

naires célibataires ne reçoivent que la moitié des indemnités régulières (§ 12-15) (1).

Outre ces frais de déplacement, on rembourse au fonctionnaire le prix du loyer qu'il a dû acquitter pour son logement, au lieu de sa dernière résidence, pour la période de bail qui restait à courir ; cependant ces indemnités ne peuvent dépasser le prix de neuf mois de bail (Voir les articles 565 et 570 du Code civil de l'Empire). Si le fonctionnaire intéressé était propriétaire de la maison qu'il habitait, il ne peut lui être payé plus de la somme équivalente à la location pour six mois du logement en question, calculée sur les taux généralement admis (§ 10, al 2 et 3).

Les employés qui ne figurent pas au budget ne reçoivent, à l'occasion de déplacements de cette nature, que les indemnités personnelles de transport et de séjour. L'autorité supérieure peut attribuer aux personnes, jusqu'alors étrangères à l'administration et qui y sont admises, une indemnité de route, à titre exceptionnel, pour leur permettre de rejoindre leur poste. Dans le cas où leur admission présente un caractère de durée, on peut leur accorder également des indemnités de déplacement, dont le montant ne doit pas dépasser celui qui a été établi pour les fonctionnaires de l'Empire (§ 16-18).

b) Ces prescriptions n'étant pas appropriées à tous les genres de service, soit à cause de la fréquence et de la régularité des voyages occasionnés par le service, soit à cause de l'éloignement des résidences ou des conditions particulières du service, des dispositions spéciales ont été prises à l'égard de certaines catégories de fonctionnaires (2).

(1) Les frais de changement de domicile ne sont payés au fonctionnaire que si le changement est réellement effectué. Décis, du tribunal de l'Empire, vol. XXXVII, p. 265.

(2) A l'heure présente les ordonnances impériales suivantes sont en

4° Le budget prévoit, en faveur de certains fonctionnaires de l'Empire, des paiements dits « suppléments de la fonction », et qui consistent soit en sommes fixes pour frais de bureau et autres dépenses de cette nature, soit en honoraires pour certains services particuliers que le fonctionnaire a rendus tout en s'acquittant des charges proprement afférentes à son emploi. C'est le caractère que présentent les indemnités classées sous la rubrique de « Rémunérations ». Elles se distinguent du traitement proprement dit en ceci qu'elles sont un dédommagement pour un travail supplémentaire. Enfin on octroie, dans certains cas, aux fonctionnaires ce que l'on appelle des indemnités locales ; elles sont une indemnisation des conditions de cherté auxquelles l'assujettit la nécessité de fixer sa résidence dans le lieu où le retient son service.

vigneur ; Pour les employés de l'administration impériale des chemins de fer et de celle des Postes, les ordonnances du 5 juillet 1875 (Reichsgesetzbl., p. 253) et du 19 novembre 1879, art. IV (Reichsgesetzbl., p. 315). — Pour les employés des Postes et des Télégraphes, l'ordonnance du 29 juin 1877 (Reichsgesetzbl., p. 545) et du 27 juin 1894 (Reichsgesetzbl., p. 491). — Pour les fonctionnaires des carrières diplomatique et consulaire, l'ordonnance du 23 avril 1879 (Reichsgesetzbl., p. 127) et celle du 7 février 1881 (Reichsgesetzbl., p. 27). — Pour les fonctionnaires des armées de terre et de mer, l'ordonnance du 20 mai 1880 (Reichsgesetzbl., p. 113), celle du 24 mai 1881 (Reichsgesetzbl., p. 101), celle du 22 juin 1884 (Reichsgesetzbl., p. 65), celle du 27 juillet 1886 (Reichsgesetzbl., p. 235) et enfin celle du 16 février 1891 (Reichsgesetzbl., p. 16). Pour les employés du canal l'ordonnance du 24 févr. 1897 (Reichsgesetzbl., p. 19). — En outre, le Conseil fédéral a spécifié le 6 mars 1876 (Centralbl., p. 181) des mesures propres aux fondés de pouvoirs des douanes impériales et aux contrôleurs de stations. Cf. *Guttentag*, *Gesetzgebung des D. Reiches* III, 47, rem. 32, ainsi que la loi sur les assurances en cas d'accidents du 6 juillet 1884, § 91 (Reichsgesetzbl. p. 104).

III. — *Droit au traitement* (1).

Étant admis que les fonctionnaires consacrent d'ordinaire toute leur activité au service et qu'ils ne peuvent avoir, en dehors de lui, aucune occasion de bénéfice, l'État assume, en règle générale, l'obligation de leur fournir un traitement conforme à leur rang. Ce point n'est pas essentiel dans la définition que l'on donne de la situation du fonctionnaire par rapport à l'État, car il y a également des fonctionnaires de l'Empire non rémunérés. Cependant l'on peut dire que l'énorme majorité des employés de l'État reçoivent des honoraires. Il n'est plus besoin ici d'établir que cette solde n'a juridiquement rien de commun avec le salaire qui répond au louage habituel de services; la solde est plus exactement une rente attachée à l'administration d'un office, et à l'aide de laquelle l'État entretient le fonctionnaire qui y est préposé (2). Le montant de cette rente ne

(1) Cf. *Harseim*, art. « Besoldung » dans le Dictionnaire de Stengel I, 184. Les prescriptions propres aux militaires se trouveront au chapitre relatif à l'armée.

(2) Cf. : *Serber*, Grundzüge, § 36, note 11; *Bluntschli* II, 134; *Schulze*, Preuss. Staatsr. I, 336; *Eccius*, Preuss. Privatr. II, (5^e édit.), § 141, note 13; cf. maintenant aussi *Jhering*, Zweck im Recht I, 201; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 150; *Zorn* I, 318; *Löning*, Verwaltungsr. p. 131; *Leoni* I, 145; *Harseim*, loc. cit.; *Jeilinek*, p. 172. Mais *Seydel*, Bayer. Staatsr. II, 237, s'élève contre ce point de vue; il reconnaît toutefois que, de la nature de la solde au point de vue du droit public, dérivent certains principes juridiques « analogues aux prescriptions du droit civil relatives à la solde alimentaire »; en outre, *O. Mayer* (Archiv. f. öff. Recht III, 70) dont les objections n'ont pas de valeur, relativement au fait que tous les fonctionnaires n'ont pas droit à la solde et que celle-ci consiste dans certaines rentes déterminées. Il s'agit ici de

se mesure pas d'après l'importance ou la difficulté du travail à accomplir et ne s'élève pas à mesure que s'élargit le cercle des affaires à traiter; elle se règle sur le rang social que le titulaire de l'emploi revêt, et en partie aussi sur le fait qu'il constitue une carrière en soi ou qu'il n'est qu'un emploi accessoire et permettant à la personne qui en est chargée de déployer ailleurs encore son activité. Mais la simple remarque négative, que la solde du fonctionnaire n'est pas un salaire, ou encore qu'elle ne se fonde sur aucun titre de droit public, ne caractérise pas sa nature juridique; ce qui importe, au contraire, à sa définition, est qu'elle constitue un « entretien alimentaire » conforme à la situation du titulaire (1). De la nature juridique de la rente telle que nous venons de l'établir, dérivent les principes juridiques suivants, que toute autre théorie fait apparaître non comme des conséquences, mais comme des singularités (2).

(1) Le droit au traitement est indépendant de l'exécution effective des services de l'emploi. La solde doit être acquittée envers le fonctionnaire, même s'il est empêché (3) de remplir ses fonctions, soit par la maladie, soit par cette circonstance, qu'il siège au

l'opposition entre le droit au traitement quand il est fondé, et le droit au salaire.

(1) Dans les traités anciens, le point de vue qui domine est au contraire que la solde est une indemnité en retour de l'excédent de services que le citoyen revêtu d'une fonction rend à l'État sur ce qu'il en aurait à rendre si les charges étaient également réparties. Ainsi, en particulier *Gönnér*, p. 101.

(2) La plupart des traités de droit public négligent, dans leurs dissertations à propos de la solde des fonctionnaires, de fournir un système de principes juridiques solidement édifiés. Cf. par exemple *Zöpfl* II, § 517; *Zachariä*, II, § 139; *Grotefend*, § 691; v. *Mohl*, *Württemb. Staatsrecht* II, § 163, p. 114; v. *Rönne*, *Preuss. Staatsr.* II, 1, § 336, p. 450.

(3) *Reichsgesetz*, § 14, al. 2.

Reichstag, soit par un congé de courte durée (1). Le fonctionnaire perd, au contraire, le bénéfice de tout traitement dans le cas d'une absence illégale et non autorisée (2). Le droit persiste, mais sur une somme de moindre importance, si le fonctionnaire est mis à la retraite, soit à titre provisoire, soit à titre définitif (Voir ci-dessous, t. II, p. 215 et s.

b) Le traitement des fonctionnaires doit être acquitté par avance, ainsi qu'il est conforme à sa nature de rente alimentaire (3). En règle générale, l'avance est d'un mois. Le Bundesrath détermine à quelle catégorie de fonctionnaires le paiement doit être réglé par trimestre (4).

c) Le paiement intégral des honoraires mensuels du fonctionnaire est dû pour tout mois commencé. (Mois de la mort) (5).

d) Le traitement des fonctionnaires ne peut pas être saisi en totalité par les créanciers de ces der-

(1) Ordon. du 2 nov. 1874 (Reichsgesetzbl., p. 129). Voir ci-dessus, t. II, p. 179 et s.

(2) Reichsgesetz, § 14, al. 3. On sait que la rente alimentaire du droit civil cesse également dans le cas de violation du devoir. Cf. Windscheid, Pandekten II, § 475, note 8.

(3) Cf. Preus. Allgem. Landrecht I, 16, § 61. Code civ. de l'Emp. § 760.

(4) Reichsgesetz, § 5, al. 1. L'ordonnance du Bundesrath est du 5 juillet 1873 (Centralbl., 1873, p. 211). En outre, les circulaires du chancelier du 27 décembre 1875 (Centralbl., p. 819), du 19 nov. 1877 (Centralbl., p. 558) et du 20 mai 1885 (Centralbl., p. 205).

(5) Cf. Reichsgesetz, § 7, 27, 55, 60, 69, 128. Faisant abstraction du droit au paiement du mois de service commencé, une décision du tribunal d'Empire du 22 décembre 1881 (*Perels et Spilling*, p. 15) a reconnu que le fonctionnaire doit à l'Etat restitution de la partie de traitement payée d'avance, qui correspond au temps où il ne s'est pas trouvé officiellement en service, parce que la « cause » manque à l'égard de cette portion du traitement. Cette décision est fondée sur l'introduction des principes de *condictio (causa data, causa non secuta)*, du droit privé dans la situation de droit public du fonctionnaire (cf. ci-dessous, t. II, p. 242, note 2).

niers. Il est naturel qu'il puisse l'être en partie, puisqu'il assure au fonctionnaire non seulement ce qu'il faut pour vivre, mais outre cela de quoi soutenir un certain rang. Il n'est pas saisissable en tant qu'il est nécessaire à l'entretien de l'existence. A ce point de vue, c'est le § 850 du code de procédure civile qui, le premier, a mis en vigueur une règle de droit commun. Il en résulte que les traitements inférieurs à une somme annuelle de 1500 marks ne peuvent absolument pas être saisis; quant aux traitements supérieurs, un tiers seulement en est saisissable. En ce qui concerne les rémunérations destinées à couvrir certaines dépenses relatives au service, telles que frais de représentation, et les indemnités de logement des officiers, des médecins militaires et des fonctionnaires attachés à l'armée, elles ne peuvent être l'objet d'une saisie, et s'il s'agit d'évaluer la fraction saisissable d'un traitement, elles n'entrent pas en ligne de compte. (cf. aussi *civilprozessordn.*, § 850, alinéa 5).

e) Il faut rattacher étroitement à cette proposition la règle juridique en vertu de laquelle les fonctionnaires impériaux ne peuvent céder, mettre en gage ou transférer leurs droits sur un traitement, une solde de réforme ou une pension de retraite, qu'en tant que ces revenus sont d'ailleurs soumis au risque de la saisie(1). Car, dans la mesure où la solde de l'employé est censée nécessaire à l'entretien de sa vie, elle est incessible(2). S'il s'agit de déterminer jusqu'où s'étend l'in-

(1) Reichsgesetz, § 6, al. 1. Code civ. de l'Empire, § 400.

(2) Cf. Preuss. Allg. Landrecht I, 19, § 22; jugement du Reichsgericht du 5 avril 1881; *Entscheid.*, IV, 142 (Egalement dans *Reger II*, 71). — L'assertion ordinaire des manuels, d'après laquelle le droit à la solde est incessible, parcequ'il est « au plus haut degré personnel » n'est ni une explication ni une justification; ce n'est qu'une tautologie, un « idem per idem » et de plus une inexactitude.

terdiction d'aliénation, les dispositions du code de procédure civile (§ 850) règlent la matière (1).

Dans la mesure où la prétention au traitement est cessionnelle, il est prescrit aux intéressés, dans l'intérêt de la caisse de l'Empire qui doit effectuer le paiement, d'aviser de la cession la dite caisse au moyen d'un document officiel (2).

f) Dans la même proportion où il est susceptible d'être saisi ou aliéné, le traitement du fonctionnaire fait partie de l'actif de la faillite, dans le cas où le fonctionnaire est déclaré en état de faillite (3).

2° Le droit au paiement de la solde court à partir du jour convenu dans le contrat de nomination et dans le cas où il n'y en a pas de fixé, à partir du jour où le fonctionnaire a commencé son service (4). Si des augmentations de traitement sont prévues dans le budget de l'Empire, cette prévision n'autorise pas les fonctionnaires intéressés à revendiquer en droit les dites augmentations ; elle ne fait que donner au gouvernement de l'Empire la faculté de les consentir. Le fonctionnaire ne peut faire valoir, vis-à-vis du Trésor, de droit à une augmentation qu'à dater du jour où ce consentement a été donné (5). Il en est de même si le gouvernement a accordé un supplément d'honoraires sans que le budget lui en ait donné le pouvoir. Il incombe alors au gouvernement de justi-

(1) Cf. *Mandry*, *Civilr. Inhalt der Reichsgesetze*, p. 238.

(2) *Reichsgesetz*, § 6, n° 2. *Kanngiesser* donne p. 235 de copieux extraits des délibérations du Reichstag à ce sujet.

(3) *Concursordn.*, art. I, alinéa 1 et 4. La question est du reste l'objet de discussions entre les commentateurs de la *Concursordnung*. Cf. *Mandry*, loc. cit., p. 121 et l'exposé bibliographique dans *v. Sarwey Staatsrecht II*, 296, note 2.

(4) *Reichsgesetz*, § 4, al. 2 ; cf. en outre *Entscheid. des Reichsoberhandelsgerichts XXI*, 381.

(5) *Reichsgesetz*, *cod. loc.*

fier son initiative devant le Bundesrath et devant le Reichstag ; mais les droits des fonctionnaires ne subissent aucune atteinte du conflit d'opinions qui peut surgir entre les organes de l'Empire sur des questions budgétaires (1).

3° Le traitement des fonctionnaires de l'Empire se décompose en deux parties constitutives, l'une fixe, l'autre variable.

a) La partie fixe, la solde proprement dite, se détermine d'après le rang du fonctionnaire et varie, entre fonctionnaires de même rang, d'après le nombre des années de service; en tant qu'ils sont répartis en classes, de telle manière que les plus jeunes de la même catégorie reçoivent moins et les plus âgés plus que le traitement moyen. Ce principe est à présent adopté.

b) La partie variable est l'indemnité de logement, dont l'attribution et le montant sont réglés d'après les prescriptions de la loi du 30 juin 1873 (Reichsgesetzbl., p. 166). Les conditions d'obtention de cette indemnité sont, pour les fonctionnaires de l'Empire, d'avoir leur domicile professionnel en Allemagne; de remplir une fonction officiellement rétribuée, de toucher leur solde aux caisses de l'Empire (§ 1). Ainsi, tous les ambassadeurs, agents diplomatiques, consuls et autres fonctionnaires remplissant leur charge à l'étranger sont privés de l'indemnité de logement, par la raison qu'ils reçoivent, sous forme de frais et de représentation, des rémunérations

(1) Cf. *Laband*, Das Budgetrecht (Berlin, 1871), p. 33 et les *Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen XIII*, 262. A l'égard du Bundesrath et du Reichstag, le gouvernement de l'Empire peut en cela outrepasser ses prérogatives ; cf. *ei-dessus*, t. II, p. 13 et s. A l'égard du fonctionnaire, il a, en vertu de son rôle directeur et de ses attributions représentatives, engagé le Trésor public. *Ernest Meier*, Abschluss von Staatsverträgen (1874), p. 53, émet une autre opinion.

supplémentaires qui tiennent compte des conditions de cherté particulières à leur résidence. On exclut encore de cette catégorie tous les fonctionnaires de l'Empire, que l'Empire n'est pas chargé de rémunérer. Tels sont non seulement les fonctionnaires non rétribués, mais aussi les auxiliaires commissionnés qui ne figurent pas au budget, mais touchent seulement des indemnités. Enfin, aux termes formels de l'ordonnance du § 9 de la Reichsgesetz, les employés des chemins de fer de l'Empire sont également exceptés, et cela pour la même raison que les fonctionnaires dont le domicile professionnel se trouve en dehors des frontières de la Confédération (1).

Le montant des indemnités de logement se règle en partie d'après le rang que comporte l'emploi (et non d'après le rang plus élevé qui pourrait être attribué à titre exceptionnel à la personne d'un certain fonctionnaire en particulier) et en partie d'après la cherté des habitations dans le lieu où les fonctionnaires ont leur résidence. Au point de vue du rang, les fonctionnaires impériaux sont répartis en cinq classes : Directeurs des administrations supérieures, conseillers rapporteurs des administrations supérieures, membres des autres administrations, fonctionnaires subalternes, fonctionnaires inférieurs. Les résidences sont de même rangées dans cinq catégories, au-dessus desquelles Berlin constitue à lui seul une catégorie (2).

(1) Motivo, p. 12 (Drucksachen des Reichstages de 1873. T. III, n° 125).

(2) Les ordonnances impériales de 1873 et 1874 ont déterminé quels sont les fonctionnaires impériaux qu'il faut comprendre dans chacune des cinq catégories ; des modifications à ces ordonnances sont introduites par le budget de l'Empire, § 2 de la loi. Sur la même base ont été rendues les ordonnances impériales du 30 juin 1873 (Reichsgesetzbl., p. 169) et du 3 février 1874 (Reichsgesetzbl., p. 13). Quant à la répartition des

Les fonctionnaires qui cumulent plusieurs charges, ne reçoivent d'indemnité de logement qu'au titre de celle à laquelle est affecté le traitement le plus élevé (§ 5). Dans le cas où le paiement de la solde d'un fonctionnaire est réparti entre les caisses de l'Empire et celles d'un Etat particulier, le fonctionnaire intéressé ne reçoit aussi que la cote d'indemnité réglementaire qui correspond à la partie de la solde acquittée par l'Empire (§ 6). Dans le cas où le fonctionnaire est propriétaire de son habitation, ou bien s'il bénéficie d'une allocation domiciliaire spéciale, il perd tout droit sur l'indemnité de logement (§ 7).

L'indemnité de logement est considérée en droit comme une partie intégrante du traitement ; elle ne se distingue de la solde fixe qu'à trois points de vue. A l'occasion d'un déplacement, la cote correspondante à la nouvelle résidence prend la place de la cote de la résidence abandonnée (1) ; si celle-ci se trouvait plus forte, le fonctionnaire ne peut prétendre à ce que la différence lui soit versée. De plus, dans l'évaluation des indemnités accordées pour le déménagement, l'indemnité particulière de logement n'entre pas en ligne de compte, c'est-à-dire que, si l'emploi nouveau que revêt le fonctionnaire comporte une indemnité de logement plus élevée (2), on ne soumet

lieux dans les cinq classes, au point de vue de l'indemnité de logement, elle a été réglée d'après la répartition adoptée le 1^{er} juillet 1873 à l'égard des militaires ; des changements ne peuvent y être apportés qu'au moyen d'une loi (§ 3 de la loi). C'est pourquoi la loi impériale du 3 août 1878 Reichsgesetzbl., p. 242, suppl. II, p. 254) a été promulguée. Cette loi a été remplacée par la loi du 26 juillet 1897 (Reichsges. bl., p. 619).

(1) Au moment précis où le fonctionnaire cesse de toucher le traitement afférent à l'emploi qu'il quitte, il cesse également de pouvoir prétendre à l'indemnité de logement que celui-ci comporte. Si le nouvel emploi confié au fonctionnaire est pourvu d'indemnités de représentation, en place de l'indemnité de logement, le droit à les percevoir commence seulement avec l'entrée en fonctions, et, s'il se peut, plus tard.

(2) Ces retenues, prescrites par le § 11 de l'ordonnance du 21 juin 1875,

pas à la retenue l'augmentation de traitement qui en résulte. Enfin, dans l'évaluation de la solde de disponibilité et de la pension de retraite, on ne prend pas pour base le chiffre de l'indemnité de logement que le fonctionnaire a réellement reçue en dernier lieu, mais le chiffre moyen des cinq classes (1) (§ 4 et 8 de la loi).

c) A titre exceptionnel, des recettes dont le montant est variable et indéterminé, telles que produits de taxes, rendements de terrains, tantièmes, peuvent encore s'ajouter au traitement (cf. Reichsbeamten-gesetz, § 42, n° 2 et 3).

4° Le droit aux émoluments d'une charge ne cesse pas si le gouvernement retire au fonctionnaire l'administration de cette charge. Car, ainsi qu'on l'a exposé ci-dessus, la relation du fonctionnaire vis-à-vis de l'Etat ne suppose pas nécessairement l'administration d'une charge, et celle-ci n'est pas la condition indispensable du droit du fonctionnaire à revendiquer un traitement. Le fonctionnaire en disponibilité possède donc ce droit ; mais, en règle générale, les honoraires qu'on lui attribue sont réduits (2). On leur donne le nom de demi-solde. Le montant de cette solde correspond aux trois quarts du traitement (3), mais ne peut être moindre que 450 marks ni dépasser 9.000 marks par an (4). Pour le reste, la demi-solde est absolument soumise aux règles en

ont été supprimées par l'art. 3 de l'ordonnance du 19 novembre 1879 (Reichsgesetzbl., p. 315).

(1) Berlin reste pourtant en dehors du calcul.

(2) En effet, les fonctionnaires en disponibilité sont autorisés à accepter des emplois extérieurs et à faire du commerce (Reichsbeamten-gesetz, § 16, al. 3).

(3) Y compris l'indemnité de logement ou l'équivalent du prix de la location.

(4) Reichsbeamten-gesetz, § 26.

vigueur pour la solde entière (1). Le droit à la demi-solde est suspendu si, et aussi longtemps que le fonctionnaire intéressé, par suite d'une nouvelle promotion à un emploi relevant de l'Empire ou d'un Etat particulier, touche un traitement dont le montant, joint à celui de la demi-solde, dépasse le montant du traitement autrefois perçu avant la mise en disponibilité (2). Le droit à la demi-solde s'éteint si le fonctionnaire est appelé dans l'administration impériale à une fonction qui comporte des honoraires au moins équivalents à ceux antérieurement perçus par l'intéressé, ou si l'intéressé est révoqué. En outre, le fonctionnaire perd ce droit s'il perd la qualité de citoyen de l'Empire ou si, sans l'autorisation du chancelier de l'Empire, il fixe sa résidence à l'étranger (3).

5^o Le droit aux émoluments ne s'éteint pas avec le service effectif, si celui-ci prend fin sans qu'il y ait de la faute du fonctionnaire (4). Comme les autres sources de bénéfices sont, en règle générale, fermées aux employés de l'Etat, et qu'ils ne peuvent en conséquence se constituer un capital pour leurs vieux jours, l'Etat demeure dans l'obligation de leur assurer l'existence, même s'ils sont devenus, par le fait de l'âge ou des infirmités, incapables de le servir (5).

(1) Reichsbeamten-gesetz, § 27 et 31.

(2) Reichsgesetz, § 30. Cependant, une occupation temporaire rétribuée au jour le jour n'occasionne pas, pendant le premier semestre, de réduction de la solde de disponibilité. Un emploi dans le service communal ou dans le service privé n'affecte pas la demi-solde. Cf. le jugement du Reichsgericht (Entscheid. XIX, p. 283) qui se restreint, à vrai dire, à la Prusse. Ce principe a été également sanctionné par la loi sur les pensions militaires du 22 mai 1893.

(3) Reichsgesetz, § 29. Un séjour à l'étranger sans établissement définitif n'entraîne pas la perte de ce droit.

(4) Reichsgesetz, § 34.

(5) Id., § 36.

Les fonctionnaires qui ne sont revêtus d'aucune charge officiellement rétribuée ou qui ne remplissent qu'un emploi secondaire (1) ou qui n'ont été expressément engagés que pour un temps donné ou pour une occupation essentiellement temporaire n'ont pas, au point de vue strictement légal, de droits à la pension (2). Il peut néanmoins leur être accordé, par décision du Bundesrath et en considération d'un manque avéré de ressources, une pension à vie ou à temps (3). La pension se monte, après dix années de service accomplies, aux 15/60 du traitement (4), et s'élève ensuite d'année en année d'un nouveau soixantième; mais elle ne peut dépasser les 3/4 du traitement d'activité (5).

On se règle sur le montant du dernier traitement perçu (6) par l'employé, mais sans y faire entrer les sommes allouées pour frais de représentation ni les rémunérations locales (7).

(1) Sauf le cas où un emploi inscrit au budget est attribué d'une façon durable à titre auxiliaire (Reichsgesetz, § 44).

(2) Les fonctionnaires « à bail » eux-mêmes, s'ils émargent officiellement au budget, ont un droit légal à la pension (§ 37). Mais il reste possible que l'autorité compétente fasse usage de son droit de congé, même si l'employé, après un service effectif de dix ans, devient invalide, et qu'ainsi soient anéantis tous les droits fondés sur le service, y compris les droits à la pension. Il en est de même si le fonctionnaire a contracté, dans le service même, son infirmité (Entscheidung des Reichsgerichts du 24 novembre 1880, III, 91). Cf. aussi la décision de la même Cour au vol. I, p. 35.

(3) Reichsgesetz, § 39.

(4) De même au cas cité au § 36.

(5) Reichsgesetz, § 41; Reichsg. du 21 avril 1886 (Reichsgesetzbl., p. 80). Avant la promulgation de cette loi, la pension s'élevait annuellement de 1/80 du traitement. Le bénéfice de la plus forte pension est également accordé aux fonctionnaires de l'Empire qui ont pris leur retraite dans la période qui va du 1^{er} avril 1882 à la date d'entrée en vigueur de cette loi (art. IV de la loi en question).

(6) Le cas échéant, le traitement perçu au moment de la mise en disponibilité (Reichsgesetz, § 42, dernier alinéa).

(7) Les § 42, 44 de la Reichsgesetz contiennent le détail des stipula-

Les § 45-52 de la loi sur les fonctionnaires contiennent une série de prescriptions détaillées relativement au calcul des années de service. Le temps de service commence, en principe, avec le premier engagement contracté par le fonctionnaire à l'égard de l'Empire ; mais on y ajoute parfois une durée pendant laquelle le fonctionnaire n'était pas en activité de service (1). Parfois une période est comptée double ou triple (2), ou bien est laissée hors de compte (3).

Le droit à la pension est suspendu, si le pensionnaire perd la qualité de citoyen de l'Empire, jusqu'au moment où, éventuellement, il la reconquiert. Il est également suspendu si le pensionnaire reprend du service dans les administrations de l'Empire ou d'un Etat particulier, au cas où le montant de son nouveau traitement, joint à la pension, surpasse le montant du traitement qu'il percevait au moment de sa mise à la retraite (4).

En ce qui concerne les membres du Tribunal de l'Empire, on applique, relativement à la pension, au lieu des stipulations de la loi sur les fonctionnaires, les dispositions spéciales contenues au § 130 de la loi constitutive des tribunaux.

Si des fonctionnaires de l'administration civile

tions ; cf. en outre *Kanngiesser*, p. 131. De plus la Reichsgesetz du 25 mai 1887 (Reichsgesetzbl., p. 194) qui modifie le § 42.

(1) Par exemple, au service d'un Etat particulier ou en service militaire actif ; cf. § 46 et 47 ; *Entscheid. des Reichsgerichts VI*, 105. Facultativement dans les cas relatés par le § 52.

(2) Ainsi les campagnes, les séjours sous un climat malsain ; cf. § 49, et 51 ; *Entscheid. des Reichsg. du 29 janvier 1883*, dans *Reger(V. 90)* ; en outre la décision du Bundesrath du 18 novembre 1880 (*Centralbl.*, p. 773). Reichsgesetz du 31 mai 1887, § 1 (*Reichsgesetzbl.*, p. 211).

(3) Par exemple, entrée au service avant l'âge de vingt ans accomplis ; emprisonnement dans une citadelle ou comme prisonnier de guerre (§ 48, 50) ; Reichsg. du 21 avril 1886, art. II.

(4) Reichsg., § 57-60, *Erkenntniss des Reichsg. du 17 septembre 1891* (*Entscheid. xxviii*, p. 80 ?)

impériale, de l'armée ou de la marine impériale, sont employés à des services visés par la loi sur les assurances en cas d'accidents, ils reçoivent, au cas où un accident éprouvé par eux durant le service les rend pour un long temps incapables de travailler, une pension qui correspond aux deux tiers de leur traitement annuel, à moins qu'une autre disposition légale ne leur fasse attribuer une somme plus forte. S'ils sont mis momentanément tout à fait hors d'état de gagner leur vie, ils reçoivent, pendant le temps que dure leur incapacité, une pension équivalente à leur traitement. S'ils ne sont pas complètement invalides, ils touchent une fraction de pension, que l'on détermine d'après les possibilités de gain qui sont laissées à l'intéressé. De plus les frais de traitement médical leur sont payés (1).

6° Enfin l'obligation contractée par l'Etat, relativement à l'entretien du fonctionnaire, s'étend partiellement aussi aux membres survivants de sa famille, que sa mort ne doit pas plonger dans le dénuement. Par survivance, il ne faut pas entendre les héritiers du fonctionnaire, mais les personnes de sa famille, aux besoins desquelles il était censé pourvoir. Seuls, les veuves et les enfants légitimes ont un droit absolu à la sollicitude de l'Etat. Cependant, du consentement de l'autorité supérieure, à défaut de cette survivance étroite, l'Etat peut également in-

(1) Reichsgesetz du 15 mars 1886, § 1 (Reichsgesetzbl., p. 53). La loi contient en outre le détail des prescriptions relatives au chiffre du traitement qui doit être pris pour base dans l'évaluation de la pension (§ 3 et 7), sur le recours juridique aux Caisses de secours en cas de maladie (§ 4), sur les obligations imposées par la loi sur les responsabilités du 7 juin 1871 (§ 10), sur la revendication, la perte et la forclusion du droit (§ 5 et 8) et déclare que, d'une manière générale, les dispositions relatives à la pension sont applicables aux réclamations qui peuvent être faites aux termes de cette loi (§ 7).

tervenir, si le défunt laisse dans le besoin des parents (ascendants), des frères et sœurs, des beaux-frères ou belles-sœurs, ou des enfants adoptifs, à l'existence desquels il pourvoyait, ou si les ressources qu'il laisse sont insuffisantes à couvrir les frais de la dernière maladie et des funérailles (1). Le supérieur immédiat du défunt désigne la personne à laquelle le secours doit être versé. Comme les secours de cette nature ont également le caractère légal d'une solde alimentaire, ils échappent à toute saisie (2). Quant au montant de cette attribution, il faut distinguer trois cas :

a) Si le fonctionnaire était en activité de service au moment de son décès, c'est-à-dire pourvu d'un emploi officiellement rétribué, les survivants perçoivent pendant le trimestre qui suit le mois du décès, la solde entière du défunt, ce que l'on est convenu d'appeler le trimestre de grâce (3). Mais cette solde consiste seulement dans le traitement réel, et ne comprend en aucun cas les rémunérations pour dépenses faites.

Pendant la même durée, les membres survivants de la famille conservent la jouissance de l'appartement affecté au défunt en raison de son emploi. Si le fonctionnaire ne laisse pas de famille, les héritiers

(1) Reichsgesetz, § 8, 31, 69 al. 2.

(2) Reichsgesetz, § 7, 69, al. 3 ; Civilprozessordn., § 850, n° 7.

(3) Reichsgesetz, § 7. Il peut être cependant assuré au fonctionnaire (et par la suite à ses survivants) avant l'entrée en service, un droit contractuel plus étendu. Si, avant la promulgation de la loi sur les fonctionnaires, il a passé du service d'un Etat particulier à celui de l'Empire, et si le droit en vigueur dans son pays d'origine autorise des revendications plus importantes, comme par exemple le droit mecklembourgeois qui reconnaît, après le trimestre du décès, deux trimestres de grâce, ces droits demeurent valables aux termes de l'art. XVIII, al. 2 de la Constitution de l'Empire (Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts du 7 octobre 1876. Entscheid. XXI, 48).

ont un délai de trente jours à dater du décès, pour évacuer l'appartement, le bureau et les salles de séance, et tous locaux utilisés pour le service (1).

b) Si le fonctionnaire était en disponibilité au moment de sa mort, les survivants reçoivent le trimestre de grâce de la demi-solde (2).

c) Si le fonctionnaire était retraité au moment de sa mort, la pension est payée aux survivants pendant le mois qui suit celui du décès (3).

d) La loi impériale du 20 avril 1881 (Reichsgesetzbl., p. 85), connue sous le nom de « loi sur les survivances », avait pourvu plus avant aux besoins des veuves et orphelins laissés par les fonctionnaires des administrations impériales civiles (4). Elle reposait sur le principe de l'assurance forcée. Tous les fonctionnaires qui recevaient une pension du fait

(1) Reichsgesetz, § 9.

(2) Reichsgesetz, § 31.

(3) Reichsgesetz, § 69. L'autorité suprême détermine, et non pas le supérieur immédiat, à qui doit être opéré le versement. De même pour le trimestre de grâce, parce que les fonctionnaires pensionnés n'ont pas de supérieur immédiat. Aux termes de la loi du 25 mai 1887 (Reichsgesetzbl., p. 194), cette compétence peut être déléguée à une autorité moins haute dans la hiérarchie.

(4) « Motive » dans les « Drucksachen » de 1881, n° 28, et le rapport de la commission dans le même recueil. Les dispositions relatives à l'exécution ont été réglées par un édit du chancelier de l'Empire du 25 mai 1881 (Centralbl., p. 183). Un commentaire de la loi a été donné par F. Thudichum dans les Annales de Hirth, p. 551. La loi du 21 avril 1886 (Reichsgesetzbl., p. 80) et la loi du 17 mai 1897 (Reichsgesetzbl., p. 455) ont relevé le montant des pensions versées aux veuves et aux orphelins. L'ordonnance impériale du 8 juin 1881 a étendu aux employés de la Banque de l'Empire le bénéfice de cette loi (Reichsgesetzbl., p. 117). Elle a été confirmée par l'ordonnance du 26 juillet 1897 (Reichsgesetzbl., p. 613), avec cette différence, que la Caisse de la Banque de l'Empire remplit, en ce qui concerne les dits employés, l'office rempli d'autre part par le Trésor, et qu'elle centralise et administre comme un fonds particulier les versements destinés aux veuves et aux orphelins. Pour ce qui concerne la survivance des militaires, v. ci-dessous.

de leur mise à la retraite, ou touchent une rente viagère aux caisses de l'Empire, étaient astreints à verser à la caisse impériale les « contributions au bénéfice des veuves et des orphelins (1) ». Le fonctionnaire achetait ainsi par ses versements successifs le droit à ce que l'État intervint en faveur des siens après sa mort. Pareille disposition contredisait le principe d'après lequel la sollicitude à exercer à l'égard des veuves et des orphelins laissés par le fonctionnaire est, pour l'État, un devoir résultant du contrat de service. La loi impériale du 5 mars 1888 (Reichsgesetzbl., p. 65) a fait valoir ce principe et levé, à partir du 1^{er} avril de la même année, l'obligation de verser le denier des veuves et des orphelins. Par contre, la catégorie des fonctionnaires impériaux, dont les veuves et les enfants peuvent prétendre à la sollicitude de l'État, est circonscrite par les prescriptions de la loi du 20 avril 1881 sur l'obligation au versement du denier des veuves (2). La pension versée à ces dernières se monte, d'après la loi impériale, du 17 mai 1897 (Reichsgesetzbl., p. 455), aux 40 0/0

(1) Gesetz, § 1. En conséquence, les fonctionnaires en activité engagés à bail, dont l'office n'est pas inscrit au budget, et ceux qui ne touchent une pension que temporairement, aux termes du § 37 ou du § 75, ne sont pas astreints à cette obligation. Il en est de même des fonctionnaires qui ne remplissent qu'un emploi auxiliaire. Enfin, d'après une stipulation précise des § 23 et 24 de la Relictengesetz, ceux qui ont pris, dans un établissement relevant d'un Etat particulier ou dans une compagnie d'assurances privée, avant la promulgation de la loi impériale, des mesures de prévoyance suffisantes en faveur de leur survivance future. L'édit du chancelier du 30 mai 1881 a réglé sur la base du § 24 tout le détail de ces prescriptions.

(2) Les fonctionnaires que les § 23 et 24 libéraient de l'obligation du versement et qui avaient renoncé au bénéfice de la pension des veuves et des orphelins assurée par la loi, furent autorisés à revenir sur ce désistement et durent verser à la Caisse impériale le montant de la somme que, sans leur déclaration de désistement, ils eussent dû verser (Reichsgesetz du 5 mars 1888, art. II).

de celle à laquelle le défunt avait droit ou à laquelle il eût eu droit s'il avait été mis à la retraite le jour de sa mort. En toute occurrence, elle s'élève pour le moins à 216 marks par an et ne peut dépasser 3.000 marks, 2.500 marks ou 2.000 marks selon le rang des employés. La pension attribuée aux orphelins est, pour chaque enfant, du cinquième de la pension touchée par la veuve, dans le cas où celle-ci survit(1), et du tiers de celle qu'elle eût dû toucher, si elle est également morte. Les pensions de la veuve et des orphelins ne doivent pas dépasser, jointes l'une à l'autre, celle du fonctionnaire retraité (2). Le versement commence après l'achèvement du trimestre ou du mois de grâce, et s'effectue à l'avance, de mois en mois. Les mensualités non réclamées ne peuvent plus être perçues après quatre années (3). Le droit à la pension s'éteint avec le mois même au cours duquel l'ayant-droit se marie ou meurt, et de plus, en ce qui concerne les orphelins, avec le mois au cours duquel ils ont achevé leur dix-huitième année. Il est suspendu pendant tout le temps où l'ayant-droit est privé de la qualité de citoyen de l'Empire (4).

e) Si un fonctionnaire appartenant aux administrations civiles de l'Empire ou aux armées de terre

(1) Les enfants nés dans le mariage ou légitimés par le mariage peuvent y prétendre.

(2) Loi, § 8-11. Si la veuve était plus jeune de plus de quinze ans que son mari, sa pension est réduite (§ 12). Si la durée du mariage dépasse cinq ans le taux de la pension de la veuve sera augmenté. Loi du 17 mai 1897, art. IV. Si le mariage a été conclu trois mois avant la mort du fonctionnaire, et dans le but d'assurer une pension à l'épouse, toute prétention élevée par celle-ci est déclarée sans fondement (§ 13, n° 1). Si le mariage a été conclu seulement après la mise à la retraite du fonctionnaire, il ne peut être réclamé aucune rente, ni par la veuve, ni par les orphelins (§ 13, n° 2).

(3) § 15 et 16 de la loi.

(4) § 17 et 19 de la loi.

et de mer, employé dans des services où l'assurance contre les accidents a été rendue obligatoire par les lois de l'Empire, meurt des suites d'un accident survenu en cours de service, sa veuve et ses enfants reçoivent une indemnité mortuaire et une rente. L'indemnité mortuaire ne leur est cependant attribuée que s'ils n'ont pas de droit à faire valoir par ailleurs sur le trimestre ou le mois de grâce. Elle s'élève au montant d'un mois de traitement (ou le cas échéant d'un mois de pension), et pour le moins à 30 marks. Quant à la rente, elle équivaut, pour la veuve, jusqu'à sa mort, ou jusqu'à ce qu'elle contracte un nouveau mariage, à 20 0/0 du traitement d'activité du défunt. Elle est de 160 marks au minimum et de 1.600 marks au maximum. Chaque enfant perçoit jusqu'à l'achèvement de sa dix-huitième année, ou jusqu'à son mariage, s'il arrive qu'il se marie avant cette date, une somme équivalente aux trois quarts de la rente attribuée à la veuve. Si la mère est elle-même décédée, l'enfant touche la rente pleine. Dans le cas où le fonctionnaire défunt était l'unique soutien de ses ascendants, ceux-ci reçoivent ensemble jusqu'à leur mort ou jusqu'à ce qu'ils soient tirés du besoin, l'équivalent de la pension de la veuve. Les diverses rentes additionnées ne doivent pas dépasser 60 0/0 du traitement d'activité du fonctionnaire. Si une réduction doit être faite, elle porte tout d'abord sur la pension des ascendants (1).

(1) Reichsgesetz du 15 mars 1886, § 2 (Reichsgesetzbl., p. 54). Cf. ci-dessus, t. II, p. 219, note 1, de réclamations. Sauf les dispositions particulières de cette loi, les stipulations de la Reichsgesetz du 20 avril 1881 (§ 7) sont applicables aux réclamations des survivants. Cf. en outre *Zeller* dans les *Annales de Hirth* (1887, p. 21).

IV. — *Privilèges honorifiques.*

1° Les fonctionnaires de l'Empire ont le droit de porter les titres qui correspondent à leur emploi ou qui leur sont personnellement attachés. Ceux qui dépendent de l'Empire, de manière immédiate, peuvent y joindre l'épithète de « impérial » (1).

Lorsque la fonction qu'ils remplissent comporte un certain costume, ils sont non seulement autorisés, mais astreints à s'en revêtir, dans la mesure où cela est dans l'intérêt de leur service.

Le port indu d'un uniforme ou d'un titre sont des délits qui tombent sous le coup du § 360, n° 8 du Code pénal. D'autre part, la Reichsbeamtenengesetz reconnaît le caractère subjectif du droit du fonctionnaire à porter un certain titre, puisqu'elle exige au § 100 « qu'il y renonce » et que la révocation prononcée par une cour disciplinaire entraîne « la perte » du droit au titre.

Les titres et l'uniforme des fonctionnaires sont déterminés par ordonnance impériale (Reichsbeamtenengesetz, § 17) (2).

2° La loi que nous venons de citer a trait aussi au rang. Mais à ce point de vue il faut distinguer entre le rang des fonctions et le rang personnel des fonctionnaires. Le rang d'une fonction est l'expression de la place qu'elle occupe dans la hiérarchie, la rela-

(1) Edit du 3 août 1871, n° 1 (Reichsgesetzbl., p. 318).

(2) Une ordonnance impériale du 16 décembre 1888 règle le costume de gala des fonctionnaires de l'Empire. Elle a été contresignée, mais non promulguée et n'a pas force de loi. Elle a été reproduite en particulier par *Hertel*, die preussische Oberrechnungskammer (cahier supplémentaire, 1890, p. 22).

tion de suprématie ou d'égalité où elle se trouve par rapport aux autres. Il donne aussi la mesure officielle du rang qu'occupent les fonctionnaires qui sont, dans le service, les subordonnés, les collègues ou les directeurs de ces autorités, et il n'est pas sans importance juridique, pour ce qui est du montant des indemnités de présence, des frais de voiture, des frais de déplacement et des indemnités de logement.

La définition que l'on donne du rang personnel des fonctionnaires est nettement différente. Bien que, du fait de l'emploi, un certain rang personnel se trouve généralement assuré, il se peut pourtant qu'un emploi soit confié à un titulaire sans que titre ni rang y soient afférents, et il se peut, d'autre part, qu'il soit attribué à un fonctionnaire, un rang plus élevé que ne le comporte en soi l'office qu'il remplit. Le rang n'est rigoureusement pas un droit adjoint à un certain exercice, mais, de même que l'âge, le sexe et la classe sociale, c'est une qualité qui peut entraîner des droits définis. Il n'en est pas ainsi dans le droit de l'Empire : le rang personnel ne fonde aucun droit, et il est même douteux que l'Empire reconnaisse une autre classification de ses fonctionnaires que celle établie par le rang des fonctions qu'ils remplissent (1).

(1) Des institutions byzantines, qui ont persisté en Prusse et dans d'autres Etats, n'ont pas été sans influence. Aux termes de l'ordonnance du 7 février 1817 (Gesetzsammlung, p. 61), les fonctionnaires prussiens sont répartis en un très grand nombre de « classes ». Cf. v. Rönne, *Preuss. Staatsrecht* II, 1, p. 442 et s. et *Kanngiesser*, p. 79, 80. Le droit de l'Empire, à la vérité, ne connaît pas cette distinction de classes, et cependant un édit impérial du 1^{er} avril 1871 (Reichsgesetzbl., p. 103) stipule que les conseillers et les conseillers supérieurs des Postes appartiennent à la quatrième classe de conseillers, mais que les conseillers supérieurs ont le pas sur les simples conseillers. Par l'édit du 22 février 1882 (Reichsgesetzbl., p. 42), les directeurs supérieurs des Postes ont ensuite obtenu le rang de conseillers de troisième classe. Un édit du souverain

§ 50. — *Revendications des fonctionnaires en matière pécuniaire.*

Les revendications d'ordre pécuniaire, que les fonctionnaires peuvent avoir à faire valoir relativement à leur service, se règlent par voie judiciaire (1).

En vertu de ce principe, la situation des fonctionnaires de l'Etat est très souvent qualifiée de mixte, c'est-à-dire qu'on estime qu'elle relève en partie du droit public, en partie du droit privé (2). Cette opinion résulte d'une confusion entre les revendications de nature litigieuse et les droits que l'on fait valoir au civil (3). Mais même en acceptant le bien-fondé de cette conception, on n'en tire pas une notion juri-

à la date du 27 décembre 1871 (Reichsgesetzbl., p. 7) octroie « le rang de conseillers supérieurs du gouvernement et d'inspecteurs supérieurs des forêts » aux Directeurs des télégraphes. En fait, la classification et la hiérarchie des fonctionnaires prussiens sont étendues aux fonctionnaires de l'Empire.

(1) Reichsgesetz, § 149.

(2) Cf. par exemple, *Heffler*, p. 131 ; *Pfeiffer*, Prakt. Ausführungen III, p. 352. et s. *Welcker*, Staatslexicon XII, p. 300 ; *Zöpsl*, § 514 p. 776) ; *Zachariä* II, § 135 ; *v. Gerber*, Grundzüge, § 36, note 11 ; *v. Pözl* dans le Staatswörterbuch IX, p. 689 et Verfassungsrecht, § 198, n° 3 (p. 494) ; *Schalze*, Preuss. Staatsrecht I, 316 ; *Deutsches Staatsr.* I, p. 338 ; en particulier *Rehm*, dans les Annales de Hirth, 1885, p. 104, et s. 171 et s. ; *G. Meyer*, Staatsr., § 143, note 19 ; cf. par contre *Löning*, Verwaltungsr., p. 132, note 7 ; *Gareis*, Allg. Staatsr. ; *Jellinek*, p. 164, p. 172 et s. ; *Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts* XXI, p. 53. — Dans la décision du tribunal d'Empire (XII, p. 72) la distinction « entre la fraction de droit privé et la fraction de droit public du contrat de service » est cependant reconnue comme « théoriquement exacte ». La théorie correcte est développée avec justesse par *Wach*, Handbuch des Civilprocesses I, p. 95 et s. (1885), et par *Seydel*, Bayer. Staatsr. II, p. 185, 238. On peut les considérer maintenant comme prédominantes.

(3) Cf. *Eccius*, loc. cit. (§ 141, n. 13) ; *Meves*, Rechtslexicon, au mot « Gehaltsansprüche ».

dique positive. Car il est sûr que la revendication pécuniaire d'un employé de l'État ne se laisse pas apprécier d'après les règles d'une affaire quelconque de contrat dans l'ordre civil, et que c'est à la situation juridique de droit public, créée par le contrat d'entrée en fonctions, qu'elle emprunte son fondement et son contenu. Au fond, la question se ramène à une discussion d'école sur la définition exacte de la différence qui sépare le droit public du droit privé et ne présente pas d'intérêt pratique.

D'autres part, divers régimes juridiques des États particuliers excluent le recours aux tribunaux s'il s'agit de faire valoir les revendications pécuniaires des fonctionnaires, sous prétexte que ces sortes d'affaires ne sont pas d'ordre privé. Cet argument n'est pas non plus concluant. Car des affaires de droit public peuvent faire naître des droits subjectifs, qui peuvent être produits et défendus judiciairement. Ce n'est pas une raison, parce que l'État ne peut intenter au fonctionnaire aucune action pour l'obliger à remplir son devoir professionnel, pour refuser au fonctionnaire le droit de poursuivre l'État pour non-exécution de ses obligations financières. Car l'État, à défaut du recours en justice, a l'autorité disciplinaire à sa disposition.

La loi de l'Empire a institué la procédure suivante, en matière de revendications pécuniaires de la part des fonctionnaires :

1° Au § 149 on vise les revendications concernant la solde, le traitement de disponibilité, la pension et les secours assurés légalement aux survivants, mais cette énumération n'est pas présumée complète; elle se borne à des indications, ainsi que l'atteste nettement le mot « en particulier ». La voie judiciaire est donc ouverte aux revendications relatives aux frais de route, de voiture ou de déplace-

ment, ainsi qu'aux indemnités de représentation ou de séjour et aux autres rémunérations officiellement garanties. Il en est de même des litiges concernant les retenues (§ 14). Par contre, les tribunaux n'ont pas à connaître de tous les cas où on s'en remet à la décision de l'autorité suprême ou du conseil fédéral, pour établir si une certaine somme doit être accordée ou non, et le cas échéant, retenue ou non, au fonctionnaire ou à ses survivants; ainsi dans les cas prévus aux §§ 8, 37, 39, 52, 68 n° 2 (1), 128 n° 2 de la Beamten-gesetz, aux §§ 5 n° 2 et 6 n° 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1874, ainsi qu'au § 14 de la loi impériale du 20 avril 1881.

2° Avant que la plainte ne puisse être introduite, il faut tout d'abord qu'il soit établi que le gouvernement de l'Empire se refuse à accueillir les revendications de l'intéressé, c'est-à-dire que la décision de l'autorité suprême doit avoir été rendue, puisque les dispositions de toute instance inférieure ne peuvent être tenues pour l'expression définitive de la fin de non-recevoir opposée par le gouvernement de l'Empire aux revendications du fonctionnaire (§ 150).

3° Sous peine de perdre son droit de plainte, l'intéressé doit intenter l'action dans un délai de six mois, à dater du jour où la décision de l'autorité suprême a été portée à sa connaissance (§ 150) (2).

4° Le Trésor est représenté au procès par l'autorité de rang moyen, sous laquelle le fonctionnaire dont il s'agit s'est trouvé ou se trouve encore, et, dans le cas où celui-ci se trouve ou s'est trouvé soumis sans intermédiaire à l'autorité suprême, le Trésor

(1) Le dernier alinéa du § 75 est également à considérer ici.

(2) Quant à l'évaluation de ce délai, cf. la décision du Reichsoberhandelsgerichts, vol. XXIV, p. 411 et s. cf. en outre la loi impériale du 25 mai 1887, qui apporte un complément au § 150.

est représenté devant la justice par la dite autorité (§ 151, n° 1).

5° L'assignation doit être donnée devant le tribunal régional, dans la circonscription de laquelle siège l'autorité administrative citée à comparaître. Le tribunal de l'Empire décide en dernière instance (1). Il a pris la place du Reichsoberhandelsgericht déclaré compétent par le § 152 n° 2 de la Reichsbeamten-gesetz. Sa compétence est, par conséquent fondée même dans le cas où la plainte avait été déposée tout d'abord devant un tribunal régional de Bavière (2). La revision peut avoir lieu quelle que soit la valeur de l'objet en litige (3).

6° Les mesures telles que la mise en disponibilité provisoire ou définitive, la suspension, le déplacement, la révocation, l'amende infligée par voie disciplinaire ne relèvent pas de l'appréciation juridictionnelle. Les décisions émises par l'autorité disciplinaire ou administrative compétente lient les juges qui statuent sur les revendications d'ordre pécuniaire (§ 155) (4).

(1) Reichsbeamten-gesetz, § 151, n° 2 ; § 152, n° 2 ; Gerichtsverfassungsgesetz., § 70, n° 1.

(2) Einführungsgesetz zum gerichtsverfassungsgesetz, § 8, n° 2. Mais comme l'Empire ne possède pas en Bavière d'administration en propre, le cas ne peut guère se présenter.

(3) Civilprozessordnung, § 547, n° 2.

(4) C'est ainsi que peut se poser, en particulier, la question de savoir si, pour la mise en disponibilité définitive ou provisoire, pour l'exercice du droit de retrait d'emploi, et ainsi de suite, un motif réel et suffisant se présentait (cf. *Entscheid. des Reichsgerichts* I, p. 34 ; III, p. 92 ; XII, p. 71 et s. et *Reger* XII, p. 200). D'autre part, les décisions des autorités disciplinaires et administratives qui doivent faire autorité aux yeux des juges, sont énumérées au complet au § 155, de telle sorte que la prise en considération des autres dépend de l'appréciation du tribunal (*Entsch. des Reichsg.* VI, p. 106). En ce qui concerne le droit de pension des veuves et des orphelins, la voie judiciaire demeure également ouverte et le § 149 de la Beamten-gesetz. est applicable. Cependant, le § 30 de la loi d'Em-

§51. — *Déplacement, mise en disponibilité, suspension.*

Il ressort de la distinction théorique établie entre la situation créée pour le fonctionnaire par le contrat d'entrée en service, et la direction d'une charge, que l'administration d'un certain office ne rentre pas dans la catégorie des droits du fonctionnaire, et qu'elle n'est pas essentielle à la continuation du contrat de service. La théorie régnante, en considérant l'attribution d'un emploi comme l'affaire principale de l'entrée en service, conduit à admettre que, dans tous les cas où le fonctionnaire se voit privé de son emploi, son contrat de service prend fin. La conséquence nécessaire de cette théorie serait que tout droit du fonctionnaire au traitement dût également cesser. L'employé n'ayant en effet aucun droit à conserver son emploi et l'État étant toujours fondé à lui retirer le maniement des affaires publiques, il devrait s'en suivre nécessairement que la solde pût être retirée au fonctionnaire en même temps que l'emploi. Mais cette conclusion pratique est en contradiction trop complète avec le droit réellement existant. Les théoriciens se tirent alors d'embarras en admettant, soit que le fonctionnaire a droit, par motif d'équité, à une compensation, soit que le ca-

pire du 20 avril 1881 stipule que l'attribution et la fixation de la pension qui revient à la veuve et aux enfants d'un fonctionnaire décédé, appartiennent à l'autorité suprême, qui délègue à l'autorité administrative subordonnée le pouvoir de se prononcer à ce sujet. Par là même, le recours judiciaire se trouve fermé, sauf dans les cas où l'autorité administrative ayant stipulé le montant de l'indemnité en question, le paiement n'en serait pas fait aux ayants droit ou ne leur arriverait pas intégralement ; mais ce sont des circonstances, qui ne se présentent pas dans la réalité.

ractère civil du contrat réciproque persiste quand son caractère public a disparu .

L'opinion courante considère que le contrat de service se trouve suspendu par le fait que l'emploi (1), dont le fonctionnaire avait jusque-là été revêtu, se trouve écarté. Logiquement, elle devrait voir dans tout déplacement des fonctionnaires la suspension du contrat jusqu'alors en vigueur et la conclusion instantanée d'un nouveau contrat, et ainsi une opération analogue à la *novatio*. Relativement à la mise en disponibilité provisoire, cette théorie ne peut fournir, au point de vue où elle se place, aucune explication juridique, puisque les droits et les devoirs des fonctionnaires y persistent manifestement, bien que la tenure de l'office ait cessé. On se contente alors de quelques considérations politiques « de lege ferenda » ou d'un simple renvoi aux dispositions positives des lois sur les fonctionnaires (2).

Il faut au contraire partir de ce principe, que la conduite d'une charge n'est que l'objet aux fins duquel des fonctionnaires sont installés, et que les droits et les devoirs qui résultent de l'installation elle-même peuvent subsister indépendamment du fait que le fonctionnaire remplit ou non son emploi. Mais, de même que le gouvernement ne peut engager des employés, surtout des employés rémunérés, dont elle n'a pas besoin et dont les charges ne sont pas inscrites au budget, de même il ne peut pas enlever arbitrairement à des fonctionnaires installés par lui

(1) *Leist*, § 102, n° 8 ; *Heffler*, loc. cit., p. 136. *Maurenbrecher*, § 163, n° 2.

(2) *Zachariä* II, § 143-145.; *v. Mohl* II, § 164 et s. ; *v. Pözl*, § 205 ; *Schulze*, *Preuss. Staatsr.* I, 102. Dans presque tous les exposés relatifs au droit propre au fonctionnaire, la mise en disponibilité et la suspension sont traitées comme des manières de mettre un terme au contrat de service, ce qui est une façon inexacte de les considérer.

la conduite des affaires que leur emploi comporte. Ces restrictions ne reposent pas sur des motifs d'ordre juridique, mais sur des raisons politiques, et plus exactement financières (1). La considération de l'intérêt de l'employé lui-même, la sauvegarde de son indépendance, la sécurité de sa situation entrent bien également en ligne de compte. Mais le droit de l'Etat à retirer à ses fonctionnaires les emplois qu'il leur a confiés, n'est pas limité par le droit personnel et opposé des fonctionnaires, mais par la volonté de l'Etat, par une limitation, inspirée par des considérations politiques et financières, qu'il s'impose expressément à lui-même aux termes de la loi, et qui, aux yeux du gouvernement, présente un caractère d'autorité et d'obligation équivalent à toute autre expression légale de la volonté de l'Etat.

Il résulte de ce point de vue une distinction entre les limites de droit fixées à l'arbitraire du gouvernement à l'égard des fonctionnaires par le droit public, et les limites de fait tracées par les droits des fonctionnaires tels qu'ils dérivent du contrat de service. Ces limites de fait consistent seulement en ceci, que le gouvernement doit garantir au fonctionnaire le paiement des honoraires qui lui reviennent et veiller à ce que son honneur ne soit pas atteint par une dégradation, au cas où il lui retire son emploi. Par contre, les limitations de droit déterminent les circonstances dans lesquelles le gouvernement est autorisé ou contraint à retirer à un fonctionnaire l'emploi qu'il détient. Il faut distinguer, en ce sens, les hypothèses suivantes.

(1) Cf. aussi, v. *Gierber*, *Grundzüge*, § 38.

I. — *Déplacement.*

1^o Chaque fonctionnaire de l'Empire doit se prêter à un déplacement, toutes les fois que le nouvel emploi qui lui est proposé n'est pas moindre en rang, ni pourvu d'honoraires ordinaires moindres que celui qu'il quitte (Reichsgesetz., § 23). Les frais de déplacement ne sont pas à sa charge.

Il faut entendre par rang celui de l'emploi au point de vue du service. Ce que l'on appelle le rang personnel n'a pas de valeur juridique, et le fonctionnaire ne peut être obligé à revêtir un emploi inférieur, quand même on lui donnerait l'assurance qu'il sera rangé dans la suite parmi les conseillers de telle ou telle classe. Ainsi qu'il a été développé plus haut, on ne fait pas rentrer sous la rubrique « honoraires » les indemnités particulières, et on n'examine pas si le déplacement proposé enlève à l'employé la possibilité d'exercer certaines fonctions accessoires.

2^o Le gouvernement est fondé à décider le déplacement « si les besoins du service l'exigent », ce qui revient à dire que rien ne limite son initiative, puisqu'il n'a à considérer que les besoins du service.

3^o Le droit du gouvernement de l'Empire à disposer des fonctionnaires d'un Etat particulier est également sans restriction. Ceux-ci n'ont pas la faculté de protester contre un déplacement qui les éloigne de celui des Etats particuliers auquel ils étaient attachés. Autre chose est le rapport entre l'Empire et le gouvernement de l'Etat en question. L'Etat ne peut s'opposer à ce que le fonctionnaire visé lui soit enlevé par le fait d'un déplacement. Par contre, la nomination du successeur du fonctionnaire déplacé

dépend de l'Etat particulier, et l'Empire ne saurait y pourvoir sans son consentement.

4^o Les membres du Tribunal d'Empire, ceux du « Bundesamt für das Heimatswesen », ceux de la Cour des comptes et les juges des tribunaux militaires ne peuvent être déplacés sans leur consentement (1).

5^o Au sujet des motifs qui conditionnent et des effets qui accompagnent le déplacement par mesure disciplinaire, voir ci-dessus, § 48.

II. — *Mise en disponibilité.*

Le gouvernement de l'Empire est en droit :

a) De mettre provisoirement en disponibilité un fonctionnaire quelconque dont l'emploi se trouve supprimé par le fait de transformations administratives (Reichsgesetz., § 24).

Si la promulgation d'une loi est indispensable à l'exécution des dites transformations, elle doit également précéder la mise en disponibilité du fonctionnaire en question.

b) En tout temps, sans que la condition précitée ait à se produire, l'Empereur peut mettre en disponibilité provisoire certains fonctionnaires, « de la part desquels un accord durable de principes avec l'autorité directrice est nécessaire (2) ». Ce sont, aux

(1) Reichsbeamten-gesetz, § 158 ; Gerichtsverfassungsgesetz, § 8, n. 1 ; Loi du 6 juin 1870, § 43 ; loi prussienne du 27 mars 1872, § 5 (relative à la Oberrechnungskammer). Code pénal milit., § 96. Loi du 1^{er} décembre 1898, § 32. Elle est également applicable aux magistrats d'Alsace-Lorraine et aux professeurs de l'Université de Strasbourg. Loi du 18 juin 1890 (Gesetzbl., für Elsass-Lothringen, p. 37).

(2) Tels sont les considérants de la Beamten-gesetz, p. 35.

termes du § 25 de la loi, les fonctionnaires suivants :

Le chancelier de l'Empire (1) ;

Le Président de la chancellerie impériale, le chef de l'Amirauté (aujourd'hui secrétaire d'Etat de la marine), le secrétaire d'Etat des affaires étrangères ;

Les directeurs et chefs de divisions de la chancellerie impériale, et, dans chacune des divisions de la chancellerie ainsi que de l'office des affaires étrangères et des ministères, les conseillers rapporteurs et les auxiliaires rétribués de l'office des affaires étrangères ;

Les intendants des armées de terre et de mer ;

Les agents diplomatiques, y compris les consuls.

En outre, le Président de l'office des chemins de fer de l'Empire (Loi du 27 juin 1873, § 2, n° 2) ; le procureur général et les procureurs impériaux (Gerichtsverfassungsgesetz, § 150) ; le procureur général et les procureurs du tribunal suprême militaire, les fonctionnaires de l'administration d'Alsace-Lorraine énumérés à l'art. II de la loi du 23 décembre 1873 (Gesetzblatt f. Elsass-Lothringen, p. 479) et au § 6, n° 2 de la loi du 4 juillet 1879 (Reichsgesetzbl., p. 166) ; enfin les gouverneurs, chanceliers et commissaires des protectorats allemands (Loi du 31 mai 1887, § 2, Reichsgesetzbl., p. 211).

2° Les fonctionnaires mis en disponibilité provisoire jouissent des prérogatives suivantes :

a) ils conservent les distinctions honorifiques personnelles ;

b) ils perçoivent la solde fixée par la loi ;

c) ils reçoivent, au cas où leur résidence administrative se trouvait à l'étranger, une indemnité de nature à couvrir les frais de leur déplacement jusqu'au

(1) Depuis la transformation de la chancellerie impériale en un certain nombre d'administrations centrales indépendantes, ces dernières ont pris la place des anciennes divisions (v. ci-dessus, § 41).

lieu situé à l'intérieur des frontières de l'Empire où ils fixent leur domicile (Reichsgesetz., § 40), et de même, une nouvelle indemnité, au cas où un autre emploi vient à leur être confié, dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un déplacement (Reichsgesetz., § 28)(1).

3^o En ce qui concerne les obligations, on se règle sur ce principe, que tous les devoirs et toutes les interdictions imposés aux fonctionnaires en activité persistent pour les fonctionnaires en retraite provisoire, en tant qu'ils ne dérivent pas de l'exercice effectif de la fonction. Ce principe comporte, dans le détail, les conséquences suivantes :

a) L'obligation d'exercer l'emploi est suspendue, mais non pas supprimée. D'où il suit que, sous peine de perdre tout droit à la solde (2), les fonctionnaires en disponibilité sont astreints à accepter un emploi conforme à leur rang dans l'administration impériale, aux mêmes conditions que les fonctionnaires en activité sont tenus de s'incliner devant tout déplacement qui leur est proposé.

Cette obligation entraîne, pour les fonctionnaires en disponibilité, celle de ne pas renoncer à leur qualité de citoyen de l'Empire et de garder leur résidence sur le territoire de la confédération. S'ils veulent se fixer à l'étranger, ils ont besoin de l'autorisation du chancelier de l'Empire, sous forme de congé. Toute violation de cette clause a pour conséquence la perte du traitement (3), au même titre que l'abandon d'un emploi sans permission ou par le fait de la prolongation illicite d'un congé. Il peut, en outre, le cas échéant, être procédé à des mesures d'ordre disciplinaire.

(1) Cf. l'ordonnance du 19 novembre 1879, § 17 a (Reichsgesetzbl.), p. 315).

(2) Reichsgesetz, § 28.

(3) Id., § 29, n^o 2 et 3.

b) Le devoir de fidélité persiste sans changement et par conséquent aussi celui de garder le secret professionnel. Il s'en suit que les dispositions contenues aux §§ 11 et 12 de la Reichsbeamtengesetz s'appliquent sans restriction aux fonctionnaires en disponibilité (1).

c) Le devoir d'observer une conduite décente demeure également intégral (Reichsgesetz., § 10).

d) A l'égard des interdictions adressées aux fonctionnaires de l'Empire, toutes les prescriptions énumérées au § 15 n° 1 de la loi, relativement à l'acceptation de titres, de distinctions honorifiques et de présents s'appliquent rigoureusement aux fonctionnaires en disponibilité. Par contre, la clause du § 15 n° 2 ne les concerne pas, car elle suppose l'exercice effectif d'un emploi. Quant à l'interdiction d'accepter des emplois ou des occupations accessoires rémunérés ou d'exercer une industrie, l'ordonnance du § 16 n° 3 en dispense expressément les fonctionnaires en disponibilité.

e) La violation des devoirs ci-dessus énumérés peut entraîner, pour les fonctionnaires en disponibilité eux-mêmes, l'application de peines disciplinaires. Cependant, comme ils n'exercent pas d'emploi, ils ne sont soumis à aucune autorité disciplinaire immédiate. Seule la procédure disciplinaire devant les cours spéciales peut être introduite à leur égard. Pour déterminer quel est le conseil disciplinaire compétent, on se règle sur le dernier domicile administratif du fonctionnaire (2).

4° Vu que la mise en disponibilité provisoire ne met pas fin au contrat de service, le temps de suspension d'emploi est compté comme temps de ser-

(1) Cf. Strafprozessordnung, § 53 ; Civilprozessordnung, § 376.

(2) Reichsgesetz, § 119.

vice (1), et les mesures relatives à la mise à la retraite, à la révocation et au renvoi sont applicables aux fonctionnaires en disponibilité (2).

5° Les fonctionnaires énumérés au § 158 de la Reichsbeamtengesetz échappent à toutes les stipulations relatives aux fonctionnaires mis en disponibilité provisoire.

III. — *Suspension d'emploi.*

1° La suspension est de nature à se produire dans trois cas distincts : soit comme suite légale de certains faits, soit en vertu d'une disposition administrative ordinaire, soit comme mesure extraordinaire et elle comporte alors, dans dernier cas, des effets restreints.

a) La suspension d'emploi se produit en vertu de la loi :

α. Lorsque l'emprisonnement du fonctionnaire est décidé par un tribunal ; la suspension se prolonge jusqu'au onzième jour après la libération du prisonnier (3).

β. Lorsque le fonctionnaire est l'objet d'un arrêt judiciaire non encore exécutoire, qui entraîne la perte de l'emploi (4). La suspension se prolonge jusqu'à ce que la sentence soit devenue exécutoire ou bien jus-

(1) Reichsgesetz, § 46, n° 1.

(2) Cf. Reichsgesetz, § 42, dernier alinéa et § 119 et 132.

(3) § 125, n° 1 ; § 126. A l'appui de la clause touchant le délai de dix jours, les « motive » (p. 49) stipulent : « Un fonctionnaire intéressé dans une affaire pénale ne peut pas, sans que le prestige de son emploi ait à en souffrir, réintégrer ses fonctions immédiatement au sortir de la prison d'arrêts. Le délai laisse également à l'administration le temps de décider si une procédure disciplinaire ne doit pas être introduite et s'il ne faut pas, à ce nouveau titre, prononcer la suspension d'emploi. »

(4) § 125, n° 1. Cf. le paragr. suivant.

qu'au onzième jour après l'entrée en vigueur du jugement d'un tribunal d'appel, en vertu duquel une peine d'une autre nature que la première a été appliquée au fonctionnaire incriminé. Dans le cas où le jugement définitif conclut à l'emprisonnement, la suspension dure jusqu'après l'achèvement de la peine (1).

γ. Lorsque la peine de la révocation a été prononcée par une cour disciplinaire, en vertu d'une décision non encore exécutoire. La suspension se prolonge jusqu'à l'application de la peine définitive (2).

δ. A l'égard des juges du Tribunal d'Empire et des membres de l'office du tribunal de secours, la suspension provisoire n'est de droit que dans le cas où il y a un mandat d'arrêt contre eux (3).

Les membres de la Cour des comptes tombent sous le coup de la loi prussienne du 27 mars 1872, et l'on applique aux juges des tribunaux militaires les dispositions de la loi du 1^{er} décembre 1898, § 30, 31 (4).

b) Un fonctionnaire peut être provisoirement relevé de ses fonctions, en vertu d'une décision de l'autorité suprême, s'il est l'objet d'une poursuite judiciaire ou si l'introduction d'une procédure disciplinaire est décidée contre lui (§ 84). Cette décision peut être prise même au cours de l'une ou de l'autre affaire, tant que le jugement n'a pas été rendu (5).

A l'égard d'un juge du Tribunal d'Empire, une décision prise par le même tribunal en assemblée

(1) § 126, n° 1 et 2.

(2) § 125, n° 2 ; § 126 n° 3.

(3) Gerichtsverfassungsgesetz, § 129, n° 2. Reichsgesetz du 6 juin 1870, § 43.

(4) Reichsbeamten-gesetz, § 158.

(5) Reichsgesetz, § 127.

plénière peut prononcer, après audition du procureur général, une suspension provisoire d'emploi, dans le cas où une action lui est intentée pour cause de crime ou de délit (1). Vis-à-vis des membres de *l'office fédéral pour le domicile de secours* « la même décision dépend de l'assemblée plénière de *l'office fédéral* (2) ».

c) En cas d'urgence et de danger imminent, l'interdiction d'un fonctionnaire peut être provisoirement ordonnée par ceux de ses supérieurs à qui il n'appartient pas en principe de prononcer la suspension. En pareille occurrence, l'autorité suprême doit être immédiatement avisée, et celle-ci prend alors telle décision et telles mesures qu'elle juge convenables, soit pour lever l'interdiction soit pour la transformer en une suspension régulière (3).

2° Les effets de la suspension provisoire d'emploi sont les suivants :

a) Non seulement le fonctionnaire n'a plus le devoir de remplir les fonctions propres à son emploi, mais, de plus, l'exercice de l'autorité et la procuration officielle liés à cet emploi lui sont retirés, de telle sorte que les actes relatifs au service qu'il est dans le cas d'entreprendre postérieurement ne sont pas considérés en droit comme ayant une valeur officielle. En outre, l'examen de chaque cas particulier montrera si le fonctionnaire suspendu qui aura contrevenu à la suspension, ne peut pas être tenu pour abus criminel de sa procuration ou ne peut pas être poursuivi pour tel autre crime ou délit.

b) Le droit du fonctionnaire à percevoir son trai-

(1) Gerichtsverfassungsgesetz, § 129, n° 1.

(2) Loi du 6 juin 1870, § 43.

(3) Reichsgesetz, § 131.

tement n'est pas atteint par la suspension provisoire d'emploi (1), mais une partie du traitement est retenue à partir du mois qui suit la promulgation de la suspension effective (2). Cette retenue s'élève, en règle générale, à la moitié du traitement réel, déduction faite des rémunérations accessoires. Dans le cas d'indigence du fonctionnaire, l'autorité suprême peut réduire cette retenue au quart du traitement réel (3). A l'égard des fonctionnaires en disponibilité, un quart de la solde de disponibilité est retenu s'il arrive qu'une décision disciplinaire non encore exécutoire conclut à leur révocation (4).

Si un juge du Tribunal d'Empire ou un membre de « l'office fédéral pour le domicile de secours » est suspendu de ses fonctions, il conserve le droit de bénéficier de son traitement plein pendant toute la durée de la suspension (5).

La diminution de traitement ne se produit pas non plus, si l'exécution d'un verdict d'emprisonnement se trouve retardée ou interrompue indépendamment de la volonté du condamné, et tant que se prolonge le retard ou l'interruption. Il en est de même pour le délai de dix jours qui suit la levée de l'arrêt ou la libération, si, avant l'expiration de ce délai, la suspension d'emploi n'a pas été décidée par voie disciplinaire (6).

(1) Cf. Pfeiffer, Praktische Ausführungen III, 360 et 518.

(2) Reichsgesetz, § 128, 1. Si le traitement est payé par trimestre à l'avance, il ne peut être partiellement récupéré, puisque la loi ne parle que de « retenu » du traitement. On ordonne une saisie-arrêt sur le traitement à l'effet de couvrir les frais ou d'acquitter les amendes, ce qui suppose que le traitement n'est pas encore payé. Kanngiesser (p. 223, 2) est d'une autre opinion. Cf. p. 456, n. 7, le jugement du tribunal d'Empire qu'il rapporte.

(3) § 128, n° 1 et 2.

(4) Reichsgesetz, § 132.

(5) Gerichtsverfassungsgesetz, § 129, 3 ; Loi du 6 juin 1870, § 43.

(6) Reichsgesetz, § 126, 2.

L'interdiction momentanée de faire des actes officiels n'entraîne aucune retenue du traitement (1).

c) Pour le reste, les droits et devoirs des fonctionnaires persistent intégralement pendant la durée du retrait d'emploi provisoire (2).

3° La suspension d'emploi prend fin soit par la destitution de l'employé soit par sa réintégration. Dans ce dernier cas, il faut distinguer l'hypothèse du complet acquittement et celle où l'autorité disciplinaire compétente a frappé le fonctionnaire d'une peine disciplinaire.

a) Si le fonctionnaire a bénéficié d'un complet acquittement, la portion retenue de son traitement doit lui être remboursée intégralement (3).

b) Si le fonctionnaire est frappé d'une peine disciplinaire, la portion retenue doit lui être remboursée dans la mesure où elle n'est pas nécessaire pour couvrir les frais de l'instruction et l'amende. Aucune retenue n'est faite pour payer le remplaçant (4).

c) Si le fonctionnaire est révoqué, la portion retenue du traitement est répartie en vue de couvrir les frais de remplacement et les frais d'instruction de l'action disciplinaire (5). S'il en fait la demande, il est remis au fonctionnaire intéressé un compte-rendu de l'emploi du traitement retenu. Cependant, il ne

(1) Reichsg., § 131, 2.

(2) Ils ne peuvent donc pas, de leur propre mouvement, s'éloigner de leur résidence. Cf. la décision du tribunal d'appel de Leipzig (Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle (1864, p. 81).

(3) Reichsgesetz, § 130, 1. Cf. à ce sujet la décision du tribunal de l'Empire (XXII, 40).

(4) Reichsgesetz, § 130, 2.

(5) Reichsgesetz, § 128, 4. Le fonctionnaire n'est pas obligé de contribuer plus largement aux frais de remplacement; mais il n'est pas de limite à sa responsabilité pécuniaire, en ce qui concerne les frais de procédure (§ 124, n° 2).

peut présenter de mémoires rectificatifs des comptes rendus qu'en déposant plainte, en suivant la voie administrative et non pas juridiquement. La portion retenue du traitement qui ne sert pas à couvrir les frais ci-dessus spécifiés est remboursée à l'intéressé (1).

§ 52. -- *Cessation du contrat de service.*

Les modes de cessation se répartissent, au point de vue pratique, en deux classes, soit que, avec le contrat de service, prennent fin toutes les prérogatives qu'il procurait au fonctionnaire, tant honorifiques que pécuniaires, soit que le droit au titre, au rang et à la pension persiste en dehors de lui.

I. — En tant qu'elle comporte le renoncement au titre officiel et à la pension, la cessation du contrat de service s'effectue :

1^o Sur la demande du fonctionnaire, qui offre sa démission. Celle-ci ne peut lui être refusée. Bien que la loi impériale ne formule pas explicitement ce principe, il ne repose pas seulement sur l'opinion générale des juristes (2) et il ne constitue pas seulement un véritable axiome de droit coutumier, mais il se déduit de la nature même du contrat de service public (3). Celui-ci n'exige pas du fonctionnaire qu'il

(1) Reichsgesetz, § 129.

(2) Cf. *Pözl* (Staatswörterbuch IX, 713 ; *Zachariä* II, § 142, p. 63 ; *Schulze*, Preuss. Staatsr. I, 346 ; *G. Meyer*, Staatsr., § 152. Pour la thèse contraire, *Löning*, Verwaltungrh., § 134, note 1. Il est combattu par *Rehm*, Annales 1885, p. 203, n. 2. Voir aussi, *Otto Mayer* II, p. 230.

(3) Seuls, les juristes, qui ne voient dans le fait d'assumer une fonction publique que l'accomplissement de l'un des devoirs du sujet, déclarent inadmissible le principe de la démission. Ainsi, *Gönnér*, p. 258. Mais,

satisfasse à des obligations nettement délimitées ; il lui demande de se vouer de toute sa personne au bien de l'État, dans un esprit de fidélité, de dévouement et de zèle, et ces dispositions ne peuvent s'obtenir par la contrainte. Mais le droit du fonctionnaire à dénoncer en tout temps le contrat de service se fonde encore sur ce qu'il est le corollaire de l'autorité disciplinaire de l'État. L'État et le fonctionnaire ne s'opposent pas l'un à l'autre comme deux parties également favorisées, mais comme le maître et le serviteur. L'État dispose, pour contraindre le serviteur, de son droit de souveraineté et de son autorité disciplinaire. Le fonctionnaire trouve la sauvegarde de sa liberté et de son individualité dans le droit de démission, qui lui permet de se soustraire à la contrainte entraînée par le service. En l'absence de ce droit, le service public serait une forme d'esclavage.

Quand le fonctionnaire fait usage de ce droit, il conserve, tant que sa démission n'est pas acceptée, tous les droits et il est astreint à tous les devoirs de son emploi ; il lui faut donc gérer les affaires courantes jusqu'au moment de l'acceptation. C'est l'Empereur, et le cas échéant, le magistrat délégué par l'Empereur, qui accepte la démission du fonctionnaire (1). Pour ce qui est des fonctionnaires médiats de l'Empire, il n'est pas douteux qu'ils ne doivent

sur ce point même apparaît l'opposition entre l'accomplissement d'un devoir de vassalité par suite de l'acceptation d'un emploi et l'accès volontaire au service d'État ; mais il est inadmissible d'invoquer le droit du fonctionnaire de donner sa démission, comme un argument contre la conception contractuelle de la nomination à une fonction. (Ainsi, Léoni (p. 131),) ; car le mandat, la société ou le louage de service à vie ou à bail indéterminé prouvent que le droit de dénonciation unilatéral peut parfaitement se concilier avec l'obligation contractuelle.

(1) Reichsverfass., art. XVIII, 1.

obtenir leur congé du souverain de l'Etat particulier qui les a installés en leur emploi.

2^o Par contre, l'Etat ne possède pas, en règle générale, le droit de rompre, de sa seule initiative, le contrat de service. De nombreux motifs (1) d'ordre pratique s'y opposent. Au point de vue juridique, il n'est pas juste, de prétendre que l'Etat devrait être, à tout moment, en droit de congédier le fonctionnaire, par la raison que celui-ci peut à toute heure quitter le service. En effet, le contrat d'entrée en service donne naissance, pour l'Etat et pour le fonctionnaire, à des droits et à des devoirs absolument inégaux. En principe et pour l'essentiel, l'Etat n'a pas d'autre obligation que d'assurer le paiement du traitement. Le fonctionnaire au contraire sacrifie à son emploi toute sa personne et dans la plupart des cas lui consacre toute son activité. D'autre part, l'intérêt de l'Etat est sauvegardé par la prérogative qu'il possède de dénoncer le contrat de service par l'introduction d'une procédure disciplinaire. C'est pourquoi le § 2 de la loi sur les fonctionnaires de l'Empire stipule que les fonctionnaires de l'Empire sont considérés comme nommés à vie, dans la mesure où leur nomination ne comporte pas la réserve expresse de la révocation ou du dédit (2).

En vertu d'une règle empruntée à l'administration prussienne (3), cette réserve est faite à l'égard des employés subalternes dont le service n'exige aucune

(1) Il n'est pas besoin de les énumérer ici à nouveau ; la question a été résolue pour le droit de l'Empire. Autrefois, elle a été l'objet de discussions multiples. *Zachariä* (II, § 143), donne un aperçu des ouvrages où elle est traitée et des opinions soutenues. De même, plus succinctement, *Schulze*, *Preuss, Staatsr.* I, 349. Cf. *Welcker*, *Staatslexicon*, art. *Staatsdienst*, et *L. v. Stein*, *Verwaltungslehre* I, 1, p. 241, 246.

(2) Egalement en ce qui concerne les fonctionnaires des Etats particuliers, la présomption légale est en faveur de l'inamovibilité. Cf. *Pfeiffer*, *Praktische Ausführ.* V, 259, n^o 9 ; *Rehm*, loc. cit., p. 201.

(3) *Regierungsinstruction* du 23 octobre 1817, § 12. Cf. *Rönne*, *Preuss, Staatsr.* II, 1, 410 (§ 330, IV).

culture intellectuelle, mais est en grande partie purement mécanique (1). De plus, il est certaines catégories de fonctionnaires du département des affaires étrangères, de l'administration de la marine ou de la guerre, des Postes et Télégraphes et des chemins de fer de l'Empire, qui ne sont admis qu'à titre d'essai et peuvent être congédiés ou révoqués (2).

Le congé des employés qui n'ont été admis que sous réserve est prononcé par l'autorité même qui a procédé à l'admission, et par conséquent, en ce qui concerne les fonctionnaires médiats de l'Empire, par l'autorité de l'Etat particulier (3).

3° Le contrat de service est résilié de plein droit, du fait d'un verdict exécutoire, si le jugement condamne le fonctionnaire aux travaux forcés (4), s'il le prive de ses droits de citoyen et le rend inapte à remplir des fonctions publiques ou s'il le déclare déchu des fonctions publiques dont il était déjà revêtu (5).

Des stipulations plus sévères visent les juges du tribunal d'Empire et les membres de « *l'office fédéral pour le domicile de secours* ». Le contrat de service prend fin, en ce qui les concerne, quand une sentence judiciaire les condamne à la perte de leur emploi, ou s'ils sont condamnés, soit à une peine infamante, soit pour un crime ou un délit infamant, à une peine quelconque, soit enfin à une peine d'emprisonnement non infamante dont la durée excède un an (6). Dans le cas où l'une des circonstances énumérées n'apparaît

(1) Stenograph. Berichte des Reichstages (1872) I, p. 133, 134.

(2) Le chancelier de l'Empire a soumis au Reichstag en 1872 la liste de ces fonctionnaires (Drucksachen des Reichstages, n° 144. La loi interdit l'installation de juges révocables (Gerichtsverfassungsgesetz, § 6).

(3) Reichsgesetz, § 32.

(4) Reichsstrafgesetzbuch, § 31.

(5) Reichsstrafgesetzb. § 33, 35, 36, 358. Cf. 319.

(6) Reichsstrafgesetzb. § 81, 83, 84, 87-91, 94, 95.

pas d'une manière patente, on s'en remet à la décision du tribunal d'Empire ou de l'officier fédéral prise en assemblée plénière (1).

4^o Congé prononcé par mesure disciplinaire (2).

II. — Le contrat de service prend fin, sans préjudice du droit à la pension et au titre, quand le fonctionnaire est mis à la retraite par raison d'infirmité ou motif d'âge. Dans le cas d'incapacité de service ou d'âge avancé du fonctionnaire, l'intéressé et l'Etat sont également fondés à réclamer la mise à la retraite, et il faut en conséquence distinguer deux hypothèses.

1^o Mise à la retraite sur la demande du fonctionnaire.

a) Tout fonctionnaire de l'Empire à qui son traitement est versé par le Trésor de l'Empire est en droit de réclamer sa mise à la retraite, s'il devient, après dix années au moins de service effectif, incapable (3), pour une durée prolongée, de remplir les fonctions de sa charge, soit en raison d'une infirmité corporelle, soit de l'affaiblissement de ses facultés physiques ou intellectuelles et simplement s'il a atteint l'âge de soixante-cinq ans (4).

Les fonctionnaires admis sous réserve de congé sont en possession du même droit s'ils remplissent une fonction inscrite au budget. Si au contraire leur charge n'est pas officiellement rémunérée, ils n'ont aucun droit légal à être pensionnés, mais lors de leur mise

(1) Gerichtsverfassungsgesetz, § 128. Loi du 6 juin 1870, § 43.

(2) Reichsgesetz, § 75, n^o 2. Cf. ci-dessus, t. II, p. 190 et s.

(3) Reichsgesetz, § 34.

(4) Reichsgesetz du 22 avril 1886, art. I (Reichsgesetzblatt, p. 80).

à la retraite, une pension peut néanmoins leur être attribuée. (1)

b) Tout fonctionnaire de l'Empire est en droit d'exiger sa mise à la retraite même avant l'achèvement de sa dixième année de service, si l'incapacité de servir provient d'une maladie, d'une blessure ou autre infirmité contractée par le fonctionnaire dans le service ou à l'occasion du service, et sans qu'il y ait eu de sa faute (2).

En dehors de cette circonstance, le fonctionnaire devenu incapable de servir avant l'achèvement de sa dixième année de service n'a pas le droit strict de réclamer une pension (2), mais s'il est manifestement sans ressources, le Bundesrath peut lui accorder un secours, soit viager, soit temporaire (4).

c) Le chancelier de l'Empire, le secrétaire d'Etat de l'intérieur, le secrétaire d'Etat de la marine impériale et le secrétaire d'Etat aux affaires étrangères peuvent réclamer leur congé, même sans motif d'incapacité et ils sont en droit de prétendre à la pension fixée par la loi, pourvu qu'ils aient été pendant deux années au moins titulaires de leur emploi (5).

(1) Reichsgesetz, § 37.

(2) Reichsgesetz, § 36.

(3) A l'exception des membres du tribunal d'Empire. Gerichtsverfassungsgesetz, § 130, al .2.

(4) Reichsgesetz, § 39.

(5) Reichsgesetz, § 35. En outre, le secrétaire d'Etat et les sous-secrétaires du ministère d'Alsace-Lorraine (Loi du 4 juillet 1879, § 6) (Reichsgesetzbl. p. 166). Le minimum du montant de la pension est le quart du traitement fixe. Pour le reste, on se conforme aux prescriptions générales relatives aux pensions. Le sens de la prescription contenue au § 35 est discutable, à raison de l'obscurité de la rédaction. Cf. *Tudichum*, Annales 1876, p. 293 ; *G. Meyer*, Staatsr., § 152, note 6. *Piper*, p. 134 et sv. Il ne faut pas perdre de vue que le § 35 est une prescription spéciale, auprès de laquelle les règles générales sur les pensions conservent une valeur subsidiaire. En examinant la question de ce point de vue, on aboutit aux propositions suivantes : 1) Si l'un des fonctionnaires énumérés au §

d) Le fonctionnaire qui sollicite sa mise à la retraite pour motif d'invalidité doit fournir la preuve de la dite incapacité, et établir, dans la mesure où l'autorité l'exige, qu'elle a été contractée dans le service (§ 36). Mais il suffit, en règle générale, que l'autorité administrative immédiatement supérieure déclare qu'après un examen loyal, elle estime que le fonctionnaire n'est plus en état de remplir les devoirs de sa charge. Cette déclaration n'engage pourtant en rien l'autorité à qui il revient de décider la mise à la retraite ; celle-ci est libre d'exiger des preuves d'autre nature ou de transmettre, comme suf-

35 est demeuré titulaire de son emploi pendant une période, non de deux, mais de dix années, il a droit à la pension. 2) — En ce cas, le montant de la pension se calcule selon les règles générales, et le minimum stipulé par le § 35 n'est pas applicable. 3) — Si le fonctionnaire dont il s'agit n'est pas congédié, mais est mis en disponibilité (§ 25), il ne peut pas exiger l'application rétroactive du § 35, car elle est subordonnée à la condition d'un service actif dans l'un des emplois en question. Si, par exemple, la mise en congé provisoire est faite avant l'achèvement des deux années, la solde de disponibilité ne peut pas, après l'expiration du congé, être convertie en une pension se montant à 25 o/o du traitement d'activité ou à une somme supérieure, si les conditions légales de la pension (activité de service pendant dix années, invalidité ou soixante-cinq ans d'âge) ne sont pas réalisées. 4) — Si un fonctionnaire de cette catégorie est mis en disponibilité conformément au § 25, il doit être considéré comme ayant droit à réclamer son congé définitif. S'il est mis en congé provisoire, il ne touche, il est vrai, que la solde de disponibilité, mais la durée de ce congé entre dans le compte de ses années de service et ses droits à la retraite continuent de courir ; par contre, s'il exige sa mise à la retraite, le montant de sa pension ne peut plus s'élever. 5) — Le minimum stipulé au § 35 n'est attribué, selon les termes même de la loi, que si le retraité a revêtu pendant deux années au moins les fonctions de l'emploi qu'il quitte, et non pas s'il a administré l'une après l'autre plusieurs des charges énumérées au § 35 et dans la loi du 4 juillet 1879 (§ 6) relative à l'Alsace-Lorraine, de telle sorte que la somme de ses emplois constitue seule la durée de deux années. Mais cette clause est si rigoureuse et si injuste que, vraisemblablement, le législateur ne l'a pas conçue ainsi. Il y a au contraire place ici pour une « accessio temporis ». Voir la discussion du Reichstag sur le § 35 dans la séance du 10 juin 1879.

fisants, à qui de droit, les témoignages qu'elle a reçus (1).

e) Il n'y a lieu à aucune procédure judiciaire dans le cas où un fonctionnaire réclame la liquidation de sa pension de retraite. C'est à l'autorité impériale suprême qu'il appartient de décider, si et dans quelle mesure la requête est recevable, et, dans l'affirmative, quelle pension doit être allouée au fonctionnaire. Les fonctionnaires installés par l'Empereur ne peuvent être mis à la retraite sans l'agrément de l'Empereur (2). Si le fonctionnaire porte devant un tribunal les réclamations qu'il élève au sujet de sa pension, le juge est lié par la décision rendue par l'autorité administrative supérieure (3).

2° Mise à la retraite sur la demande du gouvernement impérial.

a) Le chancelier de l'Empire, les secrétaires d'Etat à l'intérieur, à la marine et aux affaires étrangères, ainsi que le secrétaire et les sous-secrétaires d'Etat du gouvernement d'Alsace-Lorraine peuvent, à tout moment, être congédiés sans motif d'invalidité. Ils ont droit à une pension, s'ils ont revêtu pendant deux années au moins la charge qui leur est retirée (4).

b) Tout fonctionnaire de l'Empire qui est arrivé au terme de sa soixante-cinquième année et qui ne fait pas valoir ses droits à la retraite peut y être contraint par le gouvernement impérial. Après avoir entendu le fonctionnaire intéressé, on observe la même procédure que le fonctionnaire lui-même avait solli-

(1) Reichsgesetz, § 53.

(2) Reichsgesetz, § 54. L'autorité impériale suprême peut s'en remettre à la décision de l'autorité d'un degré inférieur (Loi du 25 mai 1887. Reichsgesetzblatt, p. 194).

(3) Reichsgesetz, § 155. Cf. ci-dessus, p. 230, note 4.

(4) Reichsgesetz, § 35. Loi du 4 juillet 1879, § 6 (Alsace-Lorraine).

cité son congé (1). Cette mesure n'est pas applicable aux membres du Tribunal d'Empire (2).

c) Tout fonctionnaire de l'Empire peut être mis à la retraite contre sa volonté à partir du moment où il a acquis ses droits à la pension, si, pour motif de cécité, de surdité ou de toute autre infirmité, ou pour cause d'affaiblissement de ses facultés physiques ou intellectuelles, il est devenu, d'une manière durable, incapable de remplir ses devoirs professionnels (3). La volonté du gouvernement est signifiée au fonctionnaire, ou, le cas échéant, au tuteur commis à cet effet, par l'autorité administrative immédiatement supérieure, avec l'exposé des motifs et l'indication du montant de la pension. Si, dans un délai de six semaines, le fonctionnaire ne proteste pas contre cette mesure, l'on procède, pour la suite, comme s'il avait lui-même sollicité sa mise à la retraite. Il continue pourtant à percevoir le traitement intégral auquel il avait antérieurement droit, jusqu'à l'achèvement du trimestre qui suit le mois au cours duquel notification lui a été faite de sa mise à la retraite (4).

Si le fonctionnaire interjette appel, une procédure administrative est engagée à l'exclusion de tout recours devant les tribunaux (5). L'autorité administrative la plus élevée décide s'il y a lieu d'engager cette procédure et désigne le fonctionnaire à qui l'instruction de l'affaire sera confiée. Celui-ci a pour mission de discuter les points en litige et d'entendre les témoins et les experts. On nomme pour les débats un greffier assermenté. Le fonctionnaire qu'il s'agit de

(1) Loi d'Empire du 21 avril 1886, art. III (Reichsgesetsbl. p. 80).

(2) Ibid. art. VII.

(3) Reichsgesetz, § 61.

(4) Reichsgesetz, § 63.

(5) Reichsgesetz, § 155.

mettre à la retraite, ou son curateur, peut assister aux débats, et au terme de ceux-ci fournir sa déclaration et formuler ses conclusions. Les pièces sont remises sous scellés à l'autorité suprême de l'Empire, laquelle est libre d'ordonner un complément d'instruction (1).

A l'égard des fonctionnaires institués par l'Empereur, la décision est prise par l'Empereur d'accord avec le Bundesrath. A l'égard des autres fonctionnaires, la décision émane de l'autorité administrative la plus élevée ; le fonctionnaire peut interjeter appel de cette décision devant le Bundesrath (2), dans un délai de quatre semaines après la notification.

Le paiement du traitement intégral continue jusqu'à l'achèvement du trimestre qui suit le mois dans lequel la décision de l'Empereur ou de l'autorité administrative la plus élevée a été portée à la connaissance du fonctionnaire mis à la retraite (3).

Les frais des enquêtes inutiles occasionnées par la faute du fonctionnaire intéressé retombent à sa charge ; les autres frais n'entrent pas en ligne de compte (4).

d) Un fonctionnaire devenu incapable de servir peut, conformément aux mêmes prescriptions, être mis à la retraite malgré lui, avant le moment où il pourrait faire valoir des droits à la pension, et par conséquent avant l'achèvement de la dixième année d'emploi, à la condition qu'on lui accorde la pension qui lui reviendrait de droit s'il avait atteint la

(1) Reichsgesetz, § 64, 65, al. 1.

(2) Reichsgesetz, § 66. L'autorité administrative la plus élevée peut cependant, en dépit du droit de recours, interdire au fonctionnaire d'exercer plus longtemps son emploi, mais non diminuer son traitement.

(3) Reichsgesetz, § 67. Ainsi, on se règle, non pas sur la date de la décision, mais sur celle de la notification.

(4) Reichsgesetz, § 65, al. 2.

date prescrite. Mais il faut, pour cela, que l'administration impériale prenne un arrêt approuvé par le Bundesrath (1).

Si cette pension n'est pas accordée, le fonctionnaire ne peut être mis à la retraite contre sa volonté que dans les formes prescrites pour la procédure disciplinaire proprement dite (2).

e) Les prescriptions de la loi d'Empire sur les fonctionnaires relatives à la mise à la retraite d'office ne sont pas applicables aux fonctionnaires impériaux énumérés au § 158 de la dite loi. Elles ne peuvent pas non plus atteindre les fonctionnaires alsaciens-lorrains de l'ordre judiciaire, ni les professeurs de l'Université de Strasbourg. Les dispositions contenues dans les lois spéciales à cette catégorie de fonctionnaires sont appliquées en leur lieu et place (3).

§ 53. — *Influence de la fonction sur les autres situations juridiques*

La situation de fonctionnaire de l'Etat peut revêtir, à divers points de vue, une importance juri-

(1) Reichsgesetz, § 68, al. 2.

(2) Reichsgesetz, § 68, al. 1. La prescription contenue dans le dernier alinéa du § 75 ne rentre pas parmi les « formes » de la procédure disciplinaire ; elle n'est donc pas applicable au présent cas, comme l'avait donné à croire, par erreur, la première édition de cet ouvrage. Cf. *Thudichum* (*Hirth's Annalen* 1876, p. 307). Au contraire le § 39 de la loi sur les fonctionnaires s'impose.

(3) A l'égard des membres du tribunal d'Empire, le § 131 de la loi constitutive des tribunaux est applicable ; à l'égard des membres de « l'Office fédéral pour le domicile de secours, » la loi d'Empire du 6 juin 1870, § 43 ; à l'égard des membres de la Cour des comptes, la loi prussienne du 27 mars 1872, § 5 ; à l'égard des membres des tribunaux militaires et de la marine, la loi d'Empire du 1^{er} décembre 1898, § 3435. Cf.

dique, indépendamment de la convention d'entrée en fonctions et des droits et devoirs qu'elle crée, ou du moins sans qu'il y ait entre elles de lien nécessaire et logique. Il peut en effet y avoir, en ce qui concerne les fonctionnaires, des règles de droit, qui n'aient plus pour objet, mais seulement pour motif, les rapports juridiques réciproques du fonctionnaire et de l'Etat ; soit qu'elles excluent l'application aux fonctionnaires de principes généraux qui risqueraient de compromettre la pleine observation de leurs devoirs professionnels ; soit qu'elles établissent des principes spéciaux, pour l'application desquels la qualité de fonctionnaire est une condition, et qui envisagent des circonstances qui peuvent réellement se produire dans l'exercice de l'emploi dont il s'agit. Les principes particuliers en question ont trait, les uns à la situation des fonctionnaires à l'égard du pouvoir judiciaire, d'autres à la dispense de certaines charges civiles, d'autres enfin à des restrictions ou à des privilèges dont ils sont l'objet en matière de droit privé.

Pour ce qui est de la situation des fonctionnaires à l'égard du pouvoir judiciaire, on prévoit le cas où le fonctionnaire a son domicile professionnel à l'étranger et où il est nécessaire de prononcer la compétence d'un tribunal local. D'autre part, le fonctionnaire peut conserver, à l'intérieur du pays, un domicile professionnel (*domicilium necessarium*), avec cette réserve que celui-ci décide de sa situation

ci-dessus, § 43 ; à l'égard des fonctionnaires impériaux d'Alsace-Lorraine, on applique les dispositions de l'art. IV de la loi du 23 décembre 1873 (Bulletin des Lois pour l'Alsace-Lorraine, p. 480) ; à l'égard des professeurs de l'Université de Strasbourg, la loi du 18 juin 1890, § 2. (Bulletin des lois pour l'Alsace-Lorraine, p. 37).

judiciaire d'une façon générale, même si, en réalité, il habite dans le ressort d'un autre tribunal, et par exemple dans un lieu voisin de son domicile professionnel.

Quant aux dispenses des charges générales, elles ont trait à la situation privilégiée qui est faite au fonctionnaire, relativement à l'impôt, à l'obligation de se charger de tutelles, aux emplois municipaux, aux fonctions de juré.

En matière de droit privé, les règles spéciales aux fonctionnaires comportent des restrictions à la loi générale, dans le cas d'acte d'exécution et de saisie-arrêt sur le traitement, la résiliation des baux dans le cas d'un déplacement, la présence d'un officier ministériel pour l'apposition des scellés sur la succession, la nécessité de solliciter un consentement dans le cas de mariage, les privilèges du fisc en qualité de créancier dans le cas et en dehors du cas de faillite.

A tous ces égards, la loi d'Empire sur les fonctionnaires (§ 19) a posé en principe que, dans la mesure où aucune disposition législative de l'Empire n'y met obstacle, les fonctionnaires impériaux en activité et les fonctionnaires impériaux à la retraite doivent être jugés selon la procédure applicable, dans leur lieu de résidence, aux fonctionnaires en activité ou retraités de l'Etat particulier auquel ils appartiennent. Il s'en suit que la situation juridique des fonctionnaires de l'Empire varie selon les différentes circonscriptions juridiques de l'Allemagne, et que, par contre, dans chaque circonscription juridique en particulier, les fonctionnaires de l'Em-

pire et ceux de l'État particulier sont traités, en droit, selon les mêmes règles. Cette règle a perdu son importance depuis la promulgation du Code civil de l'Empire.

Quant à la situation juridique des fonctionnaires de l'Empire dont la résidence administrative se trouve à l'étranger, la loi d'Empire sur les fonctionnaires (§ 21) (1) a pris les dispositions suivantes :

Ces fonctionnaires conservent la situation juridique personnelle qu'ils avaient régulièrement dans leur lieu d'origine (2). A défaut d'une situation juridique ainsi établie, elle leur est conférée dans la capitale de leur pays d'origine (3). Si le fonctionnaire impérial n'a pas, sur le territoire de l'Empire, de pays d'origine, c'est-à-dire si la qualité de citoyen de l'Empire lui fait défaut, le tribunal de Berlin est déclaré compétent en ce qui le concerne. On excepte de ce dispositif les agents consulaires, qui sont sous la juridiction du tribunal de leur résidence. Si le domicile administratif du fonctionnaire impérial se trouve en un pays, où fonctionne la juridiction consulaire de l'Empire, il peut être soumis en même temps à cette

(1) Reproduite dans la Civilprozessordnung, § 15 ; Strafprozessordnung, § 11. Le domicile administratif ou la résidence du fonctionnaire ne se confond pas avec le domicile civil du Code civil, § 7 sq.

(2) Il s'en suit que le particulier, entré au service diplomatique de l'Empire et employé de suite à l'étranger, demeure, pendant tout le temps où il garde sa résidence administrative en dehors de l'Empire, le ressortissant du tribunal de l'État particulier de la compétence duquel il dépendait avant son entrée au service de l'Empire. Pour cette raison, il n'est pas soumis à la juridiction de Berlin.

(3) Cette clause peut entraîner des conséquences singulières. Un Saxon dont le domicile est fixé depuis longtemps à Hambourg ou à Stettin, est envoyé comme consul à l'étranger. Son pays d'origine étant la Saxe, il se trouvait placé, avant son départ, sous une autre juridiction que celle de son pays d'origine ; mais son départ pour l'étranger a pour effet de le retirer à la juridiction de Hambourg ou de Stettin pour le soumettre à celle de Dresde !

Juridiction, aux termes de la loi du 10 juillet 1879 (1).

A l'égard des fonctionnaires militaires, les prescriptions des lois locales ont été en partie abrogées, en partie maintenues expressément (par exemple aux § 45, 46 et 48) par les dispositions de la loi militaire impériale du 2 mai 1874 (§ 39 et suivants).

Pour ce qui est du permis de mariage, il est stipulé au § 40 de la loi sus visée que pour contracter mariage, les militaires doivent obtenir, en temps de paix, l'autorisation de leurs supérieurs. Le § 35 de la loi d'Empire du 6 février 1873, sur les mariages, confirme les prescriptions qui font dépendre d'une autorisation le mariage des militaires, des fonctionnaires des Etats particuliers et des étrangers. (De même dans le Code civil, § 1315). Il s'en suit qu'à l'égard des fonctionnaires civils de l'Empire, aucun consentement n'est requis.

On a vu plus haut tout ce qui a trait aux exemptions de saisie dont bénéficient les traitements, soldes et pensions des fonctionnaires. On a vu de même les dispositions spéciales relatives à l'audition des fonctionnaires comme témoins et comme experts, qui sont une conséquence de l'obligation qui leur est imposée de garder le secret professionnel. Afin de ne rien omettre, nous signalons que ceux des fonctionnaires de l'Empire, qui peuvent être mis à tout moment en retraite provisoire (voir ci-dessus p. 236) ne peuvent être appelés aux fonctions d'échevin ou de juré (2).

Les fonctionnaires de l'Empire ne peuvent être appelés à payer l'impôt sur le revenu que pour le profit de l'Etat dans lequel ils ont leur domicile ad-

(1) Reichsgesetz, § 22.

(2) Gerichtsverfassungsgesetz, § 34, 85, n° 2.

ministériel (1); ce principe est également applicable à leur traitement, à la pension de disponibilité et à la pension de retraite (2). On fait exception pourtant pour la propriété foncière et pour l'exercice d'une industrie, lesquels ne peuvent être frappés d'impôt que sur le territoire de l'État particulier, sur lequel se trouve la propriété ou sur lequel l'industrie est exercée (3). Quant à l'impôt communal, on stipule en particulier que, dans les communes qui perçoivent un impôt locatif, la valeur locative des appartements affectés à ses services ne peut être estimée supérieure à 15 0/0 du montant en espèces du traitement perçu par le fonctionnaire et que dans l'estimation du traitement, les frais de représentation ne doivent pas entrer en ligne de compte (4).

D'ailleurs, le fait que la situation juridique des fonctionnaires de l'Empire se trouve réglée, dans certains cas, par les lois des États particuliers, dérive aussi bien du caractère fédératif de l'Empire que le fait réciproque des dépendances multiples des fonctionnaires des États particuliers à l'égard des lois de l'Empire.

(1) Reichsgesetz du 13 mai 1870, § 2, n° 3 (Bundesgesetzblatt, p. 119).

(2) Seydel dans les Annales de Hirth, 1876, p. 179. G. Meyer, Verwaltungsrech. II, § 252. Pour les titulaires de pensions de disponibilité ou de retraite, c'est naturellement le domicile effectif qui est pris en considération puisqu'il ne peut plus être question de domicile administratif.

(3) Reichsgesetz du 13 mai 1870, § 3.

(4) Loi d'Empire du 31 mai 1881 (Reichsgesetzblatt, p. 99). Cette loi ne présente guère d'intérêt pratique que pour Berlin. Quant aux circonstances particulières qui l'ont provoquée, cf. les comptes rendus sténographiques 1881, p. 159-176 et 889 et suivantes.

CHAPITRE VI

LA LÉGISLATION DE L'EMPIRE (1)

§ 54. — *La notion de la loi et ses éléments.*

Le mot *loi*, dans le langage juridique a une double signification : il a un *sens matériel*, peut-on dire, et un *sens formel*. Au sens matériel, la loi veut dire *l'acte juridique qui établit une règle de droit*. La notion se compose donc de deux éléments, indiqués par les mots « acte » et « règle de droit ». La loi se sépare d'une part du *droit coutumier*, qui contient aussi des règles de droit, mais des règles dont la validité repose non pas sur un acte juridique, sur une manifestation de volonté, mais sur la conviction de la force juridiquement obligatoire d'un usage existant. Elle se sépare d'autre part de *l'acte individuel*, qui est bien aussi une manifestation de volonté, une disposition obligatoire, mais qui a pour contenu, non pas des règles de droit, mais des droits et des devoirs individuels.

(1) BIBLIOGRAPHIE. — Il faut citer parmi les plus récentes publications : *Gneist, Gesetz und Budget*, Berlin 1879 ; *Hänel, Studien II* (1880) p. 36 seq., 62 seq. ; *ibid.* (1888), p. 99 seq. (La loi au sens formel et au sens matériel.) Cf. vol. Appendice, chiffre VII ; v. *Martitz, Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht*, 1880 (dans la « *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, vol. XXXVI) ;

De la notion de la loi découlent les propositions suivantes :

1^o La loi, dans le premier sens (le sens matériel de ce mot), est, par définition, l'établissement d'une règle de droit; mais cela n'implique pas nécessairement que cela soit une règle générale applicable à un nombre indéterminé de cas semblables.

Sans doute, c'est le rôle naturel du droit d'établir des règles de ce genre applicables à tous les cas dans lesquels certains faits viennent à se répéter, et la loi étant une source du droit, contiendra ordinairement

G. Meyer, Der Begriff des Gesetzes etc., dans la *Grünhut's Zeitschrift*, vol. VIII, p. 1 seq. (1881); *Rob. Hermanson*, Om Lagstiftningen, Helsingfors 1881; *Rosin*, das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, Breslau 1882, (2^e édit. 1895), p. 1 seq.; *Gierke*, dans le « *Schmollers Jahrbuch* VII, p. 1174 seq. (1883); *Ad. Arndt*, das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, Berlin et Leipzig 1884; *Zorn*, dans les « *Hirths Annalen* » 1885, p. 301 seq., 1889, p. 344 seq.; *Seidler*, Budget und Budgetrecht, Vienne 1885, et à ce propos ma dissertation dans le « *Archiv für öffentl. Recht* », I, p. 172 seq. (1885); *V. Fricker*, Die Verpflichtung des Kaisers zur Verkündigung der Reichsgesetze, Leipziger Dekanatsprogramm 1885; *Seligmann*, Der Begriff des Gesetzes, Berlin 1886; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung Freiburg 1887; *Klaasesz*, Opmerkingen over het Wetsbegrip, Groningen 1888; *G. Meyer*, Antheil der Reichsorgane an der Reichsgesetzgebung, Iena 1889; *Prazak*, Archiv für öffentl. Recht, vol. II, p. 441 seq.; *Thon*, ibid., vol. V, p. 149 seq. *Dyhoff* dans les « *Hirth's Annalen* » 1889, p. 817 seq.; *Klöppel*, Gesetz und Obrigkeit Leipzig 1891; *G. Anshütz*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891. Cf. en outre *Zorn*, Staatsrecht I, 1 § 4 seq.; *Schulze*, Deutsches Staatsrecht I, p. 515 seq.; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 155 seq., *Gareis*, Allgem. Staatsrecht I, p. 116 seq.; *Binding*, Strafrecht I, p. 197 seq.; et aussi *Sarwey*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 et § 6 seq., et à ce sujet *Rosin* dans le « *Schmollers Jahrb.* », vol. IX, p. 1004 seq.; *Seydel*, Bayer. Staatsrecht, 2^e édit. II, p. 304 seq. (1896), *Otto Mayer*, Deutsch. Verwaltungsr. I, p. 67 sq. (1895), *Bornhak*, Allgem. Staatslehre, Berlin 1896, p. 158 sq.; *Frormann*, Archiv für öffentl. R., vol. XIV, p. 31 sq. (1899). *Anschütz*, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, Tübingen 1900.

conformément à cette nature du droit l'énoncé de principes d'un caractère général. Mais cette propriété naturelle de la loi n'est pas un caractère essentiel de la loi telle que nous l'avons définie. En effet, la notion de la loi n'exclut nullement la possibilité de l'existence d'une loi posant une règle de droit applicable à un fait unique ou destinée à régler juridiquement une relation juridique individuelle (1).

Assurément, la plupart des lois qui visent des cas isolés doivent être considérées comme de simples actes administratifs sous forme de lois (v. plus bas au § 64) ; néanmoins, on conçoit la possibilité, dans certaines circonstances particulières, de poser un principe ou un ensemble de principes de droit pour un fait qui peut ne se réaliser qu'une seule fois. Exemple : Un monarque est empêché par des circonstances spéciales de remplir ses devoirs et une loi règle son remplacement pour ce cas unique. De même, une loi, règle une vacance du trône en vue d'un cas particulier : ou bien encore, une loi déclare un certain prince, issu d'une union morganatique, légitime et habile à succéder au trône. Bien que ces lois ne s'appliquent qu'à un seul cas, elles contiennent des règles de droit ; car l'ordre de la succession au trône a la qualité du droit objectif.

(1) C'est un point très contesté. Les publications les plus récentes sur la question sont citées par *G. Meyer*, Staatsrecht, § 8, rem. 1 et *Seligmann*, p. 61 seq. La thèse juste est soutenue par *Jellinek*, p. 236 seq., qui fournit des arguments abondants. Cf. aussi *Seydel*, vol. II, p. 309 ; *Rosin*, Polizeiverordnung, p. 5 ; *Hermanson*, p. 75 seq. ; *Stobbe*, Deutsches Privatrecht I, § 18 ; *Dyroff*, p. 826 ; *Anschütz*, p. 23 seq. *Regelsberger*, Pandecten, § 30. *Gierke*, Deutsch. Privatrecht, § 16, note 1. On ne tient pas compte ici des écrivains qui rejettent la distinction des lois en lois matérielles et lois formelles (Cf. plus bas, § 56), c'est-à-dire qui supposent, sans discussion, l'existence d'un principe de droit partout où la forme de la loi est observée ; car il est hors de doute que la forme

J'en dirai autant d'une loi spéciale ordonnant, dans des circonstances particulières, de procéder une seule fois, à l'élection des membres du Reichstag ou du Landtag; car le droit électoral est un droit objectif, dût-il n'entrer en vigueur que pour constituer un seul parlement particulier.

Sans doute, les lois promulguées, en 1866, dans les Etats de la Confédération de l'Allemagne du Nord, pour régler les élections à l'Assemblée législative de la Confédération du Nord, ne visaient qu'un cas particulier; il n'en est pas moins vrai qu'elles impliquaient des règles de droit objectif.

Nous en dirons autant d'une loi telle que la loi fédérale du 21 juillet 1870 (Bundesgesetzbl., p. 498), prolongeant, une seule fois, pour des raisons particulières, par exemple, lorsqu'un pays est engagé dans une guerre sérieuse, la durée normale de la période du Reichstag ou d'un Landtag (1).

2^o La loi étant une *disposition* qui établit une règle de droit, il ne suffit pas de formuler seulement une règle de droit; il faut, en outre, déclarer que cette règle implique une obligation. La volonté qui se manifeste dans la loi n'est autre chose qu'un *ordre*, l'injonction de se soumettre au principe de droit que contient la loi. *Lex est quod populus jubet atque constituit* (Gaius, I, § 3).

de la loi peut trouver une application et est en effet fréquemment appliquée dans des actes publics qui ne concernent qu'un cas isolé.

(1) On peut citer d'autres exemples dans le domaine de la législation de l'Empire: ainsi la loi du 24 décembre 1874 (Reichsgesetzbl., p. 194) sur la manière de procéder d'après les projets des Codes de procédure civile et d'instruction criminelle, ainsi que les lois sur le contrôle de la comptabilité publique qui paraissent chaque année; la loi du 6 mars 1878 sur la forclusion des bons de caisses de prêts; la loi du 15 décembre 1890 sur l'annexion d'Heligoland à l'Empire Allemand; la loi du 28 février 1892 sur les thalers autrichiens; les lois qui fixent le jour où une loi doit entrer en vigueur.

Dans toute loi, il faut donc distinguer les deux éléments suivants : une maxime de droit contenue dans la loi, et la sanction jointe à cette maxime ; en d'autres termes, le contenu de la loi et le commandement qui s'y ajoute.

Ces deux éléments constitutifs de la notion de loi peuvent être si étroitement liés l'un à l'autre qu'il importe peu, au point de vue du droit public, de les distinguer l'un de l'autre.

Il appartient aussi bien à l'assemblée nationale souveraine qu'au monarque absolu de fixer la maxime de droit et de rendre la loi exécutoire. Mais il peut se faire aussi que la fixation du contenu de la loi soit soumise à d'autres règles et confiée à d'autres agents que l'émission de l'ordre d'obéir à la loi. Dès lors, il importe beaucoup, au point de vue théorique et au point de vue pratique, de distinguer l'une de l'autre ces deux opérations. Car il faudrait renoncer à comprendre l'idée scientifique du mécanisme de la législation, si l'on voulait voir dans la création d'une règle de droit l'essentiel de la loi.

Assurément, c'est l'affaire de l'État de créer le contenu de la loi et d'en trouver l'expression ; c'est même un des devoirs les plus importants de l'État ; trouver la maxime de droit qu'il s'agira de sanctionner est une partie de l'activité législative ; mais l'activité propre de l'État, l'exercice de la souveraineté se manifeste par la sanction de la loi, et non par la fixation du contenu de la loi ; l'État manifeste son autorité en donnant force de loi à un principe de droit.

Il n'est pas nécessaire que le législateur trouve lui-même le contenu de la loi ; ce principe peut lui être fourni intégralement par un traité international, par une commission chargée d'élaborer le texte de la loi ou qui en a pris spontanément l'initiative, par une décision d'une Assemblée quelconque, etc.

Le législateur peut emprunter la *pensée* juridique d'où sortira la loi, soit au droit coutumier, soit au droit d'un Etat étranger, soit encore à la science, etc. En revanche, l'ordre d'obéir à la loi émane nécessairement de l'Etat ; car c'est une manifestation du pouvoir souverain. Les maximes contenues dans les Pandectes furent des principes de droit dès l'instant où elles furent mises par écrit ; elles ne devinrent des *lois* romaines que par suite de la sanction que Justinien donna au *Corpus juris*. Dans l'ancienne Confédération germanique, l'Assemblée fédérale avait la faculté de formuler, par des résolutions, des maximes de droit, de faire ce que l'on appelait des lois fédérales, qui n'étaient point immédiatement exécutoires, mais que les différents Etats de la Confédération étaient chargés de rendre exécutoires.

La teneur de la loi concernant les lettres de change et du Code de Commerce n'a été fixée, lors de leur confection, par aucun organe d'un Etat allemand qui eût qualité pour le faire, aux termes de la Constitution ; mais ces lois ont reçu leur sanction des différents Etats qui les adoptèrent et les rendirent exécutoires. Lorsque ces lois prirent le nom de lois d'Empire, cette désignation nouvelle ne portait nullement sur le fond des lois en question, qui demeurait intact ; elle marquait seulement que la sanction impériale avait remplacé la sanction de chaque Etat particulier.

Des sanctions indépendantes les unes des autres érigeant en lois, dans plusieurs territoires, des principes de droit identiques, fondent, matériellement, un droit commun à ces territoires ; une sanction unique étendue à plusieurs territoires, établit, formellement, un droit commun à toutes ces régions. D'ailleurs, dans les limites de chaque Etat particu-

lier, le droit de fixer le contenu de la loi et le droit de sanction peuvent être attribués à des organes différents. C'est ce qui a lieu en particulier dans une monarchie constitutionnelle. Le monarque seul étant investi de la souveraineté une et indivisible, a qualité pour promulguer une loi, c'est-à-dire, pour intimer, au nom de l'État, l'ordre d'obéir à cette loi. Mais il n'a pas seul le droit de fixer le contenu de la loi ; les représentants du peuple sont chargés de cette opération de concert avec le gouvernement.

La teneur des maximes de droit qui doivent être érigées en lois est fixée, avant la promulgation de ces lois, conformément aux prescriptions du Droit constitutionnel ; le souverain n'y peut rien changer ; il n'a qu'un droit : rendre exécutoire, s'il le veut, le texte de loi en question (1).

Outre le corps législatif, les membres des Assemblées provinciales, des Conseils de cercles, des Conseils communaux ou d'autres organes peuvent prendre part à la confection de la loi, conformément à la Constitution, quant à la fixation du contenu de la loi (2).

(1) Naturellement l'ordre « *ita jus esto* » embrasse aussi le fond. *Jellinek*, p. 318. C'est un point qu'il serait oiseux de souligner, si l'on n'avait, à maintes reprises, mal interprété, défiguré l'opposition établie ici entre le *fond* de la loi et l'*ordre* de s'y soumettre. Le monarque n'a pas le droit d'apporter au texte adopté le moindre changement, ni de prendre une partie du projet pour en faire une loi. Voir à ce sujet et sur un cas juridique curieux, où l'on s'est écarté de cette règle, *Fr. Tezner* dans les « *Wiener Jurist. Blätter* » 1887, p. 62, 75 seq.

(2) La distinction entre le commandement de la loi et le contenu qu'elle renferme a pour adversaires *Seydel*, v. *Holtzendorff's Jahrb.* 1878, *Binding*, *Krit. Vierteljahrsschr.* N. F. II, p. 549 et *Gierke*, *Grünhüt's Zeitschr.* VI, p. 229 et *Schmoller's Jahrb.* VII, p. 1174 seq., « On ne peut pas séparer d'une façon formelle, dit *Gierke*, le commandement de la loi du principe de droit qu'elle pose, car ce qui en fait un commandement, c'est simplement la nature de son contenu en tant que

La souveraineté de l'État ne s'affirme pas par la détermination du contenu de la loi, mais par la sanction de la loi ; cet acte seul est un acte législatif

principe de droit ; il en est la conséquence pure et simple ; et, de même, le principe de droit contient, sans autre formalité, le commandement de s'y soumettre ; il n'est pas possible, en effet, d'admettre l'existence d'un droit, sans admettre en même temps l'obligation de l'observer. » Tout à fait dans le même sens : *Schulze, Deutsches Staatsrecht I, p. 527*. On joue ici sur la double signification du mot « principe de droit », qui s'applique à la fois à un principe du droit en vigueur et à une proposition juridique. Le projet de loi sous sa forme définitive et la loi ont un contenu absolument identique ; mais la même proposition n'a aucune autorité avant la sanction, tandis qu'elle a force de loi après la sanction ; donc ce n'est pas « simplement de la nature de son contenu en tant que principe de droit, que le commandement est la conséquence », mais il est nécessaire qu'autre chose intervienne, que l'on donne force de loi au principe de droit. Seulement, il ne faut pas se méprendre sur la distinction entre fixation du contenu de la loi et sanction, au point de séparer nettement et complètement ces deux opérations. Elles constituent les deux éléments nécessaires de l'œuvre législative. Une décision du Parlement sur un projet de loi diffère essentiellement d'une résolution d'un Congrès de Juristes, par exemple ; car elle a pour fin de faire incorporer la proposition adoptée dans l'ordre du droit positif et elle est une condition constitutionnelle de la sanction de cette proposition. Il est bien certain que le Parlement ne donne pas seulement son consentement à ce que le projet de loi ait telle et telle teneur, mais aussi à ce que la sanction du monarque puisse et doive le transformer en loi. — La distinction entre commandement contenu dans la loi et fixation du fond de la loi dans le sens dont il est question ici est admise par *Zorn, Staatsrecht I, p. 407 seq.* ; *Rosin, p. 151, note 13* ; *Gareis, Allgem. Staatsrecht, p. 60, 78* ; *Seligmann, p. 131 seq.* ; *Pröbst* dans « *Hirth's Annalen* », 1882, p. 287 ; *Jellinek, p. 314 seq.* ; et maintenant encore par *Seydel, Bayer. Staatsrecht II, p. 310 sq.*, et par les auteurs cités par *G. Meyer, Staatsrecht, § 157, note 4*. Du reste, il faut bien se garder de porter cette distinction sur un terrain où elle n'a rien à faire, à savoir l'importance de la législation comme source du droit, ses rapports avec la conscience du droit dans le peuple etc., comme le fait *Binding, Handbuch des Strafrechts I, § 40* et surtout *Gierke, Schmoller's Jahrbuch, passage cité*. *Wach, Handbuch des Civilprozesses I, § 20, note 3*, fait remarquer au contraire très justement « que cette distinction est conforme au droit public, capitale pour établir la genèse de la

au sens où il faut entendre ce mot si l'on se place au point de vue du droit public (1).

Le droit de sanction de l'Etat, considéré à ce point de vue, est tout aussi indivisible que le Pouvoir souverain dont il est une émanation et une manifestation, et, nommer l'individu investi du Pouvoir législatif, c'est désigner la personne revêtue du Pouvoir souverain.

La théorie de la séparation des pouvoirs repose principalement sur la négation de la distinction que je viens de développer (2). Le souverain d'un Etat constitutionnel n'ayant pas le droit de promulguer une loi qui n'aurait pas été acceptée par les représentants du peuple, et, d'autre part, une décision des représentants du peuple n'ayant force de loi qu'à la condition que le monarque lui accorde sa sanction, on fut amené à considérer, en principe, un acte législatif comme un accord intervenu entre le

loi, mais non pour déterminer l'essence juridique de la loi en tant que source du droit ». Cf. aussi les développements très profonds de *Hermanson*, *Om Lagstiftningen*, p. 53 seq. — *Fricker*, op. cit., p. 14 seq., reconnaît que le contenu de la loi peut être trouvé et formulé par un autre que le législateur ; mais il est d'avis que, « au point de vue du droit public », le législateur seul a qualité pour donner à ce fond une forme positive et que même, dans la monarchie constitutionnelle, le monarque seul crée « légalement » le contenu de la loi, tandis que les Chambres n'ont, même au point de vue du contenu de la loi, d'autre droit que celui de veto. Mais cette thèse me semble une fiction en contradiction formelle avec les faits et incompatible avec le droit d'initiative et d'amendement des Chambres.

(1) Cf. aussi v. *Linde*, *Archiv für civil. Praxis*, vol. XVI, p. 329, 330 et *Jellinek*, p. 315.

(2) Il n'est pas utile de faire ici la critique de cette théorie, qui détruit l'unité de l'Etat et n'est ni logique ni pratique ; les écrivains allemands qui s'occupent de politique et de droit public sont, en effet, presque unanimes depuis longtemps pour la rejeter. Cf. v. *Mohl*, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft* I, p. 280-282. J'excepte *Westerkamp*, *Ueber die Reichsverfassung*, p. 89 seq., qui récemment vient de se déclarer ardent partisan de cette théorie. Cf. plus bas, § 64.

souverain et le Landtag. Un acte de volonté émanant de l'Etat-individu se résolvait de la sorte, en un accord conclu entre deux parties contractantes (1).

D'une part, on considéra le vote de l'Assemblée sur le contenu de la loi comme une manifestation du pouvoir législatif et on nomma, pour cette raison, l'Assemblée des représentants du peuple le *Corps législatif*; d'autre part, on réduisit la sanction royale à une simple approbation des résolutions du Corps législatif. On subissait, dans cet ordre d'idées aussi, l'influence des formes et des termes particuliers au Droit anglais. En Angleterre, l'approbation d'une loi votée par le Parlement s'appelle *Royal assent* (2), la Constitution française de 1791 adopta cette expression et appela *Consentement royal* la sanction accordée par le roi; et les ouvrages français, traitant du droit public dans un Etat Constitutionnel, propagèrent cette manière de voir d'après laquelle la sanction d'une loi par le roi est un acte absolument semblable à l'acceptation de la loi par les Chambres, celle-ci étant regardée comme un acte de volonté ayant le même objet que la déclaration royale.

Cette manière de voir fut également adoptée en Allemagne (3).

(1) On sait que l'Etat, tel qu'il a existé au Moyen Age et surtout celui qui s'est élevé sur les ruines de la féodalité, avec représentation du pays, n'a développé que très imparfaitement le pouvoir législatif de l'Etat et qu'il l'a remplacé par un accord conventionnel sur l'application de certaines règles de droit. Des idées de ce genre ont persisté longtemps, même après que la conception à laquelle l'Etat moderne doit son organisation, c'est-à-dire l'idée de la personnalité de l'Etat, eut triomphé.

(2) Primitivement tous les bills du Parlement avaient en Angleterre la forme de pétitions adressées à la Couronne: c'est ce qui explique cette expression ainsi que la formule de sanction usitée en Angleterre « le roy le veut ». Cf. *May, Das englische Parlament und sein Verfahren* (traduit par *Oppenheim*), p. 378 seq.; *Cox, die Staatseinrichtungen Englands* (trad. par *Kühne*), p. 14, 42.

(3) Cf. *v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik II*, p. 476. Le plus

La plupart des juristes qui exposent le droit public allemand, même ceux qui rejettent la théorie de la séparation des pouvoirs et qui prennent ce que l'on nomme le principe monarchique pour point de départ de leurs développements, déclarent qu'une loi ne peut exister qu'à la condition qu'il y ait accord entre la volonté du roi et celle du Landtag; ces auteurs ne voient pas que l'acte de volonté par lequel le Landtag vote une loi porte sur tout autre chose que l'acte de volonté du souverain sanctionnant cette loi. L'usage s'établit et se généralisa d'attribuer au roi un droit appelé le *veto*, le veto absolu (1).

De la sorte, on interpréta le droit de sanction du roi dans un sens absolument faux; en effet, si ce droit du souverain était, proprement, le veto, ce ne serait plus, en réalité, le droit de promulguer une loi, mais seulement la faculté, attribuée au souverain, d'empêcher le législateur (le Landtag) d'exercer son droit (2). Si l'on ne songea pas à tirer des conséquences de cette conception fautive, c'est que ceux qui s'occupaient du droit public s'inspiraient, avant tout, de considérations politiques qui primaient, dans

net est *Grotefend*, Staatsrecht, § 621, p. 634 : « Les décisions du souverain et du Landtag, aussi bien que celles de chacune des deux chambres dont le Landtag se compose, ont une valeur absolument égale au point de vue de l'importance juridique. » *Bluntschli* dit encore textuellement dans la 5^e édition de son *Allgem. Staatsrecht* (1876), p. 32 : « la sanction du souverain équivaut au vote par les Chambres. »

(1) Cf. *Murhardt*, das Königl. Veto in der constit. Monarchie 1832; *Kläber*, Oeffentl. Recht, § 295, note a; *Zöpfl*, Grundsätze des Staatsrechts II, § 373, n° IV; v. *Rönne*, Preuss. Staatsrecht I, 1, § 46 (p. 175). *Weiss*, Staatsrecht, § 309, parle même d'un veto réciproque du gouvernement et des représentants; de même, *Westerkamp*, p. 95 seq., d'un veto réciproque du Reichstag et du Bundestath au point de vue des lois de l'Empire.

(2) Ce n'est pas le veto, mais le *placet* qui constitue la prérogative du roi. Cf. *Zachariä* II, p. 163 et *Bluntschli*, op. cit., p. 433.

leur esprit, le souci de l'enchaînement rigoureux des déductions juridiques.

L'influence de la doctrine régnante de la similitude du rôle attribué au roi et du rôle du Landtag dans la législation s'affirme dans la plus importante des Constitutions de l'Allemagne, la Constitution prussienne du 31 janvier 1851.

En effet, l'art. LXII de cette Constitution est conçu en ces termes : « Le roi et deux Chambres exercent *en commun* le pouvoir législatif. La validité des lois se fonde sur l'accord existant entre le roi et les deux Chambres. » Cette disposition attaquait l'indivisibilité de la souveraineté royale ; on chercha à la sauver en distinguant, en théorie, le droit (*jus*), de l'exercice du droit (*exercitium juris*). Le droit de faire des lois, disait-on, appartient au roi, mais le roi est assisté par le Landtag dans l'exercice de ce droit (1).

On ne pouvait, pourtant, se dissimuler que la sanction seule peut transformer en loi un projet de loi, et que le Landtag n'a aucune part à la sanction ni au point de vue du droit (*quoad jus*), ni au point de vue de l'exercice du droit (*quoad exercitium*) (2).

C'est à la Constitution prussienne qu'ont été empruntés les termes de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord et de la Constitution de l'Empire ; le § 1 de l'art. V de la Constitution de l'Empire a été calqué sur l'art. LXII de la Constitu-

(1) V. Rönne, Preuss. Staatsrecht I, 1, p. 172, déclare que le pouvoir législatif est une émanation du pouvoir de l'État et appartient par conséquent au roi, dépositaire du pouvoir indivisible de l'État. Mais un peu plus loin, p. 176, il est dit que le pouvoir législatif appartient *en commun au roi et aux deux chambres* et l'auteur va même jusqu'à en conclure qu'il n'est même pas possible de *déléguer* au roi l'exercice du pouvoir législatif.

(2) Cf. principalement Schulze, Preuss. Staatsrecht I, p. 159, II, p. 221, et v. Rönne, op. cit., I, 1, § 48 (p. 197, note 8).

tion prussienne. Il ne faudrait donc pas se contenter d'interpréter littéralement les termes de la disposition contenue dans cet article.

Pour bien comprendre l'art. V de la Constitution, il faut consulter l'histoire de l'époque qui a précédé la formation de la Confédération de l'Allemagne du Nord qui est, en même temps, l'histoire de la genèse de l'art. V de la Constitution.

Lorsque la Prusse proposa des réformes, le premier point, le point le plus important sur lequel portèrent ses propositions, fut l'unanimité exigée pour les résolutions de la Confédération : on parla de supprimer cette condition et de remplacer l'unanimité par l'assentiment de l'Assemblée nationale.

Le projet du 11 mai 1866 réclame, tout d'abord, « l'introduction, dans l'organisation de la Confédération, d'une Assemblée nationale et la convocation périodique de cette Assemblée. Dans certains domaines, désignés spécialement, de la législation future de la Confédération, l'unanimité des membres de la Confédération, requise jusqu'alors, serait remplacée par une résolution de l'Assemblée nationale ». La même pensée est formulée dans l'art. II du projet du 10 juin 1866 : « Le pouvoir législatif de la Confédération, y est-il dit, sera exercé, en commun, par le Bûndestag et par une "Assemblée nationale qui sera convoquée périodiquement. Pour que leurs résolutions aient force de loi, il faudra et il suffira que la majorité du Bûndestag soit d'accord avec la majorité de l'Assemblée. »

C'est sur cet article que s'appuie, dans sa teneur, le § 1 de l'art. V de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord et de la Constitution de l'Empire. On voit que cet article tendait à substituer, dans l'ancienne Confédération germanique ainsi que dans le Zollverein, au principe qui y avait dominé

jusqu'alors, de l'unanimité, le principe de résolutions prises à la majorité par le Bundesrath et par le Reichstag, et d'opérer, de la sorte, une révolution radicale dans l'organisation politique de l'Allemagne (1). Notons qu'en revanche cet article ne visait nullement à résoudre les problèmes de droit public que soulèvent les procédés suivis par la législation des Etats de la Confédération.

Dans sa teneur, l'art. V, aux termes duquel, pour qu'une loi d'Empire puisse entrer en vigueur, il est nécessaire et suffisant qu'il y ait accord entre la majorité du Bundesrath et celle du Reichstag, est en contradiction, non seulement avec la notion même de la législation, mais encore avec les dispositions des art. II et XVII de la Constitution de l'Empire. Sans doute, pour faire une loi, il faut qu'il y ait accord entre les majorités des deux Assemblées ; mais cela ne suffit point. S'il suffisait que cette condition fût remplie, il s'ensuivrait nécessairement qu'un projet de loi soumis par le Bundesrath au Reichstag aurait force de loi dès l'instant où la majorité du Reichstag l'aurait voté (2). La disposition en question de l'art. V vise uniquement la fixation de la teneur de la loi ; en effet, en ce qui concerne le contenu de la loi, il faut et il suffit que les majorités des deux Assemblées émettent des votes identiques. Mais cet accord préliminaire n'a d'autre effet que de fixer définitivement le teneur d'un projet de loi. Pour faire, de ce projet, une loi, il faut quelque chose de plus ; il faut la déclaration par laquelle la loi devient exécutoire, l'ordre de se soumettre à la loi, c'est-à-dire la sanction, la promulgation et la publication de la loi (3).

(1) Cf. Hänel, Studien II, p. 51.

(2) Cf. aussi Seydel, Commentar, p. 116, 117.

(3) Voir les développements dans le paragraphe suivant.

3° Une disposition, qui contient une règle de droit, n'étant une loi qu'à la condition d'avoir été *rendue obligatoire*, il est évident que celui-là seul a qualité pour sanctionner une loi, qui peut *imposer*, en vertu de son pouvoir coercitif, une maxime de droit (1). Veut-on savoir à qui ce pouvoir appartient, il faut, pour résoudre cette question, consulter les différentes Constitutions.

La maxime qui veut que le souverain, l'*autorité suprême*, détiennent, seuls, la puissance législative, ne se déduit pas de la *notion de la loi*; elle découle de la *notion de l'Etat*, telle qu'elle nous apparaît réalisée dans l'organisation d'un certain Etat. Une loi, au sens matériel, peut émaner d'une autorité subalterne à laquelle la Constitution ou une loi spéciale confèrent le pouvoir de légiférer (Voir sur cette question le § 58). L'idée de loi embrasse, d'ailleurs, tous les degrés de l'autonomie et toutes les applications qu'on en peut faire. Des règles de droit établies avec force obligatoire par les communes ou autres corps politiques ou par des seigneurs fonciers ou autres individus revêtus d'un pouvoir qui n'est pas le pouvoir souverain, peuvent, elles aussi, être des lois, au sens matériel du mot, dès que l'Etat en a délégué à ceux-ci le pouvoir.

C'est seulement lorsque l'Etat a assumé la charge de fixer et de déterminer le droit positif, sans admettre de collaborateur lorsqu'il a seul le droit d'établir valablement des règles de droit, que la définition de la loi comme établissant *obligatoirement* une règle de droit se confond avec la définition de la loi en tant que règle de droit établie *obligatoirement par l'Etat* (2).

(1) *Duranton*, Cours de droit français, I, ch. II, n° 29, donne cette définition très exacte de la loi : « une règle établie par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir. »

(2) Cf. v. *Gerber*, Grundzüge, § 45, note 1.

Toutes les fois que l'État se charge d'organiser lui-même le droit régulièrement, quoique d'une manière non exclusive, n'accordant aux communautés et individus subordonnés qu'une compétence restreinte pour établir des règles de droit, de sorte que la plupart des lois et les lois les plus importantes émanent de l'État, un usage constant attribue au mot *loi* le sens restreint de *loi d'État*. Au lieu de diviser les lois en lois d'État ou souveraines, et en lois autonomes, on s'habitue à opposer les dispositions autonomes aux lois proprement dites, comme si ces dispositions étaient le contraire de ce que sont les lois, alors qu'elles ne sont qu'une espèce particulière de lois. Cette expression si exacte alors fait naître l'idée que le souverain, seul, a qualité pour établir des lois, en d'autres termes que la souveraineté est la condition *sine qua non* de toute législation. Cette idée est fautive, encore qu'elle soit généralement admise. Il serait facile de le démontrer au moyen d'arguments tirés de l'histoire du droit et d'appuyer cette démonstration d'exemples pris dans l'organisation constitutionnelle de certains États, dans lesquels la faculté d'organiser le droit et, par suite, la faculté d'établir des lois ne sont point des prérogatives appartenant exclusivement au pouvoir souverain. En Allemagne même, l'ancien pouvoir impérial n'a jamais eu le monopole de l'organisation du droit. L'idée que nous combattons tire son autorité, toute récente, de la théorie générale du droit public qui fut celle du siècle dernier.

La Constitution actuelle de l'Empire allemand ignore aussi cette maxime qui déclare l'Empire seul compétent pour organiser le droit dans toutes ses parties : c'est la négation implicite de la compétence exclusive de l'Empire en matière de législation. Il est laissé aux États une grande partie des fonctions

qu'un Etat doit remplir et avec cela le pouvoir d'établir des règles de droit obligatoires, c'est-à-dire de faire des lois. Par conséquent, la Constitution elle-même fait la distinction des lois d'Empire et des lois d'Etat (1). Quand on aura renoncé à cette idée fausse, que le pouvoir souverain, seul, peut faire des lois, on refusera aussi de conclure de l'admission par la Constitution de l'Empire d'une législation des Etats particuliers à la souveraineté de ces Etats, ou à un partage de la souveraineté entre l'Empire et les Etats ; et l'on reconnaîtra, dans la législation des Etats, les caractères de ce que la science du droit appelle l'autonomie, et, dans la législation de l'Empire, les caractères de la législation souveraine.

Il existe, toutefois, à un certain point de vue qu'on ne doit pas négliger, une différence essentielle entre la législation des Etats et l'autonomie des communes. En effet, la législation est une manifestation de la puissance publique (*imperium*), du pouvoir coercitif (*vis cogendi*) ; or, le pouvoir coercitif est un attribut de l'Etat et non des Communes ; il s'ensuit que les Etats, seuls, ont le pouvoir de légiférer en vertu d'un droit qui leur est propre, tandis que les Communes et les autres corporations ne peuvent établir des règles de droit obligatoires, qu'en tant que l'Etat le leur permet, et qu'il accorde sa garantie à de telles dispositions. On voit donc que la législation de l'Empire et la législation des différents Etats ont un caractère commun qui les distingue, l'une et l'autre, des règlements et des dispositions émanant de toutes les communautés qui ne sont pas des Etats : elles sont fondées sur un droit de commandement propre, sur une puissance d'Etat (2).

(1) Constitutions de l'Empire, Art. II, XXXV.

(2) Cf. *supra*, t. I, p. 121 et 122 ; Jellinek, p. 259 ; Seydel, p. 310. Bien des écrivains, entre autres G. Meyer, § 155, note 8 critiquent l'expression

4° Toute loi étant un acte de volonté, doit être accompagnée d'une *déclaration*. Car une volonté qui ne se déclare point, c'est-à-dire qui ne se manifeste par aucun signe extérieur, n'existe pas, au point de vue du droit. La forme dans laquelle cette déclaration doit être faite ne saurait être déduite de la notion de loi ; elle est déterminée par un ensemble de dispositions positives. Mais il faut bien se garder de confondre entre elles et d'identifier la déclaration de la volonté manifestée par la loi et la publication de la loi. Sans doute, on peut choisir une forme de déclaration propre à faire connaître en même temps au public les termes de la loi ; c'est ce qui a lieu lorsqu'une loi est sanctionnée par un vote de l'assemblée nationale, et que le résultat de ce vote est proclamé au sein de l'assemblée elle-même. Mais, ordinairement, la publication d'une loi ne se confond point avec la déclaration de la volonté manifestée par cette loi. La forme de cette déclaration a pour objet, non pas de faire connaître à tout le monde la volonté législative, mais simplement de donner à cette volonté une expression authentique. De nos jours, on a recours, pour cela, au document écrit ; ainsi, la forme que revêt, partout, la déclaration de la loi, c'est le titre authentique. La question de savoir à qui incombent la charge et le devoir de rédiger ce document est une question de droit positif ; c'est également le droit positif qui détermine les conditions de validité de ce document ; dans la législation de l'Empire, ces deux questions ont été résolues par l'art. XVII de la Constitution de l'Empire. L'essentiel est que de ce document résulte

d'autonomie, employée pour désigner la législation des États de la Confédération ; ils la jugent contraire à l'usage de la langue ; nous voulons simplement indiquer par là qu'elle n'est pas souveraine, par opposition à la législation de l'Empire qui est souveraine.

d'une manière formellement incontestable le commandement du législateur et son contenu.

C'est ce document qui donne à la loi l'existence palpable, grâce à laquelle elle existe juridiquement. Dans une monarchie absolue, ce document ne contient que la déclaration de la volonté du souverain, que les règles de droit qu'il formule doivent être obéies ; la validité juridique d'une loi nouvelle n'y est subordonnée à aucune autre condition. S'il existe, dans cette monarchie, des prescriptions réglant les formes du document légal, ces prescriptions n'ont d'autre but que de faire constater dûment la volonté authentique et bien arrêtée du souverain, et d'entourer cette constatation de garanties suffisantes pour que la volonté du monarque ne puisse être dénaturée, pour que l'expression n'en puisse être falsifiée ou modifiée arbitrairement.

Mais lorsque la confection des lois ne dépend pas uniquement de la volonté du souverain, lorsqu'elle est soumise à d'autres conditions encore, la constatation de l'authenticité de la loi ne peut avoir lieu que si l'on a, préalablement, établi que ces conditions ont été remplies. Dans ce cas, la « déclaration » de la loi n'est pas seulement un acte authentiquant sa teneur ; c'est, en même temps, une constatation formelle ayant pour objet la question de savoir si les conditions préliminaires de la législation ont été remplies conformément aux prescriptions de la Constitution.

Dès lors, la « déclaration » de la loi a une très grande portée au point de vue du droit public ; car c'est un facteur de la législation qu'il ne faut confondre ni avec la sanction ni avec la publication de la loi. Tous les ouvrages de droit publiés en Allemagne négligent ce facteur de la législation ; ils n'en connaissent que deux, qui sont la sanction et la pu-

blication de la loi. Ils confondent, d'une part, la sanction de la loi avec l'opération qui la précède et qui consiste à fixer le contenu de la loi ; d'autre part, la publication de la loi avec la déclaration formelle qui la précède, et qui établit l'existence du commandement du législateur.

Le Droit allemand ancien avait réglé minutieusement la confection du document ayant pour objet d'établir la validité juridique d'une loi d'Empire nouvelle. On sait qu'à la fin d'une session de la Diète, toutes les lois faites au cours de cette session étaient recueillies dans un cahier dit *recez* (1). Le chancelier de l'Empire, assisté, à la fois, d'une délégation des Etats composée de membres de tous les collèges, et d'un ou deux commissaires de l'Empereur, était chargé de la rédaction du *recez*.

Ce document était rédigé sur parchemin, en deux exemplaires, dont l'un était destiné à la chancellerie de l'Empire, et l'autre au Conseil aulique. Ces deux

(1) La dernière loi *formelle* de l'Empire est par conséquent le *recez* de 1654. Pendant la diète permanente de Ratisbonne, il n'y eut plus à proprement parler de loi nouvelle. Toutes les ordonnances de l'Empire se composaient formellement de deux opérations distinctes : 1° la résolution unanime des trois collèges du Reichstag (Commune trium ou Reichsgutachten) qui était dressée par le prince Electeur de Mayence en qualité d'archi-chancelier de l'Empire et envoyée par ses soins à l'Empereur ; 2° la ratification impériale (Commissionsdekret ou Hofdekret). Cf. *Pütter*, « *Elementa juris publ. Germanici* » I, § 226, seq. où l'auteur donne en même temps des exemples ; *Hüberlin*, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* I, § 154, seq. (p. 515-526) ; *Gönnér*, *Deutsches Staatsrecht*, § 188, 189. Pour établir les formes de la législation de l'Empire d'Allemagne, il faut donc remonter à l'époque antérieure à 1654. La principale source est un document composé en 1582 et souvent imprimé : « *Ausführlicher Bericht, wie es auf Reichstagen pflegt gehalten zu werden* », principalement chap. XIII. (Il se trouve dans *Goldast*, *Reichshandel* P. XXII.) Cf. en outre *Liennäus*, « *Jus public.* » T. III, Lib. IX, cap. 1. n° 192 seq. ; *Pfessinger*, *Vitriar. illustr.*, Tom. IV, Lib. IV, cap. 1, n° 83, seq. et pour plus de détail *Moser*, *Deutsches Staatsrecht* Liv. I, page 253 seq. où se trouvent d'importants extraits des documents anciens.

actes étaient signés et scellés par l'Empereur et par les États : les règles relatives à la « subscriptio » et à l' « obsignatio » du Recez de la Diète formaient un chapitre assez important du Droit de l'Empire. Après entente préalable sur les termes du Recez, et dès que ce cahier était revêtu de toutes les signatures et muni de tous les sceaux, une session solennelle de la Diète était consacrée à un rapport fait par l'Empereur lui-même ou par son commissaire sur les délibérations de la Diète ; puis, l'Empereur faisait lire le Recez par son chancelier, et enfin il exhortait les États à se soumettre aux prescriptions qu'il renfermait. Les publicistes de l'ancien Empire appelèrent cet acte, tantôt la « publicatio », tantôt la « promulgatio » du Recez (1) ; le droit de procéder à cette opération était considéré comme une prérogative de l'Empereur. Par cela même qu'ils n'élevaient aucune objection, les États réunis déclaraient approuver les termes du Recez. Une copie authentique en était expédiée par la chancellerie de l'Empire à la Chambre impériale. L'acte de la « publication », tel que nous venons de le décrire, n'était pas ce que nous entendons par une publication : c'est-à-dire la *notification* des décisions de la Diète. L'Empereur et la Diète étant eux-mêmes les auteurs des décisions du Recez, il ne s'agissait pas de leur donner connaissance du contenu du Recez ; d'autre part, la séance par laquelle on clôturait une session de la Diète n'avait point pour effet de faire connaître le contenu de la loi d'Empire aux autorités de l'Empire et aux sujets de l'Empereur. La publication proprement dite des recez de la Diète était essentiellement l'af-

(1) *Arumäus*, De Comitibus cap. viii, n° 95 ; *Strube*, « Corp. jur. publ. » cap. xxiii, § 33 seq. ; *Pfessinger*, *op. cit.* n° 98-100 ; *Moser*, *op. cit.* Il s'y trouve p. 283-295 une description précise de toutes les phases de la « publication » du recez de 1654.

faire des Etats qui avaient mission d'y procéder dans les limites de leurs territoires respectifs (1). Voici donc quelle était la véritable signification de la « publication » solennelle des recez d'Empire : elle servait à établir et à authentifier solennellement l'existence et la teneur des lois d'Empire faites, d'un commun accord, par l'Empereur et par la Diète et sanctionnées par l'Empereur ; c'était la « *solemnis editio* » de la loi d'Empire (2).

L'Angleterre possède une institution analogue. Le droit attribué à la Couronne de sanctionner les « bills » adoptés par les deux Chambres n'est qu'un droit fictif, puisqu'une maxime de droit incontestée impose à la Couronne l'obligation de sanctionner les lois votées (3).

(1) Naturellement, on appelait aussi publication, mais ordinairement notification (*Insinuation*) ou intimation, la communication des lois de l'Empire faite par l'Empereur aux autorités de l'Empire, aux publicateurs des cercles (*Kreisausschreibeämter*) et aux Etats. La marche à suivre dans la publication était peu réglementée. *Moser, Deutsches Staatsrecht* Liv. L, p. 50 seq. ; voir aussi *Güterbock, Entstehungsgeschichte der Carolina* (1876), p. 199 seq.

(2) La même forme a passé dans le droit public hongrois et y a subsisté jusqu'à l'époque contemporaine. Quand l'accord entre le roi et les Etats au sujet de la teneur d'une loi était complet, la sanction était donnée sous forme de décret royal. Puis la loi était transcrite, munie du grand sceau royal, signée du roi, du chancelier hongrois et du rapporteur à la Diète de la chancellerie et enfin communiquée aux Etats solennellement. C'était la « *solemnis editio legis* ». Il faut la distinguer nettement de la publication, qui avait lieu ensuite sur des copies d'officielles dans les assemblées des Comités et des autres juridictions du pays. Cf. *Viroszil, das Staatsrecht des Königreichs Ungarn*, Pest 1865-66, Vol. III, p. 56 seq. L'article III de la loi de 1868 conservait encore cette promulgation et supprimait seulement le recez où sont recueillies toutes les lois d'une session. Ce n'est qu'en 1881 que l'article LXVI de la loi du 27 décembre (*argvr. Landesgesetzessammlung 1881, Ed. allemande, p. 801 seq.*) a aboli la forme traditionnelle de la « *publicatio legis* » solennelle au Reichstag et l'a remplacée par une simple annonce de la sanction donnée (§ 8 de la loi.) *Jellinek, p. 325, note 24.*

(3) Le dernier cas de rejet de la part de la Couronne d'un bill adopté

En revanche, la Couronne possède le droit, fort important, d'authentifier la loi. Voici quelle est la forme primitive de cette déclaration, selon les règles établies par la coutume : le roi, présent à une séance solennelle de la Chambre des Lords, appelle à la barre les représentants des Communes, fait lire par le clerk de la Couronne les articles des « bills », adoptés par le Parlement et déclare les approuver. En vertu du *statute* 33 Henri VIII (cap. 21), cette déclaration peut avoir lieu également par lettres patentes, revêtues de la signature autographe du roi, contresignées par le clerk de la Couronne et munies du grand sceau de l'Etat. Puis, les membres de la Chambre des Lords se réunissent en séance solennelle à laquelle sont convoqués également les représentants des Communes, et lecture est donnée au Parlement des Lettres patentes, in-extenso, et le Clerk du Parlement enregistre dans le Recueil des procès-verbaux des séances de la Chambre des Lords la clause renfermant l'approbation de la loi par le roi. Cet acte n'est pas, à proprement parler, la publication de la loi, en dépit de la fiction d'après laquelle tout acte accompli en séance publique du Parlement est connu du public ; la publication de la loi n'a lieu que plus tard, par la voie du document imprimé. La signification juridique de cet acte réside, plutôt, dans la déclaration formelle et authentique de la volonté législative émanant de l'Etat.

par le Parlement date de 1707. Et antérieurement, les cas de ce genre étaient extrêmement rares. On justifie cette obligation du roi d'un côté par le serment qu'il a prêté, d'un autre côté par l'institution de ministres responsables devant le Parlement, dont les conseils déterminent les actes de gouvernement du roi. Cf. *Cox Staatseinrichtungen Englands*, p. 43, seq.), *May, Das engl. Parlament*, p. 422 et surtout *Blackstone, Commentaries* I, chap. II (15^e édit. angl., Londres 1809, vol. I, p. 183, seq. ; traduction française de *Chompré* I, p. 350, seq.).

Cette déclaration ne peut avoir lieu que lorsque le roi et le ministre qui l'assiste de ses conseils se sont assurés que la loi a été régulièrement acceptée, d'un commun accord, par les deux Chambres et que toutes les dispositions, si nombreuses, du Droit anglais relatives à la forme de la confection des lois ont été strictement observées.

Si l'examen auquel procèdent le roi et son ministre aboutit à la découverte d'un vice de forme, le bill est renvoyé à la Chambre qui a commis l'irrégularité en question et qui est tenue de la corriger (1). On voit, maintenant, en quoi consiste, proprement, la promulgation de la loi par le roi. Elle n'a que l'apparence d'une sanction de la loi, ce n'est pas davantage la publication de la loi, mais plutôt une constatation authentique et solennelle établissant que la loi a été faite conformément aux prescriptions de la Constitution : c'est la « *solemnis editio legis* ».

Le Droit français a eu une influence plus considérable que le Droit anglais sur le Droit constitutionnel de l'Allemagne contemporaine ; il convient donc d'exposer ici, avec quelques détails, l'évolution du Droit français.

Avant la Révolution de 1789, la sanction et la promulgation de la loi étaient l'affaire du roi, la publication de la loi celle des Parlements. Conformément à l'ordonnance de 1667 (titre I, art. II), les lois et règlements promulgués par le roi étaient envoyés aux « Parlements souverains » qui devaient les enregistrer et les publier.

L'enregistrement n'avait point pour effet de faire connaître au public la teneur de la loi ; il consistait dans la transcription du texte de la loi dans les

(1) Voir pour les détails le copieux exposé de *May*, op. cit., p. 378 à 430, et en particulier p. 425 seq.

registres du Parlement; il servait à constater l'authenticité du document émanant du roi et la teneur de la loi contenue dans ce document; *Portalis* appelle avec raison l'enregistrement, la *vérification des lois* (1).

Après avoir été enregistrée, la loi était publiée, par ordre du Parlement, dans les différentes localités de son ressort: elle y était lue, affichée, etc.

La législation de 1789 conserva provisoirement l'enregistrement et la publication des lois par les Parlements; les lois du 20 octobre et du 5 novembre 1789 ne firent que supprimer les abus qui s'étaient glissés dans la pratique des Parlements, en ordonnant d'envoyer aux autorités chargées de les enregistrer et de les publier les décrets de l'Assemblée nationale, dès qu'ils auraient obtenu la sanction royale sans aucune modification, addition ou remarque; les mêmes lois déclaraient prévaricateurs et passibles des peines prévues pour le crime de forfaiture les Parlements et les autorités administratives qui n'auraient pas fait enregistrer les lois dans un délai de trois jours et qui ne les auraient pas publiées dans le délai d'une semaine à partir de la réception du texte de la loi. La déclaration formelle et authentique de la loi demeurait une attribution du roi; la loi du 9 novembre 1789 appelle cet acte la *promulgation de la loi*, en établissant une distinction absolue entre la promulgation et la *publication de la loi*.

Aussi longtemps que subsistèrent le Pouvoir royal et le droit, au moins apparent, du roi de sanctionner les lois, la promulgation se confondit, extérieurement, avec la sanction de la loi (2). Mais après l'abo-

(1) Second exposé des motifs du Titre préliminaire du Code civil, *Loché*, La Législation de la France, I. p. 569, seq.

(2) La promulgation comprend la constatation que l'Assemblée Nationale a voté la loi et que le roi l'a approuvée. La formule prescrite par

lition de la royauté, la promulgation de la loi, distincte, logiquement, de la sanction, cessa, de fait, d'être confondue avec elle, et, dès lors, la validité des lois reposa sur trois opérations absolument distinctes les unes des autres : la sanction, la promulgation et la publication de la loi.

Cette distinction se manifeste surtout dans la Constitution de l'an VIII.

D'après l'article XXXVII de cette Constitution les lois étaient sanctionnées (rendues exécutoires) par le Corps législatif. Mais dans un délai de dix jours, cette sanction pouvait être attaquée, pour inconstitutionnalité de la loi, par un recours au Sénat de la part du Tribunal ou du gouvernement : par suite, le décret de sanction n'avait force de loi que si, après l'expiration de ce délai de dix jours, le recours en question ne s'était pas produit. Par un arrêté du 28 nivôse de l'an VIII on avait pris la disposition suivante : dans le cabinet de travail des Consuls devait être placée une caisse renfermant les sceaux de la République et destinée à recevoir les décrets du Corps législatif que le secrétaire d'État était chargé d'y déposer.

Dix jours après que le Corps législatif avait rendu des décrets, le secrétaire d'État était chargé d'en remettre le texte au Premier Consul qui ordonnait l'apposition du sceau de l'État et qui en expédiait immédiatement au ministre de la justice le texte officiel signé, contresigné et muni du sceau de l'État (1).

la loi du 9 novembre 1789 est la suivante : « Louis, par la grâce de Dieu... L'Assemblée nationale a décrété et nous voulons et ordonnons ce qui suit... Mandons et ordonnons à tous les tribunaux, corps administratifs et municipalités que les présentes ils fassent transcrire sur leurs registres, lire, publier et afficher dans leurs ressorts et départements respectifs. »

(1) Voir Valette et Benat Saint-Marsy, *Traité de la confection des Lois*, Paris 1839, p. 205, 206.

C'est en cela que consistait la promulgation des lois qui était une prérogative du Premier Consul, tandis que la sanction appartenait au Corps législatif et que la publication des lois était l'affaire du ministre de la justice et des autorités.

Il est évident, juridiquement, que la validité de la loi n'était pas fondée sur la promulgation, mais bien sur la sanction. La promulgation était uniquement destinée à constater que la loi avait été rendue exécutoire conformément aux prescriptions de la Constitution et à donner au commandement du législateur une expression formelle et authentique (2). Dans son Discours du 23 frimaire an X (14 décembre 1801) n° 16 (*Loché* I, p. 466, sq.), *Portalis* appelle la promulgation la « *solemnis editio legis* » et, dans le style emphatique qui lui est propre, il complète cette définition par la phrase suivante : « La promulgation est une forme extérieure à la loi, comme la parole et l'écriture sont extérieures à la pensée. »

Les modifications apportées dans la suite à la Constitution française ont effacé le premier sens du mot « promulgation ». Déjà l'article I du Code civil attribue à la promulgation un effet qui ne lui appartient pas, mais appartient à la sanction, disant que les lois sont exécutoires en vertu de la promulgation. C'est en vain que, lors des délibérations du Corps législatif, on démontra que cette disposition était en contradiction avec la nature même de la promulgation (1).

(1) Un avis du Conseil d'Etat du 5 pluviôse an VIII (26 janvier 1800) expose que la promulgation des lois appartient non au pouvoir législatif, mais au pouvoir exécutif et il ajoute : « Il faut bien se garder de confondre cette promulgation avec la sanction, que le Roi constitutionnel avait en 1791 ou avec l'acceptation que le Conseil des Anciens avait par la Constitution de l'an III. Cette sanction et cette acceptation étaient parties nécessaires de la formation de la loi et ne ressemblaient en rien à sa promulgation. » *Loché*, op. cit. I, p. 623, seq.

(2) Le député M. Andrieux fit valoir l'argument suivant dans la

Comme le Pouvoir législatif devait être attribué, en réalité, au chef du gouvernement, mais que, d'après la Constitution, la sanction des lois était l'affaire du Corps législatif et la promulgation seule, l'affaire du Premier Consul, on inscrivit en tête du Code cette phrase, que les lois sont exécutoires en vertu de la promulgation. Les orateurs du gouvernement, *Portalis* et *Boulay*, s'appliquèrent à en obscurcir le sens (1).

Après la Restauration, on confond de nouveau la promulgation avec la sanction, comme on l'avait fait en 1789.

L'article XXII de la charte de 1811 et l'article XVIII de la charte de 1830 renferment, l'un et l'autre, cette disposition : « Le Roi seul sanctionne et promulgue les lois. » Or, la promulgation ne suppose pas seulement la déclaration authentique de la sanction, mais aussi la constatation formelle que les conditions sans lesquelles la sanction ne peut avoir lieu ont été remplies, c'est-à-dire que la loi a été adoptée par les Chambres (2). En revanche, l'ordonnance du 27 novembre 1816 attribue au mot « promulgation » un sens tout différent, car l'article I

séance du Corps Législatif du 23 Frimaire de l'an X (14 décembre 1801) : « La promulgation n'est en aucune manière un acte législatif ; elle n'a pour objet que de certifier la loi et déclarer qu'elle n'a point été attaquée pour cause d'inconstitutionnalité. » (*Loché* I, p. 438). L'orateur du Tribunat Favard caractérisait l'essence de la promulgation en disant : « La promulgation n'est autre chose que le cachet du gouvernement qui atteste que la loi qui est présentée aux citoyens a reçu tous les caractères qui la constituent loi, et n'a point été dénoncée au Sénat Conservateur pour cause d'inconstitutionnalité. » (*Loché* I, p. 534.)

(1) Voir *Loché* I, p. 516.

(2) Le règlement du 13 août 1814, Titre 4, art. III, porte que le roi donne la sanction « en faisant inscrire sur la minute, que la dite loi discutée, délibérée et adoptée par les deux Chambres, sera publiée et enregistrée pour être exécutée comme loi de l'Etat. » Voir la disposition correspondante de la loi du 9 novembre 1789 plus haut, page 285, note 1.

de cette ordonnance est conçu en ces termes : « A l'avenir la promulgation des lois et de nos ordonnances résultera de leur insertion au Bulletin officiel. » Or, l'insertion de la loi dans le Bulletin des Lois constitue la publication, et non la promulgation de la loi.

Aujourd'hui, le Droit constitutionnel français sépare de nouveau la sanction de la promulgation ; d'après la Constitution de 1875, les lois sont sanctionnées par les Chambres, le Président de la République n'a ni le droit de sanction ni le droit de veto ; en revanche, il a le droit de promulguer et de publier les lois (1).

Malgré ces variations de la législation quant au sens à donner au mot « promulgation » (2), presque tous les ouvrages de Droit français établissent une distinction entre la promulgation et la sanction d'une part, et entre la promulgation et la publication d'autre part, et voient le caractère propre de la promulgation dans la confirmation authentique de la loi (3).

En France, la promulgation de la loi n'est pas,

(1) Cf. *Bard et Robiquet*, La Constitution française de 1875 (Paris 1876), p. 337 seq., 344. Loi du 18 juillet 1875, art. VII ; Décret du 6 avril 1876.

(2) On trouvera de grands détails à ce sujet dans *Merlin*, Répertoire de jurisprudence, Art. « Loi » § 4, T. XVIII, p. 387, seq. Cf. aussi *Dupin*, Lois sur lois, Paris 1817, I, p. 75, seq.

(3) Cf. *Dalloz*, Jurisprudence générale. T. XXX, Art. « Lois » n° 122, 125. « La promulgation est l'acte par lequel le chef de l'Etat atteste l'existence de la loi, et la publication est le mode employé pour faire parvenir la loi à la connaissance des citoyens. » De même, *Ph. Valette et Bénat Saint-Marsy*, Traité de la confection des Lois (1839), p. 211 ; *Batbie*, Traité de droit public III, p. 439 (Paris 1862) ; *Ducrocq*, Cours de droit administratif 7^e édit. I, n° 19 et 20 ; *A. Valette*, Cours de Code Civil, Paris 1872 I, p. 19. Même idée chez *Laferrière*, Cours de droit public et administratif (5^e éd., Paris 1860) I, p. 114 : « La promulgation est l'édition solennelle de la loi, le moyen de constater son existence et de lier le peuple à son observation. »

comme dans l'ancien Empire d'Allemagne et comme en Angleterre, un acte solennel accompli devant la Diète ou le Parlement; c'est uniquement la signature d'un document. La promulgation étant donc un acte ignoré du public, au moment où il a lieu, il est nécessaire de publier officiellement le texte de la loi, afin que le public sache qu'elle a été promulguée. La publication de la loi est la conséquence immédiate et nécessaire de sa promulgation; celle-ci implique donc l'ordre de publier la loi. Déjà, dans l'ancienne législation française, la promulgation de la loi contenait cet ordre adressé aux Parlements; on le trouve également dans la formule de promulgation de la loi du 9 novembre 1789; la Constitution du 5 fructidor de l'an III qui attribuait au Directoire la promulgation des lois prescrivait également, à l'article 120, une formule de promulgation qui contenait l'ordre de publier la loi (1); il en est de même du règlement du 13 août 1814. C'est pourquoi l'on a souvent prétendu que la promulgation avait, proprement, pour objet, non pas la publication même de la loi, mais l'ordre de la publier, cet ordre étant, en quelque sorte, la conséquence immédiate et pratique de la promulgation (2).

Ces conceptions juridiques se sont introduites, avec la théorie française du Droit constitutionnel, dans le Droit public des divers États de l'Allemagne. Mais les États de l'Allemagne ayant tous une consti-

(1) Il y est dit : « Le Directoire ordonne que la loi ou l'acte législatif ci-dessus sera publié, exécuté », etc.

(2) Voir par exemple *Duranton*, Cours de droit français I, chap. II, n° 44, seq.; *Berriat Saint-Prix*, Théorie du droit constit. français, p. 502 seq.; *Aubry et Rau*, Cours de droit civil français (4^e éd.) I, § 26, p. 48, seq.; *Laurent*, Principes du droit civil (Bruxelles 1869) I, p. 57, seq. La connexion entre promulgation et ordre de publication est indiquée par *Demante*, Cours analytique de Code Civil (1849) I, p. 33.

tution monarchique, il n'y avait point de raison pratique de faire une distinction entre la sanction et la promulgation de la loi. Il était sous-entendu que la sanction était donnée par un document signé de la main du Souverain, muni du sceau de l'État, et contresigné par qui de droit; et il était sous-entendu également que ce document devait s'appuyer sur l'assentiment des États et qu'il devait le mentionner expressément. Dans tous les États de l'Allemagne, il s'est établi, à cet égard, une pratique uniforme et qui comporte même un libellé presque identique de la formule de sanction (1).

On ne voyait, dans la promulgation du Droit français, autre chose que la publication de la loi, ou, tout au plus, l'ordre de la publier (2).

On ne remarquait pas (3) qu'il y avait, entre la sanction et la publication de la loi, un troisième facteur de la confection de la loi : la déclaration solen-

(1) Cf. *Zachariä*, Deutsches Staatsrecht, II, § 161 (p. 176).

(2) Le mot promulgation est employé dans les ouvrages de droit allemands dans des sens très divers. L'immense majorité des écrivains l'emploient comme synonyme de publication. Il en est de même dans un grand nombre de chartes constitutionnelles. Cf. *Zöpfl*, Staatsrecht II, § 373, note 1. Mais parfois, on désigne par là l'opération qui donne naissance à une loi, qui la crée conformément à la constitution. Cf. par exemple, *v. Rönne*, Preuss. Staatsrecht I, 1, p. 199, note 2; *Schulze*, Preuss. Staatsrecht II, p. 223; *Grotfend*, p. 534, note 1; *v. Hehl*, System des Verfassungsrechts II, p. 93. D'autres encore entendent par là « l'ordre de se soumettre à la loi », par exemple, *Jordan*, Versuche über Staatsrecht, p. 538 seq.; *Linde* dans le « civil. Archiv » vol. XVI, p. 331; *Weiss*, System des Staatsrechts, p. 658. Quelques-uns emploient promulgation comme synonyme de sanction; par exemple, *Puchta*, Vorlesungen, § 14; *Reyscher*, Württemb. Privatrecht I, § 67, p. 107.

(3) *V. Wächter*, Württemb. Privatrecht II, 1, p. 24, déclare que l'usage de la langue l'autorise à prendre promulgation comme synonyme de publication, mais il fait observer que le droit français établit entre la promulgation et la publication une différence dont « la portée n'est pas absolument vaine ». Voir aussi *Pfaff* et *Hofmann*, Commentar zum österr. bürgerl. Gesetzbuch I, p. 135, note 44.

nelle et authentique de la volonté législative de l'État, et l'on ne s'occupait pas non plus des effets juridiques fort importants de cet acte, dont il sera question aux prochains paragraphes.

La théorie du Droit constitutionnel s'opposait elle-même à une juste conception de l'acte législatif, parce que, d'après elle, la loi tirait son caractère impératif d'un *accord* existant entre le Landtag, et la Couronne, et non d'une déclaration unique de la volonté de la Puissance publique une et indivisible, l'accord en question n'étant que la condition préalable de cette déclaration, condition imposée par la Constitution (1).

Ces propositions juridiques qui sont propres au Droit public des États particuliers ne sont pas applicables, telles quelles, à la Constitution de l'Empire, parce que l'Empire allemand n'est pas une monar-

(1) La distinction entre promulgation et publication a été attaquée par *G. Meyer* dans les « *Hirth's Annalen* » 1878, p. 372 seq., et *Staatsrecht*, § 158, note 8; *Seydel*, v. *Holtzendorff's Jahrb.* II, p. 424 et *Bayer. Staatsr.* II, pag. 311, note 15 (*Dyroff*, p. 852, se range à son avis); *Binding*, *Krit. Vierteljahrsschr.* N. F. II, p. 550 et *Handb. des Strafrechts* I, p. 198 et *Gierke*, *Grünhut's Zeitschr.* VI, p. 230 (*Schulze*, *Deutsches Staatsrecht* I, p. 527, admet sa thèse). D'après ces écrivains, la promulgation est « une partie intégrante de la publication »; mais elle est un acte qui échappe tout à fait à l'observation du public; elle tend non pas à porter la loi à la connaissance de tous, mais à fixer par un document le décret et sa teneur. Si l'expédition d'un jugement ou d'un acte notarié n'est pas un élément de sa publication, il faut dire la même chose quand il s'agit d'une loi. La promulgation, c'est la confection d'un document authentique et original, qui contient la teneur de la loi. C'est tout à fait autre chose que la publication. On ne peut pas non plus admettre avec *Gierke* (et *Seydel* de même) que derrière la promulgation il se cache une « partie de sanction » (!); mais la sanction et la promulgation peuvent se faire *uno actu* et par suite coïncider réellement. La thèse que j'ai développée est admise par *Zorn* I, p. 416 seq.; *Garcis*, p. 175; *Mejer*, *Einl.*, p. 297; *Hensel*, *Hirth's Annalen* 1882, p. 25; *Hänel*, *Studien* II, p. 51 et par d'autres; on trouvera de copieux développements dans *Jellinek*, p. 321 seq.

chie. La sanction ne se confond plus avec la promulgation des lois ; on ne doit pas non plus confondre la promulgation avec la publication. La promulgation des lois et l'ordre de les publier constituent, au contraire, un acte particulier, intermédiaire entre la sanction des lois et leur publication par le Bulletin des lois de l'Empire, acte que l'article XVII de la Constitution de l'Empire charge l'Empereur d'accomplir.

5° Enfin, la nécessité de publier la loi peut être déduite de la définition même de la loi que nous avons donnée au commencement de ce chapitre. Toute loi étant un ordre qui s'adresse à quelqu'un, il s'ensuit qu'il faut mettre l'intéressé à même d'avoir connaissance de cet ordre. Mais la loi ne s'adresse pas à quelques individus isolés ; elle contient une règle de droit, elle règle l'état du Droit en général ; elle a droit au respect et à la soumission de tous les individus qui vivent sous ce régime juridique ou qui ont mission d'appliquer ce régime et de le maintenir. Il suit de là que la loi ne doit pas être communiquée aux seuls fonctionnaires et aux agents chargés de l'exécuter ; il faut, en outre, qu'elle soit connue de tout le monde. C'est ce qui forme une différence entre les lois et les simples règlements administratifs, différence qui résulte de leur nature même. Voir plus bas, au § 65.

Mais on ne peut pas dire que toute proclamation de la loi en soit la publication proprement dite au point de vue du droit public.

La publication de la loi est une manifestation de la volonté du législateur ; elle ne peut donc être faite que par le législateur lui-même ou par quelqu'un qu'il désigne à cet effet. C'est pour cela que l'on ne peut assimiler à la publication d'une loi la reproduction du texte de cette loi dans les comptes-rendus

des séances du Parlement, dans les journaux, dans des ouvrages scientifiques, etc., bien que cette reproduction contribue précisément le plus à propager la connaissance de la loi. La publication de la loi, également, est un acte d'autorité, un élément de la confection de la loi. La publication de la loi ne peut donc avoir d'effet juridique qu'à la condition d'être faite par celui que la Constitution charge de ce soin.

Une autre règle est étroitement liée à la précédente : elle a rapport au mode de publication de la loi ; celle-ci doit être faite de manière à garantir la parfaite exactitude du texte de la loi qui a été publié ; elle doit prouver que ce texte a, réellement, force de loi. Cette garantie doit avoir un caractère juridique ; c'est-à-dire qu'il ne suffit point que le texte de la loi ait été imprimé correctement, ou qu'il n'y ait pas lieu d'élever des doutes à l'égard de l'exactitude du texte reproduit ; il faut encore qu'il existe une responsabilité pour la publication de ce texte. Cette règle se confond avec celle qui veut que la publication soit faite par celui-là seul qui y est autorisé, en ce sens que la publication doit être un acte officiel qui ne peut avoir de valeur juridique qu'à la condition d'être accompli par une autorité compétente et dont il faut que cette autorité soit responsable, comme de tous les actes de sa gestion.

§ 55. — *De la confection de la loi suivant la Constitution de l'Empire.*

Il résulte des développements contenus dans le paragraphe précédent qu'une loi n'est valable que si elle satisfait aux conditions suivantes : fixation du contenu de la loi ; sanction ; promulgation et publication. Nous allons examiner maintenant les prescrip-

tions que la Constitution de l'Empire a établies pour ces différentes étapes par lesquelles doivent nécessairement passer les lois de l'Empire.

I. — Fixation du contenu de la loi.

1^o D'après le 1^{er} paragraphe de l'art. V de la Constitution de l'Empire, il faut et il suffit, pour qu'une résolution ait force de loi, qu'elle soit adoptée par la majorité du Bundesrath et du Reichstag.

Cet article confère donc au Bundesrath et au Reichstag des droits absolument égaux. L'activité du Bundesrath ne se distingue en aucun point de celle du Reichstag pour ce qui concerne la fixation du contenu de la loi (1). Ni l'un ni l'autre de ces corps n'a ses pouvoirs limités à un droit de veto, aucun

(1) Une opinion contraire a été développée par *Fricker*, op. cit., p. 31 seq. Même au point de vue du contenu de la loi, il n'accorde au Reichstag qu'un droit de veto (V. plus haut, p. 268, note.); au contraire, le Bundesrath aurait seul la mission positive de créer le contenu de la loi. Cette conception, qui, jusqu'ici, n'a pas trouvé d'autre défenseur dans la littérature spéciale, ne me semble pas justifiée par les prescriptions de la Constitution de l'Empire. D'autre part, *G. Meyer*, *Antheil*, etc., p. 55, soutient que la résolution qu'a prise le Bundesrath, de présenter un projet de loi au Reichstag pour qu'il le discute conformément à la Constitution, n'est pas le moins du monde un vote du Bundesrath sur le projet lui-même, mais seulement sur la question de savoir s'il y a lieu de demander à ce propos l'assentiment du Reichstag, par conséquent « sur la marche à suivre. » Il s'appuie sur l'analogie du monarque constitutionnel qui conférerait à son ministère le pouvoir de présenter un projet de loi au Landtag. Mais, abstraction faite des objections que soulève cette analogie, la thèse de *Meyer* est démentie par les débats même du Bundesrath; il est de règle de discuter à fond le contenu et le libellé du projet. D'ailleurs, pour que le Bundesrath invite le Reichstag à donner son assentiment au projet présenté, cela suppose que le Bundesrath est d'accord avec lui pour le fond et non pas seulement qu'il désire voir le projet discuté au Reichstag. Et de même, s'il s'agit d'un projet émanant de l'initiative du Reichstag, la résolution du Reichstag n'est pas non plus une simple invitation au Bundesrath, à la

n'est contraint d'adopter ou de rejeter en bloc une proposition de loi; il n'est pas davantage question de la fixation du rang d'après lequel la délibération de l'un devrait précéder celle de l'autre. Chacune des deux Chambres possède donc le droit d'« initiative ». Cette initiative Assemblée, dans l'une et l'autre, ne peut résulter que d'une proposition que présente un membre de cette même Chambre. Au Bundesrath, l'alinéa 2 de l'article VII de la Constitution de l'Empire confère « à tout membre du Bundesrath le droit de faire des propositions et d'en exposer les motifs, et le président est tenu de les mettre en discussion (1) ». Au Reichstag, les propositions émanant de membres du Reichstag doivent être signées de quinze membres au moins; les amendements qui sont présentés avant ou pendant la deuxième lecture, ne sont soumis à aucune condition de ce genre; à la troisième lecture, ils doivent être soutenus par trente membres (2).

suite de laquelle il voudrait bien s'occuper du projet; non, elle renferme l'assentiment du Reichstag même au projet. Rien dans la Constitution ne permet d'établir une différence aussi radicale entre les résolutions du Bundesrath et celles du Reichstag.

(1) Règlement du Bundesrath, § 8. Les propositions présidentielles sont, par rapport au Bundesrath, des propositions prussiennes. V. plus haut, § 28. Quo ces projets aient été élaborés dans les bureaux de l'Empire ou dans un ministère prussien, cela importe peu au point de vue du droit public de l'Empire, attendu que la préparation des lois de l'Empire jusqu'au dépôt sur le bureau du Bundesrath n'est soumise à aucune règle; ces projets peuvent être élaborés et proposés même par des particuliers, des corporations, etc. Par contre, le Ministère prussien est responsable de toutes les propositions prussiennes au Bundesrath, par conséquent même de celles qui sont présentées avec l'autorisation de l'Empereur. Si l'on accordait à l'Empereur, en tant qu'Empereur, en tant qu'organe de l'Empire, le droit d'initiative, on ne changerait pas sensiblement en fait la Constitution de l'Empire; car l'Empereur use déjà de ce droit dans la réalité; mais cela pourrait troubler sérieusement la cohésion qui existe entre le gouvernement impérial l'Allemand et le gouvernement royal de la Prusse. Cf. t. I, p. 360 et t. II, p. 25, note 2.

(2) Règlement du Reichstag, § 22, art. I, § 19, art. III, § 20, art. II

Pour la marche suivie pour les propositions de loi au Bundesrath et au Reichstag, voir plus haut t. I, § 30, p. 412 et s. § 36, p. 514 seq.

2° Il y a, en apparence, une différence entre le droit d'initiative du Bundesrath et celui de Reichstag; l'art. XXIII confère ce droit au Reichstag « dans les limites de la compétence de l'Empire », tandis que cette condition n'est pas imposée au Bundesrath (1). Mais comme l'Empire a la faculté de modifier la compétence de l'Empire en vertu de l'article LXXVIII de la Constitution, que toute modification est par suite « de la compétence de l'Empire, rien n'empêche le Reichstag de proposer une extension de cette compétence (2) ».

Donc l'article XXIII n'aurait tout au plus comme conséquence que d'obliger le Reichstag à présenter, avant toute loi qui dépasse les limites fixées par la législation de l'Empire à son origine, une loi préparatoire, qui recule ces limites dans une mesure correspondante; quand cette proposition serait devenue loi, mais alors seulement, le Reichstag pourrait présenter la loi qui s'appuie sur cette extension de compétence (3). Mais on ne voit pas pourquoi le Reichstag ne joindrait pas immédiatement les deux projets en envisageant le cas où la proposition d'extension de

(1) V. *Rönne*, Staatsrecht des Deutschen Reiches I, p. 239 soutient que le Bundesrath n'a pas non plus le droit de proposer des lois en dehors de la compétence de l'Empire.

(2) Discussion détaillée sur ce sujet dans *Hänel*, Studien I, p. 156 seq., 160, 256 et dans *Koller*, Verfassung des Deutschen Reiches, p. 93 seq.

(3) Telle est la thèse de *Seydel*, Commentar (première édit.), p. 151; *Thudichum*, p. 215; *Auerbach*, p. 57; *Beseler* dans les « Preussische Jahrb. » Vol. XXVIII (1871), p. 192; v. *Rönne*, op. cit., p. 266, 267, note 5. Cf. aussi même auteur, Preuss. Staatsrecht I, 1, § 22 (p. 87). — *Hänel*, Studien I, p. 256, note 7 déclare avec raison cette thèse « tout à fait insoutenable ».

compétence passerait ou encore pourquoi il ne proposerait pas d'établir cette extension au moyen de la loi à sanctionner qu'il propose (1). Mais, en aucun cas il n'y a lieu d'accorder une signification pratique à la clause restrictive dont il est question. Car le Bundesrath a toujours le droit de rejeter à son gré les propositions de loi du Reichstag, même quand elles restent dans les limites de la compétence de l'Empire (2) ; mais s'il les vote et si elles deviennent lois en satisfaisant aux conditions imposées par la Constitution, leur validité n'en sera pas moins complète, bien qu'elles émanent de l'initiative du Reichstag, puisque l'accord du Bundesrath et du Reichstag est la condition suffisante qu'exige la sanction.

3° Quand un projet de loi a été voté par l'une des deux Chambres, il doit être envoyé à l'autre. Si le projet émane du Bundesrath, la proposition est « déposée au nom de l'Empereur sur le bureau du Reichstag en vertu des décisions du Bundesrath ». (Constitution de l'Empire), art. XVI. Le chancelier de l'Empire, en sa qualité de ministre unique de l'Empire, est chargé de déposer la proposition ; il agit ainsi

(4) Cf. v. Mohl, *Reichsstaatsrecht*, p. 63, 163 ; v. Held, p. 123 ; Hänel, *op. cit.* ; Meyer, § 163, note 11. La thèse juste a été développée aussi par le commissaire du Bundestag Hofmann dans une discussion au Reichstag sur la Constitution (Compte-rendus sténogr., p. 319, 2). Cf. aussi *Hiersemenzel* I, p. 35 et *Bähr* dans les « *Preuss. Jahrbücher* », Vol. XXVIII (1871), p. 80. *Seydel*, *Comment.* (2^e édit.), p. 202, aussi l'a adoptée.

(1) Naturellement, le Bundesrath pourrait renvoyer une proposition émanant du Reichstag, sans se livrer à un examen positif de ses articles, en invoquant l'art. XXIII ; le seul fait que cette proposition est en dehors de la compétence de l'Empire l'y autoriserait. Mais comme le Bundesrath n'est nullement tenu d'indiquer les motifs qui déterminent son refus, ce rejet d'une proposition émanant du Reichstag, pour cause d'incompétence, ne se distingue en aucune façon du rejet pur et simple de la proposition.

non pas en qualité de président du Bundesrath, mais comme fonctionnaire de l'Empereur, par conséquent non pas par délégation du Bundesrath ou au nom des gouvernements confédérés, mais par délégation et au nom de l'Empereur. La loi ne précise pas s'il a besoin d'une procuration spéciale de l'Empereur pour le dépôt de chaque proposition en particulier, mais cela semble indiqué par la mention expresse que la proposition doit être faite au nom de l'Empereur.

Mais l'Empereur est tenu, d'après la Constitution, de déposer la proposition sur le bureau du Reichstag en vertu des décisions du Bundesrath; c'est-à-dire qu'il ne peut ni supprimer purement et simplement, ni reculer inutilement ce dépôt; il ne lui est pas permis non plus de présenter la proposition autrement que le Bundesrath en a décidé (1). Quand des projets

(1) Comme l'article XVI de la Constitution impose à l'Empereur le devoir de présenter au Reichstag les projets de loi votés par le Bundesrath, il est interdit au Chancelier de l'Empire de s'opposer à l'accomplissement de ce devoir en invoquant sa responsabilité, quand il n'approuve point la décision prise par le Bundesrath. Car sa responsabilité consiste simplement à veiller à ce que la décision ait été prise par le Bundesrath conformément à la Constitution et au règlement et parvienne au Reichstag telle qu'elle a été prise par le Bundesrath, mais elle ne s'étend pas au fond. Il serait absurde de rendre le Chancelier responsable d'un fait indépendant de sa volonté; au contraire, la décision du Bundesrath dégage la responsabilité du Chancelier au sujet du fond du projet. En pratique, toute extension de la prétendue responsabilité (envers qui ?) serait tout simplement l'introduction d'un veto du Chancelier à tous les projets du Bundesrath qui ne lui plairaient pas, et la Constitution est muette là-dessus. Il s'est passé un fait de ce genre en 1880. Le Bundesrath décida le 3 avril 1880, à propos de la discussion du projet de loi sur l'impôt de timbre de l'Empire, que les quittances de mandats-postes et d'envois contre remboursement en demeureraient affranchies. A la suite de ce vote, le Chancelier donna sa démission « parce qu'il ne pouvait soutenir un projet de la majorité, défavorable à la Prusse, à la Bavière et à la Saxe, ni faire usage, à cause de sa qualité de chancelier, du bénéfice que l'art. IX de la Constitution confère à la minorité ». Cependant la démission ne fut pas acceptée et le conflit fut évité, parce que

de loi ont été repoussés au Bundesrath, ou n'y sont pas venus en discussion, l'Empereur ne peut pas les laisser présenter au Reichstag; l'Empereur, en tant qu'Empereur, n'a pas plus le droit d'initiative au Reichstag qu'au Bundesrath (1).

Quand une proposition de loi du Bundesrath est soumise au Reichstag, celui-ci est tenu de prendre à ce sujet une décision matérielle, c'est-à-dire de l'accepter ou de la rejeter; il ne peut pas l'omettre et passer à l'ordre du jour (2).

Quand le Reichstag a voté un projet de loi ou qu'il propose des amendements à un projet du Bundesrath qui lui est soumis, le président du Reichstag

le Bundesrath modifia sa décision selon le désir du chancelier. Voir l'excellente discussion de *Hänel* sur cette question, *Studien* II, p. 46 seq.; la même thèse est soutenue par *Hensel*, *Hirths Annalen* 1882, p. 14. Cf. les débats du Reichstag du 24 février 1881. La même thèse est soutenue par *Schulze*, *Deutsches Staatsr.* II, p. 116; v. *Rönne* I, p. 230; *Meyer*, § 132, note 8 et *Antheil des Reichsorgane*, p. 72 seq., *Seydel*, *Comment.* p. 176.

(1) *Seydel* dans v. *Holtzendorff's Jahrb.* III, p. 285. Les projets de lois et autres présentés au Reichstag sont des projets des États confédérés, non de l'Empereur qui sert seulement d'intermédiaire, chargé de transmettre le projet. Il ne peut pas présenter de lui-même des projets au Reichstag. Même thèse chez *Meyer*, § 163; *Schulze*, *Deutsches Staatsrecht* II, p. 117; v. *Rönne* I, p. 213. Mais naturellement les projets soumis au Reichstag apparaissent *pour la forme*, en vertu de l'art. XVI, comme propositions impériales, comme *Fricker*, p. 24, note 1, le fait remarquer très justement. Voir à ce sujet le développement très concluant de *Hänel*, *op. cit.*, p. 43 seq. On peut en particulier admettre avec lui que l'Empereur est autorisé en vertu de l'art. XVI, à examiner si le Bundesrath a voté la proposition soumise au Reichstag conformément à la Constitution et au règlement et que le Chancelier sous sa responsabilité doit affirmer vis-à-vis du Reichstag la légalité *formelle* des décisions du Bundesrath sur les projets soumis. Donc l'art. XVI investit l'Empereur d'une fonction du droit public identique à celle dont il est parlé dans l'art. XVII (V. plus bas, p. 319 seq.).

(2) Le Reichstag l'a formellement reconnu dans son règlement (révisé) § 53, alinéa 4.

est chargé de l'envoyer au Chancelier (1) qui le soumet au Bundesrath dans la plus prochaine séance (2).

Si le Bundesrath juge à propos de modifier le projet, les amendements qu'il propose peuvent être soumis au Reichstag et les débats entre les deux Chambres peuvent se poursuivre jusqu'à ce qu'on arrive à une entente au sujet du texte de la loi (3).

II. — *La sanction des lois de l'Empire.*

1^o Le projet adopté par le Bundesrath et le Reichstag devient loi, lorsqu'il est ordonné ou prescrit de se soumettre à ses préceptes. Donc toute loi, comprend deux parties distinctes, nettement séparées l'une de l'autre même extérieurement : l'une contient les règles elles-mêmes, l'autre le commandement, la prescription de suivre ces règles. Cette prescription peut précéder ou suivre le contenu de la loi. Dans la pratique, c'est l'habitude de la Prusse et de tous les autres États allemands qui a prévalu, et la formule de sanction : « Nous... ordonnons... ce qui suit » précède toujours la loi. Mais la formule de sanction peut être conçue autrement ; elle peut attester en même temps que la loi a été faite conformément à la Constitution et en particulier que l'accord entre le Bundesrath et le Reichstag a été obtenu ; elle peut donc être en même temps une formule de pro-

(1) Règlement révisé du Reichstag, § 69.

(2) Règlement révisé du Bundesrath, § 8.

(3) Mais pour plus de facilité, on a pris l'habitude, quand le Bundesrath présente des projets importants, d'exposer au Reichstag pendant ses débats, et en particulier après les décisions prises en 2^e lecture, quelles sont les décisions du Reichstag auxquelles le Bundesrath se rangerait et quelles sont celles qu'il repousserait. Cet exposé est sans effet juridique formel ; le Bundesrath conserve en particulier la faculté de se rendre après coup aux vœux du Reichstag.

mulgation. Cette réunion est de règle dans la monarchie constitutionnelle, où elle répond à la nature des institutions, puisque le monarque sanctionne et promulgue la loi dans le même acte (1).

Donc, dans les Etats allemands, les lois contiennent une formule d'introduction qui comprend ces deux parties et la Confédération de l'Allemagne du Nord, aussi bien que l'Empire allemand, ont adopté comme introduction aux lois une formule, qui est conforme à cette pratique et au libellé traditionnel de la monarchie prussienne.

Nous discuterons plus loin l'importance de cette introduction en tant que formule de promulgation ; ici nous ne l'envisagerons que comme déclaration de sanction.

2° La question capitale que soulève la sanction est celle de l'organe qui donnera la sanction aux lois. Il semble que la formule d'introduction aux lois de l'Empire lui donne une solution simple et indiscutable ; car elle indique que c'est l'Empereur qui a la mission de donner l'ordre. Mais en examinant la question de plus près, on reconnaît que cette thèse n'est pas soutenable et qu'elle est en contradiction avec les principes de la Constitution.

Comme le pouvoir législatif de l'Etat est identique au pouvoir de l'Etat, il s'en suit que seul le dépositaire du pouvoir de l'Etat est législateur, c'est-à-dire peut donner la sanction aux lois.

C'est dans la sanction des lois que se manifeste directement la volonté souveraine de l'Etat. La sanction est le point essentiel de toute l'œuvre législative ; tout ce qui se produit avant dans la marche de la législation n'en est que la préparation, c'est l'accomplissement de formalités préliminaires indis-

(1) V. plus haut, p. 277, 289.

pensables : tout ce qui se produit après, c'est la conséquence juridique nécessaire de la sanction, l'effet qu'elle produit sans que rien puisse l'en empêcher (1). La volonté libre qui décide si une proposition deviendra loi ou non, s'exerce exclusivement dans la sanction. Il s'ensuit nécessairement que celui qui a le droit de donner la sanction, doit en même temps avoir le droit de la refuser, ou, pour employer

(1) *Fricke*, op. cit., p. 16 seq., soulève l'objection suivante : ne semble-t-il pas que la loi n'existe juridiquement que par la publication et ne puisse pas, en conséquence, avoir d'effet juridique avant cette opération ? par suite, la publication ne serait-elle pas la conséquence juridique nécessaire de la sanction ? Il est certain que l'œuvre législative n'est achevée qu'avec la publication ; jusque-là, la loi n'existe pas encore juridiquement, et il serait insensé de vouloir donner force de loi à une loi qui n'existe pas encore. Mais il y a loin de là au fait juridique, que dans une œuvre composée de plusieurs opérations successives l'accomplissement d'un certain acte puisse avoir pour effet d'engager juridiquement au point de vue de l'accomplissement d'autres actes. Ainsi un jugement de tribunal n'est parfait que lorsque la publication en est faite ; tant qu'il n'est pas publié, non seulement il reste sans effet pour les parties, mais rien n'empêche les juges assemblés dans la salle des délibérations de modifier encore ou d'écarter la décision qu'ils ont prise. D'autre part, il est incontestable que la publication du jugement n'est pas un acte libre de la volonté du président, ni de la cour, mais que le jugement pris doit nécessairement être publié. Donc, le simple prononcé du jugement n'a pas, il est vrai, « force de jugement », mais il est l'acte décisif, qui entraîne la publication, l'expédition et la signification du jugement selon les principes du droit et non selon le bon vouloir. Telle est aussi l'importance de l'opération de la sanction dans l'œuvre complexe de la législation. Ce n'est pas la loi sanctionnée qui crée l'obligation de la publier, mais au fait qu'une loi a été sanctionnée, le droit constitutionnel joint, pour un organe déterminé de l'État, préposé à cet office, l'obligation de publier cette loi. Si l'organe qui a qualité pour cela est chargé en même temps (c'est le cas dans la Monarchie) de la sanction, il a naturellement la faculté, tant que la publication n'est pas faite, de supprimer le fait qui lie, c'est-à-dire d'abolir la sanction. Mais la Constitution de l'Empire confie ces deux opérations de la sanction et de la publication à des organes distincts, et cela a une importance dans la pratique, que l'acte de la sanction soit juridiquement libre, que l'acte de la publication soit juridiquement obligatoire.

une expression courante, il doit pouvoir opposer un veto absolu. Celui qui doit nécessairement écrire sur une loi la formule de sanction à la suite de la volonté d'un autre, souvent contre son propre gré et en raison d'une obligation constitutionnelle, ne donne vraiment pas la sanction ; le dépositaire du pouvoir législatif, c'est non pas lui, mais l'autre, celui qui a la faculté de décider en toute liberté s'il accepte ou non une proposition. Il résulte de là que l'on ne peut reconnaître à l'Empereur le droit de sanction sur les lois de l'Empire qu'autant qu'on lui reconnaît en même temps le droit de veto absolu, c'est-à-dire le pouvoir de refuser la sanction.

Or, la Constitution ne dit rien de semblable. L'art. V de la Constitution commence ainsi : « La législation de l'Empire est l'attribution du Bundesrath et du Reichstag. » Il n'est pas fait ici la moindre allusion à l'Empereur ; si l'on avait voulu conférer à l'Empereur le pouvoir de donner ou de refuser sa sanction à une loi de l'Empire, si par conséquent son assentiment était une des conditions essentielles de validité d'une loi, on n'aurait pu négliger de le mentionner dans l'énumération des organes qui sont chargés de légiférer. L'alinéa suivant, d'après lequel l'accord de la majorité des deux Assemblées est nécessaire et suffisant pour faire d'une décision une loi de l'Empire, vient confirmer cette opinion que le consentement de l'Empereur n'est pas une condition nécessaire à la validité d'une loi. Bien que la première partie de l'art. V ne règle pas complètement, comme nous l'avons déjà souligné, la marche de la législation, que par conséquent ses indications aient besoin d'être complétées ailleurs, il n'en interdit pas moins toute interprétation en contradiction avec lui. Quand on compare la première partie de l'art. V avec l'art. LXII de la Charte constitutionnelle de la

Prusse, sur lequel il a été calqué, le doute n'est plus possible ; on reconnaît nettement, que s'il n'est pas fait mention de l'assentiment impérial dans le mécanisme de la législation, c'est que cet assentiment n'est pas nécessaire à la publication de la loi (1).

Mais le deuxième alinéa du même article exclut purement et simplement le placet impérial ; il dit que les propositions de loi concernant l'armée, la marine de guerre et les taxes désignées à l'art. XXXV sont considérées comme refusées au Bundesrath si le président ne leur accorde pas sa voix. L'attribution de ce droit serait simplement absurde, si le président pouvait opposer un *liberum veto* à tous les projets de loi, ou, pour parler plus exactement, s'il de-

(1) *Fricker*, op. cit., p. 4 seq., 25 conteste la valeur des arguments tirés du 1^{er} § de l'art. V ; d'après lui ce § se rapporterait non pas à l'œuvre législative tout entière, mais seulement à l'établissement du texte de la loi ; par suite il ne s'opposerait pas à ce que l'on admit un droit de sanction impérial. Mais l'art. LXII de la Constitution prussienne dit : « Le pouvoir législatif est attribué en commun au roi et aux deux Chambres. Toute loi exige l'accord du roi et des deux Chambres. » Comme le libellé de l'art. V de la Constitution de l'Empire a été calqué sur l'art. que je cite, il faut nécessairement admettre, qu'en ne mentionnant pas l'Empereur dans le § 1 de l'art. V de la Constitution de l'Empire on a voulu s'écarter du droit qui existe en Prusse. Lorsqu'on rédigea la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord l'idée que le § 1 de l'art. V ne réglait qu'une phrase de l'acte législatif tout entier, ne s'était pas encore fait jour, et l'on n'avait pas conscience de cette signification ; dans l'art. LXII de la Charte constitutionnelle de la Prusse, on avait voulu déterminer les facteurs de la législation ; c'est dans l'art. LXII et non dans l'art. XXXV qui traite de la publication que l'on a trouvé la reconnaissance constitutionnelle du droit législatif au roi (v. *Rönne*, Preuss. Staatsrecht I, § 48 ; *Schulze*, Preuss. Staatsrecht II, § 172). Si donc le § 1 de l'art. V de la Constitution de l'Empire a remplacé « le roi et les deux Chambres » par le Bundesrath et le Reichstag, sans mentionner l'Empereur, on ne peut donner à cela qu'une interprétation : c'est que l'Empereur ne doit pas être un facteur de la législation de l'Empire au sens du droit public constitutionnel, mais que ses pouvoirs sont restreints à ce qu'indiquent les art. XVI et XVII.

vaît donner sa sanction aux projets de loi votés par le Bundesrath et le Reichstag. Et même quand il s'agit des lois désignées dans le deuxième alinéa de l'art. V, la prépondérance de la voix présidentielle n'existe qu'au sein du Bundesrath ; même quand il s'agit de ces lois, il n'est pas stipulé que le *placet* du roi de Prusse soit nécessaire, si le Bundesrath et le Reichstag donnent leur assentiment (1) ; mais, conformément au principe, « l'exception confirme la règle » ; il découle du deuxième alinéa de l'art V que des lois de l'Empire peuvent régulièrement être votées même *contre la volonté de l'Empereur* ; c'est le cas qui se présente quand les voix prussiennes sont en minorité au Bundesrath (2).

En conséquence, l'acte de volonté, qui transforme en loi de l'Empire un projet de loi, ne peut absolument pas être un acte de volonté de l'Empereur (3).

C'est ce que confirme aussi l'art. XVII de la Constitution de l'Empire. Car il confère à l'Empereur la promulgation et la publication des lois de l'Empire, il le charge de veiller à leur exécution, toutes fonctions qui supposent la sanction préalable de la loi.

L'examen des grandes lignes de la Constitution amène même à un autre résultat.

Le dépositaire du pouvoir souverain de l'Empire, c'est le corps des États allemands, considéré comme unité idéale. C'est donc de lui seul que peut venir

(1) V. plus haut, t. I, p. 424.

(2) *Fricker* lui-même *op. cit.*, p. 9, 10, tout en déniaut une efficacité absolue au 2^e al. de l'art. V, convient qu'il donne « à l'opinion courante une autorité que l'on ne peut dédaigner ».

(3) L'immense majorité des écrivains est unanime pour affirmer que la sanction des lois n'est pas le fait de l'Empereur. Cf. *Thudichum*, *Verfassungsrecht*, p. 88 ; *Hiersemenzel* I, p. 70, 71 ; *Riedel*, p. 22, 25 ; v. *Held*, p. 106 ; v. *Mohl*, p. 290 ; *Seydel*, *Commentar*, p. 172 ; v. *Gerber*, p. 246 ; *G. Meyer*, *Antheil de Reichsorgane*, p. 59 seq., et *Staatsrecht*, § 163 où l'on trouvera dans la note 5 une bibliographie plus étendue.

l'acte législatif à proprement parler, la sanction des lois. C'est le corps des souverains et des villes libres qui donne aux projets de lois la sanction qui les transforme en lois. Or, dans toutes les occasions où les membres de la Confédération allemande peuvent avoir à exercer pour leur part le pouvoir de l'Empire, c'est le Bundesrath et non l'Empereur qui est l'organe que la Constitution a désigné pour cela. L'Empereur, en effet, agit conformément aux décisions libres de son auguste personne, les membres du Bundesrath votent d'après des instructions reçues. L'Empereur est donc bien qualifié pour représenter les droits de l'Empire vis-à-vis des États de la Confédération, des sujets de l'Empire et des puissances étrangères, mais jamais il ne peut être le représentant des membres de la Confédération quand ils ont à exercer pour leur part le pouvoir de l'Empire. Le Bundesrath seul a qualité pour cela, car ses membres n'obéissent pas à leur propre volonté, mais ils sont au contraire les instruments chargés d'exprimer la volonté des différents États et de leur souverain ; c'est le Bundesrath qui, par ses décisions, réalise l'unité qui fait de la volonté des États de la Confédération la volonté du corps tout entier.

La sanction des lois de l'Empire, donc, appartient au Bundesrath, qui décide de l'accorder ou de la refuser (1).

(1) Ce fait a été généralement admis par les écrivains dans ces derniers temps. Cf. Seydel dans Holtzendorff's Jahrb. III, 1879, p. 285 ; Hänel, Studien II, p. 52 ; Zorn I, p. 413 ; Schulze II, p. 118 ; Meyer, § 163, et Antheil der Reichsorgane, p. 45 seq. ; Jellinek p. 324, Arndt, Comment. Art. V, note 5, etc. Dernièrement Kolbow, dans l'Archiv für öffentl. Recht, vol. V, p. 97 seq., a émis l'idée que la Constitution de l'Empire ne connaît pas de sanction. Mais comme il convient que la loi renferme un ordre, que par conséquent il faut que quelqu'un soit chargé de donner cet ordre, il en arrive à dire que c'est l'Empire qui est le législateur. Mais ce n'est pas là une solution satisfaisante, car on

Or, comme le Bundesrath prend part aussi à la fixation du contenu de la loi, le Bundesrath peut, dans un seul et même acte, donner son assentiment au contenu d'un projet de loi et décider de le sanctionner; et cela peut rendre moins claire la portée de cette dernière décision. Néanmoins, il n'est pas difficile de distinguer les deux phases de l'opération; car les deux décisions ne sont pas prises dans toutes les occasions en même temps et *uno actu*. C'est ce que l'on voit nettement, quand une proposition émanant du Bundesrath est adoptée *intégralement* par le Reichstag. Bien que le Bundesrath ait admis d'un commun accord le contenu du projet avant que le Reichstag en fût saisi, le Bundesrath est tenu, malgré tout, quand la proposition lui revient du Reichstag, de prendre une deuxième décision qui a pour but de présenter le projet à l'Empereur pour qu'il procède à la promulgation et à la publication (1). Cette décision contient la sanction du projet de loi.

En droit, c'est la faculté accordée aux gouvernements de la Confédération de retenir un projet de loi qu'ils ont présenté au Reichstag et que le Reich-

se demande aussitôt par quel organe l'Empire donne l'ordre de se soumettre à la loi. Tout dépend purement et simplement de la réponse que l'on donne à cette question; en fin de compte, la thèse de Kolbow aboutit à ce résultat, que la sanction des lois est l'attribution du Bundesrath et du Reichstag, qui en sont investis *en commun*, ce que je considère comme faux.

(1) Le fait est reconnu par les termes de l'art. VII, alinéa 1, de la Constitution de l'Empire; il y est dit que le Bundesrath décide « des propositions à soumettre au Reichstag et des décisions prises par le Reichstag ». Il ne suffit donc point de porter simplement à la connaissance du Bundesrath la décision prise par le Reichstag. Autre opinion chez Gierke, Grünhut, vol. VI, p. 230. Au contraire les écrivains cités dans la note précédente se sont ralliés à la thèse défendue ici. Fricker, *op. cit.*, p. 25 seq., se livre à une polémique pour prouver que l'art. VII n'affirme pas *directement* le droit de sanction du Bundesrath; mais personne n'a soutenu cette idée; ce qu'établit l'art. VII, c'est que toutes

tag a déjà adopté, c'est-à-dire de ne pas le sanctionner.

Il en est de même, quand le Bundesrath discute, pendant les débats au Reichstag, les propositions présentées par des membres du Reichstag ou par des commissions, ou les décisions adoptées en deuxième lecture, et qu'il déclare au Reichstag, avant la délibération définitive du Reichstag, les changements auxquels il consentira ou non. Puis, si le Reichstag, lors du vote définitif, accepte le projet de loi sous la forme adoptée par le Bundesrath, l'accord au sujet du contenu est établi ; néanmoins, on ne saurait se passer d'une décision du Bundesrath qui admet définitivement le projet, c'est-à-dire qui le sanctionne.

Cet acte de la sanction est curieux à cause de la disproportion qui existe entre son importance politique et son importance juridique. Au point de vue politique, il est presque sans importance ; car il va de soi que le Bundesrath accordera la sanction à un projet de loi dont il accepte le contenu et inversement qu'il la refusera, s'il rejette le contenu. Le problème politique est résolu complètement au moment où l'on est parvenu à trouver un texte du projet qu'acceptent le Bundesrath et le Reichstag. Comme on a généralement l'habitude de traiter le droit public plutôt au point de vue politique, il n'y a pas lieu de s'étonner si l'on confond complètement la sanction avec l'assentiment donné au contenu et si, de toutes les conditions que doit remplir une loi, c'est cet assentiment qui prend toute l'importance ; et voilà pourquoi aussi la Constitution est muette sur la sanction des lois. Mais au point de vue juridique, c'est

les décisions du Reichstag sont soumises aux décisions du Bundesrath et qu'il ne faut pas faire exception pour les propositions déjà adoptées par le Bundesrath, qui sont revêtues de l'approbation *intégrale* du Reichstag. C'est aussi conforme à la pratique du Bundesrath, pour autant qu'elle est connue.

une question capitale au contraire, aussi bien pour connaître la marche de la législation que pour se faire une idée exacte de tout l'édifice constitutionnel de l'Empire, de savoir au juste quel est, dans l'Empire allemand, le vrai législateur.

3° La formule d'introduction des lois de l'Empire n'exprime pas en toute fidélité la marche qu'a suivie une loi. Elle permettrait de croire que le Bundesrath est une partie de la représentation nationale et que l'Empire n'est pas une Confédération, mais une monarchie avec deux Chambres. Elle fait mention de l'assentiment du Bundesrath à côté de celui du Reichstag, comme si, dans la législation de l'Empire, la situation des deux assemblées était identique, à peu près comme la situation des deux Chambres du Landtag prussien.

C'est l'Empereur qui donne l'ordre d'obéir à la loi ; assurément, il le fait « au nom de l'Empire » ; mais rien n'indique que la volonté de l'Empire, de sanctionner la loi, s'est manifestée par l'organe du Bundesrath. Malgré tout, la formule de sanction n'est pas en contradiction avec le rôle que la Constitution assigne au Bundesrath. Le Bundesrath, en effet, se borne exclusivement à prendre des décisions ; jamais il ne donne formellement *des ordres*. De même que, dans tout le domaine de l'administration, c'est le chancelier de l'Empire qui exécute les décisions du Bundesrath, en ordonnant, fût-ce simplement par la forme de la publication, de les observer ; de même, sur le terrain de la législation, c'est l'Empereur qui exécute les décisions sanctionnées par les gouvernements confédérés, en ordonnant de les observer. Donc, dans la formule d'introduction des lois de l'Empire, il faut sous-entendre, dans le mot « ordonnons » : en vertu et en exécution de la décision sanctionnée par le Bundesrath au nom des gouvernements confédérés.

En fait, ces mots ne sont pas indispensables, puisque la formule d'introduction mentionne d'autre part l'assentiment du Bundesrath ; mais il est certain que rien n'indique que l'assentiment du Bundesrath contient un élément essentiel qui manque dans l'assentiment du Reichstag (1).

4° Comme le Reichstag ne prend aucune part à la sanction des lois ni à leur promulgation, et que la formule d'introduction se rapporte simplement à ces deux objets, il n'y a pas de nécessité de soumettre la formule d'introduction à l'assentiment du Reichstag. Mais la pratique s'est établie, par imitation du procédé observé en Prusse, d'étendre la décision du

(1) La formule de publication des lois de l'Empire ne repose pas sur une disposition de la Constitution, mais simplement sur la pratique qui s'est établie, par imitation de la formule prussienne. C'était d'autant plus naturel, que jamais dans la Confédération de l'Allemagne du Nord, ce n'est le « président » qui a publié une ordonnance ou une loi ; c'est toujours le « roi de Prusse » au nom de la Confédération. C'était contraire à l'article XVII de la Constitution de la Confédération, qui établissait que la publication des lois de la Confédération devait être faite, non pas par le roi de Prusse, mais par le « président » ; mais on ne put pas ou l'on ne voulut pas employer la dénomination de président comme titre et l'on ne tint aucun compte de cette différence formelle. Depuis que la Confédération de l'Allemagne du Nord s'est agrandie et est devenue l'Empire, la publication est faite par « l'Empereur Allemand, roi de Prusse », et pour le reste on a conservé intacte la formule traditionnelle. Quel sens faut-il donner au mot « ordonnons » dans la formule d'introduction ; c'est ce que les organes de l'Empire ne se sont jamais occupés d'établir expressément. Cela détruit l'hypothèse, que l'emploi de cette formule aurait apporté à la Constitution une addition essentielle ou à plus forte raison un changement important ; aussi, je ne peux pas considérer comme fondée l'affirmation de *Fricker*, op. cit., p. 26 seq., que la sanction des lois est l'attribution de l'Empereur, puisqu'il ne s'appuie que sur l'emploi de cette formule. *Bornhack*, dans l'*Archiv für öffentl. Recht*, vol. VIII, p. 461 seq., soutient que, en vertu d'un droit coutumier qui déroge à la Constitution, la sanction des lois est l'attribution de l'Empereur. Avec des hypothèses aussi fantaisistes, on peut prouver tout ce que l'on veut.

Reichstag même sur la formule d'introduction (1).

Par là, le Reichstag se trouve à même d'exercer un *contrôle* sur elle, d'examiner si la formule d'introduction est conforme aux prescriptions imposées à la législation de l'Empire et si elle ne contient pas de clauses en contradiction avec le contenu de la loi.

5° La décision par laquelle le Bundesrath accorde sa sanction à un projet de loi, doit être arrêtée conformément aux indications des art. VI et VII de la Constitution. Donc, il est de règle que la *simple* majorité suffise, et cette majorité doit être déterminée conformément aux prescriptions développées plus haut (t. I, p. 422 seq.). Il faut en excepter (2) :

1° Les projets de loi qui apporteraient des changements aux institutions en ce qui concerne l'armée, la marine de guerre ou les taxes énumérées à l'art. XXXV de la Constitution. Ils sont rejetés, quand les voix de la Prusse au Bundesrath ne sont pas favorables à l'adoption du projet.

2° Les projets de loi, qui modifieraient la Constitution. Ils sont rejetés, quand, au Bundesrath, ils rencontrent l'opposition de quatorze voix (3).

Il est hors de doute que dans cet article il faut entendre, par Constitution, simplement la Charte

(1) L'argument développé tout au long par v. Rönne, Preuss. Staatsrecht I, p. 183, que la formule de sanction est une *partie de la loi*, (voir aussi son Staatsrecht des Deutschen Reiches II, 1, p. 16), cache tout simplement une pétition de principe. Meyer, Anthel, etc., p. 57 et 71 est aussi d'avis que la formule d'introduction des lois de l'Empire doit être soumise à l'assentiment du Reichstag, mais il contredit ce principe en faisant exception pour le cas où, après l'adoption du projet, un nouvel Empereur monte sur le trône ou encore pour les cas où il est institué une Régence. V. la réfutation de Zorn dans la Deutsche Literaturzeitung 1889, p. 1426 et Dyroff, p. 861 seq.

(2) Constitution de l'Empire, art. V, 2^e al.

(3) Constitution de l'Empire, art. LXXVIII, 1^{er} al. La solution de la question préalable : le projet de loi amène-t-il, oui ou non, un changement dans la Constitution ? est donnée à la majorité simple.

constitutionnelle, telle qu'elle a été établie par la loi du 15 avril 1871 et non l'ensemble de l'état constitutionnel de l'Empire. La Charte constitutionnelle prend elle-même la dénomination de Constitution et par suite on ne peut pas admettre qu'elle entende, dans son propre art. LXXVIII, autre chose sous cette expression (1).

L'opinion contraire conduirait aussi à une complète confusion, attendu que « l'état constitutionnel » est déterminé par l'ensemble de toutes les lois et institutions en vigueur, et que par conséquent presque chaque loi amènerait un changement de la Constitution dans ce sens.

D'ailleurs l'art. CVII de la Charte constitutionnelle de la Prusse, qui parle, dans les mêmes termes que l'art. LXXVIII, 1^{er} al., de la Constitution de l'Empire, des changements apportés à la Constitution par la voie de la législation, n'a jamais été interprété autrement qu'en faisant du mot Constitution le synonyme de la Charte constitutionnelle (2).

Il est tout aussi indiscutable que tous les changements apportés à la Charte constitutionnelle par la voie légale ne peuvent être modifiés qu'à la condition d'observer la règle établie à l'art. LXXVIII, 1^{er} al. (3).

Mais il est, au contraire, une autre question qu'il y a lieu d'examiner de plus près. Il peut arriver qu'une loi qui va être adoptée, laisse formellement intact le texte de la Charte constitutionnelle, mais apporte matériellement des changements à son contenu, et par conséquent, selon l'expression courante, soit « matériellement inconstitutionnelle (4) ».

(1) Cf. *Mohl*, *Reichsstaatsrecht*, p. 143 seq.

(2) Cf. *v. Rönne*, *Staatsrecht der preuss. Monarchie* I, § 187, VI ; p. 617 seq.

(3) Ce sont actuellement les 6 lois citées plus haut t. I, p. 92 et 93.

(4) On trouvera dans *v. Mohl*, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*,

Il va de soi qu'une telle loi ne peut obtenir la sanction que si elle ne rencontre pas au Bundesrath quatorze voix d'opposition, car sans cela la disposition de l'art. LXXVIII, 1^{er} al., serait absolument vaine et illusoire. Il faut de plus reconnaître sans hésiter que le procédé correct consiste à changer d'abord le texte de la Constitution comme il convient, puis à promulguer la loi spéciale en question ; c'est le seul moyen d'éviter de troubler l'harmonie qui doit exister entre les principes formulés dans la Constitution et les actes législatifs de l'Empire. On ne peut pas non plus méconnaître les inconvénients qui résultent des brèches que font au texte de la Constitution les lois de circonstance. Mais tous ces arguments ne sont pas décisifs, quand on cherche la solution de la question juridique suivante : les principes du droit en général et les dispositions de la Constitution allemande interdisent-ils et condamnent-ils comme inadmissible la promulgation de lois spéciales en contradiction avec le texte de la Constitution, même si les conditions prescrites pour les modifications de la Constitution ont été remplies ? Des lois de cette nature, qui ont été promulguées sans que l'on ait au préalable, comme le veut la Constitution, modifié la Charte constitutionnelle, sont-elles juridiquement sans effet ?

A cette question il faut répondre : non (1). Assu-

vol. I, p. 66 seq., une dissertation détaillée, mais confuse et peu logique sur la valeur juridique des lois inconstitutionnelles.

(1) Elle a été résolue de diverses façons par les écrivains. Ceux qui se déclarent pour l'affirmative sont : *Hiersemenzel*, I, p. 35, 214 ; *Beseler* dans les *Preuss. Jahrbücher* 1871, vol. XXVIII, p. 190 seq. ; *Zachariä*, *Zur Frage von der Reichscompetenz gegenüber dem Unfehlbarkeitsdogma* 1871, p. 46 ; *G. Meyer*, *Staatsrechtl. Erörterungen*, p. 64, Rem. 1 et *Staatsr.*, § 164 ; *Westerkamp*, p. 133 et surtout *v. Rönne*, *Staatsrecht des Deutschen Reichs* II, 1, p. 31 seq. Se sont prononcés pour la négative : *O. Bähr*, *Preuss. Jahrbücher*, 1871, vol. XXVIII,

rément, on ne peut modifier les principes de droit contenus dans la Constitution qu'en remplissant des conditions plus compliquées ; mais, malgré tout, ils ne jouissent pas *d'une plus haute autorité* que les autres lois. Car il n'y a pas, dans l'État, de volonté plus élevée que celle du souverain et c'est de cette volonté qu'émane, à titre égal, le caractère d'obligation absolue de la Constitution et des lois. La Constitution n'est pas une puissance mystique, qui plane au-dessus de l'État, elle est, comme toute autre loi, un acte de volonté de l'État et, par conséquent, variable au gré de la volonté de l'État (1). *Assurément la loi peut prescrire que les changements à la Constitution ne doivent pas être apportés indirectement (c'est-à-dire par des lois qui en modifient le fond), mais seulement directement par des lois, qui donnent au texte un autre libellé.* Mais quand cette condition, qui complique les changements des Constitutions, n'est pas imposée par une règle de droit positive, on ne saurait la déduire de la nature juridique de la Constitution et des rapports de la Charte constitutionnelle avec de simples lois.

Le principe, que les lois spéciales doivent être toujours en harmonie avec la Constitution et jamais incompatibles avec elle (2), est un simple postulat de la politique législative, mais non pas un principe de droit ; il peut paraître désirable que l'état juri-

p. 79 ; et surtout *Hünel*, Studien I, p. 258 ; *Zorn*, I, p. 432 ; *Seydel*, Comment., p. 418 ; *Arndt*, Comm., Art. LXXVIII, note 2 et aussi *Meyer*, Staatsr., § 164, se rangent à cet avis.

(1) Voir ma dissertation dans l'*Archiv für öffentl. Recht*, t. IX, p. 273. Les particularités, sur lesquelles on fonde ordinairement cette autorité exceptionnelle de la Charte constitutionnelle, comme quoi elle formerait un titre solennel, ferait l'objet d'une « convention avec la représentation nationale », etc., appartiennent aussi à toutes les autres lois.

(2) Cf. par exemple, *v. Rönne*, Staatsrecht des Deutschen Reiches II, 1, p. 33 ; *Westerkamp*, p. 196 seq., et beaucoup d'autres.

dique et constitutionnel qui existe légalement ne soit pas en contradiction avec le texte de la Charte constitutionnelle; mais, malgré tout, l'existence réelle de cette contradiction est en elle-même tout aussi possible et légalement admissible qu'une divergence qui se produirait par exemple entre le Code pénal, le Code de commerce ou de procédure et une loi spéciale rendue ultérieurement.

La Constitution de l'Empire ne contient aucun article qui prescrive de n'apporter de changements à ses dispositions que par voie directe, en changeant son texte et non par voie indirecte, en promulguant des lois spéciales. L'art. LXXVIII, 1^{er} al., ne veut qu'une chose : c'est « qu'ils se produisent par la voie de la législation » et la seule addition est que quatorze voix au Bundesrath suffisent pour faire rejeter la loi. Il n'est donc guère compréhensible que l'on ait pu s'appuyer sur l'art. LXXVIII, 1^{er} al. (1), pour démontrer que « la voie de la législation » n'est pas suffisante, mais qu'elle doit être, pour ainsi dire, suivie deux fois : la première fois, pour donner à la Charte constitutionnelle le texte convenable, la deuxième fois pour prendre les dispositions légales que l'on a vraiment en vue. Et de même, il n'est pas possible de s'appuyer avec succès sur la disposition de l'article II de la Constitution de l'Empire qui dit que l'Empire n'est autorisé à exercer le droit de législation que « dans la mesure du contenu de la Constitution », pour démontrer que toute loi doit être, par son contenu, d'accord avec les dispositions de la Constitution de l'Empire; en effet, l'art. LXXVIII, lui aussi, appartient au contenu de la Constitution de l'Empire. Toute loi, qui a été établie dans les formes prescrites par la Constitution de l'Empire,

(1) Par exemple, v. *Rönne*, op. cit., p. 32 seq.

répond aux conditions requises pour qu'une loi soit constitutionnelle ; les prescriptions *matérielles* que renferme la Constitution peuvent, au contraire, — l'art. LXXVIII le déclare en propres termes, — être modifiées par la voie de la législation. Ainsi, on peut appliquer à la Constitution de l'Empire le principe *lex posterior derogat priori*.

A plusieurs reprises, les propositions développées ici ont été appliquées dans la pratique par l'Empire allemand. L'art. IV de la Constitution a subi un changement dès l'époque de la Confédération de l'Allemagne du Nord : sans que le texte en ait été modifié, son contenu a été étendu par la loi du 12 juin 1869 sur la création du Tribunal suprême du Commerce (1). Autre exemple : la loi du 6 mars 1875, concernant les mesures contre le phylloxéra, dépasse les limites de la compétence fixées par l'art. IV, on n'en peut guère douter (2). Et n'est-il pas évident que l'art. I de la Constitution de l'Empire a été matériellement modifié par la loi du 9 juin 1871, concernant la réunion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire allemand, et l'art. XX, 2^o al., et l'art. XL par la loi du 25 juin 1873, concernant l'introduction de la Constitution de l'Empire allemand en Alsace-Lorraine ? Et pourtant, ces changements n'ont pas eu leur répercussion sur le texte de la Constitution.

La loi du 21 juillet 1870 a prolongé la session du Reichstag de ce temps-là au delà de la durée fixée dans l'art. XXIV de la Constitution de l'Empire.

De même, le 2^o al. de l'art. L de la Constitution a été modifié par la loi sur les postes du 28 octobre 1871, § 50 (3). Enfin, l'art. LXX de la Cons-

(1) Voir à ce sujet les débats de la Chambre des Seigneurs de Prusse 1869-70. Comptes-rendus sténogr., p. 59.

(2) Cf. Procès-verbal du Bundesrath, 1875, § 170.

(3) Hänel, op. cit. Pareillement, la loi du 25 mai 1873 sur la législa-

titution de l'Empire a été modifié par la loi du 15 juillet 1879, § 8, et par la loi du 1^{er} juillet 1881, § 32; l'art. XVII par la loi de remplacement et l'on pourrait multiplier les exemples à l'infini.

On est donc obligé de reconnaître que, à la condition de se conformer aux prescriptions établies par l'art. LXXVIII, il est possible d'édicter des lois qui modifient la Constitution, sans apporter une modification correspondante au texte de la Charte constitutionnelle.

Mais alors surgit une nouvelle question : ces lois ne peuvent-elles être modifiées qu'à la condition de se conformer aux prescriptions stipulées dans le 1^{er} al. de l'art. LXXVIII ou suffit-il pour cela d'une loi sanctionnée par la majorité simple du Bundesrath? C'est dans ce dernier sens qu'il y a lieu de résoudre le problème (1). En effet, la condition difficile à remplir, qu'impose le 1^{er} al. de l'art. LXXVIII, suppose des dispositions qui sont devenues formellement des éléments de la Charte constitutionnelle ou qui ont pris la place de ces éléments. Ce qui tranche la question d'avoir, s'il faut appliquer la règle générale des art. V et VII, ou la règle spéciale du 1^{er} al. de l'art. LXXVIII, ce n'est pas l'importance matérielle d'un principe de droit, c'est uniquement ce caractère extérieur. Par conséquent, si un jour une modification indirecte a été apportée à la Constitution par une loi spéciale, les dispositions de cette loi spéciale pour-

tion des objets destinés à l'usage d'une administration de l'Empire a été, d'après *Seydel* (*Behrend's Zeitschr. für die deutsche Gesetzgebung*, vol. VII, p. 234), promulguée en dehors de la compétence constitutionnelle de l'Empire.

(1) Même thèse chez *Thudichum*, *Verfassungsrecht*, p. 84, et *Westerkamp*, p. 135. La thèse contraire a pour défenseur *Hänel*, p. 255, note 6. Les observations de *Mohl*, p. 158, ne contiennent pas une réponse à cette question.

ront à l'avenir être changées par une loi sanctionnée par la majorité simple, quand même elles auraient pour effet d'apporter au texte primitif de la Constitution des modifications plus profondes. Et ce principe lui aussi a été appliqué en pratique ; ainsi la compétence du Tribunal suprême de Commerce et, du même coup, la compétence de l'Empire, limitée par l'art. IV de la Constitution, ont été élargies par une série de lois (1), sans que l'on ait revendiqué pour elles le caractère de lois modifiant la Constitution(2). Si l'on veut que les dispositions d'une loi spéciale jouissent des mêmes garanties de stabilité que celles de la Constitution, sans que pourtant elles soient incorporées dans la Charte constitutionnelle, il faut nécessairement que la loi spéciale contienne la mention spéciale, qu'elle ne peut être modifiée que par la voie indiquée à l'art. LXXVIII de la Constitution de l'Empire.

III. — *La promulgation des lois de l'Empire.*

Quand le Reichstag a adopté une loi de l'Empire et que le Bundesrath l'a définitivement acceptée (sanctionnée), les conditions matérielles de la confection d'une loi sont accomplies. Mais la loi ne peut entrer en vigueur qu'après une déclaration authentique et solennelle, sensible et claire ; il faut qu'une forme extérieure atteste et confirme qu'elle a été établie légalement. Le vote du Reichstag ne possède pas, par lui-même, la faculté d'imposer une obligation, parce qu'il ne renferme pas directement un ordre

(1) Cf. p. 79. Note 2.

(2) C'est précisément ce qui prouve combien il est délicat, au point de vue politique, de faire des brèches dans les principes de la Constitution par des lois spéciales, sans modifier d'une façon correspondante le texte de la Charte constitutionnelle.

du pouvoir de l'État ; pareillement, le Bundesrath, en votant la sanction (nous avons discuté la question), n'a pas donné l'ordre formel d'obéir à la loi, il a décidé simplement que cet ordre devra être donné au nom de l'Empire. C'est à l'Empereur que l'art. XVII de la Constitution de l'Empire confère la mission de déclarer formellement quelle est la volonté législative de l'Empire, c'est à lui que reviennent la promulgation et la publication de la loi.

1° La formule d'introduction de la loi est conçue ainsi : « Nous....., vu l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag, ordonnons, au nom de l'Empire, ce qui suit :... » La promulgation de la loi contient donc l'attestation impériale que la loi a obtenu l'assentiment du Reichstag et du Bundesrath, c'est-à-dire qu'elle a rempli les formalités qu'impose la Constitution de l'Empire. Elle suppose donc un examen de la voie qu'a parcourue l'œuvre législative. Assurément, l'Empereur, en sa qualité d'Empereur, n'a pas un droit de veto en présence d'une loi de l'Empire ; mais il a le droit et le devoir de rechercher si la loi a obtenu constitutionnellement l'assentiment du Reichstag et du Bundesrath et la sanction du dépositaire du pouvoir de l'Empire, représenté par le Bundesrath. Il doit donc s'assurer, en particulier, si au Bundesrath le vote a été émis conformément aux règles prescrites par l'art. VII de la Constitution de l'Empire et si la décision n'est pas contraire aux dispositions des art. V, XXXVII ou LXXVIII de ladite Constitution (1) ; si la loi, quand elle tombe aux *jure*

(1) Dans la loi du 21 juillet 1870 (Bulletin des lois de la Confédération p. 498), la formule de promulgation est ainsi conçue : « Vu le vote favorable émis en conformité avec la Constitution par le Bundesrath et le Reichstag. » On voulait sous-entendre par là que le vote avait été émis au Bundesrath conformément à l'art. LXXVIII de la Constitution de l'Empire. Dans les lois qui ont ultérieurement modifié la Constitution de l'Empire, on a supprimé de nouveau cette clause dans la formule

singulorum, a obtenu l'assentiment de l'Etat de la Confédération qu'elle intéresse ; si le Reichstag et le Bundesrath ont discuté le projet sans enfreindre les règles en vigueur ; si les décisions des deux assemblées sont parfaitement d'accord, etc. Si cet examen donne un résultat négatif, l'Empereur a non seulement le droit, mais le devoir, de refuser la promulgation jusqu'à ce que le défaut ait été corrigé. En admettant même que l'Empereur se trompe quand il arrive à ce résultat, sa décision est valable, car il n'y a pas de juridiction supérieure qui puisse lui imposer la promulgation de la loi. Donc, l'Empereur possède la faculté effective d'exercer un droit de vote, en refusant pour une question de forme la promulgation de la loi (1).

d'introduction et ce n'est que justice : car toutes les lois, qu'elles modifient ou non la Constitution, doivent obtenir l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag, en conformité avec la Constitution.

(1) *V. Mohl*, Reichstaatsrecht, p. 291, seq., fait valoir avec raison qu'on ne saurait « exiger » de l'Empereur la promulgation de lois « anticonstitutionnelles » ; mais il ne fait pas une distinction entre la promulgation et la sanction. *Hänel*, Studien II, p. 51 ; *Meier*, p. 279, n. 16 ; *Zorn*, I, p. 415 seq., et *Schulze*, Deutsches Staatsrecht II, p. 119, admettent intégralement la thèse que j'ai exposée. *Gierke* (Grünhut VI, p. 230) ne peut pas nier non plus que l'Empereur ait le droit et le devoir de déterminer si une décision qui a obtenu l'accord du Bundesrath et du Reichstag a été prise conformément à la Constitution, mais il est d'avis que « ce n'est pas là un pouvoir indépendant et particulier qu'il y ait lieu de déduire positivement du mot « promulgation » ; c'est une conséquence du droit de publication qui vient naturellement (?) de la situation de l'Empereur ». Mais l'art. XVII distingue en propres termes et avec beaucoup de raison la promulgation et la publication, qui dans la pratique se séparent aussi nettement l'une de l'autre ; aussi il n'y a pas lieu d'examiner pourquoi les doctrinaires veulent réunir et confondre ces deux idées. *G. Meyer*, Hirth's Annalen, 1878, p. 374, reconnaît que la juxtaposition de ces deux termes dans l'art. XVII cité, « semble vouloir désigner deux actes différents du droit public », mais il ne se laisse pas aller à cette « impression », car il soutient que c'est une de ces « incorrections de forme, dont malheureusement les lois de

Il ne faut pas voir dans cette proposition un danger politique ; ce serait en méconnaître la portée réelle, que d'en conclure que l'Empereur peut arbitrairement promulguer une loi ou refuser la promulgation. En considération du Bundesrath et du Reichstag, de l'opinion publique et de son autorité personnelle, l'Empereur ne saurait — il n'est pas possible d'admettre le contraire — faire un emploi illégal du pouvoir qui lui est confié.

Si l'Empereur reconnaît que la loi a été édictée en observant scrupuleusement les prescriptions de la Constitution, la promulgation de cette loi est son devoir constitutionnel (1).

2° Quand l'Empereur effectue la promulgation, il constate par là, par un acte efficace et formellement

l'Empire ne sont pas toujours exemptes ». Le fait que la promulgation des lois n'a pas été jusqu'ici discutée par les écrivains qui se sont occupés du droit public allemand (il manquait un motif pratique) ne justifie pas la conclusion qu'elle « a été une institution juridique absolument ignorée jusqu'ici du droit public allemand » ; et l'idée, qu'il était tout à fait superflu et absurde de mettre le mot « promulgation » à côté « de publication » dans l'art. XVII de la Constitution, est peu vraisemblable et en contradiction avec les règles d'interprétation admises. La condition de la promulgation et son importance juridique ont été discutées dans leurs détails par *Jellinek*, p. 321 seq., qui part des mêmes principes que ceux que j'ai exposés. V. en outre les explications remarquables de *Fr. Tezner*, *Wien. Jurist. Blätter*, 1887, n° 4 seq. ; cf. *Dyhoff*, p. 852 seq.

(1) Les écrivains sont presque unanimes sur ce point. Cf. *Thadichum*, p. 94 ; *Hiersemenzel* I, p. 70 ; *Riedel*, p. 108 ; *Seydel*, *Commentar*, p. 171 sq. ; *Westerkamp*, p. 130 seq. ; v. *Pözl*, p. 111 ; v. *Rönne* I, p. 230 ; *Kolbow*, *Archiv* V, p. 100 seq. ; *Meyer*, *Antheil*, p. 59 seq., et *Staatsrecht*, § 163, note 5, qui contient une bibliographie plus étendue. *Fricker*, lui aussi, dans sa dissertation souvent citée, penche pour cette idée que l'Empereur est tenu de promulguer (ou comme il dit : de sanctionner) et de publier les lois votées par le Bundesrath ; il critique seulement les arguments, par lesquels on l'a soutenue, et il les trouve insuffisants. Seuls v. *Martitz*, p. 53, rem. 45 et *Dernburg*, *Pandekten*, § 25, rem. 5 représentent l'opinion contraire.

inattaquable, que la loi a été établie conformément à la Constitution.

Par là se trouve résolue la question de savoir si les juges ont le droit d'examiner la constitutionnalité des lois de l'Empire. Cette question, tant de fois discutée par les jurisconsultes allemands, est tranchée par l'immense majorité des auteurs en faveur du droit d'examen des juges (1). On dit : toute loi établie d'une manière inconstitutionnelle ou toute loi qui viole la Constitution n'est qu'une contrefaçon de loi ; les tribunaux, qui ont pour fonction d'appliquer les lois, doivent examiner avant tout, si un acte qui s'intitule loi répond vraiment aux conditions de validité des lois ; si cet examen conduit à une réponse négative, c'est le devoir des tribunaux de ne pas se laisser égarer par une étiquette trompeuse et de considérer comme nul un acte qui, en réalité, n'est pas une loi et qui est nul.

Cette argumentation renferme, comme on le lui a reproché souvent, une *petitio principii*. Assurément, il est exact que le juge, avant d'appliquer une loi, doit s'assurer que cette loi existe ; mais cela ne résout pas la question de savoir quel est le critérium qui permet au juge de constater formellement l'existence de la loi. L'argument prouve trop, comme c'est si souvent le cas des raisonnements faux. Ce n'est pas le juge seulement, c'est tout fonctionnaire qui a pour mission d'appliquer les lois et de rechercher par con-

(1) La bibliographie de cette question se trouve dans presque tous les traités de droit public et privé ; il n'y a donc pas lieu de la dresser à nouveau ici. L'exposé le plus complet de l'histoire du dogme est la dissertation de *Bischof* dans la *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess* (Gießen 1859), vol. XVI, p. 245 seq., 585 seq. ; mais depuis la publication de cet opuscule, la littérature spéciale s'est accrue considérablement. — Je dois insister sur ce fait que les discussions qui se trouvent plus haut dans le texte ne se rapportent qu'aux lois de l'Empire, et non aux ordonnances de l'Empire dont il sera question plus loin, § 58.

séquent quelles sont celles qui ont le caractère obligatoire de la loi. Tout fonctionnaire se porte garant de la légalité de son administration ; pour les fonctionnaires de l'Empire, cette disposition est reconnue en propres termes par le § 13 de la loi sur les fonctionnaires de l'Empire (1). Donc, l'argument présenté en faveur du droit d'examen des tribunaux, conduit à cette conclusion, que toute autorité devrait examiner la constitutionnalité d'une loi, avant d'appliquer la loi (2). Mais il n'y a pas que les autorités et les fonctionnaires ; toute personne qui vit sous l'autorité des lois doit obéir aux lois, se conformer aux lois existantes dans ses procès et dans toutes ses actions et omissions. Le principe *ignorantia juris nocet* fait à tous les individus sans exception un devoir d'examiner les lois qui existent. Si l'on considère comme loi, un acte qui se donne comme une loi, et qui n'a pas force de loi, si l'on agit en conséquence, on peut s'exposer aux conséquences d'une violation de la loi, en transgressant les lois que l'on considère par erreur comme abrogées par cet acte.

Par conséquent, la question est posée d'une manière absolument fautive et de nature à induire en erreur, si elle soulève le problème du droit qu'ont les tribunaux d'examiner la constitutionnalité des lois. La question est tout autre : il s'agit de savoir s'il y a des critères formels qui permettent de reconnaître l'efficacité juridique d'une loi, ou si une loi n'a de valeur que dans le cas où toutes les règles prescrites pour l'établissement d'une loi ont été observées matériellement. Une loi ne peut pas à la fois être dépourvue de force obligatoire pour les tribunaux et

(1) Voir plus haut, p. 172 et s.

(2) C'est ce que soulignent aussi Martitz, *Betrachtungen*, p. 132 et Bluntschli, *Allg. Staatsrecht*, p. 133. n. 2. Cf. Oetker, *Lebenserinnerungen von Friedr. Oetker*, vol. III, Kassel 1885, 2^e suppl., p. 64 seq.

revêtir ce caractère pour toutes les autres autorités et pour les citoyens ; non, il faut qu'elle soit ou valable ou nulle au point de vue absolu, c'est-à-dire pour tous ceux qui sont sous son autorité. Il serait oiseux d'exposer quels seraient les inconvénients politiques, les troubles apportés à la sécurité juridique, les dangers que courrait l'ordre public, si l'on admettait le principe que chacun peut, dans tous les cas, examiner, à ses risques et périls, si une loi a été établie constitutionnellement (1). La fausseté de ce principe, si l'on se place purement au point de vue du Droit public, apparaît clairement quand on admet, dans le sens développé plus haut, la signification juridique de la promulgation de la loi. Dans l'État monarchique, c'est le *nobile officium*, la haute mission politique du souverain d'examiner et de constater, avant de faire publier une loi, si elle a été établie conformément à la Constitution. La publication de la loi est plus qu'une simple proclamation ; le souverain n'a pas remplacé le héraut qui publiait la loi sur la place publique à son de trompe ou avec un roulement de tambour ; non, les droits de la Couronne

(1) V. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik I, p. 93 seq., estime tout naïvement, que quand un « simple citoyen » refuse obéissance à une loi qu'il considère comme inconstitutionnelle, on ne « peut regarder cela que comme un signe réjouissant d'une haute culture civique et de sentiments virils ». « On pourrait même presque aller jusqu'à affirmer que même une méprise venant d'un citoyen n'est pas moins réjouissante (1), attendu que d'une part le sentiment est manifestement le même et que d'autre part le pouvoir de l'État ne perd rien, pour ne pas dire plus, à ce que son droit soit avéré. » Oui, et qu'arriverait-il si quelques millions de simples citoyens commettaient une de ces méprises « réjouissantes » et refusaient obéissance à la loi ? Ou si le simple citoyen observe une loi régulièrement publiée et reconnaît, mais trop tard, et à ses dépens, instruit par un jugement sur l'inconstitutionnalité de la loi, qu'il manque « de haute culture civique et de sentiments virils » ?

consistent dans l'exercice des fonctions législatives, et c'est un des devoirs qu'imposent ces fonctions de vérifier si les prescriptions juridiques qui fixent la marche du travail législatif ont été fidèlement observées.

Dans l'Empire Allemand, ces fonctions sont attribuées à l'Empereur par l'art. XVII de la Constitution. Ce n'est ni le juge, ni l'administrateur, c'est l'Empereur qui est chargé de garder la Constitution, de veiller sur elle. C'est à lui qu'incombe la mission de faire observer les principes juridiques qui règlent la législation de l'Empire, dans toute œuvre législative ; il examine dans l'intérêt de tous les membres, de tous les sujets de l'Empire, si la loi a rempli les conditions constitutionnelles ; et il donne au résultat de cette enquête une forme efficace par la promulgation de la loi.

On a souvent affirmé que la mention que renferme la loi publiée, de l'assentiment de la représentation nationale constitue une *présomption* de vérité et de légalité ; mais que cette présomption peut être détruite si l'on fait la preuve du contraire (1) ? Par suite le juge serait tenu de faire une enquête sur l'histoire d'une loi, chaque fois qu'une partie, dans un procès, contesterait la constitutionnalité de la loi ou chaque fois qu'un parti politique, une fraction du Reichstag ou un des gouvernements confédérés ferait entendre une protestation du même genre et par là aurait rendu *notoire* la contestation de cette présomption. Mais on peut considérer comme réellement impos-

(1) *Gneist*, Verhandl. des 4^e deutschen Juristentages I, p. 232 ; *v. Gerber*, Grundzüge, § 49, p. 155 seq. ; *Planck* dans les *Jhering's Jahrbücher*, vol. IX, p. 370 ; *Schulze*, Preuss. Staatsrecht II, p. 243 seq. ; *Hänel*, Studien I, p. 264. C'est à cela que revient aussi, dans ses traits essentiels, la fine déduction d'*Oetker* dans le mémoire (p. 69 seq.) que j'ai mentionné plus haut p. 324, note 2.

sible que l'Empereur fasse publier et que le Chancelier de l'Empire ait contresigné une loi, en donnant l'assurance formelle que cette loi a obtenu l'assentiment du Reichstag et du Bundesrath, quand, en réalité, la loi n'a *pas le moins du monde* été adoptée par l'une de ces Assemblées ou par toutes deux. Qui pourrait discuter sérieusement l'éventualité d'une entente entre l'Empereur et le Chancelier dans le but de forger cet audacieux mensonge public? Ce sont là des « questions de doctorat » absolument chimériques. Mais le cas qui a une importance pratique, c'est lorsqu'on met en doute que le projet du gouvernement ait obtenu l'assentiment du Reichstag conformément à l'art. XXVIII et la sanction du Bundesrath conformément aux art. V, VII, XXXVII, LXXVIII.

Le juge peut-il donc avoir le devoir et le droit de rechercher si le Reichstag était en nombre, quand il a voté la loi, et si vraiment la majorité absolue s'est prononcée en sa faveur; peut-il établir, par exemple au moyen de témoignages, que l'assentiment imposé par la Constitution n'a pas été donné? Gneist, *op. cit.*, dont l'opinion a trouvé de nombreux partisans, enlève à sa propre théorie toute portée pratique quand, par une application du principe en vigueur dans le Droit *anglais*, il dit que ce sont là *interna corporis*, dont le Parlement doit décider lui-même comme toute corporation; que par là l'enquête des tribunaux est éliminée. Mais cet argument n'est pas concluant, même si on laisse de côté la question de savoir si la représentation nationale en Allemagne peut se comparer à un point de vue quelconque avec une *universitas ordinata*. Car, d'une part, il est in-

(1) La réfutation de Gneist au point de vue du droit anglais vient d'être faite par Jellinek, p. 104.

contestable que les tribunaux peuvent décider si la décision d'une corporation est valable et statutaire ou si elle a été prise par dérogation aux statuts et par suite si elle est nulle et non avenue ; d'autre part, les dispositions de la Constitution de l'Empire au sujet du vote du Reichstag ne sont pas simplement une question du règlement intérieur du Reichstag ; elles ne s'effacent pas devant son autonomie et leur application n'est pas livrée au bon vouloir du Reichstag ; il s'agit ici non pas d'une question *interna* du Reichstag, mais du Droit public de l'Empire (1).

Mais ce serait demander l'impossible au juge que, de le mettre en demeure d'établir si la décision du Bundesrath, que l'on a soustraite à la publicité, a été prise constitutionnellement : par exemple, si, une loi, qui, de l'avis du juge, élargit la compétence constitutionnelle de l'Empire ou concerne les *jura singulorum*, a été établie conformément aux prescriptions de l'art. LXXVIII, 1^{er} et 2^o alinéa, si l'on a appliqué à tort ou à raison le dernier alinéa de l'art. VII, etc. Ces dispositions ne sont pas, elles non plus, une simple partie du règlement intérieur du Bundesrath ; elles ne règlent pas simplement ses *interna*, mais elles sont aussi des propositions du Droit constitutionnel, d'une valeur générale (2). Mais se pourrait-il que le juge eût le devoir d'entendre le Chancelier de l'Empire sous la foi du serment ou de solliciter de lui une attestation officielle sur des faits, dont on déduirait l'inconstitutionnalité de la loi, après que ce même Chancelier, en apposant sa signature sur la loi, en a accepté la responsabilité et affirmé qu'elle a été établie constitutionnellement.

(1) Voir aussi Hänel I, p. 259.

(2) Hiersemenzel, Verfassung I, p. 10 pense, par suite, que, vis-à-vis du Bundesrath, le juge doit se contenter de l'attestation contenue dans la formule de sanction, mais qu'au contraire, vis-à-vis du Reichstag, il a un droit d'examen, — ce qui est tout à fait illogique.

Or, si l'on voulait, malgré ces objections, par doctrinarisme constitutionnel, conserver aux tribunaux le droit d'examiner la constitutionnalité d'une loi, il ne faudrait pas reculer devant la conséquence suivante : une loi dûment publiée dans le recueil des lois de l'Empire, dont l'Empereur et le Chancelier, le Bundesrath et le Reichstag affirment à l'unanimité la constitutionnalité et la valeur juridique, pourrait être déclarée, par un tribunal, à l'occasion d'un procès civil ou criminel, inconstitutionnelle et par suite nulle et non avenue. Car si la loi est nulle dès son origine, le silence du Reichstag et du Bundesrath ne suffit pas à la rendre efficace (1).

On s'est appuyé, pour affirmer que les juges ont le droit d'examiner la constitutionnalité des lois de l'Empire, sur l'art. II de la Constitution, qui déclare

(1) L'exemple suivant montrera clairement à quelles conséquences peut conduire la thèse que je combats ici. Si un tribunal estime (et cette opinion ne manque pas de fondement) que la création du tribunal suprême de commerce de l'Empire (ou de la Cour suprême de l'Empire) dépassait les limites de la compétence fixées par la Constitution de la Confédération, si ce même tribunal admet la théorie émise par de nombreux jurisconsultes, qu'il est inadmissible et inconstitutionnel d'édicter des lois dont la teneur soit en contradiction avec la Constitution tant que le texte de la Charte constitutionnelle n'a pas subi une modification correspondante, si enfin ce tribunal s'arroge le droit et se fait un devoir d'examiner la Constitutionnalité de lois dûment publiées et de traiter comme juridiquement nulles des lois établies anti-constitutionnellement, mais régulièrement publiées : ce tribunal devrait nécessairement considérer toute l'institution du tribunal suprême de l'Empire comme inconstitutionnelle, déclarer ses jugements nuls et non avenues, refuser de les exécuter, etc. Les trois prémisses que nous venons de supposer se trouvent par exemple chez *v. Rönne*, *Staatsrecht des Deutschen Reiches* II, 1, p. 32, 34, note 1, 62. Mais à propos de tout autre cas bien moins important, il faudrait regarder comme une situation absolument intolérable, que des tribunaux pussent, quand ils ont à décider des contestations concrètes, considérer comme nulle une loi régulièrement publiée, tandis que l'Empereur, le Bundesrath et le Reichstag la maintiennent comme constitutionnelle.

que l'Empire exerce son droit législatif « dans la mesure du contenu de cette Constitution (1) ». Il est bien certain que l'Empire ne doit faire œuvre législative que conformément à la Constitution et non en violant la Constitution ; la valeur objective de cette règle est incontestable en elle-même et n'a pas besoin d'une mention dans la Constitution. Mais l'art. II précité est muet sur la question de savoir *qui est chargé de décider* si une loi a été établie dans la mesure du contenu de la Constitution ; et, en particulier, si cette question peut être tranchée par un tribunal quelconque ou par n'importe quelle administration pour des motifs différents et dans un sens différent, ou si c'est l'Empereur qui doit la décider d'une manière uniforme et obligatoire pour tout le monde. De l'art. II de la Constitution il résulte seulement que c'est l'Empereur qui ne doit pas promulguer un texte de loi qui lui est soumis, ni en ordonner la publication, à moins que ce texte n'ait obtenu l'assentiment et la sanction que prescrit la Constitution.

En effet, on ne saurait pas comprendre quelle serait, au point de vue du droit public, l'importance de la promulgation que l'art. XVII de la Constitution confie à l'Empereur, si ce n'est pas celle que j'ai exposée dans ce qui précède (2). Les décisions du Reichstag, comme celles du Bundesrath, sont promulguées par les présidents des deux Assemblées, le président du Reichstag ou le Chancelier de l'Empire.

(1) Cf. *Heinze*, Verhältniss des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht 1871, p. 25 ; *Hänel*, Studien I, p. 263, 264 ; v. *Rönne* II, 1, p. 61.

(2) L'importance juridique de la promulgation et de la publication des lois par les soins de l'Empereur n'est discutée presque nulle part par les jurisconsultes. *Seydel* seul, Commentar, p. 171 seq. s'en occupe ; mais il n'y voit qu'un « droit d'honneur » de l'Empereur, « un simple droit formel, mais non un pouvoir matériel ». Voir aussi du même auteur, *Bayer*, Staatsrecht II, p. 312, 344. *Dyroff*, p. 852, se range à son avis.

Par conséquent, le texte de la loi, tel qu'il a été voté par ces deux assemblées, est déjà fixé par un document authentique, sans l'intervention de l'Empereur, et l'Empereur pourrait se borner à ordonner la publication. C'est la forme qui existe en Suisse. La décision du Conseil national et de même la décision du Conseil des États sont promulguées dans des actes identiques ou dans un seul et même acte par les présidents et les greffiers des deux Conseils, et le Conseil fédéral décide ensuite simplement l'insertion du décret fédéral dans le Recueil officiel des lois de la Confédération. Mais la Constitution de l'Empire établit que l'Empereur doit non seulement publier, mais aussi promulguer les lois ; la loi doit être un acte authentique non pas du Bundesrath, mais de l'Empereur. Il en résulte que la promulgation de la loi doit nécessairement avoir un contenu indépendant ; car l'Empereur n'est pas institué pour authentifier des actes du Bundesrath ou du Reichstag ; donc, quand il authentifier un acte, c'est toujours un acte de son gouvernement propre.

D'autre part, la promulgation impériale de la loi n'a pas le sens d'un consentement ; car, dans l'Empire Allemand, la sanction émane — comme nous l'avons montré — non de l'Empereur, mais du Bundesrath (1).

Si donc la promulgation impériale de la loi a un contenu indépendant et pourtant n'est pas un consentement donné à la loi, il ne lui reste pas d'autre alternative que d'être la constatation formelle que la loi a été discutée, votée et sanctionnée constitution-

(1) Dans les monarchies, la promulgation se confond avec la sanction ; par le fait que le roi signe l'original de la loi, il la sanctionne et l'authentifie du même coup. C'est pour cela que les Chartes constitutionnelles des États non confédérés ne mentionnent pas la promulgation des lois comme étant un acte particulier.

nellement. La promulgation contient un *jugement*, comme tout acte authentique émanant d'une autorité; assurément, ce n'est pas un jugement mettant fin à un procès, puisqu'il n'y a pas de litige; mais la promulgation a pour effet d'établir que les faits se sont passés en conformité logique avec les règles juridiques en vigueur (1). La promulgation de la loi déclare que, dans le cas présent, les conditions effectives, que le droit constitutionnel impose à toute loi, avant qu'elle ait formellement force de loi, ont été remplies. Elle est la *solemnis editio legis*; elle répond à la définition de la promulgation, telle que l'a donnée la Constitution française de l'an VIII (2). Or, si la Constitution de l'Empire investit l'Empereur de ces fonctions, il ne saurait appartenir à un juge et à un administrateur quelconques, de soumettre, dans le cas spécial dont ils ont à décider, la sentence impériale à une nouvelle épreuve dont ils jugeraient en dernier ressort, et, suivant le cas, d'opposer à cette sentence un arrêt complètement différent (3).

Donc en admettant même que le Droit public d'un État de la Confédération permette de conclure à

(1) Cf. *Bernatzik*, *Rechtsprechung u. materielle Rechtskraft*, p. 7 seq.; *Jellinek*, p. 402.

(2) Voir plus haut, p. 285 seq. A propos d'un principe identique du droit public pendant la république romaine, cf. v. *Jhering*, *Geist des rom. Rechts* III, 1, § 55, p. 229 seq. (3^e ed. 1877).

(3) *Thudichum*, *Verfassungsrecht*, p. 95 va plus loin. Il veut seulement qu'une ordonnance soit désignée comme « loi » dans le Bulletin des lois de l'Empire; il n'exige pas que le Bulletin mentionne l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag, ni que cet assentiment soit réellement donné. Or, l'art. V de la Constitution établit que ce dernier point est une condition de validité d'une loi. Il faut donc *ou bien* — comme le veut l'opinion courante — que dans chaque cas particulier le juge soit chargé d'examiner, si l'on a satisfait à cette condition, *ou bien* — comme je l'ai développé ici — que l'existence de cette condition soit constatée dans la promulgation d'une façon générale et avec une validité formelle.

l'existence, pour les juges, du droit de rechercher la constitutionnalité des lois *de cet Etat*, ce droit d'examen ne saurait être valable quand il s'agit des *lois de l'Empire*. Le tribunal suprême de l'Empire a reconnu, lui aussi, ce principe, que le juge n'a pas qualité (1) pour trancher la question de savoir si une loi aurait pu être édictée, sans modification préalable de la Constitution et sans l'accomplissement des formalités prescrites à cette fin.

Le principe exposé ici conduit aussi à une autre conséquence importante. Non seulement le juge ou l'administrateur ne peuvent pas déclarer inconstitutionnelle une loi promulguée par l'Empereur et lui dénier le caractère obligatoire, mais il en est de même de tout membre de la Confédération (2). Si un gouvernement confédéré est d'avis qu'une loi lèse un de ses droits particuliers, ou lui impose des charges iniques, il faut qu'il fasse entendre son opposition à la loi avant la promulgation et qu'il la soumette à la décision du Bundesrath. Quand l'Empereur a accordé la promulgation, il a constaté par là que cette opposition ou n'a pas été présentée ou a été déclarée non fondée par la décision régulière du

(1) *Entscheidungen in Civilsachen*, vol. IX, p. 235 seq. Cf. *Jellinek*, op. cit. L'ancienne Cour d'appel suprême de Lübeck, en parlant du principe du droit d'examen accordé au juge, a elle aussi exposé dans un arrêt du 6 avril 1869 (*Seuffert's, Archiv*, vol. XXVI, n° 99, p. 162) que l'attestation de constitutionnalité donnée par l'organe compétent de l'Etat est suffisante pour les tribunaux.

(2) *Hänel*, *Studien I*, p. 261 seq., tire logiquement la conclusion opposée; il voit précisément dans le droit qu'a le juge d'examiner la constitutionnalité des lois de l'Empire une *garantie indirecte donnée à l'Etat particulier* contre les empiétements illégaux de l'Empire dans sa législation. Il n'y aurait pas lieu d'envier cette garantie aux Etats particuliers; car ils pourraient se trouver dans une situation étrange: le *Bundesrath* exigerait d'eux l'application d'une loi de l'Empire et les menacerait de l'exécution fédérale, tandis que leurs *tribunaux* déclareraient la même loi inconstitutionnelle et par conséquent inapplicable et nulle.

Bundesrath ou bien a été annihilée par le fait qu'ultérieurement le membre de la Confédération intéressée a donné son assentiment à la loi (1). C'est ainsi, par exemple, que la promulgation de la loi postale du 28 octobre 1871 constate en bonne et due forme que le Wurtemberg n'a pas fait usage du droit d'opposition que lui confère le procès verbal du 25 novembre 1870, ch. III (Bulletin des lois de l'Empire, p. 657); et il serait aussi peu admissible qu'un jour le gouvernement du Wurtemberg soulève la question de savoir si le Wurtemberg a accepté légalement la loi postale, que si un tribunal wurtembergeois s'insurgeait contre elle à propos d'un procès particulier.

3^o Quant à la forme qu'il convient de donner à la promulgation, la législation de l'Empire est muette à ce sujet. La définition du mot même amène à ce résultat, que la promulgation doit nécessairement comprendre les éléments essentiels d'un document authentique, par conséquent, le texte complet de la loi, la signature autographe de l'Empereur et la date. Cet acte constitue l'*original* de la loi; c'est par cet acte que la loi prend une *existence matérielle* (2).

(1) Par ce fait, les objections politiques, qui ont été soulevées à propos de la théorie développée plus haut, § 12 des *jura singulorum*, se trouvent écartées; ce sont en particulier celles de *Löning*, *Hirth's Annalen* 1875, p. 359 seq., et v. *Martitz*, *Tübinger Zeitschrift für Staatswissenschaft* 1876, p. 570 seq. V. plus haut, t. I, p. 193, note 2. Les *jura singulorum* sont des limites objectives de la législation de l'Empire; en ne les respectant pas, l'Empire commettrait matériellement une injustice; mais il n'est pas dans le pouvoir de l'État particulier, par suite de cette allégation unilatérale, de se soustraire à l'obéissance à une ordonnance de l'Empire, qui a obtenu *formellement* la valeur de loi de l'Empire, par sa seule allégation qu'une injustice de ce genre lui a été faite.

(2) V. aussi *Jellinek*, p. 327 et surtout *Tezner* dans les *Jurist. Blätter* (de Vienne), 1887, p. 49 seq. Cet auteur développe finement les conséquences qui résultent de ce fait que ce n'est pas l'*impression de la loi*, mais la *promulgation de la loi* qui est l'incarnation de la volonté de la loi, « la loi en chair et en os ».

La date des lois de l'Empire est celle non pas du jour où la loi a été sanctionnée par l'Empire au moyen d'une décision du Bundesrath, non pas du jour de la publication, mais du jour où l'Empereur l'a promulguée.

Outre la signature, la promulgation doit porter le sceau impérial.

Il est également indispensable qu'elle soit contre-signée par le Chancelier de l'Empire ou son remplaçant (1), qui par là en assume la responsabilité. (Constitution de l'Empire, art. XVII). En ce cas, la responsabilité porte sur ce point, que le texte soumis à la promulgation de l'Empereur correspond exactement, mot pour mot, au texte voté par le Reichstag et par le Bundesrath et que la loi a été votée constitutionnellement. Le Chancelier de l'Empire a le devoir d'assister l'Empereur dans l'examen de cette question et au besoin de lui en référer ; par son contreseing, il atteste que, lui aussi, il a acquis, après loyal examen, la conviction sincère que la loi a été établie conformément aux dispositions de la Constitution de l'Empire. Mais la responsabilité du Chancelier ne s'étend pas au contenu matériel des dispositions de la loi ; car après le vote du Reichstag et du Bundesrath, il n'est plus en son pouvoir d'exercer sur elles une action. Si donc le Chancelier n'approuve pas les dispositions de la loi, mais néanmoins est obligé de reconnaître que la loi a été établie constitutionnellement, il n'est ni de son devoir ni de sa compétence d'empêcher ou de retarder la promulgation en refusant son contreseing.

4° L'Empereur est chargé non seulement de pro-

(1) Si la signature fait défaut, c'est une condition essentielle de la valeur juridique de la loi qui manque ; elle n'a plus le caractère d'obligation. Jugement de la Cour suprême du 13 juin 1882. *Entscheidungen in Civilsachen*, vol. VIII, p. 3.

mulguer les lois conformément à l'art. XVII de la Constitution; mais encore de les *publier*.

Cette expression ne désigne pas ici la notification même, qui est réglée dans l'art. II de la Constitution, mais *l'ordre de publier*.

L'ordre impérial est adressé au Chancelier et se trouve en si étroite connexion avec la promulgation, que ces deux opérations coïncident en réalité et ne sauraient se séparer. Car l'Empereur ne peut pas faire publier une loi, dont il n'a pas au préalable constaté l'existence constitutionnelle, et d'autre part il ne peut pas promulguer une loi sans la faire publier.

Quand l'Empereur reconnaît que la loi est valable, la publier est non seulement son droit, mais son devoir, puisqu'il n'a pas un droit de veto. De même que la terminologie du droit français (nous l'avons expliqué plus haut) embrasse sous l'expression de promulgation la promulgation et l'ordre de publier, de même l'art. XVII de la Constitution de l'Empire rassemble en une même idée la promulgation et la publication des lois.

Il est de règle que la publication ait lieu immédiatement après l'opération de la promulgation; s'il semble opportun à l'Empereur de remettre la publication à quelque temps, il peut le faire en différant la promulgation.

Comme la publication est la conséquence *nécessaire* et généralement immédiate de la promulgation, il s'en suit que l'ordre de publication n'a pas besoin d'être donné *en termes propres* par l'Empereur, mais qu'il est compris tacitement dans la promulgation comme s'entendant de soi. Sans doute, pour se conformer au texte de l'art. XVII, il faudrait que l'Empereur fit parvenir la promulgation de la loi au Chancelier avec l'ordre exprès de la publier et cet ordre sera, en fait, inévitable dans tous les cas

où il renfermera encore autre chose que la phrase simple et invariable : « Cette loi sera publiée » (1).

IV. — *La publication des lois de l'Empire.*

L'exécution de l'ordre de publication, par conséquent la publication proprement dite, a lieu, conformément à la Constitution de l'Empire, par la voie du Bulletin des lois de l'Empire. Ici il faut considérer les points suivants :

1° La publication n'est pas une notification ordinaire ; elle est l'exécution d'un ordre de l'Empereur, un *acte officiel du gouvernement impérial*. En conséquence, la publication ne peut être l'œuvre que d'un organe de l'Empire ; la publication des lois de l'Empire est une des phases par lesquelles doit nécessairement passer la législation de l'Empire et ne peut par suite émaner que de l'Empire. Par là, l'opinion émise par Seydel, Commentar, p. 44 et 171, se trouve réfutée : d'après lui, la publication faite par ordre de l'Empire n'est qu'une « simplification des formes, et il serait tout aussi admissible que la publication eût été confiée à chaque État (2) ». L'impression des lois de l'Empire dans des journaux judiciaires ou officiels des États particuliers n'a pas de sens en droit public ; elle est sur le même pied

(1) Quand, par exemple, il y a lieu d'ajourner la publication jusqu'à une certaine époque. Il faut citer à ce propos une décision du Bundesrath du 5 avril 1876. Le Bundesrath sanctionna la loi concernant la modification du tit. VIII de la loi industrielle, ainsi que la loi sur les caisses de recours inscrites, en stipulant que cette dernière loi *précéderait la 1^{re}* dans la publication. Car la date de la 1^{re} loi devait être citée dans le § 141 de la 2^e. Procès-verbaux du Bundesrath, 1876, § 152, p. 109.

(2) Cette opinion vient de ce que Seydel nie qu'il y ait un droit législatif de l'Empire différent du droit législatif de chaque État et de ce qu'il définit la loi de l'Empire « une loi égale pour tous les États de la Confédération ». V. du même auteur Bayer. Staatsrecht, vol. II, p. 341 sq.

que l'impression dans des journaux ou dans des ouvrages scientifiques (1).

2° La publication ne peut être faite que par la voie d'un Bulletin des lois de l'Empire. C'est le seul mode de publication des lois de l'Empire auquel l'art. II de la Constitution reconnaisse une valeur juridique ; il ne saurait être remplacé par aucun autre moyen de notification. Donc, le Bulletin des lois de l'Empire renferme la collection complète des lois de l'Empire ; il n'existe pas de lois de l'Empire ayant un caractère obligatoire, qui n'aient été imprimées dans le Bulletin des lois de l'Empire.

Ce principe souffre dans la pratique une exception ; mais, à n'en pas douter, elle n'est qu'apparente. Quand une loi de l'Empire déclare valable pour tout l'Empire ou introduit sur un autre territoire de l'Empire une loi en vigueur dans un État particulier faisant partie de l'Empire, où elle a déjà été publiée régulièrement, ou encore quand une loi de l'Empire s'y réfère, il n'est pas toujours d'usage de la réimprimer dans le Bulletin des lois de l'Empire ; il arrive souvent que l'on renvoie au numéro du Bulletin des lois de l'État particulier, que par là l'Empire déclare

(1) V. aussi *Thudichum*, *Verfassungsrecht*, p. 94 ; *Koller*, *Verfassung des Deutschen Reiches*, p. 187. La plupart des recueils de lois des États particuliers s'abstiennent avec raison de reproduire le contenu du Bulletin des lois de l'Empire, puisque les lois et les ordonnances qui y sont imprimées peuvent être considérées comme connues de tous. Mais en même temps que les États particuliers publient des lois réglant le détail, ils impriment assez fréquemment, sous forme d'« annexe », la loi de l'Empire en question pour en faciliter l'intelligence ; c'est ce qui s'est produit en particulier pour la loi sur les monnaies, la loi sur la vaccination, la loi sur l'état civil et sur le mariage civil, etc. Certains recueils de lois contiennent, en outre, des résumés du contenu des numéros du Bulletin des lois de l'Empire qui viennent d'être expédiés ; tel est le *Journal Officiel (Regierungsblatt)* du Württemberg, le *Recueil des lois de Saxe Altenbourg*, le *Journal Officiel de Saxe Weimar*.

authentique (1). Si l'on ne peut pas approuver cette économie de la part du Bulletin des lois de l'Empire, on ne saurait pourtant voir là une transgression de l'art. II de la Constitution, attendu que le numéro du Bulletin des lois de l'Empire contient ce qui est, en droit public, l'élément *essentiel* d'une loi de l'Empire, à savoir *l'ordre* d'obéir à la loi émanant de l'Empire, tandis que la teneur de cet ordre doit être recherchée dans d'autres imprimés (2).

3° L'acte officiel de la publication, l'exécution de l'ordre de publier donné par l'Empereur appartient au ministre de l'Empereur, au Chancelier de l'Empire. Lui seul a compétence au point de vue du droit public. Comme la publication ne peut se faire qu'au moyen du Bulletin des lois de l'Empire, on peut

(1) A ce point de vue, la pratique est très irrégulière et arbitraire. De très nombreuses lois de la Prusse, qui ont été déclarées lois de l'Empire ou auxquelles des lois de l'Empire se réfèrent, ont été réimprimées dans le Bulletin des lois de la Confédération ou de l'Empire; dans un très grand nombre d'autres cas, on a fait le contraire, et renvoyé simplement au texte imprimé dans le Recueil des lois de la Prusse. Ainsi, tandis que le Code de commerce et la loi sur les lettres de change, ont été réimprimés quand ils ont été déclarés lois de la Confédération de l'Allemagne du Nord, la convention de Gotha du 15 juillet 1851, à laquelle se réfère la loi sur la liberté d'établissement du 1^{er} nov. 1867, § 7, l'ordonnance prussienne du 16 juin 1819 déclarée appl. de dans la loi de finance du 9 nov. 1867, § 6, la loi prussienne du 24 fév. 1850 étendue par la loi du 19 juin. 1868, § 1 à l'administration des dettes de la Confédération, etc., n'ont pas été imprimées dans le Bulletin des lois de la Confédération ou de l'Empire. Et ce procédé a été appliqué parfois même pour des lois qui avaient été publiées dans une feuille moins répandue et par suite moins à la portée de tous que le recueil des lois de la Prusse. C'est ainsi que la loi du 14 juin 1868 renvoie non seulement à un règlement prussien du 13 juin 1825, mais à une ordonnance du 15 fév. 1850 du Schleswig Holstein; la loi du 18 mai 1868, § 9 à une loi du 6 mars 1840 publiée dans la principauté d'Hohenzollern-Sigmaringen, sans que ces dispositions aient été réimprimées dans le Bulletin des lois de la Confédération.

(2) Autre thèse chez Zorn I, p. 419, note 39.

exprimer cela en disant que le Chancelier est légalement l'éditeur du Bulletin des lois de l'Empire (1). Il en résulte, en même temps, que le *Chancelier est responsable du contenu du Bulletin des lois*. En d'autres termes il ne doit pas y laisser imprimer *une seule loi* qui n'aurait pas reçu la promulgation impériale et il a pour mission de veiller à ce que le texte soit pur, sans interpolations ni omissions (2).

Le Chancelier doit donc, pour pouvoir, le cas échéant, assumer une responsabilité et afin de rendre

(1) C'est ce que reconnaît en propres termes l'ordonnance du 26 juillet 1867, § 3 (Bulletin des lois de l'Empire, p. 24) : « L'édition du Bulletin des lois de la Confédération est confiée au bureau du Chancelier de la Confédération », aujourd'hui à l'Office de l'Intérieur.

(2) C'est donc le devoir du Chancelier de corriger les fautes d'impression du Bulletin des lois, c'est une de ses fonctions officielles, qu'il remplira sans qu'une ordonnance de l'Empereur soit nécessaire ; ce qu'exige *Böhlau*, Mecklenb. Landrecht I, p. 303. Il n'en est pas de même d'une *erreur dans la promulgation*. Comme il appartient au Chancelier de corriger les fautes d'impression du Bulletin des lois, toute correction doit être signée par lui ou par son remplaçant compétent ; mais on néglige cette formalité et les corrections sont anonymes. Ce procédé peut, selon les circonstances, avoir de graves inconvénients, comme le prouve *Binding*, Grundriss des Strafrechts, § 19 (3^e éd., p. 53). Voici le cas qu'il cite. Le § 95 du Code pénal militaire contient, dans le 1^{er} alinéa, les mots « jusqu'à 5 ans, en campagne la prison ou la détention dans une forteresse » ; dans le texte soumis à la discussion du Reichstag, ces mots avaient été omis par erreur et le Reichstag a adopté le paragraphe sous cette forme incomplète. Cf. Imprimés du Reichstag de 1872, n^o 122. C'est sous cette même forme que le projet est devenu loi et a été publié dans le Bulletin des lois de l'Empire de 1872, p. 191. Il y avait donc une *erreur de rédaction*. Le Bulletin des lois de 1873, p. 138 contient sous la rubrique « erratum » une déclaration anonyme, d'après laquelle ces mots auraient été omis par suite d'une « erreur d'impression » et par conséquent le 1^{er} alinéa du § 95 devrait être conçu comme il suit. Ce n'est pas là corriger une faute d'impression, c'est corriger une loi et cette correction offre une ressemblance, que l'on ne saurait nier absolument avec une falsification de loi, faite *bona mente*. Voyez *Lindemann Arch. für öffentl. Recht* XIV, p. 145 sq. ; *M. von Schulz Archiv für soziale Gesetzgebung* XII, p. 429 sq.

impossibles des doutes au sujet de l'exactitude du texte imprimé dans le Bulletin des lois, veiller à la conservation de l'original de la loi promulguée par l'Empereur. C'est encore le Chancelier qui est responsable, si *toutes* les lois promulguées par l'Empereur ne sont pas imprimées *in extenso* et dans les délais prescrits.

Cette responsabilité, à la fois positive et négative, du Chancelier au sujet du contenu du Bulletin des lois, est, au point de vue du droit public, une garantie de la pureté et de l'exactitude du texte imprimé dans le Bulletin des lois. L'impression de la loi dans le Bulletin des lois, faite sous la surveillance du Chancelier, a un caractère officiel. Le Chancelier, en insérant la loi dans le Bulletin des lois et en éditant le numéro du Bulletin, c'est-à-dire en le faisant expédier (1), certifie et communique, d'une manière officielle à tous les tribunaux, aux autorités et aux sujets de l'Empire, l'existence de la promulgation de la loi par l'Empereur et son texte. L'examen auquel doivent se livrer les autorités et les sujets de l'Empire au sujet de l'existence des lois de l'Empire, se borne donc à acquérir la conviction que la loi est imprimée dans le Bulletin des lois dans les formes prescrites par l'art. XVII de la Constitution de l'Empire (2).

(1) On trouvera dans les « Instructions générales sur le service des postes », les indications qui réglementent l'envoi du Bulletin des lois de l'Empire (ainsi que des recueils officiels des lois et ordonnances des États particuliers).

(2) *Tezner* montre dans les *Wiener jurist. Blätter* 1887, p. 51, les dangers politiques qui peuvent survenir; les personnes chargées de la publication des lois tranchent, au moyen de communications de cette nature qui ont un caractère d'obligation pour le juge, la question de l'existence et de la validité des lois et usurpent par là la place assignée au législateur. En conséquence, il revendique pour le juge le droit d'examiner et de discuter la promulgation (l'original de la loi). Le danger politique signalé ici a-t-il une grande importance pratique? C'est

Les propositions qui précèdent sont exprimées dans l'art. II de la Constitution, sous une forme analogue au libellé de l'art. I du Code civil; il y est dit en effet : « Les lois de l'Empire acquièrent le caractère obligatoire par la *publication* faite par l'Empire ; cette publication a lieu dans un Bulletin des lois. »

En réalité, le caractère obligatoire des lois de l'Empire résulte non pas de leur impression dans le Bulletin, mais de leur *sanction*; or, cette sanction entraîne la promulgation impériale et l'ordre de publier ; et ce dernier entraîne à son tour la publication faite par les soins du Chancelier au moyen de l'impression dans le Bulletin des lois.

De cette publication faite sous la responsabilité du Chancelier de l'Empire, il résulte donc d'un côté que l'on conclut *a posteriori* à la sanction obtenue constitutionnellement, et d'autre part, sans la publication dans le Bulletin des lois, il n'est pas de loi qui acquière force de loi. Par suite, le résultat pratique est que tout semble s'arranger de la façon suivante : les lois de l'Empire ont l'air de n'acquérir force de lois que par « la publication par la voie du Bulletin des lois de l'Empire ».

Il faut distinguer la publication des lois de l'Empire de la fixation et de la notification officielle du texte de la loi, quand une loi ancienne est complétée ou modifiée par une loi nouvelle. Dans un certain nombre de cas de ce genre, une disposition particu-

une question ; le point capital au point de vue du droit public, c'est de savoir si le droit positif donne ou ne donne pas au texte imprimé dans le Bulletin des lois un caractère d'authenticité. Dans le 1^{er} cas, il y a une *praesumptio legis et de lege* qui parle en faveur de l'exactitude ; dans le 2^e cas, il y aurait lieu, sans aucun doute, de soumettre l'exactitude du contenu du Bulletin des lois à un examen aussi approfondi que la correction d'éditions non officielles des lois. Pour les lois de l'Empire, la question est résolue par l'art. II de la Constitution.

lière a chargé le Chancelier de « communiquer », par la voie du Bulletin des lois, le texte qui résulte de la loi nouvelle (1). Cette rédaction du texte n'est pas un acte législatif, et la « communication » même dans le Bulletin des lois, n'est pas une « publication ». La loi dérogatoire doit être régulièrement publiée sous sa forme primitive, et ce texte seul est authentique. Le texte établi par le Chancelier n'a pas une signification *indépendante*, c'est-à-dire qu'il n'est valable que si l'on admet l'hypothèse de son exactitude. La fixation et la communication du texte corrigé a le caractère juridique d'un *acte d'administration*, qui est, par son contenu, un travail littéraire au même titre que la confection de la table des matières du Bulletin des lois. Il n'y a qu'une seule différence entre la fixation et la publication du texte de loi corrigé faite par des particuliers et la même opération faite par le Chancelier : c'est que celle-ci est officielle, c'est-à-dire faite en vertu d'une fonction officielle et sous une certaine responsabilité ; au point de vue de sa portée juridique, elle est sur le même pied qu'une édition de la loi faite par un particulier.

§ 56. — *Des lois au sens formel.*

I. — La marche de la législation, qui a fait l'objet de nos discussions dans le § précédent et les prescriptions auxquelles nous avons établi qu'une loi doit se

(1) Cf. par exemple : Loi dérogatoire à l'art. V du Code pénal, du 26 fév. 1876 (Bulletin des lois, p. 38) ; loi dérogatoire à l'art. XVI de la loi industrielle du 1^{er} juillet 1883 (ib., p. 176) ; loi dérogatoire à l'art. II de la loi sur le timbre du 29 mai 1885 (ib., p. 177) ; loi sur les protectorats du 15 mars 1888, art. III (ib., p. 75), etc.

conformer, s'appliquent également aux actes émanant de la volonté de l'État, qui n'ont pas pour fin de poser des règles de droit. Le contenu matériel de toute décision émanant de la volonté de l'État peut, au même titre qu'une proposition juridique à introduire, être arrêté par l'accord des organes à qui appartient la fixation du contenu des lois, et, partant de cet accord comme base, la sanction, la promulgation et la publication peuvent avoir lieu identiquement comme s'il s'agissait de poser des principes de droit. Dans la monarchie absolue, tout ordre régulièrement édicté par le souverain était obligatoire soit qu'il s'agit d'imposer une règle juridique et de la faire appliquer par les tribunaux, soit qu'il fût question de l'administration et des autorités qui en ont la charge. De la même manière, d'après le droit public anglais, les bills du Parlement peuvent avoir tous les contenus imaginables. Ainsi, avant même l'introduction du régime constitutionnel, la « voie de la législation » n'était pas réservée exclusivement à la réglementation du droit, elle ne tenait pas d'elle son caractère distinctif. Mais ce régime constitutionnel a fait naître une conception nouvelle de la loi, déterminée par des critères formels, il a favorisé son développement, si bien qu'elle a pris en droit public une importance capitale.

L'application logique de la théorie de la séparation des pouvoirs a eu pour conséquence que toutes les fonctions de la vie de l'État, qui étaient dévolues au roi seul et aux administrateurs nommés par lui, sont revenues au pouvoir *exécutif*, que toutes celles qui exigeaient une collaboration de la Couronne et de la représentation nationale, sont devenues la prérogative du pouvoir *législatif*. Par là, se trouvent d'une part exclues de la notion de loi toutes les ordonnances contenant des principes de droit que le monarque a

le pouvoir de publier sans l'assentiment de la représentation nationale en s'appuyant sur une disposition générale de la Constitution ou sur une stipulation d'une loi spéciale ; par conséquent, toute loi au sens matériel du mot n'est pas nécessairement aussi une loi au sens formel. Au sens matériel, le droit légal est synonyme de *jus scriptum* ; au sens formel, le droit légal ne comprend que le *jus scriptum* qui est né avec l'assentiment de la représentation nationale.

Mais d'autre part, il faut faire entrer dans cette notion formelle de la loi tous les actes émanant de la volonté de l'Etat, pour lesquels l'assentiment de la représentation nationale est indispensable, quand même ils ne renferment pas de dispositions relatives à des principes de droit. Partout où l'on a voulu exclure la décision indépendante du monarque ou de ses ministres, on déclara indispensable « une loi », c'est-à-dire l'observation des formes prescrites pour la législation, parce que ces formes portent en elles-mêmes le consentement de la représentation nationale. On croyait, en appliquant le mot loi à toute décision émanant de la volonté de l'Etat prise en collaboration avec la représentation nationale, — même si elle ne s'occupe pas de propositions juridiques, — avoir réellement restreint le rôle de la représentation nationale au pouvoir *législatif* et avoir appliqué la théorie de la séparation des pouvoirs.

Mais, en vérité, le mot loi désigne, en ce sens, non pas une partie des *droits* que comprend le pouvoir de l'Etat, mais une *forme* sous laquelle se manifeste la volonté de l'Etat ; peu importe le contenu de cette volonté. Par une « loi », on peut fixer le plan d'administration des finances de l'Etat ou le devis d'une entreprise, reconnaître l'exactitude d'une reddition de compte, confisquer ou restituer les biens d'une

dynastie détronée, ordonner l'érection ou l'enlèvement d'un monument national, accorder une dotation, conférer le droit de citoyen, ou *un titre honoris causa*, prononcer le bannissement, la perte des droits de citoyen. Par une loi, on peut aussi vider un différend juridique pendant, prononcer la validité d'un acte du gouvernement ou le casser, valider ou invalider une élection, accorder une grâce ou une amnistie. Il arrive très fréquemment que des dispositions administratives importantes, qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées au gré du gouvernement, auxquelles les autorités se soumettent au contraire d'une façon continue, paraissent sous forme de lois. Dans tous les Codes comme dans la plupart des grandes lois, on rencontre, à côté de propositions juridiques réelles, des thèses politiques, des dogmes, des divisions, des définitions, des constructions, des constatations de faits ou de vues, des commentaires ou des considérations philosophiques et surtout des instructions (1). Une même loi peut porter sur des ordres d'idées très différents et contenir, à côté de principes juridiques réels, des instructions administratives, des mesures financières, des procurations etc. En un mot, il n'y a pas un objet de la vie civile tout entière, je dirai même, pas une pensée qui ne puisse devenir matière à loi.

Donc, entre la loi au sens matériel et la loi au sens formel, il n'y a pas la relation de genre à espèce, de sens restreint et subordonné à sens large du mot ; ce sont deux concepts essentiellement différents, qui

(1) V. ma dissertation dans l'Archiv für öffentl. Recht I, p. 182 seq. ; Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Archiv für civilist. Praxis, vol. LXIX, p. 309 seq. ; Seligmann, Begriff des Gesetzes 1886, p. 39 seq. ; Jellinek, p. 232 seq., 240 seq., 245. V. en particulier sur ce qui n'est qu'instructions dans le Code de procédure civile de l'Empire, Heilbut Müssen u. Sollen, Archiv. für civilist. Praxis, vol. LXIX, p. 331 seq.

ont chacun leur caractère *propre* ; l'un est le *fond*, l'autre la *forme* d'une déclaration de volonté (1). Une loi publique au sens formel, c'est un acte émanant de la volonté de l'État, accompli et affirmé sous une certaine forme solennelle (2). Le point de départ commun aux deux concepts, qui explique l'emploi

(1) La distinction entre les lois matérielles et les lois formelles a été adoptée presque par l'unanimité des juriconsultes contemporains, si bien qu'il ne semble pas nécessaire de citer les partisans de cette thèse. Les adversaires de l'idée de loi formelle sont : v. *Martitz*, *Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, vol. XXXVI ; *Arndt*, *Verwaltungsrecht*, p. 5 seq. ; *Zorn*, *Hirth's Annalen* 1885, p. 301 seq., et *Staatsrecht* (2^e éd.) I, § 14 ; *Seidler*, *Budget und Budgetrecht*, p. 184 seq. ; l'un des plus acharnés est *Hänel*, « Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne » (Studien II), Leipzig, 1888. Ces écrivains ne reconnaissent, en réalité, que le sens formel de la loi, car ils supposent que tout ce qui est publié sous forme de loi, a le caractère matériel d'une proposition juridique. V. ma réfutation développée dans l'*Archiv für öffentl. Recht*, vol. I, p. 177 seq., et plus loin, vol. V, appendice ; voir aussi *G. Meyer*, *Grünhuts Zeitschrift*, vol. VIII, p. 1 seq. ; *Seligmann*, p. 3 seq. ; *Seydel*, *Bayer. Staatsrecht*, vol. II, p. 304 seq. ; *Jellinek*, p. 73 seq. ; *Dyhoff*, p. 884 seq. ; *G. Anschütz*, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz*, Leipzig 1891 (excellente réfutation de *Hänel*). La dissertation d'*Alfr. Pernice*, *Formelle Gesetze im römischen Rechte*, Berlin 1888, montre que l'ancien droit public romain n'ignorait pas cette distinction.

(2) Il est dit dans la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789, art. VI : « La loi est l'expression de la volonté générale. » Portalis définit de même : « La loi est une déclaration solennelle de la volonté du Souverain sur un objet d'intérêt commun. » (*Loché*, *Législ. de la France* I, p. 266, n° 21). *Merlin*, Répertoire, art « loi », § 2 (tome XVIII, p. 384 seq.), explique longuement qu'une déclaration quelconque du pouvoir législatif ne constitue pas une proposition juridique, mais qu'il y a lieu cependant de la reconnaître comme loi, car l'Assemblée constituante a décidé, par décret du 9 nov. 1789, que « tous ses décrets, qui seraient revêtus de la sanction royale, portassent indistinctement le nom et l'intitulé de lois ». La Constitution du 5 fructidor an III, art. 92 dit : « Les résolutions du Conseil des cinq cents adoptées par le Conseil des anciens s'appellent lois. » Cette définition formelle de la loi a prévalu chez les juristes français modernes, mais naturellement les conditions changent en même temps que les Constitutions. V. aussi *Jellinek*, p. 81 seq.

de la même expression pour rendre deux idées aussi différentes, est constitué par ce principe que la fixation de propositions juridiques doit avoir lieu légalement et régulièrement en suivant une voie que détermine la Constitution et que l'on appelle pour cela la voie législative.

II. — La distinction d'une double signification du mot loi, d'un sens matériel et d'un sens formel, a aussi une autre portée pratique. On entend l'expression de « législation » dans un sens objectif et dans un sens subjectif ; au sens subjectif, elle désigne le pouvoir de publier des prescriptions (compétence) ; au sens objectif, elle représente l'ensemble des prescriptions publiées sous une forme valable en usant de ce pouvoir législatif. S'il y a dans la Constitution un point qui stipule que telle ou telle matière est exclue de la « législation de l'Empire », cela ne veut pas dire que l'Empire veut régler cette matière sous forme d'ordonnance. Nullement ; on a voulu indiquer par là que cette matière est soustraite absolument à la volonté de l'Empire et qu'il appartient par exemple aux États particuliers de la régler. Dans ce sens, le « pouvoir législatif de la Confédération » ou sa « législation » est limitée ou exclue sur plusieurs points par la Convention constitutionnelle avec la Bavière et le protocole final du 23 novembre 1870 qui s'y rattache ; naturellement l'Empire est écarté par là du règlement de certaines affaires, aussi bien sous forme de lois que sous forme d'ordonnances. D'autre part, quel est le sens de cette disposition : telle matière fait partie de la législation de l'Empire ? Veut-elle dire que le règlement de cette matière doit avoir lieu sous forme de loi de l'Empire ? Non ; cela signifie que le pouvoir d'Empire, en général, est compétent pour régler cette ma-

tière sous une forme qui ait un caractère d'obligation. C'est ainsi que l'art. IV de la Constitution de l'Empire énumère les affaires qui sont soumises à « la surveillance de l'Empire et à sa *législation* ». Par là, le pouvoir d'établir des règles juridiques ayant force de lois est conféré à l'Empire ; mais cet article ne prescrit pas sous quelle forme ces règles doivent être établies. Le mot revient dans le même sens au chiffre 13 du même article, aux articles XXXV, XXXVIII, LII, 2^e alinéa, où l'on fixe les limites de la compétence de l'Empire, et de même dans les nombreux passages des lois de l'Empire, qui ont pour but de conférer à la « législation des pays confédérés » le règlement de telle ou telle question ou qui renvoient aux « lois des pays confédérés ». La loi du 5 juin 1869, § 3 (Bulletin des Lois de la Confédération, p. 380) déclare que les prescriptions des lois d'introduction restent en vigueur, « d'après lesquelles on entend par lois d'Etats au sens du Code de commerce non seulement les lois proprement dites, mais *tout l'ensemble du droit du pays*, et les réserves faites par le Code de commerce ne profitent pas exclusivement aux lois d'Etats formelles mais peuvent être utilisées par tout autre genre de réglementation obligatoire, admise par le droit du pays. » C'est dans le même sens que l'on emploie les mots « lois, législation des pays confédérés » dans la loi industrielle du 21 juin 1869 § 155, dans la loi d'introduction au Code pénal du 31 mai 1870, dans la loi sur l'état civil et le mariage civil du 6 février 1875 § 11 (1) et dans d'autres lois de l'Empire.

Dans tous ces passages, le droit de législation correspond au sens matériel du mot loi. Mais on peut entendre le pouvoir de légiférer dans une acception qui correspond au sens formel ; c'est-à-dire que l'on

(1) V. l'exposé des motifs de cette loi, p. 23.

peut y voir non la compétence d'établir des règles juridiques, mais le pouvoir d'accomplir *sous la forme de la loi* des actes de volonté de n'importe quel contenu. L'expression peut s'appliquer au droit qu'ont le Reichstag ou le Landtag de collaborer à la publication d'un ordre. Si, dans un État souverain indépendant, un article de la Constitution établit que telle ou telle disposition dépend de la législation, cela ne peut pas signifier la compétence du *pouvoir de l'État* ; cet article limite au contraire la compétence *du chef* de l'État ; il est la reconnaissance du pouvoir dont est investie la représentation nationale, de prendre part à l'exercice du pouvoir de l'État. Mais dans un État confédéré, une double opposition est possible : le pouvoir de la Confédération peut être placé en face du pouvoir de l'État particulier et, à l'intérieur de l'organisation de ces deux pouvoirs, le chef de l'État peut être opposé à la représentation nationale. Donc, le principe juridique, qu'un ordre quelconque peut être publié par une loi de l'Empire ou par une loi du pays confédéré, contient une double disposition : il règle d'une part la compétence de l'Empire ou de l'État particulier, son droit de donner un ordre de ce genre, et d'autre part il stipule sous quelle forme il doit être donné.

Nous trouvons un exemple de cet emploi du mot « loi de l'Empire » dans le 1^{er} alinéa de l'article XXI de la Constitution de l'Empire ; il dit que l'on peut, « au moyen d'une loi de l'Empire », construire des lignes de chemin de fer ou en concéder l'exécution à des entreprises privées, en usant du droit d'expropriation. Ici, il ne s'agit pas d'établir des principes de droit et de régler des questions juridiques ; c'est au contraire un acte de gestion administrative pour lequel la compétence de l'Empire se trouve déterminée ainsi que l'observation des formes

législatives par la clause « au moyen d'une loi de l'Empire ». Il en est de même de l'art. LXIX qui établit que le budget de chaque année est fixé par « une loi » (lisez loi de l'Empire). L'emploi du mot loi au sens formel devient plus clair, quand un article établit que l'Empire doit exercer un pouvoir « par la voie de la législation », car la *voie* de la législation de l'Empire est précisément la *forme* de la législation. La Constitution de l'Empire se sert elle-même de cette expression dans les art. XVIII, 2^o alinéa ; XLVI, 3^o alinéa ; LVIII ; LX ; LXXIII ; LXXV, 2^o alinéa ; LXXVI, 2^o alinéa ; LXXVIII, 1^{er} alinéa ; elle revient dans de nombreux passages des lois de l'Empire.

Des discussions précédentes, il résulte que la disposition, que l'Etat doit, dans tel ou tel cas, manifester son activité « par une loi de l'Empire », que telle ou telle question est de la compétence de la « législation de l'Empire », peut avoir une triple signification. Ou bien c'est *la loi du pays confédéré* qui constitue l'opposition abstraite ; alors cette disposition reconnaît la compétence de l'Empire, à l'exclusion de celle de l'Etat confédéré (1). Ou bien c'est le *décret* de l'Empereur ou du Conseil fédéral, etc. ; alors elle prescrit la *forme* de loi de l'Empire et exclut les formes d'actes administratifs. Ou bien enfin, elle veut désigner *à la fois* le pouvoir de l'Empire et la forme sous laquelle il l'exerce.

Il est important, pour l'interprétation de la Constitution de l'Empire et des lois publiées en partant d'elle comme base, de distinguer nettement ces différentes significations. Le sens des décrets change souvent complètement, suivant qu'on prend le mot

(1) En supposant qu'on n'ait pas voulu admettre une compétence facultative des Etats et de l'Empire à la fois.

loi de l'Empire dans une acception ou dans une autre. Ordinairement, il n'y aura pas de difficulté à déterminer, grâce au contexte et à la forme, comment il faut interpréter une disposition de la Constitution ; mais ce n'est pas toujours vrai. Dans l'art. II de la Constitution de l'Empire on trouve un exemple capital à citer ici ; cet article, en effet, prête à une double interprétation : il peut entendre par lois de l'Empire toutes les règles de droit émanant de l'Empire — peu importe sous quelle forme —, ou bien il peut se rapporter à tous les actes où l'Empire manifeste sa volonté *sous forme de lois*, peu importe leur contenu (2). Malheureusement, s'il est un reproche auquel échappe la Constitution, ce n'est pas celui de confondre les différentes significations du mot législation, de l'employer alternativement et au hasard dans l'une ou dans l'autre.

Tel est le cas de l'art. XLVIII, 2^e al. de la Constitution de l'Empire : il n'y a pas ici de danger, parce que l'évidence est trop grande. Cet article est conçu ainsi : « La législation de l'Empire concernant les postes et télégraphes, telle qu'elle est prévue à l'art. IV ne s'étend pas aux questions, dont le règlement a été laissé à l'initiative administrative sous forme d'instructions, conformément aux principes adoptés dans l'administration des postes et télégraphes de l'Allemagne du Nord. »

L'article IV dont il est question ici règle la compétence de l'Empire et entend le mot législation au sens matériel. Si le 2^e al. de l'art. XLVIII restreint le domaine que le n^o 10 de l'art. IV assigne à la législation de l'Empire, on ne devrait entendre cette exception que d'une façon : c'est que la partie pour laquelle on fait une exception n'est pas de la compé-

(1) V. à ce sujet plus loin, § 58, V.

tence de l'Empire, par conséquent qu'elle rentre dans la compétence des États particuliers. Mais le 2^e al. de l'art. XLVIII n'a pas ce sens; le 2^e al. de l'art. L, dit même en propres termes que la publication de règlements et d'instructions administratives en général appartient à *l'Empereur*. Donc ce que l'on exclut, ce n'est pas la compétence de l'Empire, car l'Empereur est un organe de l'Empire; c'est *la forme* de loi de l'Empire, on la remplace par le décret impérial. La *législation* de l'Empire prévue dans l'art. IV c'est *le pouvoir* de légiférer; au contraire dans le 2^e al. de l'art. XLVIII on donne au mot le sens de *forme* de la législation; par conséquent en s'appuyant sur l'art. IV on confond le sens matériel et le sens formel.

On peut en dire autant du 2^e al. de l'art. XI. Seulement la confusion ici est moins évidente; par suite il est moins facile de rejeter une interprétation différente. Cet article établit que, quand des traités avec des puissances étrangères se rapportent à des sujets *qui, d'après l'art. IV sont du domaine de la législation de l'Empire*, il ne sont conclus qu'avec l'assentiment du Bundesrath et valables que s'ils obtiennent le consentement du Reichstag. Bien qu'à première vue ce texte ne permette guère de douter que le mot législation de l'Empire soit pris ici (comme à l'art. IV) au sens matériel, on ne possédera le vrai sens de cet article, que si l'on entend par domaine de la législation de l'Empire le cercle des décisions qui ne peuvent être prises que sous la *forme* de lois de l'Empire. Le 2^e al. de l'art. XI garantit le Bundesrath et le Reichstag contre des abus que l'on pourrait faire de la forme de traités, pour éluder la forme de lois de l'Empire (1).

(1) V. plus loin la théorie des traités internationaux, § 60 seq.

§ 57. — *Effets des lois de l'Empire.*

Les effets des lois reposent en partie sur la forme, en partie sur le contenu ; il y a donc lieu de distinguer l'autorité formelle et l'autorité matérielle de la loi (1).

I. — *L'autorité formelle de la loi*, c'est le principe juridique, qu'un acte émanant de la volonté de l'Empire, publié sous forme de loi, ne peut être abrogé ou modifié que par la voie de la législation et qu'à son tour celle-ci déroge à tous les actes antérieurs en contradiction avec elle. L'autorité formelle de la loi correspond à l'effet qui est attaché à la forme des actes du droit privé, en ce sens qu'une convention conclue par acte judiciaire notarié écrit, ne peut être modifiée ou abrogée que sous la forme correspondante ; cela n'a aucun rapport avec les effets matériels qui reposent sur le *contenu* de l'acte.

C'est sur l'autorité formelle de la loi que repose l'importance pratique capitale du sens formel de la loi. C'est une erreur d'admettre que l'on ne prend la voie de la législation que dans les cas, où le droit *exige* de la prendre ; dans une infinité de cas, le gouvernement choisit la voie de la législation, alors qu'il pourrait aussi bien atteindre son but par voie de décret (2) ou encore on fait entrer dans les lois,

(1) *Dyroff*, p. 891 seq. distingue, dans l'autorité de la loi, la garantie d'existence, la garantie de validité et la garantie de compétence et il poursuit avec beaucoup de finesse cette analyse jusqu'au bout ; pour moi, je ne parviens pas à me convaincre que ces distinctions scolastiques aient une importance pratique ou fassent faire un pas à la science théorique.

(2) V. à ce sujet un développement concluant de *G. Meyer*, Grünhut

à côté de dispositions pour lesquelles on ne peut sans violer le droit éviter la forme de loi, des prescriptions destinées à donner à la loi plus de cohésion, d'unité, de clarté ; ce sont des développements que l'on *aurait pu* publier par voie de décrets ou d'instructions. En prenant pour ces ordonnances la voie de la législation, le gouvernement s'engage, il est vrai, plus que le droit ne l'exige, mais *il dégage par là sa responsabilité* ; il assure à cette mesure plus de solidité et de stabilité ; il échappe aux difficultés qui pourraient surgir, lors de la discussion du budget, à propos des dépenses qu'entraîne l'application de cette mesure. Pour tous ces motifs, le droit public constitutionnel *a besoin* de la voie de la législation même *en dehors* du domaine du droit. Le danger de conflits entre le gouvernement et la représentation nationale, propre au régime constitutionnel, s'en trouve amoindri. Le gouvernement ne peut supporter les charges de la responsabilité que parce qu'il a la faculté de renoncer à prendre certaines mesures de sa propre autorité et de demander la collaboration de la représentation nationale, en choisissant la voie de la législation, dans tous les cas où il le juge nécessaire. Si l'on a employé la forme de la loi pour un acte quelconque émanant de la volonté de l'État, on a limité par là le domaine, sur lequel le gouvernement peut exclusivement manifester sa volonté ; la volonté que l'État a fait connaître par la voie de la loi ne peut être modifiée que par la même voie, à moins que la loi elle-même ne mentionne, en propres termes, des exceptions. On peut voir par là quel est le sens qu'il faut donner à l'expression « domaine de

VIII, p. 26-33, qu'adopte Schulze, *Deutsches Staatsrecht I*, p. 520. V. aussi Geisler, *Holtzendorff's Rechtslexikon* (3^e éd.) III, p. 1064 et Jellinek, p. 256 seq.

la législation » ; c'est le domaine sur lequel la loi exerce souverainement son autorité formelle ; il comprend non seulement le droit et les sujets qui lui sont assignés par une disposition spéciale de la Constitution, tels que le vote du budget, mais encore tous les cas où la volonté de l'État, manifestée sous forme de loi, doit être modifiée ou supprimée (1).

A la définition que nous venons de donner de l'autorité formelle de la loi se rattachent les faits suivants qui intéressent le droit public :

1° L'autorité formelle de la loi est indépendante du contenu des lois. Il y a une infinité de textes publics très importants qui ont formellement force de lois, mais qui ne sont pas des règles juridiques. A cette catégorie appartiennent les nombreuses instructions sur la procédure, les ventes judiciaires, les registres de transcriptions et d'inscriptions hypothécaires, etc.

Elles ne peuvent être abrogées ou modifiées que par la voie de la législation, parce que la sanction des codes de procédure, etc. les comprend aussi ; mais leur violation ne peut pas servir de base à la révision, parce que ce moyen juridique n'est possible, que si une *règle juridique* n'a pas été appliquée ou a été faussement appliquée. Code de Procédure pénale, § 376, code de Procédure civile, § 550. C'est ce qu'admettent les écrivains qui traitent de la procédure et de la juridiction (2). Ici l'autorité formelle de la loi et l'effet matériel de la règle juridique forment un contraste qui saute aux yeux et qui a une

(1) V. sur l'évolution de ce principe dans le droit public anglais sous le règne d'Edouard III, *Gneist*, Das englische Parlament (Berlin 1886), p. 161.

(2) Cf. *Seligmann*, op. cit., p. 40, 41, 105, 123, 172 ; *Jellinek*, p. 245 ; *Auschütz*, p. 77 seq. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen* V, p. 366, et in *Strafsachen*, vol. VI, p. 27.

portée pratique considérable. Mais ce qui est vrai du Code de procédure s'applique aussi à d'autres lois, bien qu'ici le contraste ne puisse pas toujours apparaître dans la juridiction. Les dispositions du budget public en sont un exemple particulièrement frappant. Par la sanction de la loi de finances, chaque article budgétaire acquiert l'autorité formelle, sans prendre par là le caractère de règle juridique ; toute « modification » au budget établi par une loi ne peut avoir lieu que sous forme de loi, mais une « inobservation » de ses articles n'a pas nécessairement le caractère d'illégalité (Voir plus loin la théorie du droit budgétaire).

2° L'autorité formelle de la loi est indépendante de la question de savoir si la loi est matériellement entrée en vigueur ou non (1) ? Cette autorité existe, dès que l'œuvre législative est achevée, *si lex perfecta est*, c'est-à-dire quand la loi est *publiée*. En d'autres termes, à partir de ce moment, la loi ne peut ni rétrograder ni être modifiée, ni être suspendue, si ce n'est par la publication d'un acte en forme de loi, la date que la loi publiée fixe comme point de départ de son entrée en vigueur, non plus que la date qui, à défaut de cette disposition est fixée par l'art. II de la Constitution de l'Empire comme moment à partir duquel elle prend un « caractère obligatoire (2) », ne se rapportant à l'autorité formelle de la loi.

Cette autorité commence toujours à s'exercer pour toutes les parties de la loi en même temps, tandis que la valeur matérielle peut commencer à des moments

(1) V. *Dyroff*, p. 871.

(2) La différence qui existe entre l'autorité formelle et l'autorité matérielle de la loi sert à résoudre les difficultés que fait naître la valeur de la loi pendant ce que l'on a appelé une *vacatio legis*. V. *Binding*, *Krit. Vierteljahrsschr.* N. 1. II, p. 552 ; *Jellinek*, *Rechtliche Natur der Staatenverträge* 1880, p. 36 ; le même, *Gesetz und Verordnung*, p. 329.

différents pour différents articles d'une loi (1). En admettant même que la loi règle des faits qui ne se produisent jamais ou que sa valeur matérielle soit soumise à une condition qui ne se présente pas, c'est sans préjudice de son autorité formelle.

Par là, nous avons la clef de la solution qu'il convient de donner à cette question intéressante : de deux lois en contradiction l'une avec l'autre, quelle est celle qui prime l'autre, quand l'une a été publiée antérieurement à l'autre, mais est entrée en vigueur postérieurement ? Nous pouvons prendre dans le domaine de la législation de l'Empire l'exemple suivant. La loi du 25 mai 1877 relative aux brevets d'invention (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1877) renferme un article sur la preuve par experts, qui est une dérogation aux prescriptions du Code de procédure civile (publié dès le 19 février 1877, entré en vigueur le 1^{er} octobre 1879) ; la question est de savoir si la loi relative aux brevets d'invention déroge au code de procédure civile ou *vice versa* ? Pour résoudre cette question, nous ne nous demanderons pas si la loi relative aux brevets, étant *lex specialis*, a la préférence et nous supposons que seule la maxime *lex posterior derogat priori* doit nous dicter notre réponse. Qu'arrive-t-il ? La volonté législative exprimée dans le Code de procédure civile est antérieure, celle que contient la loi sur les brevets est postérieure ; par conséquent, les règles sanctionnées dans le Code de procédure civile n'ont pu entrer en vi-

(1) Le cas est assez fréquent. Ainsi on peut citer la loi de l'Empire, concernant le tarif douanier du 15 juillet 1879, § 1 (Reichsgesetzbl., p. 207) ; celle sur l'emploi des matières explosives du 9 juin 1884, § 14 (Reichsgesetzbl., p. 64) ; la loi sur les assurances en cas d'accident du 6 juillet 1884, § 111 (Reichsgesetzbl., p. 109) et du 28 mai 1885, § 17 (Reichsgesetzbl., p. 103). Loi du 26 juillet 1897, art. IX (Reichsgesetzbl., p. 706).

gueur qu'avec la modification apportée par le § 18 de la loi sur les brevets, absolument comme si le texte du Code de procédure civile avait été modifié dans ses termes avant la date où il doit entrer en vigueur (1). La priorité est déterminée non par la date de l'entrée en vigueur, mais par celle de la publication, c'est-à-dire que l'autorité formelle de la loi sert de règle.

Et pareillement, on peut poser en principe que, quand une loi délègue à l'Empereur le pouvoir de publier une ordonnance ou charge de ce soin une autorité de l'Empire, l'ordonnance peut être *immédiatement* publiée et elle est valable juridiquement, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la date à laquelle la loi « entre en vigueur ». Si, jusque-là, la loi était lettre morte, le pouvoir en question ne pourrait être utilisé qu'à ce moment et une ordonnance publiée antérieurement serait une violation du droit public, par suite juridiquement nulle. Mais il est de règle que les instructions relatives à l'exécution entrent en vigueur en même temps que la loi elle-même, par conséquent elles paraissent avant cette date ; aussi dans la pratique, on n'a pas fait à ce procédé la moindre objection et ce n'est que justice ; car la valeur juridique formelle de l'ordonnance explicative est contenue dans l'autorité formelle de la loi qui donne pleins pouvoirs pour la publier (2).

(1) Décision de la *Cour suprême* à propos de causes civiles du 20 déc., 1881, vol. VI, p. 339 ; *Seydel*, Bayer. Staatsrecht II, p. 314 ; *Behrend*, Handelsrecht I, § 17, note 13.

(2) On trouve un autre exemple de l'application de cette règle dans les *lois pénales* visant des règlements d'administration publique (dites « Blankettstrafgesetze »), qui acquièrent force de loi formelle dès la publication, mais qui ne prennent un caractère d'obligation (applicabilité) que si elles sont accompagnées des prescriptions complémentaires, lesquelles peuvent venir assez longtemps après en comblant les lacunes. *Binding*, Handb. d. Strafrechts I, p. 228. *Dyroff*, p. 876 seq., forme une caté-

3° Un acte émanant de la volonté de l'Etat, qui n'a pas été publié sous forme de loi, peut acquérir d'une façon particulière autorité formelle de loi : il suffit pour cela de stipuler qu'il ne peut être modifié que par la voie législative. L'exemple capital et bien connu, c'est l'ordonnance prussienne relative à la formation de la première Chambre du 12 octobre 1854, qui a acquis à l'avance, par la loi du 7 mai 1853, l'autorité formelle de loi. Dans le domaine de la législation de l'Empire, on peut citer les ordonnances sur la délimitation des circonscriptions électorales du Reichstag (V. t. I, p. 476) et celles publiées en prenant pour base le 2° al. du § 6 de la loi d'introduction au Code de procédure civile. De même, les ordonnances impériales qui fixent la date d'entrée en vigueur d'une loi de l'Empire ont force de loi formelle à partir de ce terme, puisque le fait de déléguer le pouvoir de publier des ordonnances de ce genre ne contient pas le pouvoir de suspendre la valeur de lois qui sont entrées en vigueur.

4° Et d'autre part, une instruction publiée sous forme de loi peut perdre l'autorité formelle de loi, si la loi stipule que cette instruction peut être abolie ou modifiée par voie d'ordonnance. Je citerai comme exemples le 1^{er} al. du § 6 de la loi d'introduction au code de procédure civile de 1877 et le § 6 de la loi relative au tarif douanier du 15 juillet 1879 (Reichsgesetzbl. p. 210). Cf. aussi loi du 10 septembre 1883, § 2 (v. p. 303) (1).

5° L'autorité formelle de la loi peut être établie

gorie à part de « lois conditionnelles », pour expliquer ce fait et d'autres semblables.

(1) A mon avis, les objections soulevées par *Dyross*, p. 897, sont sans importance, bien qu'il soit exact que « la garantie de durée » ne puisse être retirée que sous forme de loi et que l'on puisse y mettre des limites ou des conditions.

suivant une gradation ascendante ou descendante, selon que l'on veut compliquer ou faciliter les formes par lesquelles une ordonnance peut être modifiée. C'est ce qui constitue la différence entre les lois simples et les lois constitutionnelles, quand il y a lieu d'appliquer des règles spéciales, en dehors de la voie législative ordinaire, pour abroger les lois constitutionnelles. Augmenter l'autorité des lois constitutionnelles, c'est rehausser l'autorité formelle de la loi, tandis que l'effet matériel d'une disposition demeure intact, que la disposition fasse partie de la Charte constitutionnelle ou d'une loi simple ou d'une ordonnance publiée légalement (1). En conséquence, il est toujours possible de donner l'autorité formelle d'une disposition constitutionnelle à un article de loi qui ne fait pas partie de la Charte Constitutionnelle, en stipulant qu'elle ne peut être modifiée que par la voie imposée aux modifications de la Constitution ; et d'autre part, il est possible de donner l'autorité formelle d'une simple loi à une disposition constitutionnelle, en stipulant qu'elle peut être modifiée par la voie législative ordinaire ; c'est le cas du deuxième alinéa de l'art. XX, des art. LX et LXVIII de la Constitution de l'Empire (2).

(1) Cf. *Dyroff*, p. 909 seq.

(2) La théorie des relations des lois constitutionnelles avec les simples lois et de la valeur juridique des lois matériellement inconstitutionnelles manque souvent, chez les juristes qui s'occupent de droit public, de clarté sur plus d'un point capital, quand on n'estime pas à sa juste valeur cette opposition d'autorité formelle et matérielle, qui est d'une importance capitale pour la solution du problème. Au lieu de cela, on a voulu attribuer aux principes de la Constitution une « plus grande autorité », « une plus grande énergie de la volonté de l'État », une « inviolabilité spéciale », etc., et par là on se met en contradiction avec l'affirmation que la loi, même la simple loi, exprime la volonté directe et suprême de l'État. V. plus haut, p. 300 et s. seq., et *Jellinek*, p. 248 seq. *Dyroff*, op. cit., p. 909 seq., présente cette théorie sous une

II. — Les effets *matériels* des lois sont déterminés par leur contenu et peuvent, par suite, offrir la même variété que les lois elles-mêmes. Quand une loi renferme une maxime de droit, elle a l'importance qu'il faut accorder au *droit* en général, c'est-à-dire qu'elle *fixe les bornes et les limites que la vie de l'homme en société impose à la liberté naturelle d'action de l'individu*. La loi peut reconnaître, dans une certaine étendue, cette liberté d'action, par conséquent elle peut renfermer une autorisation ou une permission ; ou bien elle peut la supprimer dans une certaine étendue, soit par un ordre, soit par une défense, et elle peut enfin prescrire certaines sanctions juridiques à la transgression de ces ordonnances. *Legis virtus hæc est : imperare, vetare, permillere, punire*, dit Modestinus (1).

La variété des effets qui résulte de la variété du contenu est augmentée encore par ce fait que la prescription contenue dans la loi peut s'adresser tantôt aux individus, tantôt aux autorités et aux organes des pouvoirs publics. Il en est de même de la législation dans le domaine du droit civil : par là, en effet, les tribunaux reçoivent des ordres qui fixent les conditions et la mesure dans lesquelles ils accorderont la protection de la loi aux citoyens qui formulent des prétentions de droit privé. Un très grand nombre de lois règlent *simplement* l'activité propre de l'État, sa Constitution, l'organisation, la compétence et la manière de procéder des autorités, le système des finances publiques, le régime des services publics, etc. Des lois de ce genre ne touchent pas directement le citoyen d'un État et ne s'appliquent pas à lui et à

autre face, en s'appuyant surtout sur le droit bavarois. La Cour suprême (Entsch. vol. IX, p. 235), s'est déjà prononcée contre le jugement de l'ancienne Cour d'appel de Lübeck auquel *Dyroff* se réfère ici.

(1) L. 7, *Dig., de Legibus* I, 3.

son droit individuel ; mais, vivant dans une société où ces lois sont en vigueur, il en reçoit le contre-coup comme tous ses concitoyens (1).

En apparence, ces lois sont des ordres que l'Etat s'adresse à lui-même. Mais comme tout ordre suppose, pour être valable, une relation de supérieur et de subordonné, un souverain revêtu du pouvoir de donner des ordres et un sujet dont l'obéissance est le premier devoir, cette apparence a conduit à distinguer, d'une part, l'Etat à qui l'ordre est donné, d'autre part, l'Etat qui donne l'ordre, ou en d'autres termes, à déclarer que « le pouvoir législatif » est dans l'Etat le pouvoir suprême, auquel tous les autres pouvoirs doivent obéir, c'est-à-dire sont subordonnés (2). Cette théorie détruit la conception unitaire de l'Etat, elle est en contradiction avec le principe de la souveraineté qui comprend l'indivisibilité. Le pouvoir législatif ne fait qu'un avec le pouvoir de l'Etat et ne saurait par conséquent dominer le pouvoir de l'Etat de sa supériorité mystique et transcendante. Aussi, ces lois ne sont-elles pas, en effet, des ordres adressés au pouvoir de l'Etat, mais des ordres émanant de ce pouvoir et adressés aux autorités, aux fonctionnaires, aux autres corps, aux personnes investies de fonctions publiques. Elles contiennent les instructions de l'Etat sur la manière de s'acquitter de ces fonctions ; elles sont l'expression fidèle de la volonté formelle, réelle et vraie de l'Etat. S'il arrive que ces lois soient violées par le gouvernement ou la représentation nationale, par des autorités et des fonctionnaires, ce n'est pas le

(1) Les objections sans fondement que v. Martitz, op. cit., p. 38 seq., a élevées contre ces assertions, ont été rejetées déjà par G. Meyer, Grünhut VIII, p. 31. Cf. aussi Seligmann, p. 95 seq.

(2) Cf. par exemple, Schulze, Preuss. Staatsrecht II, p. 206 ; Westerkamp, p. 93.

pouvoir de l'État qui se met en contradiction avec lui-même, mais ce sont les personnes qui transgressent la loi, au lieu de l'appliquer, qui se mettent en contradiction avec le pouvoir de l'État. Le pouvoir de l'État *in abstracto* n'est jamais lié par la loi, car l'État peut à tout instant modifier, suspendre ou abroger ses lois ; mais la loi lie tout individu qui a pour mission d'exercer le pouvoir de l'État conformément à la volonté de l'État.

Si une loi n'a pas pour but d'établir une règle juridique, mais si elle règle une question concrète, par exemple si elle confère le pouvoir de contracter un emprunt, un marché ou une vente, de faire une donation (dotation), de promettre une garantie etc., ou de donner décharge, d'accorder une indemnité, de ratifier une mesure ou encore de confier une mission, de donner des ordres etc., de fixer un budget (prévisions de comptes) etc., ou enfin de régler un litige, ses effets matériels ne sont pas ceux d'une règle de droit, mais ceux d'un acte juridique et varient suivant tous ces cas en prenant pour base la déclaration concrète de volonté qui est contenue dans la loi. Donc, au point de vue des effets matériels, cette loi doit être jugée suivant les règles qui s'appliquent à la catégorie d'actes juridiques en question, dans laquelle rentre le contenu de la loi. Mais à côté de cela et indépendamment, une semblable déclaration de volonté conserve l'autorité formelle de la loi dans le sens que nous avons développé précédemment.

Bien des lois, qui ne renferment ni une maxime de droit, ni un acte juridique, sont *sans effet matériel* ; à cette catégorie appartiennent en particulier les nombreux articles, qui expriment des *idées* politiques, juridiques, sociales ou morales, qui annoncent que telle question sera réglée spécialement ou que l'on réserve des dispositions d'un genre quel-

conque, qui constatent des faits, etc. (V. plus haut, p. 344 seq.).

III. — De la définition de la loi, il résulte qu'en principe le *droit coutumier* n'a pas de vertu déroga-toire (1). Tant que l'Etat maintient son ordre de conserver une maxime juridique en sa vigueur, les sujets et les autorités ne sauraient négliger cet ordre et encore moins le supprimer en ne s'y conformant pas. Et en particulier, le juge institué par l'Etat ne peut pas faire de la *protection juridique de l'Etat* un autre usage, fondé sur d'autres principes, que ceux qui poursuivent les lois de l'Etat.

Mais la loi peut devenir inapplicable si les questions qu'il a pour but de régler n'existent plus. La volonté que l'Etat exprime dans sa loi vise, dans beaucoup de cas, des relations, des institutions et des situations économiques qui en sont la condition naturelle et par suite *tacite*; de sorte que si ces hypothèses disparaissent, la volonté exprimée dans la loi disparaît également. Il en est de l'ordre contenu dans la loi absolument comme de tout ordre; par suite du changement des circonstances, il peut perdre sa vertu et son efficacité. Dans les lois, les faits auxquels doivent s'appliquer les règles juridiques ne sont généralement indiqués qu'incomplètement;

(1) *Thöl, Handelsr.* (5^e éd.) I, § 22, p. 77, l'admet aussi pour le droit commercial et il se fonde non sur l'art. I du Code de commerce, mais sur l'art. II de la Constitution de l'Empire, d'après lequel « il n'y a pas de droit d'aucune sorte qui s'oppose aux lois de l'Empire ». Cf. cependant *Eisele*, op. cit., p. 264 suiv., 301 suiv.; *Jellinek*, p. 331 seq. Je ne peux pas me livrer ici à une discussion approfondie du problème des rapports du droit légal avec le droit coutumier; je me borne à faire observer que la loi est la réalisation de la *souveraineté* de l'Etat, et qu'en face de cette souveraineté la « communauté juridique non organisée » n'est pas autorisée à faire valoir, par la voie de la coutume, une volonté contraire. Si, en face de la loi publique, il n'existe pas de droit à la désobéissance, il ne saurait exister un droit à la désobéissance coutumière.

pour les compléter il faut se reporter aux conditions générales de la vie, à l'état de la civilisation. Les choses indiquées expressément dans la loi, tout en subsistant, peuvent changer complètement de sens si elles se combinent avec des conditions différentes de la vie. Assurément, dans ces cas-là, il sera à souhaiter que l'État enlève la possibilité du doute en abrogeant formellement la loi vieillie ; mais enfin, cette abrogation en règle n'est pas absolument nécessaire, attendu que la volonté de l'État de régler juridiquement les nouvelles conditions de la vie, après les changements qu'elle a subis, et de les soumettre à des maximes qui ont été émises pour un autre état des choses, n'a jamais existé et par suite n'a pas besoin d'être supprimée. En conséquence, la prétendue vertu dérogatoire du droit coutumier se réduit à une *interprétation* de la loi et à cette règle, que la loi ne doit pas s'appliquer à des cas, auxquels elle-même ne prétend pas s'appliquer(1).

IV. — D'après les premiers mots de l'art. II, l'Empire exerce le droit législatif *dans les limites de cette Confédération*. Ces mots ne peuvent pas vouloir dire que les lois de l'Empire n'ont aucune valeur en dehors de ces limites, c'est inadmissible. Car d'une part, il va de soi qu'en règle générale le pouvoir de l'État ne peut s'exercer efficacement que dans le territoire qui lui est soumis ; par conséquent, ces mots prendraient un sens absolument banal, s'ils devaient simplement souligner cette idée, que l'Empire ne peut pas donner de lois à l'étranger. D'autre part, ils contiendraient une affirmation manifestement inexacte ; car il est hors de doute que l'Empire peut faire aussi des lois qui entrent en vigueur et sont

(1) Je me réserve de développer dans une autre circonstance cette thèse en contradiction avec la théorie courante du droit coutumier. Cf. *Rümelin* dans *Jhering's Jahrbüchern*, vol. XXVII, p. 153 sq.

efficaces en dehors des limites de la Confédération ; et cela, non seulement dans le ressort des consulats de l'Empire et les protectorats, mais en général à l'étranger. Les limites territoriales n'existent que pour l'exercice de la *protection* juridique ; cet exercice n'est possible que sur le territoire de la Confédération, auquel se joignent les protectorats, le ressort des Consulats et jusqu'à un certain point les navires allemands. Mais les lois, en tant qu'elles obligent les *sujets de l'Empire* à observer tel ordre ou telle défense, ou qu'elles règlent leur conduite suivant telle ou telle maxime juridique, ne connaissent pas de limites territoriales qui restreignent leur validité. Comme exemples on peut citer la loi sur les Consulats, la loi sur les fonctionnaires de l'Empire en ce qui concerne les fonctionnaires en résidence à l'étranger, la majorité des lois qui se rapportent à la navigation maritime, la loi sur la tenue des registres de l'état civil, § 61-64, 68, al. 2, § 85 ; les dispositions relatives aux peines à infliger aux délits commis à l'étranger (Code pénal de l'Empire, § 4, seq., Code pénal militaire, § 7, 161 ; Code maritime du 27 Déc. 1872, § 100, etc).

Ce que ces mots désignent, c'est que pour la législation de l'Empire, le territoire de la Confédération est une *unité* et que les États énumérés dans cet art. I, dont les territoires constituent le territoire de la Confédération, ne sont pas, en général, exempts avec leurs territoires, de la validité des lois de l'Empire. Il n'y a d'exception que lorsque des réserves spéciales limitent en faveur, de tel ou tel État, la compétence législative de l'Empire.

Mais cette unité du territoire de la Confédération, en tant que domaine extérieur des lois de l'Empire, ne doit pas nous entraîner à dire que l'Empire ne peut publier ses lois que pour tout l'ensemble du ter-

ritoire de la Confédération. L'Empire peut faire paraître des lois et aussi des ordonnances pour telle ou telle partie de la Confédération, sans avoir à se préoccuper si le domaine assigné à la loi de l'Empire coïncide ou non avec le territoire d'un ou de plusieurs Etats de la Confédération (1). Seulement, quand il s'agit des droits civils, du droit pénal et de la procédure, l'art. IV, n° 13 de la Constitution (loi du 20 Déc. 1873) limite la compétence de l'Empire à « la législation commune ». Par là, le développement et la transformation du droit spécial à chaque pays ou droit particulier se trouvent constitutionnellement soustraits à la législation de l'Empire (2). Cependant, si des principes juridiques particuliers sont en contradiction avec les principes adoptés par la législation de l'Empire, avec son esprit, en admettant même que le texte des lois de l'Empire ne permette pas de les considérer comme abrogées, il appartient à l'Empire de les supprimer par des lois spéciales (3).

(1) *Hiersemzel* I, p. 36; *Riedel*, p. 81. Exemples : loi du 4 mai 1868 pour les pays des Hohenzollern (Bulletin des lois de la Conf., 1868, p. 150); loi du 4 juillet 1868 (ib. p. 375) pour les deux Mecklembourg, Lauenbourg, Lübeck et des parties du territoire prussien; loi du 8 juillet 1868 (ib., p. 384) pour les mêmes territoires et le Nord de la Hesse; loi du 1^{er} juillet 1869 (ib., p. 376) pour des parties du territoire de Hambourg, etc.

(2) V. à ce sujet *Heinze*, p. 142 seq., et dans les Commentaires sur le projet de Code civil (1870), p. 18 seq., du même. Mais les conséquences qu'il tire vont trop loin. Cf. *Rüdorff*, *Commentar zum Staatsgesetzbuch* (2^e éd.), p. 55.

(3) On peut prendre pour exemple la loi du 4 nov. 1874 (Bull., des lois de l'Empire, p. 128) qui abrogeait des dispositions du droit de Lübeck et de celui de Rostock en contradiction avec les principes de la loi industrielle. On ne saurait contester non plus à l'Empire le droit d'abroger ou d'annuler des lois de pays particuliers, qui sont en contradiction avec la législation commune de l'Empire, au point de vue des droits civils, du droit pénal ou de la procédure. Par là, l'Empire a le pouvoir de parer à des empiétements de l'autonomie laissée aux Etats

Le principe, d'après lequel les lois de l'Empire peuvent ne viser que des parties déterminées de la Confédération, trouve les applications spéciales suivantes :

1° Une loi d'un pays confédéré peut être déclarée loi de l'Empire, sans que l'on étende le ressort dans lequel elle fait autorité (1). Par là, il n'est apporté aucune modification aux principes juridiques en vigueur ; l'ordre du souverain de l'État, enjoignant d'obéir à ces principes comme à des maximes juridiques, a été simplement remplacé par l'ordre de l'Empire. Cela a pour effet d'enlever à l'État confédéré le droit d'abroger ou de modifier cette loi ; c'est donc simplement l'autorité formelle de la loi qui est en jeu.

Mais il y a lieu d'établir une distinction entre le cas que nous venons de citer et le cas extrêmement fréquent, où une loi de l'Empire concernant certains points renvoie aux lois du pays confédéré, les déclare applicables ou les maintient en vigueur. Cette disposition d'une loi de l'Empire ne renferme pas une *sanction* des dispositions contenues dans les lois du pays confédéré et ne confère par conséquent pas l'autorité de lois de l'Empire aux lois du pays confédéré valables à ce moment ; non, elle affirme que les dispositions de la loi de l'Empire doivent être complétées par celles de la loi du pays confédéré ; elle est donc une confirmation de la persistance de l'autonomie qui appartient aux États confédérés (2).

particuliers, de les rendre inoffensifs. Une loi de ce genre ne serait pas la réglementation du droit particulier, mais la protection du droit commun. *Heinze*, p. 143 est d'un avis contraire. *Binding*, *Strafrecht* II, p. 277, 285, note 24, n'admet pas sa thèse.

(1) C'est ce qui est arrivé par exemple pour le Code de commerce et la loi sur les lettres de change.

(2) Ce qui est maintenu en vigueur, ce n'est pas l'existence actuelle des dispositions des lois des pays confédérés, c'est la législation de ces

En conséquence, des lois de ce genre peuvent être modifiées et abrogées par les États confédérés (1).

2° Une loi de l'Empire qui vise une partie du territoire de la Confédération, peut être plus tard étendue à une autre partie ou introduite dans la dite partie. D'après ce qui a été exposé plus haut p. 336 seq., au sujet de la nature de la publication, une nouvelle impression de la loi dans le Bulletin des lois n'est pas nécessaire, il suffit de publier la loi qui exprime cette extension de compétence. Il ne faut pas voir dans l'introduction d'une loi de l'Empire sur une autre partie de la juridiction de la Confédération l'institution de deux lois synonymes de l'Empire en vigueur à partir de ce moment sur deux territoires différents : le domaine indivisible où s'appliquait une loi de l'Empire a été agrandi. Cette observation peut avoir son importance dans certaines questions d'interprétation, par exemple pour définir le sens des mots intérieur, extérieur, indigène, étranger, etc.

3° Une loi de l'Empire peut recevoir des modifications et des additions spéciales pour certaines parties du territoire de la Confédération ; de même, une loi de l'Empire visant une part de l'étendue de la Confédération peut être introduite dans une autre avec changements. Il va de soi que, dans ce cas, la dispo-

pays, en tant que *source juridique* dont la vertu persiste. V. aussi *Heinze*, p. 89 seq.

(1) C'est ce que dit textuellement la loi sur le pavillon de la Confédération du 25 oct. 1867, § 19 (Bundesgesetzbl., p. 39) : « Les dispositions des lois d'État particulier sont applicables, si elles sont en harmonie avec les dispositions de la loi de la Confédération, sans préjudice de leur modification ultérieure conformément à la Constitution du pays confédéré. » V. plus loin la loi sur les intérêts contractuels du 14 nov. 1867, § 5, 2° alinéa (Bundesgesetzbl., p. 160). Loi d'introduction au Code civil, art. III ; art. 128 ; loi d'introduction au Code de commerce, art. XV, alinéa 2.

sition spéciale applicable à une certaine partie du territoire doit déroger au texte général de la loi. Cette idée aura en particulier de l'importance quand il s'agira des lois de l'Empire qui ont été introduites en Alsace-Lorraine avec modifications et additions, avant l'introduction de la Constitution de l'Empire (1).

V. — Le législateur peut joindre à l'ordre de se soumettre aux règles contenues dans la loi, une disposition qui établit à quelle époque cet ordre entrera en vigueur. Il n'est pas nécessaire que cette époque soit la même pour tous les articles d'une loi : elle peut entrer en vigueur partiellement (V. plus haut, p. 357). Il est possible aussi de réserver la fixation de la date d'entrée en vigueur qui sera l'objet soit d'une loi spéciale (2), soit d'une ordonnance de l'Empereur (3) ou du Bundesrath (4). Mais si une loi de l'Empire ne mentionne pas la date de son entrée en vigueur et ne stipule pas que la fixation de cette date est réservée, la loi prendra un caractère obligatoire 15 jours après le moment où le numéro du Bulle-

(1) V. plus bas, § 69.

(2) La loi du 21 juillet 1870 (Bundesgesetzbl., p. 498), nous offre l'exemple d'une loi qui n'a pour but que de fixer la date d'entrée en vigueur d'une prescription légale.

(3) Exemples : loi du 23 oct. 1867 (Bundesgesetzbl., p. 53), loi du 4 juillet 1868, § 39 (ib., p. 383) ; loi du 8 juillet 1868, § 70 (p. 402) ; loi du 12 juin 1869, § 27 (ib., p. 208) ; loi du 1^{er} juin 1870, § 1, 2^e alinéa (ib., p. 312), etc. — La loi du 15 juillet 1871 fixe bien la date de son entrée en vigueur, mais elle charge l'Empereur, de rendre efficace par une ordonnance, avant le terme fixé, la disposition du § 1 (Reichsgesetzbl., p. 323. Ordonn. impér., p. 326). Cf. § 1 de la loi d'introduction à la loi sur l'organisation judiciaire.

(4) La loi monétaire du 9 juillet 1873, art. 1, 2^e alinéa exige une ordonnance impériale publiée avec l'assentiment du Bundesrath au moins 3 mois avant la date de l'entrée en vigueur. Cf. loi sur les assurances en cas d'accidents, § 111 (Reichsgesetzbl., 1884, p. 109) ; loi de l'Empire du 28 mai 1885, § 17 (ib., p. 164).

tin des lois a été publié à Berlin (Constitution de l'Empire, art. II *in fine*). Cette disposition constitutionnelle a pour conséquence les deux faits suivants : 1° chaque numéro du Bulletin des lois de l'Empire doit indiquer le jour où a eu lieu sa publication à Berlin (1) ; 2° toute loi, dont l'art. II de la Constitution établira la date d'entrée en vigueur, devra être imprimée *in extenso*, quelle que soit son étendue, dans un seul numéro du Bulletin.

De plus, cette disposition de la Constitution de l'Empire donne lieu aux questions suivantes :

1° Le motif pour lequel la date à laquelle une loi prend le caractère d'obligation juridique est portée à 15 jours après la publication, est sans doute le suivant : il y a lieu de faire connaître au plus grand nombre possible de citoyens, à la fois le texte de la loi de l'Empire et le fait de sa publication, avant que la loi entre en vigueur. La forme de la publication par la voie de la presse sert principalement à porter la loi à la connaissance de tous ; et ce but n'est pas atteint par l'impression même, la mise en circulation de l'imprimé est encore nécessaire. Mais il ne faudrait pas ériger ce motif d'un principe juridique en principe juridique lui-même ; *la notoriété universelle d'une loi ne forme pas le moins du monde une condition de validité.*

Ce n'est pas une fiction qu'établit l'art. II de la Constitution de l'Empire, que la loi soit universellement connue après un délai de 15 jours (2). Une comparaison avec l'art. I du Code civil français, qui a servi

(1) C'est ce que prescrit textuellement l'ordonnance du 26 juillet 1867, § 2 (Bundesgesetzbl., p. 24). *La responsabilité du Chancelier au sujet du contenu du Bulletin des lois de l'Empire s'étend aussi à cette observation.*

(2) Cette théorie se trouve dans Böhlau, Mecklemb. Landrecht I, p. 413 seq. Il admet que la notoriété générale fait partie de l'achèvement de la publication et que l'art. II de la Constitution établit une fiction, dont l'objet est « l'achèvement de l'acte de la publication »

de modèle aux dispositions correspondantes des législations des pays allemands, rendra plus claire la portée de ce principe. Le législateur français est parti de cette idée que les lois ne peuvent pas avoir un caractère obligatoire si elles ne sont pas connues ; mais comme il n'est pas possible de les notifier à chaque individu, on est obligé, dit-il, de se contenter d'une notification publique et de fixer un délai après lequel la fiction, que chacun a pris connaissance de la loi, est admise (1). Par application de ce principe le 2^e alinéa de l'art. 1^{er} du Code civil met comme condition formelle à l'exécution d'une loi la possibilité que le public ait connaissance de la publication. « Elles seront exécutées dans chaque partie de l'Empire, du moment où la promulgation en *pourra être connue.* » Le 3^e alinéa du même article détermine, suivant la distance qui sépare le chef-lieu de département de la capitale de l'Empire, le délai après lequel on peut supposer que la promulgation est notoire dans le département. « La promulgation faite par l'Empereur sera réputée connue... » Ce principe a pour conséquence que, tant qu'un département français est occupé par l'ennemi ou que les communications sont interrompues entre le chef-lieu de département et Paris, une loi publiée à ce moment ne saurait prendre un caractère obligatoire dans le département. La jurisprudence française a fait de ce principe une application qui n'est pas contestée (2). Donc l'hypothèse émise par l'art. 1 du Code civil tombe d'elle-même, s'il est manifeste qu'une loi *n'a pas pu* être portée à la connaissance générale.

(1) Cette déduction est développée par *Portalis* dans son Discours préliminaire du projet de Code civil, n^o 25 (*Loché*, La législation de la France I, p. 268).

(2) Cf. v. *Richthofen*, *Hirth's Annalen* 1874, p. 535 seq. ; *Leoni* I, p. 10.

L'art. II de la Constitution de l'Empire, au contraire, ne fait pas dépendre la validité des lois de leur notoriété, ni la présomption de sa notoriété d'un certain laps de temps écoulé ; mais le caractère d'obligation existe immédiatement après que ce délai est écoulé, sans que l'on ait à se demander si ce délai a suffi ou non pour *permettre* de prendre connaissance de la loi (1). C'est pour cela qu'il est possible de fixer la date de l'entrée en vigueur au jour de la publication même, c'est-à-dire à une époque où le numéro du Bulletin des lois de l'Empire ne *peut* absolument pas être déjà répandu dans toute l'étendue du territoire de la Confédération (2). C'est pour le même motif qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper de la question de savoir si le Bulletin des lois a été répandu réellement dans toutes les parties du territoire de la Confédération ; les lois de l'Empire sont en vigueur même en des lieux où jamais personne n'a vu l'ombre d'un numéro du Bulletin des lois (3). Donc, il est oiseux de

(1) Même thèse chez *Binding*, Handbuch des Strafrechts I, p. 227.

(2) Les exemples sont très nombreux. En voici quelques-uns des plus importants : loi du 29 mai 1868, § 5, Bundesgesetzbl., p. 238 (suppression de la détention pour dettes) ; loi du 27 mars 1870, § 6, Bundesgesetzbl., p. 15 (interdiction d'émettre des billets de banque) ; loi du 21 juillet 1870, Bundesgesetzbl., p. 497, 498 ; loi sur les socialistes démocrates du 21 oct. 1878, § 30 (Reichsgesetzbl., p. 358) ; loi portant modification du tarif douanier du 30 mai 1879, § 4 (Reichsgesetzbl., p. 150), cf. aussi § 2 de cette loi ; loi du 15 juillet 1879, § 1, chiffre 1 (Reichsgesetzbl., p. 207) ; loi de l'Empire du 9 juin 1884 (surnommée loi sur la dynamite), § 14 (Reichsgesetzbl., p. 64). Puis toutes les ordonnances qui renferment ou annulent une défense d'importation ou d'exportation. — Les lois qui doivent être observées à de grandes distances à l'étranger, devraient être publiées un certain temps avant l'époque de leur entrée en vigueur. Mais c'est ce qui n'arrive pas toujours ; telle est, par exemple, l'ordonnance publiée le 30 déc. 1871 (Reichsgesetzbl., p. 479) tendant à empêcher la collision de vaisseaux, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 1872.

(3) Les journaux répandent en fait la connaissance de la loi beaucoup plus que le Bulletin des lois.

se demander si le Bulletin des lois a pu parvenir ou non dans telle ou telle partie du territoire de la Confédération. Qu'il s'agisse d'une forteresse assiégée, d'un territoire occupé par l'ennemi ou d'un pays rendu inaccessible par une inondation, par une catastrophe quelconque, les lois de l'Empire allemand y prennent un caractère obligatoire aussi bien que dans tout le reste de la Confédération (1). D'autre part, aucune loi de l'Empire ne prend un caractère obligatoire *avant* la fin du délai légal, quand même elle a joui de la publicité et de la notoriété la plus générales (2).

2° La date à laquelle les lois de l'Empire entrent en vigueur est la même pour toute la Confédération ; la distance plus ou moins grande de Berlin n'y fait absolument rien (3). Mais elle ne s'applique qu'à la Confédération et non à l'étranger. Les mots par lesquels débute l'art. II de la Constitution : « à l'intérieur de ce territoire » s'appliquent aussi à la phrase qui termine cet article et y trouvent leur complément. C'est ce que confirme la loi consulaire du 8 nov. 1867, § 24, 2° par. (Bundesgesetzbl. p. 142), d'après laquelle les lois de l'Empire entrent en

(1) Il ne faut pas confondre cette question avec la suivante : *jusqu'à quel point convient-il, quand on établit la culpabilité d'un individu, de tenir compte de ce fait, qu'il n'avait ou ne pouvait avoir connaissance de la publication d'une disposition de la législation de l'Empire?*

(2) Même thèse chez Hänel, Studien II, p. 65 seq.

(3) Toutefois, une loi de l'Empire peut laisser aux États confédérés la latitude de faire entrer la loi de l'Empire en vigueur sur leur territoire avant le terme fixé par la loi. C'est ce qui est arrivé par exemple dans la loi industrielle du 21 juin 1869, § 7 (par une loi locale); loi monétaire, § 1 et loi sur l'État civil et le mariage civil du 6 févr. 1875, § 79 (par voie d'ordonnance). D'autre part, on peut laisser aux États confédérés la faculté de reculer la date d'entrée en vigueur d'une disposition de la législation impériale au delà du terme fixé. Exemples : loi du 10 nov. 1871, § 2 (Reichsgesetzbl., p. 392) et loi du 26 nov. 1871, § 2 (ib., p. 397).

vigueur dans les ressorts des consulats, six mois à partir du jour où elles ont été publiées par le Bulletin des lois de l'Empire (1). Cette disposition a été remplacée par le § 47 de la loi du 10 juillet 1879 réglant la juridiction consulaire (Reichsgesetzbl., p. 205) qui dit : « les lois nouvelles acquièrent force de lois, à moins que d'autres dispositions de la législation de l'Empire n'interviennent (2), dans les ressorts consulaires, après un délai de 4 mois, à partir du jour où le numéro du Bulletin des lois ou du recueil des lois de Prusse a été publié à Berlin ».

La même prescription est aussi entrée en vigueur pour les protectorats allemands conformément au § 2 de la loi de l'Empire du 17 avril 1886 (Reichsgesetzbl., p. 75).

Si l'on fait abstraction de cette disposition spéciale, il n'y a pas de règle générale qui établisse le moment à partir duquel les lois de l'Empire prennent un caractère obligatoire en dehors des limites de la Confédéra-

(1) C'est le jour que porte le Bulletin des lois de l'Empire comme date d'édition. Cf. *Seydel*, Commentar, p. 46.

(2) Ces termes sont faits pour produire des méprises. Il est évident qu'il ne suffit pas que la loi de l'Empire fixe une autre date d'entrée en vigueur, par exemple, le jour de la publication ou un autre ; il faut qu'elle établisse une autre date spécialement pour les ressorts consulaires. Et cela ne peut s'appliquer qu'au cas où le délai fixé pour l'entrée en vigueur dans les limites de la Confédération comprend moins de 4 mois ; s'il est supérieur à 4 mois, la date fixée pour l'entrée en vigueur de la loi doit s'appliquer aux ressorts consulaires, même s'il n'est pas fait spécialement mention de ces ressorts ; car, sans cela, la loi serait mise à exécution dans ces ressorts plus tôt que dans le territoire de la confédération. Même thèse chez *Binding*, Strafrecht I, p. 229. Du reste, ces termes sont absolument superflus et pourraient être sous entendus, tandis que, dans l'art. II de la Constitution de l'Empire, une telle clause est nécessaire, parce que, sans cela, il faudrait observer, pour chaque disposition se rapportant à la date d'entrée en vigueur d'une loi de l'Empire, les formes qu'exigent les modifications constitutionnelles.

tion ; c'est surtout vrai quand il s'agit de lois qui commandent ou interdisent quelque chose aux sujets de l'Empire, ou aux fonctionnaires en résidence à l'étranger ou aux personnes faisant partie de l'équipage de vaisseaux allemands, etc. (1). Dans les lois de ce genre, il faudrait donc toujours déterminer en termes exprès la date de leur entrée en vigueur (2). Si l'on a négligé cette précaution, il faut juger suivant les circonstances du temps qui est nécessaire pour que le numéro du Bulletin des lois puisse parvenir d'Allemagne dans les pays étrangers dont il s'agit et on ajoutera ce temps au délai de 14 jours établi pour la métropole (3).

3° Enfin, il faut mentionner le cas où la loi porte la date de son entrée en vigueur, mais où sa publication est reculée au delà de cette date. Comme la publication est une condition essentielle de l'existence d'une loi, il en résulte que la loi ne peut avoir aucune autorité juridique *avant* sa publication et que,

(1) Si l'on appliquait le principe exprimé dans l'art. II de la Constitution de l'Empire, on arriverait à ce résultat qu'une même loi entrerait en vigueur dans les ressorts consulaires, par exemple, en Turquie après un délai de 4 mois, mais par contre, en Australie ou en Californie, dès le 14^e jour qui suit la publication. Telle est la façon de voir de *Binding*, op. cit., *G. Meyer*, § 163, note 17 et *Seydel*, Comment., p. 47.

(2) Mais la législation de l'Empire n'a pas toujours pris cette précaution, il s'en faut de beaucoup ; ainsi on ne trouve pas de date d'entrée en vigueur dans la loi sur le mariage et l'état civil de sujets de l'Empire en résidence à l'étranger du 4 mai 1870. La loi du 6 février 1875, § 85, 2^e alinéa a mentionné, au contraire, une date ferme qui est le 1^{er} mars 1875.

(3) Le droit français ne possède pas non plus de disposition légale pour ce cas. Cf. *Demolombe*, Cours de Code civil. Tome I, ch. II, n^o 29. A son avis, les lois françaises deviennent applicables aux Français en résidence à l'étranger, dès qu'ils ont connu la loi ou ont eu l'occasion de la connaître ; par suite, une loi pourrait entrer en vigueur à des dates différentes pour chaque Français en résidence à l'étranger et au besoin ne jamais entrer en vigueur.

par conséquent, il faut considérer la date de son entrée en vigueur lorsqu'elle est antérieure à sa publication, comme juridiquement nulle et non avenue. Quant à la question de savoir si les dispositions juridiques contenues dans la loi auront, après la publication, un effet rétroactif sur des faits et des relations, qui sont nés dans l'intervalle qui sépare la date d'entrée en vigueur telle que la porte la loi et celle de la publication, elle dépendra uniquement du contenu de la loi (1).

§ 58. — *Les ordonnances réglementaires de l'Empire.*

I. — Sur la définition et la nature de *l'ordonnance*, les juristes allemands sont partagés en deux camps. Suivant les uns, l'ordonnance est

(1) On peut mentionner dans l'histoire de la législation de l'Empire allemand, un cas de ce genre, bien qu'il n'appartienne pas entièrement à notre question. Le *Traité d'alliance constitutionnelle* avec la Bavière a été publié le 31 janvier 1871 et devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1871. V. à ce sujet plus haut t. I, p. 86. Il est arrivé déjà à différentes reprises, que la publication d'une disposition juridique était retardée presque jusqu'au jour où elle devait entrer en vigueur; telles sont l'ordonnance du 29 juin 1868 (publiée le 10 août, Bundesgesetzbl., p. 465), l'ordonnance du 19 oct. 1868 (publiée le 31 oct., ib., p. 513); la loi du 11 juin 1870, qui ordonne la suppression du droit de douane de l'Elbe le 1^{er} juillet, a été publiée le 29 juin; cf. ordonnance du 19 août 1871; de nombreuses ordonnances au sujet de l'élévation de droits de douane (Cf. loi du 30 mai 1879, § 2, Reichsgesetzbl., p. 149). Un cas très curieux est celui-ci: une loi pénale peut entrer en vigueur avant même sa publication. La loi publiée le 26 juillet 1881, concernant la punition d'infractions aux lois douanières d'Autriche-Hongrie du 17 juillet 1881, stipule au § 1, qu'elle entre en vigueur le 1^{er} juillet de la même année. L'essai qu'a fait *Binding*, *Strafrecht* I, p. 249, de justifier cette prescription exorbitante, est tout au moins sujet à réserves.

une manifestation de l'activité *administrative* ou gouvernementale de l'État : elle forme le pendant de la loi ; elle est destinée à exprimer non la volonté de l'État ou de la nation, mais la volonté du gouvernement ou du roi ; elle est applicable dans le domaine que la législation a abandonné à la libre activité des autorités administratives ; elle est une émanation de ce que l'on est convenu d'appeler le pouvoir exécutif (1). Suivant les autres, l'ordonnance est de même nature que la loi ; elle renferme des dispositions juridiques ; le terme loi, dans son sens le plus étendu, comprend les lois proprement dites ou formelles et les ordonnances ; les ordonnances sont donc des lois qui émanent du chef de l'État ou des autorités compétentes sans la collaboration de la représentation nationale (2).

Si l'on examine les recueils de lois et d'ordonnances un peu importants, on trouve que les deux

(1) V. par exemple *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht (5^e éd.) II, p. 94 ; *Beseler*, Deutsches Privatrecht I, § 18 ; *Förster*, Preuss. Privatrecht I, § 9 ; *Dernburg*, Preuss. Privatrecht I, § 16, p. 29 ; *G. Planck*, Ihering's Jahrb., vol. IX, p. 339. *E. A. Chr.* (v. *Stockmar*), Aegidi's Zeitschr. für Deutsches Staatsrecht, vol. I, p. 203 seq. et surtout *Lorenz v. Stein*, Handbuch der Verwaltungslehre I, p. 30 seq., p. 64 seq. (2^e éd., 1876).

(2) C'est l'idée qui domine chez les juriconsultes qui s'occupent du droit public. Parmi ses partisans très nombreux on peut souligner : *Zachariä*, Staatsrecht II, § 160 (p. 168 seq.) ; v. *Held*, Verfassungsrecht II, p. 59 seq. ; v. *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik II, p. 404 seq. ; v. *Gerber*, Grundzüge, § 48, p. 150 ; puis v. *Mohl*, Württ. Staatsrecht I, § 33, p. 198 ; v. *Pözl*, Bayer. Verfassungsrecht, § 161, 163 ; v. *Rönne*, Preuss. Staatsrecht I, 1, p. 172, 185 seq. ; *Schulze*, Preuss. Staatsrecht II, p. 225 ; *Böhlau*, Mecklemb. Landrecht I, § 51, p. 311 ; *Roth*, Bayer. Civilrecht I, § 7, p. 95 ; *Unger*, System des österr. Privatrechts I, p. 26, 27 ; *Gneist*, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, p. 73 : « une loi est une ordonnance publiée avec l'assentiment de la représentation constitutionnelle du pays ; une ordonnance est l'expression de la volonté de l'État sans cet assentiment. »

conceptions sont justes pour une partie des ordonnances. Il y a d'innombrables ordonnances qui renferment des principes juridiques et ne se distinguent pas matériellement des lois, qui n'ont paru en quelque sorte que fortuitement sous forme d'ordonnances et non sous forme de lois ; pareillement, il y a une infinité d'ordonnances, qui contiennent des dispositions administratives ou s'appliquent à des institutions administratives et ont pour but non de sanctionner des maximes juridiques, mais de manifester le pouvoir du gouvernement. Donc, aucune de ces deux définitions ne rend complètement, exclusivement, la nature de l'ordonnance.

La notion d'ordonnance est double, exactement comme la notion de loi ; l'expression a un sens matériel et un sens formel ; et le double sens est né, aussi bien pour l'ordonnance que pour la loi, de la théorie de la séparation des pouvoirs et de son importance pour l'histoire du droit public moderne (1).

Le sens *matériel* de l'ordonnance résulte de sa différence avec le sens matériel de la loi. Comme la loi est une disposition établissant une maxime de droit, l'ordonnance doit avoir un autre *contenu* qui la distingue de la loi ; elle ne renferme pas un principe de droit, elle est une disposition qui est du domaine de l'administration, elle est l'exercice de l'activité libre du gouvernement, du pouvoir de faire exécuter la loi. Son domaine, c'est le champ que les lois abandonnent à la vigilance de l'administration. L'histoire nous apprend que les limites qui séparent le domaine de la loi de celui de l'ordonnance ne sont pas immuables et ne sont même pas nettement définies. Ce qui a été

(1) Il est fait allusion à cette idée dans *Schmitthenner*, *Grundlinien des Staatsrechts*, § 74, p. 302. Cf. aussi *Jellinek*, p. 84 seq., 122 seq., 366 seq.

à l'origine une disposition dictée par des raisons d'opportunité pour faciliter l'exercice des fonctions dont sont investies les autorités et les administrations, peut devenir un élément constant et essentiel de la législation publique d'un État ; il serait aisé de citer, dans toutes les périodes de la vie publique et sur tous les domaines de l'activité publique, de nombreux exemples d'institutions qui sont devenues les piliers du droit constitutionnel et qui prennent leur source dans des instructions destinées simplement à régler l'activité des fonctionnaires dans un certain sens, souvent à titre d'essai ou sous l'influence des circonstances. Que l'on se rappelle seulement les variations de la constitution militaire, de l'organisation financière, de la justice au Moyen Age. Mais tant que des instructions et des institutions relatives à l'activité administrative des organes de l'État, n'ont pas acquis, par une loi ou par la coutume, l'autorité nécessaire pour limiter les pouvoirs de l'administration comme telle, c'est-à-dire de l'État dans sa fonction administrative, elles n'ont pas le caractère d'une règle de droit. Une ordonnance qui prescrit telle ou telle ligne de conduite aux autorités et aux fonctionnaires pour des raisons d'opportunité, mais qui reste dans le domaine abandonné par la législation au libre arbitre du gouvernement, peut avoir et aura, vis-à-vis des fonctionnaires ou des autorités, un caractère d'obligation absolue ; pour l'administration formant un tout, elle n'est pas un ordre inéluctable émanant d'un pouvoir *supérieur*, mais elle est une manifestation de sa *propre* volonté ; elle ne crée pas un droit, elle se meut à l'intérieur des barrières établies par le droit. Donc, au sens originel et matériel, la différence entre loi et ordonnance est exactement la même qu'entre disposition *juridique* et disposition *administrative* (1).

(1) Cf. *Rosin*, p. 19 seq. ; *Seligmann*, p. 103 seq. J'ai tenu compte

D'après la théorie de la séparation des pouvoirs, la représentation nationale a une part dans la réglementation du droit, mais non dans la direction de l'administration ; elle collabore à la confection des lois, mais non à la confection des ordonnances. De là vient le sens formel de l'ordonnance. De même que l'on attribuait au pouvoir législatif, d'une part, des actes administratifs auxquels devait collaborer la représentation nationale, qu'on imposait à ces actes la forme de la loi, de même on accordait, d'autre part, la qualité d'ordonnances à des dispositions tirées de principes juridiques, quand elles pouvaient se passer de l'assentiment de la représentation nationale, c'est-à-dire qu'on leur permettait une forme qui, en général, n'est suffisante que pour des dispositions administratives. Dans ce sens formel, on exclut donc de la définition de l'ordonnance toutes les dispositions administratives qui sont prises par la voie législative, telles que le budget, par exemple, et d'autre part on fait entrer dans cette définition toutes les dispositions juridiques qui ont été établies sans la collaboration de la représentation nationale. Donc le sens formel d'ordonnance et le sens de disposition administrative ne coïncident nullement ; le premier est à la fois plus vaste et plus restreint que le deuxième par rapport au sens formel de la loi. il comprend tous les actes émanant de l'initiative de l'État, qui sont exécutés *par voie d'ordonnance*.

Par conséquent, les ordonnances (au sens formel) se divisent en ordonnances *juridiques* et ordonnances *administratives*. Nous discuterons ces dernières à propos de la théorie de l'administration (Cf. § 65) ; les premières appartiennent à la théorie de la législation ; car elles sont des lois au sens maté-

des objections que ce dernier écrivain a faites à une affirmation inexacte de la 1^{re} édition du présent ouvrage. Cf. *Jellinek*, p. 385 seq.

riel du mot, *jus scriptum*, des maximes de droit (1). Il faut distinguer à leur tour deux sortes d'ordonnances juridiques : ce sont, d'une part, les ordonnances qui ont force de loi provisoirement et les ordonnances d'exécution d'autre part. La différence de sens qui existe entre ces deux catégories, c'est que les premières peuvent suspendre ou annuler des dispositions juridiques légalement sanctionnées, tandis que les autres ne peuvent pas déroger à une disposition établie par le moyen de la loi et par conséquent ne peuvent établir que dans les limites des principes juridiques posés dans les lois, des dispositions spéciales, par lesquelles on règle des points secondaires, on donne des instructions juridiques de moindre importance. Par les premières, la collaboration de la

(1) La distinction entre ordonnances juridiques et ordonnances administratives est reconnue par presque l'unanimité des écrivains contemporains allemands. On peut citer parmi ses partisans *Gneist*, v. *Holtzendorff's Rechtslexicon*, vol. III, p. 1059 seq. (3^e éd.) ; v. *Gerber*, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (3^e éd.), § 48, 53 ; *Pröbst*, *Hirth's Annalen* 1882, p. 238 seq. ; *G. Meyer*, *Staatsrecht*, § 159 et 165 ; *Schulze*, *Deutsches Staatsrecht I*, § 187 ; *Ulrich*, *Lehrbuch des österr. Staatsrechts*, p. 391 seq. ; *Lön'ng*, *Verwaltungsrecht*, p. 229 seq. ; *Gareis*, *Allg. Staatsrecht*, p. 182 seq. ; *Gaupp*, *Württemb. Staatsrecht*, § 55, p. 174 ; v. *Stengel*, *Organisation der preuss. Verwaltung*, p. 28, 30 seq. ; *Seydel*, *Bayer. Staatsrecht II*, p. 327 sq., 345. Puis *Hänel*, *Studien II*, p. 62 seq., *Staatsrecht I*, p. 275 ; *Rosin*, *Polizeiverordnungen*, p. 27 seq. ; *Seligmann*, p. 103 seq., 123 ; *Jellinek*, p. 384. Le tribunal de l'Empire a aussi reconnu plusieurs fois cette distinction. Se sont élevés contre cette idée : v. *Martitz*, op. cit., p. 50 et *Zorn*, *Staatsrecht I*, p. 484 et *Annalen* 1885, p. 309 seq. Il serait presque oiseux de réfuter cette affirmation du dernier écrivain : « La volonté de l'État, qui se manifeste extérieurement par un ordre ou une permission, crée toujours un principe juridique, peu importe qu'il s'adresse à tous les sujets de l'État ou simplement à des autorités isolées ; principe juridique et ordre administratif ne sont pas des antithèses, l'ordre administratif est lui aussi un principe juridique ». V. du reste une discussion dans l'*Archiv für öffentl. Recht I*, p. 179 ; *Jellinek*, p. 233 seq. ; *Anschütz*, p. 70 seq. ; *Rosin*, p. 32.

représentation nationale à la législation serait ramenée, si elles étaient absolument valables, à une formalité sans valeur ; donc elles ne sont permises partout qu'à la condition formelle d'être sanctionnées par le Parlement à sa prochaine réunion ; leur autorité est formellement soumise à une condition. Les autres laissent intactes les prescriptions juridiques établies avec la participation de la représentation nationale, elles sont dans les limites du cadre que ces prescriptions ont tracé et par conséquent elles ont une autorité durable.

Les *ordonnances d'exécution*, au sens développé ici, sont des compléments des lois ; l'« exécution » des règles de la loi, cela signifie détailler, développer, expliquer, comme on dit l'exécution d'une esquisse en peinture, d'une pensée indiquée brièvement en littérature. Mais l'expression « exécution d'une loi » peut aussi désigner son application, son maniement, comme on dit l'exécution d'un ordre, l'accomplissement d'une mission. D'où le double sens que peut prendre le mot « ordonnance d'exécution » ; d'une part il peut signifier la publication de prescriptions juridiques destinées à compléter, à détailler les règles de la loi ; et d'autre part, il peut signifier la publication d'instructions adressées aux autorités au sujet de l'activité qu'elles doivent déployer pour appliquer les dispositions d'une loi. Dans le premier cas, l'ordonnance d'exécution renferme des règles juridiques et tombe sous la définition de la *législation* au sens matériel ; dans le deuxième cas, elle renferme des prescriptions administratives et n'a rien à faire avec la réglementation du droit (1).

(1) On trouvera un exemple clair dans la loi sur la dynamite du 9 juin 1884 (Reichsgesetzbl., p. 61). Les dispositions du § 1, al. 1 et 2 ne s'appliquent pas aux explosifs employés surtout pour le tir. La loi ne détermine pas les explosifs qui rentrent dans cette catégorie ; mais elle

II. — Nous avons maintenant à discuter la question suivante : la Constitution de l'Empire permet-elle de publier des ordonnances juridiques ? Pour y répondre nous prendrons pour point de départ le principe suivant : les dispositions juridiques doivent être établies par la voie législative. Ce principe est un axiome que sous entend la Constitution de l'Empire, comme la charte prussienne et la majorité des constitutions ; et c'est vraiment un axiome. « Car la substitution d'une ordonnance à la loi est une infraction aux principes de l'organisation constitutionnelle et du fonctionnement des facteurs législatifs. » (1) Si la Constitution a prescrit une certaine forme pour la législation (on l'appelle précisément pour cela la forme ou la voie législative), elle ne saurait autoriser une infraction à cette règle qu'à titre d'*exception* et la Constitution doit reconnaître cette exception par un article spécial et formel. C'est ainsi, par exemple, que la règle exprimée dans l'article LXII de la Charte Prussienne, à savoir que l'exercice du pouvoir législatif appartient en commun au roi et aux deux Chambres, est restreinte par le principe posé à l'article XLV : le roi publie les ordonnances nécessaires à l'exécution des lois ; et l'article LXIII établit le pouvoir du roi, de publier à des conditions déterminées des ordonnances ayant autorité formelle

ne laisse pas non plus à la police et aux tribunaux, le soin de les fixer ; voici ce que dit le 3^e al. du § 1 : « la désignation de ces explosifs sera faite par un décret du Conseil fédéral. » Ce décret du Conseil fédéral du 13 mars 1885 (Reichsgesetzbl., p. 78), est une véritable *loi complémentaire* ; on peut se représenter son contenu comme s'il était intercalé dans la loi même. Au contraire le § 2 de la même loi autorise le pouvoir central des Etats confédérés, à publier les dispositions nécessaires pour l'exécution de la loi, c'est-à-dire à établir les instructions que l'organisation de l'administration, de la police, etc., des Etats rend nécessaires pour le maniement opportun de la loi.

(1) Hänel, Studien II, p. 64.

de lois (1). Par contre, dans la Constitution de l'Empire, il y a bien l'article V qui contient la règle correspondant à l'article LXII de la Charte Prussienne ; mais on ne trouve aucune trace de dispositions qui correspondent aux articles XLV et LXIII de la Charte Prussienne.

Sans doute, certains écrivains ont déduit de l'article XVII de la Constitution de l'Empire que l'Empereur aurait le pouvoir de publier des ordonnances d'exécution (2). Mais cet article confère simplement à l'Empereur « le soin de veiller à l'exécution des lois de l'Empire ». Une surveillance se rapporte aux actes positifs ou aux omissions, mais elle ne comprend pas la fixation de règles. L'Empereur a pour attribution le contrôle de l'administration telle qu'elle est réglée par les lois de l'Empire, mais non la fixation de règles juridiques (3). Il n'est fait exception que

(1) Ces principes que tous les écrivains spéciaux ont jusqu'ici admis comme évidents ont été attaqués par *Arndt*, *Verordnungsrecht*, p. 26 seq., 57 seq., qui a reproduit sa thèse dans l'*Archiv für öffentl. Recht* I, p. 512 seq., 534 seq. et dans son édition de la Charte constitutionnelle de la Prusse, p. 85 seq. Ce n'est pas le moment d'entrer dans une discussion à propos des points qui se rapportent au droit prussien ; d'autant plus qu'une réfutation exigerait un développement très ample. V. à ce sujet les indications de *Meyer*, § 157, note 7 ; *Rosin*, p. 33, et surtout *Anschütz*, *die Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, und den Umfang des königl. Verordnungsrechts nach preuss. Staatsrecht*, Tübingen 1900. En ce qui regarde le droit de l'Empire, *Arndt* n'a trouvé d'écho que chez *Zorn* (2^e éd.) I, p. 482. Il a été combattu par *E. Mayer* dans la *Krit. Vierteljahresschr.* vol., XXVII, p. 136 seq. (1885) ; *Binding*, *Strafrecht* I, p. 205 seq. ; *G. Meyer*, *Staatsrecht*, § 165, note 10 ; *Schulze*, *Deutsches Staatsrecht* II, § 288 (1886) et surtout *Seligmann*, *op. cit.*, p. 115 seq. ; *Jellinek*, p. 373 seq. et *Hänel*, *Staatsrecht* I, p. 279 seq.

(2) V. *Martitz*, p. 53, 63 ; *Böhlau*, *Mecklenb. Landrecht* I, p. 289 ; *v. Mohl*, p. 169 seq. ; *v. Rönne* I, p. 214 seq., 231 ; II, p. 57 seq.

(3) V. aussi *Seydel*, *Hirth's Annalen* 1876, p. 13. Il est curieux de noter que pas une seule ordonnance impériale n'ait été publiée en s'appuyant sur l'art. XVII de la Constitution de l'Empire. L'ordonnance du

pour certaines branches, telles que les postes et télégraphes, la marine et l'armée ; ici les articles I, LIII, LXIII de la Constitution de l'Empire reconnaissent à l'Empereur le droit de publier des ordonnances.

La Constitution de l'Empire est également muette au sujet du pouvoir de publier des ordonnances, qui auraient force de loi par interim et pourraient modifier provisoirement ou abroger des principes juridiques reconnus par la législation de l'Empire. Toutefois, l'article LXVIII conférant à l'Empereur le droit de déclarer l'état de guerre dans une partie du territoire de la Confédération, l'Empereur a la faculté de modifier provisoirement la législation conformément aux prescriptions de la loi prussienne du 4 juin 1851. Les écrivains qui traitent du droit public de l'Empire conviennent, d'un commun accord, que les ordonnances qui pourraient déroger aux lois de l'Empire ne peuvent pas être publiées sans violer la Constitution, même dans le cas de nécessité et en l'absence du Reichstag. La Constitution ne contient pas la moindre disposition qui établisse à quelles conditions une ordonnance de ce genre est valable, ni par qui elle peut être publiée, ni quels sont ses effets et ses formes,

Il existe aussi une opinion très répandue, d'après laquelle le Bundesrath a le droit de publier des ordonnances juridiques. On tire ce droit soit de la position du Bundesrath dans l'organisme de l'Empire, situation qui lui permettrait de se passer d'une disposition formelle de la Constitution allemande et établirait ce droit tout naturellement, sans délégation.

26 juillet 1867 (Bundesgesetzbl., p. 24) relative à l'introduction du Bulletin des lois de la Confédération a été publiée non pas en vertu, mais en exécution des art. II et XVII ; c'est la seule ordonnance impériale, dont les considérants fassent mention de cet art. XVII.

tion; soit de l'article VII, chiffre 2 de la Constitution. Ainsi, les uns admettent que le Bundesrath a un droit « propre » de faire des ordonnances, les autres qu'il a ce droit indirectement (par délégation).

La première thèse (1) est arbitraire et *manque absolument de fondement*. Car, bien que le Bundesrath soit l'organe par lequel la collectivité des souverains et des villes libres de l'Allemagne exercent le pouvoir qui leur appartient dans l'Empire, il ne s'en suit nullement que le Bundesrath puisse se passer, dans la publication de dispositions juridiques, du concours constitutionnel du Reichstag et du droit de promulgation et de publication qui est l'attribution de l'Empereur. On peut admettre sans doute, que, dans les cas où la publication de dispositions juridiques peut avoir lieu par voie d'ordonnances, le Bundesrath est, à défaut d'autre prescription, l'organe compétent; mais la question à laquelle il s'agit de répondre avant tout, est de savoir si, à côté de la forme prescrite à l'article V, la Constitution permet aussi la forme de l'ordonnance pour la publication de dispositions juridiques (2).

L'autre thèse (3), qui prend comme base l'art. VII, chiffre 2, de la Constitution allemande pour établir le droit du Bundesrath de publier des ordonnances juridiques, est réfutée par le texte même de cet article qui dit: « Le Bundesrath délibère sur les *dis-*

(1) Elle a pour représentants *Zorn*, Staatsrecht I, p. 486 et *Hirth's Annalen* 1885, p. 313 seq., et *Klöppel*, Preuss. Jahrb. 1883, vol. LI, p. 173 seq.

(2) Les développements de *Zorn* et de *Klöppel* ont été vigoureusement réfutés par *Arndt*, *Hirth's Annalen* 1885, p. 701 seq., qui montre les conséquences absurdes auxquelles conduit cette théorie. V. aussi *Hünel*, Staatsrecht I, p. 272 et *Seydel*, Comment. p. 139.

(3) Parmi ses représentants citons *Riedel*, p. 22; *Thudichum*, v. *Holtzendorff's Jahrbuch* I, p. 22; v. *Held*, p. 109; *Dreyer*, Reichscivilrecht p. 6; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 165, etc.

positions administratives et les mesures *générales* nécessaires à l'exécution des lois de l'Empire, si toutefois une loi de l'Empire n'en dispose pas autrement. » Voilà qui établit, avec la plus grande netteté, qu'il ne s'agit que de dispositions et de mesures *administratives* ; l'article est muet sur le droit d'établir des dispositions juridiques. Il ne confère pas le moins du monde au Bundesrath le pouvoir de sanctionner des règles juridiques sans l'assentiment du Reichstag, de publier des lois d'exécution au sens matériel du mot (1). Et l'article XXXVII de la Constitution de l'Empire dit la même chose quand il parle des dispositions et des mesures administratives qui servent à l'exécution de la législation commune. On sait que l'article VII n'existait pas dans la Constitution de la confédération de l'Allemagne du Nord ; quand on l'introduisit dans la Constitution de l'Empire lors de la rédaction du texte, le ministre Delbrück déclara qu'on « apportait à peine par là un changement matériel à l'état de choses existant (2) ». La genèse de cet article nous amène donc à constater qu'il n'était pas destiné à établir un droit législatif du Bundesrath, dont on ne trouve pas trace dans la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, ni dans les traités d'alliance constitutionnelle. La portée du chiffre 2 de l'article VII est exclusivement du domaine de l'administration et sera discutée dans le chapitre qui en traitera (V. § 66).

Arndt, dans son *Verordnungsrecht* 1884, s'est élevé, contre cette manière de voir ; il allègue et cherche à justifier, par de nombreux arguments, que, dans l'art. VII, chiffre 2, l'expression « dispositions administratives » embrasse aussi les dispositions juridi-

(1) V. aussi Seydel, *Hirth's Annalen* 1874, p. 1154 et Prestele, *Abschluss völkerrechtlicher Verträge* 1882, p. 72 seq.

(2) V. plus haut, t. I, p. 392 seq.

ques(1) et s'oppose simplement aux dispositions qui paraissent sous *forme* de loi (2). Arndt appuie son affirmation sur trois arguments. Premièrement, la Prusse ne connaissait pas, à son avis, avant la formation de la Confédération de l'Allemagne du Nord, de différence entre ordonnances juridiques et ordonnances administratives, et l'on désignait par ordonnances administratives toute disposition qui n'était pas publiée sous forme de loi, peu importait son contenu ; or, le droit de publier des ordonnances de l'Empire a remplacé, dit-il, d'après la volonté exprimée ou du moins supposée des auteurs de la Constitution, le droit de publier des ordonnances prussiennes (3).

En ce qui concerne le droit prussien, je suis obligé de renoncer à une réfutation de Arndt, car elle ne serait pas possible sans discussions détaillées (4) ; mais quoi que l'on puisse penser à ce sujet, on ne saurait en aucun cas reconnaître comme fondée la thèse qui veut que les principes soi-disant en vigueur dans la monarchie prussienne soient valables purement et simplement dans l'Empire. Outre la diffé-

(1) V. aussi *Löning*, *Verwaltungsrecht*, p. 229, note 4 ; *G. Meyer*, § 165, note 12. Il faut au contraire ranger parmi les partisans de ma thèse, *Hänel*, *Studien* II, p. 62, 79 seq., *Staatsrecht* I, p. 284 seq. 295.

(2) Mais *Arndt* reconnaît, *op. cit.*, p. 90 et avec plus de netteté encore dans les *Hirth's Annalen* 1885, p. 701 seq., que les ordonnances du Bundesrath doivent se tenir *intra legem*, c'est-à-dire qu'elles doivent servir à *exécuter* une loi de l'Empire et qu'il faut toujours ramener ce pouvoir du Bundesrath à une délégation. Toutefois, il ne considère pas une délégation *spéciale* pour chaque loi comme indispensable, mais il voit dans l'art. VII, 2^e al., une autorisation *générale*, même quand il s'agit de publier des dispositions juridiques. Or, comme l'usage s'est établi de conférer dans toutes les lois de l'Empire, qui y donnent lieu, des pouvoirs spéciaux permettant de publier des ordonnances d'exécution, en pratique la différence entre la théorie combattue par *Arndt* et celle que je défends ici n'est pas aussi importante qu'elle peut paraître.

(3) *Arndt*, p. 85.

(4) L'opinion de *Arndt* est réfutée par les écrivains cités *supra*, p. 386, note 1.

rence essentielle dans la forme de la Constitution, il faut bien considérer que la Charte prussienne renferme un certain art. XLV, qui n'a pas son équivalent dans la Constitution de l'Empire.

En second lieu, Arndt s'appuie sur l'usage de la langue juridique de l'Empire et spécialement de la Constitution même. Comme le deuxième alinéa de l'art. VII contient une disposition qui est empruntée à l'art. XXXVII de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord et ne visait à l'origine que les douanes et les taxes de consommation, Arndt donne une influence prépondérante aux termes employés dans les lois sur les douanes et les impôts. Il s'appuie (p. 36) sur le § 152 de la loi sur l'union douanière du 1^{er} juillet 1869 qui menace d'une peine disciplinaire toute infraction aux prescriptions de cette loi, ainsi qu'aux « dispositions administratives » qui ont été publiées à la suite de ces prescriptions. Mais ici le principe juridique, la répression des délits est sanctionné par la loi elle-même ; seulement, cette loi est une loi pénale en blanc, qui laisse aux règlements de l'administration des douanes le soin de la compléter par la désignation des faits punissables. Donc, si ces règlements ont l'autorité d'une règle de droit, c'est en vertu de l'autorité de la loi de l'Empire et non pas en vertu de l'autorité du décret du Bundesrath. Il en est exactement de même des dispositions des lois relatives à chacune des taxes de consommation, correspondant à une loi pénale en blanc, que cite Arndt plus loin (p. 37 seq.).

De plus, si les dispositions relatives à l'exécution jointes aux lois sur les douanes et les impôts, contiennent des dispositions juridiques d'une autre nature, c'est, comme Arndt le reconnaît pour l'immense majorité, en vertu de délégations spéciales que renferment les lois sur les impôts.

Mais ces délégations seraient absolument superflues, si le Bundesrath pouvait, en dehors de ce cas, publier ces ordonnances. Si donc elles se trouvent en si grand nombre dans les lois de l'Empire sur les douanes et sur les impôts, c'est bien que les facteurs législatifs les ont jugées nécessaires en dépit du deuxième alinéa de l'art. VII de la Constitution de l'Empire. Le fait que, dans une même ordonnance, on trouve fréquemment réunies des dispositions administratives et des règles de droit —, ce qui est inévitable à cause de leur connexion matérielle —, ne suffit pas non plus pour justifier la conclusion de Arndt, à savoir que l'on comprend des règles de droit sous la dénomination de dispositions administratives. On peut admettre comme juste la considération suivante de Arndt (p. 47 seq.) que le Bundesrath a remplacé, en général, la conférence des douanes et que celle-ci a pris des décisions non seulement sur des mesures administratives, mais aussi sur des points de droit ; mais ce n'est pas une raison pour conclure au droit d'ordonnance du Bundesrath. En effet, la conférence douanière n'avait en aucune façon le pouvoir de publier des ordonnances sur des questions d'administration ou de droit ; ses décrets avaient purement et simplement le caractère de conventions internationales ; et c'était du droit particulier à chaque Etat que dépendait la question de savoir si les gouvernements avaient le pouvoir d'introduire ces conventions sur leur territoire par voie d'ordonnance.

Plus loin (p. 53 seq.), Arndt fait valoir le deuxième alinéa de l'art. XLVIII de la Constitution de l'Empire en faveur de sa thèse ; d'après lui, l'expression employée ici de « fixation par règlement ou décret administratif » serait complètement synonyme de « dispositions administratives », et le droit de faire

des ordonnances en matière de postes et télégraphes s'appliquerait aussi, à n'en pas douter, à des dispositions juridiques. Or, c'est précisément cette disposition expresse de l'art. XLVIII, deuxième alinéa, qui réfute, à mon avis, la théorie émise par lui ; si, en effet, cette théorie était juste, il n'y aurait pas besoin le moins du monde de ce deuxième alinéa de l'article XLVIII. Dans la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, la disposition aurait nécessairement appartenu à la section qui traite de la législation de l'Empire et de toute façon elle aurait eu une portée générale, sans restriction à une branche isolée de l'administration ; dans la Constitution de l'Empire, elle aurait été rendue superflue par le deuxième alinéa de l'art. VII. Si l'on a jugé nécessaire de réglementer ainsi spécialement les postes et télégraphes, cela prouve, conformément à la règle *exceptio firmat regulam*, qu'en général cette extension du droit d'ordonnance n'est pas reconnue (1).

Arndt (p. 55 seq.) considère le premier alinéa de l'art. XXXVIII de la Constitution de l'Empire comme absolument décisif. Il y est stipulé qu'il faut déduire du produit des douanes « les remboursements ou diminutions d'impôts par application de lois ou de dispositions administratives générales. » Il faut avouer qu'ici l'expression « dispositions administratives » comprend aussi des ordonnances portant des règles de droit ; mais on peut répéter encore ici tout

(1) *E. Mayer, op. cit.*, p. 139 ; *Seligmann*, p. 121 seq. Du reste, il faut bien se rendre compte de ce fait, que d'après la loi postale, § 50, le règlement a la valeur d'un élément de contrat entre la poste et l'expéditeur ; donc, son caractère obligatoire vient non pas du commandement inhérent à la loi, mais de la volonté des parties contractantes. Vis-à-vis de l'administration des postes et télégraphes, le règlement postal est simplement une *disposition administrative*. V. plus loin mon exposé du régime des postes et télégraphes.

ce qui a été dit à propos des lois sur les douanes et les impôts. Toutes les ordonnances relatives à des remboursements et à des diminutions d'impôts reposent sur des pouvoirs spéciaux conférés par la loi ; mais, par suite de leur étroite connexion avec l'objet, elles ont paru accompagnées d'instructions administratives, si bien qu'elles forment un élément des « règlements » publiés par les organes de l'administration. Et cela explique jusqu'à l'évidence que l'art. XXXVIII les désigne sous la dénomination de dispositions administratives, au lieu d'employer l'expression bien longue de « dispositions qui ont suivi la voie administrative » ; il eût été assez difficile de l'intercaler dans la phrase.

Donc, je ne saurais admettre la preuve comme faite : malgré ce qu'on a pu dire, la Constitution allemande n'entend par dispositions administratives que ce que dit l'expression. Il eût été vraiment bien facile de mettre seulement « dispositions » au deuxième alinéa de l'art. VII, si l'on avait voulu étendre la compétence de Bundesrath à d'autres dispositions que les dispositions administratives.

Enfin, le troisième argument que cite Arndt en faveur de sa thèse, c'est que de nombreuses ordonnances, publiées conformément à la Constitution, renferment des dispositions juridiques, que par conséquent la pratique confirme la théorie qu'il défend. Nous ne pouvons pas entrer ici dans le détail de ces dissertations très étendues (p. 85-169) ; cela n'est possible que dans une monographie. Je ne saurais admettre l'immense majorité des cas énumérés par Arndt, parce que ces ordonnances ou bien reposent sur un pouvoir réel ou fictif conféré par la Constitution ou bien contiennent, en fait, de simples dispositions administratives ; quant aux cas qui restent, ils prouvent simplement que la pratique est

hésitante et que le Bundesrath n'a pas eu toujours une conscience très claire des limites que lui assigne la Constitution.

En résumé, on peut établir, en toute assurance, que la Constitution ne confère à aucun organe de l'Empire un pouvoir *général* de publier des ordonnances destinées à compléter des lois ou à en régler l'exécution ; mais, d'autre part, rien ne permet d'affirmer que cette Constitution ait interdit ou déclaré non valable la publication de dispositions juridiques par voie d'ordonnances (1). La législation ne connaît pas de barrières qui l'empêchent de prendre des décisions tendant à faire établir des dispositions juridiques. L'art. V contient simplement une prescription qui détermine la forme dans laquelle la législation de l'Empire sera exercée, mais rien n'indique quel doit être ou quel ne doit pas être le *contenu* d'une loi de l'Empire. Donc, au lieu d'établir *directement* des règles de droit, une loi peut contenir des dispositions qui déterminent *comment* certaines règles de droit doivent être publiées. Il n'y a là ni violation ni abrogation, mais simple application de l'art. V (2). Par conséquent, on ne saurait émettre la prétention de vouloir appliquer à la sanction d'une loi de cette nature, les règles prescrites pour les modifications constitutionnelles et on ne peut pas davantage déclarer une loi de ce genre non recevable et inconstitutionnelle. Le fait que, dans

(1) Cette théorie a été développée par v. Rönne, Staatsr. d. Deutschen Reichs II, 1, p. 13 seq. Elle a été réfutée dans la 1^{re} édition allemande de cet ouvrage, vol. II, p. 74 seq., et par Arndt tout au long, op. cit. p. 16 seq. V. aussi Jellinek, p. 333. Comme elle n'a pas trouvé d'écho chez les écrivains spéciaux, je ne m'engage pas davantage dans une polémique.

(2) V. Seydel, Hirth's Annalen 1874, p. 1145, qui expose très nettement cette question.

la pratique, il ne se soit pas trouvé un seul cas, parmi les exemples si nombreux, où le Reichstag, le Bundesrath ou le gouvernement impérial aient émis des doutes sur la légalité de ce procédé, milite en faveur de notre thèse.

Par suite, nous arrivons au résultat suivant : il n'y a pas de pouvoir général, conféré par la Constitution elle-même, qui autorise la publication d'ordonnances juridiques ; mais, dans les différents cas, ce pouvoir peut être établi par une disposition spéciale d'une loi de l'Empire. Ou en d'autres termes : *toute ordonnance contenant des dispositions juridiques ne peut être valable que si elle est publiée en vertu d'une délégation spéciale de la loi de l'Empire* (1).

III. — La délégation (2) du droit d'ordonnances peut être confiée au Bundesrath, à l'Empereur, au Chancelier de l'Empire ou à une autre autorité administrative de l'Empire, ou aux Etats confédérés (3). Cha-

(1) C'est pour cela que les considérants de chaque ordonnance relatent l'article de la loi, en vertu duquel elle est publiée. Assurément, il ne faut pas voir là une *forme essentielle*, dont la transgression entraîne la nullité de l'ordonnance, puisque la législation de l'Empire n'a pas réglé les formes dans lesquelles les ordonnances doivent être publiées. Mais *matériellement*, la validité d'une ordonnance dépend de l'existence d'une délégation légale et, par conséquent, la pratique de se référer à l'article de loi dans l'ordonnance, a son utilité. V. *Rosin, Polizeiverordnungsrecht*, p. 261 sq.

(2) *Dyroff*, p. 877, critique l'expression de « délégation ». Il est évident qu'il ne s'agit pas d'une délégation au sens du droit civil ; personne n'a fait une semblable confusion ; il ne s'agit toujours que de déterminer également quel sera l'*organe* qui doit publier certaines dispositions ou, ce qui revient au même, quelle sera la forme de leur émanation. L'expression de « lois référantes » qu'emploie *Dyroff* ne saurait être acceptée comme dénomination technique, ne fût-ce qu'à cause de son obscurité parfaite.

(3) Si une loi de l'Empire stipule que les règles juridiques nécessaires à l'exécution doivent être publiées « par voie d'ordonnance », sans que l'on ajoute qui en sera chargé, c'est le Bundesrath que l'on

l'un de ces quatre cas a besoin d'un examen approfondi. Il faut faire, avant toute chose, une remarque commune à toutes les sortes d'ordonnances, déterminer quel est le sens juridique du pouvoir de faire des ordonnances ; il consiste non pas à rédiger l'ordonnance, mais à lui donner un caractère obligatoire, à notifier l'ordre de s'y conformer. Faire une ordonnance, ce n'est pas en fixer le texte, c'est donner une sanction aux principes de droit qu'elle contient. Nous verrons que, pour les ordonnances aussi, les règles qui président à la fixation du texte ne sont pas en partie les mêmes que celles de la sanction.

1^o Ordonnances du Bundesrath (1). — La délibération a lieu conformément aux règles qui président à la délibération en matière de lois. Toutefois, le veto de la voix présidentielle dans les questions relatives à l'armée, à la marine de guerre et aux taxes énumérées à l'art. XXXV de la Constitution, est limité aux « projets de lois ». Constitution de l'Empire, art. V, 2^e al. Et le mot « projets de loi » ne désigne ici que des lois au sens formel ; c'est ce qui ressort soit du rapprochement avec le 1^{er} al. du même article, qui règle l'exercice de la législation de l'Empire par le Bundesrath et le Reichstag, soit de la comparaison avec l'art. XXXVII, qui reconnaît le veto du président à des ordonnances du Bundesrath dans les questions d'administration des douanes et des impôts. Le veto est

peut regarder comme l'organe compétent ; c'est ce qui résulte de sa situation générale dans l'organisme impérial. *Seydel, Hirth's Annalen* 1876, p. 11 seq. et *Jahrbuch de v. Hötendorff-Brentano*, vol. III, p. 284 ; *E. Mayer, Krit. Vierteljahresschr*, vol. XXVII, p. 138 ; *G. Meyer, Staatsrecht*, § 165, II.

(1) Il y a tant de lois qui contiennent des délégations confiées au Bundesrath, qu'il est superflu de citer des exemples isolés ; en particulier, toutes les lois relatives aux douanes et aux impôts et la plupart des autres lois concernant les finances et l'industrie contiennent des délégations de pouvoir pour le Bundesrath.

également très suffisant, quand il arrête des projets de loi, puisqu'il offre le moyen d'empêcher de confier au Bundesrath la délégation du droit d'ordonnances, ce qui ne peut se faire qu'au moyen d'une loi.

2° Ordonnances de l'Empereur. — Le mot d'ordonnance est fréquemment appliqué à des décrets impériaux, qui ne contiennent pas de règles de droit et ne sauraient en aucune façon se ranger sous la rubrique législation, mais qui sont, par leur fond, des applications d'un principe juridique à un cas isolé, des actes de gouvernement, des décisions. Tel est, par exemple, l'ordre impérial qui fixe la date des élections au Reichstag, qui convoque, proroge le Reichstag, ou prononce la clôture de sa session, qui commande l'installation d'un ouvrage de fortification conformément à l'art. LXV de la Constitution, etc. Mais nous ne parlons ici que d'ordonnances juridiques, c'est-à-dire de dispositions qui, par leur fond, sont des lois.

La publication d'ordonnances de cette nature peut être confiée à l'Empereur soit par délégation pure et simple, soit avec la restriction d'obtenir *l'assentiment du Bundesrath* (1).

Dans ce dernier cas, la différence entre la fixation du fond et la sanction de l'ordonnance est aussi

(1) Nous avons comme exemples la loi relative à la caution du 2 juin 1869, § 3 (Bundesgesetzbl., p. 161); la loi relative au trésor de guerre du 11 nov. 1871, § 3; la loi relative aux fonctionnaires de l'Empire, § 18, 87, 88; la loi sur l'observatoire maritime du 9 janvier 1875, § 4 (Reichsgesetzbl., p. 11); la loi sur la banque de l'Empire du 14 mars 1875, § 40 (ib., p. 188); la loi d'introduction à la loi sur l'organisation judiciaire, § 15, 16, 17, au Code de procédure civile, § 6; la loi sur le cabotage du 22 mai 1881, § 2 (Reichsgesetzbl., p. 97); la loi du 10 sept. 1883, § 2 (ib., p. 303). La loi du 27 avril 1894, art. III (ib., p. 372); loi du 12 mai 1894, § 25 (ib., p. 448); loi d'introduction à la loi sur la procédure pénale militaire du 13 juillet 1899, § 106, al. 6; § 110, al. 4; § 119, etc. Cf. Hänel, Studien II, p. 76 seq.

manifeste que lorsqu'il s'agit de la législation formelle. Le fond de l'ordonnance est fixé par un accord ; l'entente entre l'Empereur et le Bundesrath est la première condition de leur confection (1). Mais la sanction de l'ordonnance appartient à l'Empereur ; ainsi, les décrets du Bundesrath, même s'ils ont obtenu l'assentiment des représentants de la Prusse, n'ont pas force de lois, tant que l'Empereur ne les a pas sanctionnés. C'est là la différence essentielle qui distingue ces opérations de la promulgation et de la publication d'une loi, déclaration d'une tout autre nature que la sanction et l'obligation de l'Empereur, quand la loi a été régulièrement votée (2). L'ordonnance, au contraire, n'a pas reçu l'existence, parce qu'elle est la seule qui ait été votée au Bundesrath ; par là elle n'a été que préparée et rendue possible ; l'Empereur a donc toute faculté de refuser la sanction. Au point de vue politique, ce point est sans importance quand les mandataires de la Prusse au Bundesrath ont donné leur consentement à l'ordonnance ; mais, au point de vue juridique, même dans ce cas, c'est un fait à noter que les ordonnances pu-

(1) Au lieu de la clause « avec l'assentiment du Bundesrath, » on trouve aussi dans quelques lois l'expression : « d'accord avec le Bundesrath » ; par exemple : Loi du 16 mars 1886, § 3 (Reichsgesetzbl. p. 58) ; du 27 mai 1896 (ib., p. 150) ; du 20 juin 1899, § 1 (ib., p. 315). *Thudichum*, *Verfassungsrecht*, p. 90, estime que, si cette expression impose à l'Empereur l'obligation d'entrer en pourparlers avec le Bundesrath avant la publication de l'ordonnance, elle n'empêche pas que l'ordonnance puisse paraître dans le cas où le Bundesrath ne serait pas consentant. *V. Mohl*, p. 266, 267 est aussi de cet avis, « parce qu'on aurait dit sans cela « après entente ». *V. Rönne I*, p. 214, note 2, dit presque mot pour mot la même chose. Je ne saurais me ranger à cette interprétation, qui fait violence à l'usage ordinaire de la langue. « Être d'accord avec quelqu'un », cela ne veut pas dire « après l'avoir entendu » ; c'est absolument synonyme de « après entente ».

(2) *V. plus haut*, p. 319 et 334.

bliées avec l'assentiment du Bundesrath sont des actes législatifs non du Bundesrath, mais de l'Empereur. Car si une loi de l'Empire délègue à l'Empereur le pouvoir de publier des ordonnances relatives à l'exécution, les ordonnances *émises* par le Bundesrath seraient nulles et non avenues, tandis qu'il n'y a absolument rien qui s'oppose à ce que l'Empereur, même dans les cas où la loi ne lui en impose pas l'obligation, s'assure le consentement du Bundesrath au contenu des ordonnances qu'il est chargé de publier (1). Mais, en aucun cas, une ordonnance de cette nature ne saurait recevoir l'existence *contre* ou même simplement *sans* la volonté de l'Empereur et l'on peut considérer comme possible et valable, au point de vue du droit public, que l'Empereur refuse, après coup, de publier l'ordonnance, lors même que les voix de la Prusse au Bundesrath se sont prononcées en faveur de la publication.

3° Ordonnances du Chancelier de l'Empire ou d'une autre autorité de l'Empire. — Ce cas a la plus grande affinité avec le cas de la délégation au profit de l'Empereur et il est analogue en tous points au cas précédent. En effet le Chancelier et les autres autorités sont des auxiliaires de l'Empereur, qui se sert d'eux pour exercer la fonction gouvernementale qui lui est dévolue (2). Tous les pouvoirs dont est investie une autorité sont compris dans les prérogatives impériales et, au point de vue du droit public, ils sont la manifestation de la direction des affaires du gouvernement, laquelle est confiée à l'Empereur (3). Donc, on peut considérer, au point de vue juridique, toute disposition de la loi qui confie au Chancelier ou à

(1) C'est ce qui se produit très souvent, comme le prouvent les procès-verbaux du Bundesrath.

(2) V. plus haut, t. I, p. 350, et t. II, p. 10 seq.

(3) Plus haut, t. I, p. 11.

un autre organe la publication d'une ordonnance juridique comme une délégation au bénéfice de l'Empereur, du droit de publier des ordonnances avec cette clause que l'Empereur n'est pas nécessairement tenu d'expédier cette affaire en personne, mais qu'il peut être *remplacé* dans cette mission par son ministre (le Chancelier de l'Empire) ou toute autre administration chargée de cet ordre d'affaires. Ce qui prouve que les choses sont telles que je les représente, c'est que l'Empereur peut, quand il le désire, prescrire à son Chancelier, dans les limites fixées par les lois, de quelle manière l'ordonnance sera publiée et, s'il ne se conforme pas à cet ordre, le relever de ses fonctions (1).

Quand la loi confère les pouvoirs au Chancelier, l'ordonnance peut être publiée par un de ses représentants en vertu de la loi du 17 mars 1878 ; par contre une sous-délégation au bénéfice d'un autre fonctionnaire de l'Empire est inadmissible, à moins d'une disposition spéciale de la loi. De même, l'ordonnance du Chancelier ne peut pas être remplacée par une ordonnance du Bundesrath (2).

(1) Dans la 1^{re} édition allemande de cet ouvrage, nous avons déduit de là que les ordonnances dont la publication est déléguée au Chancelier peuvent aussi être publiées par l'Empereur lui-même. Bien que *Arnold*, p. 176, se range à cet avis, je me suis convaincu de l'inexactitude de cette conclusion. En effet, la délégation au profit du Chancelier ne tend pas seulement à décharger l'Empereur du soin de publier l'ordonnance, mais encore à faciliter les modifications ou l'abrogation de ces dispositions et à les soumettre à la décision *indépendante* du Chancelier. Cf. *Hensel*, *Annalen* 1882, p. 26 ; *E. Mayer*, *Krit. Vierteljahrsschr. N. F.* vol. VIII, p. 140 et surtout *Rosin*, *Polizeiverordnungsrecht*, p. 218.

(2) D'autre part, on peut se demander jusqu'à quel point le Bundesrath, dans les cas où la publication de dispositions exécutive a été confiée par la loi au Bundesrath, est autorisé à déléguer à son tour ce pouvoir au Chancelier, comme cela s'est passé par exemple pour l'ordonnance du 19 juin 1871, § 10, 1^{er} al. (*Reichsgesetzblatt*, p. 258).

De même qu'il faut distinguer des ordonnances impériales les décrets de l'Empereur qui sont des règlements au point de vue juridique, de même il faut établir une différence entre les ordonnances publiées par le Chancelier ou toute autre autorité de l'Empire en vertu d'une délégation légale et les arrêtés qu'ils prennent pour expédier les affaires *administratives* dont ils sont chargés; ils n'ont pas besoin pour cela d'une délégation particulière, mais cela rentre dans leur compétence en vertu des fonctions que leur impose en général le soin de telle ou telle affaire.

L'analogie entre les ordonnances impériales et les ordonnances du Chancelier se manifeste aussi en ce que ces dernières peuvent être également soumises, par une disposition formelle à l'assentiment du Bundesrath ou d'une commission de ce Bundesrath au sujet du fond de l'ordonnance (1). Quand cette condition est prescrite par la loi, le Chancelier et le Bundesrath ou une de ses commissions doivent préalablement se mettre d'accord au sujet du fond de l'ordonnance, tandis que la sanction de l'ordonnance dont le texte a été fixé ainsi est ensuite l'attribution du Chancelier.

La loi peut aussi déléguer le pouvoir de publier des ordonnances juridiques à des fonctionnaires autres que le Chancelier. Le cas le plus important,

(1) Telle est la loi sur le consulat, § 38; la loi postale du 28 oct. 1871, § 50; la loi sur le jaugeage des navires du 5 juillet 1872, § 35; la loi du 23 mai 1873 (fonds des Invalides, § 11 (Reichsgesetzbl., p. 121), Lois d'introduction au Code civil, art. XXXI, au Code de procédure civile (réaction nouvelle), § 24; ordonnance sur les faillites, § 5, al. 2; lois sur les brevets d'invention, § 12, etc.. Il ya encore plus de complication dans la loi du 20 déc. 1875, dont l'art. X stipule que les dispositions exécutives seront publiées par le Chancelier, après avoir entendu l'administration des postes et celle des chemins de fer, à la condition d'obtenir l'assentiment du Bundesrath.

dans lequel ce fait s'est produit, c'est la loi sur la juridiction des consuls du 10 juillet 1879, dont le § 4 établit le pouvoir des *consuls de l'Empire* de publier des ordonnances de police, qui sont matériellement des lois pénales, cela ne souffre pas de doutes (1). Le même pouvoir est conféré dans les protectorats allemands aux fonctionnaires chargés de l'exercice de la justice (2). Le *contenu* de ces ordonnances peut être prescrit aux consuls ou aux gouverneurs par une injonction du Chancelier ou du ministère des Affaires étrangères ; mais par contre, la *sanction* (publication) ne peut émaner que des consuls, etc. eux-mêmes et non du chancelier ; toutefois, le Chancelier a pleins pouvoirs pour abroger les ordonnances de police publiées par le Consul etc. et n'en est pas réduit à ordonner l'abrogation au Consul (3). On peut encore citer comme exemple la loi du 19 juin 1883 (Reichsgesetzbl., p. 105) qui confère aux *chefs de stations maritimes* le pouvoir de publier des ordonnances.

4° Ordonnances des Etats confédérés. — Il est capital ici de distinguer le pouvoir de publier des ordon-

(1) V. *Rosin*, op. cit., p. 220 sq.

(2) Loi du 17 avril 1886, § 2 (Reichsgesetzbl., p. 75) (Rédaction du 15 mars 1886, § 11).

(3) Loi du 10 juillet 1879, § 4, 4^e al. L'abrogation est un acte qui correspond à la confection de l'ordonnance ; par conséquent, comme celle-ci, elle est une loi au sens matériel. Mais pour cela le Chancelier a le choix entre deux moyens. Ou bien il peut enjoindre au consul, par un ordre de service (acte administratif), d'abroger l'ordonnance qu'il a publiée ; en ce cas l'abrogation a lieu par un acte législatif du *consul*. Ou bien le Chancelier peut directement annuler l'ordonnance publiée par le Consul ; en ce cas, c'est le Chancelier qui accomplit l'acte législatif *aux lieu et place* du Consul. La conséquence, c'est que, même si c'est ce dernier moyen qui est employé, l'ordonnance émise par le Chancelier *doit être publiée* suivant les formes prescrites aux ordonnances des consulats et en particulier dans le ressort du consulat en question. Cf. *Rosin*, p. 271, 273.

nances exécutives à propos des lois de l'Empire. droit que les États confédérés possèdent en vertu d'une délégation, — de l'autonomie propre aux États confédérés (1). Il y a entre ces deux pouvoirs ceci de commun qu'ils ne doivent pas aller *contre* les lois de l'Empire (*contra legem*) (2); puis, dans les deux cas, la sanction émane du pouvoir de l'État particulier; enfin, ils sont valables seulement dans le domaine de l'État confédéré et non sur tout le territoire de l'Empire. Mais après cela, ils sont absolument différents. Dans ses décisions autonomes l'État exerce son pouvoir législatif *à lui*; dans la publication d'ordonnances exécutives celui d'un autre, qu'il tient par délégation, à savoir il exerce celui de l'Empire. La vertu de ces ordonnances réside dans la loi de l'Empire; bien que publiées par l'État confédéré, elles sont un élément de la législation de l'Empire au sens matériel du mot, et, *par conséquent, elles prennent les lois du pays et par suite aussi les lois constitutionnelles des États confédérés.*

Les actes législatifs autonomes des États confédérés servent de règle dans le domaine qui est laissé libre par la législation de l'Empire, soit qu'il soit soustrait à sa compétence, soit que l'Empire ne veuille pas y donner de règles; ils sont des décrets *præter legem imperii*. Les ordonnances publiées en vertu d'une délégation ne peuvent concerner que des matières réglées par la législation de l'Empire et ne sauraient renfermer que des dispositions qui rentrent dans le cadre fixé par les règles de la loi de l'Empire; ce sont des décrets *intra legem imperii*. Il s'en suit que tous les décrets *autonomes* doivent nécessaire-

(1) V. Rosin, *op. cit.*, p. 71 sq.

(2) À moins que la loi de l'Empire n'établisse sa disposition que d'une manière *subsiliaire* ou qu'elle n'autorise *formellement* la publication de dispositions dérogatoires dans certaines conditions.

ment observer les formes prescrites par le droit public du pays confédéré et, en particulier, quand il s'agit d'un changement dans le régime juridique actuel, suivre la voie législative du pays ; enfin, quand il s'agit de modifications du droit constitutionnel, il faut se conformer aux règles prescrites pour les modifications de la Constitution. Au contraire, les ordonnances publiées *par délégation* de l'Empire doivent observer les formes prescrites par l'Empire à cet effet ; donc, suivant le texte de la délégation que renferme la loi de l'Empire, les dispositions exécutives seront publiées soit par la voie législative du pays confédéré, soit par ordonnance du souverain (par voie d'ordonnance) (1), soit par ordonnance des autorités supérieures, ministères, administration des finances etc. (2). Ce n'est que lorsque la loi de l'Empire est muette sur ce point, que les dispositions du droit public du pays sont applicables.

Si donc les lois de l'Empire s'en remettent à des dispositions en vigueur dans les États confédérés ou à des dispositions que ces États devront publier, il y a un intérêt capital à savoir si, par là, la loi de l'Empire renvoie à l'autonomie des États confédérés, c'est-à-dire si elle établit *une démarcation* entre le domaine qui tombe sous la juridiction de l'Empire

(1) La voie d'ordonnance est prescrite en propres termes dans la loi sur les associations syndicales du 4 juillet 1868, § 72 ; dans la loi sur le personnel de la marine marchande, § 23, 3^e al. ; dans la loi du 6 fév. 1875, § 79 ; la loi du 9 fév. 1875, § 3 et celle du 13 fév. 1875, § 18 prescrivent une ordonnance du roi de Bavière (Reichsgesetzbl., p. 41, 58) ; le 3^e al. du paragraphe 17 de la loi d'introduction à la loi sur l'organisation judiciaire prescrit une ordonnance du souverain, etc.

(2) Par conséquent, il est faux d'affirmer, comme le fait v. Mohl, p. 174, que la forme, dans laquelle doivent être publiées les dispositions exécutives confiées aux soins des États confédérés, dépend du droit public de ces États. Seydel, Hirth's Annalen 1874, p. 1144 et Rosin, p. 69 ont raison.

et celui qui lui échappe, ou si elle donne aux États confédérés le *pouvoir* de publier les dispositions exécutives nécessaires dans un domaine qui tombe sous la juridiction de l'Empire (1).

La dernière conséquence, c'est que les États confédérés n'ont pas besoin d'une délégation formelle de la loi pour publier des lois sur les domaines abandonnés à leur autonomie, tandis qu'il n'en est pas de même de la publication d'ordonnances relatives à l'exécution des lois de l'Empire (2). La délégation confiée aux États confédérés peut aussi être limitée, de telle sorte que, si la publication formelle (la sanction) de l'ordonnance leur est laissée, le contenu matériel en est fixé par le Bundesrath; c'est le cas de la loi du 25 février 1876, § 4 (Reichsgesetzbl., p. 164) (3); ou encore, la publication de dispositions

(1) Les deux cas peuvent se trouver réunis dans une même loi; ainsi la loi sur le pavillon de la Confédération du 25 oct. 1867, § 3 et 17 renferme une délégation et le § 19 reconnaît l'autonomie; la loi industrielle contient aux §§ 21, 38 une délégation, et réserve l'autonomie dans beaucoup d'autres articles; la loi relative au domicile de secours contient au § 8 une délégation, et au § 52 conserve à la législation du pays ses droits; la loi militaire confie aux États confédérés, par son § 36, le soin de régler les frais des opérations du recrutement; et la même loi au § 46 soumet à leur autonomie l'imposition des militaires; le règlement côtier du 17 mai 1874 contient aux § 2, 22, 24 une délégation, au § 45 une clause en faveur de l'autonomie; et de même, la loi navale au § 4 confère une délégation, au § 45 laisse l'autonomie, etc. Le Code civil et la loi d'introduction au Code civil contiennent de nombreuses délégations et de nombreuses clauses en faveur de l'autonomie.

(2) *Seydel, Hirth's Annalen* 1876, p. 13, n. 1 partage cet avis. Au contraire, *v. Rönne, Preuss. Staatsrecht* I, 1, § 48 (p. 197) estime que « si les États confédérés ont à assurer l'exécution de lois de l'Empire, ils ont aussi naturellement (?) le droit de publier toutes les ordonnances exécutives ». Sans doute, cela tient ici à une confusion entre l'ordonnance administrative et l'ordonnance juridique (la loi d'exécution).

(3) Il en est de même de la loi du 7 avril 1869 (Mesures contre la peste bovine), § 7 et 8 et dans d'autres cas. *Hänel, Studien* II, p. 66 appelle cela un droit d'ordonnance indirect du Bundesrath et il cite

exécutives ne leur est confiée que subsidiairement, c'est-à-dire au cas où le Bundesrath ne les publierait pas lui-même, et nous avons comme exemple la loi du 6 février 1875, § 83.

IV. — L'ordonnance a besoin, comme la loi, d'une déclaration formelle et authentique; par conséquent, elle doit être *promulguée*. Pour les ordonnances dont la publication sera faite par l'Empereur il va sans dire que c'est l'Empereur qui les promulgue. On applique les mêmes principes que pour les lois; la promulgation consiste en une pièce authentique, signée par l'Empereur, revêtue du sceau impérial, datée et contre-signée par le Chancelier ou par un de ses représentants responsables. Si c'est le Chancelier qui doit publier l'ordonnance, la pièce qui contient cette ordonnance sera signée par lui (1). La forme que prendra la sanction d'ordonnances des Etats confédérés sera déterminée, si toutefois la loi de l'Em-

comme preuve, p. 71 seq., que, d'après le projet primitif de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, le Bundesrath devait être limité à un droit d'ordonnance *indirect*, et que la transformation du droit d'ordonnance indirect en droit direct n'a eu lieu que plus tard (p. 87). Il me semble que ce que dit *Ad. Arndt*, op. cit., p. 87 seq. pour réfuter cette thèse, n'a pas affaibli l'argument cité. Mais, à vrai dire, ce soi-disant droit d'ordonnance indirect n'est pas le moins du monde un droit d'ordonnance, puisque le décret du Bundesrath ne crée point une ordonnance, il sert simplement à dicter aux Etats confédérés le devoir de publier des ordonnances correspondantes, dont le texte a été donné; donc le droit d'ordonnance qui correspond à ce devoir appartient, dans des cas de ce genre aux Etats confédérés.

(1) Les représentants du Chancelier sont désignés aux termes de la loi du 17 mars 1878. La représentation du Chancelier par un autre fonctionnaire que par un de ces représentants légaux ne saurait être considérée comme suffisante quand il s'agit de la promulgation d'une ordonnance juridique. De même, une ordonnance de l'Empereur ne peut être promulguée par le Chancelier. On trouve un avis différent chez *Arndt*, qui admet un pouvoir général de déléguer au second degré le droit de faire des ordonnances.

pire ne contient pas de disposition à ce sujet, par le droit public de l'Etat confédéré.

Enfin pour les ordonnances du Bundesrath la promulgation des décisions du Bundesrath revient, comme c'est l'usage dans toutes les assemblées délibérantes, au président, c'est-à-dire au Chancelier de l'Empire (1). La Constitution ne prescrit pas une promulgation impériale pour les ordonnances adoptées par le Bundesrath; l'art. XVII ne l'exige que pour les lois. La distinction est positivement fondée, puisque, pour une loi, le vote du Bundesrath n'est qu'une des conditions préliminaires imposées par la Constitution, tandis que, pour une ordonnance, le vote du Bundesrath est suffisant.

La portée juridique de la promulgation est la même, qu'il s'agisse d'ordonnances ou de lois. La promulgation atteste, sous une forme authentique, que l'ordonnance a été établie conformément aux règles et aux formes prescrites et que son texte est bien celui que renferme la pièce. Si la formule de promulgation d'une ordonnance impériale certifie que l'ordonnance est publiée avec l'assentiment du Bundesrath ou après entente avec ce Conseil, l'exactitude de ce fait est à l'abri de tout examen ultérieur, de toute appréciation de la part des tribunaux, des administrations et des sujets de l'Empire. Cette formule ne renferme pas seulement un témoignage qui prouve que le texte de l'ordonnance a été soumis à la discussion du Bundesrath et approuvé par un vote de cette assemblée, mais aussi elle émet un jugement formellement inattaquable, qui garantit que ce décret du Bundesrath a été pris conformément aux dispositions de la Constitution, et par conséquent valablement (2). Cette décision

(1) Cf. aussi *Hänel*, p. 89.

(2) V. plus haut, t. II, p. 318 seq.

impériale ne peut pas être passée sous silence ou rectifiée par les tribunaux ou les administrations dans les différents cas soumis à leur décision. En contresignant l'acte impérial, le Chancelier assume toute responsabilité au sujet de l'exactitude de la décision impériale. Il en est de même des ordonnances publiées par le Chancelier, quand elles attestent qu'elles ont été établies après consultation d'une commission du Bundesrath ou avec son assentiment ou avec le consentement du Bundesrath, ou après avis d'une administration de l'Empire. Si la publication de l'ordonnance est confiée au Chancelier, l'observation des formes prescrites est laissée aussi à sa propre responsabilité.

Pour les ordonnances qui doivent être votées par le Bundesrath, cette assemblée doit, comme toute assemblée dans ses délibérations, observer les règles établies à cet effet et, quand il s'élève des doutes et des divergences d'opinions, en décider par un vote. Si le président du Bundesrath promulgue le décret du Bundesrath, il certifie par là, en même temps, que l'on n'a pas émis ou que l'on a dissipé régulièrement tous les doutes au sujet de la forme ou du résultat du vote (1).

Ainsi la promulgation de l'ordonnance a, comme celle des lois, pour effet d'attester sous une forme authentique, la régularité des formes. Mais à un autre

(1) Dans toutes ces opérations, qui incombent au Chancelier en tant que président du Bundesrath, il est parfaitement admissible que celui-ci se fasse représenter par un autre membre du Bundesrath Art. XV, 2^e al. de la Constitution de l'Empire. Et, en fait, il y a des ordonnances du Bundesrath qui ont été promulguées par le président des bureaux de la Chancellerie, représentant le Chancelier. V. par exemple l'ordonnance du 25 septembre 1869 (Bundesgesetzbl., p. 635); la loi relative au jaugeage des navires du 5 juillet 1872 (ib., p. 281) et tant d'autres. Par contre, la loi sur la représentation du 17 mars 1878 n'est pas applicable ici. V. plus haut, t. II, p. 32 seq. Même avis chez Hänel, p. 89.

point de vue, il y a une différence essentielle entre les lois et les ordonnances. Sous forme de loi, l'Empire peut, ainsi que tout État souverain, déclarer valable un acte quelconque émanant de sa volonté, peu importe son contenu ; l'ordonnance juridique, au contraire, ne peut être publiée qu'en vertu d'une autorisation spéciale. L'autorité juridique de toute ordonnance doit toujours se ramener à une loi qui remplace, pour une série déterminée de dispositions, la voie législative ordinaire par la voie plus courte de l'ordonnance. La validité de l'ordonnance ne dépend donc pas simplement de ce fait que cette voie d'ordonnance a été suivie avec toute la correction de formes nécessaire, mais aussi de ce fait qu'elle était parfaitement admissible. On peut appeler cela la condition matérielle de la validité des ordonnances. La promulgation ne fait qu'attester l'observation des nécessités *formelles*, et non le respect des limites *matérielles*.

Pour les lois formelles, il n'y a pas de conditions matérielles de cette nature ; en attestant que l'on a suivi la voie législative, on a nécessairement constaté, du même coup, la validité de la loi. Pour les ordonnances, il ne suffit pas que l'on ait suivi la voie régulière, si cette voie n'était pas permise. Il en résulte que, dans chaque cas spécial où il s'agit d'appliquer une ordonnance, il faut nécessairement procéder à un examen, afin de s'assurer si la forme de l'ordonnance était admissible (1). Ce n'est pas le moins du monde le privilège des tribunaux ; les ordonnances ne peuvent, pas plus que les lois, établir

(1) La thèse contraire est soutenue par v. *Martitz*, *Betrachtungen*, p. 132 seq. D'autre part, *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsr.*, I, p. 282 soutient la thèse, que l'examen de la validité matérielle est de même inadmissible. Mais la thèse soutenue au texte a été adoptée par le *tribunal de l'Empire* (*Entscheid. in Civilsachen*, vol. XXIV, p. 3 seq.).

des dispositions juridiques qui soient tantôt valables, tantôt nulles.

La délégation légale, indispensable pour toute ordonnance doit déterminer d'une part l'organe qui doit publier l'ordonnance, et d'autre part l'objet auquel elle peut s'étendre.

Par conséquent, il y a lieu de faire porter sur ces deux points l'examen de la validité d'une ordonnance (1).

1° *L'organe.* — Il faut examiner si l'ordonnance a été publiée par l'organe que la loi a commis à cet effet. Si la loi exige une ordonnance impériale, elle ne saurait être remplacée par une ordonnance du Bundesrath ni inversement (2). Si l'ordonnance est confiée à un organe de l'Empire, les ordonnances exécutive des États confédérés sont juridiquement nulles, et d'autre part le pouvoir conféré aux États par la loi, en vertu duquel ils doivent publier des ordonnances exécutive, ne peut pas être écarté par ce fait que l'Empereur ou le Bundesrath ou le Chancelier de l'Empire publie une ordonnance de cette nature.

2° *L'objet.* — Le cercle des faits juridiques qui peuvent être réglés par une ordonnance est très étendu; il est possible qu'une loi ne contienne que cette simple disposition, que telle matière sera réglée par voie d'ordonnance (1), ou d'autre part elle peut

(1) Cf. *Rosin*, p. 288 seq.

(2) Citons comme exemple d'une irrégularité de cette nature l'ordonnance impériale du 1^{er} avril 1876 (*Reichsgesetzbl.*, p. 137 seq.) relative à l'exécution de la loi du 13 juin 1873 sur les prestations en cas de guerre. Cette loi ne contient pas de délégation en faveur de l'Empereur, elle confère des pouvoirs au Bundesrath dans les §§ 16, 17, 20, 29, 33. Mais c'est simplement une erreur de forme; car l'ordonnance du 1^{er} avril 1876 est publiée « après avoir obtenu le consentement du Bundesrath. »

menacer d'une peine l'infraction à des dispositions qui paraîtront par voie d'ordonnance (2). Mais en tout cas, le contenu de l'ordonnance ne doit pas sortir des limites fixées par la loi qui contient la délégation. Si une ordonnance franchit ces limites, elle n'est pas nécessairement, par ce fait, absolument nulle ; elle conserve sa validité, en tant que les dispositions qu'elle renferme trouvent un appui et un fondement dans la loi qui les autorise ; ou bien elle peut être nulle en tant que règle de droit, mais avoir des effets en tant que disposition administrative (3).

A ce point de vue, on ne saurait admettre la vali-

(1) Exemples : loi fédérale du 10 mars 1870 (Bundesgesetzbl., p. 46) ; loi de l'Empire du 30 mars 1874 (Reichsgesetzbl., p. 23) ; loi de l'Empire du 6 janvier 1876 (ib., p. 3) ; loi de l'Empire du 7 juin 1880 (ib., p. 146) ; loi de l'Empire du 3 mai 1884 (ib., p. 49).

(2) C'est ce qui est arrivé par exemple dans le Code pénal, § 145, où il est dit que les ordonnances entraînant une peine doivent émaner de l'Empereur. *Binding*, Normen I, p. 75 appelle ces lois « des lois pénales en blanc ». *Rosin*, p. 71 seq.

(3) *Rosin*, p. 88 ; *Seligmann*, Begriff des Gesetzes, p. 113. Jusqu'à l'introduction du nouveau Code de commerce, cela était vrai, par exemple, du règlement sur l'exploitation des chemins de fer. Il n'a pas établi de principes juridiques, mais simplement des règles administratives il valait comme disposition d'un contrat entre l'administration des chemins de fer et les expéditeurs. C'est ce qui est exprimé avec une clarté parfaite dans le jugement de la Cour suprême du 30 nov. 1875, *Entscheidungen*, vol. XIX, p. 184 seq. V. aussi la décision de la Cour suprême du 6 mars 1886. *Entscheidungen in Civilsachen*, vol. XV, p. 156. Puis *Eger*, Handbuch des preuss. Eisenbahnrechts, p. 61 et la bibliographie qu'il cite, (G.) *Meyer*, Verwaltungsrecht I, § 164, note 22. — Pareillement, les « dispositions » du 22 fév. 1875 (Centralbl., p. 142) votées par le Bundesrath pour l'exécution de la loi sur les pensions militaires, qui contiennent de nombreuses interprétations de la loi et en tirent de multiples conclusions, que le Bundesrath a adoptées non pas en vertu d'une délégation spéciale de la loi, mais en vertu de l'art. VII, 2^e al. de la Constitution, ne peuvent être considérées que comme des instructions adressées aux intendances et aux caisses militaires, et non comme des maximes juridiques, qui pourraient entrer en ligne de compte à propos d'une décision judiciaire sur sujet des demandes de pension.

dité juridique de certaines ordonnances de l'Empire qu'en faisant des très sérieuses réserves (1).

V. — Les ordonnances qui contiennent des règles de droit, doivent pour être valables être *publiées*. Cela vient de ce que ces dispositions ne s'adressent pas à des administrations isolées ou à certaines personnes, comme les instructions et les règlements, mais servent à régler le droit de tous et sont adressées à tous ceux qui prennent part à cet ordre de choses. Le principe juridique d'après lequel les conséquences juridiques d'une infraction à la loi se font sentir, que l'on ait ou non ignoré la loi, trouve son complément nécessaire dans celui-ci, que la loi a été publiée sous une forme telle que légalement on aurait nécessairement dû la connaître. Que la disposition paraisse par la voie de la loi ou sous forme d'ordonnance, il n'y a pas de différence à ce point de vue (2). Le sens de la publication est également identique, qu'il s'agisse de loi ou d'ordonnance. Toute notification n'est pas une publication; car toute publication doit présenter, en même temps, les garanties que le droit public exige pour l'authenticité d'une ordonnance notifiée, c'est-à-dire être faite sous la responsabilité d'un organe officiel. Or, cette condition n'est remplie que par l'insertion au Bulletin des lois de l'Empire, dont le Chancelier se

(1) Ces réserves seront discutées au moment où j'exposerai les sujets auxquels se rapportent les différentes ordonnances. Voyez pour les questions générales que l'on peut soulever ici, v. *Hänel*, Studien II, p. 81 seq.; *Hensel*, *Hirth's Annalen* 1882, p. 27 seq.; *Seligmann*, p. 169 seq., et d'autre part, *Arndt*, op. cit., p. 85 seq.

(2) Mais il y a une différence entre l'ordonnance qui porte des règles de droit et l'ordonnance administrative. Sur cette dernière, v. § 65. Même avis chez *Hänel*, p. 65 seq.; *Rosin*, p. 255 seq.; Jugement du « Kammergericht » (Cour d'appel de Berlin) du 29 avril 1881 dans *Seligmann*, p. 125; *Jellinek*, p. 394.

déclare responsable (1). L'impression dans le *Centralblatt für a deutsche Reich* ou dans le *Reichsanzeiger* etc. ne peut que hâter la diffusion de l'ordonnance dans le public, mais ne saurait avoir la valeur d'une *publication*, au sens où l'on prend le mot en droit public.

Ce qui prouve que les ordonnances doivent être publiées dans le Bulletin des lois, c'est l'art. II de la Constitution. La première phrase de cet article attribue à l'Empire le droit législatif et elle ajoute que les « lois de l'Empire » ont la priorité sur les « lois des pays confédérés ». Nous avons déjà fait observer plus haut que les expressions « lois de l'Empire » et « lois des pays confédérés » ne doivent pas être appliquées exclusivement à des lois formelles ; cette phrase affirme que toutes les dispositions sanctionnées par l'Empire ont la priorité sur les dispositions sanctionnées par les États confédérés. Or, parmi les dispositions sanctionnées par l'Empire, il y a aussi les règles de droit contenues dans les *ordonnances* de l'Empire. Si donc la deuxième phrase de cet article ajoute : « Les lois de l'Empire prennent un caractère obligatoire par leur publication au nom de l'Empire, qui a lieu au moyen d'un Bulletin des lois de l'Empire », on ne peut pas, sans violer les règles élémentaires de l'exégèse, entendre, dans cette deuxième phrase, le mot loi de l'Empire dans un tout autre sens et donner à cette expression, dans la même ligne de la Constitution, deux sens différents. Donc, cette deuxième phrase ne s'applique pas exclusivement aux lois formelles, dont il n'est parlé qu'à l'art. V de la Constitution, mais il permet la publication, par la voie du Bulletin des lois, de toutes les règles de droit émanant de l'Empire (2). Ce

(1) Cf. plus haut, t. II, p. 338 seq.

(2) Il est hors de doute que les lois de l'Empire qui n'ont pas un con-

serait se mettre en contradiction avec le sens de la publication que de soutenir, d'ailleurs sans arguments à l'appui, que la publication des ordonnances est livrée au bon vouloir de l'organe de qui émane l'ordonnance (1). Il en résulte que les ordonnances de l'Empire, qui n'ont pas été publiées dans le Bulletin des lois, n'ont pas, comme telles, un caractère obligatoire (2). Mais cette conclusion laisse intacte la question de savoir jusqu'à quel point elles ont un caractère obligatoire en tant que dispositions administratives.

Du reste quand il s'agit des décrets émanant de l'Empereur, l'ordonnance du 26 juillet 1867 (Bundesgesetzbl., p. 24) prescrit en propres termes qu'elles doivent être publiées dans le Bulletin des lois de l'Empire (3). L'exécution de cette disposition ap-

tenu juridique doivent également être publiées dans le Bulletin des lois, puisque la publication fait partie de la voie législative ; mais il ne faut pas conclure de là inversement que les règles de droit qui n'ont pas la forme de lois (ordonnances) n'ont pas besoin d'être publiées.

(1) Ainsi *Arndt*, p. 201.

(2) C'est la thèse qui domine dans la littérature spéciale. V. *Thudichum*, *Verfassungsrecht*, p. 93, note 4 ; *Hänel*, p. 66, 91 seq. ; *Hensel*, p. 27 ; *Binding*, *Handbuch des Strafrechts I*, p. 207 ; *Seligmann*, p. 166 seq. ; *Schulze*, *Deutsches Staatsrecht II*, § 288 ; *G. Meyer*, *Staatsrecht*, § 159, note 9 et § 165. La thèse contraire est exposée par *Arndt*, p. 182 seq., 198 seq. ; v. aussi *Löning*, *Verwaltungsrecht*, p. 239, note 1 ; *Seydel*, *Bayer. Staatsrecht II*, p. 345, note 21 et *Dyroff*, p. 883, note 4, et approuvée dans un cas isolé par un jugement de la Cour suprême. *Entscheidungen in Civilsachen*, vol. 40, p. 76. Mais j'estime que l'argumentation de *Arndt* est fautive à tout les points de vue.

(3) Par « décrets », il faut entendre ici des actes législatifs, non des règlements (actes administratifs). Cf. *Entscheid. des Reichsoberhandelsgerichts*, vol. XV, p. 297. De même, il ne faut pas ranger, sous cette dénomination, des décrets de l'Empereur dans l'exercice de son commandement suprême de l'armée et de la marine, qui doivent être publiés dans le Bulletin de l'armée ou de la marine.

partient au Chancelier en qualité de ministre de l'Empereur (1).

C'est le Chancelier, en sa qualité de président du Bundesrath qui est chargé de faire imprimer dans le Bulletin des lois de l'Empire le texte des ordonnances sanctionnées par le Bundesrath. C'est ce qui ressort de l'art. XV de la Constitution; en effet, la « direction des affaires » dont il est chargé comprend aussi les mesures nécessaires à l'exécution des décrets du Bundesrath (2); or le décret du Bundesrath qui enjoint de publier une ordonnance, est exécuté par la publication de cette ordonnance dans le Bulletin des lois de l'Empire.

Les lois contiennent des dispositions spéciales au sujet de la publication des ordonnances de police dans les ressorts consulaires (3), les protectorats (4) et dans le ressort des ports de guerre (5).

Il va sans dire qu'il y a d'autres règles pour les ordonnances, que les Etats confédérés ont pour mission de publier. Bien que leur autorité vienne d'une délégation qui leur est conférée par l'Empire, elles n'en sont pas moins des manifestations de la volonté de ces Etats et elles ne sont valables que sur leur territoire. Aussi, non seulement elles sont sanctionnées par ces Etats, mais ce sont encore eux qui les publient et les formes qui doivent être observées pour garantir leur authenticité et leur exactitude aussi bien que pour assurer leur notoriété publique, sont fixées par le droit public des Etats confédérés.

(1) Il se fait représenter conformément à la loi du 17 mars 1878. V. plus haut p. 339, note 1.

(2) Revid. Geschäftsordnung des Bundesraths, § 27. Il se fait remplacer conformément au 2^e al. de l'art. XV de la Constit.

(3) Loi du 10 juillet 1879, § 4, 5^e al. (Reichsgesetzbl., p. 198).

(4) Loi du 17 avril 1886, § 2 (ib., p. 75).

(5) Loi du 19 juin 1883, § 2, 2^e al. (ib., p. 106).

Donc l'impression dans un Bulletin des lois, dans un journal officiel ou dans un recueil administratif etc., peut être la forme suffisante et d'autre part nécessaire de leur publication (1). Au contraire, l'impression dans le Centralblatt des Deutschen Reiches est juridiquement sans signification. Ces principes sont également applicables dans les cas où le Bundesrath est autorisé à exercer un droit « indirect » de publier des ordonnances, puisqu'alors la publication des ordonnances émane des États (2).

VI. — Les ordonnances juridiques de l'Empire *entrent* en vigueur au moment fixé par l'art. II de la Constitution, à moins qu'elles ne fixent elles-mêmes une autre date pour leur entrée en vigueur ; c'est que, en effet, cet article, nous l'avons dit, se rapporte non seulement aux lois au sens formel, mais aussi à toutes les ordonnances de l'Empire, qui renferment des règles de droit (3).

L'autorité des ordonnances peut être conditionnelle en ce sens que la loi peut déléguer le droit d'ordonnance avec cette réserve, que l'ordonnance sera soumise à l'approbation du Reichstag dès sa prochaine réunion et qu'elle restera lettre morte si le Reichstag refuse son assentiment ou qu'elle sera abrogée si le Reichstag le demande (4).

(1) L'objection de *Arndt*, p. 185, à savoir que, si l'interprétation que nous faisons de l'art. II de la Constitution était exacte, les ordonnances des États confédérés devraient être publiées dans le Bulletin des lois de l'Empire, est sans valeur ; car si l'Empire a recours aux États confédérés pour publier ses règles de droit, il a recours aussi aux formes, dont le code particulier de ces États entoure la publication des dispositions pareilles.

(2) V. plus haut, p. 406, note 3.

(3) On trouve une disposition analogue dans la loi de l'Empire relative aux ports de guerre du 19 juin 1883, § 2, 3^e al. (*Reichsgesetzbl.*, p. 106) au sujet des ordonnances du chef de la station maritime.

(4) Voir plus haut, t. I, page 453.

§ 59. — *Législation de l'Empire et législation des pays confédérés.*

I. — Comme dans l'Etat fédératif les Etats particuliers sont soumis à l'autorité politique de la Confédération, il s'en suit que les lois fédérales fixent les limites juridiques, non seulement de la liberté d'action des individus, mais encore de celle des Etats, qui sont membres de l'Etat fédératif (1).

Et c'est ce qui fait que les lois de l'Empire contiennent, en grande partie, une permission, un ordre ou une défense, adressés aux Etats confédérés. L'ordre contenu dans la loi de l'Empire est, dans une infinité de cas, un ordre adressé aux Etats au sujet de l'exercice ou du non-exercice de la puissance publique, de l'usage ou de l'abstention de l'activité politique. C'est ici que nous voyons bien nettement le contraste entre l'Etat fédératif et la confédération d'Etats. Sans doute, les maximes juridiques établies par une confédération d'Etats peuvent aussi lier les Etats intéressés ; mais leur caractère obligatoire ne tient pas à l'ordre prescrit par une puissance supérieure, il repose sur le *consentement* des Etats qui font partie de la confédération ; et cela, même quand ils sont votés par la majorité. Leur caractère obligatoire est celui d'un *traité*. L'Etat isolé remplit son devoir de partie contractante, quand il exécute une décision fédérale. Cela nécessite donc un acte de volonté de cet Etat ; et cet acte, c'est l'ordre qu'il donne à ses autorités et à ses sujets d'observer le décret fédéral ; ou, en d'autres termes, il est indispensable que cet Etat

(1) V. plus haut, t. I, p. 133 et suiv.

publie, en outre, un acte législatif qui transforme en loi le décret fédéral pour l'État confédéré. Au point de vue de la forme, cet acte peut consister simplement dans la publication du décret fédéral, dont l'effet juridique n'est pas — comme je l'ai exposé plus haut — de rendre public le contenu de la loi, mais de le revêtir de l'autorité publique.

Dans l'État fédératif au contraire, la loi fédérale ne doit pas le moins du monde sa valeur juridique et l'autorité qui la rend obligatoire à un acte de volonté de l'État confédéré: L'État qui fait partie de l'Empire est soumis à la souveraineté de l'Empire comme le simple sujet. Les ordres contenus dans la loi de l'Empire doivent nécessairement être suivis et exécutés par l'État membre et ses agents. Quand il y a convention, le devoir des parties contractantes n'exclut pas la liberté de décider si elles rempliront ou non ce devoir et, dans ce dernier cas, si elles en assumeront la responsabilité; tandis que la loi de l'Empire acquiert son autorité juridique, que l'État membre veuille ou ne veuille pas s'y soumettre; elle est valable en vertu de la volonté de l'Empire et non en vertu de la volonté de l'État confédéré. Aussi, non seulement cet État ne peut pas *interdire* à ses agents et à ses sujets l'observation des lois de l'Empire, mais il n'y a même pas de place pour une déclaration de volonté qui ordonne ou permette aux agents et aux sujets de l'État membre de respecter et d'appliquer les lois de l'Empire. L'État ne peut pas sanctionner l'ordre de l'Empire qui lui est adressé et qui le lie, et comme la sanction trouve son expression publique dans la publication, il ne peut pas non plus publier cet ordre (1). La *simple*

(1) V. au sujet d'une conception inexacte de la publication chez Seydel, p. 44, plus haut p. 336, n. 2. Elle tient à l'idée générale qu'il se fait de la nature de l'Empire.

impression d'une loi de l'Empire dans un recueil des lois ou des ordonnances d'un État n'est pas une publication au sens juridique, c'est simplement un moyen de propager la connaissance de la loi dans le public (1). Mais si cette insertion est accompagnée de *l'ordre du souverain particulier*, prescrivant d'obéir à la loi de l'Empire, cet ordre est absolument nul; car il exprime seulement ce qui se comprend de soi-même et ce que le souverain n'est autorisé juridiquement ni à prescrire ni à défendre (2). Si les juges et les agents administratifs, qui sont chargés d'appliquer et d'exécuter les lois de l'Empire dans les États confédérés, ne sont pas au service de l'Empire, mais au service de l'État confédéré, cela ne change rien à l'affaire. L'art. II de la Constitution de l'Empire indique l'insuffisance d'une publication par les États confédérés en disant : « Les lois de l'Empire prennent un caractère d'obligation par leur publication faite *au nom de l'Empire*. » Une loi qui a déjà un caractère d'obligation ne saurait prendre une deuxième fois ce même caractère.

II. — *Les rapports des lois de l'Empire avec des lois des pays confédérés* (3) sont réglés en général par ce

(1) Il lui manque aussi la qualité de l'authenticité. Elle est, comme nous l'avons déjà fait observer p. (336 et 336), sur le même pied que l'insertion dans les journaux et revues. C'est vrai par exemple de la réimpression des lois de l'Empire dans le journal officiel du Mecklembourg. Cf. *Böhlau, Mecklenb. Landrecht I, p. 298.*

(2) Quand un État de la Confédération ordonne d'observer une loi de l'Empire, cela a à peu près la même signification que lorsque le Conseil municipal d'une ville enjoint aux habitants l'observation d'une loi de l'État.

(3) On trouvera des études excellentes dans l'ouvrage de *Heine*, *Das Verhältniss des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht*, Leipzig, 1871; même auteur, v. *Holzzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts*, vol. II, p. 1, seq. et *Gerichtssaal*; vol. XXX, 1878, p. 561 seq.; *Binding*, *Handbuch des Strafrechts I*, p. 270 seq. On y trouvera la bibliographie complète de la question des rapports du droit pénal de l'Empire

principe que l'Empire est investi du pouvoir législatif souverain et que les États confédérés ont l'autonomie (1). Il en résulte que les lois de l'Empire ont la priorité sur les lois des pays confédérés. Reichsverfassung. Art. II.

1° La préséance des lois de l'Empire sur les lois des pays confédérés repose sur ce fait que leur sanction émane de la puissance supérieure c'est-à-dire souveraine ; et non sur leur contenu ou la manière dont il a été fixé. Donc, la préséance appartient non seulement aux lois de l'Empire proprement dites, c'est-à-dire publiées avec l'assentiment du Reichstag, mais encore à toutes les ordonnances de l'Empire, pourvu qu'elles aient une valeur juridique (2). D'autre part, il n'y a pas lieu de distinguer si les prescriptions du droit particulier sont des dispositions constitutionnelles, de simples lois, des ordonnances ou des principes du droit coutumier. Par le fait de la publication d'une loi de l'Empire, toutes les prescriptions du droit particulier qui sont en contradiction avec la loi de l'Empire, perdent *ipso jure* leur valeur ; de même, celles dont le contenu matériel est en harmonie avec la nouvelle loi de

avec celui des pays Confédérés. Puis *Wach*, Handbuch des Civilprozessrechts I, p. 189, seq. ; *Löwe*, Commentar zur Strafprozessordnung zu § 6 des Einführungsgesetzes. *Seydel*, Bayer. Staatsrecht II, p. 341, seq. ; *Mandry*, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, p. 247, seq. ; *G. Meyer*, Staatsr. § 167 ; *Hünel*, Staatsr I, p. 248, et s. *Rönne-Zorn*, Preuss. Staatsr I, t. II, p. 127 seq.

(1) V. p. 274 seq. *Seydel*, op. cit., p. 248 seq., se place à un point de vue essentiellement différent, en déclarant que la loi de l'Empire est simplement une loi de tous les États de la confédération commune à tous. De même *Böhlau*, op. cit., I, p. 289, 309.

(2) Autre avis chez *Heinze*, p. 24. Même idée chez *Riedel*, p. 41 ; *Seydel*, Commentar, p. 42 ; v. *Möhl*, p. 168 ; *Hünel*, Studien I, p. 263, n. 16 ; *Arndt*, Verordnungsrecht, p. 184 ; *Meyer*, op. cit., *Rönne-Zorn*, p. 128.

l'Empire, perdent leur autorité formelle (1); la loi de l'Empire n'est pas seulement la dernière en date, elle est la plus forte, elle est la loi souveraine (2).

2° La publication d'une loi de l'Empire apporte à la législation des États Confédérés les restrictions suivantes :

a) Les lois particulières qui *répètent* ou confirment des règles juridiques contenues dans une loi de l'Empire, sont nulles et sans vertu. Quand une loi a pris une valeur juridique grâce à la sanction de l'Empire, elle ne saurait être à nouveau sanctionnée par l'Etat Confédéré (3). Et cet Etat ne peut pas davantage *commenter* une loi de l'Empire à l'aide d'une loi particulière; car le législateur est le seul qui ait qualité pour donner une interprétation authentique d'une loi; mais une interprétation scientifique ou logique n'est jamais accompagnée de l'ordre de l'observer; par conséquent, même si elle est donnée sous la forme d'une loi ou d'une ordonnance, elle ne peut pas avoir l'autorité matérielle d'une loi (4).

b) Les lois particulières, qui *annulent* les prescriptions du droit particulier en contradiction avec une loi de l'Empire, sont illicites (5). Une prescription déjà annulée ne peut pas être annulée une deuxième fois; l'ordre du souverain particulier, enjoignant de se conformer à telle ou telle disposition juridique,

(1) *Riedel*, p. 40; *Seydel*, p. 42; *Binding*, p. 282; *Wach*, p. 190; *Löwe*, n. 3a; *Hänel*, p. 252.

(2) *Hiersemenzel*, *Verf. des Norddeutschen Bundes I*, p. 7.

(3) *Heinze*, p. 22.

(4) *Heinze*, p. 23 et dans le *Gerichtssaal*, pass. cit., p. 580. *Renaud*, *Gutachten üb. die Gesetzgebungsfrage, den Aasgleich zwischen dem deutschen Reichsrecht und dem Code civ. (Bad. Landrecht) betreffend*, Heidelberg 1878, p. 4; *Binding*, p. 283. V. aussi *Eisele* dans l'*Archiv für die civilist. Praxis*, vol. LXIX, p. 303, seq. La thèse opposée se trouve dans *Riedel*, p. 42.

(5) *Riedel*, p. 82. Autre avis chez *Leoni I*, p. 169, 170.

perd toute autorité, dès que l'ordre souverain de l'Empire, prescrivant de se conformer à une autre disposition juridique, est entré en vigueur; par conséquent, l'ordre du souverain particulier ne peut également plus être révoqué. Quand la loi particulière se borne à déclarer abrogées en général les dispositions du droit particulier qui sont en contradiction avec une loi de l'Empire, elle exprime une vérité évidente et elle est inoffensive. Mais quand elle indique les dispositions du droit particulier abrogées par la loi de l'Empire, spécialement et dans l'intention de les énumérer toutes, il n'est pas impossible qu'elle omette telle ou telle disposition ou qu'elle méconnaisse la portée de certaines prescriptions de la loi de l'Empire. Or, les dispositions de la loi particulière qui ne sont pas énumérées dans cette loi et qui cependant sont réellement en contradiction avec la loi de l'Empire sont aussi bien annulées que celles qui sont mentionnées. L'Etat Confédéré ne peut pas affaiblir indirectement les effets de la loi de l'Empire en énumérant incomplètement ces effets. L'abrogation de telle ou telle disposition du droit particulier; parce qu'elles sont en contradiction avec une loi de l'Empire; serait une déclaration illicite d'une loi de l'Empire (1).

Ce n'est que lorsqu'une loi de l'Empire donne en propres termes pleins pouvoirs aux Etats Confédérés pour désigner, par la voie législative ou par voie d'ordonnance, quelles sont les dispositions du droit particulier qui se trouvent supprimées par suite de la publication d'une loi de l'Empire, que l'Etat confédéré est à même de fixer, par le droit particulier, les chan-

(1) *Heinze*, p. 28, 144 seq.; *Riedel*, p. 82 et surtout *Renaud* dans son Gutachten cité; *Wach*, p. 195; *Stooss*, Das Verhältniss der civilrechtl. Haftbarkeit nach Art. I. der Schweizerischen Obligationenrechts zum kantonalen Strafrecht, Bâle 1886, p. 5 seq.

gements que la loi de l'Empire produit dans l'état juridique existant.

En outre, la loi de l'Empire peut fournir l'occasion d'annuler des dispositions du droit particulier qui ne sont pas en contradiction avec la loi de l'Empire, mais qu'elle soustrait à leur ensemble antérieur, qui troubleraient, si elles continuaient à être en vigueur, l'harmonie du droit ; par conséquent, elle peut fournir l'occasion d'étendre les effets de la loi de l'Empire. Il en est de même dans le cas où une loi de l'Empire pose des règles de droit pour certaines matières et où une loi particulière étend ces règles à d'autres matières (1). En ce cas, il est de règle de publier une loi particulière en cette forme ; à moins que la loi de l'Empire n'autorise l'abrogation par voie d'ordonnance de ces dispositions du droit particulier.

c) Les lois particulières, qui *introduisent* des dispositions juridiques en contradiction avec une loi de l'Empire, sont illicites ainsi que celles qui annulent des prescriptions de la législation impériale, ou les suspendent provisoirement ou les modifient. Car l'ordre émanant du pouvoir supérieur ne peut ni être annulé ni être modifié par l'ordre émanant du pouvoir subordonné ; on ne peut pas tenir compte de cette circonstance que la loi particulière est postérieure, puisqu'elle est la plus faible en présence de la loi de l'Empire (2). Si une loi particulière contient des dispositions qui sont en partie en contradiction

(1) Dans ces cas, le droit de l'Empire est valable en vertu de la sanction de la législation particulière, *Wach*, p. 193.

(2) Le principe contraire a été admis par la cour d'appel de Hambourg dans deux jugements qui sont reproduits dans l'*Allg. Deutsche Strafrechtszeitung*, vol. X (1870), p. 265 seq. V. au sujet de l'inexactitude de ces jugements *Belmonte*, op. cit., et *John*, ib. Vol. XI, p. 240 seq., où un jugement, parlant de la thèse orthodoxe, émis par la Cour suprême de Lübeck est reproduit. Cf. aussi *Dreyer*, *Reichscivilrecht*, p. 12 seq. ; *Heinze*, p. 140.

et en partie en harmonie avec une loi de l'Empire, elle ne peut prendre un caractère d'obligation juridique qu'autant que ses prescriptions peuvent se concilier avec celles de la loi de l'Empire.

Toutefois, une loi de l'Empire peut établir les dispositions à titre subsidiaire ou éventuel, de sorte que celles-ci n'entrent en vigueur qu'à défaut de dispositions du droit particulier (1). Dans ce cas, les États Confédérés ont la faculté d'exclure l'application des dispositions de la loi de l'Empire en réglant la situation juridique par une législation particulière (2). Mais cela suppose toujours que la loi de l'Empire renvoie aux lois particulières et donne à ses prescriptions un caractère seulement subsidiaire.

Du reste, dans quelques cas, la loi de l'Empire a déclaré ces dispositions subsidiaires, et, pourtant, exclu la législation particulière, en accordant au droit *local* (usage des lieux, règlements locaux, règlements de la police locale) la préséance sur ses propres dispositions, mais en n'autorisant pas les pouvoirs d'État particuliers à publier des dispositions juridiques (3).

d) Les lois particulières destinées à compléter les lois de l'Empire sont illicites, quand la loi de l'Em-

(1) Presque toutes les lois de l'Empire de quelque importance en contiennent de nombreux exemples. Au sujet des dispositions subsidiaires du Code de commerce, v. *Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I*, p. 298 ; à propos du Code de procédure civile, *Wach*, p. 196 ; du Code pénal, *Löwe, op. cit.*, note 4 c. V. aussi *Hünel I*, p. 257 seq.

(2) Quand les États ont la faculté de sanctionner une règle autre que celle qui établit la loi de l'Empire, ils ont aussi le droit de déclarer cette même règle applicable. En ce cas, la répétition, généralement illicite d'une disposition de la législation de l'Empire dans une loi particulière est valable, quand l'État Confédéré doit déterminer si la prescription de la loi de l'Empire doit être appliquée ou si c'est une autre. V. *Heinze*, p. 86.

(3) Comme exemples l'ancien Code de commerce offre les art. 61, 82, 83, 331. La loi industrielle. Art. 69, 72, seq., 106, 108, etc. *Rosin, Polizeiverordnungen*, p. 70.

pire a voulu régler complètement une matière, qu'elle ait en réalité atteint ce but d'une façon satisfaisante ou non (1). Par cette loi, l'Empire soustrait la matière juridique qu'il règle, à l'autonomie des États Confédérés. S'il est nécessaire de compléter les dispositions de la loi de l'Empire, il faut puiser dans les principes généraux d'un ordre supérieur, auxquels les maximes sanctionnées dans la loi de l'Empire se subordonnent logiquement. Dans ce cas particulier, ce qui peut sans doute présenter une grande difficulté, c'est de résoudre la question suivante : une loi de l'Empire vise-t-elle à régler une matière juridique d'une manière complète et définitive ou permet-elle de compléter par la législation particulière ? un point réglé par une loi particulière fait-il partie ou non du domaine occupé par la législation de l'Empire (2) ? La solution authentique, qui fera autorité dans un cas aussi douteux, ne peut être obtenue que grâce à une loi de l'Empire qui *déclarera* quel est le sens et la portée de l'ancienne loi de l'Empire ; tant que cette loi ne paraît pas, il faut que, dans chaque cas

(1) *Heinze*, p. 23 et surtout p. 31 seq.; *Riedel*, p. 82, 83 ; v. *Rönne* II, 1, p. 7 ; *Seydel*, *Annalen* 1881, p. 597 ; *Löwe*, op. cit., note 3a ; *Binding*, p. 289 seq. V. aussi *Wach*, p. 200.

(2) La question est particulièrement importante pour le droit pénal. Dans un cas, le silence du Code pénal de l'Empire signifie *impunité* au sujet de tel ou tel état de chose ; dans l'autre cas, subordination de cette matière à l'autonomie des États. Exemples chez *Heinze*, p. 32 seq., et dans ses discussions à propos du projet de Code pénal (1870), p. 21 seq. V. aussi *Rüdorff*, *Commentar zum Strafgesetzbuch*, 2^e éd. p. 48 seq. et surtout *Binding*, op. cit. En ce qui concerne le Code de commerce et la loi sur les lettres de change, la législation de l'Empire reconnaît que le recours à la législation particulière pour le détail n'est pas illicite et les prescriptions des lois particulières qui n'en sont que le complément ont été maintenues en vigueur par ce fait que ces codes ont été déclarés lois de l'Empire. Loi du 5 juin 1869, § 2 (*Bundesgesetzbl.*, p. 379). Cf. *Thöl*, *Handelsrecht* I, p. 81 (6^e éd.). En ce qui concerne le nouveau Code civil cf. *Endemann*, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts* I, § 16 note 5.

isolé, les tribunaux et les administrations compétentes jugent, suivant les règles de l'interprétation juridique, si la loi à appliquer autorise ou interdit le recours au droit particulier, pour compléter la loi. Il y a un grand nombre de lois de l'Empire qui renvoient en propres termes aux lois particulières comme au complément des dispositions de la loi de l'Empire ou qui se servent de la formule: « la loi de l'Empire laisse *intactes* telles ou telles prescriptions des lois particulières (1). » Quand cette déclaration formelle fait défaut, il peut y avoir un intérêt, quand on veut résoudre cette question, à savoir si une loi de l'Empire annule purement et simplement « toutes les dispositions juridiques en vigueur dans les États particuliers », dans la matière que règle la loi de l'Empire (2), ou si elle abroge seulement toutes les dispositions « en opposition » ou « en contradiction » avec elle, qui se présentent dans les lois particulières (3). Dans ce dernier cas, la loi de l'Empire renvoie au moyen de l'*argumentum a contrario* aux dispositions des lois particulières qui ne sont pas en contradiction avec elle, comme servant à la compléter; et elle affirme par là qu'elle ne *prétend* pas donner une réglementation définitive ou complète de la matière qu'elle

(1) Surtout les lois d'introduction au Code civil, au Code de procédure civile et au Code de procédure pénale, à la loi sur les faillites et à beaucoup d'autres lois concernant le droit civil contiennent des renvois au droit particulier.

(2) Telle est la loi du 11 juin 1870 § 57. La loi d'introduction au Code pénal militaire du 20 juin 1873, § 2.

(3) Cette disposition, si fréquente dans les lois de l'Empire, est absolument évidente et par conséquent superflue. Il serait infiniment plus utile que, dans ce cas, les lois de l'Empire contiussent la formule *opposée*, à savoir que les lois des États Confédérés conservent leur vigueur, à moins qu'elles ne soient en contradiction avec les dispositions de la loi de l'Empire ou qu'elles ne fassent double emploi avec elles; car cela n'est pas précisément évident.

règle ; on peut donc présumer de là qu'elle laissera aussi, à l'avenir, à l'autonomie des États le soin de compléter la question (1). Toutefois, il ne faut pas oublier que les deux clauses en question ne se rapportent directement qu'aux dispositions qui sont déjà en vigueur dans le Code des pays confédérés et, par suite, ne peuvent être considérées, que comme des arguments à l'appui de la critique quand on se demandera si des lois *ultérieures* des États confédérés peuvent servir de complément à une loi de l'Empire.

e) Enfin, voici une dernière question qui mérite d'être discutée : peut-on tenir compte de lois particulières qui établissent des dispositions réglant l'exécution d'une loi de l'Empire ? La réponse n'est pas sans difficulté, car l'expression « loi d'exécution » est complexe et vague. Dans notre étude sur les ordonnances, nous avons déjà souligné ce fait que l'on entend ordinairement par dispositions exécutives se rapportant à une loi tout ce qui contribue à développer davantage, à détailler, interpréter et compléter les principes sanctionnés dans cette loi. Les États confédérés ne peuvent prendre des mesures de cette nature ni par la voie législative, ni par voie d'ordonnances, à moins que la loi de l'Empire ne leur ait conféré formellement ce droit. Car l'Empire a seul qualité pour donner à une loi de l'Empire une interprétation authentique ; quant à l'interprétation logique des lois de l'Empire, aux conséquences à tirer des principes juridiques qu'elles renferment, à l'application des résultats obtenus, c'est l'affaire des tribunaux et des autres organes compétents dans le cas dont il s'agit. Le nom et la forme de lois

(1) *Löwe*, op. cit., note 4 d. Décisions de la Cour suprême au civil, Vol. VII, p. 348 et 400 seq.

exécutives pourraient aisément dissimuler une déclaration de la législation des États confédérés, un réveil de particularisme qui changerait la forme et le caractère de la loi de l'Empire (1).

Mais il faut établir une distinction bien nette entre les lois de cette nature et les lois des pays confédérés que l'on désigne par cette même appellation de lois relatives à l'exécution de lois de l'Empire ; elles transforment simplement certains points du droit du pays qui ne sont pas réglés directement par les lois de l'Empire, en ce sens que l'exécution des lois de l'Empire en est facilitée et allégée, et par là l'ensemble du droit du pays confédéré conserve son unité, son harmonie. Ces lois-là sont valables ; car, si elles ont eu pour occasion l'introduction d'une loi de l'Empire ; si elles ont pour fin de faciliter son exécution, elles n'en règlent pas pour cela l'exécution elle-même, elles organisent simplement une sphère du droit d'un pays confédéré que la législation de l'Empire avait laissée de côté (2).

Il y a un cas très important qui se rattache à cet ordre d'idées ; c'est celui où la loi de l'Empire suppose l'existence de certaines institutions de l'État, mais ne les règle pas : par exemple, une organisation administrative, pénitentiaire, une constitution municipale. Sans ces institutions, à vrai dire, la loi de l'Empire ne pourrait pas être exécutée, mais les institutions ont un but spécial, indépendant, infiniment

(1) *Heinze*, p. 23, 34 ; *Hänel*, p. 256.

(2) *Wach*, p. 197. La loi d'introduction au Code pénal, § 8, qui reconnaît en propres termes ce pouvoir des pays confédérés appelle faussement ces prescriptions « dispositions transitoires ». Cf. *Heinze*, p. 109. Les *dispositions transitoires réelles* ne peuvent légalement émaner que de l'Empire, quand elles se rapportent au temps qui suit l'introduction de la loi de l'Empire ; de l'État Confédéré, quand elles s'appliquent à la période qui précède l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

plus étendu que si elles avaient simplement à rendre possible l'exécution de la loi de l'Empire. Leur réglementation reste donc confiée au soins des États particuliers.

3^o Tant qu'une matière juridique n'est pas réglée par une loi de l'Empire, elle est soumise en général à l'autonomie des États confédérés. Mais il y a deux exceptions à ce principe : certaines affaires sont soustraites complètement, aux termes de la Constitution, soit à la législation des États confédérés soit à celle de l'Empire. Par conséquent, l'ensemble du Droit comprend, à ce point de vue, trois domaines ; celui qui tombe exclusivement sous la compétence de la législation de l'Empire, celui où cette législation est compétente à titre facultatif, qui est en même temps, mais à certaines conditions, le domaine de la législation des États confédérés, et enfin le domaine où ces États sont exclusivement compétents en matière de législation.

a) La compétence exclusive de l'Empire (1) comprend les dispositions relatives à la Constitution de l'Empire, à l'organisation de ses administrations, aux droits et aux devoirs professionnels de ses agents, à la situation juridique de ses fonctionnaires, à la formation du Reichstag (droit électoral) et aux droits et devoirs des députés, à l'économie financière de l'Empire, à l'administration des établissements de l'Empire et aux rapports des membres de la Confédération avec l'Empire. Tous ces objets sont soumis, par leur nature, à une puissance plus élevée que celle d'un simple État confédéré ; ils supposent la réunion de tous les États en une unité supérieure, l'Empire ; donc, ce n'est que de cette puissance supérieure qu'ils peuvent recevoir leur organisation juri-

(1) Cf. *Riedel*, p. 38, 39 ; v. *Rönne*, II, 1, p. 9 ; *Hänell*, p. 259 seq.

dique. Pour la même raison, l'Empire a exclusivement la charge de fixer la législation de la marine de guerre, puisqu'aux termes de l'art. LIII de la Constitution elle est « une » ; quant à la marine marchande, l'art. LIV, 2^e paragraphe, énumère les points que doit régler l'Empire, de sorte que, même à ce point de vue, la législation des États confédérés se trouve encore exclue. Il en est de même de l'armée, puisque l'art. LXI de la Constitution a établi que la législation militaire de la Prusse devait être introduite *intégralement* sur tout le territoire de l'Empire et qu'après que l'on aurait obtenu l'uniformité de l'organisation militaire, une loi *complète* relative à l'armée de l'Empire serait soumise au Reichstag et au Bundesrath. Cette loi militaire « complète », qui écarte par conséquent l'intervention des États, quand il y a lieu de compléter la législation, porte la date du 2 mai 1871 (Reichsgesetzbl., p. 45). Puis l'art. XXXV de la Constitution réserve exclusivement à l'Empire la législation relative aux douanes, sans exception ; il en est de même des taxes sur le sel et le tabac obtenus sur tout le territoire de la Confédération, sur l'eau-de-vie et la bière, les sucres et les sirops extraits des betteraves et autres denrées nationales, en faisant toutefois une exception pour la bière fabriquée en Bavière, dans le Wurtemberg et le duché de Bade, dont les taxes sont fixées par la législation de ces pays ; enfin, l'Empire est chargé de la législation relative à la protection mutuelle contre la fraude des taxes de consommations levées dans les États confédérés ; c'est lui aussi qui doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la surveillance des frontières communes dans les zones franches.

Sur ce terrain, des prescriptions légales des États confédérés sont illicites et juridiquement sans valeur, même quand il s'agit de points laissés de côté par la

législation de l'Empire. Car, en ce cas, la Constitution interdit absolument aux États toute initiative en matière de législation.

b) Les matières facultatives que l'Empire peut régler sont les autres affaires énumérées dans l'art. IV de la Constitution. Tant que l'Empire n'établit pas, à propos des sujets qui en font partie, une règle ayant un caractère obligatoire, non seulement les dispositions en vigueur dans les États confédérés conservent leur validité, mais elles peuvent même être abrogées ou modifiées (1) par l'État intéressé par la voie législative particulière à cet État et — si son droit l'y autorise — par la voie d'ordonnances. Dès que l'Empire fait usage du droit dont il est investi, les lois particulières perdent toute valeur en vertu des règles que nous avons établies plus haut et elles sont remplacées par les lois de l'Empire.

c) La législation des États confédérés est exclusivement compétente dans tous les domaines qui ne sont pas soumis à la compétence de l'Empire soit en vertu d'un article de la Constitution, soit en vertu de lois publiées conformément à ses prescriptions. Les États confédérés n'ont donc, en tout cas, qu'une importance secondaire; ils ne sont compétents qu'à défaut d'un principe juridique prescrivant la compétence de l'Empire. Toute extension de la compétence législative de l'Empire est une modification de la Constitution; aussi le domaine, où les États peuvent exercer seuls leur droit législatif peut-il être restreint par une loi de l'Empire votée conformément aux dispositions de l'art. LXXVIII, 1^{er} alinéa et, au besoin, de l'art. LXXVIII, 2^e alinéa.

4^o Il s'agit maintenant de savoir si les agents d'un

(1) V. protocole final de la Bavière du 23 nov. 1870, art. VI.

Etat confédéré, tribunaux ou administrations, ont le droit et le devoir d'examiner si, en présence d'une loi de l'Empire, une loi du pays confédéré ou une ordonnance de son souverain est applicable, ou si, au contraire, l'Empire a seul qualité, en vertu des art. IV et XVII qui lui donnent la « garde » et la « surveillance » des lois, pour veiller à ce que les Etats de la Confédération reprennent leurs ordonnances, quand elles sont un empiètement sur la prérogative de l'Empire.

Avant toute chose, il importe d'écarter une conception fautive : on a prétendu qu'il y avait lieu de tenir compte, comme l'ordonne par exemple l'article CVI de la Constitution prussienne, des dispositions de la législation des pays confédérés relatives au droit qu'ont les administrations d'examiner la validité des lois ou des ordonnances particulières dûment publiées. Mais ces dispositions ne se rapportent pas aux rapports des principes juridiques posés par l'Etat confédéré avec les dispositions émanant d'un pouvoir *supérieur* ; non, elles ont trait à l'exercice du pouvoir législatif dans les limites de la sphère assignée à l'Etat confédéré. Ces dispositions ont vu le jour à une date où les Etats étaient investis du pouvoir législatif souverain ; depuis la fondation de l'Empire (confédération de l'Allemagne du Nord) elles ne sont plus applicables que là où les Etats ont conservé leur autonomie (1). Dans la mesure où les Etats confédérés possèdent encore le droit de législation, ces dispositions ont conservé toute leur force, sans restriction ; mais la question de savoir si en général les Etats sont autorisés encore à légiférer sur tel ou tel point, n'est pas résolue le moins du monde

(1) V. *Hiersemenzel* II, p. 282 ; v. *Holtzendorff*, *Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht*, p. 16 (*Allg. Deutsche Strafrechtszeitg.*, 1871) ; *Schulze Preuss. Staatsrecht* II, p. 247.

par ces dispositions. Les rapports des organes des États particuliers entre eux, au point de vue de la législation, peuvent être réglés par une loi de ces États ; mais, par contre, les rapports du pouvoir de chaque État avec celui de l'Empire, au point de vue du droit de sanctionner des dispositions juridiques, ne sauraient être réglés par la volonté de cet État, par une loi de ce pays. C'est donc à la Constitution de l'Empire qu'il faut demander la solution de cette question et la réponse sera uniforme pour tous les États allemands, quels que soient les principes juridiques qu'ils aient adoptés à propos du prétendu droit d'examen des tribunaux sur les dispositions de la législation du pays.

Cette réponse est déterminée par les deux principes suivants :

a) Tout corps qui doit faire usage de principes juridiques dans sa sphère officielle, tribunal, ou administration, doit nécessairement examiner quel est le principe applicable au cas isolé qu'il s'agit de régler. Si les sources juridiques existantes renferment des principes qui se contredisent, l'examen doit consister à déterminer quelle est celle de ces sources qui a la priorité dans le cas présent, et, suivant des principes en usage, c'est par exemple la *lex specialis* qui a la préséance sur la *lex generalis*, et la *lex posterior* sur la *lex prior.*, etc. S'il y a contradiction entre une loi de l'Empire (et il va de soi que la Constitution de l'Empire est, elle aussi, une loi de l'Empire) et une loi de l'État confédéré, il suffira, pour résoudre le problème, d'appliquer le principe établi dans l'art. II de la Constitution de l'Empire, à savoir que les lois de l'Empire priment les lois d'État ; c'est-à-dire que l'administration a le devoir d'appliquer au cas soumis à sa décision les prescriptions de la loi de l'Empire et non celles de la loi d'État. Toutefois, la question

de savoir s'il y a conflit entre une loi de l'Empire et une loi d'Etat (1), doit être tranchée par les juridictions compétentes et cela crée une situation différente pour les tribunaux et les administrations, en ce sens que la décision de la juridiction administrative supérieure s'impose aux autorités qui lui sont subordonnées et peut servir de base à sa conduite dans d'autres cas semblables, tandis que la décision de la juridiction judiciaire supérieure n'établit ce qui est le droit que dans chaque cas isolé.

Mais il n'y a pas seulement contradiction entre une loi de l'Empire et une loi d'Etat, quand la loi de l'Empire établit une *autre* disposition juridique que la loi d'Etat ; il en est encore de même quand l'Empire a interdit, en termes exprès ou tacitement, la promulgation d'une disposition législative d'Etat (2).

b) En outre, l'Empire conserve le droit de veiller à l'exécution des lois de l'Empire et d'exercer un contrôle sur les affaires énumérées à l'art IV de la Cons-

(1) V. *Heinze*, p. 134 seq. ; *Hauser*, *Verfassung*, p. 31, note 9 et les auteurs cités dans la note précédente. Puis *Binding*, p. 286 et la bibliographie contenue dans la note 27 de son ouvrage. Donc il est faux de dire, comme le fait *Riedel*, p. 83°, qu'il n'y a lieu de reconnaître ce droit d'examen aux administrations qu'« à défaut d'une disposition spéciale de la législation de l'Empire ou du pays particulier ou encore d'une déclaration ayant un caractère obligatoire, faite par les organes (?) compétents ».

(2) Par application de ce principe, la Haute Cour d'appel de Dresde a, par un arrêt du 27 septembre 1872 (*Golttdammer's Archiv* Vol. XX, p. 97 seq.), déclaré sans valeur l'ordonnance royale saxonne du 10 déc. 1870, qui a été abrogée à la suite de cet arrêt. *Rüdorff*, *Commentar* (2^e éd.), p. 50. Puis, le tribunal de l'Empire a reconnu, par un jugement du 7 novembre 1885, que la loi de Brême du 17 déc. 1874, relative à l'impôt sur le revenu, est en contradiction avec la loi de l'Empire portant interdiction de la double imposition et, pour ce motif, a cassé le jugement de la Cour d'appel, qui avait violé la loi de l'Empire sus mentionnée, *Bolze*, *Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen*, Vol. II, p. 2, n° 5.

titution de l'Empire. Mais ce pouvoir ne doit pas aller trop loin : ainsi, l'Empereur ou son ministre, le Chancelier de l'Empire, ou le Bundesrath ne doit pas déclarer nulle une loi d'Etat ni empiéter directement sur l'activité officielle des autorités d'Etat ; ils doivent faire intervenir le souverain ou le gouvernement central de cet Etat, en lui montrant l'illégalité de la loi qu'il a publiée et en l'invitant, au nom de ses devoirs, à la déclarer nulle (1). Dans le cas où il y a divergence d'opinions entre le gouvernement impérial et le gouvernement d'Etat, c'est au Bundesrath qu'il appartient de régler le différend ; sa compétence en ce cas est établie par l'art. VII, 3^e alinéa de la Constitution de l'Empire.

(1) V. mes dissertations dans les *Hirth's Annalen* 1873, p. 484 seq. et *Binding*, p. 285. J'ai donné un exemple de ce cas, *Supra*, t. I, p. 402, note 1. Dans un autre cas, le Bundesrath a reconnu par décret (Procès-verbaux de 1873, § 134) : « que le § 2, 3^e al. de la loi d'introduction au Code pénal du 31 mai 1870 n'interdit pas aux Etats Confédérés la publication de lois concernant les délits commis dans les forêts et les champs ainsi que le vol de bois (dans les forêts) ».

CHAPITRE VII

LES TRAITÉS INTERNATIONAUX (1)

§ 60. — *Définition et nature juridique.*

L'Etat peut manifester sa volonté en employant la forme du traité international. Au point de vue des

(1) BIBLIOGRAPHIE. *Gneist*, Commissionsbericht in den Drucksachen des preussischen Hauses der Abgeordneten, 10^e législature, 2^e session 1868, n^o 236; *Ernst Meier*, Ueber den Abschluss von Staatsverträgen, Leipzig 1874 (qui contient en appendice l'opinion de *Gneist*); *Gorius* dans les *Hirth's Annalen* 1874, p. 759 seq.; 1875, p. 531 seq.; *G. Meyer*, ib. 1878, p. 378 seq.; *Jos. Unger* dans la *Grünhut's Zeitschrift*, vol. VI, p. 349 seq. (1879); à ce propos Cf. *Ryck* dans le *Heymann's Krit. Literaturblatt* 1879, p. 85 seq.; *Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Vienne 1880; le même, Gesetz und Verordnung 1887, p. 341 seq.; *Zorn*, Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, vol. XXXVI, p. 1 seq. (1880); *J. A. Levy*, Wet of Tractaat? S'Gravenhago 1880; *Ed. Clunet*, Du défaut de validité de plusieurs traités diplomatiques conclus par la France avec les puissances étrangères, 2^e éd. Paris 1880. V. en particulier la monographie profonde et faite avec soin de *Max Pröbst*, Die Lehre vom Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch das deutsche Reich und die Einzelstaaten des Reiches, *Hirth's Annalen* 1882, p. 241 seq. Puis *Guido Prestele*, Die Lehre vom Abschlusse völkerrechtlicher Verträge durch das Deutsche Reich und die Einzelstaaten des Reiches, Münchener Doctordissertation 1882; *H. Tinsch*, Das Recht der deutschen Einzelstaaten bezüglich des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge, Erlangen 1882 (sans valeur); *Leoni*, Archiv für öffentl. Recht, vol. I, p. 498 seq. (1886); *Affolter*, ib. vol. VI, p. 378 seq.; *Seligmann*, Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge, Fribourg. 1890; *Fr. Tezner*, Zur Lehre von der Giltigkeit der Staatsver-

matières soumises à l'action de la volonté de l'Etat, il n'y a pas de limites entre le domaine de la législation et le domaine où l'Etat conclut des traités. De même que la forme législative n'est pas réservée à la création de règles de droit, mais peut être appliquée à tout acte possible où l'Etat manifeste sa volonté, de même tout ce que l'Etat peut vouloir et faire, est propre à devenir la matière d'un traité international (1). Pour ce motif, les principes juridiques qui règlent les conditions et les effets des traités internationaux doivent être en harmonie avec les principes juridiques relatifs à la législation, parce que, sans cela, les règles qui existent au sujet de l'une des deux formes d'actes émanant de la volonté de l'Etat, pourraient être rendues illusoires par l'application de l'autre forme. Cette harmonie existe dans la réalité avec la plus grande perfection et il suffit, pour en établir la théorie, d'analyser le mécanisme juridique et la manifestation de volonté, tels que nous les voyons quand l'Etat conclut et met en œuvre des traités internationaux.

En premier lieu, un traité international se distingue d'une loi et d'une ordonnance en ce que la loi, de même que l'ordonnance, est un *ordre* donné par l'Etat

träge, Grünhut's Zeitschrift, vol. XX, p. 120 seq., 1892; Störk, v. Stengels Wörterbuch II, p. 516 seq. (art. « Staatsverträge »). Olfr. Nippold, Der völkerrechtliche Vertrag, Berne 1894; Heilborn, System des Völkerrechts Berlin 1896, p. 143 sq., le même dans l'Archiv f. öffentl. Recht. XII, p. 141 seq.; enfin les traités de Zorn I, § 18; v. Rönne II, 2, p. 293 seq. (§ 123); Schulze II, § 361; G. Meyer, § 189, 190; et aussi v. Sarwey, Württemb. Staatsrecht II, § 86.

(1) Il est absolument faux de parler d'un « pouvoir de conclure des traités » et de l'opposer au pouvoir législatif et exécutif. La faculté qu'a l'Etat, de conclure des traités internationaux, n'est pas plus une partie du pouvoir de l'Etat, séparée par quoi que ce soit des autres parties qui le constituent, que la faculté de conclure des conventions, donnée à un particulier, n'est une partie de la personnalité.

à ses sujets, tandis que le traité international est une *promesse* faite à un contractant jouissant des mêmes droits. Par le traité international l'État — ou son chargé d'affaires agissant en son nom — s'engage à donner, à faire, à ne pas faire telle ou telle chose. Or, tandis que l'État impose, par les moyens à sa disposition, ses ordres à ses sujets et les contraint à s'y conformer, il ne saurait y avoir de *contrainte de l'État* qui assure l'exécution des traités internationaux, puisque l'État ne peut user de violence envers lui-même ; il existe simplement une *contrainte internationale* dont un contractant fait usage vis-à-vis de l'autre, quand il le juge nécessaire ou utile. *Un traité international, par sa nature, n'a pas d'effets juridiques à l'intérieur (vis-à-vis des corps constitués et des sujets) mais purement et simplement à l'extérieur.* Les traités internationaux sont des actes juridiques par lesquels les contractants seuls s'imposent des devoirs et s'accordent des droits réciproques. Le fait qu'un traité est conclu n'implique pas le moins du monde la certitude juridique ou réelle que ses conditions seront vraiment remplies ; il y a de nombreux traités internationaux qui ne sont pas exécutés, tantôt avec l'assentiment tacite des deux parties, tantôt parce qu'une des parties ne peut pas ou ne veut pas exiger l'exécution du traité. L'autorité qui a qualité pour décider si un traité est exécuté ou s'il y a lieu de procéder à la sanction qui est la conséquence de toute infraction à ses dispositions, c'est partout et toujours l'État seul en cette qualité, le gouvernement ; ce n'est ni le simple sujet, ni une autorité quelconque. Le traité international, comme tel, ne les engage jamais, dans aucune circonstance ; et les corps constitués ou les simples sujets ne sont, en aucun cas, autorisés à remplir les conditions du traité ; du reste, ils ne sont pas à même de le faire.

L'Etat seul, comme tel, à qui incombent les devoirs résultant du traité, est capable de les remplir. Mais dans la majorité des cas, cette *exécution* a lieu par un *ordre* adressé aux sujets ou aux corps constitués. Si, par exemple, une alliance offensive et défensive est conclue avec une autre puissance, ce traité est absolument sans effet juridique vis-à-vis des sujets de l'Etat ; ils obéissent, quand cette alliance amène à une guerre, simplement à l'ordre d'appel, à l'ordre de marche, à la loi qui leur impose les charges financières nécessaires à la guerre, etc. ; ce n'est donc pas l'entente entre les Etats, qui fait supporter les effets juridiques aux sujets de l'un d'eux ; mais à l'intérieur de chaque Etat la seule chose qui ait de l'effet, c'est l'*ordre* qui émane de l'Etat lui-même. Sans cet ordre, le simple citoyen n'est pas autorisé à remplir les conditions de cette alliance, de son propre mouvement. Il en est de même quand deux Etats conviennent d'administrer telle ou telle matière suivant des principes identiques, d'organiser de la même manière telle ou telle institution, de se rendre des services réciproques, etc. Non seulement un traité de cette nature n'oblige pas les autorités de chaque Etat à en remplir les conditions, mais elles n'ont même pas le droit de le prendre pour guide de leur activité officielle tant qu'elles n'ont pas reçu de l'autorité supérieure, c'est-à-dire en dernière instance du gouvernement central de leur pays, l'ordre de se conformer à ce traité ; et, pour elles, le traité perd toute validité, dès qu'elles reçoivent de l'autorité supérieure l'ordre d'agir à l'encontre de ses dispositions. Ici donc encore, ce n'est pas le traité, mais l'ordre officiel émanant de l'autorité supérieure, l'ordonnance administrative, qui exerce ses effets juridiques à l'intérieur de chaque Etat.

Si maintenant un traité modifie ou abroge par ses

articles les principes en vigueur dans un ou plusieurs des États contractants ou exige l'institution de nouvelles règles, ce n'est pas non plus le traité qui est capable de créer ces principes ; le traité crée seulement l'obligation pour les États contractants d'établir, *chacun dans son propre domaine*, les principes convenus. Pour cela, on ne saurait se passer d'un *ordre de l'État*, prescrivant de se soumettre aux règles contenues dans le traité, et leur donnant force de lois ; en d'autres termes, *une loi contenant un ordre* est indispensable.

Donc la *conclusion* d'un traité international n'établit jamais de principes juridiques ni de règles administratives, elle crée simplement pour l'État l'obligation *de les publier*. C'est par la publication de ces prescriptions que les conditions d'un traité sont *remplies* ; les autorités et les sujets qui se soumettent ensuite à ces dispositions administratives et à ces principes juridiques, obéissent non plus au traité, mais à l'*ordre* donné par *leur* État. Cela nous amène d'abord à un résultat très important. Un traité peut être conclu suivant toutes les conditions requises de validité, c'est-à-dire créer des *obligations* internationales des contractants et, pourtant, il se peut qu'en même temps on doive le considérer comme juridiquement non venu pour les corps constitués et les sujets de l'État ; c'est ce qui arrive, par exemple, quand l'ordre de régler ses actes sur ce traité n'a pas été donné par l'État ou a été donné sous une forme inconstitutionnelle. Pendant ce temps, le traité reste sans effet et c'est là une étape par laquelle peuvent passer toutes les conventions de droit international et de droit privé, sans qu'il faille voir là quoi que ce soit d'illicite (1).

(1) Que l'on songe par exemple à la promesse faite à l'Autriche par

L'exactitude de cette distinction se manifeste en toute évidence, quand le traité conclu n'est pas publié. Cela n'apporte pas le moindre changement au caractère obligatoire que les traités prennent vis-à-vis des États; mais les autorités et les sujets des États contractants ne sauraient être liés par un traité secret; ils ne sont engagés que par les ordres que cet État publie selon les formes constitutionnelles dans le but de faire exécuter ce traité; il n'est pas nécessaire que l'on sache jamais que ces ordres reposent sur un traité, et, d'autre part, peu importe que le traité soit publié ultérieurement. Au point de vue du droit public interne, la seule chose intéressante, ce sont les ordres publiés par les États (1).

l'art. V de la paix de Prague, de céder le Nord du Schleswig au Danemark. *Seligmann*, p. 85 seq. commet une méprise complète, quand il m'accuse gratuitement de ne pas considérer une « rupture de traité » comme juridiquement illicite. Du fait qu'un traité est provisoirement en souffrance par suite d'obstacles réels ou juridiques (impossibilité), par suite de retards, de temporisation, de délais, etc., il ne faut pas conclure à une rupture de traité. Et, en particulier, il n'y a pas de règles juridiques qui imposent l'observation des traités, tant que l'intéressé ne fait pas valoir ses droits.

(1) Dans l'Empire allemand, on peut citer plusieurs exemples de lois ou d'ordonnances qui ont été publiées en exécution et en vertu de conventions internationales, sans que celles-ci aient été livrées à la publicité. Telle est la loi du 30 mars 1874 et l'ordonnance du 23 déc. 1875 portant restriction de la juridiction consulaire en Égypte, tandis que l'accord avec l'Égypte n'est pas publié; de même, les conventions internationales relatives au service télégraphique n'ont pas été publiées, mais elles ont servi de base aux règlements relatifs au télégraphe du 21 juin 1872, du 24 janvier 1876, du 13 août 1880 et du 11 juin 1886; de même, la circulaire du 31 oct. 1873 (*Reichsgesetzbl.*, p. 366), relative à la correspondance avec l'Autriche soumise à la taxe, repose naturellement sur une convention avec le gouvernement autrichien; l'ordonnance du Bundesrath du 8 juillet 1874, destinée à compléter la loi relative au jaugeage des vaisseaux (*Centralblatt* 1874, p. 282) a été publiée « en exécution des décisions prises par la commission internationale pour le règlement des droits sur le canal de Suez », etc.

Mais dans une multitude de cas, cette distinction extérieure entre le contrat conclu *entre* les États et les ordres donnés par les parties contractantes pour en assurer l'exécution, est sans utilité et ne va pas sans de grandes difficultés. Les traités renferment ordinairement des assurances *réci-proques*, qui ne sauraient être enlevées de l'ensemble; elles contiennent de plus des conventions qui n'intéressent que l'administration ou qui touchent au domaine de la législation, et, ici encore, tout se ramène soit à l'introduction de nouvelles prescriptions administratives ou de nouvelles règles juridiques, soit simplement au maintien et à la conservation de dispositions en vigueur. Par conséquent, ce ne serait pas une tâche aisée ni simple pour l'État de formuler et de publier, en exécution du traité, les règlements, ordonnances et lois, que nécessite l'application de ce traité (1). L'État allège et facilite cette opération en publiant l'ordre *général* d'observer le traité qu'il a conclu, d'administrer, de rendre des jugements, etc. sans transgresser ses dispositions. C'est la forme ordinaire, c'est celle qui est appliquée dans l'immense majorité des cas. Si le traité ne règle simplement que des

(1) Mais, dans bien des cas, cette opération ne peut être évitée; alors le traité est accompagné d'une loi ou d'une ordonnance. Telle est par exemple la loi relative à l'impôt sur le sel du 12 oct. 1867 (Gesetzbl., p. 41), elle indique elle-même, dans la formule d'introduction, qu'elle est publiée « en exécution de la convention ci-jointe, conclue le 8 mai de cette année entre les États de l'Union douanière et commerciale de l'Allemagne »... De même, la loi du 2 novembre 1871 (Reichsgesetzbl., p. 375), relative à la ligne du Saint-Gothard, est extérieurement séparée du traité du 28 oct. 1871, qui lui est adjoint comme annexe pour la publication; il en est de même de la loi du 15 juillet 1872 (Reichsgesetzbl., p. 329) au sujet de l'acceptation du chemin de fer de Guillaume de Luxembourg et du traité du 11 juin 1872 qui l'accompagne, etc. Cpr. aussi la loi du 4 mars 1891 (Reichsgesetzbl., p. 151; le traité, *ibid.*, p. 427); la loi du 8 juin 1895 (Reichsgesetzbl., p. 253) et beaucoup d'autres.

questions d'administration, il suffit de le notifier aux corps intéressés, en enjoignant de s'y conformer; s'il concerne le domaine de la législation, l'ordre de lui obéir doit être publié comme tout autre commandement renfermé dans une loi. De même que la loi ordinaire se compose de deux parties, le fond de la loi et l'introduction qui contient l'ordre de l'observer, le traité international est pourvu lui aussi d'une introduction qui ordonne de se conformer à ses dispositions. Ce procédé est observé dans presque tous les États, en particulier dans la majorité des États allemands(1); il donne une expression claire et juste au véritable état de choses juridique, à savoir que ce n'est pas la conclusion du traité international, mais l'ordre du gouvernement qui donne force de loi et valeur juridique à l'intérieur de l'État, aux principes contenus dans le traité.

Certains États ont adopté cependant une manière de faire défectueuse et incorrecte, en omettant de publier l'ordre formel de respecter le traité. Cet ordre est donné *tacitement*, en ce sens qu'il ressort d'une façon concluante et indubitable du fait de la publication officielle. Car il y a lieu de présumer, en général, que le gouvernement veut remplir et exécuter le traité conclu par lui; et, dans le cas particulier, cela devient indubitable, attendu que le gouvernement communique le traité aux corps constitués dans l'intention manifeste et dans le but évident de leur enjoindre de se conformer à ses prescriptions. Le cliché, par lequel cet ordre est donné formellement aux corps constitués, ne semble donc pas indispensable. Cette forme était habituelle en Prusse de-

(1) V. les preuves à l'appui dans *Meier, Abschluss von Staatsverträgen*, p. 330 seq.; elles pourraient aisément être multipliées.

puis longtemps. Avant l'introduction des formes constitutionnelles, il n'y avait pas de différence, que le traité intéressât l'activité administrative ou la législation existante ; pour les deux sortes de dispositions gouvernementales, l'ordre du roi était suffisant et la seule différence qui existât, c'est que les traités internationaux importants ou intéressant directement le public, par exemple, les traités de commerce ou les traités relatifs à la navigation, étaient publiés dans le Bulletin des Lois, tandis que les autres étaient simplement imprimés dans des feuilles officielles ou des organes du ministère ou communiqués aux autorités intéressées sous forme de circulaire.

Cette forme usitée en Prusse, qui supprime, comme évident, l'ordre de respecter le traité, a cet inconvénient que l'ordre peut n'être pas remarqué. Car, puisqu'il est donné tacitement, il n'est pas palpable, il ne tombe pas sous les sens, c'est l'intelligence seule qui le saisit. L'aspect de ce traité nu, imprimé sans formule de publication, peut donner naissance à cette conception que corps constitués et sujets sont tenus, par le seul fait de la *conclusion* du traité, d'observer ses dispositions et que la publication du traité n'a d'autre signification que de le porter à la connaissance de tous. L'Etat lui-même émet cette théorie erronée que conclure un traité, c'est créer des dispositions administratives ou même établir des principes juridiques. On passe l'anneau intermédiaire et l'on méconnaît l'importance juridique de la publication. La signature du traité constate simplement que l'Etat a la volonté de *s'engager* ; la publication constate que l'Etat a la volonté de *remplir* son engagement en imposant l'obéissance au traité. Et dans les traités internationaux, eux aussi, la publication est essentiellement différente de la notification ; la simple insertion d'un traité international dans les

journaux, revues, etc., est sans aucune importance juridique. La fin juridique de la publication, ce n'est pas la notification du traité international au public, c'est l'ordre que l'Etat adresse à ses agents et à ses sujets, afin d'assurer le respect du traité. Au point de vue *du droit international*, la signature du traité est l'opération décisive ; au point de vue du droit public, c'est la publication ; mais la théorie du droit public a pris l'habitude de s'occuper spécialement de la signature et d'effleurer seulement la publication des traités internationaux, comme étant accessoire, puisque celle-ci, comme elle se présente aux yeux, ne contient que le texte du traité.

Si cette forme était incorrecte avant l'introduction du régime constitutionnel, elle devient *absolument condamnable* après cette introduction. Car jamais le Landtag ne prend part à *la signature* du traité ; au contraire, dans tous les cas où le traité empiète sur le domaine législatif, l'*ordre* d'obéir au traité ne peut pas être publié par le roi sans l'assentiment du Landtag. La notification du fait que le roi a conclu un traité international n'englobe plus l'ordre sous-entendu d'obéir à ce traité ; car cet ordre suppose autre chose que la volonté du roi, à savoir l'assentiment du Landtag ; donc cet ordre ne devrait jamais être donné *tacitement*, mais, au contraire, il devrait constater, en même temps, que le Landtag a donné son consentement.

Si l'on a conservé la forme qui existait avant 1848, cela tenait peut-être, à l'origine, à une erreur sur la portée juridique de la publication ; et — comme nous le développons plus loin — à ce que l'on omettait une double promulgation du traité ; et l'on ne changea rien plus tard, par la force de l'habitude.

Mais il est regrettable, au plus haut point, que la publication usitée en Prusse ait persisté dans la Con-

fédération de l'Allemagne du Nord et dans l'Empire allemand ; car ici, l'Empereur n'est pas le Souverain ; non seulement il faut tenir compte du Reichstag, mais le Bundesrath est, lui aussi, un facteur d'une nature spéciale ; il faut attacher une grande importance aux rapports des ordres émanant de l'Empire avec les ordres que donnent les États confédérés, et en particulier aux rapports des traités internationaux de l'Empire avec les lois des États confédérés ; il ne faut pas négliger les droits particuliers des États confédérés, etc. La simple insertion du traité dans le Bulletin des Lois de l'Empire, sans aucune formule de promulgation, ne tient aucun compte de toutes ces questions ; elle laisse complètement dans l'ombre l'acte de droit public, qui donne à la convention internationale la valeur de règles juridiques ayant un caractère obligatoire ; elle est cause que la théorie, comme la pratique, est dépourvue de clarté et hésitante en ce qui concerne le maniement, l'effet, les conditions des traités internationaux. Cela augmente les difficultés, si grandes déjà, que soulève la conception fautive de l'art. XI de la Constitution. Mais si l'on ne renonce pas complètement à mettre une cohésion scientifique dans la théorie des traités internationaux, et si l'on veut la mettre en harmonie avec les autres théories du droit public, — ce qui est nécessaire, indispensable aussi bien en pratique qu'en théorie, — il ne faut pas se laisser détourner du but par la publication défectueuse ; il faut tirer de l'obscurité l'acte de volonté sur lequel repose uniquement le sens qu'un traité international a en droit public. De même que, dans la législation, l'opération décisive, au point de vue du droit public, — la sanction — disparaît extérieurement sous les autres opérations de la législation qui la recouvrent et la masquent, de même l'opération

décisive, au point de vue du droit public, dans les traités internationaux — l'ordre de s'y conformer — est pour ainsi dire absorbée au milieu de la publication (1).

Dans les développements qui suivent, nous allons soumettre à une analyse distincte ces deux actes : la conclusion d'une convention internationale, l'ordre de l'État, sur lequel repose son autorité, son caractère impératif à l'intérieur.

§ 61. — Conclusion des traités internationaux.

1. — Organes compétents.

C'est un principe général de droit, aussi bien dans le domaine du droit privé que dans celui

(1) Tandis que, dans les publications les moins récentes, on ne faisait ordinairement pas de différence entre l'opération internationale et celle de droit public, et que l'on considérait l'ensemble comme un acte *international*, Zorn, dans ces derniers temps, est tombé dans l'autre extrême. Dans la dissertation citée plus haut et dans son *Staatsrecht I*, § 18, il soutient cette thèse qu'il n'y a pas de droit international, comme tel, mais qu'il faut concevoir (p. 8) un « droit public externe », « qu'un traité entre États n'a pas un caractère juridique, ni un caractère international », « que la ratification de ces traités est exactement la même opération juridique que la sanction pour les lois », et que « ce qui relie le traité au droit, c'est la ratification. Elle est l'impératif (!) qui oblige les sujets des États à observer le traité » (p. 36). Zorn a déjà été réfuté par *Jellinek*, *op. cit.*, p. 55 seq., *J. A. Levy*, p. 99 seq. et aujourd'hui *Seligmann*, p. 134 seq. Que l'on se fasse du droit international l'idée que l'on voudra, on ne peut nier ce fait que les États établissent, par leur contrat, une situation juridique réciproque, s'engagent mutuellement à des actes publics et que les effets de ces actes se font sentir, par leur nature, extérieurement à l'égard des parties contractantes, mais non intérieurement. L'exemple assez fréquent de traités secrets et leur caractère impératif indubitable, au point de vue du droit international, suffit déjà à montrer clairement qu'un traité international ratifié est loin d'être une loi. Comment pourrait-on soutenir qu'une promesse faite à un autre État est un « impératif ».

du droit public, que l'organe qui représente un sujet ne peut, par ses actes, obliger le sujet représenté avec effet de droit qu'autant qu'il agit dans les limites de ses droits ou de ses pleins pouvoirs. Ce principe s'applique aussi à l'organe qui a qualité pour conclure, au nom d'un État, des traités internationaux ; ceux-ci ne peuvent acquérir force de lois en droit international que si l'organe a agi dans les limites de ses pouvoirs constitutionnels. Si donc une constitution émet le principe que le souverain n'est pas autorisé à conclure des traités internationaux sans l'approbation du Landtag, le Président sans le consentement d'une assemblée souveraine (législative), les traités conclus en violation de cette disposition sont nuls et sans valeur ; ils ne créent pas d'obligations internationales. C'est que, en effet, les dispositions constitutionnelles de cette nature annihilent la *compétence* du souverain ou du président ; elles la remplacent par la compétence du Corps législatif qui restreint le rôle du souverain ou du Président à la direction des négociations et à la rédaction d'un projet de traité sur lequel on est d'accord ; ou encore elles établissent, pour le souverain ou le Président, une *compétence conditionnelle*. Il n'est pas possible de soutenir que ce principe juridique ne peut avoir d'effet que *dans les limites* de l'État qui l'a sanctionné et non sur le domaine de l'autre État contractant. Car chacune des parties doit vérifier les pouvoirs de celle avec laquelle elle négocie ; elle doit examiner jusqu'à quel point elle a les mains libres, jusqu'où s'étend sa procuration ; elle doit établir, à ses risques et périls, qu'elle a le pouvoir juridique de représenter, d'engager l'État au nom duquel elle agit ; elle doit donc, en particulier dans les affaires avec des personnes juridiques, prendre connaissance de leur Constitution, autant qu'il est né-

cessaire pour pouvoir juger quel est le représentant compétent et légitime de la personne juridique. Sur ce principe de droit, tous les écrivains qui font autorité en matière de droit international ont été d'accord depuis Hugo Grotius (1) ; il n'est vraiment pas possible de le nier sans heurter les principes fondamentaux du droit et de la logique.

Mais voici une tout autre question : le droit positif d'un État, qui exige l'assentiment de la représentation nationale pour les traités internationaux ou certaines catégories d'entre eux, annihile-t-il ou restreint-il la compétence du chef de l'État en matière de représentation internationale ou a-t-il simplement pour but de lui imposer la collaboration de la représentation nationale pour l'exécution du traité ? Il est inexact d'avancer que la loi veut toujours les deux choses en même temps et qu'elle entrerait en contradiction avec elle-même, si elle établissait, pour la validité des traités au point de vue du droit international, d'autres conditions que pour leur exécution au point de vue du droit public (2).

(1) *Ernst Meier*, Ueber den Abschluss von Staatsverträgen, Leipzig 1874, p. 91 seq. produit, à l'appui de cette thèse, des documents très nombreux, de sorte qu'il semble superflu de répéter ici les citations. On en trouvera aussi quelques-uns reproduits par *Gorius*, *Hirth's Annalen* 1874, p. 762 seq.

(2) Cette affirmation de la nécessité de l'harmonie entre les dispositions relatives à la conclusion des traités et celles qui concernent l'exécution servent à *Meier* et à *Gorius* de point de départ pour leurs déductions dans les dissertations précitées. Dans les ouvrages les plus récents, la même théorie a été développée, en particulier par *Unger*, op. cit., dont la thèse a été admise par *Clunet*, p. 43, *Zorn*, p. 16 seq., *Prestele*, p. 43 seq., *Schulze* II, p. 130, *Leoni*, p. 564, *Jellinek*, *Gesetz und Verordnung*, p. 343 seq. Leur argument principal, à savoir que « la validité ne peut pas se diviser et qu'un traité ne peut pas être valable à l'extérieur et nul à l'intérieur », n'est pas concluant ; car il n'y a pas de « traité » « à l'intérieur », on ne peut en parler qu'au sens international ; la validité de la promesse n'est pas « divisée », parce que la promesse ne peut pas

La compétence en matière de représentation constitue une tout autre question juridique que, le pouvoir de donner à des sujets et à des autorités des ordres juridiquement valables. De même que pour les personnes qui relèvent du droit privé, le pouvoir de les représenter avec une autorité qui ait une valeur juridique est lié à de tout autres conditions que que le pouvoir d'expédier les affaires, d'administrer une fortune, de modifier les statuts, *dans les limites* de la corporation, de même, pour les personnes qui relèvent du droit public et en particulier pour les Etats, il n'y a pas d'obstacle théorique ou réel qui s'oppose à ce que la compétence en matière de représentation soit réglée par d'autres dispositions que le pouvoir d'entreprendre des actes souverains dans les limites de l'Etat. A cela les motifs ne manquent

« être tenue » par suite d'un obstacle tenant au droit public. Si la convention sur le phylloxera du 18 septembre 1878, art. I, reconnaît l'obligation, pour les Etats, d'ordonner des mesures préventives par la voie « de la législation intérieure », cette promesse est valable et pourtant peut rester sans exécution si la législation intérieure n'intervient pas pour un motif quelconque. Il en serait tout à fait de même si la Convention avait énuméré spécialement les mesures à prendre, mais si l'assentiment constitutionnel des assemblées législatives n'est pas donné. Unger expose de plus que la nullité est *relative*, par analogie avec les conventions de droit privé qui nécessitent l'assentiment *d'un tiers*. De même Prestele, p. 44. C'est contre cette manière de voir que se sont élevés surtout Ryck, op. cit., et Zorn, p. 33. En réalité, on ne saurait considérer la représentation nationale comme « un tiers », que l'on se représenterait à côté des Etats contractants comme une personne juridique particulière ; l'assentiment de la représentation nationale est toujours une formalité intérieure que doit remplir *l'un* des Etats contractants. La thèse développée ici, à savoir que c'est simplement le droit positif d'un Etat déterminé qui doit servir de guide pour établir si « l'assentiment » est nécessaire pour la conclusion du traité international ou simplement pour l'exécution gouvernementale a été intégralement admise par G. Meyer, J. A. Levy, p. 105 seq. et Pröbst, p. 265 seq. où elle a trouvé une forme savante et soignée. Voir aussi Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (1899), p. 236 seq.

pas. Car, qu'il s'agisse des relations internationales ou des relations des particuliers dans les questions pécuniaires, il est toujours nécessaire de pouvoir établir aisément et sûrement les pouvoirs des parties contractantes, de posséder des signes extérieurs palpables et infaillibles de la légitimité de ces pouvoirs, d'être à l'abri des subterfuges et des objections venant de l'insuffisance des pouvoirs. Aussi, non seulement il est juridiquement possible, mais il est opportun pour des motifs pratiques d'investir le chef de l'État de la représentation extérieure formelle, du pouvoir de *conclure* les traités internationaux et en même temps de le soumettre, quant à l'exécution des obligations du contrat à l'intérieur de l'État, aux mêmes restrictions que l'on retrouve dans les autres actes de gouvernement. C'est ce qui est indubitablement arrivé en Angleterre (1); le même droit est constitutionnel en Belgique et a été reconnu en Prusse par imitation de la Constitution belge (2). Il faut reconnaître absolument que cette différence de réglementation, en ce qui concerne la représentation internationale et les pouvoirs en matière de droit public, n'est pas universellement applicable à tous les États; elle ne résulte pas nécessairement de la nature juridique du régime constitutionnel; c'est simplement *une question de droit positif* que de savoir jusqu'à

(1) On trouvera sur ce sujet un exposé d'ensemble dans la dissertation de *Gneist*, citée à la p. 597. V. en outre la dissertation savante et détaillée de *Meier*, op. cit., p. 115 seq.

(2) Il est vrai que la formule n'est ni logique ni claire. V. *Gneist*, op. cit. N° IV et v. *Rönne*, Preuss. Staatsrecht I, 1, § 77, p. 467 seq., dont je crois le développement juste et concluant dans ses traits essentiels. Même thèse chez *Ad. Arndt*, Die Verfassungsurkunde für den preuss. Staat, 1886, p. 73 (note 3 de l'art. 48); *Klöppel*, Preuss. Jahrb. vol. LII, p. 291 seq. *Schwartz*, Verfassungsurkunde f. den Preussisch. Staat (1896), p. 139. *Meier* soutient p. 212 seq. une autre conception, qu'adoptent *Schulze*, Preuss. Staatsr. II, p. 826 et *Pröbst*, p. 322 seq.

quel point non seulement l'exécution, mais en même temps la compétence, en matière de conclusion de traités internationaux, est soumise à des dispositions restrictives (1).

Nous allons maintenant étudier la question au point de vue de l'Empire Allemand.

1^o Le 1^{er} al. de l'art. XI de la Constitution donne pleins pouvoirs à l'Empereur pour représenter l'Empire dans les rapports internationaux, faire la paix au nom de l'Empire, contracter des alliances et autres traités avec les puissances étrangères. Par là se trouve établie la compétence formelle de l'Empereur en matière de représentation de l'Empire dans les rapports internationaux; le 1^{er} al. cité contient

(1) Dans l'Amérique du Nord, le Président n'a qualité, pour conclure des traités internationaux, qu'avec l'assentiment du Sénat, tandis que la Chambre des représentants n'a aucune part à la conclusion; elle consent seulement à l'exécution. *Rüttimann I, § 249 seq.; Meier, op. cit., p. 163 seq.; Schlieff, Verf. der Nordam. Union, p. 126 seq. 248 seq.* Aux termes de la Constitution de la Suisse du 29 mai 1874 le Conseil fédéral se borne à « veiller sur les intérêts de la Confédération à l'extérieur » et à « régler les affaires extérieures » (Art. 102, n^o 8), tandis que la conclusion d'alliances et de traités avec l'étranger est de la compétence de l'Assemblée fédérale (art. 85, n^o 5); les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale sont loi pour le Tribunal fédéral (art. 113, 3^e al.). Les mêmes principes étaient en vigueur sous l'ancienne Constitution fédérale. *Rüttimann I, § 256; Pröbst, p. 275.* — Dans l'ancien Empire germanique, l'Empereur ne pouvait conclure de traités avec les puissances étrangères qu'avec l'assentiment du Reichstag. *Instr. Pac. Osnabr. art. VIII, § 2; Wahlkapitul. art. VI, § 4. V. Pfeffinger, Vitriar. illustr. III, 3, § 21 (T. IV, p. 397-430).* — Sur les dispositions constitutionnelles des Etats allemands, *V. Meier, p. 106, 110 seq.; Zachariä, Staatsr. II, § 236, note 8; G. Meyer, Staatsr., § 189.* Sur le droit actuel en France, *V. Lebon dans Marquardsen, Handb. IV, I, 6, p. 46, 72.* — *Heilborn, System, p. 143 seq.* discute très bien les rapports qui existent entre le pouvoir qu'a le chef de l'Etat de conclure des traités et les conditions de validité des traités au point de vue du droit public interne.

l'affirmation générale du pouvoir de l'Empereur de régler, au nom de l'Empire, des affaires juridiques avec les puissances étrangères.

Mais la règle générale contenue dans le 1^{er} al. est accompagnée de deux autres dispositions. Le 2^e al., qui manquait dans la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord et qui ne fut ajouté que lorsque les Etats du Sud accédèrent à la Confédération, établit que l'assentiment du Bundesrath est nécessaire pour déclarer la guerre au nom de l'Empire, à moins d'une agression sur le territoire de la Confédération ou d'une descente sur ses côtes. Le 3^e al. ajoute cette règle :

« Quand les traités avec les puissances étrangères se rapportent à des matières qui, d'après l'art. IV, sont du domaine de la législation ils ne peuvent être conclus (*abschluss*) qu'avec l'assentiment du Bundesrath et leur *validité* (*Giltigkeit*) est subordonnée à l'approbation du Reichstag (1). »

Si l'on admet, pour un instant, que cette disposition se rapporte à la compétence en matière de conclusion de traités et à leur caractère impératif au point de vue *du droit international*, il est indubitable et incontestable que les pouvoirs dont il est parlé au 1^{er} alinéa et qui confèrent le droit de représentation, ne sont pas annulés en général, c'est-à-dire pour *tous* les traités internationaux de l'Empire, ni soumis à des conditions par le 3^e alinéa, mais qu'ils

(1) Dans le projet primitif de Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord, cette disposition était absente. Lors des délibérations des commissaires des gouvernements au sujet du projet prussien, on ajouta la condition de l'assentiment du Bundesrath ; la condition de l'approbation du Reichstag fut intercalée par le Reichstag au moment de la discussion relative à la Constitution, sur la proposition du député Lette, sans qu'au moment des débats à propos de l'art. XI, dans la séance du 26 mars 1867, on ait discuté la portée de l'amendement. Stenogr. Berichte, p. 374.

ne le sont que pour une certaine catégorie de traités internationaux. Dès lors, on obtiendrait le résultat suivant : il y a deux classes de traités internationaux ; les uns peuvent être conclus par l'Empereur au nom de l'Empire et ont toute validité au point de vue du droit international ; par contre, l'Empereur n'est pas compétent pour conclure les autres traités, s'il n'a pas obtenu l'assentiment du Bundesrath et l'approbation du Reichstag. La 1^{re} classe constituerait la règle, la 2^e classe l'exception. Il s'agit maintenant de savoir quels sont les traités qui font partie de cette 2^e classe ; quel est le domaine auquel s'étend la règle juridique qui subordonne à l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag les pouvoirs conférant à l'Empereur le droit de représenter l'Empire ?

2^o Cette question est résolue par le 3^e al. de l'article XI : « Quand les traités avec les puissances étrangères rapportent à des matières qui sont du domaine de la législation d'après l'art. IV. » L'art. IV de la Constitution énumère les affaires soumises à la surveillance et à la législation de l'Empire ; il limite la *compétence* de l'Empire par rapport à la compétence des États confédérés (1) ; les matières que l'art. IV fait rentrer dans le domaine de la législation de l'Empire s'opposent aux matières qui font partie de la législation des États. Donc, l'interprétation littérale du 3^e al. conduit à ce résultat absurde et par conséquent impossible, que lorsqu'un traité international règle des questions, qui sont de la compétence de l'Empire, aux termes de la Constitution, l'Empereur n'a pas qualité pour conclure ce traité, sans solliciter l'assentiment du Bundesrath et l'approbation du Reichstag ; mais au contraire, on appliquerait, pour les matières qui ne sont pas de la compétence de l'Empire,

(1) V. plus haut, t. II, § 56, II, p. 347 seq.

la règle générale, contenue dans le 1^{er} al., à savoir que l'Empereur est autorisé à conclure, dans ce domaine, des traités internationaux au nom de l'Empire, sans l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag. Il est inutile d'expliquer que tel ne peut pas être le sens de l'article XI. L'Empereur ne peut pas régler par des traités internationaux des matières qui ne sont pas de la compétence de l'Empire (1). Les dispositions relatives aux modifications constitutionnelles doivent, au contraire, être appliquées même dans le cas où les limites que la Constitution fixe à la compétence de l'Empire doivent être modifiées par un traité international ; par conséquent, la Constitution n'a pas pu conférer à l'Empereur le pouvoir de conclure des traités internationaux sans l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag en des matières qui ne font pas partie de la compétence constitutionnelle de l'Empire.

Dès lors, on pourrait être tenté d'interpréter l'art. XI de la façon suivante : l'Empereur aurait, il est vrai, le droit de conclure des traités dans les limites de la compétence qui est attribuée à l'Empire, mais cette compétence de l'Empire se diviserait en deux séries : l'une comprendrait les questions énumérées à l'art. IV de la Constitution et l'autre les questions auxquelles une autre disposition de la Constitution ou d'une loi de l'Empire étend la compétence de l'Empire (2). Mais ce n'est pas moins absurde. D'après cette théorie, les finances de l'Empire, par exemple, que l'art. IV de la Constitution ne men-

(1) V. *Mohl*, *Reichsstaatsr.*, p. 303 seq. se prononce en faveur de cette interprétation qui supprime les limites légales établies entre la compétence de l'Empire et celle de l'État confédéré, pourvu que le but et le contenu du traité restent dans les limites des devoirs imposés par le préambule de la Constitution. *Gorius*, *Hirth's Annalen* 1874, p. 771 se range à son avis.

(2) C'est ce que soutient *Hiersemenzel* I, p. 51, n° 3. Cf. au contraire *Riedel*, p. 106, n° 11.

lionne pas spécialement parmi les questions qui sont naturellement partie de la compétence de l'Empire, seraient rangées parmi les matières auxquelles ne s'applique pas la disposition restrictive du 3^e al. de l'article XI. Il en serait de même de toutes les questions auxquelles on a étendu ultérieurement la compétence de l'Empire sans que le texte de l'art. IV ait subi une modification. En réalité, le fait qu'un pouvoir de l'Empire se trouve reconnu ou impliqué dans l'article IV et non dans une autre disposition législative, aurait un effet bizarre sur la conclusion des traités internationaux. L'art. IV limiterait la compétence de l'Empire et celle des États confédérés au point de vue de la législation, et réglerait la compétence de l'Empereur et celle du Bundesrath et du Reichstag au point de vue de la conclusion des traités.

D'autre part, dans beaucoup de questions qui sont du ressort de la législation de l'Empire aux termes de l'art. IV, l'Empire est investi aussi de pouvoirs administratifs. L'art. IV ne stipule pas le moins du monde que l'Empire est restreint à la surveillance et à la publication de lois réglant les matières qu'il énumère ; parmi les matières énumérées à l'art. IV, il en est qui relèvent exclusivement, d'autres en grande partie, de l'administration directe de l'Empire ; pour ces dernières, des ordonnances de l'Empereur ou du chancelier de l'Empire peuvent intervenir. Dans le ressort de l'administration de l'Empire ou lorsque la loi confère à l'Empereur ou au chancelier le pouvoir réglementaire, un règlement ou une ordonnance pourrait enjoindre aux fonctionnaires de l'Empire de régler telle ou telle affaire de telle ou telle façon. Et pourtant, les traités internationaux relatifs à ces matières tombent sous l'art. XI, 3^e al. Donc l'Empereur n'aurait pas le pouvoir de donner à une puissance étrangère, sans l'assentiment du

Bundesrath et l'approbation du Reichstag, la promesse de publier une ordonnance de cette nature, mais au point de vue du droit public, il ne dépasserait pas ses pouvoirs en remplissant immédiatement cette promesse et en lui donnant une valeur juridique (1).

Le texte de l'art. XI, 3^e al. contient manifestement une confusion entre les matières qui tombent sous la compétence de l'Empire et celles que l'Empire a mission de régler par *la voie* de la législation. Les termes « conformément à l'art. IV » sont sans importance, ils viennent d'une erreur de rédaction (2). Le 3^e al. ne nous donnera un sens satisfaisant que si on y voit l'affirmation que les actes, par lesquels l'Empire manifeste sa volonté aux conditions posées par la Constitution, avec l'assentiment du Bundesrath et l'approbation du Reichstag, c'est-à-dire sous forme de loi de l'Empire, aux termes de l'art. V, doivent remplir ces conditions, même quand l'Empire s'est engagé par un traité international à les accomplir.

Mais on n'arrivera pas à déterminer ce critérium en se demandant si le traité international règle une question citée ou non à l'art. IV de la Constitution ; le seul moyen de parvenir à ce but, c'est d'établir si l'exécution du traité est subordonnée à un ordre que l'Empereur ne peut donner qu'avec l'assentiment

(1) Malgré l'absurdité de cette théorie qui s'appuie sur la lettre de l'art. XI, 3^e al., elle a trouvé un défenseur dans *Gorius*, *Hirth's Annalen* 1875, p. 546 seq.

(2) Même thèse chez *Störk*, p. 522, *O. Meyer*, *Staatsrecht*, § 190, note 14 et les écrivains qu'il cite. *Pröbst*, p. 286, est en réalité du même avis, mais il veut défendre la Constitution contre le reproche de confusion, en admettant que l'expression « législation de l'Empire » dans l'art. XI, 3^e al. comprend à la fois la compétence du pouvoir impérial et la forme de la législation de l'Empire. Mais si l'on se rapporte à l'art. IV qui ne concerne que la compétence, on voit que ce texte s'oppose à cette conception.

du Bundesrath et l'approbation du Reichstag (par la voie législative) ou si l'Empereur a le pouvoir de donner librement les ordres nécessaires à l'exécution du traité (par voie d'ordonnance) (1).

Entendre dans ce sens la disposition du 3^e al. de l'art. XI, c'est non seulement rester en harmonie avec les autres prescriptions de la Constitution et de la théorie généralement admise en droit public, mais cette interprétation est absolument indispensable et au fond parfaitement évidente. En effet, les droits du Bundesrath et du Reichstag, en vertu desquels ils collaborent aux actes par lesquels l'Empire manifeste sa volonté, pourraient aisément être annihilés et rendus purement illusoires si l'Empereur avait la faculté de remplacer la voie législative par un traité international qui édicterait, à l'insu du Bundesrath et du Reichstag, la disposition qu'il désire voir en vigueur, et qui aurait pour effet juridique de la rendre obligatoire pour les corps constitués et les sujets.

3^o La discussion précédente nous a conduit au résultat suivant : les deux catégories de traités internationaux qu'il y a lieu de distinguer en vertu des al. 1 et 3 de l'art. XI, sont déterminées par un critérium, qui se rapporte simplement à l'exécution du traité, c'est-à-dire à sa validité au point de vue du droit public. Il ne serait pas seulement oiseux, il serait absurde et illogique que l'Empereur pût donner, sans l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag, un ordre qui ne peut être donné qu'avec cet assentiment ; et cela, parce qu'au préalable il aurait donné à une puissance étrangère, par un traité conclu avec elle, la certitude que l'ordre sera publié.

(1) *Meier*, op. cit., p. 291 seq.; interprète d'une façon identique le 3^e al. de l'art. XI. *G. Meyer, Zorn, Levy, Prestele, Pröbst, Schulze, Seligmann, Arndt*, etc., sont du même avis.

Cette absurdité devait disparaître grâce au 3^e al. de de l'art. XI, parce que, dans une conception erronée de la nature des traités internationaux, on croyait qu'elle pouvait être déduite du 1^{er} al. de l'art. XI. Le 3^e al. mentionne les traités qui ne peuvent être *exécutés* qu'avec l'assentiment du Bundesrath et l'approbation du Reichstag, parce que leur exécution exige une loi. Une disposition relative aux conditions d'exécution peut exister tout à fait, indépendamment des dispositions relatives à la compétence en matière de conclusion de traités. Il n'est donc nullement nécessaire d'établir une relation entre les termes du 1^{er} et ceux du 3^e al. de façon à voir dans le 3^e al. une exception à la règle générale contenue au 1^{er} al., relative à certaines catégories de traités, Mais les deux règles peuvent subsister parallèlement et poser ces principes : l'Empereur est *compétent* pour conclure les traités internationaux au nom de l'Empire. Si *l'exécution* d'un traité est subordonnée à des dispositions qui doivent paraître sous la forme de lois, l'Empereur ne peut pas exécuter le traité qu'il a conclu, si le Bundesrath n'a pas consenti à ce traité et si le Reichstag ne l'a pas approuvé.

Entendu dans ce sens, le texte de la règle contenue au 3^e al. de l'art. XI est en harmonie avec l'objet auquel elle a trait ; il ne distingue pas seulement les traités internationaux suivant leurs conditions d'exécution, mais il *règle* aussi ces conditions. La compétence en matière de traités internationaux serait, en revanche, complètement passée sous silence par le 3^e al. ; ce serait le 1^{er} al. seul qui la réglerait. Mais, même avec cette interprétation, il ne faut pas croire que la disposition du 3^e al. soit sans influence sur le pouvoir de conclure des traités internationaux ; son effet est *indirect*, mais très profond. Ne serait-il pas incompatible avec la dignité de l'Empe-

reur et de son ministre, aussi bien qu'avec celle de l'Empire, que l'Empereur pût conclure des traités auxquels il serait incapable de rester fidèle ; qu'il pût, en particulier, s'engager à publier des ordres de la puissance publique (lois), sans qu'il eût les pouvoirs juridiques de le faire ? Mais l'Empereur serait obligé, aux termes du 3^e al. de l'art. XI, — en admettant même que cet article soit muet quant à ses droits de représentant de l'Empire dans les transactions internationales, — de solliciter, avant de conclure des traités qui empiètent sur le domaine de la législation, l'assentiment du Bundesrath et celui du Reichstag. Le mécanisme ne consiste pas à conclure d'abord le traité, puis à le soumettre à l'approbation du Reichstag ; la voie régulière et usitée, c'est de soumettre l'exécution du traité à l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag et alors seulement de conclure le traité (1). Il résulte du texte du 3^e al., si on l'interprète comme on vient de le dire, que l'Empereur, *aux termes de la Constitution, a le devoir de ne faire usage, dans les cas énumérés au 3^e al., de la compétence qui lui est assignée qu'après avoir obtenu l'assentiment du Bundesrath et l'approbation du Reichstag (2), à moins qu'il ne puisse compter avec*

(1) V. plus loin III, p. 476 seq. *Unger*, op. cit., objecte « que cette tendance n'est pas dans l'intention du gouvernement qui présente le traité et qu'elle est en contradiction avec la conscience de la représentation nationale qui l'examine et l'approuve » ; cette objection n'est pas complètement fautive ; il s'agit dans la pratique de savoir si le traité doit être ou non ratifié, c'est-à-dire définitivement conclu. Mais cette conséquence pratique, qui entraîne le vote de la représentation nationale et influence, sans contredit, « l'intention » du gouvernement et la « conscience » de la représentation nationale, peut-elle être concluante quand on cherche à déterminer la nature juridique de l'opération et ses effets juridiques ?

(2) La conception de *Meier*, p. 105, que l'on retrouve régulièrement chez les partisans de sa théorie, par exemple *Pröbst*, p. 274, *Zorn* (2^e éd.),

certitude sur cette approbation ultérieure et à moins qu'il n'y ait des inconvénients à différer la conclusion du traité (1). Mais l'accomplissement de cette obligation est une *res interna* de l'Empire ; c'est uniquement l'affaire du Bundesrath et du Reichstag, de faire en sorte qu'elle ne soit pas violée. La validité, au point de vue international, du traité ratifié par l'Empereur n'en resterait pas moins entière, parce que cette obligation de l'Empereur n'a rien de commun avec sa compétence formelle en matière de traités et que la puissance étrangère n'est tenue d'examiner que cette compétence.

4° Quant à savoir si réellement la Constitution n'a pas voulu seulement, à propos des traités internationaux dont l'exécution est subordonnée à la collaboration du Bundesrath et du Reichstag, établir ces pouvoirs, mais limiter les pleins pouvoirs de l'Empereur à l'extérieur et faire dépendre la validité des traités de l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag, c'est ce qu'il est impossible de décider avec netteté en présence de l'obscurité de l'expression (2).

I, p. 503, à savoir qu'il y a une « contradiction insoluble » entre les devoirs de l'Etat en matière de traités avec les puissances étrangères et le pouvoir qui confère au chef de l'Etat le droit de prendre des décrets à l'intérieur dans les limites prescrites par la Constitution, est donc sans fondement. Ce qui seulement est exact, c'est qu'une contradiction peut naître quand l'Empereur ratifie sans restriction un traité dont l'exécution est subordonnée à l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag. V. aussi *Ryck*, p. 86 ; *G. Meyer Annalen* 1878, p. 380 ; *Staatsrecht*, § 189. *Heilborn, System*, p. 160, *Schwarz*, l. c. p. 139.

(1) On peut citer comme exemple de cette manière de faire exceptionnelle, le traité de commerce conclu entre l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie à la date du 16 déc. 1878, et auquel le Reichstag a accordé son approbation le 25 fév. 1879 (*Reichsgesetzbl.*, 1879, p. 11).

(2) Le 3^e al. de l'art. XI donne lieu, dans les ouvrages spéciaux, à une grande variété d'interprétation. Il en est qui en déduisent qu'un traité conclu par l'Empereur est nul, s'il n'a pas obtenu l'assentiment du

En faveur de la théorie qui n'applique le 3^e al. de l'art. XI qu'aux questions de droit public interne, on peut faire valoir que dans le même article, 2^e al., on exige l'assentiment du Bundesrath en matière de déclaration de guerre dans certains cas, tandis qu'aux termes du 1^{er} al., l'Empereur a, dans tous les cas, le devoir « de déclarer la guerre, au nom de l'Empire », quand il s'agit d'un ennemi extérieur. Ici encore, le 2^e al. impose à l'Empereur un devoir de *droit public*, mais il ne limite pas sa compétence en matière de questions internationales (1).

Et cela cadre avec ce principe que le Bundesrath et le Reichstag n'agissent pas au dehors au nom de l'Empire. Où donc la puissance étrangère pourrait-elle puiser la certitude que le Bundesrath a accordé son assentiment à un traité, puisque ses débats ne sont point publics ? Et la simple

Bundesrath et l'approbation du Reichstag, tels *Thudichum*, p. 91 seq., 127 ; v. *Mohl*, *Reichsstaatsrecht*, p. 304 ; *Gorius*, op. cit., et surtout *E. Meier*, op. cit., p. 275 seq. et *Pröbst*, op. cit., p. 292 seq. Parmi ceux qui ont adopté leur thèse, il faut citer *Unger*, *Zorn*, *Prestele*, p. 48 seq., *Gierke*, *Grünhut's Zeitschrift*, vol. VI, p. 231 ; v. *Rönne* (3^e éd.), *Schulze*, v. *Sarwey* (§ 86, note 9). *Leoni*, dans les passages cités plus haut, p. 436. La thèse contraire, qui est la nôtre, a pour partisans *Gneist*, op. cit., p. 358 ; v. *Gerber*, *Staatsrecht* (3^e éd.), § 54, n. 2 ; *G. Meyer*, *Annalen* 1878, p. 379 seq. et *Staatsrecht*, § 190 ; puis *Ryk*, op. cit. ; *Klöppel*, *Preuss. Jahrb.* vol. LII, p. 291 seq. Enfin *Seligmann*, p. 146 seq., développe, après *Jellinek*, *Gesetz u. Verordnung*, p. 341 seq., 354, cette théorie que l'affaire juridique internationale est réalisée en elle-même par la ratification de l'Empereur, mais sous la *juris conditio* de l'approbation du Bundesrath et du Reichstag, de sorte qu'elle n'a d'effet juridique qu'après cette opération ; v. la réfutation très concluante de *Tezner*, *Grünhut's Zeitschrift*, vol. XX, p. 168 seq.

(1) Autre avis chez *Pröbst*, op. cit., p. 293 seq. ; *Prestele*, p. 48 seq. — Il est certain que le 2^e al. de l'art. XI n'existait pas dans la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord ; il a été intercalé seulement lorsque les États du Sud ont accédé à l'Empire, de sorte que l'on peut se demander si on doit conclure de cette disposition qu'il y a un rapport entre la prescription du 3^e al. et le principe général du 1^{er} alinéa.

indication, que le Bundesrath a donné son consentement, ne remplirait toujours pas cette condition imposée à l'État étranger, de connaître nécessairement et d'observer les dispositions de la Constitution de l'État qui contracte le traité. La puissance étrangère serait, en outre, dans l'obligation d'examiner si la décision du Bundesrath a été prise conformément aux dispositions établies dans l'art. VII de la Constitution. Le gouvernement étranger serait tenu de plus d'étudier les comptes rendus sténographiques du Reichstag allemand, l'ordre du jour etc., afin de savoir si le Reichstag a donné au traité l'approbation prescrite par la Constitution. La théorie contraire impose au *gouvernement de la puissance étrangère* les fonctions que doit remplir l'Empereur avant de ratifier un traité, en l'obligeant à étudier, au moment de conclure un traité international ayant force de loi, si la disposition contenue dans le 3^e al. de l'art. XI a été observée.

Le gouvernement étranger serait obligé, en outre, de se livrer à une enquête hérissée de difficultés ; il s'agirait de savoir si le traité s'applique à des questions qui font partie du domaine de la législation de de l'Empire (au sens exposé plus haut). Il ne suffit pas pour résoudre cette question de connaître l'organisation constitutionnelle de l'Empire allemand, il est nécessaire de posséder à fond l'ensemble de la législation, puisque cette étude seule peut nous faire découvrir les actes émanant de la volonté de l'Empire qui doivent suivre la voie de la législation. Il faut se garder de confondre ces principes juridiques avec la compétence du souverain en matière de traités, qui doit être clairement et nettement reconnaissable. Il n'est pas possible d'exiger du gouvernement d'un État étranger la connaissance précise et complète de ces règles complexes et sujettes à des

changements incessants, tandis qu'on est parfaitement en droit d'exiger et d'attendre d'eux qu'ils soient assez versés dans la Constitution des États amis pour savoir quel est le représentant légitime pour les transactions internationales. S'il y a divergence d'opinion entre le gouvernement impérial et le Reichstag (ou entre l'Empereur et le Bundesrath), en sorte que l'on se demande si tel traité tombe ou ne tombe pas sous le coup du 3^e al. de l'art. XI, c'est, pour ainsi dire, solliciter et provoquer l'intervention de la puissance étrangère dans ce conflit que de faire dépendre la validité du traité international de la solution donnée à cette question, car le gouvernement étranger est bien obligé d'avoir une opinion sur la validité ou la nullité du traité qu'il a conclu (1).

En politique, la théorie que nous combattons conduit aussi à un résultat absurde. D'une part, l'Empereur a incontestablement qualité pour diriger l'ensemble de la politique extérieure, pour conclure des alliances offensives et défensives, pour jeter l'Empire dans une guerre, pour mobiliser la force armée de l'Em-

(1) Dans la plupart des développements relatifs à la question discutée ici, ce qui prend une importance capitale, c'est de savoir si le droit d'approbation de la représentation nationale en matière de traités internationaux limite ou ne limite pas l'unité d'action du gouvernement à l'étranger, ou dans quelle mesure cela est possible. A mon avis, ce point de vue est faux. La liberté d'action du gouvernement dans les négociations avec les puissances étrangères se trouve restreinte également dans les deux cas, que ce soit la validité au point de vue du droit international ou simplement l'exécution au point de vue du droit public que l'on fasse dépendre de l'approbation des corps législatifs. La différence consiste simplement en ceci : la première opinion donne une part *directe* à l'État étranger dans la solution de la question de droit public interne et lui impose le devoir juridique d'avoir une opinion indépendante au sujet des pouvoirs juridiques du chef de l'État, tandis que la deuxième thèse écarte l'intervention de l'État étranger dans la solution de la question de droit public et restreint son action à l'examen de la compétence formelle.

pire, pour mettre en jeu ses intérêts vitaux les plus élevés. Mais qu'il s'agisse de conclure un traité international, réglant des questions de domicile ou protégeant les œuvres littéraires ou relatif à la forme et à la valeur des actes notariés d'un consul, etc., et l'Empereur ne serait plus compétent ! Il n'est pas possible qu'un État règle aussi arbitrairement les droits de son représentant, qu'il les restreigne, au point de les subordonner, dans les relations internationales seules, à la rédaction qu'un commissaire du gouvernement ou un député du Reichstag a donnée à un amendement proposé lors du vote de la Constitution. Quand un État livre et confie à son chef la disposition de l'armée et de la marine de guerre, le droit de guerre et de paix, la direction de la politique étrangère en général, il doit nécessairement aussi le charger de le représenter dans les transactions internationales ; il doit donner à sa parole solennelle la valeur d'un engagement pris par l'État (1).

(1) Sans doute dans l'ancien Empire germanique, ce n'était pas l'Empereur, mais le Reichstag qui avait qualité pour conclure les traités ; mais cette disposition était en parfaite harmonie avec l'ensemble de la Constitution. Sur le terrain de la politique étrangère, l'Empereur n'avait pas le droit de prendre une décision, de conclure une alliance, de déclarer la guerre, de faire la paix sans l'assentiment du Reichstag ; il ne pouvait pas mobiliser des troupes, en dehors de son propre État, sans l'approbation du Reichstag ; il n'avait pas de trésor de guerre à sa disposition. Les ambassadeurs des puissances étrangères étaient accrédités auprès du Reichstag, c'est avec lui qu'ils traitaient, c'est à eux que les décisions du Reichstag, dans les questions négociées avec eux, étaient communiquées officiellement, etc. *Pfeffinger, Vitriar. illustr.* III, 2, § 71 (T. IV, p. 357 seq.). Tout est différent dans l'Empire allemand actuel ; l'Empereur est investi de pouvoirs qui en font, pour ainsi dire, le représentant naturel de l'Empire à l'extérieur, si bien qu'en interprétant le 3^e al. de l'art. XI comme une annulation partielle de sa compétence, on trouble l'harmonie de la Constitution, au contraire, les droits du Bundesrath et du Reichstag restent entiers, si tout changement aux lois en vigueur à l'intérieur de l'Empire est subordonné à leur assentiment.

Seligmann et *Tezner* ont soutenu cette thèse, que la question de la validité des traités internationaux ne doit pas être jugée au point de vue trop exclusif du Droit public de chacun des États intéressés, mais que l'on doit s'attacher pour la régler, aux principes du Droit international. Ce point de vue est, sans aucun doute, très juste, si on ne l'applique pas trop strictement. Car, de même que le Droit privé, tout en réglant les conditions de validité des affaires juridiques, peut très bien donner aux différentes personnes juridiques la faculté de déterminer, aux termes de ses dispositions, par quels organes, à quelles conditions et sous quelles formes ces personnes peuvent être engagées, de même aussi, le Droit international peut, à ce point de vue, renvoyer au droit public de chacun des États et se borner à poser une maxime en blanc, qui sera exécutée par les Constitutions des différents États pour chacun d'eux. Ce qui prouve que les règles du Droit international sur ce point ne sont pas claires et lumineuses, ce sont les développements contradictoires de *Seligmann* et de *Tezner*, ainsi que les opinions des écrivains qu'ils citent. Mais il est hors de doute que la tendance de l'évolution du Droit international est de déterminer, par des caractères indépendants, facilement reconnaissables, la compétence formelle en matière de traités, et de la rendre indépendante des limites que le Droit constitutionnel fixe à la compétence des organes des États particuliers. Les besoins indéniables des relations internationales amènent à ce résultat avec une force aussi irrésistible que, dans le domaine du Droit privé, la considération de la sécurité des relations privées. De même que le mandat disparaît sous les pleins pouvoirs, de même la compétence constitutionnelle disparaît sous la compétence en matière de représentation extérieure (1).

(1) V. *Tezner*, op. cit., p. 137 seq.

5^o L'interprétation que nous avons donnée ici au 3^e al. de l'art. XI trouve, en ce qui concerne l'approbation du Reichstag, une confirmation directe et formelle dans les documents relatifs à la Constitution. Les députés Erxleben et Francke avaient proposé d'ajouter à l'art. XLVII du projet (art. L de la Constitution actuelle) un amendement qui renvoyait, à propos des traités relatifs à la poste, à l'art. XI. Le commissaire fédéral, comte d'Itzenplitz, secrétaire d'État, se prononça contre cet amendement et déclara impraticable de faire dépendre les traités concernant les postes et télégraphes de l'approbation préalable du Reichstag ; c'est alors que le député Lette, qui était l'auteur de l'addition en question au 3^e al. de l'art. XI, accéda à la proposition et donna l'explication suivante sur le sens qu'il donnait lui-même à sa proposition :

« Au fond, mon amendement revient à stipuler ce qui existe aussi dans la Constitution prussienne. En outre, le texte même de l'amendement suffit à indiquer qu'il s'agit simplement, dans les cas mentionnés, d'une approbation *ultérieure*, puisqu'il est dit : « la validité est subordonnée au consentement du Reichstag. » Le texte relatif au Reichstag est rédigé autrement que le passage qui intéresse le Bundesrath. Je crois pouvoir affirmer, au nom de mes amis politiques, qu'il n'y a pas là d'autre intention et que l'on n'a pas voulu le moins du monde gêner le pouvoir exécutif. D'ailleurs, un certain nombre de ces traités ne seront en partie que du domaine du pouvoir exécutif et n'auront même pas besoin d'être soumis au Reichstag. Mais si, aux termes de notre amendement et en même temps conformément à l'art. IV, ils sont subordonnés à l'assentiment du Reichstag, il suffirait, dans les cas en question, qu'ils lui fussent soumis *ultérieurement*. »

Le commissaire fédéral répondit qu'il « acceptait avec reconnaissance cette explication ; de même, le député Erxleben se déclara « parfaitement d'accord » avec le commissaire fédéral sur ce qu'il venait de dire et exprima l'avis « qu'il serait possible de soumettre *ultérieurement* des traités de cette nature relatifs à la poste ».

C'est par là que la discussion relative à l'article XLVII (L) fut close et, lors du vote, l'amendement Erxleben fut repoussé (1).

Il résulte de cette discussion que le 3^e al. ne « stipule au fond que ce qui existe dans la Constitution prussienne » ; mais à ce moment (1867), on n'avait pas encore attaqué la théorie relative au Droit prussien : à savoir que, de même que le Droit anglais et le Droit belge, il ne fait pas dépendre de l'approbation du Landtag la validité juridique des traités conclus (2). Il y a donc lieu d'admettre que le député Lette, lui aussi, ne voyait pas dans son amendement autre chose que ce principe. On déclara aussi qu'il suffirait que les traités internationaux fussent soumis *ultérieurement* au Reichstag, et, en donnant au texte relatif au Reichstag une autre rédaction qu'à celui qui se rapporte au Bundesrath, on croyait rendre impossible une autre interprétation. Cette explication fut donnée par le député Lette en son nom et au nom de ses amis ; elle fut acceptée officiellement par le commissaire fédéral et il n'y eut pas une voix au Reichstag pour affirmer le contraire. Dès lors la thèse — d'après laquelle le Reichstag et les gouvernements confédérés auraient, malgré tout, voulu donner une sanction à

(1) 25^e séance du Reichstag, consacrée à la discussion de la Constitution, 2 avril 1867. Stenogr. Berichte, p. 518, 519.

(2) L'idée opposée ne fut émise que dans l'ouvrage d'Ernst Meier (1874).

l'opinion adverse en adoptant l'amendement Lette, — est absolument dépourvue de fondement (1).

Si l'approbation du Reichstag était une condition préliminaire de la validité juridique d'un traité international, s'il ne pouvait pas créer, sans cette approbation, une obligation internationale et s'il demeurerait nul et sans vigueur, on ne pourrait pas appeler « ultérieure » la présentation du traité au Reichstag. L'expression n'a de sens que si on admet que le gouvernement a conclu un traité parfaitement valable au point de vue du droit international et qu'il sollicite, à ce propos, le consentement du Reichstag à son exécution à l'intérieur (2).

(1) *Meier* qualifie la déclaration du commissaire fédéral de « très surprenante », l'affirmation du député *Erleben* de « plus surprenante encore », l'interprétation que le député *Lette* a donnée à son amendement de « surprenante au plus haut point » (op. cit., p. 278, 279). Ce qui est surprenant en réalité, c'est que ces explications authentiques n'aient pas convaincu *Meier* de la fausseté de l'interprétation qu'il donne à l'art. XI.

(2) On trouve, dans les développements de *Gorius*, beaucoup de confusion et de contradiction, parce qu'il voit tantôt dans l'approbation du Reichstag une condition suspensive, qui donne, quand elle est remplie, sa validité au traité (*Hirth's Annalen* 1874, p. 772), tantôt dans le refus d'approbation une condition résolutoire, qui invalide, quand elle a lieu, le traité valablement conclu (*Hirth's Annalen* 1875, p. 537 seq.). *Pröbst* p. 311 seq. et les écrivains qu'il cite au même endroit parmi lesquels il faut encore comprendre *Jellinek*, *Gesetz u. Verordnung*, p. 355 seq., voient, dans l'approbation du Reichstag, une condition résolutoire de la validité de ces traités. Il est hors de doute que l'on peut mettre cette condition au moment de la conclusion d'un traité; mais quand une fois l'organe qui a qualité pour représenter l'Empire, l'Empereur, a « pure » ratifié le traité, sans faire de réserves au sujet de l'approbation du Reichstag, le traité international est absolument conclu, et ce serait une fiction d'admettre une condition ajoutée ainsi « implicitement ». Mais tant que la ratification n'a pas été obtenue, le traité international n'est pas « conclu » et, par suite, une condition résolutoire est sans objet. V. plus haut, p. 461, note 2. Une « juris conditio » n'est pas une véritable condition, mais l'établissement d'un élément d'une notion en forme hypothétique.

A mon avis cette thèse trouve sa confirmation dans les procédés employés pour le traité de commerce avec l'Autriche-Hongrie du 16 décembre 1878. Il est incontestable qu'il fait partie des traités qui tombent sous le coup du 3^e al. de l'art. XI de la Constitution. Il fut *ratifié* par l'Empereur, avant qu'il fût possible de solliciter l'approbation du Reichstag. Mais quel serait donc le sens juridique de cette ratification, si la validité du traité envers l'Etat contractant dépendait de l'approbation du Reichstag? Or, il résulte des explications données par le secrétaire d'Etat de Bülow dans la séance du Reichstag du 20 février 1879 (Stenogr, Bericht, p. 40) que le gouvernement impérial voulait, pour un motif pressant, conclure définitivement le traité et que, dans l'échange des ratifications il fit au gouvernement autrichien la promesse « de remplir ensuite les formalités nécessaires pour donner au traité sa *certitude* complète et constitutionnelle ». Le ministre demande au Reichstag son approbation immédiate « pour que nous puissions *remplir* complètement vis-à-vis du gouvernement autrichien les devoirs que nous avons cru devoir accepter pour le plus grand bien de l'Empire ». Un cas semblable s'est présenté à propos du traité de commerce avec l'Espagne du 12 juillet 1883. Il fut établi, « en vertu d'une très haute autorisation et après assentiment des gouvernements confédérés », un accord portant que l'on appliquerait en Allemagne des tarifs réduits, même avant que le Reichstag eût donné son consentement au traité. Cet accord fut exécuté. La loi du 10 septembre 1883 (Reichsgesetzblatt, p. 303) « accorda l'indemnité » au Chancelier de l'Empire (1).

(1) De même, la Convention avec l'Espagne du 30 décembre 1893 fut provisoirement mise en vigueur le 1^{er} janvier 1894 ; ce n'est que plus

6° Reste la question de savoir en quel sens l'assentiment du *Bundesrath* aux traités conclus par les gouvernements confédérés a été déclaré nécessaire. La compétence du Président de la Confédération en matière de traités internationaux est-elle limitée de ce chef ? ou bien, simplement, le Président de la Confédération a-t-il pour devoir, au point de vue du Droit public, d'obtenir l'assentiment du *Bundesrath* avant de conclure le traité ? Nous ne trouvons pas, sur ce point, de renseignements dans les procès-verbaux relatifs aux délibérations des plénipotentiaires (1). On ne peut pas davantage puiser un argument décisif dans le texte de l'art. XI, car les termes : « les traités sont subordonnés à l'assentiment du *Bundesrath* » laissent absolument indécise la question de savoir si cette « condition » se rapporte au pouvoir qui fait de l'Empereur le représentant de l'Empire dans les transactions internationales ou à sa compétence constitutionnelle dans ses rapports avec le *Bundesrath* (2).

tard qu'elle fut approuvée par le *Bundesrath* et le Reichstag et que « l'indemnité » fut accordée au Chancelier pour la mise en vigueur, et non pour la ratification du traité (*Reichsgesetzbl.*, p. 109).

(1) V. à ce propos, *supra* T. I, p. 45 seq. En revanche, les discussions du Reichstag rapportées *supra* p. 467 sont utilisées par *Pröbst*, p. 303 seq. à l'appui de sa thèse.

(2) L'affirmation courante, à savoir que ce texte fait dépendre de l'assentiment la validité du traité au point de vue du droit international, (cf. *Seydel*, p. 164 ; *Pröbst*, p. 296 ; *Prestele*, p. 55, v. *Sarwey* II, p. 99), n'a pour elle ni l'interprétation grammaticale, ni le style ordinaire des lois de l'Empire. C'est ainsi qu'il est dit, par exemple, dans l'ancien Code de commerce, art. 104 : « La nomination d'un fondé de pouvoirs est subordonnée au consentement de tous les associés » et pourtant l'art. 118 établit que la procuration est juridiquement valable envers des tiers quand elle est donnée par un des associés qui ont qualité pour représenter l'association. « Le traité est subordonné à l'assentiment du *Bundesrath*, » cela peut vouloir dire aussi bien « l'Empereur ne peut pas » que « l'Empereur ne doit pas » conclure le traité sans cet assenti-

Mais cette dernière opinion trouve sa confirmation dans les procédés usités par la Confédération de l'Allemagne du Nord et l'Empire allemand quant à la ratification des traités internationaux. Si la validité de la transaction internationale était subordonnée à l'assentiment du Bundesrath, comme par exemple elle est subordonnée dans les États-Unis de l'Amérique du Nord à l'assentiment du Sénat, cet assentiment devrait être mentionné et authentiqué dans *l'acte de ratification*, puisqu'il aurait une très grande valeur non seulement dans les limites de l'Empire (droit public), mais aussi à l'égard de la puissance étrangère (droit international). Mais, dès les premiers temps de la Confédération de l'Allemagne du Nord, on trouve un traité international, muni de l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag, publié dans le Bulletin des Lois, qui sanctionne la règle opposée et rend sensible le contraste entre le droit de la Confédération de l'Allemagne du Nord et le droit des États-Unis de l'Amérique du Nord.

Le traité avec l'Amérique, relatif à la nationalité, en date du 22 février 1868 dit à l'art VI (1) :

Le présent traité devra être ratifié par Sa Majesté le roi de Prusse au nom de la Confédération de l'Allemagne du Nord et par le Président des États-Unis sous et avec l'approbation du Sénat (2). »

ment. V. Meyer, § 190 et Störk, op. cit., p. 522. Ce que l'on peut reconnaître en tout cas, c'est que la distinction entre Reichstag et Bundesrath et la différence d'expression (qui ne tient pas à des raisons de style) peuvent être employées comme argument en faveur de l'opinion qui voit une différence entre les fonctions du Bundesrath et celles du Reichstag. Toutefois, cela ne résout pas la question de savoir si cette différence s'applique au traité international ou à l'exécution au point de vue du droit public. V. plus loin, § 62.

(1) Bundesgesetzbl., 1868, p. 230.

(2) De même, lors de la conclusion du traité relatif à l'Union douanière (Zollverein) du 8 juillet 1867, on « constata » à la fin du procès-

On lit de même dans la paix de Francfort du 10 mai 1871, art. XVIII :

« Les ratifications du présent traité par Sa Majesté l'Empereur Allemand d'une part et par l'Assemblée Nationale et le Chef du pouvoir exécutif de la République française d'autre part, seront échangées à Francfort (1). »

On retrouve une formule analogue du côté de l'Empire allemand dans la promulgation des ratifications. Ce qui est étrange, c'est que les ouvrages de Droit public et de Droit international n'accordent aucune attention à la forme et au contenu de ces actes ; au lieu de se servir de ces documents authentiques pour établir quel est le véritable état de choses, on préfère « argumenter dans les liens du système ». Ce fait peut s'expliquer en partie, parce que les actes de ratification ne sont pas publiés au Bulletin des Lois. Mais en revanche, on peut connaître le texte des ratifications par des recueils de lois *étrangers*, où les traités internationaux sont publiés sous une forme plus correcte et plus opportune qu'en Allemagne. Tel est le cas, par exemple, du recueil des lois de la Suède. Là, les traités internationaux sont publiés à côté des actes de ratification aussi bien en suédois que dans la langue de la promulgation et

verbal de clôture (Bundesgesetzbl., 1867, p. 112) « que la ratification du traité pour la Confédération de l'Allemagne du Nord devait être faite simplement par son Président ». V. aussi les traités de nov. 1867 au sujet de la poste avec l'Autriche et le Luxembourg (Bundesgesetzbl., 1868, p. 96, 115). « La ratification du traité est faite, en ce qui concerne la Confédération de l'Allemagne du Nord, par son Président. »

(1) Même quand la ratification est subordonnée à l'assentiment du Conseil fédéral, par exemple dans le traité du 12 oct. 1871, art. XII avec la France (Reichsgesetzbl., p. 368), le Conseil fédéral et le Reichstag sont mis absolument sur le même pied. V. aussi le traité avec la Suisse à la date du 24 janv. 1874, art. XVI (Reichsgesetzbl., 1874, p. 119).

l'on peut, par conséquent, connaître par la « *Swensk Författnings-Samling 1873, n° 41* » le texte de ratification du traité postal additionnel du 25 mai 1873, c'est-à-dire d'un traité qui a été soumis à l'approbation constitutionnelle du Reichstag allemand (1) et publié au Bulletin des Lois de l'Empire (2).

Voici cet acte :

Nous, Guillaume, par la grâce de Dieu Empereur Allemand, roi de Prusse, etc. etc., reconnaissons l'authenticité de ce qui suit :

Après que le traité additionnel relatif aux postes, qui se compose de 4 articles et dont voici les termes (suit le texte du traité), conclu par notre plénipotentiaire avec le plénipotentiaire de Sa Majesté le roi de Suède et Norvège le 25 mai 1873, nous a été présenté et a été examiné par nous : nous déclarons que par *le présent acte* Nous *approuvons* et *ratifions* ce traité dans toutes les dispositions qu'il contient et nous *promettons* de les *respecter* et de les *faire exécuter* strictement par Nos corps constitués. En foi de quoi nous avons approuvé le présent instrument de ratification et l'avons fait munir du sceau impérial.

Fait au château de Babelsberg, le 23 juin 1873.

Guillaume

L. S.

v. Bismarck.

De même, le *Récueil officiel des Lois et des ordonnances de la Confédération helvétique* publie *in extenso* les traités internationaux de la Suisse ainsi

(1) Drucksachen, 1873, n° 157.

(2) Reichsgesetzbl., 1873, p. 198.

que les deux ratifications. Pour la ratification du traité d'extradition du 24 janvier 1874, l'Empire allemand a employé un libellé qui est identique presque mot pour mot avec le précédent, sauf quelques changements insignifiants dans la rédaction et qui lui sert, par conséquent, de confirmation (1).

Donc, dans les actes relatifs aux traités, dressés par l'Empire allemand et acceptés par les puissances étrangères, le Bundesrath ne figure pas plus que le Reichstag comme organe ayant pris part à la conclusion des traités internationaux ; l'Empereur a d'autre part des pouvoirs illimités et exclusifs qui en font le représentant de l'Empire dans les transactions internationales.

II. — *La conduite des négociations.*

Les fonctions gouvernementales de l'Empereur comprennent la conduite des négociations avec les puissances étrangères au sujet de la conclusion des traités internationaux, la nomination et la rédaction des lettres de créance des fonctionnaires auxquels est confiée la conduite des négociations, ainsi que les instructions à ce sujet. Toutefois, dans les cas suivants, la législation de l'Empire a laissé aux États confédérés une part dans les négociations :

1. Dans les traités relatifs au commerce et à la navigation avec l'Autriche et la Suisse, l'Empereur est tenu d'inviter les États limitrophes à prendre part aux négociations qui précèdent la signature du traité, sans que ces États aient, à l'égard du traité, le

(1) Recueil officiel, etc., de la Confédération 1875, p. 82 seq. En revanche, l'acte de ratification de la Suisse atteste que le traité « a été approuvé par le Conseil national le 31 janvier et par le Conseil des États le 2 juin de cette année ». Dans l'acte de ratification de l'Allemagne imprimé à côté, il y a un espace vide en face de cette clause.

droit de veto, s'il n'est pas possible d'arriver à une entente (1).

2° Dans la conclusion (c'est-à-dire dans les négociations qui précèdent la conclusion) des conventions postales et télégraphiques avec des États non allemands, il y a lieu d'admettre des représentants des États de la Confédération qui sont limitrophes des États en question pour veiller à leurs intérêts particuliers (2). Comme il n'y a que la Bavière et le Wurtemberg qui aient leur service des postes spécial, il n'y a que ces deux États qui soient à même « de veiller aux intérêts particuliers de l'État ».

En réalité, on a conservé l'habitude de demander l'approbation du Bundesrath, avant même l'ouverture des négociations relatives à toutes les matières que l'art. VII de la Constitution désigne comme étant de sa compétence.

III. — *Quand le traité international est-il réputé parfait entre les parties?*

La Constitution est muette sur la forme dans laquelle l'Empereur doit conclure les traités internationaux au nom de l'Empire; les principes en usage sont les principes généraux du droit international qui reposent sur la coutume internationale. On peut laisser de côté la question purement théorique de la possibilité de conclure des traités

(1) Protocole final de l'art. VIII, § 6, du traité relatif à l'union douanière (Zollverein) du 8 juillet 1867. Bundesgesetzbl., 1867, p. 108. Constitution de l'Empire, art. XL. Cpr. *Delbrück, Der art. XL, der Reichsverfassung*, Berlin 1881, p. 49 seq.

(2) Protocole final du traité avec la Bavière du 23 nov. 1870 (Reichsgesetzbl., 1871, p. 23), art. XI. On ne saurait reconnaître comme fondée l'affirmation de *Prestele*, p. 33 seq. qui estime que cette disposition a été annulée et est tombée en désuétude à la suite de la rédaction de la Constitution (art. LII, 3° al.).

internationaux oralement ou tacitement, puisque, dans la pratique, le traité écrit a, seul, de l'importance. L'acte du traité n'a pas seulement pour but de présenter un titre authentique pour le contenu des conventions ; son importance consiste principalement dans ce fait, qu'il constate l'existence d'une entente ayant un caractère obligatoire, qu'il clot par quelque chose de palpable l'ère des négociations préliminaires et atteste que les États contractants se sont définitivement engagés vis-à-vis l'un de l'autre. Donc le traité est achevé au *moment de la signature de l'acte par les deux parties contractantes* (1) — ou, si chacune des deux parties contractantes remet à l'autre un acte signé par elle seule, au moment de la *remise (échange) de l'acte signé*. Or, comme en vertu de la règle générale reconnue par la Constitution (art. XI, premier alinéa), l'Empereur est compétent pour conclure des traités au nom de l'Empire, le traité international est achevé au moment où le texte du traité signé par l'Empereur allemand est remis au souverain de l'autre État ou à son plénipotentiaire (ministre, ambassadeur, etc.), en échange de l'exemplaire du traité signé par lui. Mais cette règle n'est pas absolue. En effet, le souverain peut non seulement charger ses agents de diriger les négociations et d'arriver à une entente au sujet d'un *projet* de traité, mais aussi leur donner pleins pouvoirs pour conclure définitivement eux-mêmes le traité et signer les actes qui le rendent authentique. Ce procédé, usité pour les traités de minime importance et correct au point de vue du Droit public (2), nous pourrions le désigner, par oppo-

(1) Par « parties contractantes », il faut entendre, comme cela ressort clairement du contexte, non pas les plénipotentiaires chargés de négocier, mais les *chefs* des États.

(2) Zorn, Staatsrecht, p. 508 s'est prononcé contre cette opinion,

sition à la forme régulière, la forme non solennelle.

1^o Forme non solennelle des traités. Elle consiste ou bien dans la signature d'un document *synallagmatique*, d'un « protocole », par les ministres, ambassadeurs, ou autres plénipotentiaires des États intéressés, avec cette clause qu'il aura la valeur d'une convention définitive (1); elle peut consister encore dans l'échange

d'ailleurs fort injustement et sa voix est restée isolée. *Jellinek*, Staatsverträge, p. 54, qui qualifie le pouvoir de conclure des traités, de « droit inaliénable de souveraineté », se tire d'affaire en admettant une ratification « tacite », c'est-à-dire une fiction. Il est incontestable que, dans les États monarchiques, il ne peut y avoir, sous aucun prétexte, une personne autre que le souverain qui ait le droit *propre* et indépendant de conclure un traité au nom de l'État; mais pourquoi l'Empereur ne serait-il pas autorisé à exercer son droit par l'intermédiaire d'un plénipotentiaire, instrument de sa volonté? Cf. *Prestele*, p. 6; *Seligmann*, p. 26 seq. et *Jellinek* lui-même, Gesetz n. Verordnung, p. 360. Même quand le traité doit être ratifié solennellement par les chefs des États intéressés, il peut être entendu exceptionnellement qu'il entre en vigueur *avant même* cette formalité. Dans la pratique, l'Empire allemand nous en offre d'ailleurs des exemples que *Zorn* semble ignorer. Ainsi, le traité relatif aux Samoa du 24 janv. 1879, art. XII (Reichsgesetzbl., 1881, p. 33) porte: « Le présent traité entrera en vigueur à partir du jour de la signature et aura force de loi, à condition toutefois qu'il ne soit pas annulé par ce fait que la ratification du gouvernement allemand ne serait pas accordée dans le délai de 24 mois à partir du jour de la signature. » Autre exemple: il est dit dans le traité de Madrid, relatif au protectorat sur le Maroc en date du 3 juillet 1880, art. XVIII (Reichsgesetzbl., 1881, p. 114): « La présente convention devra être ratifiée. Les actes de ratification devront être échangés à Tanger dans le plus bref délai. Par un accord entre les augustes parties contractantes les dispositions de la présente convention entreront en vigueur, à titre d'exception, à partir du jour de la signature à Madrid. » Citons encore la convention d'août 1883, au sujet de l'application provisoire des tarifs réduits consentis par le traité de commerce avec l'Espagne « sous réserve de ratification ultérieure du traité concernant le commerce et la navigation ». (Reichsgesetzbl., 1883, p. 304.)

(1) Exemples: protocole avec l'Italie du 3 déc. 1874 et avec la Belgique du 8 oct. 1875 relatifs à la dispense de produire les permis de mariage (Centralbl., 1875, p. 155 et 719); avec la France du 7 oct. 1874 au sujet de la délimitation des diocèses (Reichsgesetzbl., 1874,

de documents *unilatéraux*, de « déclarations » dressées par une administration (1). Il n'est pas nécessaire que cette déclaration soit signée par le Ministre des affaires étrangères en personne, c'est-à-dire pour l'Empire allemand par le Chancelier de l'Empire. Le Chancelier peut se faire représenter dans ces fonctions comme dans d'autres. Il n'est même pas nécessaire que la déclaration émane du Ministère des affaires étrangères ; d'autres administrations, par exemple, l'administration générale des postes, le Ministère de la marine, etc., peuvent échanger des déclarations avec les administrations correspondantes d'autres États. Mais il est évidemment sous-entendu que la déclaration ne s'applique qu'à des matières qui sont de la *compétence* exclusive de ces administrations, de sorte que

p. 123) ; avec l'Angleterre du 14 avril 1875 au sujet de la déclaration de l'art. VI du traité de commerce (Reichsgesetzbl., 1875, p. 199) ; avec l'Espagne et l'Angleterre au sujet du commerce et de la navigation dans l'archipel de Sulu du 11 mars 1877 (Centralbl., 1877, p. 271). Ce dernier a été « porté à la connaissance » du Reichstag. Drucksachen 1877, vol. II, n° 205.

(1) La conclusion de traités au moyen d'échanges de déclarations est extrêmement fréquente ; comme exemples, on peut citer les nombreuses conventions relatives à la reconnaissance des papiers concernant le jaugeage des bateaux (par exemple Centralbl., 1873, p. 163, 316 ; 1874, p. 323 ; 1876, p. 26, 221, etc.), à la protection réciproque des indigents (par exemple Centralbl., 1873, p. 281 ; 1874, p. 31 ; 1875, p. 475), à la protection des désignations de marchandises, etc. (Reichsgesetzbl., 1872, p. 293 ; 1873, p. 337 ; 1875, p. 259, 301 ; 1876, p. 169 ; 1877, p. 406), à l'admission à l'assistance judiciaire des sujets respectifs, à l'usage des gares frontières, à la garantie de réciprocité, etc. V. aussi *Pröbst*, p. 281. Ce qui prouve que même des traités d'une grande importance politique peuvent être conclus sous cette forme, ce sont les conventions avec l'Angleterre et avec le Portugal au sujet de la délimitation réciproque des sphères d'influence dans l'Afrique Orientale et Occidentale ; elles ont eu lieu au moyen d'échange de déclarations des ambassadeurs et ministres des affaires étrangères en date des 1^{er} nov. 1836 et 30 déc. 1836 ; le traité douanier franco-allemand relatif aux pays de la Côte des Esclaves du 25 mai 1837 et une infinité de traités du même genre.

ces administrations aient qualité, en vertu de leur mission dans l'État ou en vertu d'une autorisation spéciale de l'autorité supérieure compétente, pour régler d'elles-mêmes les affaires stipulées dans la déclaration (1). Il en résulte que cette forme de traité n'est jamais applicable quand les promesses consignées dans la déclaration se trouvent en contradiction avec les lois ou les ordonnances de l'Empereur, du Bundesrath ou d'une administration supérieure ou quand elles nécessitent des dépenses qui n'ont pas encore été approuvées par la loi de finances. Comme il n'est pas facile, pour le gouvernement étranger, d'acquérir sur ce point une certitude formelle, il ne se servira de cette forme que pour les questions secondaires, qui font incontestablement partie des attributions des administrations (2). Mais si cette forme

(1) Cf. *Heffter*, Droit international, § 84 (éd. franç., p. 196). Si les dispositions du traité ont été adoptées par un chargé d'affaires qui n'avait pas qualité pour le conclure ou si la conclusion définitive est retardée par un obstacle venant de l'autre partie contractante, la ratification du Chancelier peut être aussi réservée. Ainsi, l'entente avec la Suisse d'août 1873 relative à l'institution d'un bureau de douanes allemand à Bâle a été approuvée et *formellement* ratifiée par l'Assemblée fédérale du côté de la Suisse, tandis que du côté de l'Allemagne la ratification a la forme suivante : « La présente convention est approuvée au nom de l'Empire allemand, Berlin 23 août 1873. Le Chancelier de l'Empire. Par procuration Delbrück. » (Amtl. Gesetzsammlung der schweiz. Eidgenossenschaft 1874, vol. XI, p. 364.) La question de la forme, dans laquelle les conventions doivent être conclues, a été souvent déjà l'objet de discussions au Bundesrath. V. par exemple procès-verbaux 1874, § 34 ; 1875, § 185, 200, 237. On trouvera des dispositions internationales spéciales au sujet de la conclusion de conventions par échange de déclarations dans le traité sur la poste internationale du 1^{er} juin 1878, art. XX et la convention sur l'union postale internationale du 3 nov. 1880, art. XVII (Reichsgesetzbl., 1881, p. 77).

(2) Si, lors de l'échange des déclarations ou des conventions établies entre les administrations, la ratification de l'Empereur a été réservée, la conclusion du traité est solennelle. V. par exemple les conventions entre l'administration générale des postes de la Confédération de l'Allemagne

a été choisie par suite d'un accord entre les deux États, et si les ministres, ambassadeurs, administrations, etc., qui ont signé les documents, ont agi matériellement dans les limites de leur compétence, l'accord est, au sens juridique, un traité international parfaitement valable, qui produit tous les effets voulus par le droit international.

2° La *forme solennelle* est la plus courante. Si les ministres ou les ambassadeurs ont la mission de diriger les négociations et d'arriver à une entente au sujet du texte définitif du projet de traité, ils n'ont pas, en règle générale, (1) pleins pouvoirs, pour conclure une affaire de droit international, au nom de l'État, par délégation du souverain. La conclusion consiste à dresser un acte, que l'on fait signer par le souverain en personne, où l'on appose le sceau de l'État et que le ministre contresigne (2). On appelle l'échange de ces actes la *ratification* du traité. Elle est, en règle générale, expressément réservée dans les projets des plénipotentiaires ; parfois on s'entend sur la date déterminée avant laquelle elle devra être donnée ; mais, même quand cette entente n'est pas stipulée en termes exprès, cette réserve de ratifica-

du Nord et l'administration des postes de l'Amérique du Nord en date du 21 oct. 1867 (Bundesgesetzbl., 1868, p. 26) et avec celle de l'Angleterre en date du 25 avril 1870 (Bundesgesetzbl., 1870, p. 565). Une convention conclue sans solennité peut être transformée en un traité international formel. Comme exemple, on peut prendre le traité du 12 oct. 1876 avec les Pays-Bas, qui confirme le protocole du 17 mai 1876 (Reichsgesetzbl., 1877, p. 539).

(1) Sur les exceptions isolées. V. plus haut, p. 477, note. 2.

(2) L'usage international exige, aussi bien que les principes généraux du droit public constitutionnel, le contrescing du Chancelier sur les traités internationaux de l'Empire. La Constitution art. XVII n'impose, il est vrai, la condition du contrescing que quand il s'agit « de décrets et règlements » de l'Empereur, mais la pratique l'a introduite avec raison dans d'autres actes de gouvernement de l'Empereur.

tion est implicitement convenue. Par là, le souverain et ses conseillers ont le moyen d'examiner si le plénipotentiaire a agi conformément à ses instructions, si le texte du traité, tel qu'il a été établi, répond clairement et nettement à la véritable volonté du souverain, etc. *Le traité international n'est conclu que par la ratification*; par elle seule il atteint la perfection au sens juridique (1). Sur ce point encore, il faut bien se garder de laisser la conception politique égarer la thèse juridique. Le problème politique est résolu, quand les plénipotentiaires se sont mis d'accord à propos du traité international; pour l'homme politique et pour l'homme d'État, ce qui a de l'intérêt, c'est simplement la fixation du texte définitif, l'échange ultérieur de documents de pure forme est, à son point de vue, une formalité sans importance pratique. Au contraire, au sens juridique, il n'y a pas de traité, mais simplement un projet de traité, avant la ratification (2).

(1) Les ouvrages de droit international qui sont autorité sont parfaitement d'accord sur ce point. V. par exemple *Charles de Martens*, Manuel diplomatique, chap. x, n° 5; *G. Fr. de Martens*, Précis du droit des gens, § 48; *Vattel*, Le droit des gens II, § 156; *Heffter*, Droit interne § 87; *Hartmann*, Instit. des Völkerrechts, p. 130; *Calvo*, Le droit international I, § 589; *Bulmerincq* dans le v. *Holtzendorff's Rechtslexikon*, art. Ratification, vol. III, p. 256. Une dissertation (de *Wurm*) sur la ratification des traités internationaux se trouve dans la *Deutsche Vierteljahrsschrift* 1845, I, p. 163 seq. V. aussi *Amari*, Diritto internazionale (Milan 1875) II, p. 494-502, qui cite de nombreux écrivains et traite en détail la question. Puis *Seligmann*, p. 24 seq.; *Störk*, p. 522 seq.

(2) Au point de vue de la forme, il n'est pas absolument indispensable que l'acte de ratification reproduise le texte du traité; il suffit que les points établis par les plénipotentiaires (le projet de traité) soient visés par l'acte de ratification assez clairement pour qu'ils soient désignés exactement. Le genre de ratification est parfois employé après entente formelle; c'est le cas, par exemple, du traité sur l'union douanière (*Zollverein*) (*Bundesgesetzblatt* 1867, p. 112), des traités postaux du 23 nov. 1867 (*Bundesgesetzbl.*, 1868, p. 68, 96, 115), etc.

Avant de conclure le traité, le souverain peut présenter le projet à l'approbation de la représentation nationale et provoquer son assentiment, juridiquement nécessaire pour l'exécution du traité. Ce n'est que lorsque cette formalité a été remplie que le souverain peut conclure le traité avec la certitude qu'il a rempli les conditions juridiques requises pour la mise à exécution de ce traité; comme le souverain n'a pas le droit de faire naître un conflit entre les obligations de l'Etat international et les conditions que le Droit public interne met à leur observation, on peut dire que c'est en réalité un *devoir juridique* du souverain de soumettre à la représentation nationale tous les traités qui touchent au domaine de la législation et de ne ratifier, c'est-à-dire de ne conclure le traité, qu'après avoir obtenu son approbation. Mais, même dans les cas où une obligation de Droit public n'exige pas cette forme, il peut paraître opportun, pour des motifs politiques, de solliciter l'assentiment de la représentation nationale(1).

V. sur ce procédé qui déroge aux usages diplomatiques, *Calvo*, op. cit. I, § 588.

(1) On peut précisément citer un traité, qui, incontestablement, n'est pas relatif à une matière visée par l'art. IV de la Constitution et n'a rien à faire avec le droit interne de l'Allemagne, mais qui, en revanche, impose à l'Empire allemand des charges pécuniaires; c'est le traité avec la Grèce au sujet des fouilles d'Olympie (*Reichsgesetzbl.*, 1875, p. 241); ce traité établit à l'art. X qu'aucune des deux parties n'est tenue de l'exécuter avant l'approbation de la représentation nationale et l'art. XI fixe un délai pour la ratification « sous réserve d'approbation par la représentation nationale ». Le traité a été soumis au Reichstag allemand comme annexe au budget de 1875 (III, p. 45). Il en est de même de la convention internationale au sujet du mètre (art. XIV), qui a été soumise au Reichstag comme annexe au budget de 1876 (I, p. 31).

§ 62. — *De la validité des traités internationaux au point de vue du Droit public.*

En vertu de leur nature juridique, les traités n'engagent jamais que les parties contractantes ; donc les traités internationaux engagent simplement les États, et jamais leurs sujets ; ils ne créent toujours que des droits et des devoirs internationaux, jamais des règles de droit. Les corps constitués et les sujets sont engagés non par des transactions juridiques, mais uniquement par des ordres de leur gouvernement qui leur imposent l'obéissance ; donc ils sont tenus d'observer les maximes adoptées par un traité international non pas en vertu de ce traité même, mais simplement en vertu d'ordre émanant de l'État et qui exige le respect de ces maximes (1). Ce point de vue a pour conséquence logique le principe suivant : la validité des traités internationaux, au point de vue du Droit public, repose non sur leur conclusion, mais sur l'ordre de l'État de considérer le texte du traité comme une disposition impérative.

C'est d'après la teneur de cet ordre que l'on détermine les conditions qu'il doit remplir pour être

(1) Les derniers ouvrages publiés soutiennent presque unanimement la même thèse. V. par exemple, *Gneist*, op. cit. ; *Thudichum*, *Verfassungsrecht*, p. 91 ; *Jellinek*, *Staatsverträge*, p. 55, *Gesetz u. Verordnung*, p. 361 ; *J. A. Levy*, p. 104 seq. ; *Gierke*, *Grünhut VI*, p. 228 ; *Pröbst*, p. 265 ; *Zorn*, *Staatsrecht I*, p. 499 ; *G. Meyer*, § 189 ; *H. Schulze II*, p. 328 ; *Seligmann*, p. 7 seq. ; *Tezner*, p. 141 seq. *Heilborn*, *Archiv f. öff. R.* XII, p. 141 seq. Il faut excepter *Leoni*, *Archiv für öffentl. Recht I*, p. 506, qui revient à la conception vieillie, que le traité international est une « source » (différente de la loi) « du droit du pays » et qui a une action à l'extérieur et à l'intérieur à la fois, à cause de l'unité de pouvoir et de l'unité de volonté de l'État. De même, *Störk*, p. 525 seq. V. plus haut, p. 437 seq.

conforme au Droit public. Cela nous amène aux distinctions suivantes :

1° Si, dans le traité, l'Empire s'est engagé à accomplir des actes qui sont de la compétence des corps constitués aux termes des lois existantes, il suffit d'une *circulaire* adressée aux autorités compétentes, leur confiant la mission de se charger de ces actes. C'est au Chancelier ou au chef du département intéressé qu'il appartient de donner l'ordre de service.

2° Si le traité contient des conventions relatives à des dispositions et à des institutions d'administration générale, qui servent à l'exécution des lois de l'Empire (1), c'est le Bundesrath qui a qualité, aux termes de l'art. VII, § 2, pour donner les ordres nécessaires, si toutefois il ne se trouve pas une loi qui charge de cette mission l'Empereur ou une autorité de l'Empire (Ordonnances administratives). Cela s'applique également à tous les traités concernant une administration rentrant dans la compétence des Etats particuliers.

3° En revanche, l'accord du Bundesrath et du Reichstag est nécessaire si l'exécution du traité exige une loi qui contienne l'ordre. Mais ce cas ne se présente pas seulement lorsque le traité contient des *dispositions* qui annulent, modifient, complètent le droit existant ; il en est de même quand il se rapporte à une matière qui doit être réglée ou qui est ordinairement réglée, dans l'Empire allemand *en la forme législative*, et en particulier même quand il se rapporte à des *règles administratives* qui ont été sanc-

(1) Par exemple, conventions se rapportant aux douanes, à l'industrie, aux papiers relatifs au jaugeage des navires, à l'admission à l'assistance judiciaire, etc. Un autre exemple, c'est la convention internationale relative à l'unité technique dans les chemins de fer. Reichsgesetzbl., de 1887, p. 111 seq.

tionnées dans l'Empire allemand par des lois (1). Car des dispositions administratives qui ont été publiées par la voie législative ne sauraient être abrogées que par la voie législative (2). Donc la question de décider quels sont les traités internationaux qui font partie « du domaine de la législation de l'Empire » ne peut en général, être résolue, suivant des règles fixes, mais seulement suivant l'état de la législation au moment où ils sont conclus. Une loi nouvelle peut régler *légalement* une matière qui, jusque-là, était abandonnée à la décision libre de l'administration, à l'inverse, elle peut abroger une disposition légale qui jusque-là était en vigueur et l'abandonner à l'appréciation des autorités administratives ; par suite, le cercle des matières donnant lieu à des traités internationaux, dont la valeur, en Droit public, est subordonnée à l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag, subit chaque fois un changement correspondant.

Quand une loi est nécessaire pour rendre un traité international exécutoire au point de vue du Droit public — ou si l'on veut employer la formule malheureuse de l'art. XI, § 3 — quand les traités sont relatifs à des matières qui font partie du domaine de la législation, aux termes de l'art. IV, — la publication et la validité de cet ordre exigent toutes les conditions requises pour la confection d'une loi ordinaire et les principes juridiques que nous avons exposés au § 55 sont entièrement applicables. Ces conditions sont donc : accord entre le Bundesrath et le Reichstag sur le contenu, sanction, promulgation et publication, conformément aux règles qui suivent :

(1) Quand l'exécution du traité entraîne des dépenses, il est nécessaire que ces dépenses soient comprises dans la loi de finances de l'Empire, c'est-à-dire qu'elles soient votées par le Bundesrath et le Reichstag. V. les exemples cités, p. 483, n. 1.

(2) V. § 57, I, *supra*, t. II, p. 353 seq.

a) Fixation du contenu.

Comme l'Empereur seul peut faire diriger les négociations relatives aux traités internationaux par ses agents, il en résulte que le *projet* de traité international ne peut être présenté au Bundesrath que par l'Empereur, jamais par un membre du Bundesrath (1). Comme, de plus, les projets présentés au Reichstag s'appuient sur un vote du Bundesrath (Constitution de l'Empire Art. XVI), il s'en suit qu'un traité international ne peut être présenté au Reichstag, que si le Bundesrath l'a adopté.

De même que, par là, le droit d'*initiative* des membres du Bundesrath et du Reichstag est supprimé, de même aussi le droit d'*amendement*, bien que maintenu en droit, n'en est pas moins limité en fait, attendu que le contenu et le texte du traité ont été fixés après accord non des organes de l'Empire, mais des plénipotentiaires de l'Empire avec ceux de la puissance étrangère (2). Toutefois, le Reichstag peut mettre *une condition* à son approbation : c'est que le traité subira telle ou telle modification, telle ou telle addition ; l'on peut d'autant moins émettre de doutes sur la légalité de cette procédure que ce que l'on soumet ordinairement à l'approbation du Reichstag, c'est non pas le traité définitivement conclu, mais le projet de traité.

b) La sanction.

L'acte du gouvernement, qui rend le traité valable et obligatoire au point de vue du droit public, consiste, comme la sanction des lois de l'Empire, dans

(1) Evidemment, chaque membre a la faculté de provoquer un traité international et de faire passer au Bundesrath une motion tendant à demander à l'Empereur de faire les démarches propres à amener la conclusion d'un traité.

(2) Mais la manière de traiter le projet au Reichstag est la même que pour les projets de lois. V. E. Meier, Staatsverträge, p. 286.

un vote du Bundesrath (v. plus haut p. 300 seq.). Cet acte ne peut être accompli qu'après que le Reichstag a donné son approbation et que le texte du traité a été mis en harmonie avec les décisions du Reichstag. Le vote émis par le Reichstag, exprimant son approbation, doit être encore une fois, aux termes de l'art. VII, paragraphe 1 de la Constitution soumis aux délibérations du Bundesrath et ce deuxième vote du Bundesrath contient la sanction. De même que, pour les lois ordinaires, ce vote a pour objet de les soumettre à la promulgation de l'Empereur, il tend pour les traités internationaux, à provoquer la ratification de l'Empereur. Le troisième alinéa de l'art. XI établit, à l'opposé de l'art. V, qui, dans la législation ordinaire, met les votes du Bundesrath et du Reichstag absolument sur le pied d'égalité, une différence curieuse à propos des traités internationaux : il déclare l'*assentiment* du Bundesrath nécessaire à leur *conclusion*, l'*approbation* du Reichstag nécessaire à leur *validité*. Bien que ce libellé confonde l'acte international avec l'acte du droit public, il exprime cette idée très juste que les déclarations du Bundesrath et celles du Reichstag n'ont pas le même caractère. L'approbation du Reichstag est la condition sans laquelle le Bundesrath ne peut pas déclarer le traité obligatoire au point de vue *du droit public* ; la déclaration du Bundesrath à son tour est la condition sans laquelle l'Empereur ne peut pas donner à la puissance étrangère la promesse que le traité sera exécuté. La déclaration du Bundesrath est donc la condition de la ratification, et il est très facile de commettre une confusion et de voir le contenu du vote du Bundesrath, non dans la déclaration que le traité est exécutable, mais dans l'assentiment donné à la ratification. En réalité, la ratification est la *conséquence* du vote par lequel le

Bundesrath déclare le traité exécutoire, comme la promulgation de la loi est la conséquence de la sanction accordée par le Bundesrath.

Pour la délibération du Bundesrath on applique les mêmes règles que pour la sanction des lois. Toutefois, le droit d'opposition accordé aux voix de la Prusse par le deuxième alinéa de l'art. V, touchant les projets de lois relatifs à l'armée, à la marine de guerre et aux taxes désignées dans l'art. XXXV, est inapplicable en pratique; c'est qu'en effet, un projet de traité ne saurait se passer de l'assentiment de l'Empereur et que l'initiative au Bundesrath ne peut venir que de l'Empereur seul; il est donc impossible qu'au Bundesrath la voix du Président se prononce contre l'exécution du traité présenté par l'Empereur lui-même ou par son gouvernement.

En revanche, les dispositions juridiques que contient l'art. LXXVIII de la Constitution sont parfaitement applicables aux traités internationaux. Si l'exécution du traité entraîne une *modification de la Constitution*, elle est considérée comme repoussée si elle rencontre au Bundesrath 14 voix d'opposition (1). Cela s'applique, par exemple, aux traités internationaux qui ont pour objet une modification du territoire de la Confédération (Constitution de l'Empire Art. I), sans qu'il y ait à distinguer si le traité est un traité de paix ou s'il a été conclu sans guerre préala-

(1) Opinion chez *Thudichum*, p. 91, 92; *Meier*, p. 294; *Pröbst*, p. 308.

(2) Le 1^{er} al. de l'art. XI énumère à la suite « *la paix, les alliances et autres traités avec les puissances étrangères* »; le 3^e al. de l'art. XI parle ensuite de traités avec les puissances étrangères; on pourrait donc croire que le 3^e al. ne se rapporte qu'à des traités qui ne sont ni des traités de paix, ni des traités d'alliance. Mais une telle interprétation ne répondrait ni au texte ni à l'esprit de la loi. Elle ne répondrait pas au texte, parce que dans l'ensemble des traités, le 3^e al. ne souligne que ceux

ble (2). S'il arrivait qu'un traité international eût un contenu en contradiction avec la Constitution, qu'il tendit, par exemple, à modifier ses dispositions relatives aux chemins de fer ou aux postes et télégraphes ou à accorder le maintien du consulat d'un État particulier (Art. LVI) ou à modifier les frontières du territoire de la Confédération, etc., il serait correct, sans contredit, de modifier parallèlement le texte de la Constitution par une loi spéciale ; mais l'exécution du traité n'est pas soumise à cette condition juridique, pas plus que la validité d'une loi qui modifie la Constitution. V. plus haut p. 311 seq.

Si l'exécution du traité international lèse les *droits particuliers* de certains États confédérés, l'assentiment des États intéressés est indispensable. La protection que le deuxième alinéa de l'article LXXVIII de la Constitution assure aux droits particuliers serait purement illusoire, si elle ne s'étendait qu'à la voie ordinaire de la législation et non au cas de l'approbation d'un traité international. De la définition que nous avons donnée de ces droits au § 12, il résulte qu'ils sont des limites matérielles au pouvoir conféré à l'Empire (1) ; le respect de ces droits est

qui se rapportent aux matières de la législation de l'Empire ; donc il repose sur un tout autre *fundamentum divisionis* que l'énumération de l'alinéa I du même article ; il ne répondrait pas à l'esprit de la loi, parce que le 1^{er} al. (comme nous l'avons exposé dans le texte) se rapporte à la compétence en matière de traités internationaux et que l'alinéa 3 est relatif aux conditions d'exécution au point de vue du Droit public. Les publicistes qui mettent les traités de paix au sur le même pied que les autres traités internationaux sont *Hierzemenzel*, p. 52 ; *Thudichum*, p. 93, *Seydel*, p. 161, *Westerkamp*, p. 43, *Pröbst*, p. 314 seq. L'opinion contraire est représentée par *v. Rönne*, op. cit., p. 307 seq. ; *Meier*, p. 306 seq. ; *Meyer*, § 190, n. 14 ; *Prestele*, p. 78 seq. ; *Schulze II*, p. 332 ; *Seligmann*, p. 19. Cette dernière opinion n'a pour elle, abstraction faite de considérations politiques, que ce fait que le 1^{er} al. de l'art. XI mentionne spécialement le droit « de faire la paix ».

(1) V. plus haut, t. I, p. 192 seq.

done indépendant de la forme sous laquelle l'Empire exerce son pouvoir (1).

c) La promulgation.

En vertu de l'habitude prise par la Prusse et maintenue dans la Confédération de l'Allemagne du Nord et dans l'Empire allemand, il n'y a pas de promulgation de la loi qui prescrive aux sujets et aux corps constitués le respect ou l'exécution d'un traité international. Si l'on séparait extérieurement la question de droit international et l'ordre de l'Etat, comme le veut la nature juridique de la chose et comme cela a lieu, en effet, dans l'immense majorité des Etats, tout traité international devrait être promulgué deux fois ; une fois pour l'Etat, avec lequel il est conclu (ratification), et en outre pour l'Etat contractant en vertu de sa législation (promulgation). La promulgation internationale n'a pas besoin de se référer à l'assentiment et à l'approbation du Bundesrath et du Reichstag, puisque c'est la *res interna*, qui ne regarde pas les parties contractantes ; l'addition d'un ordre prescrivant de se conformer au traité serait absurde, puisque le traité international est conclu entre parties ayant des droits égaux et ne contient purement et simplement que des promesses mutuelles. En revanche, dans la promulgation prescrite

(1) Ce principe a été appliqué lors de la discussion du Bundesrath relative à l'accord conclu avec l'Italie le 3 décembre 1874 au sujet de la dispense réciproque de produire les permis de mariage. Le plénipotentiaire du royaume de Bavière déclara : « Le gouvernement royal de Bavière se considère comme obligé de rappeler la réserve du n° 3, § 1 du traité de Versailles du 23 nov. 1870 et du § 1 du protocole final du même jour, *mais toutefois se déclare prêt*, afin d'exécuter le contrat, contre lequel il n'existe pas d'objection matérielle, à donner les ordres nécessaires aux autorités bavaroises intéressées, attendu que la législation bavaroise n'est pas lésée par cette entente dans les droits qui sont visés par cette réserve. » Procès-verbaux du Bundesrath 1875, § 103, p. 84. V. aussi § 306, p. 296 ib.

par le *Droit public*, l'essentiel c'est l'ordre donné à toutes les personnes sous la dépendance de l'État (sujets et autorités) de respecter le traité et de lui obéir, c'est-à-dire la clause de commandement, telle qu'elle est nécessaire pour toute loi (1). En même temps, il faudrait que la constitutionnalité de cet ordre fût formellement constatée par acte impérial authentique attestant que le Bundesrath et le Reichstag sont consentants. Enfin il y aurait lieu encore d'établir une troisième condition qui n'existe pas pour les lois ordinaires ; c'est que, comme l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag n'est donné que dans le cas et à la condition que le traité international sera réellement conclu et que l'État contractant s'engagera définitivement, la promulgation prescrite par le Droit public devrait constater que cette condition a été remplie, c'est-à-dire que le traité a été définitivement conclu par l'échange des ratifications. Or, cette seconde promulgation des traités — prescrite par le Droit public est totalement supprimée selon une habitude adoptée par l'Empire ; on se contente de la ratification.

d) La publication.

Le traité international, en tant qu'acte de droit international, n'exige ni une publication au sens du Droit public, ni une notification dans le but de le faire connaître effectivement. Les traités secrets ont les mêmes effets internationaux que les traités publiés. En général, pour une convention, logiquement il ne peut pas être question de publication. Au contraire, la loi qui ordonne l'exécution ou le respect du traité international exige, comme toute autre loi, une publication. Or, comme, dans l'Empire allemand, on ne formule ni ne promulgue cette loi, elle ne saurait

(1) V. plus haut, p. 300, 318.

non plus être publiée ; le point de départ de la publication, c'est l'original du *traité*. L'insertion de cet acte au Bulletin des Lois a donc toute l'apparence d'une simple *communication* qui fait connaître qu'un traité international, conçu dans les termes cités, a été conclu ; elle n'a pas le caractère d'un ordre adressé aux sujets de l'Empire. Le texte imprimé ne mentionne pas l'assentiment du Bundesrath et l'approbation du Reichstag, et le fait de l'insertion au Bulletin des Lois n'est même pas une constatation tacite que ces formalités sont remplies, puisque parfois, on y trouve imprimés des traités qui ne sont nullement du domaine de la législation de l'Empire, n'exigent pas l'approbation du Reichstag et ne l'ont pas obtenue (1). L'insertion comprend, en outre, l'acte par lequel les plénipotentiaires chargés de la direction des négociations ont fixé et signé le *projet* de traité ; donc elle ne contient même pas la signature de l'Empereur ni le contre-seing du Chancelier. L'acte international capital, l'acte de ratification, n'est pas publié. En revanche, on ajoute au texte imprimé du traité la notice historique attestant que la ratification a été donnée. Cette notice ne porte ni signature ni légalisation, et rien ne permet de distinguer si elle émane du Chancelier ou de l'apprenti typographe de l'imprimerie impériale.

Comme il est incontestable que ce genre de publication ne répond pas aux dispositions des art. II et XVII de la Constitution, et que ni la Constitution, ni une autre loi de l'Empire ne reconnaît le principe d'après lequel la simple insertion d'un traité international au Bulletin des Lois a les mêmes effets, au

(1) De ce nombre sont, par exemple, les nombreux traités relatifs aux chemins de fer, qui ne règlent que les concessions, la correspondance et le trafic à la station frontière ; le traité avec les Pays-Bas au sujet de la correspondance des canaux (Reichsgesetzbl., 1877, p. 539), etc.

point de vue du Droit public, qu'une publication régulière, on peut se demander, avec raison, si le genre de publication usité jusqu'ici dans les cas où le contenu du traité fait partie du domaine de la législation, a une valeur et une efficacité juridiques (1).

En tout cas, la publication en usage jusqu'ici, dépourvue des termes d'introduction, c'est-à-dire de ce qui atteste que l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag a été donné, a pour effet de conférer aux autorités chargées d'appliquer les principes contenus dans le traité international et en particulier aux tribunaux, le droit et en même temps de leur imposer le devoir d'examiner, dans chaque cas, si, en réalité, on a satisfait ou non à ces conditions de validité juridique.

4° Dispositions d'exécution.

Si l'application des traités internationaux exige des dispositions d'exécution, les principes relatifs aux *ordonnances* sont également applicables. En conséquence, les *dispositions juridiques* devront être prises

(1) La publication défectueuse des traités internationaux a été déjà à plusieurs reprises l'objet de critiques, par exemple de la part de *Thudichum*, p. 96 et de *v. Rönne*, *Verfassungsrecht* (1^{re} éd.), p. 62, note 3, qui le copie presque mot pour mot ; *E. Meier*, p. 336 ; *Hensel*, *Annalen* 1882, p. 29 seq. ; *Pröbst*, p. 308, n. 1 ; *Zorn* I, p. 512 ; *Schulze* II, p. 331 ; *Boretius*, dans la séance du Reichstag du 25 fév. 1879 (*Stenogr. Bericht*, p. 127), *Seydel*, *Comment.* p. 166 et d'autres, mais sans succès. La Cour suprême seule serait en état de remédier à cet état de choses. Dans l'arrêt cité plus haut, p. 334 note 1, la Cour suprême a refusé de reconnaître à une convention du 16 juin 1874 le caractère de « règle juridique de l'Empire », par ce motif, qu'il lui manque le contreseing du Chancelier ; mais une publication conforme à la Constitution est tout aussi essentielle pour établir la validité juridique. Elle est un acte formel, *Hänel*, *Studien* II, p. 65 et elle ne peut, par conséquent, pas être valable si elle déroge arbitrairement aux dispositions constitutionnelles. Au contraire, la Cour suprême, dans un jugement du 24 janv. 1898, a décidé que l'impression du traité sans aucune signature est une publication valable.

par la voie d'ordonnances, en vertu des pouvoirs législatifs qui peuvent être contenus dans l'approbation du traité international par le Bundesrath et le Reichstag (1) ; en revanche, les dispositions *administratives* doivent être prises par le Bundesrath (2), ou, si elles intéressent l'administration directe de l'Empire, par les chefs des différentes administrations conformément aux lois spéciales (3). Il n'y a qu'à souligner ce fait que les dispositions d'exécution elles-mêmes peuvent être l'objet d'un *traité international* qui n'exige pas l'approbation du Reichstag, s'il ne se rapporte qu'à des mesures administratives ou à des règlements de détail compris dans les limites des principes que sanctionne le traité approuvé (4).

5° Abrogation (5).

Le principe que la sanction des dispositions juridiques contenues dans les traités internationaux s'appuie sur les conventions et les obligations internationales qui en sont la base, nous amène à cons-

(1) V. par exemple l'ordonnance du 4 juillet 1883 (Reichsgesetzbl., p. 153), relative à l'exécution de la convention sur le phylloxera.

(2) Comme exemple, citons les votes du Bundesrath du 3 novembre 1883 (Centralbl., p. 317) et du 18 déc. 1884 (Centralbl., p. 324, 327), relatifs aux conventions littéraires avec la France, la Belgique et l'Italie.

(3) De ce nombre sont surtout les lois sur le télégraphe, les instructions de l'administration des postes, etc.

(4) Comme exemples, il y a la convention additionnelle de Francfort du 11 déc. 1871 (Reichsgesetzbl., 1872, p. 7) relative à l'exécution de l'art. XVII de la paix de Francfort ; le compromis entre l'Allemagne et l'Italie avec la Suisse du 25 juillet 1873 relatif à l'exécution du traité d'extradition conclu entre l'Empire allemand et l'Italie le 31 oct. 1871 (Centralbl., 1873, p. 271) ; le protocole du 6 juillet 1874 (Reichsgesetzbl., p. 120), relatif à l'exécution du traité d'extradition avec la Suisse du 24 janv. 1874 ; traité d'exécution relatif au traité de l'union internationale postale du 3 nov. 1880.

(5) Voir sur cette matière la dissertation de Heilborn dans l'Archive XII, p. 173 seq.

tater une différence essentielle entre les traités internationaux et les autres lois au point de vue de leur abolition. L'abrogation des traités ne se détermine pas suivant les règles du Droit public pur relatives à l'autorité formelle de la loi (v. plus haut, § 57 I); en d'autres termes, il peut y être procédé sans qu'il y ait lieu pour cela de suivre la voie de la législation. Nous faisons abstraction ici du cas fréquent où le traité international lui-même fixe une période déterminée pendant laquelle il sera en vigueur : car le terme final se rapporte aussi, en même temps, à sa valeur au point de vue *du Droit public*. De même, il n'y a pas lieu d'envisager les cas où, dans le traité, on a prévu soit une prolongation de la durée de sa validité, soit une dénonciation; car l'approbation du traité avec cette clause contient en même temps la *délégation* correspondante pour le gouvernement. Mais il faut considérer, comme condition indispensable, que la prolongation au delà du terme fixé dans le traité et l'expiration de la force obligatoire du traité par dénonciation ou la non prolongation seront publiées dans le Bulletin des Lois de l'Empire dans les formes régulières (1). Mais en dehors de ces cas, le traité international peut encore être abrogé pour des raisons d'ordre international, par exemple quand il n'est pas observé par l'autre partie contractante, ou à titre de représailles, ou par suite d'une protestation de la part d'une tierce puissance, etc. Ces mesures font

(1) La pratique usitée actuellement, qui veut que l'on ne publie pas au Bull. des Lois l'expiration de la force obligatoire des traités internationaux, ne peut être taxée que de *grande confusion*. L'abrogation du traité international produit, tout aussi bien que l'entrée en vigueur, un changement dans le droit existant. Le Bull. des Lois n'indique jamais si un traité est encore en vigueur ou non. Dans ces derniers temps quelquefois l'abrogation de traités a été publiée comme le bon ordre l'exige. Bulletin des lois 1897, p. 5, 611, 785. 1898, p. 4, 1019. 1899, p. 136, 673.

partie des attributions *représentatives* de l'Etat en matière de droit international et appartient par conséquent, dans l'Empire allemand, à l'Empereur (Constitution de l'Empire. Art. XI). L'Empereur est donc autorisé à faire cesser un traité international d'avoir force de loi sans la collaboration du Bundesrath et du Reichstag, en lui enlevant la base internationale sur laquelle repose sa valeur (1).

§ 63. — *Traités internationaux des membres de la Confédération.*

La Constitution ne contient pas une seule disposition qui permette d'établir dans quelle mesure les Etats de la Confédération ont conservé le droit de conclure des traités internationaux; mais les principes généraux de la Constitution nous permettent de conclure que le droit d'entretenir des relations internationales avec des puissances étrangères et celui de conclure des traités avec des membres de la Confédération ne sont pas enlevés aux Etats confédérés; ils sont simplement limités. Ce principe est si indiscutable, et si indiscuté, il est confirmé par des habitudes si constantes et si bien admises qu'il est inutile de l'appuyer par des arguments (2). Par contre, il est

(1) V. *Jellinek*, Gesetz u. Verordnung, p. 362 seq.; *Seligmann*, p. 216 seq.; *Tezner*, p. 155. En revanche, ce serait aller contre l'autorité formelle des traités, qui en sont investis, que de suspendre telle ou telle de leurs dispositions par voie d'ordonnance pour des motifs autres que ces motifs de droit international. V. *Störk*, Archiv für öffentl. Recht, vol. IX, p. 23 seq. *Heilborn*, cod. vol. XIV, p. 199.

(2) *Zorn* I, p. 501 seq., a soutenu que les Etats confédérés ont perdu « en principe » le droit de conclure des traités. Il dit : « Car, comme la conclusion de la convention embrasse la promesse de donner à son contenu la valeur juridique, il s'ensuit « avec une rigueur logique » que les Etats qui peuvent être mis en cause doivent être investis du droit

nécessaire de déterminer exactement l'étendue de ce droit de conclure des traités et d'établir quel est l'effet juridique des traités internationaux des États confédérés en face des droits souverains de l'Empire.

I. — L'étendue du droit de conclure des traités, droit que les États confédérés ont conservé, est limitée par les principes suivants :

1^o La subordination des États confédérés à l'Empire, telle qu'elle est établie par le Droit public, l'obligation de fidélité qu'elle entraîne pour ces États et leur gouvernement nous permet de déduire qu'aucun État confédéré n'a le droit de conclure avec un autre ou avec une puissance étrangère un traité qui soit dirigé contre la sûreté, l'existence ou l'intégrité de l'Empire allemand ou d'un État de cet Empire, contre sa Constitution, contre un souverain, etc. Non seulement un traité de cette nature serait nul, mais les personnes qui auraient pris part sciemment à sa conclusion, se rendraient coupables de haute trahison ou de trahison envers les lois du pays aux termes

illimité de légiférer, par conséquent être souverains ». Mais la prémisses posée par Zorn prouve simplement que le droit illimité de conclure des traités n'appartient qu'aux États souverains. Les États confédérés de l'Allemagne ont incontestablement le droit de faire des lois pour leur pays, c'est-à-dire de légiférer ; pourquoi donc ne pourraient-ils pas aussi, à propos de cette législation, faire une promesse ? Mais la prémisses elle-même est fautive. Car il n'est nullement vrai que tout traité contienne la promesse de poser un *principe juridique* ; les traités ont fréquemment un contenu qui n'a rien de juridique, ils règlent des opérations pratiques, telles que la construction d'un chemin de fer, d'une chaussée, d'un palais de justice commun, d'une prison, etc. La capacité des États confédérés en matière de conclusion de traités internationaux est reconnue par les art. I, 6^e al., art. LI, 3^e al., et art. LXVI, 1^{er} al. de la Const. de l'Emp. ainsi que dans une foule de lois. V. Meier, p. 271 ; Meyer, Staatsrecht, § 80 et les auteurs qui y sont cités note 14, et en particulier Pröbst, p. 245 seq. ; Prestele, p. 8 seq. ; Tinsch. p. 30 seq. ; v. Sarwey, Württemb. Staatsrecht II, p. 87 seq. ; Schulze, Deutsches Staatsrecht II, § 362.

des § 81, 83, 84, 87 seq. du Code pénal de l'Empire.

2° Les matières soustraites à la compétence des États confédérés par la Constitution ou par les lois de l'Empire publiées conformément à cette Constitution, ne peuvent pas devenir, pour les États, l'occasion de traités ayant une valeur juridique. Car, lorsqu'un État a été dépouillé de certains droits de souveraineté, soit sur le terrain du Droit, soit sur le terrain de l'administration, il ne peut pas assumer des obligations relatives à la manière d'exercer ces droits. Donc, la compétence en matière de traités internationaux est répartie entre l'Empire et les États exactement comme la compétence en matière de législation et d'administration (1). Par conséquent, tout le domaine de la politique extérieure est soustrait à l'action des États ; ceux-ci ne peuvent conclure des traités internationaux relatifs à cette matière ; en outre, il leur est interdit de conclure des traités relatifs aux questions qui intéressent la Constitution de l'Empire même, son organisation, ses autorités, son économie financière, etc. ; aux modifications du territoire de la Confédération, aux empiètements sur l'intégrité territoriale (2), aux consulats, protectorats, douanes, à la navigation et autres questions de politique commerciale, aux matières qui pourraient toucher au commandement supérieur et à l'emploi des forces militaires, fût-ce indirectement et en vue d'une éventualité quelconque, et en général à toutes les matières que la Constitution a rangées dans les attributions législatives et administratives *exclusives* de l'Empire.

3° Dans le domaine de la législation facultative de l'Empire, c'est-à-dire pour la plupart des matières

(1) *Thudichum*, p. 250 ; *Meier*, p. 271 seq. ; *Pröbst*, p. 246 seq., *Meyer*, § 80 ; *Schulze*, *Deutsches Staatsrecht II*, p. 333 ; *Hänel*, *Staatsrecht I*, p. 557.

(2) V. plus haut, t. I, p. 306 seq. et *Pröbst*, p. 248 seq.

énumérées à l'art. IV de la Constitution, la compétence des États, en matière de traités, subsiste, tant que l'Empire n'a pas fait usage de sa compétence ; quand l'Empire n'a pas réglé cette matière d'une manière définitive et complète, elle subsiste dans la même mesure où les États ont conservé leur autonomie pour compléter la législation de l'Empire (1).

Mais alors même que l'Empire n'a pas usé de son pouvoir législatif, l'État confédéré ne peut pas porter préjudice aux droits de l'Empire par des traités internationaux. Les dispositions qu'ils ont prises en vertu de traités perdent *ipso jure* leur valeur, dès que l'Empire a sanctionné une autre disposition par une loi (2). Car le motif pour lequel l'État a publié une disposition, que ce soit en vertu d'une transaction internationale ou de sa propre autorité, ne donne pas à cette disposition une valeur plus haute ; elle doit s'incliner devant un ordre d'une puissance supérieure (l'Empire). Assurément, l'Empire peut avoir des raisons péremptoires de ne pas toucher, dans son œuvre législative, aux traités internationaux conclus par les États confédérés ; mais quand l'Empire publie une loi, cette loi annule, aux termes de l'article II de la Constitution, toutes les dispositions des lois des États confédérés qui sont en contradiction

(1) *Pröbst*, p. 254 seq.

(2) *Pröbst*, p. 252 seq. Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen du 3 juin 1881 (vol. IV, p. 274). Le même principe intervient quand l'Empire conclut un traité international sur une matière, en parlant des traités que les États confédérés ont conclus avec la même puissance étrangère et sur la même matière. C'est ce que reconnaît, en propres termes, le traité avec l'Autriche-Hongrie du 25 fév. 1880, art. VI (Reichsgesetzbl., 1881, p. 7). On ne doit pas faire de différence entre les traités que les États particuliers ont conclus avant leur entrée dans la Confédération allemande et ceux qu'ils ont conclus après. *G. Meyer*, § 80, note 14. *Huber*, Staatsuccession (Leipz. 1898), p. 166. En sens contraire, *Bornhack* Preuss. Staatsr., vol. III, p. 5.

avec elle, même celles qui sont la conséquence d'un traité international (1). Toute puissance étrangère a connaissance de la situation juridique des Etats de la Confédération allemande ou doit en prendre connaissance avant de conclure un traité : si, malgré cela, elle se laisse aller à conclure avec eux une convention, elle sait très bien que la partie adverse ne *peut* s'engager que sous la réserve évidente que les promesses qu'elle fait ne sont pas en contradiction avec les ordres constitutionnels de l'Empire et que la publication d'un ordre de cette nature peut mettre l'Etat dans *l'impossibilité juridique* de continuer à remplir les conditions qu'il a acceptées par un traité (2).

(1) Evidemment, la loi de l'Empire peut aussi maintenir les traités internationaux des Etats confédérés ; c'est l'affaire de l'interprète d'établir jusqu'à quel point cela répond à l'intention du législateur. V. le jugement de la Cour suprême, *Entscheidungen in Civilsachen*. Vol. XXIV, p. 12 seq., dont les arguments sont, il est vrai, douteux. L'art. LVI de la loi d'introduction au Code civil a maintenu en vigueur les traités qu'un Etat particulier a conclus avec un Etat étranger avant la mise en vigueur du Code civil.

(2) La thèse contraire ne serait pas seulement en contradiction avec l'art. II de la Constitution ; elle conduirait encore en pratique à des résultats absurdes. Tout Etat confédéré pourrait prévenir une loi projetée par l'Empire et en empêcher la publication en concluant un traité international. Le droit de l'Empire de régler d'une façon uniforme la question des monnaies, des poids et mesures, de la banque, des brevets, etc., aurait été purement illusoire, si, *avant* la publication des lois respectives, les Etats confédérés avaient été à même d'introduire chez eux, au moyen de traités internationaux, des principes qui auraient conservé leur valeur même après la publication de la loi. Il en est naturellement de même des matières qui ne sont pas encore réglées par l'Empire. Si l'Empire publie une loi relative aux chemins de fer, au notariat, à la police sanitaire, au droit privé, etc., toutes les autres dispositions des législations particulières, qui sont en contradiction avec ces lois, perdent *ipso jure* leur valeur, qu'elles reposent sur des traités internationaux ou non, à moins que la loi de l'Empire ne les maintienne en vigueur. V. aussi *Thudichum*, p. 251 ; *Riedel*, p. 105 ; *Seydel*,

4° Quant aux matières que l'Empire a réglées par des lois et, par conséquent, soustrait à la législation des États confédérés, mais pour lesquelles les États ont conservé des pouvoirs administratifs dans une plus ou moins large mesure, elles peuvent former l'objet de traités conclus par les États confédérés entre eux ou avec l'Empire. De ce nombre sont les nombreuses conventions militaires visées par l'art. LXVI de la Constitution, les traités relatifs à l'administration des postes et télégraphes (Constitution de l'Empire, art. L, 6^e al.), les traités relatifs à l'administration des douanes et impôts de consommation (ib., art. XXXVI, 1^{er} al., XL), enfin les traités réglant l'exercice de la juridiction dans les litiges ordinaires.

5° Les matières que la Constitution reconnaît comme n'étant pas de la compétence législative de l'Empire, font partie aussi de la compétence exclusive des États confédérés en matière de traités (1). De ce nombre sont, par exemple, les questions de voirie, les affaires municipales, les questions relatives aux Églises et aux écoles, aux impôts directs, à l'administration des forêts, des mines, aux prisons etc. Mais ce pouvoir est un pouvoir limité, il n'est pas un droit souverain. Les États ne peuvent pas conclure de traités internationaux, dont l'observa-

p. 162; *Schulze*, Preuss. Staatsrecht II, p. 831. Je ne peux pas admettre la thèse de *Pröbst*, p. 297 seq. qui tire du principe développé ici une conclusion pour l'interprétation de l'art. XI de la Constitution. Il s'agit ici d'une restriction notoire du *pouvoir de l'État* lui-même, que toute puissance étrangère connaît ou doit connaître; dans l'art. XI, au contraire, il s'agit de l'*organe compétent* en matière de représentation et de l'indépendance de cette compétence vis-à-vis des compétences internes et conditionnelles, d'autres organes de l'Empire. Les objections de *Seligmann*, p. 90, à ce sujet, sont, à mon avis, sans importance. Voir aussi *Heilborn*, System, p. 157 sq.

(1) V. au sujet de l'opinion contraire soutenue par *v. Mohl*, p. 305 seq., *Pröbst*, p. 257 seq.

tion les mettrait en contradiction avec les prescriptions des lois de l'Empire ou des ordonnances de l'Empire dûment publiées. Il n'est pas possible d'imaginer un traité international qu'un Etat allemand pourrait conclure sur un sujet quelconque, sans trouver des limites étroites dans les lois de l'Empire relatives au Droit pénal, à la procédure, au Droit privé, à l'armée, aux douanes, aux monnaies, à l'industrie, etc.

II. — Les Etats confédérés ne sont pas en mesure d'exiger, par les moyens qu'offre le Droit international, l'accomplissement des traités qu'ils ont conclus avec d'autres Etats ; ni à l'égard des autres membres de l'Empire, puisque la définition de l'Empire exclut tout emploi de la force entre eux, ni à l'égard des puissances étrangères, puisqu'aucun Etat particulier de l'Empire ne peut faire la guerre. Donc, tous les droits ou prérogatives des Etats confédérés découlant de traités internationaux ne peuvent être *défundus* que par l'Empire ; dans les litiges entre Etats confédérés, c'est la conséquence de l'art. LXXVI, 1^{er} al. de la Constitution ; dans les litiges avec les puissances étrangères, c'est la conséquence des principes du Droit international ; en cas de nécessité interviendra la déclaration de guerre au nom de l'Empire, que l'Empereur est autorisé à faire avec l'assentiment du Bundesrath, aux termes du 2^e al. de l'art. XI de la Constitution.

Pareillement, il n'est pas possible qu'une puissance étrangère emploie, à l'égard d'un Etat de la Confédération allemande, les moyens coercitifs qu'offre le Droit international pour donner une sanction aux droits reconnus par les traités internationaux, sans que l'Empire ait le devoir

d'intervenir pour protéger ce membre de la Confédération et le territoire de l'Empire (1).

Donc, bien que la compétence des États confédérés en matière de traités internationaux avec des puissances étrangères ne soit pas absorbée par celle de l'Empire, l'Empire a pour attribution de représenter les États confédérés activement et passivement quand il y a lieu de faire valoir, par les moyens propres au Droit international, les droits et obligations résultant de traités internationaux (2).

(1) *V. Mohl*, p. 302 seq. fait à ce sujet des observations qui manquent de clarté.

(2) Cf. *Hänel*, op. cit., p. 554. *Zorn*, Staatsr. I, p. 502.

CHAPITRE VIII

L'ADMINISTRATION (1)

§ 64. — *Définition de l'administration.*

I. — *Définition subjective.* — La doctrine de la séparation des pouvoirs, qui forme la base du Droit, qualifié public constitutionnel, ne prend pas pour point de départ la différence du contenu ou de la composition des actes de l'État, mais la différence de situation des organes chargés des affaires de l'État, telle qu'elle est établie par le Droit public. C'est sur cette différence que repose l'importance politique de cette théorie et son influence sur la transformation de l'ancien régime.

(1) Parmi les plus récentes publications, il faut souligner : *Ulbrich*, *Der Rechtsbegriff der Verwaltung* (dans la *Grünhuts Zeitschrift*, vol. IX, p. 1 seq.) ; *Rosin*, *Polizeiverordnungsrecht*, p. 1 seq. ; *Gareis*, *Allg. Staatsrecht*, p. 178 seq. ; v. *Sarwey*, *Allg. Verwaltungsrecht* (ces deux dissertations dans le *Handbuch des öffentlichen Rechts I* de Marquardsen) ; *E. Meier* dans l'*Encyclopädie der Rechtsw.* de v. *Holtzendorff* (4^e éd. 1882), p. 1084 seq. ; *G. Meyer*, *Staatsrecht*, § 176 seq. ; *Verwaltungsrecht I*, § 1 seq. ; *O. Mayer*, *Theorie des franz. Verwaltungsrechts* 1886, p. 1-25 ; et *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), vol. I, p. 1 seq. *Bernatzik*, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Vienne 1886, p. 1-82 ; *Jellinek*, *Gesetz und Verordnung*, Vienne 1887, p. 213 seq. et 366 seq. ; *Anschütz*, *Krit. Studien*, p. 51 seq. Un point de vue absolument différent a donné naissance aux dissertations de *Hänel*, *Studien II*, p. 177 seq., 204 seq., 246 seq., dont il est impossible de donner un exposé et une réfutation dans les limites que nous devons garder ici.

Les *actes législatifs* sont, comme nous l'avons déjà fait observer plus haut p. 354, des actes, pour lesquels il n'y a pas de responsabilité, qui reposent sur une disposition prise par une volonté *libre*; car, *même à l'égard du Droit ils sont libres*. Bien que les facteurs législatifs soient tenus, dans toutes leurs actions, d'observer le Droit existant, ils ont, de par la Constitution, le pouvoir de modifier ce Droit lui-même à la condition d'observer les formes requises. Donc, la volonté de l'organe législatif est la plus forte, par comparaison avec le Droit; le Droit en vigueur doit s'incliner devant elle. Cette liberté pleine et entière est nécessaire à la législation au sens matériel du mot, puisqu'il est certain que les lois servent, en règle générale, à créer un droit *nouveau*, c'est-à-dire à modifier, développer, annuler le Droit en vigueur. Mais comme cette liberté court le risque de donner lieu à des abus, la nation elle-même est invitée à collaborer à ces actes par l'intermédiaire de représentants qu'elle a choisis. La liberté, l'irresponsabilité du législateur *ne peuvent pas* être restreintes effectivement; aussi le Droit constitutionnel enlève au chef de l'État la charge d'exercer ce pouvoir selon sa propre volonté et place à côté de lui un organe, dont la volonté est libre et indépendante de la sienne et dont l'assentiment est indispensable, quels que soient les actes législatifs qu'il accomplisse. Cela donne naissance — du moins en apparence — à un pouvoir différent du pouvoir du chef de l'État, à un pouvoir législatif, qui en est indépendant. Alors non seulement la législation admet cette conception, comme étant celle d'un fait objectif, d'une espèce particulière de manifestation de la volonté de l'État, mais encore elle permet de se représenter un *sujet* différent du monarque et investi de pouvoirs juridiques. Or, les pouvoirs de l'organe législatif ne

devront pas nécessairement correspondre exactement à la réglementation du Droit ; le Droit positif peut, d'une part, étendre la compétence de cet organe à des actes de la volonté de l'État qui tendent à autre chose qu'à régler une question de droit, et d'autre part confier à un autre organe, sous certaines conditions, dans certaines limites, la mission de publier des dispositions juridiques. De là, viennent les lois formelles sans contenu juridique et les ordonnances juridiques sans forme de loi. L'irresponsabilité et la liberté qui caractérisent l'organe législatif dans ses rapports avec le Droit, s'étendent à sa sphère de compétence tout entière et cela fournit un caractère important au point de vue du Droit public, commun à tout un ensemble d'actes de l'État, dont le contenu a une nature juridique différente et qui, d'autre part, se distinguent, par ce caractère, d'autres actes de l'État, dont le contenu est de même essence que le leur.

Par un raisonnement identique, nous arrivons à caractériser le pouvoir judiciaire. La justice exige des autorités qui soient sous la dépendance de la loi, qui lui soient subordonnées au sens le plus élevé du mot, mais qui, quand elles interprètent et appliquent la loi, soient indépendantes des ordres du chef de l'État et de ses agents. On arrive à ce résultat par un ensemble de dispositions relatives au recrutement de ces autorités, à la situation officielle de leurs membres et en particulier aux conditions et aux limites de leur responsabilité. C'est ce qui constitue, comme nous l'avons établi plus haut, la différence caractéristique entre les tribunaux et les autres autorités de l'État ; en raison de leur mission juridictionnelles ils ne doivent pas respect et obéissance aux ordres du chef de l'État et des agents nommés par lui et, d'autre part, leur responsabilité n'est pas mise

à couvert, par ses ordres. Donc dans les limites de cette sphère, ils échappent aux ordres et à la volonté souveraine du chef de l'État, et ainsi naît en apparence, à l'intérieur de l'État, un pouvoir indépendant du chef de l'État, autonome par conséquent, un pouvoir spécial, dont les tribunaux sont les détenteurs. Cette indépendance est indispensable, par suite de la nature de la chose, dans les cas où l'ordre public exige des décisions qui ne subissent l'influence que de considérations dictées par le Droit positif, et d'aucune autre. Mais ici encore, la compétence des tribunaux ne doit pas nécessairement correspondre à l'ensemble de ces affaires ; on peut, d'une part, déférer aux tribunaux des affaires où il ne s'agit nullement des décisions portant sur le droit concret de parties en litige, par exemple de tutelles, d'administration de fortune (dépôts), de questions d'héritage, de tenue de livres, etc. ; et d'autre part, des autorités autres que les tribunaux peuvent être saisies, dans une large mesure, de questions à décider conformément aux principes du Droit. Il n'y a donc pas de critérium tiré du *contenu matériel* des actes judiciaires, qui permette d'établir une ligne de démarcation bien nette entre la sphère de la justice et l'ensemble des autres affaires de l'État ; en particulier, la définition de la juridiction ne correspond pas du tout exactement à la définition *matérielle* de la justice ou à plus forte raison de l'application de la loi ; mais juridiction est synonyme de *sphère de compétence des tribunaux*, la juridiction est donc reconnaissable à un critérium *subjectif*.

Si, maintenant, on sépare de la masse des fonctions de l'État celles qui constituent la compétence des organes législatifs et des tribunaux, il est naturellement nécessaire d'embrasser tout le reste sous une seule et même dénomination. L'ancienne théorie, fondée par Montesquieu, partait de ce principe qu'il

s'agissait, surtout dans cette sphère d'action de l'Etat, de l'exécution des lois et opposait, en conséquence, les pouvoirs législatif et judiciaire au pouvoir exécutif; la science moderne a reconnu ce qu'il y avait d'étroit et d'inexact dans cette conception et remplace les termes « pouvoir exécutif » par « pouvoir administratif » ou *administration*. Cela nous amène à cette définition : l'administration, c'est tout ce qui ne fait pas partie de la sphère de la législation ou de la justice (1). Mais cette définition ne nous donne pas un critérium positif; elle indique seulement ce qui *n'est pas* l'administration. En réalité, il est impossible de délimiter, dans la théorie de la séparation des pouvoirs, l'administration d'une part, la législation et la justice d'autre part, en partant du contenu matériel des actes administratifs, puisque les sphères du pouvoir législatif et judiciaire ne sont pas déterminées matériellement. Mais si l'on veut arriver à une caractéristique positive du pouvoir administratif, il faut poursuivre plus loin avec une logique serrée la voie par laquelle on est arrivé à la définition des pouvoirs législatif et judiciaire. Puisque ces derniers comprennent tous les actes de l'Etat qui échappent à la souveraineté du chef de l'Etat en vertu de la liberté et de la volonté indépendante du corps législatif et en vertu de l'indépendance des tribunaux, il résulte que « l'administration » embrasse la somme des actions et des manifestations de la volonté de l'Etat, qui sont soumises à la direction du chef de l'Etat. Dans la monarchie constitutionnelle, le pouvoir administratif est le domaine soumis au pouvoir du souverain, qui est libre de toute collaboration de la représentation nationale et ignore les entraves des tribunaux :

(1) G. Meyer, Staatsrecht, § 176 au commencement; v. Sarwey, p. 14; Seligmann, p. 69, note 2, etc.

interprétant les lois. Ce pouvoir s'exerce par le droit de nommer librement les ministres (chefs de département) et par le devoir imposé aux autorités d'obéir aux ordres de service de ces derniers. Le monarque et les ministres nommés par lui ne peuvent pas donner d'ordres qui empiètent sur le domaine réservé à la législation ou occupé par elle, ou sur la sphère de compétence que la loi assigne aux tribunaux; tout le reste constitue leurs fonctions dans l'État et compose le domaine de « l'administration », sans que le contenu matériel de l'acte de volonté de l'État entre en ligne de compte pour distinguer ce qui appartient ou n'appartient pas à ce domaine. C'est ainsi, par exemple, que l'on fait rentrer dans ce domaine les actes qui se rapportent, par leur contenu, au droit ou à la justice (ordonnances juridiques et décisions administratives); et, d'autre part, il faut en exclure toutes les affaires qui doivent être réglées sous forme de loi et toutes celles qui sont confiées aux tribunaux, peu importe leur nature et leur contenu. Or, comme au devoir d'obéissance dans le service et à la subordination des autorités aux ordres du chef du département correspond la responsabilité de ce dernier, comme le Droit public constitutionnel fait dépendre la validité des ordres du monarque du contreseing d'un ministre responsable, le domaine de l'administration coïncide en ce sens avec l'étendue de la *responsabilité constitutionnelle des ministres*. On peut donc caractériser, au point de vue du Droit public, toutes les affaires de l'État composant le domaine du pouvoir administratif en disant qu'un ministre en prend la responsabilité au sens du Droit public constitutionnel. Au contraire, il n'y a pas de responsabilité ministérielle pour les actes du pouvoir législatif (domaine de la législation); pour les actes du pouvoir judiciaire (domaine de la justice), elle

n'existe que dans le sens négatif exposé plus haut p. 17 seq., pour veiller à ce que la liberté et l'indépendance des tribunaux restent pleines et entières.

II. — *Définition objective.* — La distinction établie ci-dessus est une répartition des fonctions de l'État conformément à la division des pouvoirs, mais non suivant la nature des actes de l'État. Cependant, une telle distinction n'est pas seulement une nécessité inéluctable de la science juridique, mais la théorie de la séparation des pouvoirs cherche elle-même à faire naître l'apparence d'une distinction au point de vue objectif. Car législation, exécution, justice ne sont pas des dénominations s'appliquant aux organes de l'État, elles désignent différentes opérations de l'État. En remplaçant chacune de ces classes d'actes de volonté par un organe spécial, indépendant des autres, chargé de les accomplir, on transforme la répartition des fonctions de l'État en la séparation des pouvoirs. Il faut donc faire abstraction de cet élément subjectif de la compétence, si l'on veut caractériser et distinguer par leur différence spécifique les actes où se manifeste l'activité de l'État.

Or, l'essence de la législation, c'est le caractère impératif donné à une maxime juridique, c'est-à-dire à l'énonciation d'un principe juridique abstrait ; l'essence de la justice, c'est le caractère impératif donné à un état de choses *concret*, la reconnaissance, la négation, la régularisation d'un droit juridique. Les lois et les arrêts ont donc un critérium commun : tous deux contiennent des maximes juridiques, des *jugements* (au sens logique du mot). Mais cela ne suffit pas à constituer les devoirs qui incombent à l'État. Les jugements sont, par leur nature, sans vigueur. Un État qui se contenterait de faire des lois et de rendre des arrêts juridiques, se disloquerait

aussitôt ; c'est qu'il ne peut remplir la mission qui lui est imposée par son but que par des *actions*, de même que l'individu ne réalise pas seulement la mission de sa vie propre par sa volonté et sa pensée, mais aussi par son activité. Il faut que les lois soient appliquées, que les arrêts soient exécutés ; aussi, oppose-t-on à la législation et à la justice l'exécution, à la volonté et à la pensée de l'Etat l'activité de l'Etat.

Mais cette définition est beaucoup trop étroite ; car l'Etat n'est considéré ici qu'au point de vue de son importance originelle et essentielle, c'est-à-dire comme institution juridique. Mais outre le maintien du Droit, l'Etat a d'autres tâches ; il est chargé de la protection de ses sujets et de son territoire contre les attentats d'autres Etats, de la conservation du bien-être moral et matériel du peuple. Ces tâches ne sauraient être remplies par le simple fonctionnement de maximes juridiques ; et d'autre part, on peut se représenter leur réalisation comme possible sans que l'activité soit ordonnée et réglée par des lois spéciales (1). La définition de l'exécution doit donc être élargie et devenir la définition de l'admi-

(1) V. Sarwey, p. 12. — Hänel, op. cit., rejette l'antithèse entre législation et administration et oppose la législation à l'exécution. *L'acte administratif*, dit-il, p. 184, ne peut jamais apparaître autrement que comme l'exécution d'un ordre ou d'une défense juridique ou comme l'exercice d'un pouvoir juridique. Mais p. 195, il désigne sous le nom d'*actions exécutives* « non seulement celles qui sont accomplies en vertu d'un ordre ou d'une défense qui subordonne l'acte individuel de volonté à une règle générale ou individualisée, mais aussi celles qui sont réalisées par suite d'une volonté relativement libre dans des limites tracées à l'avance et dans un sens déterminé par l'opportunité ». Ainsi une action sera exécutive même si elle ne peut pas être subordonnée à une règle générale. Si l'on adopte cette méthode de donner aux mots des sens arbitraires et contradictoires, on peut sans doute prouver aisément tout ce que l'on veut.

nistration. Mais l'antithèse développée plus haut reste intacte.

*L'administration publique, c'est l'action de l'Etat, le « faire et omettre » de l'Etat en tant que personne capable d'action. De même que le mot « Handlung » (action) rappelle la force physique de l'homme qui se manifeste par sa main (Hand), par opposition à son activité intellectuelle, de même il y a une étroite connexion objective et philologique entre « Verwaltung » (administration) et « Gewalt » (pouvoir). Le « Walten » de l'Etat (valere, administrer) est la réalisation de sa force, de sa vigueur physique ; l'administration embrasse tout ce que l'Etat fait ; il n'y a pas de groupe d'affaires de l'Etat qui ne comprenne une branche administrative, un ressort administratif. Mais l'Etat « n'administre » qu'autant qu'il apparaît *agissant* (1) ; jamais en tant que légiférant ou rendant la justice.*

A propos de l'antithèse qui existe entre administration et justice au sens (matériel) dont il est question ici, on peut dire qu'elle ne coïncide pas le moins du monde avec la limite de compétence qui sépare les autorités administratives et les tribunaux. Les tribunaux, eux aussi, s'acquittent d'affaires administratives et les administrations rendent des arrêts juridiques. La répartition habituelle en « affaires juridiques » et « affaires administratives » repose sur la distinction subjective du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif (ministériel) et non sur la différence objective des affaires. Cette dernière repose sur ce qui suit :

(1) *L. V. Stein, Verwaltungslehre I, 1, p. 10 ; Ulbrich, op. cit., p. 1 seq. ; Gareis, p. 178 seq. ; G. Meyer, § 168 ; O. Mayer, p. 13 ; Schulze, Deutsches Staatsrecht I, p. 30, etc. O. Mayer, Deutsch. Verwaltungsr. I, p. 3 : « L'administration, c'est l'action de l'Etat pour réaliser ses devoirs. »*

L'arrêt juridique consiste à appliquer le droit en vigueur à un état de chose coneret ; la décision est, comme toute conséquence logique, indépendante de la volonté ; nul n'a la liberté de décider si les conséquences doivent se produire ou non ; elles se présentent — comme l'on dit — d'elles-mêmes, avec une nécessité intrinsèque. L'homme qui a mission de prendre la décision a pour devoir évidemment d'établir préalablement les faits de la cause et dans cette opération une grande latitude est laissée à son appréciation ; mais il n'en est pas moins certain que la constatation des faits de la cause ne dépend pas de sa volonté, il doit fixer et édifier le point de fait, tel qu'il se présente à lui, tel que sa nature se reflète en son esprit. Pareillement, le droit objectif (la majeure du syllogisme) peut donner au juge un pouvoir discrétionnaire très étendu, lui imposer le respect des lois de l'équité, lui souffler une sentence arbitraire. Mais, néanmoins, le juge a le devoir de faire valoir non pas sa volonté *propre*, mais celle du Droit objectif ; il est la *viva vox legis* ; il ne crée pas la majeure, mais il la reçoit comme un don d'une puissance supérieure à lui. Le juge peut se *tromper* dans la fixation des faits, de la maxime juridique, des conséquences qui en résultent ; par suite, différents juges peuvent résoudre différemment le même cas ; mais un juge qui est fidèle à son devoir ne peut pas donner, selon son bon plaisir, des solutions différentes pour le même cas, c'est-à-dire remplacer une *opération logique*, qui est gouvernée par une majeure et une mineure et par les lois intellectuelles générales écrites dans la nature humaine, par sa propre *volonté libre*. Cette vérité a une même valeur, que ce soit un « tribunal » ou « une administration » qui ait la mission de prendre la décision.

Au contraire, l'acte administratif, c'est la production

d'un résultat voulu (1). Ici, non seulement les principes juridiques *peuvent* être les limites de la liberté d'action, mais encore ils peuvent être l'occasion positive de l'action ; l'acte administratif *peut* avoir pour fin de réaliser une mesure légale ; mais, en ce cas, il n'est plus dans la relation de la conclusion à ses prémisses, mais dans la relation de l'action à ses motifs. *Tout* but que l'État poursuivra peut devenir le motif d'actions administratives, par conséquent ce but peut être, à la rigueur, l'exécution d'un principe juridique établi par l'État ; mais les motifs peuvent se trouver absolument *en dehors* du Droit. La manière dont le résultat visé doit être obtenu, dépend, dans les limites fixées par le Droit et avec les moyens réellement en son pouvoir, de la volonté libre de l'administration. Il peut se faire que le but ne puisse être atteint que par une voie nettement tracée à l'avance ; que, par conséquent, la liberté laissée aux autorités dans le choix des actions qu'elles doivent entreprendre soit très limitée ou même supprimée complètement ; mais ce n'est là qu'une restriction fortuite et non essentielle. La contrainte tient à la nature de la décision, la liberté à la nature de l'acte administratif (2). Il peut être question, même

(1) V. v. *Sarvey*, p. 1, 13, et surtout *Bernatzik*, p. 9 seq.

(2) *Bernatzik*, p. 46, soutient que toutes les actions administratives dépendent au moins de la maxime juridique générale : « Fais ce que tu crois dicté par le bien public » et que, comme rendre la justice ne signifie pas autre chose qu'appliquer une maxime juridique, il n'est pas possible de concevoir pourquoi l'application de cette maxime générale ne pourrait pas être la justice ! On peut objecter à cela, que la proposition formulée par *Bernatzik* ne contient qu'un élément du *devoir professionnel* du fonctionnaire, d'une nature surtout morale, que sa transgression, comme l'explique *Bernatzik*, p. 44, ne peut entraîner que des peines disciplinaires. Une décision basée sur cette proposition n'a que le résultat suivant : c'est qu'un fonctionnaire dans, un cas déterminé, a agi conformément ou contrairement à son devoir parce qu'il a *crû* ou

à propos d'un acte administratif, de *l'application* d'un principe juridique; mais ce n'est pas comme dans un jugement dans un sens logique. Il n'est pas dit qu'un principe juridique, la majeure, doit être appliqué à un fait, la mineure; on établit par là que le *pouvoir* conféré par le principe juridique sera employé comme moyen pour obtenir un résultat déterminé.

Dans ce sens, les tribunaux ont, eux aussi, la mission d'entreprendre de nombreux actes administratifs, et cela, sur le vrai terrain du Droit civil et du Droit pénal; car les perquisitions, les arrestations, les actes d'exécution etc., sont des *actions* de l'Etat pour atteindre des fins déterminées. Il n'y a que la conception captieuse de la théorie de la séparation des pouvoirs qui se refuse à voir, dans ces opérations, des actes administratifs; mais, en fait, cela revient exactement au même, qu'un juge ou un fonctionnaire de la police ou de la douane ou un militaire exécute une perquisition ou une arrestation (1).

Il est plus compliqué de fixer les frontières de l'administration et de la législation au sens objectif dont il est question ici. Cette difficulté tient à ce que par action il faut entendre non seulement les actes qui produisent *directement* un résultat extérieur réel, mais encore ceux qui provoquent ces actes. Si l'on dit que quelqu'un s'est bâti une maison, on ne pré-

n'a pas cru que son action était dictée par le bien public. Au contraire, pour l'administration comme telle dans ses rapports avec les individus, cette règle est juridiquement sans portée; car la proposition: « Fais ce que tu juges utile », ne contient pas plus une limite juridique que la proposition: « Fais ce que tu veux. » V. aussi O. Mayer dans Archiv für öffentl. Recht I, p. 721.

(1) Même les actions de la juridiction gracieuse sont, en règle générale, des actes d'administration. G. Meyer, Verwaltungsr. I, p. 4; Seligmann, p. 71; Bernatzik, p. 2.

tend pas exprimer précisément qu'il y a travaillé de ses propres mains. De même, les actions de l'État sont ordinairement des opérations, qui peuvent se composer d'une série d'actions particulières. Et le centre de gravité n'est pas aux anneaux de l'extrémité de cette chaîne, grâce auxquels on arrive au résultat final, mais à l'action initiale qui détermine toutes les autres. Ainsi, l'action de l'État peut se réaliser grâce à une longue série d'ordres qui ne se communiquent, ne se ramifient, ne se transforment en prescriptions de détail, ne sont l'occasion de dispositions complémentaires de la part d'organes subordonnés etc., que *dans les limites* de l'appareil administratif, et ne se métamorphosent qu'aux points extrêmes en actions efficaces au dehors. Et en particulier, une action formant un ensemble à son point de départ, par exemple l'ordre de construire et d'exploiter un chemin de fer, d'ériger un établissement scientifique, de constituer de nouveaux corps de troupes etc., peut s'émietter en une infinité d'actions partielles. Il en résulte que la forme de l'ordonnance et, de même, la forme de la loi ont leur place à l'intérieur de l'administration au sens d'action de l'État. Une loi qui ordonne la construction d'un canal, d'un chemin de fer, d'un fort ou autorise un emprunt, est le *début* d'un ensemble d'actions par lesquelles tel résultat déterminé doit être atteint et elle est, par suite, un *acte administratif* au sens matériel du mot (1). Il n'y a pas contradiction à dire que

(1) O. Mayer, Franz. Verwaltungsrecht, p. 14 seq. dit très justement : « Si l'on considère les choses superficiellement, il peut arriver fréquemment que les actions aient l'air d'être déterminées par les règles juridiques de la loi, comme fait l'individu quand il entreprend des affaires de droit privé. En réalité, la situation est tout autre. Ici l'État n'a pas donné, par sa loi, des règles pour les actions futures *d'autrui*, comme le fait le droit civil. Car l'organe qui agit maintenant, le pouvoir exécutif,

la réalisation d'un acte administratif fait partie de la compétence du « pouvoir législatif », c'est-à-dire de l'organe chargé de la législation et qu'elle revêt la forme d'une loi ; car l'État peut *agir* par chacun de ses organes et sous toutes les formes reconnues par le Droit.

D'après cela, s'il existe, concurremment avec les lois et les ordonnances juridiques, des lois et des ordonnances administratives, on peut se demander à quel signe on distinguera les unes des autres. Il est absolument inexact de dire, suivant l'opinion très répandue, que les lois (au sens matériel) contiennent des dispositions générales, que l'administration au contraire consiste dans la réglementation de questions *individuelles* ou *concrètes* (1). En admettant même que, pour qu'il y ait loi, il soit nécessaire d'établir une disposition juridique générale (V. plus haut p. 261) il est indiscutable que les actes administratifs *ne se bornent pas* à la réglementation de questions individuelles ou concrètes (2). Des règlements relatifs au service des postes et télégraphes, des douanes, des intendances etc., contiennent des dispositions qui s'appliquent à une infinité de cas isolés, et elles peuvent rivaliser avec n'importe quelle loi au point de vue de la généralité. La différence repose sur une base plus profonde.

Le Droit consiste à *limiter* les droits et les devoirs mutuels des individus ; par sa nature, il suppose une *collectivité* de personnes, dont la volonté peut entrer en conflit l'une avec l'autre ; le Droit civil est un pouvoir placé au-dessus de l'individu. Les règles de

c'est encore lui-même ; par la loi administrative, il a *déjà commencé* à agir ; ce qui arrive ensuite, ce n'est que la continuation. »

(1) Par exemple G. Meyer, *Verwaltungsrecht*, § 1, *Staatsrecht*, § 176 ; Seligmann, p. 68.

(2) Rosin, p. 28 ; Bernatzik, p. 4 seq. ; Anschütz, p. 60 seq.

conduite qu'un individu s'impose, ne peuvent jamais être des dispositions juridiques ; personne ne peut avoir envers soi-même un droit ou un devoir juridique, personne ne peut commettre envers soi-même un délit juridique. Pour que le droit puisse commander, il faut que la sphère laissée à la volonté d'un individu soit nettement séparée des sphères soumises à la volonté d'autrui par des règles contenant des ordres, des défenses, des permissions, et il faut qu'il existe des droits, des obligations, une protection contre les empiètements ou la résistance d'autrui. Il en est de même de l'Etat, quand il se présente, non comme le créateur du droit, mais comme une personnalité qui agit et gouverne dans les limites fixées par ce Droit. En dépit de son pouvoir souverain qui le rend capable de façonner lui-même le Droit, l'Etat est *subordonné* dans son activité administrative au Droit établi par lui ; la sphère où règne la volonté des autorités chargées de l'administration a des limites juridiques qui la séparent de celle des individus, des communes, des autres organes de l'Etat (1). Mais il ne peut y avoir place pour un principe juridique, que là où la sphère soumise à la volonté de l'Etat administrateur (administration) est en contact avec une autre sphère quelconque reconnue par le Droit, que là où des empiètements réciproques, un conflit, un compromis sont possibles. Mais les règles, qui restent *dans les limites* de l'administration même, qui, en aucun sens, n'imposent des limites ou ne confèrent des pouvoirs à un individu étranger à cette administration, qui ne lui accordent rien et ne lui enlèvent rien, ne lui ordonnent rien et ne lui défendent rien, ne sont pas des dispositions juridiques (2). Quand l'administration règle sa propre

(1) *Rosin*, p. 2 seq.

(2) *Rosin*, p. 29.

conduite à l'intérieur du domaine où sa volonté est libre et fait loi, il n'y a pas plus d'empiètement sur la sphère du Droit que lorsqu'un particulier prend des mesures relatives à son ménage, à sa fabrique, à son exploitation agricole ou que lorsqu'une réunion d'actionnaires, une association, une commune prennent des décisions relatives à ce qui les intéresse. Je ne veux pas dire par là que le règlement, que l'administration s'impose, soit sans importance ou indifférent pour les citoyens de l'État ; en fait, il leur est utile ou nuisible et *l'intérêt*, que les particuliers peuvent avoir dans les institutions de l'administration, peut fort bien être capital ; mais il n'est pas besoin, pour cela, de le transformer en une question de *Droit* et comme tel d'assurer sa protection. L'infraction à une disposition administrative, commise par un fonctionnaire, peut donner lieu à une plainte ; mais cette plainte n'a que le caractère d'une dénonciation à l'autorité supérieure. Celle-ci peut, selon son bon plaisir, lui donner la suite qu'elle estime opportune. Au contraire, l'infraction à une disposition juridique rend possible — alors même qu'un recours par la voie contentieuse n'est pas ouvert — une plainte qui a le caractère d'un moyen juridique et exige une décision dans le sens développé plus haut (p. 514) (1).

Par ces considérations, nous voyons clairement pourquoi les règlements, instructions et circulaires, en dépit de la généralité des règles qu'ils renferment, ne sont pas des dispositions juridiques. Mais, de même, une loi qui prescrit l'installation d'un canal ou d'un chemin de fer, qui autorise un emprunt, qui ordonne de procéder à une exposition, à une expédition au Pôle Nord, à une enquête scientifique etc., est un acte administratif et non juridique ; car elle ne règle

(1) *Rosin*, p. 30.

aucune sorte de rapports juridiques entre l'Etat qui administre et une autre personnalité juridique placée en face de lui.

Si nous avons exposé dans ce qui précède l'opposition *théorique* entre les dispositions juridiques et les dispositions administratives, il s'en faut cependant que la difficulté soit complètement résolue. Il y a, en effet, une grande quantité de dispositions relatives à des affaires de l'Etat, qui, *par leur contenu*, laissent place à une double conception ; on peut se les représenter comme de simples instructions aux autorités et aux fonctionnaires, mais aussi on peut les envisager au point de vue des droits et des devoirs qu'elles créent pour des tiers (1). L'intérêt des sujets, pour une certaine manière de régler les affaires, peut être érigé en *Droit* ou non. Pour savoir quelle est l'alternative voulue, il faut se livrer à une interprétation et nous avons déjà montré (p. 344 et s.), que, par exemple, dans les lois de justice proprement dites, il se présente des règles qui ont le caractère de simple instruction. Mais si le texte et l'ensemble de l'instruction ne donnent aucune certitude sur ce point, *la forme de ce que le mode de publication donne offre*, en réalité, un caractère infaillible dans la plupart des cas. *La forme de l'ordonnance* ne se prête pas, par sa nature à la publication de dispositions juridiques, si la loi ne confère pas des pouvoirs spéciaux. Si ce n'est pas le cas, il va de soi que les dispositions publiées sous la forme d'ordonnances n'ont pas la valeur et l'effet de dispositions juridiques ; elles ne peuvent être admises que comme ordonnances administratives. Mais si une ordonnance a été publiée en vertu d'une délégation légale et si, *d'après son contenu*, on ne sait pas si on a voulu faire une ordonnance

(1) V. Seligmann, p. 104 seq. ; Jellinek, System der subj. Rechte, p. 221 seq.

administrative ou juridique, on résoudra la question en se demandant si l'ordonnance a reçu la forme qui est prescrite pour la publication des règles de droit ou non (1). Si la publication n'a pas été faite *aux termes de la Constitution*, l'ordonnance n'est pas valable en tant qu'ordonnance juridique et n'a d'autre valeur que celle d'ordonnance administrative ; si, au contraire, l'ordonnance est dûment publiée, ce seul fait suffit à prouver qu'on a *voulu y voir une ordonnance juridique*, puisqu'il n'y a que les ordonnances administratives qui ne soient pas publiées (2). Le résultat pour le Droit public de l'Empire, c'est donc cette simple proposition que toutes les ordonnances qui ne sont pas publiées au Bulletin des lois de l'Empire n'ont la valeur que d'ordonnances administratives (3). Si, enfin, on a employé la *forme de loi* et que le contenu *puisse* avoir l'efficacité d'une disposition juridique, il faut admettre qu'il doit être une disposition juridique ; car il faut partir de ce principe que la forme est adéquate au fond et que, par conséquent, la forme de loi n'est appliquée que lorsque la forme d'ordonnance ne suffit pas. Assurément, si le fond juridique fait défaut, il n'est pas possible, en observant la forme de loi, de transformer un acte administratif en disposition juridique.

(1) Ainsi, le contenu de l'ordonnance n'est nullement indifférent, mais il vient en première ligne et il est d'une importance capitale quand il s'agit de décider si une déclaration de volonté de l'Etat est un principe juridique ou un ordre administratif. C'est ce que semble oublier *Tezner* dans la *Grünhuts Zeitschr.* vol. XXI, p. 187.

(2) V. le § 65.

(3) V. sur ce point et sur les exceptions à la règle, *supra*, p. 412 seq. Si l'on admet, comme la cour suprême, de l'Empire qu'il ne soit pas nécessaire que les ordonnances juridiques soient publiées dans le Bulletin des lois et que la manière de leur publication soit livrée au bon plaisir du gouvernement, ce critérium perd sa valeur et le juge décide à son gré, si une ordonnance a la force d'une règle juridique ou la force d'un ordre de service.

Parmi les dispositions que l'on peut envisager aussi bien au point de vue de la législation (matérielle) qu'au point de vue de l'administration, il y a, en particulier, l'organisation de l'appareil administratif lui-même, l'organisation des autorités. Il est facile de distinguer théoriquement la création de cet appareil, de l'activité administrative. L'institution d'autorités administratives n'est pas, tant s'en faut, l'activité administrative elle-même ; elle la prépare seulement et la rend possible ; elle donne à l'État les organes au moyen desquels l'État pourra déployer son activité. Comme toute personne juridique est une création du droit, son organisation est déterminée par le droit et réglée par lui ; et la structure et la vigueur de ses organes reposent sur des maximes juridiques. De même que, dans tout le domaine du Droit privé, on ne saurait se figurer aucune espèce de personne juridique, dont les formes constitutives et les organes ne soient pas tracés à l'avance par des maximes juridiques ou réglés par des statuts, de même, dans le domaine du Droit public, il n'y a pas de personne juridique sans organes existant au nom du Droit. C'est surtout vrai quand il s'agit de l'État dont la Constitution est la partie la plus importante de son Droit spécial. Il n'y a donc pas non plus d'État dont le Droit constitutionnel ne contienne de règles établissant les organes chargés d'exercer l'activité administrative et dont la législation ne prescrive des mesures relatives à l'organisation de l'administration. Mais, d'autre part, la personne juridique une fois organisée et capable d'action peut continuer, par son activité propre, à développer davantage son organisation, à la compléter et à la spécialiser. Pour savoir si l'organisation des corps constitués et la délimitation de leur sphère d'action sont un acte législatif ou administratif, il suffira de même d'ap-

pliquer le principe fondamental que nous avons exposé. Il importera d'établir si la mesure ne doit être efficace *qu'à l'intérieur* de l'appareil administratif ou si elle étend ses effets *au dehors* (1). Si une autorité doit être investie de pouvoirs souverains de l'État pour telle ou telle affaire, si on a voulu la mettre en état de commander aux sujets de façon que ses ordres aient un caractère d'obligation juridique, peuvent imposer ou interdire des actes à ces sujets, la création de cette autorité et la fixation de sa compétence forment une partie du *Droit*. On peut en dire autant de son recrutement, de la qualité de ses membres, de la conduite qu'elle doit tenir. La constitution et la composition des tribunaux ne sont pas seulement une question intérieure d'administration judiciaire ; le simple particulier a, à la régularité de leur organisation, *un droit* reconnu par le Droit public : un tribunal, qui va lui rendre la justice, doit être constitué de telle ou telle façon, comprendre un nombre déterminé de membres ayant telle qualité et nommés à vie, etc. Et on peut en dire autant des autorités administratives. D'autre part, l'installation de secrétariats et de greffes, d'instituts techniques et de bureaux, la répartition du travail dans les offices de l'État etc., peut être une question intérieure de l'administration, sans effet juridique d'aucune sorte pour les tiers et par suite étrangère au Droit. Cette organisation, cette répartition du travail, ces modifications etc., font donc partie des actions de l'État qui s'accomplissent à l'intérieur du

(1) C'est une pensée identique qui a guidé le législateur français quand il a établi, dans le droit administratif, une distinction entre les *autorités* et les *auxiliaires*. V. O. Mayer, p. 29 seq. « Les autorités sont des corps qui ont le pouvoir de donner un caractère obligatoire à leur volonté. » « Les auxiliaires ne s'occupent pas de questions juridiques de droit administratif. » De même Jellinek, p. 243.

Droit général, c'est-à-dire des actes administratifs. L'exécution de ce principe bien simple en lui-même n'est compliquée, le principe lui-même n'est obscurci que parce qu'il rencontre sur son passage deux autres principes. C'est que, premièrement, le principe de l'autorité formelle de la loi, développé plus haut § 57, ne souffre pas d'exception; une institution administrative organisée en vertu d'une loi, ne peut être modifiée que sous la même forme, bien que toute son importance reste à l'intérieur de l'appareil administratif et cesse à ses limites. Deuxièmement, la liberté d'action du chef de l'État et de ses ministres, au point de vue de l'organisation administrative, est sévèrement limitée, bien que d'une façon indirecte, par le droit de la représentation nationale à prendre part à la fixation du budget. V. plus haut p. 13 et s.

III. — *Le Droit administratif.* -- S'il est exact que l'administration, c'est l'activité du gouvernement remplissant les devoirs de l'État, il en résulte que, par définition, l'administration peut se passer de dispositions juridiques spéciales; l'on peut s'imaginer l'État se soumettant, dans l'exercice de cette activité, au Droit général en vigueur pour les autres personnes juridiques, et s'estimant satisfait de ce Droit. Et c'est, en effet, ce qui arrive pour des groupes importants et complexes d'affaires administratives, tels que l'administration des domaines, des forêts, des mines, des fabriques ou l'exploitation d'autres entreprises industrielles ou commerciales. On peut tout aussi bien se représenter, comme l'histoire nous l'enseigne et comme cela est arrivé parfois, l'administration de la poste, de l'enseignement et d'autres services intéressant la prospérité publique se soumettant aux règles communes du Droit général. Donc, les cas où l'activité administrative de l'État obéit à

des dispositions juridiques *spéciales* constituent théoriquement l'exception. Mais, en fait, les rôles sont intervertis parce que, pour remplir comme il convient ses fonctions, l'État a besoin ordinairement de règles juridiques spéciales qui sont sinon nécessaires, du moins utiles.

Ces règles juridiques particulières se divisent en deux catégories de caractère très différent. L'État fait usage, parfois, afin de réaliser sa tâche, de son droit souverain sur le pays et ses habitants; il exige certaines prestations, ordonne certains actes et limite, par des interdictions, la liberté d'action des sujets; mais parfois, au contraire, il renonce à faire valoir son *imperium* et se met sur le même rang que d'autres personnes juridiques. C'est à cette distinction que tiennent les deux catégories de principes de Droit administratif. *L'imperium* n'est pas, dans l'État moderne civilisé, un pouvoir arbitraire; il est réglé suivant des maximes juridiques; c'est la caractéristique de l'État juridique (*Rechtsstaat*), que cet État ne saurait exiger de ses sujets un acte positif ou négatif, leur imposer ou leur interdire quoi que ce soit, qu'en vertu d'un principe juridique. Ces règles juridiques peuvent relever du Droit coutumier; mais ordinairement, dans l'État moderne, elles ont des lois pour sanction. Ces lois ont toutes pour fin une restriction du pouvoir de l'État. Elles donnent les prescriptions juridiques relatives aux empiètements que l'État *peut* se permettre sur la personne et la fortune de ses subordonnés; d'autre part, elles fixent en même temps la sphère qui est juridiquement à l'abri de ces empiètements. Le contenu général de toutes ces lois définit le contenu juridique du pouvoir de l'État, tel qu'il est fixé par la législation positive d'un certain État déterminé à un moment déterminé. Ces lois constituent le véritable élément du *Droit public* dans

le Droit administratif. Mais lorsque l'Etat renonce à faire valoir ses droits souverains et, en principe, se met sur le même rang que d'autres personnes juridiques, l'Etat crée à son profit des maximes juridiques plus avantageuses ou tout au moins spéciales qui facilitent son action quand il remplit sa mission gouvernementale. Des lois de cette nature modifient le *Droit privé*, le *Droit pénal* ou la *procédure*, et remplacent les règles générales par des règles *spéciales*. Si ces principes juridiques spéciaux sont formulés dans des lois particulières, cela ne tient pas à leur nature juridique, mais à des motifs techniques de l'art législatif ; les lois de Droit privé elles-mêmes, les Codes et surtout le Code pénal renferment une infinité de dispositions qui modifient ou complètent les règles juridiques en vigueur, au profit de l'Etat administrateur (1).

Ces deux catégories de lois sont des lois au sens matériel du mot, car elles renferment des règles juridiques. Même quand elles paraissent sous forme d'ordonnances, elles ne sont pas des manifestations de l'activité administrative, mais des actes législatifs ; elles ne sont pas des actions de l'Etat, mais la sanction de règles juridiques qui président à ses actions.

IV. — *Le perfectionnement du Droit public par l'administration.* — L'administration ne se borne pas à appliquer et exécuter le Droit public, elle contribue en même temps à le développer ; elle en est une source. En veillant à la satisfaction des besoins de l'Etat et de la société, l'administration conduit à de nouveaux principes juridiques. De même que les rapports d'affaires entre individus développent lentement, mais sans interruption, le Droit privé et font naître, du contenu des affaires juridiques sans cesse répété

(1) V. ma dissertation dans l'Archiv für öffentl. Recht II, p. 155 seq.

au point de devenir un cliché, d'abord des usages, puis des maximes juridiques, qui, sous forme de Droit coutumier ou par la reconnaissance de la loi, prennent un caractère impératif, de même l'activité administrative, toujours égale à elle-même, répétée une infinité de fois et se pliant aux besoins de l'Etat, produit d'abord une tradition administrative et enfin des principes de Droit public. Le Droit lui-même n'est, pour ainsi dire, que la quintessence de tout ce qui a précédé ; sa mission est de fixer le développement antérieur ; les besoins de la vie publique et de l'économie politique sont toujours antérieurs aux principes de Droit, qui sont leur produit dans des circonstances normales. Bien que le Droit en vigueur règle la forme et le fond des affaires juridiques et soit, pour le développement ultérieur, un élément essentiel et décisif, le Droit n'est pourtant jamais quelque chose d'achevé, c'est-à-dire de mort ; il subit une évolution, des changements perpétuels. Et cela n'est pas seulement vrai du Droit privé, on peut en dire tout autant du Droit public. Les conditions de la vie se renouvellent sans cesse, créant de nouveaux malaises, de nouveaux besoins pour la Société et par suite de nouveaux devoirs, de nouvelles fonctions pour l'Etat. Voilà pourquoi le Droit en vigueur ne suffit jamais complètement à tous les besoins du présent, il n'est toujours que le résultat du passé. L'administration est tenue de pourvoir aux besoins du présent ; et, sans sortir au début des limites du Droit établi, elle produit insensiblement une transformation, une extension et un développement du Droit. Dans certains cas, cette influence peut être si puissante qu'elle bouleverse totalement l'ancien Droit. L'ancien *jus civile* des Romains a succombé sous les ordonnances officielles des préteurs et des édiles, sous le *jus honorarium* ; l'ancien Droit national des

racés germaniques a disparu pour faire place aux instructions officielles que donnaient les rois mérovingiens et carolingiens dans leurs capitulaires ; le Droit commun de la fin du Moyen Age fut transformé de fond en comble, modifié et développé sur tous ses points par les ordonnances administratives des conseils des villes ; le Droit transmis par le Moyen Age fit place à un Droit absolument nouveau, qui puisait ses éléments dans les instructions et les ordonnances administratives que les souverains adressaient à leurs baillis, à leurs maîtres des comptes, à leurs juges auliques, à leurs présidents de chambre, en un mot à leurs fonctionnaires.

Ainsi, l'activité administrative de l'État est en même temps l'exécution et la création du Droit public ; il y a un échange continuel d'influence entre l'administration et la formation du Droit. C'est par là seulement que se manifeste, avec toute son importance, la participation de la représentation nationale à l'activité *administrative* de l'État. Elle ne consiste pas simplement à pouvoir critiquer, au moment des débats parlementaires, toute infraction aux lois commise par les administrations, toute exécution fautive et inopportune de ces lois ; il ne suffit pas non plus de dire, pour en montrer l'étendue, que par la discussion du budget de l'État la représentation nationale accorde les ressources financières nécessaires à l'activité administrative des autorités ; elle se manifeste surtout par ce fait, que la législation est une forme sous laquelle l'État exprime sa volonté non seulement de donner une sanction à des principes juridiques, mais aussi de réglementer et de régulariser l'activité administrative.

§ 65. — *Les formes des actes administratifs.*

I. — L'administration — nous l'avons exposé au paragraphe précédent — c'est l'action, c'est la conduite des affaires. Or, la conduite des affaires de l'État comprend, comme la conduite des affaires quelconques, soit des actions de fait, soit des opérations juridiques. Les actions de fait, qui constituent la plus grande partie de l'administration de l'État, ne sont pas réglées par des principes juridiques ; les innombrables travaux que l'État fait exécuter dans les différents domaines de l'administration ; n'ont pas plus d'intérêt et de portée juridique que les occupations et les travaux des individus. Ce qui a de l'importance pour le Droit public, ce sont uniquement les *opérations juridiques* de l'administration. Ces opérations sont identiques à celles qui sont accomplies dans le domaine du Droit privé ; elles sont bilatérales (des contrats) ou unilatérales (des arrêtés).

1° Le traité ou contrat trouve sa place partout où l'État n'est pas à même de s'acquitter de ses devoirs à l'aide des droits souverains dont il est investi. Le traité peut être conclu avec un autre gouvernement, c'est alors un traité international ; il peut aussi avoir pour fin d'établir une relation de Droit public, par exemple la nomination de fonctionnaires, la naturalisation, c'est alors un traité de *Droit public* ; il peut enfin concerner une question d'intérêt matériel ou pécuniaire, c'est alors un traité de *Droit privé*. L'administration est sans cesse obligée de conclure des traités de cette nature ; la livraison de marchandises, l'exécution de travaux, la construction d'ouvrages, la réalisation de moyens financiers, etc.,

peuvent fournir matière à ces traités. Et l'Etat peut, de son côté, entreprendre l'exécution de travaux ou la livraison de marchandises, etc. ; c'est ce qui arrive dans le service de la poste, dans les chemins de fer de l'Etat, les forêts, le pilotage, etc. La situation juridique créée par le traité devra être jugée conformément aux principes généraux du Droit privé, si toutefois ils ne sont pas modifiés par des dispositions juridiques spéciales, introduites au profit du fisc. Il résulte aussi de là, qu'il y aura lieu d'employer la voie du procès judiciaire quand on voudra mettre fin aux litiges relatifs aux droits et aux devoirs créés par ces traités. Par conséquent, il y a une très grande partie de l'activité administrative de l'Etat qui obéit non pas à des règles particulières du Droit public, mais à celles du Droit privé et de la procédure civile. Toutefois, les principes du Droit public interviennent à un double point de vue :

a) Au sujet de la *personne* qui conclut le traité au nom de l'Etat. L'Etat n'est engagé que par les traités qu'un de ses plénipotentiaires a conclus en vertu d'une délégation de ses pouvoirs, c'est-à-dire auxquels a pris part un fonctionnaire de l'Etat dans les limites de sa compétence. Ce principe, applicable à toutes les personnes juridiques, a pour conséquence de faire régler en partie d'après les règles du Droit public la question de la validité d'un traité conclu par l'Etat. Les pouvoirs d'un corps constitué varient suivant la sphère qui est assignée à son activité ; une personne a l'autorité nécessaire pour agir au nom d'un corps constitué quand elle est chargée de diriger l'administration en question. Par conséquent, la validité d'un traité que l'Etat a conclu dans un but administratif dépend de la réponse donnée aux deux questions préliminaires suivantes : la personne qui a conclu le traité au nom de l'Etat est-elle légalement

investie de cette fonction ? le traité en question fait-il partie de la sphère administrative où cette administration est compétente ? Les deux questions sont des questions de Droit public. On décidera de la première conformément aux principes juridiques qui règlent la nomination des fonctionnaires publics, de la deuxième suivant les dispositions par lesquelles le Droit public institue le système administratif et la compétence de chaque administration. Mais, à ces deux points de vue, il faut se garder de confondre les articles du budget de l'État avec les règles juridiques dont nous venons de parler. Le chef de l'État peut commettre une infraction au Droit en nommant un fonctionnaire pourvu de traitement, sans que ce traitement ait été porté au budget ; mais néanmoins, la concession de la fonction et les pouvoirs qui en sont inséparables, ont une valeur juridique complète, si l'on a observé les formes prescrites. Et de même, les traités conclus par une administration dans les limites de sa compétence légale sont parfaitement valables, quand même ils excèdent les crédits portés au budget. Les tiers n'ont pas à se préoccuper de savoir dans quelle mesure les chefs du fonctionnaire qui a conclu le traité peuvent le rendre responsable de cet acte et peut-être exiger un remboursement.

b) Au sujet du *contenu* des traités. En général, les parties contractantes ont pleine et entière liberté de conclure, dans les limites fixées par la loi, toute convention qui leur plait. Les principes du Droit relatif aux obligations ont, en règle générale, le caractère du *jus dispositivum*. Et c'est vrai surtout des affaires juridiques qui sont conclues au service de l'administration de l'État. Ce sont précisément les innombrables traités que les administrations ont l'occasion de conclure qui montrent

très clairement que l'activité administrative ne consiste pas à appliquer ou à exécuter les lois ; l'État jouit, dans ces opérations, de la même liberté d'action que toute autre personne juridique, et les autorités qui ont qualité pour administrer les affaires de l'État ne sont pas, en règle générale, au moment où elles discutent les conditions d'un traité, dans une autre situation que les organes chargés des affaires de personnes juridiques (corporations, fondations, sociétés par actions). Mais exceptionnellement, la loi peut imposer si nettement le contenu des traités que les administrations sont obligées de les conclure suivant un modèle strictement déterminé. Ces exceptions tiennent, soit à l'intérêt financier de l'État, et ont pour cause la participation de la représentation nationale à l'organisation budgétaire de l'État, soit au souci de la prospérité de la nation. Comme exemple d'exceptions de la première classe, on peut citer les lois relatives aux emprunts. Elles peuvent non seulement autoriser le gouvernement à contracter l'emprunt jusqu'à concurrence d'une certaine somme, mais elles peuvent aussi établir à quelles conditions l'emprunt sera contracté, quels seront les intérêts, comment la dette sera amortie. Et de même, une loi qui autorise le gouvernement à acheter un chemin de fer ou à l'exploiter directement, peut fixer en détail les conditions sur lesquelles on devra se mettre d'accord avant de conclure le traité projeté. L'Empire nous en offre un exemple important dans les traités avec les entrepreneurs au sujet des relations postales par bateau à vapeur avec les pays d'outre mer ; les points principaux en ont été fixés par la loi d'Empire du 6 avril 1885 (Reichsgesetzbl., p. 85).

Les institutions concernant les établissements de transport donnent un exemple particulièrement clair

des exceptions de la deuxième classe. Il serait absolument intolérable d'être obligé ou de pouvoir, chaque fois que l'on remet une lettre, établir spécialement les conditions auxquelles la poste devra se charger de l'expédition. Il faut que ces conventions conclues un nombre infini de fois aient un contenu absolument fixé à l'avance. Sans doute, rien ne s'oppose à ce que ce soient les administrations elles-mêmes qui fixent la convention en général et déterminent en particulier le montant des frais à acquitter. C'est ce qui existe actuellement dans l'exploitation du télégraphe, des chemins de fer, de plusieurs branches de la poste, etc. Mais le contenu de ces traités peut aussi être fixé *par une loi*, comme le cas s'est produit en particulier pour l'expédition des lettres. Le tarif fixé par la loi ne contient pas de principes juridiques, c'est un prix courant; mais l'administration *n'a pas le droit* de conclure des traités relatifs à l'expédition des lettres à d'autres conditions qu'à celles fixées par la loi. De même, les traités relatifs à la situation des fonctionnaires ne peuvent pas être conclus par le gouvernement sous d'autres formes que celles stipulées dans la loi sur les fonctionnaires, particulièrement en ce qui concerne le traitement et la retraite. Mais non seulement les sommes à payer ou à percevoir par l'Etat; mais le contenu entier des traités, que l'administration doit conclure, peut être fixé par la loi. Alors il est inutile de répéter chaque fois ce contenu; il vaut comme convenu sans déclaration expresse. Ce qui était à l'origine, par sa nature, matière à traité se transforme en droit reconnu par la loi, absolument comme dans le domaine du Droit privé le cliché sans cesse répété d'innombrables affaires donne naissance à un principe du Droit coutumier. Dans un cas, c'est le commandement que l'Etat donne dans la loi, dans l'autre l'*opinio juris*,

c'est-à-dire la conscience du caractère juridique obligatoire de l'opération, qui effectue la transformation de la volonté manifestée dans le traité en *règle juridique*. Mais cette volonté ne disparaît pas par là. Sans doute, le vendeur se porte garant des qualités qu'il attribue aux marchandises vendues en vertu d'un principe juridique, qu'il le veuille ou non ; mais aussi, d'autre part, cette garantie répond à sa volonté exprimée dans le traité, indépendamment de la loi qui lui impose cette garantie ; et de même, les droits et les obligations de l'État dans les traités conclus par suite de l'exercice de l'administration reposent non seulement sur la règle abstraite de la loi, mais aussi sur la volonté des parties contractantes devenue efficace dans le cas concret ; la loi et la convention ont un contenu identique.

2° L'arrêté ou décret est un acte unilatéral de Droit public. Il est un acte dans lequel l'administration seule manifeste sa volonté ; sa validité juridique et son efficacité ne sont pas subordonnées à l'assentiment de la partie qu'il intéresse. Même quand il arrive que cet assentiment est affirmé ou constaté avant ou après la publication du décret, il n'est pas une condition juridique de la validité du décret. C'est par les décrets que l'État met en pratique le droit souverain dont il est investi à l'égard du pays et des sujets, et, par conséquent, la nature de l'arrêté ou du décret, c'est d'être un commandement. C'est en cela que consiste l'antithèse entre le décret et le traité conclu dans le maniement des affaires de l'État ; c'est aussi ce que le décret a de commun avec la notion de loi. D'autre part, le décret se distingue de la loi en ce qu'il est une *opération juridique* ; il n'établit pas des principes juridiques, mais des relations juridiques ; il règle des cas isolés ou une série de cas isolés ; il fonde des devoirs concrets, subjectifs, et l'exercice des droits

juridiques subjectifs de l'Etat administrateur. Les obligations résultant de traités (acceptées volontairement) persistent, que l'intéressé en exige l'observation ou non, et elles ne s'éteignent, en règle générale, que par l'accomplissement ou la renonciation ; les devoirs des citoyens de l'Etat (*imposés* par la loi) sont au contraire des devoirs d'*obéissance*, ils restent lettre morte si l'Etat n'exige pas qu'ils soient remplis, c'est-à-dire ne le commande pas, et ils peuvent, par conséquent, rester absolument sans effet, si cet ordre n'est pas donné effectivement. L'essence des devoirs civiques consiste simplement dans l'*obligation juridique* d'obéir à un ordre des autorités. Les lois ne règlent les conditions et l'étendue de ces obligations qu'abstraitement sous la forme logique de la règle juridique ; pour devenir effectives, il faut qu'elles soient appliquées au cas concret. La forme juridique dans laquelle cela se produit, c'est le *décret*. La perception des impôts, des douanes, des frais, l'appel sous les drapeaux des hommes astreints au service militaire, la convocation qui invite les jurés et les prudhommes à s'acquitter de leurs fonctions judiciaires, les règlements par lesquels la police exerce son activité dans tous les domaines de sa compétence soit en donnant les ordres, soit en interdisant certains actes, en offrent d'innombrables applications.

Mais le contenu du décret ne consiste pas *nécessairement* dans un ordre de prestation ou d'abstention, il ne se borne pas *exclusivement* à cela. On retrouve, dans le domaine où le décret fait loi *in concreto*, la même variété d'affaires juridiques que la loi règle *in abstracto* (1). Ainsi, le contenu du décret

(1) G. Meyer, Staatsrecht, § 177, et Verwaltungsrecht I, § 8, Bernatzik, p. 12 donnent une classification systématique des actes administratifs suivant leur contenu.

peut avoir pour fin une concession, une autorisation, une permission ou la privation de quelque chose par expropriation, confiscation ou limitation d'un usage (1). De plus, l'objet du décret peut être une *décision* ; de ce nombre sont les décrets par lesquels les autorités administratives fixent certaines peines, répondent à des plaintes, authentiquent et légalisent des pièces de légitimation. Enfin, il ne faut pas oublier que le contenu d'un décret peut comprendre des éléments divers, et en particulier peut combiner une décision avec des ordres, interdictions, concessions, etc., qui en sont la suite, de sorte que l'application du Droit et l'action (la jurisprudence et l'administration au sens exposé p. 513 et s.) paraissent s'unir extérieurement dans un seul et même acte de l'État.

Mais, dans tous les cas, l'État administrateur entre, par le décret, en relation juridique avec des tiers c'est-à-dire avec ses sujets, simples sujets ou corporations, à l'égard desquels il fait usage de son droit souverain ; par contre, tous les actes qui n'ont d'effet qu'à l'intérieur de l'administration se trouvent exclus de la définition dont il est question ici.

Le décret est un *acte juridique* ; il doit donc remplir certaines conditions de fond et de forme imposées par le droit.

a) *Fond du décret.* — Le commandement contenu dans le décret doit reposer sur une base juridique, c'est-à-dire que le pouvoir d'ordonner ou d'interdire, d'accorder ou de refuser quelque chose à quelqu'un etc., dont l'État *fait usage* dans le décret, doit être reconnu par une disposition juridique. Le devoir d'obéissance qui incombe au citoyen dans l'État moderne n'est pas illimité ; la

(1) Mais ces décrets renferment aussi des ordres de l'État. V. Bernatzik, p. 11 ; Seligmann, p. 29 seq.

détermination de son étendue n'est pas laissée au bon plaisir du gouvernement. Ce serait inadmissible même dans le cas de force majeure ; il n'y a plus trace dans le droit actuel d'un *jus emittens* de l'État, qui puisse dans les moments d'extrême nécessité faire d'un citoyen un esclave de l'État ; dans tous les temps et quelles que soient les circonstances, les droits du pouvoir politique à l'égard de l'individu sont fixés par des dispositions juridiques et par suite restreints. Donc, tout ordre administratif doit reposer sur une loi qui confère au gouvernement le pouvoir d'exiger des sujets telle prestation, tel acte, telle abstention. Ce principe ne souffre pas d'exception et s'applique non seulement aux charges financières ou militaires, mais, dans la même mesure, aux ordres de la police (1).

La question de savoir si un décret renferme un ordre qui est ou non de la compétence du gouvernement est une *question de droit pur* et doit être toujours *résolue* uniquement par un examen juridique, par une étude logique qui applique au décret

(1) Même avis chez *Ulbrich*, p. 6, note 22 ; *Rosin*, p. 16 seq. ; *Gareis*, p. 97, 184, n. 3 ; *Zorn* I, 276 ; *Löning*, *Verwaltungsrecht*, p. 241 ; *Schulze* I, 623, 634 ; *Arndt*, *Verordnungsrecht*, p. 225. *G. Meyer* s'est élevé contre cette affirmation dans les *Hirth's Annalen* 1878, p. 383 ; mais dans son *Staatsrecht*, § 178, note 2, il a reconnu que le pouvoir de la police, de commander et d'interdire, doit reposer sur une *disposition juridique* ; il a simplement fait cette réserve, que cette disposition peut provenir du droit coutumier, ce qui est exact, mais sans importance au point de vue du droit public, dans l'état actuel de la législation. *V. Sarwey*, p. 32, est d'un avis diamétralement opposé ; son système a été réfuté déjà par *Rosin* dans le *Schmoller's Jahrbuch* IX, p. 308. Si *Sarwey* qualifie le principe universellement admis par les juristes modernes, condition et base de toutes les Constitutions et de toutes les législations modernes, « de prétention de l'individualisme dans sa lutte avec l'administration pour conquérir la liberté de se réglementer lui-même », on peut, avec tout autant de droit, appeler son assertion une prétention du despotisme ministériel aspirant à l'omnipotence.

le droit objectif, en mot par une décision judiciaire ; peu importe que, conformément au droit positif, ce soit une autorité judiciaire ou administrative qui ait qualité pour rendre cet arrêt. Le travail intellectuel reste le même, que le fonctionnaire qui procède à l'opération dépende de la justice ou de l'administration.

Mais la *base juridique* sur laquelle repose le décret n'est pas *uniquement et exclusivement* décisive pour justifier sa teneur. L'État ne doit pas faire des droits dont il dispose un usage vain et, à plus forte raison, un usage inopportun. L'État n'exerce pas ses droits souverains pour le plaisir de les exercer, mais simplement pour remplir ses devoirs politiques, c'est-à-dire simplement dans la mesure et de la manière dont ce but l'exige. Donc, le décret ne doit pas seulement être juridiquement recevable, il faut aussi qu'il soit nécessaire ou utile pour remplir les tâches de l'État ; en un mot il faut qu'il soit opportun. Pour résoudre la question : le décret remplit-il cette condition ? on ne se place jamais au point de vue juridique, c'est-à-dire que l'on ne s'appuie pas sur des règles de droit ; c'est toujours une question technique, politique ou financière etc. C'est dans l'examen et la solution de cette question d'opportunité que l'Administration jouit d'une *liberté* pleine et entière dans les limites du droit.

Cela nous amène à établir la différence fondamentale entre les décisions et les décrets.

Les *décisions*, sans excepter celles des autorités administratives, reposent exclusivement sur des dispositions juridiques ; les *décrets* administratifs, sans excepter ceux des tribunaux, doivent à la fois être juridiquement permis et justifiés par des raisons d'opportunité. Les lois n'ont pas moins un caractère *impératif* pour les autorités administratives que pour

les tribunaux ; en aucun cas, les autorités administratives ne peuvent violer les dispositions juridiques en vigueur pour des raisons d'opportunité ; mais, dans les limites de la loi, leurs actions sont déterminées par des raisons d'opportunité (1). Donc, le décret administratif peut être attaqué par l'intéressé à un double point de vue : au point de vue de l'absence de fondement juridique ou à raison de son inopportunité. La décision relative à ces deux griefs peut être confiée par le droit positif à une seule et même autorité ; la nature de cette décision n'en est pas altérée.

En aucun cas, le manque d'opportunité ne peut rendre le décret juridiquement nul ou illicite ; c'est là un grief sans importance *juridique*. Il peut déterminer l'administration supérieure à abroger ou modifier le décret dans l'intérêt même de l'administration ; il va sans dire que l'intérêt de l'administration ne fait qu'un avec celui de l'Etat. Au contraire, le manque de fondement juridique enlève au décret sa vigueur et son caractère impératif, même s'il est absolument opportun. Quand l'intéressé ne se soumet pas de bon gré au décret, ce qui lui est en général loisible (2), il faut que l'administration supérieure qui a acquis la preuve du défaut de fondement juridique, rapporte ou modifie le décret ; mais elle peut maintenir des décrets inopportuns, quand leur suppression entraîne à son avis plus d'inconvénients que leur maintien. Par des décrets illégaux le fonctionnaire encourt une responsabilité vis-à-vis de la personne lésée ; par des décrets inopportuns il peut s'attirer le blâme de ses supérieurs ou du public, mais il ne s'expose pas à une responsabilité effective.

(1) *Rosin*, p. 20 seq. *Otto Mayer Deutsches Verwaltungsr.* I, p. 100.

(2) Quand le décret n'impose pas une action défendue par le droit ou n'interdit pas une action prescrite par la loi.

Le manque d'opportunité a son remède dans l'organisme de l'administration, le manque de légalité met l'administration en conflit avec le droit.

Dans les différents domaines de l'activité de l'État, le champ laissé aux autorités administratives pour juger de l'opportunité de décrets est très inégal. Il est surtout restreint, en règle générale, dans le domaine financier ; la perception des impôts, des douanes, des frais est réglée si strictement par des principes juridiques qu'à propos des décrets des administrations des finances, des douanes etc., on ne peut guère se poser que la question de la légalité. Il en est tout autrement de l'activité de la police ; là, les lois se bornent, la plupart du temps, à conférer les pouvoirs généraux, très étendus, si bien que, dans le cas isolé, les raisons d'opportunité doivent déterminer s'il doit être fait usage du pouvoir conféré par la loi et de quelle manière ce pouvoir devra être exercé.

b) Forme du décret. — Le décret est une manifestation de la volonté des autorités, renfermant un ordre ou une concession ou une privation etc. De là, une triple condition. Il doit émaner de celui qui a qualité pour commander au nom de l'État ; il doit ensuite contenir, sous une forme claire, indiscutable, certaine, ce qui constitue son fond ; enfin, il doit être dûment notifié à celui qui intéresse l'ordre ou la permission.

a) Le décret doit émaner de celui qui a qualité pour le faire ; c'est-à-dire qu'il n'a un caractère d'obligation juridique que lorsqu'il émane d'une autorité dans les limites de sa compétence légale. Mais la compétence des autorités est limitée quant au territoire où elle s'exerce et quant à son objet ; de plus, elle est graduée suivant la hiérarchie des autorités. Ce n'est que dans les limites ainsi déterminées qu'une

autorité quelconque est investie de l'*imperium*. Tout décret rendu par une autorité en dehors de ces limites, est nul ; il lui manque la base sur laquelle repose son effet juridique, à savoir le pouvoir de l'État inséparable d'une certaine fonction. L'émission d'un décret de cette nature peut fort bien contenir les éléments d'un délit du fonctionnaire ; mais, en aucun cas, l'ordre donné par une autorité incompétente n'a force obligatoire, et, par conséquent, l'infraction à cet ordre ne peut pas produire des conséquences juridiques (1).

β) Le décret doit, comme toute manifestation de volonté, montrer d'une manière évidente et certaine, à quoi tend cette volonté, par conséquent, dans le cas présent, l'ordre des autorités. En principe, tout moyen de manifester cette volonté est permis ; l'écriture n'est pas le seul. Les décrets verbaux ne sont pas rares le moins du monde ; le commissaire de police qui dissout une réunion, assigne à un marchand une place déterminée au marché, somme un propriétaire de nettoyer la chaussée devant sa maison etc., donne ces ordres verbalement. Il en est de même de l'employé de la douane qui or-

(1) Mais cela ne s'applique qu'à des décrets émanant de personnes *absolument* incompétentes, c'est-à-dire qui ou bien n'ont pas de pouvoirs administratifs ou bien empiètent sur un autre ressort, sur un autre domaine que celui qui est soumis à leur compétence. Si, au contraire, le décret émane d'une autorité qui a, en principe, le droit de faire ces actes politiques, mais à qui on conteste le pouvoir de donner un ordre dans ce cas particulier, le décret n'est pas nul en principe, mais il doit être attaqué par un moyen juridique et annulé pour excès de pouvoir. La voie à suivre en cette hypothèse variera suivant les cas : elle consistera soit en une plainte à l'administration supérieure, soit en un recours auprès d'un tribunal administratif, soit en un procès civil ; la conséquence, en tout cas, c'est l'annulation ou aussi le maintien du décret par une *décision* qui aura lieu sous forme d'arrêt ou de décret. Cf. O. Mayer, Franz. Verwaltungsrecht, p. 141 seq.

donne à un voyageur d'ouvrir ses malles. Même les ordres que les autorités donnent par signes peuvent être valables, pourvu toutefois que ces signes soient compréhensibles pour tous ; ainsi la police peut déclarer une rue barrée, c'est-à-dire en interdire le passage par une barrière ou une perche munie d'un torchon de paille, etc.

Mais, en règle générale, l'ordre des autorités est écrit et l'usage général de la langue désigne les ordres donnés sous cette forme principalement par le terme *d'arrêté*. La forme authentique des arrêtés n'est pas déterminée par la loi d'une façon précise dans l'immense majorité des cas ; elle est réglée par l'usage administratif qui a établi des formulaires pour les cas les plus fréquents. En général, un décret a pour condition essentielle d'authenticité la signature de l'autorité ou du fonctionnaire qui la représente ; par contre, l'apposition du sceau de l'administration n'est ni nécessaire ni usuelle.

7) Le décret doit être notifié à celui qui doit s'y conformer. La notification a lieu, en règle générale, par remise (insinuation ou intimation). La théorie de la remise est établie juridiquement, en particulier en ce qui concerne les arrêts judiciaires et surtout les citations. La réglementation légale est nécessaire pour cette espèce de décret, à cause des conséquences que peut entraîner, au point de vue de la contumace, le fait de ne pas répondre à la citation judiciaire. Mais les dispositions relatives à la remise de décrets judiciaires ne dépendent pas du contenu de l'ordre judiciaire ; elles règlent au contraire les conditions auxquelles on peut admettre que l'arrêt judiciaire est parvenu à son adresse. Elles sont donc applicables à tous les arrêts sans distinction. C'est surtout vrai quand il s'agit de savoir à quelles personnes on peut remettre un arrêt, à la place de l'intéressé, de signi-

sier des arrêts à des personnes juridiques, associations, corporations, etc.

Quand l'arrêt s'adresse non pas à des individus déterminés, mais à une collectivité ou à des inconnus, la remise est remplacée par la notification publique par voie de journaux officiels et autres, d'affiches, etc. Cette notification n'a évidemment rien de commun avec la publication des lois et des ordonnances ; elle est de même nature que la sommation publique lancée par les tribunaux dans les cas de faillites, ventes aux enchères et autres ; *elle est un équivalent de la remise en mains propres.*

II. — Les ordres de service. — La définition de l'administration, entendue comme direction des affaires, nous conduit à cette constatation que l'activité des autorités n'est pas déterminée uniquement par la loi, mais par leur volonté libre dans les limites fixées par la loi. Or, cette liberté ne saurait être accordée à toute autorité dans sa sphère, sans que l'unité et l'harmonie nécessaires à la direction des affaires en soient compromises et troublées. Par volonté libre de l'administration, il ne faut pas entendre la volonté subjective de chaque fonctionnaire ; et par liberté d'action, il ne faut pas entendre le bon vouloir de chaque autorité subalterne. Les différentes autorités sont groupées en un système organisé et la direction des affaires de l'Etat, loin d'être divisée et émiettée, est répartie entre les autorités conformément à un plan. La répartition des affaires de l'Etat en petites sphères assignées aux différents bureaux doit marcher la main dans la main avec une centralisation de la direction des affaires. Les autorités les moins élevées sont donc, en ce qui concerne la direction des affaires, soumises aux instructions de l'autorité supérieure et tenues d'obéir aux

prescriptions qu'elles reçoivent. C'est le devoir des autorités supérieures de diriger et de surveiller le travail des fonctionnaires qui sont sous leurs ordres. Ainsi, l'administration des affaires de l'État s'exerce non seulement en donnant des ordres aux sujets, mais aussi en donnant des ordres à ses propres organes. L'obéissance aux ordres que l'autorité supérieure donne dans les limites de sa compétence constitue le *devoir professionnel* du fonctionnaire ; toute infraction à ces ordres est une faute disciplinaire (1).

Or, l'ordre de l'autorité supérieure peut être de deux sortes. Il peut s'appliquer à un cas isolé, concret, prescrire ou interdire tel ou tel acte déterminé, la conclusion d'un traité déterminé, il peut ordonner de prendre un arrêté déterminé. On désigne un ordre de cette nature sous la dénomination de *décret* ; mais il se distingue essentiellement des décrets dont nous venons de parler, en ce que son caractère obligatoire tient non pas aux droits souverains que la loi confère en général à l'État, mais au pouvoir hiérarchique particulier à l'autorité supérieure ; le devoir de l'observer ne fait pas partie du devoir du citoyen envers l'État, mais du devoir professionnel.

L'ordre de l'autorité supérieure peut avoir aussi une teneur générale, régler la conduite des fonctionnaires subalternes, en général ou pour une quantité indéterminée de cas, ou leur indiquer la voie qu'ils doivent suivre dans leur travail. Un ordre de cette nature s'appelle une instruction, une note officielle, un règlement, une *ordonnance* ou plus exactement une *ordonnance administrative*. La nature juridique de l'ordonnance administrative et les caractères essentiels qui la distinguent de l'ordonnance juridique

(1) V. plus haut, § 47, 48.

ont fait déjà *supra*, p. 518 seq. l'objet de notre étude. Par sa nature, elle n'est pas une loi, mais un ordre officiel, un *décret général* ; elle n'est pas la sanction de règles juridiques, mais elle ordonne ou interdit un acte administratif ou des agissements de nature purement pratique, ou bien elle prescrit par quelle voie ces actes juridiques et techniques etc. devront être exécutés. Donc, elle n'a de force obligatoire que dans les limites de l'appareil administratif même et non envers des tiers ; elle est une *res interna* de l'administration. Au point de vue de la forme de l'ordonnance administrative, il faut encore faire observer ceci :

1° Le pouvoir d'émettre des ordonnances administratives n'appartient pas seulement au monarque en tant que chef de l'administration, mais aux autorités des différents degrés hiérarchiques. L'ordre donné par un fonctionnaire supérieur a un caractère impératif pour tous les subalternes, mais elle ne leur enlève pas le droit d'émettre à leur tour, pour les employés placés sous leurs ordres, des ordonnances destinées à régler certains points que l'ordonnance du supérieur a passés sous silence. Bien que l'on réserve souvent le nom d'ordonnance aux dispositions émanant du souverain ou tout au plus des autorités centrales les plus élevées (ministres), et que l'on désigne celles qui émanent des autres autorités sous la dénomination d'instructions générales, rescrits, arrêtés, circulaires etc., il n'y a pourtant pas, entre ces actes administratifs, de différence essentielle, juridique. Il n'est pas nécessaire à cet effet de posséder une délégation légale spéciale permettant de rendre des ordonnances administratives ; les pouvoirs relatifs à ce point sont implicitement contenus dans les fonctions.

2° L'ordonnance administrative dont nous venons de parler n'a pas besoin d'une publication analogue

à celle qui est nécessaire pour les ordonnances de nature juridique ; il suffit, pour les premières, d'une remise faite de la main à la main ou d'une insinuation. Cette remise doit être faite aux autorités auxquelles des instructions sont destinées. La communication a lieu ordinairement sous forme de circulaire envoyée par l'autorité supérieure et conservée dans les archives. Mais l'expédition écrite peut être remplacée par l'insertion dans les journaux officiels que les autorités sont tenues de conserver. Il suffit alors que le texte imprimé offre la garantie de l'authenticité. Cette communication par voie de journaux officiels est simplement un équivalent de l'expédition écrite.

A l'exception du cas ci-dessus exposé, la publication d'une ordonnance administrative par la voie de la presse n'emporte pas les effets juridiques d'une notification ou d'une remise de la main à la main ; elle constitue simplement un fait : celui d'en donner connaissance au public. Non seulement elle n'est pas une condition légale de la validité de l'ordonnance, mais elle peut contenir une violation déloyale et coupable du secret professionnel. Naturellement, c'est à l'autorité qui publie l'ordonnance et non à celle à qui elle est adressée qu'il appartient de décider si une ordonnance administrative doit ou peut être publiée, ou non.

III. — Dans toute vaste administration répartie entre de nombreux agents, le maintien de l'unité et de l'ordre exige non seulement des organes directeurs qui donnent des instructions aux fonctionnaires et règlent leur activité, mais encore une surveillance continuelle et énergique. Il résulte de là une espèce particulière d'affaires administratives, qui diffère essentiellement de l'expédition directe des affaires et

de la communication d'ordres et d'instructions, bien que, dans la réalité, elle se confonde souvent avec cette dernière catégorie d'affaires. La surveillance a ceci de particulier qu'elle n'a pas besoin d'être efficace au dehors, qu'elle ne peut même pas l'être directement. Le contrôle le plus minutieux et le plus scrupuleux a un résultat purement négatif, quand le travail des fonctionnaires contrôlés est parfaitement régulier et satisfaisant. Ce n'est que si l'on découvre des fautes chez les fonctionnaires subalternes, si par hasard ces fonctionnaires violent ou appliquent mal des dispositions juridiques ou les instructions qu'ils ont reçues, si leur travail semble inopportun ou inutile, qu'une intervention du contrôle devient nécessaire. Or, l'effet direct et immédiat de la surveillance aux divers degrés de la hiérarchie est de *faire constater* les fautes, les illégalités ou les omissions. Il est possible que cette opération n'ait pas d'autres conséquences. Mais elle peut être l'occasion d'actes de nature très diverse, par exemple de poursuites judiciaires contre le fonctionnaire coupable ou d'une enquête disciplinaire ou d'amendes destinées à compenser le dommage causé par sa faute ; elle peut aussi donner lieu à un décret qui prescrit au fonctionnaire d'agir d'une certaine façon, de s'abstenir de certains agissements, ou à un arrêté administratif réglant la conduite d'une autorité dans certains cas donnés ; elle peut enfin servir de préparation à une loi grâce à laquelle on évitera tout conflit entre la conduite que l'on juge à propos d'imposer aux fonctionnaires et le droit en vigueur.

La surveillance administrative n'est pas en somme une opération juridique ; c'est une opération intellectuelle de nature purement pratique qui non seulement est sans effet juridique, mais qui n'a pas besoin d'être reconnaissable extérieurement ; seulement

elle donne les motifs qui déterminent les actes où l'Etat manifeste sa volonté. C'est précisément pour cela qu'elle est, au point de vue politique, le pivot de toute l'activité administrative. Par comparaison avec elle, le travail direct des autorités subalternes qui agissent réellement semble dénué de liberté et a l'air, dans une infinité de cas, d'une activité purement mécanique ; quant à la publication de dispositions spéciales ou générales (décrets et ordonnances) adressées aux autorités subalternes, elle est simplement la conséquence et le résultat des motifs acquis par la surveillance. Ordinairement, le pouvoir de rendre des dispositions de ce genre se confond avec la fonction de surveiller l'œuvre administrative. D'après cela, on peut diviser l'ensemble de l'activité administrative en deux grands groupes : le travail direct qui, en réalité, n'est ordinairement que l'exécution des ordres administratifs donnés par une loi ou par des arrêtés des autorités supérieures, et la direction et la surveillance de ce travail.

Comme le premier de ces deux groupes est complètement sous la dépendance intellectuelle et juridique du second, l'Etat souverain peut renoncer au premier, mais non au second. Il peut confier ou céder le travail direct à des communes, à des corporations, à des sociétés, à des collectivités de toute nature, et se borner à diriger et surveiller leur travail. Le pouvoir souverain de l'Etat peut céder, dans une très arge mesure, le travail nécessaire à l'accomplissement des fonctions de l'Etat à des collectivités, qui, il est vrai, lui sont subordonnées et sont, pour ainsi dire englobées par lui, mais qui ont, néanmoins, une personnalité juridique particulière, une sphère d'influence indépendante et une volonté propre, qui sont investies de droits officiels et qui s'acquittent des affaires qui concourent à la réalisation de leur

but politique comme étant leurs *propres* affaires. On appelle cette institution, comme nous l'avons déjà exposé (§ 11, t. I, p. 171 seq.), *administration autonome* (Selbstverwaltung). Sa nature consiste donc en une répartition des affaires administratives entre l'État et le corps administratif, de telle sorte que ce dernier soit chargé du travail direct ou exécution, et le premier de la réglementation et de la surveillance.

La surveillance implique le pouvoir d'*inspecter*, pouvoir auquel correspond le devoir de faire tout ce qui est nécessaire pour procéder à une révision régulière et complète, ainsi que l'obligation de *rendre compte* du résultat. Quand la surveillance et le travail sont répartis entre différentes personnes juridiques, les droits et les devoirs relatifs à l'inspection et aux rapports y relatifs constituent l'objet de relations de droit public *particulières* ; si, au contraire, le travail et la surveillance appartiennent à une même personnalité juridique qui les fait exécuter par ses fonctionnaires, les pouvoirs et les devoirs officiels en résultant sont réunis et contenus dans les fonctions de l'autorité qui représente la dite personne juridique.

IV. — Outre la surveillance qui s'accomplit à l'intérieur de l'administration même et constitue un de ses éléments essentiels, l'administration est soumise, en outre, à un multiple contrôle que l'on peut appeler contrôle indirect. En poursuivant isolément et aveuglément le but qu'elles veulent atteindre, les autorités administratives risquent de léser d'autres intérêts de l'État tout aussi importants ou même plus élevés, et en particulier de troubler les finances ou de violer le droit ; il peut aussi arriver que la voie adoptée par l'administration ne soit pas en harmonie avec le but général que poursuit la politique de l'État. Par conséquent, l'État a besoin, à l'égard de sa

propre administration, d'une protection qui le mette à l'abri de tout ce qui peut léser ces intérêts étrangers à l'activité administrative. De là un triple contrôle de l'administration :

1^o Le contrôle financier. Il ne concerne que le côté économique de l'administration des affaires de l'Etat et est l'œuvre de la Cour des comptes. C'est elle qui est chargée d'examiner et d'établir si les comptes des recettes et des dépenses des caisses publiques sont en règle, si les administrations ont perçu les revenus de l'Etat et employé la fortune publique conformément aux dispositions en vigueur et si l'administration a agi conformément au plan budgétaire dressé par la loi de finances (1).

2^o Le contrôle juridique. Il ne s'occupe que de la légalité des actes juridiques commis par l'administration ; ni l'opportunité de ces mesures, ni leur influence sur la situation financière de l'Etat ne donnent lieu à un examen juridique. Il est l'œuvre des *tribunaux*, soit des tribunaux ordinaires qui ont pour mission de rendre la justice, soit de tribunaux spéciaux chargés de mettre fin aux litiges du droit administratif ; c'est ce que l'on appelle les tribunaux administratifs. Ce contrôle suppose que l'on a contesté à l'administration le droit d'exécuter certains actes, de publier un ordre, d'émettre une prétention ou que l'on a prétendu que l'administration était tenue de remplir certaines obligations. Donc, il n'a pas à intervenir, quand le particulier atteint par l'administration ne proteste pas contre l'acte illégal, contre l'oubli du devoir. De plus, il ne ramène directement et formellement les autorités administratives, dans les limites du droit que dans le cas spécial, qui est l'occasion du litige ; mais il agit indirectement

(1) Pour plus de détail, voir plus loin la théorie du droit financier.

en dehors du cas spécial sur la conduite générale des autorités administratives par l'autorité d'une jurisprudence uniforme sur tous les cas de même nature.

Ce contrôle est complété et renforcé par la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires ; cette responsabilité est établie également par la voie judiciaire.

3° Le contrôle politique. Ce contrôle a pour but de veiller à ce que les autorités administratives n'agissent pas dans un sens qui puisse être nuisible ou dangereux pour le bien général, à ce qu'elles ne poursuivent pas un but étranger à celui de l'Etat. Ce contrôle appartient à vrai dire en première ligne au souverain ; mais comme celui-ci est chargé d'autre part de la direction suprême de l'administration, le contrôle s'identifie avec la direction ; si on les distinguait, le contrôle se bornerait à se contrôler lui-même. Au contraire, ce contrôle devient efficace entre les mains de la représentation nationale, qui possède de multiples moyens de critiquer les actes de l'administration, de protesier contre les fautes, de mettre en lumière ce qui est en contradiction avec la politique générale et d'exiger les remèdes appropriés à cet état de choses. Au point de vue juridique, ce contrôle trouve son expression et sa réalisation dans la *responsabilité des Ministres* devant le Parlement.

Les développements qui précèdent ont pour but d'exposer clairement les parties importantes, au point de vue juridique, de la théorie de l'administration publique. Ils ont montré que l'opinion courante, d'après laquelle l'administration consiste dans l'exécution ou l'application des lois, est d'une part fautive et d'autre part incomplète, et ils ont essayé de déduire les conséquences juridiques qu'entraîne le prin-

cipe que l'administration n'est que la direction des affaires de l'Etat. Il résulte aussi de ce qui précède, jusqu'à quel point l'administration publique peut être matière de la science du Droit. La plus grande partie de l'administration publique est absolument étrangère au Droit et ne peut pas, conséquemment, être réglée par lui. C'est seulement pour une partie relativement restreinte des agissements de l'administration que le Droit indique les motifs ou fixe leur nature ; la partie la plus importante des actes administratifs ou bien manque absolument de caractère juridique, ou bien tombe non pas sous des règles spéciales, mais sous les principes généraux de Droit privé, du Droit pénal et du Code de procédure. Il n'y a de principes juridiques spéciaux à l'administration que lorsqu'il s'agit de conférer des *pouvoirs* aux administrations publiques, de *répartir l'imperium* de l'Etat entre les administrations, de déterminer les formes et les effets des *affaires juridiques* qui concourent au but de l'administration. Cela nous amène à séparer le *Droit* administratif du chaos appelé la *doctrine* administrative et à répondre à cette question : dans quelle mesure l'activité administrative de l'Empire est-elle une matière du *Droit public de l'Empire* ?

§ 66. — *Relation entre l'Administration de l'Empire et l'Administration des États Confédérés.*

La différence établie au paragraphe précédent entre travail direct et surveillance administrative est d'une importance décisive pour les rapports de l'administration de l'Empire avec l'administration des États confédérés. L'ensemble des actes nécessaires à l'accomplissement des fonctions publiques se di-

visé donc en trois groupes, qui se distinguent les uns des autres au point de vue du Droit public. Cette division est d'une importance capitale pour les rapports de l'Empire avec les États confédérés ; elle est la base de l'originalité juridique de l'administration de l'Empire. L'un de ces groupes comprend les branches de l'activité administrative qui sont laissées complètement aux États confédérés, de sorte qu'ils sont chargés ensemble du travail et de la surveillance. Le deuxième groupe embrasse les parties du domaine administratif qui sont réparties entre les États confédérés et l'Empire, de sorte que les États sont chargés du travail direct (administration autonome) et l'Empire de la direction suprême et de la surveillance. Enfin, le troisième groupe comprend les ressorts administrés complètement par l'Empire, investi non seulement du contrôle, mais aussi du travail direct.

Lors de la fondation de la Confédération de l'Allemagne du Nord, les États de l'Allemagne étaient souverains, par conséquent absolument libres, au point de vue juridique, dans l'exercice de leurs fonctions publiques. Par la création de l'État fédératif, ils se soumirent à un pouvoir suprême, qui fut investi du pouvoir législatif pour un grand cercle d'affaires publiques. Dès lors, les États confédérés purent recevoir d'un pouvoir supérieur les règles juridiques d'après lesquelles leurs gouvernements devaient agir désormais ; mais pour que cette législation ne restât pas lettre morte, pour qu'elle reçût une sanction, il fallut soumettre l'activité administrative des États à la surveillance du pouvoir central.

Cette condition n'était pas seulement nécessaire pour contraindre le gouvernement et les autorités des États confédérés à l'observation des lois de l'Empire, mais aussi pour obliger la législation de l'Em-

pire à tenir compte des besoins et des défauts qui se manifestaient dans l'activité administrative des États confédérés, des expériences qu'elle présentait, des usages qui s'y étaient établis ; l'administration n'a-t-elle pas, en effet, comme nous l'avons montré plus haut p. 527 seq., une importance au point de vue de la genèse du Droit ? Mais le travail administratif lui-même est resté entre les mains des États confédérés ; on avait suffisamment satisfait au besoin politique en dirigeant l'administration selon les règles uniformes, vers un but commun. On ne fit exception qu'en ce qui concerne certaines branches spéciales de l'administration, pour lesquelles l'Empire s'est chargé aussi du travail administratif.

Par contre, partout où la réglementation de certaines affaires restait confiée à l'autonomie législative des États confédérés, il n'y avait pas de nécessité, au point de vue politique ou au point de vue du Droit public, de soumettre leur activité administrative à la surveillance ou à la direction de l'Empire.

La Constitution de l'Empire a reconnu ces principes au début de l'art. IV : « La surveillance de l'Empire et sa législation s'étendent aux affaires suivantes. » Par là, on a exprimé nettement l'analogie complète entre la compétence législative et la compétence administrative de l'Empire et on a limité en termes formels la part administrative de l'Empire à la surveillance. Pour certaines affaires, des articles subséquents de la Constitution et des lois spéciales ont conféré aussi à l'Empire le travail direct en tout ou en partie. Ce sont là des exceptions et c'est l'art. IV qui pose le principe général. Ces règles se trouvent complétées par le principe qu'en entrant dans la Confédération de l'Allemagne du Nord et dans l'Empire Allemand les États souverains, en pleine possession du pouvoir politique, ont conservé les

droits qui ne leur ont pas été enlevés par la Constitution ou par des lois publiées conformément à la Constitution.

De là trois principes juridiques :

1° Toutes les affaires laissées à l'autonomie des États confédérés constituent le domaine de leur pleine et libre administration.

2° La compétence administrative de l'Empire s'étend aux affaires publiques qui sont soumises à la législation de l'Empire. Mais, en règle générale, cette compétence ne comprend que la surveillance et la direction administrative supérieure qui en est inséparable, tandis que le travail direct est resté l'attribution des États confédérés.

3° L'administration complète n'incombe qu'exceptionnellement à l'Empire : c'est lorsqu'il s'agit d'affaires que des dispositions spéciales assignent à l'administration de l'Empire ou que leur nature même fait rentrer dans ses attributions ; telle l'administration de l'actif et du passif du fisc de l'Empire.

1. — *Administration libre des États Confédérés.*

Elle ne fait pas partie du Droit public de l'Empire, mais du Droit public des États confédérés. Elle est sous l'influence de ces États et réglée par leur volonté. Malgré cela, il serait absolument inadmissible de les considérer comme souverains au point de vue de cette activité et de partir de là pour établir un partage de la souveraineté entre l'Empire et les États confédérés. Nous avons déjà exprimé cette idée à propos de la définition de l'État fédératif et elle trouve ici sa confirmation et son développement détaillé. Sur ce domaine de la vie publique, l'Empire ne peut pas, évidemment, donner aux États confédérés des *ordres administratifs*, ni sous forme d'ordonnance,

ni sous forme de loi de l'Empire ; l'Empire ne peut pas imposer aux Etats confédérés des actes positifs et encore moins prescrire les formes qu'ils doivent observer dans l'exécution de ces actes. Mais comme l'administration est, dans ses agissements, tenue de respecter les limites du Droit en vigueur, comme il faut juger dans beaucoup de cas des actes et des opérations juridiques des autorités, au point de vue de leur légalité, de leur validité et de leurs effets, conformément aux règles du Droit privé, du Droit pénal et de la procédure, et que ces règles juridiques peuvent émaner et émanent, en effet, en grande partie de l'Empire, l'Etat confédéré se trouve, au point de vue de son autorité administrative, renfermé non pas dans les limites d'un Droit institué par lui-même, mais dans les limites d'un droit qui lui est imposé par une puissance supérieure. Les actes et les opérations juridiques que le Droit établi par l'Empire interdit ou déclare sans valeur, ne sauraient être entrepris par les gouvernements des Etats confédérés, même dans le domaine administratif qu'ils ont conservé, sous peine de n'avoir aucun effet juridique. Quand les actes des autorités administratives visent à exécuter des ordres de l'Etat, les autorités doivent exécuter, à propos de ces affaires, non les ordres de l'Empire, mais les ordres de leur Etat ; mais quand l'administration consiste à faire usage de la liberté d'action de l'Etat dans les limites du Droit, ce ne sont pas seulement les lois du pays confédéré, mais en première ligne les lois de l'Empire qui sont appliquées.

II. — *Contrôle administratif de l'Empire* (1).

1° Le contrôle de l'Empire a pour but de veiller à ce que les gouvernements des États confédérés ne violent pas les règles juridiques établies par l'Empire, Ainsi, il ne tend pas à déterminer d'une façon positive l'activité des États confédérés ; ces derniers conservent l'initiative du travail administratif. Mais l'Empire est chargé de la *législation*, et, ici encore, la double signification du mot loi, que nous avons souvent caractérisée, a une très grande importance. La loi de l'Empire peut contenir non seulement un ordre juridique, mais aussi un ordre administratif ; ou, en d'autres termes, elle peut non seulement sanctionner une règle juridique, mais aussi imposer des actes aux États confédérés. C'est le cas d'une infinité de lois de l'Empire et, dans tous ces cas, le travail administratif des États confédérés consiste à exécuter ou à appliquer la loi de l'Empire. Cela met en pleine lumière l'antithèse entre l'administration libre et l'administration autonome des États ; la première n'est limitée que négativement par la réglementation du Droit faite par la loi de l'Empire, la seconde est déterminée positivement et elle s'acquitte de sa mission spéciale à l'aide d'ordres administratifs donnés conformément à la loi de l'Empire.

2° Mais ce n'est pas seulement sous forme de lois, c'est aussi sous forme d'ordonnances que l'Empire peut donner des ordres administratifs. L'activité prescrite ou imposée aux États confédérés par une loi de l'Empire peut être réglementée d'une façon

(1) *E. Rümelin*, Das Beaufsichtigungsrecht des Deutschen Reiches und dessen organisatorische Gestaltung (dans la Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, vol. XXXIX, p. 195 seq., 1883).

précise et détaillée. L'Empire peut envoyer aux États des instructions ou circulaires qui leur indiquent la manière, la direction, la forme, la mesure dans laquelle ils doivent exécuter la loi de l'Empire; et pour les États, ces instructions sont des ordres obligatoires. Le deuxième alinéa de l'art. VII de la Constitution de l'Empire dispose que le Bundesrath doit prescrire « les mesures d'administration générale et les dispositions nécessaires à l'exécution des lois de l'Empire, à moins que la loi de l'Empire n'en dispose autrement ». Ce droit de rendre des ordonnances administratives, que le deuxième alinéa de l'art. VII de la Constitution de l'Empire confère au Bundesrath doit être soigneusement distingué du pouvoir de sanctionner des règles juridiques par voie d'ordonnances, c'est-à-dire de donner des lois relatives à l'exécution. V. plus haut § 58, p. 381 seq. Tandis qu'une ordonnance juridique ne peut être valable qu'en vertu de pouvoirs spéciaux conférés par la loi (délégation), le Bundesrath est investi par la Constitution même du droit de publier des ordonnances administratives. Ce n'est que quand ce droit est retiré au Bundesrath pour être délégué soit à l'Empereur, à son Chancelier, soit à une autre administration de l'Empire, soit aux États confédérés qu'une disposition spéciale de la loi de l'Empire devient nécessaire. Les décisions relatives aux ordonnances administratives sont prises conformément aux règles contenues dans les art. VI et VII de la Constitution de l'Empire. L'assentiment du président, dans le cas de modification aux dispositions ou aux institutions en vigueur, n'est nécessaire, d'après l'art. XXXVII de la Constitution, que pour les ordonnances administratives qui servent à l'exécution de la *législation commune* relative aux *douanes* et aux *impôts* (Art. XXXV). Pour l'armée et la marine

de guerre, ce droit spécial n'est pas indispensable, à raison des pouvoirs conférés à l'Empereur en vertu des art. LXIII et LIII de la Constitution, qui limitent, dans ses points essentiels, et suppriment, en général, le droit par lequel le Bundesrath peut publier des dispositions administratives (1).

Les dispositions publiées par le Bundesrath en vertu du deuxième alinéa de l'art. VII n'ont jamais la force de principes juridiques, ce sont de simples instructions pour les gouvernements et leurs administrations. Par conséquent, elles n'ont un caractère obligatoire que pour la gestion de ces administrations et non pour des tiers ; en d'autres termes, elles ne créent pas d'obligations pour les sujets de l'Empire et elles ne peuvent pas non plus édicter des peines d'une manière efficace. Les ordonnances administratives du Bundesrath n'ont pas besoin, pour la même raison, de publication ; elles sont communiquées (remises) aux gouvernements confédérés, qui sont chargés de les communiquer, à leur tour, aux administrations de leurs pays respectifs (2). Si la teneur de l'ordonnance intéresse le public, une notification publique peut être utile et être imposée aux gouvernements par l'ordonnance fédérale même ; mais cette notification est tout autre chose que la publication d'une loi ou d'une ordonnance juridique.

(1) Le 2^e al. de l'art. V reconnaît ce droit présidentiel à propos des projets de lois ; par conséquent, l'assentiment présidentiel est indispensable à toute loi qui déléguerait au Bundesrath le droit de publier des lois d'exécution ou d'empiéter sur les prérogatives administratives que les art. LIII et LXIII confèrent à l'Empereur.

(2) L'exécution des ordonnances administratives votées par le Bundesrath incombe avant tout aux gouvernements des États ; ils y procèdent en envoyant aux administrations de leurs pays respectifs les instructions nécessaires (ordonnances). C'est, du moins, le principe que le Bundesrath a reconnu lui-même à plusieurs reprises et sans opposition. V. par exemple, procès-verbal 1875, § 124, p. 111.

Pareillement, l'insertion d'ordonnances administratives dans le Bulletin de l'Empire n'a pas d'autre signification que celle des arrêts de la Cour Suprême dans les « Entscheidungen » publiées par des Conseillers de ce tribunal.

3° Le soin de veiller à l'exécution des lois de l'Empire appartient à l'Empereur (Constitution, art. XVII). Il remplit cette fonction par l'entremise du Chancelier et des administrations supérieures de l'Empire placées sous les ordres du *Chancelier* ou par l'intermédiaire de commissaires. Le droit de contrôle comprend la faculté de se rendre compte complètement, en détail, de la gestion des États confédérés et, à cette fin, d'adjoindre aux administrations de ces États des commissaires de l'Empire, comme cela se produit dans le domaine de l'administration des douanes et des impôts, de procéder par inspections, comme l'a prévu le troisième alinéa de l'art. LXIII de la Constitution de l'Empire à propos des contingents militaires, ou encore de demander des rapports aux gouvernements confédérés. Au droit de contrôle de l'Empire sur les gouvernements confédérés correspond le devoir pour ces gouvernements *de rendre des comptes au gouvernement impérial*. Il va sans dire que tout moyen licite autre que la reddition de comptes peut être employé pour prendre connaissance de l'activité déployée par les gouvernements pour appliquer les lois de l'Empire. Si l'Empereur, c'est-à-dire son ministre, le Chancelier de l'Empire, trouve l'application d'une loi de l'Empire défectueuse ou fautive, il a la faculté d'appeler à cet égard l'attention du gouvernement intéressé et d'exiger qu'il remédie à cet état de choses.

Mais si le gouvernement confédéré estime que sa conduite et celle de ses administrations ne sont pas en contradiction avec la loi de l'Empire et conteste l'in-

interprétation donnée à la loi par le gouvernement impérial, c'est le Bundesrath qui doit régler le litige. Tel est le sens, comme nous l'avons développé t. I, p. 381 seq., de la disposition de l'art. VII, alinéa 3 de la Constitution de l'Empire : « Le Bundesrath est chargé de juger des fautes commises dans l'exécution des lois de l'Empire ou des dispositions ou des règles mentionnées plus haut. »

4° L'administration directe est l'affaire des Etats confédérés. Ils l'assurent non pas en vertu d'une délégation de l'Empire ou en tant qu'organes de l'Empire, mais en vertu de leur droit personnel et en leur nom propre. Ce principe entraîne les trois conséquences importantes qui suivent :

a) Les *traités* que les administrations des Etats confédérés concluent à l'occasion de leur gestion, engagent non les finances de l'Empire, mais celles de leur pays, et c'est à elles seules qu'ils servent de justification. Il peut arriver, sans doute, que les affaires administratives soient traitées pour le *compte* de l'Empire; telle est, par exemple, l'administration militaire et, dans une mesure plus restreinte, l'administration des douanes; de sorte que la caisse de l'Empire rembourse au fisc des Etats les sommes payées par lui; mais vis-à-vis des tiers, c'est le fisc des Etats qui est obligé de tenir ses obligations, puisque le traité a été conclu non au nom de l'Empire et par délégation, mais au nom de l'Etat confédéré. C'est un point d'une très grande importance pour la question de la recevabilité et de la compétence en cas de procès, quand le traité donne lieu à des contestations.

b) Les *décrets administratifs* ne sont pas des manifestations du pouvoir impérial, mais l'expression du pouvoir des membres de la confédération. Par suite, ils sont soumis, à moins de dispositions spéciales d'une loi de l'Empire, aux règles du Droit public de

l'Etat confédéré ; cela s'applique en particulier au pouvoir officiel (compétence) des différentes administrations, aux formes que doivent observer les décrets, aux recours auxquels ils peuvent donner lieu, aux conséquences de la transgression de l'ordre donné par le décret, etc.

c) *La direction de l'administration* appartient aux administrations centrales des Etats confédérés et non à l'Empire. Les administrations chargées de la gestion administrative directe sont des administrations des pays confédérés ; elles reçoivent leurs ordres et leurs instructions des gouvernements confédérés, et, en dernier ressort, des souverains (1). Le Chancelier de l'Empire ne peut pas leur intimer directement des ordres officiels ; il ne peut que s'adresser au gouvernement de chaque Etat et l'inviter à veiller à l'observation des instructions données par l'Empire et à l'imposer à ses administrations. Donc, l'Empire ne peut ni annuler, ni modifier les instructions émanant des administrations des Etats confédérés, ni agir contre les fonctionnaires ; il peut seulement, en vertu de l'art. XIX de la Constitution de l'Empire, prendre des mesures exécutoires contre le membre de la Confédération qui n'a pas rempli ses devoirs constitutionnels. Car l'Etat, qui ferme les yeux sur la violation d'une disposition de la loi de l'Empire par ses administrations ou qui l'approuve ouvertement, manque à son devoir d'obéissance envers l'Empire ; par contre, le fonctionnaire de cet Etat, qui, dans son activité officielle, va à l'encontre des lois de l'Empire, manque à ses devoirs envers l'Etat auquel il appartient.

5° Ces discussions nous donnent la clef de la solution de la question de *la responsabilité* dans les

(1) V. plus haut, p. 32.

affaires administratives dont il s'agit ici. L'administration directe, l'exécution et la direction sont le fait de l'Etat confédéré; le contrôle de cette administration est une fonction de l'Empire. Par conséquent, le Chancelier est responsable envers l'Empereur et le Reichstag de l'exercice de ce contrôle; il doit garantir qu'il a été réalisé loyalement avec le soin et les précautions voulus. Il ne peut être remplacé que par un représentant général; on ne saurait admettre des représentants pour une seule branche de l'administration (V. *supra* p. 34). Par contre, les Ministres des Etats confédérés sont responsables envers leurs souverains et leurs Landtags de la gestion légale et opportune de l'administration directe (1). Cela ne change rien à ce fait que les lois réglant cette administration soient des lois de l'Empire. Car, d'une part, le Chancelier ne peut pas être rendu responsable d'actes qu'il n'est à même ni d'ordonner ni de défendre; d'autre part, la responsabilité des ministres des Etats confédérés ne se borne pas à l'observation des lois du pays; elle porte, en général, sur les lois en vigueur, par conséquent, en première ligne, sur les lois de l'Empire qui ont la préséance sur les lois des Etats confédérés.

III. — *Administration directe de l'Empire.*

Les règles générales applicables à l'administration directe de l'Empire résultent naturellement de la comparaison avec les principes développés à propos du contrôle administratif.

1° L'Empire a le pouvoir de *légiférer* et peut, par conséquent, en se servant de la forme de loi, imposer à l'activité des administrations des obligations dé-

(1) V. plus haut, p. 32.

terminées, leur prescrire tel ou tel acte etc., en un mot intimé les ordres administratifs les plus élevés.

2° Puis, l'Empire a le pouvoir de publier des dispositions administratives générales et de prendre des mesures en vue de faire fonctionner l'administration. On peut appliquer ici les règles qui ont été exposées plus haut à propos des *ordonnances administratives* du Bundesrath.

3° L'Empire a le pouvoir de publier les *instructions officielles* nécessaires. Si elles sont rendues dans les limites de la compétence des administrations de l'Empire, les administrations des États confédérés et les sujets de l'Empire ont le devoir de leur obéir. Les traités conclus par les administrations de l'Empire dans l'exercice de leurs fonctions administratives engagent les finances de l'Empire, soit en recettes, soit en dépenses. Toutes les dépenses et les recettes qu'entraîne la gestion administrative sont au compte de l'Empire et sont soumises à l'examen de la Cour des comptes.

4° La direction du travail des administrations impériales revient au Chancelier et aux administrations centrales de l'Empire placées sous ses ordres. Les administrations chargées de la gestion directe doivent obéissance aux ordres officiels et aux prescriptions administratives (*instructions*) des administrations supérieures, pourvu toutefois qu'ils soient rendus dans leur compétence. Aussi, la responsabilité de la gestion des administrations de l'Empire retombe sur le Chancelier. On peut nommer pour les différentes branches de l'administration des représentants du Chancelier responsables. (V. *supra* p. 32 seq.).

CHAPITRE IX

RÉGIME SPÉCIAL AUQUEL EST SOUMISE L'ALSACE-LORRAINE DANS L'EMPIRE (1)

§ 67. — *Etat confédéré et Terre d'Empire.*

Dans l'organisation constitutionnelle de l'Empire, l'Alsace-Lorraine occupe une situation à part, dont l'examen juridique est non seulement nécessaire pour compléter le tableau du Droit public de l'Em-

(1) BIBLIOGRAPHIE : *Löning*, Die Verwaltung des General-gouvernements im Elsass, Strassburg 1874, p. 178-265 ; *Milscher*, Elsass-Lothringen unter deutscher Verwaltung (dans les Preuss. Jahrbücher, vol. XXXIII, p. 269 seq., 388 seq., 552 seq., vol. XXXIV, p. 1 seq.; tirage à part, Berlin 1874) ; v. *Stengel*, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Elsass-Lothringen. Dans les Annales de Hirth 1876, p. 808 seq., 897 seq. ; (anonyme) Das Recht der Wiedergewonnenen, Berlin 1883 ; *Kayser*, Art. « Reichsland » dans le Rechtslexicon de v. *Holtzendorff*, vol. III, p. 402 seq. ; *Leoni* dans le Handbuch des öffentl. Rechts de *Marquardsen* II, 1, p. 215 seq. ; du même, Das öffentl. Recht des Reichslandes Elsass-Lothringen, 1^{re} partie : Verfassungsrecht, Freiburg 1892, 2^e partie : Das Verwaltungsrecht par *Leoni* et *Mandel* 1895 ; *Stöber* dans l'Archiv für öffentl. Recht, vol. II, p. 646 seq. ; *Rosenberg*, Die staatsrechtl. Stellung von E.L., Metz 1896 ; *Jellinek*, über Staatsfragmente, Heidelb. 1896, p. 31 seq. Puis *Seydel*, Commentar, p. 128 seq. ; v. *Rönne* I, p. 74 ; *Zorn* I, § 19 ; *Löning* Verwaltungsrecht, p. 77 ; *G. Meyer*, § 71 et 138 seq., *Schulze* II, p. 354 ; *Meier*, Einleitung (2^e éd.), § 79. Les documents (projets, exposé des motifs, rapports de la commission, débats du Reichstag) relatifs à la loi d'annexion du 9 juin 1871 se trouvent imprimés dans les Annales de Hirth, vol. IV, 1871, p. 845-958.

pire, mais essentiellement utile à l'intelligence de la Constitution de l'Empire.

L'Etat fédératif, comme nous l'avons exposé plus haut, est, au point de vue du Droit public, une personne juridique, dont les Etats confédérés sont les membres; il suppose un *double* pouvoir politique sur le pays et les sujets, l'Etat confédéré disposant d'une administration et jouissant d'une autonomie propre et au-dessus de lui l'Empire souverain. La Constitution de l'Empire allemand ne connaît pas de parties intégrantes de l'Empire qui soient soumises directement au pouvoir central, ou — ce qui revient au même — qui puissent être considérées simplement comme des *objets* du pouvoir de l'Empire; cette Constitution suppose absolument qu'entre les différents territoires ou leurs populations et le pouvoir impérial, il y a un pouvoir politique et que ces Etats particuliers, dont l'organisme constitue le domaine et la population de l'Empire, ont part à l'Empire en qualité de *membres* de l'Empire, de *sujets* juridiques. Aux termes de l'art. I de la Constitution de l'Empire, le territoire de la Confédération comprend les Etats qui y sont mentionnés; l'art. III et la loi du 1^{er} juin 1870 relative à l'acquisition et à la perte de la qualité de citoyen de la Confédération et de l'Etat confédéré supposent que tout sujet de l'Empire est sujet d'un *Etat de la Confédération*; aux termes de l'art. VI, seq. le Bundesrath se compose des représentants *des membres de la Confédération*; l'art. XIX traite des moyens coercitifs pour contraindre *les membres de la Confédération* à remplir leurs *devoirs* constitutionnels. L'art. XXXVI laisse à chaque *Etat confédéré* le soin de percevoir et d'administrer les douanes et les impôts de consommation, dans la mesure où il a exercé ce droit jusque-là; aux termes de l'art. XLII, *les gouvernements confédérés*

s'engagent à laisser administrer les chemins de fer allemands dans l'intérêt du trafic général comme un seul réseau. L'art. LIV mentionne les navires marchands, les ports de mer et les voies navigables de *tous les Etats confédérés*. Aux termes de l'art. LVIII, les frais et les charges de l'armée de tout l'Empire sont supportés également par *tous les Etats confédérés*; aux termes des art. LXII et LXX, les contributions aux dépenses de l'Empire doivent être acquittées *par les différents Etats* de la Confédération. Toutes ces dispositions et un grand nombre d'autres encore (1) reposent sur cet axiome que l'Empire est simplement un ensemble d'Etats.

L'introduction de la Constitution de l'Empire en Alsace-Lorraine (non seulement dans sa lettre, mais dans son esprit) n'était donc pas concevable, ni possible, à moins d'élever là un pouvoir politique différent du pouvoir impérial, c'est-à-dire à moins d'annexer ce territoire à un ou plusieurs Etats allemands ou d'en faire un Etat particulier. Les nécessités de la politique n'ont permis ni l'une ni l'autre de ces solutions (2); les territoires cédés par la France furent annexés à l'Empire allemand sous le nom de Terre d'Empire (Reichsland) (3). Malgré cela, la Constitution de l'Empire allemand a été introduite en

(1) Par exemple, les art. 33, 35, 38, 39, 41, 51, 56, 59, 66, 67, 76, 77, 78, 2^e al.

(2) V. le rapport de la commission du Reichstag du 16 mai 1871. Drucksachen, première session 1871, n^o 133, p. 3 seq.

(3) L'expression « Terre d'Empire », « Terre d'Empire directe » est employée pour la première fois officiellement dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif à l'annexion. Drucksachen, première session 1871, n^o 61, p. 6. V. aussi Mitscher, op. cit., p. 272. On n'était pas parfaitement d'accord au sujet de la définition juridique de la Terre d'Empire, comme on l'a avoué franchement souvent; l'aveu le plus catégorique est celui du rapporteur au Reichstag, le député Lamey, le 20 mai 1871 (Stenogr. Berichte 1871, première session, p. 833).

Alsace-Lorraine, avec quelques additions devenues nécessaires par suite de l'extension réelle de l'Empire, par la loi du 25 juin 1873, à partir du 1^{er} janvier 1874 ; et cela a donné lieu à une situation juridique qui présente, pour la théorie et la pratique, d'importantes difficultés.

Il serait aisé de les résoudre en se réfugiant dans le domaine de la fiction : on pourrait dire que l'Alsace-Lorraine est devenue un État, comme les autres États allemands. Dans un examen superficiel, cette solution pourrait peut-être trouver un accueil favorable à cause de sa simplicité. Comme, en réalité, la Terre d'Empire jouit, à bien des points de vue, d'un traitement analogue à celui des États confédérés, on peut aisément, en pratique, négliger ou considérer comme sans importance la différence profonde qu'il y a entre un État confédéré et une Terre d'Empire ; quant à la théorie, elle trouve à admettre la fiction en question un si grand avantage au point de vue de l'unité des principes fondamentaux du droit constitutionnel pour l'ensemble du territoire de l'Empire, que l'envie de s'en servir est presque irrésistible. Mais ici comme ailleurs, une fiction est incapable de supprimer des inégalités réelles ; elle ne peut éclairer ni la théorie, ni la pratique ; elle ne peut que les rendre plus obscures ; elle ne résout pas la difficulté ; elle ne fait que l'é luder.

L'Alsace-Lorraine n'est, pas plus pour l'Empire que pour l'étranger, un État indépendant, investi légitimement de droits, de pouvoirs et de devoirs politiques ; par conséquent, elle est non pas un État, mais une partie d'État, un district soumis à l'administration de l'Empire. Que l'on se figure seulement tous les États allemands déclarés Terres d'Empire et placés dans les mêmes conditions juridiques que l'Alsace-Lorraine et l'on verra aussitôt que, par là, la

Constitution de l'Empire serait modifiée de fond en comble et qu'il n'en resterait pas le moindre paragraphe qui fût applicable dans son sens vrai et primitif.

La distinction entre Terre d'Empire et Etats faisant partie de l'Empire coïncide parfaitement avec la distinction entre l'idée d'Etat unitaire décentralisé et celle d'Etat fédératif. Si tous les territoires des Etats allemands étaient déclarés Terres d'Empire, l'Allemagne ne serait plus un Etat fédératif et les territoires des Etats seraient de simples provinces de l'Empire, en admettant même que la législation et l'administration fussent encore moins centralisées qu'aujourd'hui ; si, au contraire, il subsiste, dans les Etats Confédérés allemands une souveraineté indépendante, un pouvoir politique qui n'ait pas sa racine dans le pouvoir impérial, le caractère fédératif de l'Empire est conservé, même en admettant que la compétence du pouvoir impérial fût étendue aux dépens de l'administration et de l'autonomie des Etats confédérés. La proportion de décentralisation peut être identique dans l'Etat unitaire et dans l'Etat fédératif ; elle peut même être infiniment plus grande dans le premier ; l'opposition entre Etat unitaire et Etat fédératif résultant de définitions précédentes n'en subsiste pas moins.

La comparaison entre la situation de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire et la situation des Etats confédérés dans l'Empire est donc particulièrement instructive et d'une très haute portée au point de vue du Droit public ; elle sert à fixer la notion de l'Etat fédéral et celle de l'Etat unitaire décentralisé, tandis que jusqu'ici la théorie s'est occupée exclusivement d'établir une ligne de démarcation entre l'Etat fédéral et la Confédération d'Etats.

La situation politique de la Terre d'Empire se distingue de la situation des Etats confédérés de l'Em-

pire, au point de vue du droit public, sur les points suivants :

I. — *Le pouvoir politique* en Alsace-Lorraine est dans son essence d'une tout autre nature que le pouvoir politique dans les Etats confédérés allemands. Ce dernier, que nous appellerons, pour être bref, puissance territoriale, est, par sa base et son origine, absolument indépendant du pouvoir de l'Empire. Il n'a pas ses racines dans la souveraineté de l'Empire et il n'en dérive pas ; il est même antérieur au pouvoir de l'Empire. Ce n'est pas l'Empire qui a institué les pays confédérés, ce sont les Etats confédérés qui ont donné la vie au pouvoir de l'Empire par l'acte de la fondation de l'Empire ; ce n'est pas l'Empire qui a conféré aux souverains et aux villes libres une série de droits politiques, ce sont les Etats confédérés qui, par leur entrée dans l'Empire, ont délégué leur souveraineté à l'Empire et conservé leur autonomie dans la mesure fixée par la Constitution de l'Empire.

Sur tous ces points, la Terre d'Empire est dans la situation opposée. Avant son annexion à l'Empire, elle n'était pas un Etat politique, mais une partie du territoire de l'Etat français. Par l'art. I des préliminaires de paix du 26 février 1871, « la France renonce en faveur de l'Empire allemand à tous ses droits et à toutes ses prétentions sur les territoires situés à l'est de la frontière fixée plus bas ». « L'Empire allemand possédera à jamais ces territoires en tous droits de souveraineté et de propriété. »

Par là, l'Empire était investi de la souveraineté pleine et entière sur ces territoires, au sens du Droit international et du Droit public (1). Il n'y avait pas en

(1) Le 2 mars 1871, jour de la ratification des préliminaires de paix,

face de l'Empire un Etat autonome et indépendant, qui possédait en propre la puissance territoriale sur l'Alsace-Lorraine ; la Terre d'Empire était simplement un domaine à la disposition absolue du pouvoir de l'Empire.

Assurément, il aurait pu se faire que l'Empire érigeât la Terre d'Empire en Etat avant l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire ou en même temps et lui eût conféré la personnalité politique. Mais les choses ne se sont pas passées ainsi. L'Empire a maintenu ses droits souverains sans restriction ni diminution. Lors de la réunion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire, le gouvernement et le Reichstag étaient parfaitement d'accord sur ce point, que la Terre d'Empire ne devait pas prendre le caractère juridique d'Etat (1).

(Cf. *Löning*, op. cit., p. 182 seq.) est l'époque où fut cédée la souveraineté.

(1) Motifs de la loi d'annexion I : « Le territoire cédé par la France n'est pas destiné à constituer un Etat confédéré revêtu de l'autonomie propre ; la puissance publique sur ce pays appartient à l'Empire. » Puis v. le rapport de la commission du Reichstag, p. 3 seq. et p. 16. Voici comment s'exprima le Ministre *Delbrück* à la séance du Reichstag du 20 mai 1871 (*Stenogr. Bericht*, p. 826) : « Les difficultés de forme que présente la situation d'un pays qui ne fait pas partie d'un Etat Confédéré et n'est pas lui-même un Etat Confédéré — ces difficultés de forme que je ne méconnais pas, — ne peuvent absolument pas, à elles seules, nous empêcher de donner à ce pays cette situation, si nous sommes convaincus que cette situation est équitable en elle-même. » V. encore les déclarations des membres du Reichstag, v. *Treilschke*, *Wagener*, *Lasker* dans la même séance (*Stenogr. Berichte* 1871, première session, p. 815, 819, 828). Le Prince de *Bismarck* déclara aussi à la commission du Reichstag : « L'idée d'une Terre d'Empire n'a rien de commun avec celle d'un Etat indépendant, » (2^e rapport du 1^{er} juin 1871, *Drucksachen*, n° 169, p. 6.) Parmi les écrivains qui ont traité du Droit public de l'Empire allemand, on ne rencontre que *Seydel*, *Commentar*, p. 31, qui prétend que la Terre d'Empire est un *Etat*. Comme il part de ce principe que l'Empire allemand n'est pas un Etat collectif, mais une association d'Etats, la logique lui faisait une loi de considérer la Terre d'Empire

La loi de l'Empire du 9 juin 1871, § 3, 1^{er} al., dit :
« C'est l'Empereur qui exerce en Alsace-Lorraine le

aussi comme un Etat. *Rehm*, *Annalen* 1885, p. 72, se range à son avis. *Leoni* arrive aussi à un même résultat (*Marquardsen*, p. 223 seq. ; *Oeffentl. Recht* I, p. 3 seq.). Il part de ce fait que le pouvoir de l'Empire n'est qu'un pouvoir restreint, qui a ses limites légales dans les dispositions de la Constitution de l'Empire, et ses limites naturelles (*sic !*) dans le but de l'Etat Confédéré. Donc, le traité de paix a eu pour conséquence de réunir dans la personnalité juridique de l'Empire deux pouvoirs politiques nullement identiques, le « pouvoir limité de l'Empire » sur les Etats Confédérés, et « le pouvoir illimité sur l'Alsace-Lorraine ». Ce point de départ est faux ; il est en contradiction avec l'idée de l'Etat Confédéré et la souveraineté de l'Empire, dont la nature consiste dans l'étendue illimitée, dans ce que l'on a appelé la compétence de compétence, dans « l'intégrité idéale du but ». Deux pouvoirs politiques sur le même domaine, qui sont réunis en une seule personne, ne forment en réalité qu'un pouvoir politique. L'Empire est le successeur juridique de la France ; par suite, le pouvoir politique plein et entier de la France a passé à l'Empire. Puis *Leoni* déduit de là (p. 224) que l'Empire, en confiant par le § 3 de la loi du 9 juin 1871 l'exercice du pouvoir politique à l'Empereur, a fait de l'Alsace-Lorraine « un Etat spécial, sous le régime monarchique ». En cela il oublie que, par cette loi, ce n'est pas le détenteur du pouvoir politique qui est changé, mais l'Empereur qui est désigné comme l'organe par lequel l'Empire exerce son pouvoir politique. *Leoni* ajoute (p. 226) que l'Empire a conservé la souveraineté. Ce n'est pas spécial à la Terre d'Empire, attendu que tous les Etats allemands sont soumis à la souveraineté de l'Empire. Mais *Leoni* en tire cette conclusion que l'Alsace-Lorraine n'est pas « autonome » et il voit là une opposition entre l'Alsace-Lorraine et les autres Etats Confédérés. Il fait suivre cette affirmation de cette remarque : « C'est avec raison que l'on refuse par conséquent à l'Alsace-Lorraine la dénomination d'Etat » ; mais il ajoute aussitôt « que tous les rapports d'un Etat naissant qui sont soumis aux mêmes conditions que dans l'Etat complet, doivent être jugés conformément aux mêmes principes. Donc, l'Alsace-Lorraine doit être constituée en Etat monarchique particulier, mais elle ne doit pas — puisqu'elle n'est pas autonome — prendre la dénomination d'Etat ; toutefois, il y a lieu de la traiter en Etat naissant d'après les principes applicables aux Etats (*nasciturus pro jam nato ?*) Enfin (p. 229), il ajoute que la différence « significative » entre la situation de l'Alsace-Lorraine et celle des autres Etats de l'Empire ne coïncide pas avec l'opposition théorique entre l'Etat unitaire décentralisé et l'Etat fédéral, mais avec l'opposition entre l'Etat fédéral, qui est né, par suite d'un traité, de la

pouvoir politique. » Il y a là une délégation ; c'est la désignation de l'organe dont se sert l'Empire afin d'exercer son pouvoir politique. L'Empereur n'est pas le souverain de l'Alsace-Lorraine, comme il est le souverain de la Prusse (1) ; l'Alsace-Lorraine n'est pas dans une union personnelle avec la Prusse. L'Empereur n'est pas membre de l'Empire en qualité de représentant de l'Alsace-Lorraine ; il est, en qualité de représentant de l'Empire, détenteur des droits politiques souverains sur l'Alsace-Lorraine. Le pouvoir politique en Alsace-Lorraine a ses racines dans le pouvoir impérial ; il est l'émanation de ce pouvoir, qui a sa base dans le traité de paix avec la

réunion d'États souverains auparavant, et l'État Confédéré qui se forme, par la voie législative, d'un État unitaire. Cette différence a pour conséquence juridique, que l'Alsace-Lorraine n'a pas de droits spéciaux. Malheureusement, cela n'explique pas comment on peut imaginer que la définition de l'État Confédéré varie et va d'un extrême à l'autre suivant la marche historique de sa formation concrète et c'est aussi une énigme pour nous que l'existence ou l'absence de droits spéciaux puisse être une « conséquence juridique » de cette différence. Il n'y a pas lieu de s'étonner si une théorie aussi parfaitement obscure et contradictoire n'a pas eu de succès dans la littérature spéciale. Par contre, l'opinion que la Terre d'Empire n'est pas un État est admise, par la plupart des auteurs, parce que l'on s'est rangé à la thèse développée ici ; ainsi, par v. Stengel, Hirth's Annalen 1876, p. 815 seq. ; v. Rönne I, p. 76 ; Kayser, op. cit., p. 407 seq. ; Zorn I, p. 551 seq. ; Löning, p. 77 ; Joël, Hirth's Annalen 1878, p. 772 seq. ; G. Meyer, § 71, 138 ; Schulze II, p. 365, 373 seq. ; Hänel, Staatsrecht I, p. 826 seq. et en particulier Stöber dans l'Archiv für öffentl. Recht I, p. 646 seq., dont le raisonnement est très concluant.

(1) Cette différence a pour conséquence que les offenses faites à un membre de la maison de Prusse par des sujets autres que les Prussiens en Alsace-Lorraine sont jugées conformément au § 185 seq. du Code pénal de l'Empire et non conformément aux § 96, 97. V. le jugement de la Cour suprême tenant lieu de Cour de Cassation pour l'Alsace-Lorraine du 15 mai 1874 dans la Zeitschrift für franz. Civilrecht de Puschelt, vol. V, p. 128 seq. De même, le Tribunal de l'Empire (Entscheidungen in Strafsachen X, p. 312 seq. et vol. XVII, p. 334). Cf. Olshausen, Commentar zu § 96, rem. 2.

France ; il n'est pas l'objet d'un droit existant en face de l'Empire exercé par un souverain autonome et indépendant (1). « L'Empereur » est un organe de l'Empire ; c'est un élément de la Constitution de l'Empire ; il n'est pas un droit de l'Empereur qui ne soit, par sa nature, un droit de l'Empire ; le sens d'Empereur, au point de vue du Droit public, est inséparable de celui d'Empire, comme celui de Bundesrath et de Reichstag. Par le fait que l'exercice du pouvoir politique est confié à l'Empereur et que le Bundesrath et le Reichstag ont été investis de fonctions juridiques dans les affaires de l'Alsace-Lorraine, l'idée d'un pouvoir politique particulier, différent du pouvoir de l'Empire est purement inadmissible. Comment pourrait-on trouver une meilleure expression de ce fait que le pouvoir politique d'un pays est identique au pouvoir de l'Empire, qu'en disant qu'il est exercé par les organes de l'Empire ? Ainsi, l'Alsace-Lorraine n'est pas une monarchie (2), car elle n'a pas de souverain personnel ; ce n'est pas davantage une république, car la masse des Alsaciens-Lorrains, n'est pas détentrice du pouvoir politique. *C'est une partie intégrante ou une province de l'Empire.* Le détenteur du pouvoir en Alsace-Lorraine, c'est l'Empire, c'est-à-dire la masse des États réunis en Empire dans leur unité théorique, dans leur personnalité politique (3).

(1) Löning, *op. cit.*, p. 185 ; Mitscher, *op. cit.*, p. 273 ; B. Meyer, p. 393 ; surtout Stöber, p. 650 seq. ; v. Stengel, p. 817 ; v. Rönne I, p. 79, n. 4 ; Hänel, p. 831.

(2) Ce n'est pas non plus « une espèce de monarchie » comme dit Mitscher, p. 279 et comme ont semblé l'admettre quelques membres du Reichstag, tels que v. Treitschke et Römer dans la discussion de la loi d'annexion. Cette expression était sans doute simplement destinée à éviter une confusion avec le régime républicain.

(3) V. aussi Meyer, *Staatsrecht*, p. 29 ; 187 (5^e édition). La différence entre l'idée d'Etat fédératif et celle de Terre d'Empire se retrouve

Mais la distinction entre pouvoir de l'Empire et pouvoir territorial en Alsace-Lorraine n'est pas vaine ; seulement, au point de vue du Droit public, elle a un autre sens que dans le reste de l'Empire. Le pouvoir territorial en Alsace-Lorraine désigne l'ensemble des droits de législation et d'administration qui, dans le reste de l'Empire, appartiennent non à l'Empire, mais aux Etats confédérés, par opposition avec les pouvoirs de Droit public qui, de par la Constitution, reviennent au pouvoir central. Au sens objectif, la distinction entre pouvoir de l'Empire et pouvoir territorial en Alsace-Lorraine correspond très exactement à la délimitation que la Constitution établit entre la compétence de l'Empire et celle de l'Etat confédéré ; mais au sens subjectif, les deux classes de pouvoirs administratifs dans la terre d'Empire reviennent à *la même* personne et non, comme dans le reste de l'Empire, à *deux personnes* différentes.

- II. Dans toutes les relations *internationales*, la Terre d'Empire a le rôle non d'Etat, mais de partie intégrante de l'Empire. La Terre d'Empire ne peut ni accréditer, ni envoyer des ambassadeurs ou des diplomates, chargés d'affaires ; elle ne peut pas conclure de traités internationaux ni avec une puissance étrangère, ni avec un Etat de l'Empire. L'Empire seul peut conclure des traités internationaux *pour le territoire de la Terre d'Empire*, mais toujours en son propre nom (1). Le gouvernement de la Terre d'Em-

dans le Droit public de l'Union de l'Amérique du Nord entre Etats et territoires. V. à ce sujet *Rüttimann*, Nordamer. Bundesstaatsrecht II, 2, p. 236 seq. ; *Hänel*, p. 825. Par contre la comparaison que *Lingg*, Archiv für öffentl. Recht, vol. V, p. 520 seq. établit entre la Terre d'Empire et les rapports juridiques de la Bosnie et de l'Herzégovine ne me semble pas exacte.

(1) Exemples : le traité avec le Luxembourg du 3 juillet 1872 au su-

pire a simplement le droit de conclure des conventions avec les administrations d'autres États au sujet de questions administratives, par exemple la construction et l'entretien de ponts sur le Rhin, l'établissement de routes, canaux, chemins de fer, etc. (1), comme cela se produit fréquemment à l'intérieur d'un même État entre différentes administrations ou entre associations régionales et provinciales voisines (2).

Si, par là, certains droits sont institués, certains devoirs imposés, les autorités d'Alsace-Lorraine qualifiées pour conclure ces conventions agissent comme représentants de l'Empire et si les traités sont contractés avec des administrations des puissances étrangères, ils n'ont que l'Empire pour les protéger au point de vue international.

III. — Quant à une *administration autonome*, au sens où les États confédérés la possèdent comme nous l'avons exposé. I, p. 171 seq., t. II, p. 562, la Terre d'Empire ne l'a pas, ne peut pas l'avoir. Car cette administration autonome est un droit des États confédérés à l'égard de l'Empire. Les fonctionnaires, qui en sont chargés dans les États confédérés de l'Empire, ne gèrent pas les affaires de l'Empire, mais celles de leur pays; ils sont responsables envers leur pays de la légalité de leur gestion; ils sont soumis, il est vrai, à la surveillance suprême de l'Empire par l'in-

jet de l'extradition des criminels (Gesetzbl., p. 565); la convention avec l'Autriche-Hongrie, au sujet de l'hospitalisation des nationaux malades et la prise en charge des nationaux expulsés, en date du 29 avril 1874 (Gesetzbl., p. 13); le procès-verbal du 7 oct. 1874 sur la délimitation des diocèses entre l'Allemagne et la France (Gesetzbl. p. 33), etc.

(1) A cette catégorie appartient par exemple une entente avec la Prusse au sujet de la visite des bateaux qui circulent entre Sarrebrück et l'Alsace-Lorraine.

(2) A ce point de vue, l'autonomie financière de la terre d'Empire est d'un intérêt capital. V. plus loin, p. 593 seq.

termédiaire de leur pouvoir central, mais leur chef de service n'est pas un fonctionnaire de l'Empire. Au contraire, dans la terre d'Empire, l'administration peut assurément être *décentralisée* dans la même mesure que dans le reste de l'Empire; les autorités supérieures de la terre d'Empire peuvent prendre des décisions indépendantes, en dernier ressort, dans une sphère aussi vaste que celle qui appartient aux gouvernements des États confédérés; mais cette administration décentralisée est et demeure une administration de l'Empire et non une administration autonome. L'Empire n'exerce pas un contrôle suprême sur cette administration, il la gère lui-même. L'Empereur est chargé en Alsace-Lorraine de *toute* l'administration, absolument comme dans le reste de l'Empire il est chargé de l'administration dans les ressorts qui ne sont pas de la compétence de l'administration autonome des États confédérés (1).

(1) *Löning*, Verwaltungsrecht, p. 77, dont le développement est reproduit par *Schulze*, Deutsches Staatsrecht II, p. 374, appelle la Terre d'Empire une communauté organisée en corporation, qui est soumise au pouvoir politique de l'Empire, mais qui est investie par l'Empire de droits d'autonomie et d'administration très étendus. Bien que la Terre d'Empire soit, au point de vue du Droit public, dans la situation d'une province vis-à-vis de l'Empire, elle possède pourtant, dit-il, une législation et une administration indépendantes (!), et ses institutions administratives correspondent non à celles d'une province, mais à celles d'un État. Mais comme *Löning* admet lui-même que le pouvoir politique en Alsace-Lorraine appartient à l'Empire, il n'est pas possible de l'attribuer, en même temps, à une personne juridique différente de l'Empire, à la Terre d'Empire organisée en communauté, en corporation. L'administration et la législation de la Terre d'Empire n'ont pas, à un point de vue quelconque, la moindre analogie avec l'administration indépendante et l'autonomie d'associations provinciales ou d'autres communautés; elles sont la réalisation d'un pouvoir d'État vrai et véritable, pourvu de tous les droits souverains, et c'est celui de l'Empire. — *Preuss*, Gemeinde, Staat, Reich, p. 377 seq. applique à la Terre d'Empire sa définition de la « corporation territoriale ». V. à ce sujet plus haut, § 8. Mais en admettant même que cette définition fût fondée, elle ne con-

C'est uniquement parce que l'Empire ne possède qu'une seule Terre d'Empire, que l'on ne voit pas que l'administration de l'Alsace-Lorraine n'est autre que l'administration de l'Empire décentralisée, qu'elle est non pas l'administration d'un État de la Confédération, mais l'administration provinciale de l'Empire (1).

IV. — On peut appliquer à la *législation* des principes identiques. La Terre d'Empire ne possède pas une *autonomie* dans le sens d'un *droit* d'autonomie législative, comme il existe pour les États confédérés, et il n'est pas possible de la lui reconnaître tant qu'elle sera Terre d'Empire. Ce n'est pas l'Alsace-Lorraine qui se donne des lois à elle-même ; elle les reçoit de l'Empire. La loi d'annexion du 9 juin 1871, § 3, 4^e al., le reconnaît avec la plus grande netteté :

« Après l'introduction de la Constitution de l'Empire (2), l'Empire restera investi, jusqu'à réglementation ultérieure, du droit de légiférer même dans les affaires qui, dans les pays confédérés, ne sont pas de la compétence législative de l'Empire. »

La législation de l'Alsace-Lorraine n'est pas nécessairement soumise aux formes imposées, aux termes de la Constitution, à la législation de l'Empire. Le Reichstag et même le Bundesrath peuvent n'être pas appelés à y prendre part et l'on peut demander la collaboration de représentants de la population alsacienne-lorraine ; mais, de toute façon,

viendrait pas à la Terre d'Empire, puisque celle-ci n'est pas une corporation. V. aussi *Hünel*, p. 830, rem. 1.

(1) La loi du 30 déc. 1871 relative à l'organisation de l'administration (*Gesetzbl.*, 1872, p. 49), parle très justement au § 5 « des autorités de l'administration du pays » ; c'est-à-dire qu'il y a des autorités de l'Empire préposées à l'administration du pays.

(2) Jusqu'à cette époque la législation était déléguée à l'Empereur qui devait, dans l'exercice de ce droit, obtenir l'assentiment du Bundesrath. Loi du 9 juin 1871, § 3, 2^e al. V. plus loin, § 69.

c'est l'Empire qui reste législateur, c'est-à-dire détenteur du droit législatif, ou en son nom l'Empereur qui le représente. En d'autres termes: il peut y avoir aussi une décentralisation de la législation de l'Empire pour les affaires particulières de la Terre d'Empire. Nous exposerons plus loin, § 69, l'évolution qu'ont subie, depuis 1871, les formes de la « législation particulière » de l'Alsace-Lorraine; mais en dépit de ces changements, cette législation particulière n'est pas devenue une autonomie, au sens développé plus haut, t. I, p. 177 et s. et t. II, p. 274 seq.; elle est restée la législation d'une province de l'Empire.

V. — Le contraste qui existe entre la Terre d'Empire et les États confédérés, membres de l'Empire, se manifeste d'une façon éclatante par ce fait que l'Alsace-Lorraine n'a pas la qualité de membre de la Confédération. La mission que l'Empire est chargé de remplir, la protection qu'il doit assurer au territoire de la Confédération et au Droit en vigueur dans les limites de ce territoire, le souci de la prospérité du peuple allemand, il s'en acquitte aussi pour l'Alsace-Lorraine; matériellement, la Terre d'Empire prend une part illimitée à la vie politique de l'Empire allemand, mais au point de vue de la forme elle n'est pas membre de la Confédération, elle en est une province. C'est au Bundesrath principalement que les États font valoir et exercent leurs droits de membres de la Confédération, et, par conséquent, il n'est pas un État de la Confédération qui n'ait sa voix au Bundesrath. La Terre d'Empire, au contraire, n'a pas de voix au Bundesrath.

Lors de la réunion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire, le gouvernement avait l'intention d'accorder d'une façon quelconque à l'Alsace-Lorraine une part au Bundesrath (1). Mais cette intention n'a pas

(1) V. les motifs de la loi d'annexion, II, et le rapport de la commission

reçu de réalisation et il en sera nécessairement ainsi tant que l'Alsace-Lorraine restera Terre d'Empire. Assurément, en vertu d'une ordonnance du 14 mai 1875 (1), le Président Impérial d'Alsace-Lorraine a été nommé par le Roi de Prusse plénipotentiaire au Bundesrath, et, après l'institution d'un Ministère à Strasbourg, un de ses membres en a pris la place ; mais au point de vue du Droit public, il ne faut pas voir dans ce fait une concession de la Prusse qui aurait cédé à la Terre d'Empire une des 17 voix dont elle dispose et qui serait sous la direction de l'Empereur comme tel, c'est-à-dire non en sa qualité de roi de Prusse. Car aux termes de l'art. VI de la Constitution de l'Empire, les voix dont disposent les États confédérés doivent former un bloc. Donc, la Constitution s'oppose à ce qu'au Bundesrath les 17 voix de la Prusse se répartissent à un moment donné en 16 voix de la Prusse et 1 voix de l'Alsace-Lorraine. Mais logiquement, il est impossible que l'on institue au Bundesrath pour l'Alsace-Lorraine une ou plusieurs nouvelles voix et que l'on en confie la direction à l'Empereur comme tel. En effet, l'Empereur, comme tel, est un organe de l'Empire ; or, l'Empire ne peut pas exercer envers lui-même des droits de membre de la Confédération, pas plus qu'une autre personne juridique quelconque ne peut être membre d'elle-même.

VI. — De même que la Terre d'Empire n'a pas de droits de membre, de même elle n'a pas de *droits*

du Reichstag à propos du 2^e alinéa du § 2. De plus, le Prince de Bismarck déclara, dans la séance du Reichstag du 3 juin 1871, qu'il désirait que les gouvernements confédérés admissent les Alsaciens comme membres du Bundesrath avec *voix consultative* (Sten. Bericht, p. 1001). C'est ce qui a eu lieu à partir de 1879. V. plus haut, t. I, p. 360.

(1) Bulletin des lois, p. 219.

spéciaux. Par contre, rien ne s'oppose à ce qu'il existe, pour la Terre d'Empire, des exceptions aux dispositions de la Constitution de l'Empire; par là, elle se trouve, *en fait*, dans la situation que leurs Droits spéciaux assurent aux États confédérés. Et c'est ce qui arrive dans la réalité. La loi du 25 juin 1873, § 4, exclut l'Alsace-Lorraine de la convention relative aux impôts sur la bière et le § 5 de la même loi autorise jusqu'à nouvel ordre la continuation de la perception de l'octroi en Alsace-Lorraine. Mais par cette disposition, la terre d'Empire n'a pas été placée, au point de vue du Droit public, dans la même situation que les trois États du Sud de l'Allemagne relativement à l'impôt sur la bière; elle jouit d'un traitement analogue à celui des zones franches prussiennes, c'est-à-dire que les dispositions qui s'appliquent en particulier à l'Alsace-Lorraine ne constituent pas un Droit *subjectif* ou personnel, mais sont simplement des *dispositions* juridiques particulières. Au point de vue du Droit public, cette différence se manifeste en ce que, si la situation spéciale à l'Alsace-Lorraine est supprimée par une loi, la disposition du deuxième alinéa de l'art. LXXVIII de la Constitution, d'après laquelle « l'assentiment de l'État confédéré compétent » est nécessaire, ne sera pas applicable (1).

VII. — La terre d'Empire n'ayant pas de Droits subjectifs, il s'en suit qu'elle n'a pas non plus de *devoirs* subjectifs envers l'Empire. Elle supporte, il est vrai, dans la même mesure que les autres parties de l'Empire, les charges militaires et financières qui sont nécessaires pour que l'Empire remplisse sa mission;

(1) Primitivement, la Terre d'Empire ne faisait pas non plus partie de la convention relative à l'impôt sur l'eau-de-vie. La loi du 16 mai 1873 (Gesetzbl. für Elsass-Lothringen, p. 67), a mis fin à cette situation spéciale.

mais elle ne supporte pas ces charges dans les formes que le Droit public impose à un membre de l'État fédératif, elle est dans la même situation qu'une portion territoriale d'un État unitaire.

Ce fait se manifeste, en pratique, par l'impossibilité d'appliquer l'art. XIX de la Constitution de l'Empire ; il n'est pas possible de concevoir une exécution contre la Terre d'Empire ; ce serait une exécution de l'Empire contre lui-même. Il n'y a que les membres de la Confédération qui, ayant à l'égard de l'Empire une existence politique indépendante, une personnalité propre, peuvent être contraints, par voie d'exécution, à remplir leurs devoirs constitutionnels ; il n'en est pas de même de la Terre d'Empire qui, par sa situation juridique normale, se trouve déjà dans la situation à laquelle serait réduit un État confédéré, si l'on procédait à son égard à l'exécution dans toute sa rigueur.

VIII. — S'il est exact que la Terre d'Empire n'est pas un État, la conséquence inévitable c'est qu'il n'y a pas non plus de *nationalité* alsacienne-lorraine. La différence théorique entre les Droits civiques de l'État confédéré et les Droits civiques de l'Empire, que nous avons développée à propos de tous les États allemands, § 14, seq., n'a pas de raison d'être pour la Terre d'Empire ; les Alsaciens-Lorrains sont allemands exactement comme les Poméraniens et les Brandebourgeois sont Prussiens.

Cela semble en contradiction avec ce principe, que la loi relative à l'acquisition et à la perte de la qualité de citoyen de la Confédération et d'un État confédéré du 1^{er} juin 1870 a été introduite en Alsace-Lorraine par la loi du 8 janvier 1873, puisqu'aux termes du 1^{er} paragraphe de cette loi la qualité de citoyen de la confédération est acquise par là même

que l'on est citoyen d'un Etat confédéré et cesse avec la perte de ce droit. Mais l'introduction de cette loi en Alsace-Lorraine n'a, au point de vue pratique, qu'une seule conséquence : c'est que *les mêmes faits*, qui déterminent dans les Etats confédérés l'acquisition ou la perte de la nationalité particulière et inévitablement aussi celle de la nationalité allemande, produisent en Alsace-Lorraine directement l'acquisition ou la perte de la nationalité allemande ; au point de vue formel, les autorités de la Terre d'Empire observent la même ligne de conduite que les autorités des Etats confédérés dans le reste du territoire de l'Empire (1).

Par contre, il n'y a pas de droits civiques alsaciens-lorrains différents des droits civiques de l'Empire, qui auraient *une nature à part* et des effets spéciaux. Au § 17 nous avons distingué quatre effets juridiques spéciaux des droits civiques des pays confédérés.

1° *Le devoir d'obéissance au pouvoir de l'Etat confédéré.* Comme en Alsace le pouvoir politique ne fait qu'un avec le pouvoir de l'Empire, qu'il n'existe pas de pouvoir d'Etat confédéré différent du pouvoir de l'Empire, il n'y a pas non plus, à côté du devoir d'obéissance envers l'Empire, qui tient à la natio-

(1) La thèse exposée ici a été adoptée par Zorn I, p. 559, Schulze II, p. 370, Hänel I, p. 832 seq. ; Bornhak, Preuss. Staatsrecht I, p. 247, Jellinek, p. 31, et le même Staatenverbindungen, p. 279, etc. (V. Meyer, § 75, note 11) ; G. Meyer, Hirth's Annalen 1876, p. 678 seq. a développé une théorie divergente à laquelle Leoni, Oessentl. Recht I, p. 15 seq. s'est rangé. Meyer essaie de pallier ce qu'il y a d'illogique à admettre une nationalité sans l'existence d'une nation ; pour cela, il appelle la nationalité alsacienne-lorraine « nationalité provinciale », et il lui concède la même efficacité et la même importance, au point de vue du Droit public, qu'à la vraie nationalité, ce qui est jouer avec les mots. Chez Leoni, ce procédé est généralisé ; il part de ce fait que l'Alsace-Lorraine n'est pas, il est vrai, un Etat réel (« indépendant »), mais qu'il est traité comme tel juridiquement. V. plus haut, p. 572.

nalité allemande, de devoir d'obéissance envers un pouvoir politique particulier qui s'en distingue théoriquement ou en fait.

2° *Le droit à la protection à l'étranger.* Comme l'Alsace-Lorraine n'a pas d'existence internationale, elle ne peut pas prétendre à ce droit, fût-ce dans la mesure très restreinte où il existe encore pour les États confédérés de l'Empire allemand ; c'est l'Empire seul qui est qualifié pour intervenir à propos des sujets alsaciens-lorrains, de sorte qu'ici encore la nationalité alsacienne-lorraine se fond absolument dans la nationalité allemande.

3° *Le droit de domicile sur le territoire de l'État particulier.* Il a été absorbé, comme nous l'avons exposé t. I, p. 251 seq., en exécution de la loi sur la liberté d'établissement, qui a été appliquée aussi à l'Alsace-Lorraine, par le *droit de domicile sur le territoire de l'Empire.*

4° *L'exercice des droits politiques et en particulier la faculté juridique de contribuer à la constitution des corps représentatifs, le droit d'élection.* C'est sur ce point entre tous que se manifeste, comme nous l'avons montré t. I, p. 254, la persistance des droits civiques dans les États confédérés ; le Droit d'élection et l'éligibilité aux fonctions politiques qui subsistent à l'intérieur des États confédérés, voilà spécialement en quoi ils consistent ! Dans ces élections, il serait possible de faire valoir des droits civiques alsaciens-lorrains, par opposition à la nationalité allemande, si ces droits existaient. Or, la loi du 24 janvier 1873, § 3 et 6 décide à ce propos : « Est électeur *tout allemand* qui a 25 ans révolus et qui jouit pleinement des droits civiques dans son pays ; il vote dans la commune où il a son domicile (1). »

(1) L'éligibilité est fixée d'une façon analogue. « Est éligible tout électeur, qui a son domicile dans le district ou le cercle, ainsi que tout

De même, la nouvelle loi communale de 1895, § 30 exige la possession de la « nationalité allemande » pour l'électorat et l'éligibilité.

Donc, ce qui est capital, ce n'est pas la nationalité particulière, mais la nationalité allemande. Tout Allemand, quel que soit l'État dont il est sujet, jouit des droits d'électeur en Alsace-Lorraine, pourvu qu'il réside dans la Terre d'Empire. Par conséquent, la loi du 1^{er} juin 1870 a pu être introduite au point de vue formel en Alsace-Lorraine ; matériellement, c'est le principe opposé, en vigueur dans l'Amérique du Nord, qui a été appliqué ; d'après ce principe, le droit de citoyen de la Confédération est le droit primaire, et le droit de citoyen d'un État confédéré en est la conséquence et l'effet, c'est-à-dire que le citoyen de la Confédération a le droit d'exercer (1), dans l'État où il réside, ses droits d'électeur et les autres droits qu'ont pu conserver les citoyens de l'État confédéré.

Il résulte de là que le droit de citoyen de l'Alsace-Lorraine, en face de la nationalité allemande ou des droits de citoyen de l'Empire, serait un droit purement illusoire et sans effets juridiques ; ce serait violer toutes les règles rationnelles juridiques, que d'imaginer un droit de cette nature.

On arrive au même résultat par une autre considération. Lorsque l'Alsace-Lorraine fut cédée à l'Allemagne par le traité de Francfort, il n'y avait incontestablement pas d'État alsacien-lorrain, ni de citoyens alsaciens-lorrains. Jusqu'au traité, les habi-

Allemand qui a 25 ans révolus et jouit pleinement des droits civiques dans son pays, pourvu qu'il paie dans le district ou le cercle un impôt direct. » L'éligibilité au Landesausschuss (Diète) est fixée de la même manière. Loi du 4 juillet 1879, § 14, 4^e al. (Reichsgesetzbl., p. 168).

(1) V. plus haut, t. I, p. 220. *Rüttimann*, Nordamerikan. Bundesstaatsrecht I, § 94.

tants de ces territoires étaient Français et ils sont devenus, par le traité qui a cédé à l'Empire allemand la souveraineté sur le pays et les gens, *des Allemands*, pourvu toutefois qu'ils ne fissent pas usage de la liberté d'émigration qui leur était concédée (option). La paix n'a incontestablement pas créé d'État alsacien-lorrain et on peut en dire autant de la loi d'annexion du 9 juin 1871.

La convention additionnelle de la paix de Francfort du 11 décembre 1871 distingue, dans les différents articles qui concernent la nationalité entre la nationalité *allemande* et la française, les « *Angehörigen der abgetretenen Gebietstheile* » mentionnés dans le texte allemand à l'art. II sont désignés dans le texte français comme « individus originaires des territoires cédés », par conséquent comme sujets non en vertu de la qualité de membres d'un État politique, mais en vertu de leur extraction ou origine (1) ; la fin de l'art. VI parle en termes formels d'« individus originaires des territoires cédés, qui seront devenus *sujets allemands* (2). » Donc, les sujets de la terre d'Empire ont été d'abord directement sujets de l'Empire et non, comme les sujets des autres États, sujets de leur pays d'origine et par ce fait sujets de l'Empire. C'est seulement par l'introduction de la loi du 1^{er} juin 1870 en Alsace-Lorraine par la loi du 8 juin 1873 que l'idée d'une nationalité alsacienne-lorraine opposée à la nationalité allemande a trouvé en apparence une justification légale. Or, cette loi déclare, au § 3, que *par droit de naissance* les enfants

(1) Dans la majorité des passages, le texte allemand dit aussi : « individus originaires des territoires cédés » (Personen, welche aus den abgetretenen Landestheilen herkommen). Par exemple, art. II, 3^e al. ; art. IV ; art. X. Procès-verbal final, 1^{er} al.

(2) Texte allemand : « Angehörigen der abgetretenen Gebiete, welche deutsche Unterthanen geworden sind. » De même, art. XV.

légitimes d'un Allemand *acquièrent* la nationalité particulière du père, et les enfants illégitimes d'une Allemande celle de leur mère ; elle ne confère donc à aucun individu, né avant la publication de cette loi, une nationalité particulière qu'il ne possédât pas déjà auparavant. De même, les § 4 et 5 supposent que le père qui reconnaît un enfant illégitime ou l'homme qui se marie a déjà une nationalité particulière. Mais il n'y a pas une seule disposition de la loi qui dise que toutes les personnes qui sont nées avant l'introduction de cette loi d'un père habitant l'Alsace-Lorraine ou ont été reconnus par lui ou encore qui ont épousé un habitant de la terre d'Empire, *acquièrent* la nationalité alsacienne-lorraine. Les § 3 à 5 ne sont donc applicables en Alsace-Lorraine, abstraction faite des sujets des autres États confédérés immigrés en Alsace-Lorraine, que si on remplace la « nationalité restreinte » par la nationalité allemande. Les habitants de la terre d'Empire sont devenus *Allemands*, citoyens de l'Empire, par le traité de Versailles ou de Francfort, et non par un des motifs cités dans la loi du 1^{er} juin 1870 sur l'acquisition de la nationalité ; cette nationalité *allemande* est transmissible aux enfants et aux femmes légitimes aux termes des § 3 à 5 de la loi citée. Donc, il ne pourrait être question de l'acquisition d'une nationalité alsacienne-lorraine, aux termes de la loi du 1^{er} juin 1870, que pour les personnes qui l'ont acquise par adoption, naturalisation ou nomination.

D'après cela, il n'y aurait qu'une infime fraction de la population alsacienne-lorraine qui posséderait la nationalité spéciale à côté de la nationalité allemande, et, de plus, le sens de la loi du 1^{er} juin 1870 serait complètement altéré. Car toutes les causes d'acquisition de nationalité fixées par elle n'auraient pas, comme c'est l'intention de la loi, *le même* effet juridique ; les

motifs d'acquisition par droits de famille auraient un tout autre effet que par l'adoption et la naturalisation. Ainsi, même dans la loi du 1^{er} juin 1870, on ne peut pas considérer la qualité d'Alsacien-Lorrain comme une nationalité restreinte, mais au contraire, ainsi que la loi du 24 janvier 1873 l'a établi pour le droit d'élection, comme la nationalité allemande, qui tient à la résidence dans la terre d'Empire. Mais aux termes de cette loi, le transfert du domicile dans un autre État confédéré ou le séjour à l'étranger, pourvu qu'il ne dépasse pas dix années consécutives, ne font pas perdre la nationalité allemande. Donc, une personne, qui a acquis la nationalité allemande en Alsace-Lorraine et établit ensuite sa résidence en dehors de la terre d'Empire, peut être sujet de l'Empire, sans appartenir à un État allemand, et par là le principe qui forme la base de la loi du 1^{er} juin 1870 se trouve considérablement modifié. Cette loi montre clairement, ainsi que d'ailleurs la Constitution de l'Empire, qu'une loi qui suppose des États fédérés et qui est rédigée pour eux, ne peut pas être, du jour au lendemain, introduite dans une terre d'Empire, sans donner lieu à des différences et à des inconséquences juridiques.

Mais l'idée d'un citoyen de l'Alsace-Lorraine a encore son importance à d'autres points de vue que celui des *droits civiques particuliers*. La législation française attache à la qualité de *Français* de nombreuses conséquences juridiques et cette législation a conservé en partie sa vigueur dans la terre d'Empire. De là, la question suivante : dans les cas où le droit français exige « la qualité de Français », qu'est-ce qui en tient lieu dans la terre d'Empire ? Pour résoudre cette question, il importe de considérer les points suivants.

Aux termes des art. VII et VIII du Code civil qui

établissent une distinction entre les « droits civils » et les « droits politiques », *tout Français* jouit des droits civils, mais la possession des droits politiques dépend « de la qualité de *citoyen*, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle ». Tout Français n'est pas en même temps citoyen; donc, il faut traduire « Français » par *Inländer* et non par *Staatsbürger*. Les dispositions du Code civil relatives à l'acquisition et à la perte de la qualité de Français (Alsacien-Lorrain) ont été particulièrement en vigueur dans la terre d'Empire jusqu'à l'introduction de la loi de l'Empire du 1^{er} juin 1870; l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen, au contraire, sont réglées par les lois constitutionnelles françaises qui ont cessé d'être applicables dès la conclusion de la paix avec l'Allemagne et la cession du territoire de la Terre d'Empire. Tout homme qui n'est pas Français ne peut jamais jouir des droits politiques, car il ne peut jamais être citoyen; mais il peut jouir, comme tout Français, des Droits civils, s'il a, avec la permission de l'Etat, son domicile en France et s'il y est établi (Code civil, art. XIII). Mais le droit français suppose, il est vrai, que tout Français est aussi sujet de l'Etat français; tout homme qui choisit une autre nationalité perd non seulement la qualité de citoyen français, mais aussi la qualité de Français, Code civil, art. XVII, (1).

Ainsi, même pour la Terre d'Empire, la qualité de national dépend de la qualité de sujet du pouvoir

(1) En conséquence, il s'est établi, en France, la jurisprudence suivante : quand une partie du territoire français est cédée à un autre Etat, les habitants du territoire cédé perdent la qualité de Français, s'ils conservent leur domicile sur le territoire cédé. V. *Dalloz et Vergé*, Code civil annoté, n^{os} 97 et seq. relatifs à l'art. XVII (vol. I, p. 65). Voir aussi *Löning*, op. cit., p. 197, où se trouvent de nombreux renseignements bibliographiques.

politique existant dans la Terre d'Empire. Mais il ne s'ensuit nullement qu'il doive nécessairement y avoir un pouvoir politique alsacien-lorrain. Le détenteur du pouvoir politique en Alsace-Lorraine, c'est l'Empire allemand. Donc, la qualité d'Alsacien-Lorrain ne suppose pas une nationalité différente de la nationalité allemande, mais simplement la qualité de citoyen de l'Empire allemand.

D'autre part, il ne faut pas rendre l'expression de « Français » des lois françaises, par « jeder Deutsche » (tout allemand) pour la Terre d'Empire. Les lois françaises sont, en effet, pour la Terre d'Empire, par rapport au droit en vigueur dans toute l'Allemagne, des lois particularistes, et, par conséquent, les termes « nation » et « national » doivent être interprétés par les principes juridiques édictés par ce Droit particulariste et dans les limites du territoire où ce droit particulariste est en vigueur. Or, les personnes soumises à un Droit positif déterminé sont celles qui ont leur domicile sur son territoire. Il en résulte que là où, dans les lois françaises, il est question de « Français », il faut entendre pour l'Alsace-Lorraine les *Allemands qui résident dans la Terre d'Empire*. Par l'introduction de l'art. III de la Constitution de l'Empire en Alsace-Lorraine, tous les Allemands se trouvent, en somme, il est vrai, au point de vue des droits civils dans la terre d'Empire, dans la même situation ; par suite, la distinction entre nationaux alsaciens-lorrains et autres Allemands est devenue sans objet dans ses traits essentiels. Mais, malgré cela, il subsiste encore des dispositions légales qui ne s'appliquent pas le moins du monde à tous les Allemands, mais simplement aux nationaux Alsaciens-Lorrains. Dans ces cas-là, la nationalité ne consiste pas à être sujet d'un *Etat* particulier, mais à habiter un *territoire juridiquement spécial*.

On sait que, même dans un État unitaire, il peut y avoir plusieurs territoires juridiques et que la qualité d'habitant d'un de ces territoires peut avoir une grande importance au point de vue du Droit. L'Alsace-Lorraine se trouve, à ce point de vue, par rapport à l'Empire Allemand, exactement dans la situation de la province Rhénane par rapport à la Prusse et de même que, dans la province rhénane, il faut traduire Français par « Rheinpreusse » c'est-à-dire Prussien résidant dans la province rhénane, sans qu'il y ait pour cela « une nationalité rhéno-prussienne », de même, dans la Terre d'Empire, il faut rendre Français par « Allemand résidant en Alsace-Lorraine ». Cependant, il faut remarquer que, depuis l'introduction du Code civil de l'Empire, cette question a perdu la plus grande partie de son importance.

— Le contraste entre la Terre d'Empire et les États confédérés se manifeste avec sa plus grande clarté quand il s'agit de la *puissance territoriale* ; ce contraste est ici évident. Il n'y a pas, dans les territoires cédés par la France, de puissance territoriale que l'on puisse distinguer de la souveraineté territoriale propre à l'Empire, comme on distingue une puissance territoriale spéciale des États confédérés sur leur territoire respectif. L'Empire a juridiquement le droit de diviser la Terre d'Empire en plusieurs circonscriptions administratives absolument distinctes, d'en céder des parties à des États confédérés voisins ou à une puissance étrangère ou de les échanger, de l'annexer à un État de la Confédération ; il possède sur la Terre d'Empire en un mot non seulement les droits souverains qui, aux termes de la Constitution, sont de la compétence de l'Empire, mais aussi tous les droits souverains que comprend la souveraineté, dans toute leur étendue. Le seul nom de Terre directe

d'Empire donné à l'Alsace-Lorraine caractérise nettement la distinction qui existe entre la situation juridique de ce pays et celle des autres parties du territoire de la Confédération. Si l'Alsace-Lorraine n'était pas la seule terre d'Empire, si surtout elle n'était pas enclavée sur toute la longueur de ses frontières dans des territoires soumis à un souverain, on verrait plus nettement que l'Alsace-Lorraine n'est pas le territoire d'un État confédéré, mais une province, une circonscription administrative de l'Empire ; car alors, pour des raisons de commodité, on réunirait peut-être des parties de la terre d'Empire avec d'autres terres d'Empire limitrophes pour constituer des circonscriptions administratives.

X. — Nous avons constaté une profonde différence entre la terre d'Empire et les États confédérés sur les points que nous venons de traiter ; au point de vue *financier*, au contraire, la terre d'Empire jouit du même traitement que les États confédérés. Cela vient de ce qu'il ne s'agit pas ici de droits *politiques souverains*, de fonctions publiques, mais de droits et d'obligations du domaine du *droit de propriété*. Si tout État est nécessairement investi du droit de propriété ; l'inverse n'est pas vrai et l'on ne peut pas dire que toute communauté de Droit public revêtue de la personnalité juridique au point de vue du Droit privé ait le caractère d'un État. C'est précisément parce que toute province, toute circonscription peut être, au même titre que l'État, détenteur du droit indépendant de propriété, qu'il est possible de traiter, à propos de toutes les affaires qui intéressent les finances, la terre d'Empire exactement comme un État confédéré (1).

(1) V. *Löning*, op. cit., p. 187. Ma dissertation dans *Hirth's Annalen* 1873, p. 562 seq.

En conséquence, *la caisse de l'Alsace-Lorraine* est distincte du fisc de l'Empire ; de même, la propriété de l'Alsace-Lorraine est distincte de la propriété de l'Empire existant dans la terre d'Empire. La loi du 25 mai 1873, relative à la situation juridique des objets destinés à l'usage et au service d'une administration de l'Empire, a été introduite dans la terre d'Empire par la loi du 8 décembre 1873 (Gesetzbl., p. 387) ; par là, la terre d'Empire est assurée d'un traitement identique à celui qui est accordé aux Etats confédérés, non seulement au point de vue de la propriété financière, mais aussi au point de vue de la propriété administrative. De même qu'il y a un actif alsacien-lorrain, il y a aussi des dettes de la terre d'Empire qui se distinguent d'une part des dettes des districts ou des cercles et d'autre part des dettes de l'Empire. Ces dettes sont supportées par la caisse (le fisc) de l'Alsace-Lorraine, par la terre d'Empire, en tant que personne juridique jouissant du Droit de propriété. C'est le fisc de l'Alsace-Lorraine qui répond de ces dettes, le fisc de l'Empire ne les garantit pas.

Cette séparation du régime financier de l'Alsace-Lorraine d'une part, de celui de l'Empire d'autre part a des effets très divers et donne parfois à l'Alsace-Lorraine l'apparence non d'une terre d'Empire, mais d'un véritable Etat. Il faut envisager ici les points suivants :

1^o *Les traités internationaux*, que l'Empire conclut à l'intention de l'Alsace-Lorraine et qui se rapportent à des matières en dehors de la compétence constitutionnelle de l'administration centrale, sont traités, dans leurs conséquences financières, comme s'ils avaient été contractés par l'Alsace-Lorraine. Au point de vue du Droit public et du Droit international, ils sont des traités de l'Empire ; au point de vue financier, ils sont traités comme des conventions

conclues par la caisse de l'Alsace-Lorraine. L'exemple le plus important, c'est la convention additionnelle du traité de paix conclue à Francfort sur-le-Main avec la France le 11 décembre 1871. Par l'art. II, elle règle le devoir de payer les pensions ; par l'art. V, le paiement des frais de justice, ainsi que la perception des amendes et des frais ; par l'art. VIII, la livraison de documents, registres, pièces etc. ; par l'art. XIII, l'exécution de contrats que le gouvernement français avait signés avec des entrepreneurs etc. (1) ; par l'article XIV, la prise en charge des frais nécessités par l'installation et l'entretien des canaux etc. Pareillement, les conventions conclues avec le duché de Bade au sujet de la construction et de l'entretien de ponts sur le Rhin et les émoluments du personnel surveillant, l'entente conclue avec la Prusse au sujet des frais d'entretien de la partie du canal de la Saar, commune aux deux pays de Sarreguemines à Gündingen, les traités relatifs à la navigation sur le Rhin et en particulier à la commission centrale de navigation sur ce fleuve, sont, au point de vue des parties contractantes, traités de l'Empire ; au point de vue des effets pécuniaires ce sont des traités de la caisse de l'Alsace-Lorraine.

2° Les frais de la *gestion administrative* en Alsace-Lorraine sont supportés par la caisse de ce pays ; à ce point de vue, l'administration provinciale est nettement séparée de l'administration de l'Empire. En conséquence, l'Empire n'a pas, en Alsace-Lorraine, d'autres sources de revenus que celles qu'il a aussi

(1) C'est à propos d'un cas de ce genre qu'a été rendu le jugement du tribunal de Mulhouse du 20 nov. 1872 (*Zeitschrift f. franz. Civilrecht de Puchelt* IV, p. 189 seq.), sur la question : dans quelle mesure les créances et les dettes du gouvernement français ont-elles été transmises par la cession de l'Alsace-Lorraine à la caisse particulière de ce pays. Voyez *Löning*, op. cit., p. 232 seq.

dans les autres parties de l'Empire, abstraction faite des chemins de fer qui sont la propriété de l'Empire ; d'autre part, c'est la caisse alsacienne-lorraine, qui fait face aux dépenses que, dans les États confédérés, l'autonomie administrative met à la charge de ces États.

• Les lois concernant l'Alsace-Lorraine se servent, en règle générale, pour désigner le fisc de la terre d'Empire, du terme « caisse alsacienne-lorraine » (Landeskasse) (1).

3° Les frais de la *législation particulière*, qui correspondent à l'autonomie propre aux États confédérés, sont supportés, eux aussi, par la caisse alsacienne-lorraine ; ce sont les frais occasionnés par le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine et les dépenses de la délégation (*Landesausschuss*). De plus, la *fixation du budget* est elle-même l'objet de cette législation. Le budget de l'Alsace-Lorraine n'est nullement un élément du budget de l'Empire ; il est soumis à la délibération du Landesausschuss, fixé par une loi spéciale et publié dans le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine.

4° Bien que la Terre d'Empire, n'étant pas membre de la Confédération, n'ait, à l'égard de l'Empire, ni droits de sociétaire, ni droits spéciaux, ni devoirs, la caisse de l'Alsace-Lorraine est cependant traitée

(1) Dans les premiers temps, on trouve quelquefois dans les lois le terme « état ». Gesetzbl., 1872, p. 55 : « La caisse principale du district centralise tous les revenus du district qui reviennent à l'État. » Cette expression tient certainement ici à une raison de style. On a voulu éviter de dire : « La caisse principale du district centralise tous les revenus qui reviennent à la caisse principale du pays. » La loi du 15 oct. 1873, relative aux cautionnements des fonctionnaires, contient la même expression, parce qu'elle est une reproduction précise de la loi prussienne du 25 mars 1873. Suivant une pratique constante et très ancienne, on évite au contraire, dans la rédaction des lois de l'Empire, le terme d'État pour désigner l'Alsace-Lorraine ; on veut souligner par là la différence entre les « États Confédérés » et l'Alsace-Lorraine et donner un nom spécial à la Terre d'Empire.

dans toutes les questions de Droit de propriété, absolument comme le serait le fisc d'un membre de la Confédération. Par analogie avec les droits de sociétaire, elle a obtenu la participation aux bons du trésor de l'Empire dans la mesure où ils intéressent la terre d'Empire (1) ; par analogie avec les droits spéciaux, la caisse d'Alsace-Lorraine paie l'*aversum* de l'impôt sur les brasseries ; par analogie avec les devoirs des États confédérés, elle acquitte à la caisse de l'Empire les contributions matriculaires et il lui est attribué, de même qu'aux États confédérés, au prorata de sa population, une part proportionnelle dans les excédents des douanes et des impôts de consommation.

5° D'ailleurs cette séparation du fisc de l'Alsace-Lorraine du fisc de l'Empire n'existe que par la *volonté de l'Empire*. L'Empire a la faculté, en usant de son droit de législation, de disposer des biens appartenant en propriété à l'Alsace-Lorraine, de donner ou d'ôter au fisc de l'Alsace-Lorraine des sources de recettes, de lui imposer des dépenses, de fixer son budget entier. Au point de vue du droit financier *public*, la situation de l'Alsace-Lorraine, vis-à-vis de l'Empire est donc tout à fait différente de la situation des États confédérés.

§ 68. — *Organisation de la Terre d'Empire.*

I. — Historique. — Comme, en vertu de la définition de la Terre d'Empire, le pouvoir politique ne fait qu'un, en Alsace-Lorraine, avec le pouvoir de l'Empire, ce sont aussi les organes de l'Empire qui sont appelés à exercer le pouvoir politique en Alsace-Lorraine. C'est ce principe qui a inspiré les disposi-

(1) Cf. Loi du 25 déc. 1874, § 4 (Gesetzbl., p. 58).

tions de la loi d'annexion du 9 juin 1871 et les lois qui s'y rapportent. « Le pouvoir politique est exercé en Alsace-Lorraine par l'Empereur. » (§ 3, 1^{er} al. op. cit.)

Or, comme la Constitution de l'Empire ne connaît qu'un seul Ministre de l'Empereur, le Chancelier de l'Empire, il s'en est suivi naturellement que le Chancelier devait devenir aussi le Ministre du gouvernement impérial de la terre d'Empire, à moins qu'une loi de l'Empire ne vint à formuler une autre disposition. Or, la loi du 9 juin 1871 ne contenait rien de semblable; elle confirmait, au contraire, en termes formels, la compétence du Chancelier en stipulant au § 4 : « Les décrets et règlements de l'Empereur doivent porter, pour être valables, le contrescinq du Chancelier de l'Empire qui, par là, en prend la responsabilité ». Cette disposition de la loi est empruntée textuellement à la teneur finale de l'art. XVII de la Constitution de l'Empire et a évidemment le même sens. La nomination d'un Ministre spécial pour la terre d'Empire ou l'institution d'un Conseil de Ministres pour ce pays était écartée; le Chancelier seul était déclaré responsable envers l'Empereur comme envers le Reichstag et il était, par conséquent, le chef suprême et unique de tous les ressorts de l'administration de la terre d'Empire.

On donna aussi au Chancelier, pour l'assister dans sa tâche de Ministre de l'Empire, l'office de la *Chancellerie impériale*; en conséquence, cette administration devint aussi l'administration suprême de l'Alsace-Lorraine.

On lui ajouta en vue de ces fonctions une division spéciale (III). Cette division n'eut pas le caractère d'administration indépendante, mais elle devint une partie intégrante de la Chancellerie de l'Empire. Elle ne fut pas chargée, non plus, de *toutes* les affaires intéressant la terre d'Empire. La division centrale

devait collaborer à la réglementation de toutes les matières d'un intérêt politique, commercial ou financier général ; les décrets relatifs aux questions de postes et télégraphes étaient du ressort de la 1^{re} et de la 2^e division ; la justice en général fut confiée à la 4^e division instituée en 1875 ; les affaires étrangères étaient du ressort du Ministère de l'extérieur ; les questions militaires étaient réglées par le Ministre de la guerre de Prusse. La 3^e division ne conserva, en somme, que ce l'on appelait les affaires intérieures ; et de plus, on lui attribua la direction de l'administration des chemins de fer de l'Empire ; mais un décret du 27 mai 1878 la lui enleva pour la confier à un Ministère spécial.

Mais le principe, que la Chancellerie devait expédier les affaires ministérielles de l'Alsace-Lorraine, ne fut pas appliqué logiquement à l'administration *intérieure*. Les présidents de district qui remplacèrent les préfets français ne dépendirent pas directement de la Chancellerie, comme ils dépendent du Ministère dans l'organisation française ; par la loi du 30 décembre 1871 (Gesetzbl., 1872 p. 49) concernant l'organisation administrative, on interposa entre les présidents de district et le Ministère une autorité d'un caractère tout spécial : le *premier président d'Alsace-Lorraine* à Strasbourg.

Ce fonctionnaire ne fut pas, au point de vue du Droit public, dans la situation d'un Ministre ; il ne fut pas responsable au sens constitutionnel ; il n'avait pas le pouvoir de représenter le Chancelier ; il ne pouvait pas contresigner un décret impérial ; il devait obéissance aux instructions officielles du Chancelier et il était placé sous sa surveillance. La loi, § 4, l'appelle l'autorité suprême en Alsace-Lorraine ; mais, dans aucun ressort, il n'était l'autorité suprême de l'Alsace-Lorraine ; en tout et partout, il était subor-

donné au Chancelier comme à son chef hiérarchique réel.

Les pouvoirs qui lui sont confiés par les § 5 et 6 de la loi administrative du 30 décembre 1871 ne se distinguent pas essentiellement de ceux que l'instruction prussienne du 31 décembre 1825 confère aux premiers présidents prussiens, et la pensée primitive du législateur tendait manifestement à mettre le premier président d'Alsace-Lorraine sur le même pied que les premiers présidents prussiens. Mais la loi administrative § 6 autorisait le Chancelier à déléguer, en tout ou en partie, au premier président les pouvoirs que les lois françaises en vigueur confiaient aux ministères. Le Chancelier fit un usage très large de cette autorisation, en conférant par une publication du 29 février 1872 (Gesetzbl., p. 122) au premier président de Möller (personnellement) les pouvoirs ministériels intégralement et en bloc, en tant que ces pouvoirs n'étaient pas réglés par des lois spéciales ou par des règlements impériaux ou n'étaient pas de la compétence des Ministres des affaires étrangères ou de la guerre ou n'avaient pas pour objet l'administration des contributions indirectes. Par là, le premier président avait remplacé le Ministère dans tout le domaine de l'administration intérieure, à peu d'exceptions près (1), et, par suite, le personnel de conseillers, fonctionnaires et employés subalternes qui lui était adjoint était si considérable que la « première présidence » ressemblait, par son orga-

(1) Administration des forêts (Loi du 30 déc. 1871, § 1), administration des Mines (Loi du 16 déc. 1873, § 167), Université (Loi du 28 avril 1872). Mais même pour ces administrations, le premier président était investi de pouvoirs étendus en vertu d'une délégation du Chancelier. V. au sujet de l'administration des forêts la décision du Chancelier du 21 fév. 1872 dans le Recueil nommé *v. Möllersche Sammlung der elsass-lothringischen Gesetze*, vol. III, p. 198.

nisation extérieure, bien plus à un ministère qu'à une première présidence prussienne.

Il en résulta une contradiction entre l'importance réelle et la situation du premier président au point de vue du Droit public. Il était une instance suprême de toute l'administration intérieure de l'Alsace-Lorraine ; il était compétent pour publier presque tous les arrêtés qui sont, d'après le Droit en vigueur, de la compétence des ministres ; il était chargé d'établir le budget alsacien-lorrain, de préparer les projets de lois et d'ordonnances, de donner les instructions et les règlements officiels aux présidents de district et aux autres autorités du district. Mais il n'était investi de la majeure partie de ces fonctions qu'en vertu d'un ordre administratif du Chancelier ; il était sans responsabilité spéciale au point de vue du Droit public, et restait sous la dépendance du Chancelier.

En conséquence, la Chancellerie conserva toute son importance dans toutes les affaires qui étaient laissées par un décret spécial à la compétence du Chancelier ou qui devaient, en raison de leur importance, être portées à sa connaissance et soumises à sa décision. Il y avait donc ensemble deux Ministères superposés : la première présidence qui réglait les détails et avait une connaissance plus claire des situations locales et des personnes, et la Chancellerie de l'Empire qui se distinguait par un pouvoir juridique plus étendu et par un contact plus étroit avec les administrations centrales de l'Empire, ainsi qu'avec le Bundesrath et le Reichstag.

Afin de fortifier sa situation et de faire de plus en plus de Strasbourg le centre du gouvernement, le premier président se fit conférer, par décret impérial du 29 octobre 1874 (Gesetzbl., p. 37), le pouvoir de réunir autour de lui un comité sous le nom de *Landesausschuss*, composé de membres des conseils

de district ; les projets de loi pour l'Alsace-Lorraine, relatifs à des questions que la Constitution n'a pas réservées exclusivement à la législation de l'Empire, y compris le budget, *pouvaient* être soumis à la discussion et à l'*avis* de ce comité, avant de venir en délibération devant les facteurs compétents de la législature (1) Ce décret n'a pas créé un principe de Droit ; il n'avait, à l'origine, d'autre importance que celle d'une instruction ; même si le décret n'avait pas existé, rien n'eût empêché le gouvernement de solliciter des avis au sujet de projets de loi, et, d'autre part, l'avis favorable n'avait pas la valeur d'une condition juridique que devait remplir une loi de l'Alsace-Lorraine. Le décret n'avait pas non plus été publié dans la forme légale indispensable pour créer un principe de Droit. La loi du 2 mai 1877 (Gesetzbl., p. 491) a donné cependant au comité une situation importante au point de vue du Droit public, en transformant l'avis favorable en un assentiment donné aux lois alsaciennes-lorraines, et en lui conférant le pouvoir de remplacer l'assentiment du Reichstag. En même temps le décret fut publié dans le Bulletin des lois de l'Empire comme annexe à la loi et il acquit formellement par là force de loi.

Puis, ce qui compliqua les rapports du premier président avec le Chancelier de l'Empire, ce fut la

(1) Le décret est adressé au *Chancelier*, et par conséquent ne contient, à vrai dire, qu'une autorisation en sa faveur ; mais il établit que les propositions sont soumises au Landesausschuss par le premier président qui a le droit d'assister aux séances plénières et aux délibérations des commissions et de s'y faire représenter par des commissaires. Le même décret contient les dispositions relatives à la composition, à la convocation et à l'ordre du jour du comité ; le décret du 13 fév. 1877 (Reichsgesetzbl., p. 493), modifia le précédent en autorisant l'élection de deux vice-présidents. Les dispositions nécessaires à l'exécution du décret ont été prises par le Chancelier par arrêté du 23 mars 1875 (Gesetzbl., p. 63).

transformation de différentes divisions de la Chancellerie en autorités suprêmes de l'Empire, indépendantes, et, depuis le 1^{er} janvier 1877 la constitution de la 3^e division en Chancellerie de l'Alsace-Lorraine et de la 4^e en Ministère de la Justice (1). En vertu de la loi relative à la représentation du Chancelier, les chefs de ces Ministères furent institués représentants responsables du Chancelier. Dès lors, il n'y eut plus seulement le premier président entre le Chancelier et le président de district ; entre le premier président et le Chancelier se trouva encore le chef de la Chancellerie de l'Alsace-Lorraine, investi de pouvoirs indépendants de représentation du Chancelier. Des trois degrés établis par la législation du pays et de l'Empire on en avait fait cinq. De plus, les ressorts de l'administration et de la justice étaient scindés et confiés à deux autorités centrales absolument distinctes. Les difficultés qui en résultaient exigeaient une réforme.

La direction que devait prendre cette réforme était tracée par la création de la délégation nommée « Landesauschuss ». On ne pouvait ni ne voulait supprimer cette institution ; et comme il n'était pas possible d'avoir une diète qui siègeât à Strasbourg, tandis que l'autorité suprême avait son siège à Berlin, il ne resta pas d'autre alternative que de fixer le siège de l'autorité suprême de la terre d'Empire à Strasbourg. On réalisait en même temps par là les désirs vivement manifestés par les habitants de la terre d'Empire.

La loi de l'Empire du 4 juillet 1879 (Reichsgesetzbl., p. 165) § 3 établit que la chancellerie de l'Alsace-Lorraine, ainsi que la première présidence, étaient sup-

(1) V. plus haut, p. 39 seq.

(2) V. Joël, Hirth's Annalen 1879, p. 773.

primées et qu'il était institué à Strasbourg, sous le nom de « Ministère de l'Alsace-Lorraine », une autorité qui aurait à remplir les fonctions exercées précédemment par la Chancellerie de l'Alsace-Lorraine et le Ministère de la Justice dans l'administration de la terre d'Empire, ainsi que par le premier président. Mais en fixant le siège de l'administration centrale dans la terre d'Empire elle-même, il fallait supprimer sa subordination au Chancelier de l'Empire ; sinon, on se heurtait de nouveau aux inconvénients qui résultaient de la subordination de la première présidence à la Chancellerie de l'Empire. Aussi, la loi de l'Empire du 4 juillet 1879 établit-elle de plus que l'on installerait à Strasbourg un gouverneur (Statthalter), auquel seraient transmis tous les pouvoirs et les fonctions que les lois et les ordonnances confiaient au Chancelier de l'Empire à propos des affaires de l'Alsace Lorraine et auquel l'Empereur peut déléguer l'exercice de ses pouvoirs souverains. En même temps, on apporta des modifications à la composition du Landesausschuss, qui fut investi de pouvoirs plus importants ; on restreignit la compétence du Bundesrath en matière administrative et l'on ordonna l'institution d'un Conseil d'Etat (Staatsrath) qui devait émettre son avis sur les projets des lois et des ordonnances.

C'est sur ces bases que repose l'organisation actuelle de la terre d'Empire. Le principe fondamental subsiste : à savoir que, même aujourd'hui, il n'existe pas en Alsace-Lorraine de pouvoir politique indépendant, c'est-à-dire différent du pouvoir de l'Empire ; par conséquent que l'Alsace-Lorraine n'est pas un Etat ; mais que tous les droits souverains appartiennent directement à l'Empire et que tous les organes qui en sont investis sont des organes de l'Empire.

II. — Les *institutions actuellement en vigueur* dans la terre d'Empire sont les suivantes :

1° *L'Empereur*. — Il exerce le pouvoir politique en Alsace-Lorraine, c'est-à-dire qu'il a toutes les prérogatives que le Droit en vigueur en Alsace-Lorraine confère au chef de l'État. Mais il n'en jouit pas comme souverain ; il possède ces droits en tant qu'organe de l'Empire. Le titre juridique, sur lequel repose le droit impérial, est passé dans la loi de l'Empire du 9 juin 1871 et cette loi n'a pas annulé le droit de l'Empire qui repose sur le traité de paix de Francfort, elle n'a pas fait de l'Empereur le successeur juridique de l'Empire (1) ; elle suppose, au contraire, la persistance du droit de l'Empire et règle la manière dont l'Empire l'exerce. Il n'y a pas de couronne ou de dynastie d'Alsace-Lorraine ; la terre d'Empire n'est pas une terre de la couronne impériale (2). Cette affirmation trouve son expression juridique, sa preuve indiscutable, au point de vue du Droit public, dans ce fait que l'Empereur accomplit tous les actes politiques qu'exige l'exercice du pouvoir politique en Alsace-Lorraine « au nom de l'Empire ». A cela, la loi du 4 juillet 1879 n'a apporté aucune modification ; les motifs de cette loi déclarent, en termes exprès, « que le régime appliqué à la terre d'Empire, lors de l'annexion, reste le même dans ses traits essentiels (3) ». Cette assertion a trouvé une expression

(1) C'est ce que prétend *Leoni*, Marquardsen, p. 226. Il a été largement réfuté et d'une façon péremptoire par *Stöber*, p. 650 seq., 658. Voir aussi *Apel*, Die landesherrl. Gewalt des Kaisers in Els.-L., Spandau 1895, p. 34 seq. et *Ernst Mayer* dans *Hirth's Annalen* 1896, p. 250 seq., 260 seq.

(2) V. plus haut, p. 571 seq.

(3) *Drucksachen des Reichstages* 1879, VI, 1532. A la séance du Reichstag, le représentant de la Chancellerie de l'Alsace-Lorraine déclara : « La souveraineté, dont est investi l'Empire, aux termes du traité de paix et de la loi d'annexion, lui est conservée ; le pouvoir politique,

typique dans l'ordonnance impériale du 18 février 1883 (Gesetzbl. für Elsass. Lothringen, p. 11) dans laquelle l'Empereur approuve deux brefs du pape, « sans préjudice de tous les droits souverains dont Nous sommes investi en Alsace-Lorraine au nom de l'Empire ». Mais les formes et les conditions d'exercice de ces droits souverains sont soumises à des règles spéciales qui diffèrent des dispositions juridiques en vigueur pour l'Empire dans son ensemble. Les affaires de l'Empire et les affaires de l'Alsace-Lorraine sont *objectivement* distinctes comme la compétence de l'Empire et celle des États confédérés ; chacune de ces deux sphères est soumise à des règles juridiques spéciales.

Pour ce motif, il n'est pas indifférent que l'Empereur agisse dans les limites de la sphère créée par la Constitution de l'Empire, intéressant l'Empire comme tel, ou dans les limites du cercle des affaires de l'Alsace-Lorraine. Dans ce dernier cas, sa situation à l'égard du Bundesrath et du Reichstag est en partie différente ; il existe, pour ces deux ordres de choses, une organisation administrative particulière et un régime financier séparé, et la législation de l'Empire est complétée par le Droit particulier du pays.

C'est ce dernier qui fait autorité, quand il s'agit de déterminer quels sont les actes administratifs qui font exception à la délégation générale en faveur des autorités, par conséquent qui nécessitent une déclaration de volonté spéciale du chef de l'État (1). Mais la loi du 30 décembre 1871, § 18 établit que les pouvoirs réservés dans les lois françaises au chef de

que l'Empereur doit exercer au nom de l'Empire, reste acquis à l'Empereur ; il n'est ni modifié dans le titre d'où il dérive, ni étendu ou restreint dans sa compétence. Stenogr. Berichte II, 1617. Stöber, op. cit., p. 653.

(1) Cf. Otto Mayer, *Theorie des franz. Verwaltungsr.*, p. 35 seq.

l'État peuvent être délégués, par ordonnance impériale, aux autorités centrales ou du district (1) ; et la loi du 4 juillet 1879, § 1, autorise l'Empereur à déléguer à un gouverneur les pouvoirs souverains, dont il est investi en vertu de l'exercice du pouvoir politique en Alsace-Lorraine (2).

Le Droit français impose, dans de nombreux cas, comme condition aux actes administratifs du chef de l'État, que le *Conseil d'État* examine l'affaire au préalable et donne son avis (3). La loi du 30 décembre 1871, § 9, troisième alinéa, confia les fonctions administratives du Conseil d'État, pourvu toutefois qu'elles ne fussent pas assignées par des lois à d'autres autorités, au premier président ; elles sont devenues, par la loi du 4 juillet 1879, § 3, les attributions du Ministère de l'Alsace-Lorraine (4). Mais comme le Conseil d'État français ne peut avoir une action personnelle, aussi bien formelle que matérielle, qu'en tant qu'organe indépendant vis-à-vis du Ministère et distinct de celui-ci, la délégation de ses

(1) Comme applications de cette autorisation, citons les ordonnances du 5 mai 1873 (*Gesetzbl., für Elsass-Lothringen*, p. 85) et du 10 fév. 1875 (*Gesetzbl.*, p. 75) ; cette dernière en faveur du président de district.

(2) On peut se demander si, par là, le § 18 de la loi de 1871 est abrogé ou est encore en vigueur concurremment avec le § 1 de la loi du 4 juillet 1879 ; il y a lieu de se prononcer dans ce dernier sens, car la loi de 1871 se rapporte à une tout autre sorte de délégation que la loi de 1879. Cette autre sorte de délégation laisse intact le caractère d'actes du chef de l'État qui est particulier aux affaires déléguées, tandis qu'une délégation en vertu du § 18 détache les affaires de la compétence du chef de l'État et les transforme en affaires des autorités. Même avis chez *Leoni*, *Oessentl. Recht I*, p. 87, note 2.

(3) Voir les détails dans *O. Mayer*, *op. cit.*, p. 72 seq.

(4) Le Conseil d'État institué par cette loi (v. plus loin) n'a rien de commun avec le Conseil d'État français ; en particulier, il n'a pas de fonctions administratives.

fonctions au premier président, ou au Ministère s'est trouvée l'équivalent d'une suppression (1).

L'exercice du pouvoir politique dans la terre d'Empire n'est pas accompagné de droits pécuniaires au profit de l'Empereur ; il n'y a pas de liste civile alsacienne-lorraine.

2° *Le Bundesrath.* — En déléguant à l'Empereur l'exercice du pouvoir politique, la loi du 9 juin 1871 excluait le Bundesrath de toute part à ce pouvoir. Mais, en même temps, il était établi que jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de l'Empire, l'Empereur serait tenu d'obtenir l'assentiment du Bundesrath dans l'exercice du pouvoir législatif et qu'après l'introduction de cette Constitution, jusqu'à ce qu'une loi de l'Empire apportât une autre réglementation, le pouvoir législatif appartiendrait à l'Empire, même dans les questions qui ne sont pas de la compétence de la législation de l'Empire dans les États confédérés. Par là, les organes qui entrent en jeu dans la législation de l'Empire dans les limites de la compétence constitutionnelle, furent appelés à prendre part aussi à la législation de l'Empire dans les autres questions (législation particulière) Cf. § 69. La législation ultérieure n'a rien changé à cette fonction du Bundesrath. Par pouvoir législatif, c'est de la forme de loi que l'on veut parler. Donc, le Bundesrath prend part à toutes les manifestations du pouvoir politique qui ont lieu sous cette forme ; il prend donc part aussi en particulier à la fixation du budget particulier du pays et, par suite, a sa part d'influence sur l'administration de la terre d'Empire. En vertu de la loi du 25 juin 1873, § 8 (Gesetzbl. für Elsass-Lothringen, p. 131), la publication d'ordonnances impériales ayant provisoirement force de loi

(1) *Leoni, op. cit., p. 51.*

est soumise à la condition de l'assentiment du Bundesrath. V. § 69.

En outre, le Bundesrath est investi, en vertu de dispositions spéciales de la loi, de fonctions déterminées dans les affaires administratives de l'Alsace-Lorraine. Il peut exercer, à l'égard des fonctionnaires préposés à l'administration de la Terre d'Empire, les mêmes pouvoirs dont il dispose, en vertu de la loi relative aux fonctionnaires de l'Empire, vis-à-vis des fonctionnaires de l'Empire; cependant, la loi du 4 juillet 1879, § 8 a conféré au Ministère les droits du Bundesrath relatifs au paiement des traitements et pensions, réglés par les § 5, 39, 52 et 68 de la loi sur les fonctionnaires. C'est aussi le Bundesrath qui juge des recours pour abus dans les questions ecclésiastiques, après avoir pris l'avis du Comité de la justice; à ce point de vue, il a remplacé le Conseil d'Etat français (1).

Au sujet du comité du Bundesrath pour l'Alsace-Lorraine, v. plus haut t. I, p. 136.

3° Le *Reichstag* et le *Landesausschuss*. — La loi de l'Empire du 9 juin 1871 a exclu, jusqu'à l'introduction de la Constitution de l'Empire en Alsace-Lorraine, le Reichstag de toute part dans les affaires particulières de la Terre d'Empire; il était fait exception, cela va sans dire, pour les cas où un emprunt ou une prise de garantie imposerait des charges à l'Empire: alors, l'assentiment du Reichstag devenait nécessaire. Mais, chaque année, on devait communiquer au Reichstag un rapport sur les lois et les décrets généraux publiés ainsi que sur la marche de l'administration (2). Avec l'entrée en vigueur de la Constitution de l'Empire (1^{er} janvier 1874), le Reichstag pre-

(1) Loi du 30 déc. 1871, § 9, 1^{er} al.

(2) Loi de l'Empire du 9 juin 1871, § 3, al. 2 et 3.

nait possession, dans toutes les questions qui, dans le reste du territoire de l'Empire, sont de la compétence des États confédérés, des pouvoirs et des fonctions, qui sont de son ressort dans les limites de la compétence constitutionnelle. Toutefois, la loi du 2 mai 1877 (Gesetzbl., p. 491) a ordonné que les lois particulières à l'Alsace-Lorraine, y compris le budget annuel, fussent publiées par l'Empereur avec l'assentiment du Bundesrath et du *Landesausschuss* et que les comptes se rapportant au budget fussent soumis pour décharge au Bundesrath et au *Landesausschuss*. En outre, la loi du 4 juillet 1879, § 21 conférait au *Landesausschuss* le droit de proposer des lois dans les limites du domaine de la législation particulière et de renvoyer au Ministère les pétitions qui lui seraient adressées. Le sens de la loi du 2 mai 1877 au sujet de la législation sera indiqué à fond au paragraphe suivant ; il ne s'agit ici, avant tout, que de la situation juridique et de la composition du *Landesausschuss*.

a) En ce qui concerne le caractère juridique du *Landesausschuss*, il est absolument faux et inadmissible de le mettre sur le même pied qu'un Landtag provincial (1). Le *Landesausschuss* a un droit complet de collaborer à la législation, à la fixation du budget ; il jouit, dans toute leur étendue et dans leur pleine vigueur, de tous les droits, qui sont ordinairement de la compétence de la représentation nationale dans l'Etat constitutionnel ; à ce point de vue, il forme un contraste complet avec les conseils de district de la Terre d'Empire ou encore avec les Landtags provinciaux de Prusse (2). De même, il est impossi-

(1) C'est à cette idée que conduit la théorie de *Löning* et de *Schulze*, qui voient dans la terre d'Empire une association communale. *Meyer*, § 141, est aussi de cet avis. V. plus haut, p. 578, n. 1.

(2) Cf. *Recht der Wiedergewonnenen*, p. 78 seq. ; *Leoni*, p. 61 et surtout *Stöber*, p. 661 seq.

ble de comparer le *Landesausschuss* aux diètes des États confédérés de l'Allemagne (1). Elles sont, en effet, des organes des États ; l'existence d'un pouvoir politique différent du pouvoir de l'Empire et indépendant constitue, pour eux, une condition essentielle. Puisque la Terre d'Empire n'est pas un État, elle ne peut pas avoir d'organes politiques, de Landtag alsacien-lorrain. Non, le *Landesausschuss* est un organe de l'Empire, un corps spécial représentant le Reichstag général, dont il remplit les fonctions dans les affaires d'Alsace-Lorraine (2). Sa création n'a pas eu pour effet de rendre le Reichstag incompetent. Bien que la loi de l'Empire de 1877 ait établi le principe, que le *Landesausschuss* fonctionne régulièrement pour établir la législation alsacienne-lorraine, fixer le budget et examiner les comptes de l'Alsace-Lorraine, il n'en a pas moins explicitement réservé au Reichstag la publication de lois alsaciennes-lorraines par la voie de la législation de l'Empire et la décharge du gouvernement (3). Quand il est fait usage de cette réserve, le Reichstag agit non comme représentant du *Landesausschuss*, — il ne tient pas ses pouvoirs de la Constitution alsacienne-lorraine, — mais il use de son propre droit, qui a sa base dans la Constitution de l'Empire. Le *Landesausschuss*, au contraire, tient de l'Empire l'autorité de ses décisions ; toute son existence dépend de la législation de l'Empire ; il joue le rôle de suppléant du Reichstag. Tout cela est en parfaite harmonie avec ce que nous avons exposé à propos de la nationalité alsacienne-lorraine. Il n'y a pas, dans la Terre d'Empire, de droits civiques distincts des droits de citoyen de l'Empire ; la population de l'Alsace-Lorraine ne cons-

(1) Tel est l'avis de *Leoni*, op. cit.

(2) Même avis chez *Hünel* I, p. 831.

(3) Loi du 2 mai 1877, § 2 et § 3.

titue pas une « nation » comme celle des États confédérés. Le *Landesausschuss* est la représentation constitutionnelle de la population de l'Empire allemand en tant qu'habitant dans la Terre d'Empire, et ayant, par suite, un intérêt spécial dans les affaires de ce pays. Par conséquent, et à la différence du Reichstag, il est une représentation spéciale de la population alsacienne-lorraine, mais il est aussi bien que le Reichstag un organe de l'Empire.

b) La composition du *Landesausschuss* est réglée actuellement de la manière suivante : Sont élus 31 membres des conseils de district, 20 des cercles alsaciens-lorrains (Landkreise), 4 des conseils municipaux de Strasbourg, Mulhouse, Metz et Colmar. Les conseils de district choisissent les membres dans leur sein ; si l'élu cesse d'être membre du conseil de district, il perd aussi la qualité de membre du *Landesausschuss*. Les députés des 4 villes sont choisis par les conseils municipaux dans leur sein ; s'ils ne font plus partie du conseil municipal, leur mandat expire en même temps. Dans les cercles, les élections sont faites par des délégués choisis par les conseils municipaux parmi leurs membres. Est éligible aux fonctions de député dans les cercles, quiconque jouit de ses droits d'électeur dans les communes et a son domicile dans le district. Les élections des délégués et des députés ont lieu au scrutin secret et sont valables pour 3 ans (1). La vérification des élections a lieu dans les formes prescrites pour les élections aux conseils de district c'est-à-dire conformé-

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 12-17. Les dispositions relatives aux élections par les conseils de district sont contenues dans l'ordonnance du Chancelier du 23 mars 1875 (Gesetzbl., p. 63) ; les élections des délégués et des députés des cercles et les élections des députés des 4 villes sont réglées par l'ordonnance impériale du 1^{er} oct. 1879 (Gesetzbl., p. 89). Cf. *Leoni*, p. 62 seq.

ment à la loi du 22 juin 1833, art. 50, seq. Par suite, c'est le conseil de la présidence du district qui juge l'élection contestée pour inobservation des conditions et des formalités prescrites; c'est la justice qui est saisie de l'affaire, si l'on allègue l'incapacité légale du député élu (1). En conséquence, le *Landesausschuss* n'a pas le droit d'examiner l'éligibilité de ses membres. L'exercice du mandat de député a pour condition la prestation du serment de fidélité à l'Empereur et d'obéissance à la Constitution (2).

c) La convocation, la prorogation et la dissolution du *Landesausschuss* sont le droit exclusif de l'Empereur (3). La dissolution entraîne celle des conseils de district, mais elle ne fait pas perdre aux électeurs des cercles leur qualité. Le *Landesausschuss* élit, au début de la session, un président et deux vice-présidents, ainsi que les secrétaires nécessaires (4). Les débats sont publics; la langue officielle est l'allemand (5). Le *Landesausschuss* peut nommer pour la préparation de ses décisions, des commissions et des rapporteurs; il fait son règlement intérieur (6). Les membres du Ministère et les fonctionnaires délégués pour le représenter ont le droit d'être présents aux débats du *Landesausschuss*, de ses divisions et de ses commissions. Ils doivent être en-

(1) Ordonnance du 1^{er} oct. 1879, § 19. Cf. v. *Stengel*, *Annalen* 1876, p. 827 seq.; *Leoni*, p. 65 seq.

(2) Loi du 4 juillet 1879, § 10, correspondant à la loi constitutionnelle du 14 janv. 1852, art. XIV. Sénatus-Consulte du 25 déc. 1852, art. XVI. V. aussi l'ordonnance du 6 août 1873 (*Gesetzbl. für Elsass-Lothringen*, p. 187).

(3) Décret du 29 oct. 1874. Loi du 4 juillet 1879, § 19, 1^{er} al.

(4) Décrets du 29 oct. 1874 et du 13 fév. 1877 (*Gesetzbl.*, p. 9).

(5) Loi de l'Empire du 23 mai 1881 (*Reichsgesetzbl.*, p. 98).

(6) Décret du 29 oct. 1874. A propos du règlement intérieur, calqué sur celui du Reichstag, v. *Leoni*, p. 74 seq.

tendus, quand ils en manifestent le désir (1).

d) Les dispositions des lois de l'Empire relatives à la protection des représentations nationales et de leurs membres sont applicables au *Landesausschuss*. Citons surtout les dispositions des § 105, 106 et 339, deuxième alinéa du Code pénal (2). Ce point est d'autant plus certain que la loi de l'Empire du 30 août 1871, relative à l'introduction du Code pénal en Alsace-Lorraine, déclare à l'art. I, que les dispositions du Code, où il est question des États confédérés ou de leurs corrélatifs, sont applicables aussi à l'Alsace-Lorraine et à ses corrélatifs. Quelque opinion que l'on ait au sujet de la nature juridique du *Landesausschuss*, il est hors de doute qu'au point de vue de la législation et de l'établissement du budget il exerce des fonctions analogues à celles des diètes des États confédérés, qu'il est par conséquent « un corrélatif ». D'après cela, on ne peut pas douter davantage que les § 11 (immunité parlementaire) et 12 (impunité de comptes-rendus fidèles à la vérité) du Code pénal s'appliquent aussi aux membres du *Landesausschuss* et aux débats de cette assemblée. Il est vrai que la thèse contraire a été soutenue au Reichstag et que toutes les demandes en vue d'obtenir la reconnaissance explicite de l'impunité ont été rejetées ; mais cela n'enlève pas leur valeur aux dispositions de lois en vigueur (3).

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 20.

(2) Dispersion d'une Assemblée législative, violences en vue d'obtenir une décision, d'empêcher un membre de se rendre au lieu de réunion.

(3) V. das Recht der Wiedergewonnenen, p. 60 seq. *Leoni*, p. 72 ; *Stöber*, Archiv I, p. 623 seq. *Merkel*, Strafrecht, p. 282. *Olshausen*, Commentar z. Strafgesetzbuch, § 11, note 2. *Zorn* I, § 20, remarque 26. L'avis opposé est soutenu par *Marquardsen*, débats du Reichstag du 27 avril 1881. *Stenogr. Bericht* I, p. 853 ; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 141, note 17 ; *Kayser*, Rechtslexicon III, p. 407 ; *Schulze* II, p. 383.

Ce qui est vrai des dispositions du Code pénal, doit naturellement l'être aussi des § 382, 402, 901, 905 du Code de procédure civile et des § 49 et 72 du Code d'instruction criminelle (relatifs aux auditions de témoins et aux arrestations).

Par contre, les dispositions qui se rapportent spécialement au Reichstag et à ses membres, ne sont pas applicables aux députés du *Landesausschuss*. C'est vrai, en particulier, de l'interdiction de recevoir une indemnité; les membres du *Landesausschuss* reçoivent de la caisse alsacienne-lorraine 20 marks par jour d'indemnité et les frais de voyage (1).

4° Le *gouverneur impérial* (*Kaiserlicher Statthalter* (2)). — La loi du 4 juillet 1879 stipule au § 1 : « L'Empereur peut déléguer à un gouverneur les pouvoirs de chef d'État dont il est investi, en vue d'exercer le pouvoir politique en Alsace-Lorraine »; et au § 2 : « Le gouverneur est investi des pouvoirs et des fonctions conférés, dans les questions intéressant l'Alsace-Lorraine, au Chancelier par les lois et les ordonnances; il dispose aussi des pouvoirs extraordinaires reconnus au premier président par le § 10 de la loi du 30 décembre 1871. » Les pouvoirs du gouverneur sont donc en partie ceux d'un souverain, en partie ceux d'un Ministre. Mais il y a, entre ces deux catégories, une différence capitale. Tandis que l'attribution des pouvoirs souverains est facultative et peut faire défaut, il n'y a pas de gouvernement possible sans les pouvoirs du Chancelier. Ces pouvoirs sont inhérents aux fonctions de gouverneur, sont leur raison d'être permanente; les pouvoirs de chef d'État, au contraire, sont conférés personnellement à chaque gou-

(1) Décret du 29 oct. 1874. Loi du 2 mai 1877, § 4. Loi du 4 juillet 1879, § 21, 2^e al.

(2) *Otto Mayer*, in v. *Stengel's Wörterbuch des Verwaltungsrechts II*, p. 538 seq.

verneur. Enfin, l'étendue des pouvoirs et des devoirs ministériels est fixée par des principes objectifs : au contraire, l'étendue des pouvoirs souverains est déterminée dans chaque cas particulier par un décret de l'Empereur (1). Par conséquent, les pouvoirs ministériels du gouverneur sont essentiels, les pouvoirs souverains sont accessoires ; les premiers entrent seuls en ligne de compte dans la définition juridique. Donc, quand on se demande si le gouverneur doit être qualifié de régent (vice-empereur) ou de fonctionnaire (ministre), c'est dans ce dernier sens qu'il faut se prononcer. Cette théorie est confirmée par la législation de l'Empire ; la loi de l'Empire du 28 avril 1886 attribue au gouverneur le droit à la pension en cas de retraite ou de mise en disponibilité.

Quant aux rapports du gouverneur avec le Chancelier, il y a lieu d'observer que le Statthalter n'est pas le représentant du Chancelier au sens où la loi du 17 mars 1878 entend ce mot ; la nomination d'un gouverneur n'a pas lieu dans les cas d'empêchement du Chancelier, sur la demande du Chancelier ; ce ne sont pas certaines parties des fonctions de ce dernier qui peuvent être déléguées au gouverneur et le Chancelier n'a pas qualité pour entreprendre lui-même des actes officiels qui font partie de ces fonctions. Les fonctions du Chancelier sont, comme l'indiquent les motifs de la loi de 1879, séparées de sa personne et confiées à un autre agent et cette disposition a été nettement exprimée au § 2 de la loi. Le gouverneur a remplacé le Chancelier, non comme délégué, mais comme successeur (2). La compétence du Chancelier a été divisée par la loi de 1879 en deux parties : la compétence dans les questions générales

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 1, 2^e al.

(2) Même thèse chez Zorn I, p. 542 ; Löning, p. 78 ; Schulze II, p. 379.

intéressant l'Empire, et la compétence dans les questions relatives à l'Alsace-Lorraine ; c'est cette deuxième partie qui a été enlevée au Chancelier pour être confiée au gouverneur. Le principe constitutionnel qui dit qu'il n'y a qu'un Ministre de l'Empire, a été modifié par la loi de 1879 ; depuis lors, il y en a deux : le *gouverneur est le Chancelier de l'Empire pour l'Alsace-Lorraine*, comme le *Landesausschuss* est un Reichstag pour l'Alsace-Lorraine. Le Chancelier et le gouverneur ne peuvent pas se représenter réciproquement.

Pour le détail, voici les principes qui règlent les fonctions du gouverneur :

a) Le gouverneur est nommé et relevé de ses fonctions par l'Empereur (1). La nomination est contre-signée par le Chancelier ; il en est de même de l'ordonnance relative à l'attribution des pouvoirs souverains (2). On s'est demandé si la nomination d'un gouverneur était indispensable ou facultative (3). Ce doute tient à la rédaction maladroite de la loi de 1879. Il n'y a que la délégation des pouvoirs de *chef d'Etat* qui soit facultative ; mais le fait que cette disposition se trouve en tête de la loi, devait donner lieu à cette interprétation erronée, que la nomination d'un gouverneur est facultative. Cette affirmation est en contradiction avec la disposition du § 2 et avec ce fait que le gouverneur est investi, aussi bien par la loi de 1879 elle-même que par la législation ultérieure de l'Alsace-Lorraine, de fonctions permanentes, c'est-à-dire

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 1, 1^{er} al.

(2) Reichsgesetzbl., 1879, p. 282 ; 1885, p. 273 seq. ; 1888, p. 189 ; 1890, p. 2 ; 1894, p. 529. Enumération de ces pouvoirs conférés, *Leoni*, p. 87.

(3) En faveur de la nomination facultative : *Zorn* I, p. 538 ; *Löning*, p. 78, note 3 ; *Schulze*, p. 378 ; *G. Meyer*, § 139, n. 3 ; *Recht der Wiedergewonnenen*, p. 90.

qui reviennent régulièrement (1). La révocation n'est soumise à aucune restriction ; le gouverneur fait partie des fonctionnaires énumérés au § 35 de la loi relative aux fonctionnaires de l'Empire. Au point de vue du traitement de disponibilité et de la pensions les dispositions des lois et du budget en vigueur pour le Chancelier de l'Empire sont applicables au gouverneur (2). Tant que la place est vacante, c'est l'Empereur lui-même qui doit remplir ses fonctions souveraines ; le secrétaire d'Etat pour l'Alsace-Lorraine (v. plus loin) s'acquitte des fonctions ministérielles (3).

b) Quand le gouverneur exerce les pouvoirs du chef de l'Etat, il n'agit pas avec la responsabilité d'un fonctionnaire, mais avec la qualité juridique du chef de l'Etat lui-même, exactement comme un régent (4), c'est-à-dire libre de toute responsabilité constitutionnelle. C'est pour ce motif que ses actes doivent être contresignés par le secrétaire d'Etat, qui, par là, en assume la responsabilité (5).

A tous les autres points de vue, le gouverneur a, pour

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 7 et § 10. Ordonnance du 1^{er} oct. 1879, § 1 (Gesetzbl., p. 89), du 25 oct. 1880, § 20 (Gesetzbl., p. 141). Loi du 7 fév. 1881, § 11 (Gesetzbl., p. 8). Ordonnance du 29 juillet 1881, § 2 (Gesetzbl., p. 95). Ordonnance du 21 avril 1882, § 2 (Gesetzbl., p. 67), etc.

(2) Loi de l'Empire du 28 avril 1886 (Reichsgesetzbl., p. 129).

(3) *Leoni*, p. 86. Le décret de Sa Majesté du 29 juin 1885 (Gesetzbl., p. 63) dit la même chose. Autre thèse chez *Löning*, p. 78, note 3 ; de même, *Schulze*, p. 378.

(4) Les ordonnances ont aussi exactement la même forme que les décrets impériaux ; que le prince héritier a signés comme représentant de l'Empereur.

(5) Loi du 4 juillet 1879, § 4, 1^{er} al. Quant à la possibilité, pour le Secrétaire d'Etat, de se faire représenter par le Sous-Secrétaire d'Etat en contresignant les décrets du gouverneur, elle est douteuse au point de vue d'une interprétation stricte de la loi ; mais dans la pratique, on ne tient aucun compte de ce scrupule ; comme le prouvent de très nombreuses ordonnances publiées dans le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine.

ses actes, la même responsabilité que le Chancelier. Il est spécialement nécessaire qu'il contresigne les ordonnances impériales « relatives aux affaires de l'Alsace-Lorraine » (Loi du 4 juillet 1879, § 2). Il n'est pas douteux qu'il faille y comprendre les affaires qui, dans les États confédérés, sont de la compétence de l'État confédéré (1). Mais dans la pratique, on a renversé le principe d'une façon curieuse. Quand une loi relative aux affaires du pays est publiée par la voie de la législation de l'Empire, elle est contresignée aussi par le Chancelier de l'Empire, qui, par là, en assume la responsabilité et veille à son exécution (2).

Dans tous les actes où le gouverneur joue le rôle de Chancelier de l'Empire pour l'Alsace-Lorraine, le secrétaire d'État est qualifié pour le représenter, avec les droits et la responsabilité d'un représentant substitué au Chancelier, conformément à la loi du

(1) Cela ressort clairement de la loi du 9 juin 1871, § 3, 4^e al., du décret du 29 oct. 1874 et de la loi du 2 mai 1877, § 1 et 2, et aussi du § 7 de la loi du 4 juillet 1879. Même avis chez *Leoni*, p. 89 et 167 seq. La thèse opposée, appliquée dans la pratique, est représentée par *Kayser*, *Rechtslexikon*, III, p. 405 et par *Meyer*, § 139, 7^e al. Le motif cité ici, à savoir que la faculté de publier des lois particulières dans les formes de lois de l'Empire, ne devait pas être atteinte par la loi de 1879, n'est pas concluant ; car, alors même que le contrescinq du ministre de l'Empire fait partie de la forme de la législation de l'Empire, ce n'est pas la même chose que la question de savoir quel est celui des deux ministres de l'Empire, le Chancelier ou le gouverneur, qui doit contresigner ? Ce n'est pas là une question de forme, mais une question de compétence.

(2) Telles sont, par exemple, les lois publiées chaque année au sujet du contrôle du budget de l'Alsace-Lorraine ; la loi de l'Empire du 23 mai 1881 (*Reichsgesetzbl.*, p. 98) relative à la publicité des débats et à la langue officielle du Landesausschuss ; la loi de l'Empire du 28 avril 1886 relative à la pension et au traitement de disponibilité du gouverneur. De même, les ordonnances impériales du 23 juillet 1879 (*Reichsgesetzbl.*, p. 282) et du 28 sept. 1885 (*Reichsgesetzbl.*, p. 273). Puis, la loi du 4 juillet 1887 (*Gesetzbl. für Elsass-Lothringen*, p. 67) et la loi du 7 juillet 1887 (*Reichsgesetzblatt*, p. 377). La loi du 18 mai 1895 (*Gesetzbl. f. Els. Lothr.*, p. 57) et l'ordonnance du 13 janvier 1896 (*ib.*, p. 2).

17 mars 1878 (1). Il ressort de là, qu'un sous-secrétaire d'Etat du Ministère de l'Alsace-Lorraine n'a pas qualité pour contresigner les décrets de l'Empereur (2).

c) Au sujet de la responsabilité parlementaire du gouverneur, les auteurs sont unanimes à admettre qu'elle existe à l'égard du Reichstag et non pas à l'égard du Landesausschuss ; à l'appui de cette thèse, on peut citer le fait que le gouverneur a remplacé le Chancelier. Mais dans la pratique, le gouverneur et son représentant responsable, le secrétaire d'Etat, n'ont pas de rapports avec le Reichstag, tandis que le Landesausschuss, à propos de la fixation du budget, de l'examen des comptes, de la discussion des pétitions etc.; est à même de critiquer les mesures du gouvernement et le gouvernement ne peut justifier sa conduite, exposer les motifs de ses propositions que devant le Landesausschuss. En fait, la responsabilité n'existe que vis-à-vis du Landesausschuss ; et si l'on se range à l'opinion développée plus haut, à savoir que le Landesausschuss est un suppléant du Reichstag, rien n'est plus aisé à justifier juridiquement que la proposition suivante : même au point de vue de la responsabilité parlementaire du gouvernement en matière de questions alsaciennes-lorraines, le Landesausschuss fonctionne comme représentant du Reichstag.

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 4, 2^o al.

(2) L'ordonnance du 23 juillet 1879, § 10, qui règle la représentation du Secrétaire d'Etat à l'intérieur du Ministère, n'entre pas en ligne de compte ; car le contresing, par suite de la responsabilité qui y est inhérente, n'est pas l'objet de « l'organisation du Ministère » et l'ordonnance ne peut pas modifier le § 4 de la loi de l'Empire. Dans les Ministères de l'Empire, la représentation est soumise aussi à des dispositions identiques ; et pourtant, le Bulletin des lois de l'Empire ne contient pas, depuis la loi de 1878, un seul cas où une ordonnance impériale ait été contresignée par un Sous-Secrétaire d'Etat ; en Alsace-Lorraine, au contraire, on s'est maintes fois écarté de ce principe.

5^o Le *Ministère de l'Alsace-Lorraine* est une autorité supérieure de l'Empire; il est absolument sur le même pied que le Ministère de l'Intérieur, de la Justice etc. Seulement, il est sous les ordres non du Chancelier, mais du gouverneur; le secrétaire d'Etat, les sous-secrétaires d'Etat et les conseillers sont nommés par l'Empereur sous le contreseing du gouverneur (1), et tous les fonctionnaires du Ministère sont fonctionnaires de l'Empire au sens de la loi du 31 mars 1873 (2) (V. plus loin). A la tête du Ministère est placé le secrétaire d'Etat, qui se trouve, vis-à-vis du gouverneur, exactement dans la même situation que les secrétaires d'Etat à la tête des autres Ministères vis-à-vis du Chancelier de l'Empire. Les différentes divisions sont sous les ordres de sous-secrétaires d'Etat. Les dispositions des §§ 25 et 35 de la loi sur les fonctionnaires de l'Empire (mise à la retraite, mise en disponibilité) sont applicables au secrétaire d'Etat et aux sous-secrétaires d'Etat (3). Les détails relatifs à l'organisation du Ministère sont réglés par ordonnance impériale (4).

Les attributions du Ministère comprennent toutes

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 6, 1^{er} al. — Elle exclut le contreseing du Chancelier de l'Empire, mais elle ne s'oppose pas — comme le soutient faussement *G. Meyer*, *Staatsrecht*, § 139, note 6 — à la représentation du gouverneur par le Secrétaire d'Etat.

(2) Loi du 4 juillet 1879, § 6, 3^e al.

(3) Loi du 4 juillet 1879, § 6, 2^e al.

(4) Loi du 4 juillet 1879, § 5. Ces dispositions sont établies par l'ordonnance du 23 juillet 1879 (*Gesetzbl.*, p. 81). Mais elle a subi plusieurs modifications. Par l'ordonnance du 21 avril 1882 (*Gesetzbl.*, p. 67) et du 5 juin 1882 (*Gesetzbl.*, p. 81), le Conseil supérieur de l'Enseignement fut détaché du Ministère. Par l'ordonnance du 25 avril 1887 (*Gesetzbl.*, p. 43), la 4^e division fut supprimée et ses attributions furent réparties entre la 1^{re} et la 3^e division. Tout récemment (1895), on a rétabli la 4^e division et procédé à une nouvelle répartition; en 1900, le Conseil supérieur de l'Enseignement a été réuni avec le Ministère.

les fonctions de l'ancienne Chancellerie de l'Alsace-Lorraine, plus celles qui étaient remplies par le Ministère de la Justice dans l'administration de la Terre d'Empire, plus toute la compétence de l'ancien premier président, à l'exception des pouvoirs extraordinaires (1) conférés par le § 10 de la loi du 30 décembre 1871, et enfin la compétence qui lui a été reconnue depuis 1879 par la voie de la législation particulière. Cette détermination de compétence fait naître une question particulièrement difficile; à savoir : convient-il ou non de considérer le gouverneur comme une autorité différente du Ministère et une instance placée au-dessus de celui-ci au sujet des affaires administratives? Comme le Chancelier a été le véritable chef de la Chancellerie et du Ministère de la Justice et n'a pas constitué une instance distincte au point de vue du Droit public, que par contre la première présidence était une autorité absolument distincte de lui et soumise à lui, nous arrivons théoriquement à la conclusion suivante : dans tous les cas où le Ministère a remplacé la Chancellerie de l'Alsace-Lorraine et le Ministère de la Justice, le gouverneur n'est pas une instance qui s'en distingue juridiquement; il n'en est pas de même quand il s'agit des attributions qui étaient autrefois de la compétence de la première présidence. Mais en pratique, on ne peut pas maintenir cette distinction, parce que la compétence du premier président reposait en partie sur une loi, en partie sur la délégation du Chancelier du 29 janvier 1872 et du 21 février 1872, et que la séparation de ces attributions est impossible en fait (2). On peut donc établir comme règle

(1) Loi du 4 juillet 1879, § 3.

(2) Il est fait exception pour quelques cas, où un recours formel au Chancelier contre la décision du premier président a été accordé. V. *Leoni*, p. 92 seq.

que le gouverneur n'est pas une instance supérieure au Ministère.

Le Ministère comprend dans son ressort toutes les autorités judiciaires et administratives de la Terre d'Empire, pourvu toutefois qu'elles ne soient pas du domaine soumis à l'administration directe de l'Empire (postes et télégraphes, chemins de fer de l'Empire, banque impériale et armée) (1).

6° *Le Conseil d'Etat*. — Il a été institué par la loi du 4 juillet 1879 pour donner son avis sur les projets de lois et les ordonnances générales que nécessite l'exécution des lois, et sur toutes les autres questions que le gouverneur lui soumet. Il peut, en outre, être investi par la voie de la législation particulière, d'autres fonctions, principalement de fonctions délibératives (2). Le Conseil d'Etat se compose du gouverneur président, du secrétaire d'Etat, des sous-secrétaires, du président du tribunal d'appel de l'Alsace-Lorraine et du procureur général et de huit à douze membres nommés par l'Empereur pour trois ans : trois d'entre eux sont proposés par le Landesausschuss. Le règlement de procédure est fixé par l'Empereur (3).

7° La *Cour des Comptes* de l'Empire Allemand a été chargée annuellement, par des lois spéciales, du contrôle financier du budget de l'Alsace-Lorraine.

III. — Situation juridique des fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine.

D'après la définition du fonctionnaire de l'Empire

(1) Au sujet de l'organisation des autorités administratives, V. *Leoni*, p. 91 seq., 96 seq.

(2) Il n'a pas été fait usage de ce pouvoir. La *juridiction contentieuse administrative* que le Droit français attribue au Conseil d'Etat a été conférée « au Conseil impérial de l'Alsace-Lorraine. » Loi du 30 déc. 1871, § 8. Loi du 4 juillet 1879, § 11.

(3) Loi du 4 juillet 1879, § 9, 10. V. *Leoni*, p. 95.

au § 1 de la loi du 31 mars 1873, tout fonctionnaire nommé par l'Empereur est fonctionnaire de l'Empire ; cette définition comprend, par conséquent aussi, les fonctionnaires chargés d'administrer la Terre d'Empire. Au sens du Droit public, ces fonctionnaires sont aussi, en réalité, des fonctionnaires de l'Empire ; car l'Empereur est leur chef hiérarchique suprême, en sa qualité d'organe de l'Empire, puisqu'il exerce comme tel le pouvoir politique en Alsace-Lorraine (1). Les fonctionnaires de la Terre d'Empire sont donc au service de l'Empire. En conséquence, la loi d'Empire sur les fonctionnaires du 31 mars 1873 a été déclarée, par la loi du 23 décembre 1873, applicable à la situation juridique des fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine. Mais ce principe n'a pas nécessairement pour conséquence de soumettre les fonctionnaires de ce pays, à tous les points de vue, complètement et exclusivement aux mêmes règles que les fonctionnaires de l'administration de l'Empire. Il y a même, parmi ces derniers, des groupes nombreux, qui sont soumis, dans une plus ou moins large mesure, à des dispositions spéciales, par exemple les fonctionnaires judiciaires, les diplomates, les militaires. Les fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine constituent aussi une subdivision de ce genre parmi les

(1) V. plus haut, p. 581, 605 ; v. *Stengel*, *Annalen*, p. 903, Rem. 1 ; *G. Meyer*, § 144, n. 4 ; *Hünel* I, p. 831. Autre avis chez *Leoni*, p. 128 seq. L'argument qu'il fait valoir (le § 1 de la loi sur les fonctionnaires suppose, à son avis, que le droit de nomination de l'Empereur « est déduit de la Constitution ou d'une loi d'Empire ») n'est pas admissible ; en effet, la loi du 9 juin 1871, qui confère à l'Empereur l'exercice du pouvoir politique en Alsace-Lorraine et par conséquent le droit de nommer les fonctionnaires, n'est-elle pas une loi de l'Empire ? La thèse de *Leoni* est admise par *Rehm*, *Hirth's Annalen* 1885, p. 72 seq. et *Schulze* II, p. 372 seq. *Löning*, *Verwaltungsrecht*, p. 78 considère les fonctionnaires de la Terre d'Empire, comme des fonctionnaires médiats de l'Empire.

fonctionnaires de l'Empire. Ils se distinguent, en particulier de tous les autres fonctionnaires de l'Empire, en ce que leur traitement, leur pension, leurs émoluments de disponibilité, leurs frais de voyage, leurs indemnités etc., leur sont dus, non par la caisse de l'Empire, mais par la caisse alsacienne-lorraine, et que c'est envers cette caisse qu'ils répondent des déficits et des dommages dont ils sont les auteurs. Par suite, c'est aussi à cette caisse, et non pas à la caisse de l'Empire, qu'ils déposent leur cautionnement (1). Ajoutez à cela que l'administration alsacienne lorraine comprend de nombreux services qui font défaut dans l'administration de l'Empire, et qu'à ce point de vue il semble nécessaire de compléter et de modifier la loi sur les fonctionnaires de l'Empire. Enfin, il y a, entre le droit des fonctionnaires et les principes généraux de la Constitution, de l'organisation des autorités et de l'administration, une si étroite connexion que les institutions particulières de la Terre d'Empire ne sont pas non plus sans influence sur la situation officielle des fonctionnaires préposés à son administration. En conséquence, l'Empire n'a pu se borner à poser simplement cette règle générale, que les dispositions relatives à la situation officielle des fonctionnaires de l'Empire s'appliquent aussi aux fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine; il a sanctionné *spécialement* ces dispositions en ce qui concerne les fonctionnaires de la Terre d'Empire par la loi du 23 décembre 1873. Assurément, cette loi reproduit mot pour mot la loi sur les fonctionnaires de l'Empire; elle a simplement été complétée par certaines dispositions, rendues nécessaires par ce fait que l'administration de l'Alsace-Lorraine contient certaines branches qui

(1) Loi du 15 oct. 1873, Gesetzbl., p. 273.

manquent à l'administration centrale de l'Empire. Mais par là, on n'a créé un droit commun aux deux catégories de fonctionnaires qu'au point de vue *matériel* ; au point de vue *formel*, on a établi un Droit *particulier* aux fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine. Ce fait a un double effet : d'une part, les dispositions relatives aux fonctionnaires de l'Empire, établies par une loi ultérieure, ne sont pas applicables à un fonctionnaire de l'Alsace-Lorraine, s'il n'est pas dit explicitement que la loi s'applique aussi à eux, car, *lex generalis non derogat legi speciali* ; et d'autre part, les dispositions relatives à la situation officielle des fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine peuvent être complétées et modifiées même par la voie de la législation de l'Alsace-Lorraine. En fait, ces deux effets se sont réalisés (1), de sorte qu'actuellement la distinction entre fonctionnaires de l'Empire et fonctionnaires de la Terre d'Empire, à son importance, abstraction faite de la séparation du budget de l'Empire et du budget de l'Alsace-Lorraine. On établit aujourd'hui la distinction entre ces deux groupes de fonctionnaires, grâce à deux critères très simples : les fonctionnaires alsaciens-lorrains dépendent du

(1) Ainsi les lois du 20 avril 1881 (loi relative aux survivants), du 15 mars 1886 (accidents professionnels) et du 20 avril 1886 (loi sur les pensions) ne s'appliquent pas aux fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine ; d'autre part, il y a des lois qui ne s'appliquent qu'à eux, telles que les lois du 24 déc. 1873 et du 25 déc. 1873 (pensions des survivants), loi du 24 mars 1881, § 18 et du 19 mars 1886, § 12 (indemnités de résidence), du 31 mars, du 4 avril et du 4 juillet 1887 (Gesetzbl., p. 37, 41, 67) ; loi du 7 mars 1898 (p. 11. Pension des veuves et orphelins) ; Ord. du 28 mars 1898 ; du 31 mai 1898 ; du 13 févr. 1899. Ordonn. du 7 avril 1899 ; loi du 26 sept. 1899. De plus, la loi du 4 juillet 1879, § 2 et § 8 a établi une différence considérable entre les fonctionnaires de l'Empire et ceux de l'Alsace-Lorraine ; enfin, les nombreuses ordonnances relatives aux cautionnements, aux congés, aux indemnités, aux frais de déménagements, etc., ont été publiées spécialement pour les fonctionnaires de l'Alsace-Lorraine.

gouverneur ; les fonctionnaires de l'Empire, du Chancelier ; — les uns reçoivent leurs émoluments et les autres indemnités de la caisse de l'Alsace-Lorraine ; les autres de la caisse de l'Empire.

§ 69. — *La législation relative à l'Alsace-Lorraine.*

Le régime spécial auquel est soumise la Terre d'Empire entraîne aussi, au point de vue de la législation, des particularités, aussi bien quant aux formes dans lesquelles la volonté du législateur se manifeste d'une manière efficace, qu'en ce qui touche la situation réciproque de la législation de l'Empire et de la législation de l'Alsace-Lorraine. L'évolution historique permet de distinguer trois périodes, dans lesquelles des principes différents ont été en vigueur. La première commence à l'occupation du pays par les troupes allemandes ; la deuxième a pour point de départ l'annexion à l'Empire Allemand du territoire cédé en vertu du traité de paix du 26 février 1871 ; la troisième, l'introduction de la Constitution allemande dans la Terre d'Empire.

1. — *Période de l'occupation militaire.*

1^o Les maximes juridiques applicables à cette période reposent sur un principe de Droit international : au point de vue juridique, le régime politique d'un territoire occupé par l'ennemi n'est pas annulé ou modifié ; mais, en fait, l'exercice du pouvoir politique est suspendu et passe à la Puissance qui occupe le territoire (1). Jusqu'à la conclusion de la paix, l'Al-

(1) V. à ce sujet les discussions de Löning, *Die Verwaltung des Generalgouvernements im Elsass*, Strasbourg 1874, p. 8 seq.

sace-Lorraine a été une partie de la France et non de l'Allemagne ; mais le pouvoir politique français n'a pas pu s'exercer efficacement sur les territoires occupés par les armées allemandes ; ce pouvoir est tombé entre les mains du généralissime des armées allemandes, c'est-à-dire du roi de Prusse. La suspension du gouvernement politique de la France entraînait l'impossibilité de légiférer utilement ; sur les territoires soustraits à la domination française, la volonté du gouvernement français ne pouvait pas obtenir une sanction juridique, il en était par conséquent de même des lois. Par contre, le généralissime des armées allemandes était en mesure de remplir les fonctions comprises dans le pouvoir politique ; par conséquent, de publier des lois impératives, et les limites qu'il s'est imposées dans ce domaine ont été simplement celles qu'établit l'usage international (1). De ce principe découlent les conséquences suivantes :

a) Le pouvoir législatif de la France n'a pas cessé sur le territoire de la Terre d'Empire en vertu d'un acte juridique unique, d'un seul coup ; il s'est éteint peu à peu, au fur et à mesure des progrès des armées allemandes. Ce qui est décisif sur ce point, ce n'est pas le fait qu'un pays a été occupé par les troupes allemandes, c'est sa *soustraction* à l'action du gouvernement français. Il n'est pas absolument nécessaire que ces deux faits coïncident ; les localités qui, sans être occupées par les troupes allemandes, se trouvaient sous leur domination, étaient soustraites à l'action du gouvernement français. La fixation du moment où une localité a passé des mains de la France sous la domination réelle de l'Allemagne, est une *questio facti*. Les lois françaises publiées pendant la

(1) Löning, op. cit., p. 26 seq. ; Schulze II, p. 359.

guerre pouvaient donc avoir encore une autorité juridique dans une partie de l'Alsace-Lorraine, tandis que ce n'était plus possible dans une autre.

Mais on ne peut pas conclure de là, que ce régime soit réellement entré en vigueur partout où l'occupation par les troupes allemandes n'était pas encore un fait accompli. Là, où les actes législatifs de la France étaient encore *possibles*, il était nécessaire de remplir les conditions que le Droit français lui-même exige pour que des lois acquièrent une autorité juridique; de ce nombre se trouve la condition de la publication contenue à l'art. I du Code civil, dont nous avons parlé déjà p. 371 et s.; elle consiste en ce fait que la promulgation de la loi doit être notifiée sous une forme authentique, c'est-à-dire par la publication du Bulletin des Lois. Dans les places cernées par les troupes allemandes, il a donc pu exister une période où le haut commandement allemand n'était pas encore investi de l'exercice du pouvoir législatif, parce qu'en fait, il n'avait pas encore soumis ces places à sa domination; en même temps, les lois françaises ne pouvaient plus acquérir une autorité juridique, parce que les communications entre la France et le territoire resté sous sa domination étaient rompues et qu'il était impossible d'y faire parvenir le texte de loi authentique (1).

b) Les territoires occupés ne furent pas soumis, pendant la guerre, au régime allemand, qui ne fonctionna que le 1^{er} janvier 1871; ils se trouvaient simplement sous la domination militaire des armées confédérées. Par conséquent, le roi de Prusse, en sa qualité de généralissime des forces allemandes, avait dans les territoires occupés, des pouvoirs relevant du Droit international et non du Droit public; en admi-

(1) Cf. V. Riehthofen dans les Hirth's Annalen 1871, p. 534 seq.

nistrant les territoires français, ce n'était pas le pouvoir de l'Allemagne, mais celui de la France qu'il exerçait (1). Aussi, ne faut-il pas voir, dans les ordonnances publiées pendant l'occupation, des actes émanant de la volonté de *l'Empire Allemand*, mais des actes que le généralissime allemand exécutait *au lieu et place du gouvernement français suspendu*. Elles sont donc sur le même pied que les lois françaises en vigueur en Alsace-Lorraine, c'est-à-dire qu'elles ont l'autorité non du Droit de l'Empire, mais du Droit particulier.

2° L'administration de l'Alsace-Lorraine (c'est-à-dire le régime de l'occupation) fut confiée par le généralissime des armées allemandes au « gouverneur général de l'Alsace (2) ». Les attributions furent réglées par une instruction rédigée par le Ministère de la Guerre de Prusse de concert avec le Chancelier de la Confédération de l'Allemagne du Nord et approuvée par le généralissime de la Confédération (3). Cette

(1) Toute la polémique de *Zorn* I, p. 518, aux fins de combattre cette affirmation, repose sur un emploi erroné du mot *debellatio*. Ce mot signifie non la victoire, mais la soumission complète (anéantissement) de l'Etat ennemi et par exemple du Hanovre dans la guerre de 1806. Cf. *Schulze*, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht* 1867, § 123; *Heffler*, *Völkerrecht* (7^e éd.), p. 275. Ce que *Zorn* avance dans la 2^e éd. « sur l'idée de la *debellatio* » est inadmissible. — En affirmant que le gouverneur général a exercé le « pouvoir allemand » dès le début, c'est-à-dire dès le 14 août 1870, *Leoni* est en contradiction avec la réalité : il n'y avait pas « d'Etat allemand » avant le 1^{er} janv. 1871.

(2) Ordre de cabinet de Sa Majesté du 14 août 1870. Au début, les territoires soumis à son autorité se composèrent des districts alsaciens occupés ; mais, par une ordonnance du 21 août 1870, on y ajouta les arrondissements lothrains de Sarrebourg, Château-Salins, Sarreguemines, Metz et Thionville (*Verordnungen und Amtliche Nachrichten für Elsass Lothringen*, n. 2 et 3).

(3) Cette instruction a été rendue le 21 août, comme il ressort d'un ordre de cabinet du 26 août 1870. *Verordnungen und Amtliche Nachrichten*, n° 4.

instruction n'a pas été publiée ; dans la proclamation du gouverneur général, comte de Bismarck-Bohlen, du 30 août 1870, ce fonctionnaire déclare que « le gouvernement impérial français est déchu dans les territoires de son ressort et qu'il est remplacé par les puissances allemandes » et que lui-même a été nommé pour « agir en leur nom (1) ». Les pouvoirs du gouverneur général comprenaient donc toutes les attributions du gouvernement français. Bien que l'instruction relative à la manière dont il devait faire usage de ces pouvoirs, lui donnât probablement des ordres plus précis, son pouvoir était illimité au point de vue formel. Par conséquent, il pouvait prendre des dispositions ayant force de lois au sujet de matières du domaine de la législation. En d'autres termes : *pendant la période d'occupation la forme dans laquelle le pouvoir législatif fut exercé en Alsace-Lorraine, c'était l'ordonnance du gouverneur général (2)*. De ce pouvoir, le gouverneur général fit très largement usage.

Afin de publier ces ordonnances, on fonda, à partir du 1^{er} septembre 1870, les « Amtliche Nachrichten für das Generalgouvernement Elsass ». Une ordonnance du 9 septembre 1870 dispose que toutes les ordonnances ou règlements du gouverneur général et du commissaire civil (qui lui fut adjoint par un ordre de cabinet du 26 août 1870) acquerraient force de loi pour tout le monde par la publication dans les « Amtliche Nachrichten », qu'elles fussent rédigées en

(1) Verordnungen und Amtliche Nachrichten, n° 6.

(2) Naturellement, cela n'excluait pas la possibilité « pour le généralissimo des armées allemandes » lui-même de publier des ordonnances. Comme exemples, on peut citer les ordonnances relatives aux tarifs postaux du 28 oct. 1870 et les ordonnances relatives à la pénalité encourue (dans le cas de connivence avec les forces ennemies du 15 déc. 1870 Verordnungen u. Amtliche Nachrichten, n° 36, 77).

allemand ou en français. Cette force de loi parlait, à moins de disposition contraire des ordonnances, pour le département du Bas-Rhin du lendemain de la publication des « Amtliche Nachrichten » dans la résidence du gouverneur général ; pour le département du Haut-Rhin du surlendemain ; pour le département de la Moselle du troisième jour après la publication. Chaque numéro portait l'indication du lieu et de la date de l'édition.

A partir du 19 octobre 1870, les « Amtliche Nachrichten » parurent sous le titre de « Strassburger Zeitung und Amtliche Nachrichten für das Generalgouvernement Elsass (1) ».

Elles ont remplacé, pour l'Alsace-Lorraine, le « Bulletin des lois », et constituent le recueil de lois officiel pour la période d'occupation. La première présidence à Strasbourg a publié un recueil de toutes les ordonnances et proclamations qu'il contient, sous le titre : « Verordnungen und Amtliche Nachrichten für Elsass Lothringen aus der Zeit vom Beginn der deutschen Occupation bis Ende März 1872. » Strasbourg, 1872 (2).

3° Après la conclusion de la paix avec la France l'occupation militaire effective des territoires cédés à l'Allemagne fut transformée en une domination juridique ; son titre juridique, ce n'était pas le droit de la guerre, mais la transmission des pouvoirs aux termes d'un traité. Les territoires acquis par l'Allemagne ne furent pas cependant immédiatement incorporés dans la Confédération allemande, ils ne furent pas non plus érigés en un État particulier ; la situation provisoire créée par la guerre subsista encore quel-

(1) Verordnungen u. Amtliche Nachrichten, n° 30.

(2) Cette édition a été citée précédemment. Elle n'a pas un caractère d'authenticité.

que temps. Ce n'est que par la loi de l'Empire du 9 juin 1871 ; que fut consommée l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire allemand ; cette loi a été publiée par le Bulletin des lois de l'Empire le 14 juin 1871, elle a, par conséquent, acquis force de loi le 28 juin 1871, aux termes de l'art. II de la Constitution. Assurément, elle n'a été publiée en Alsace-Lorraine que le 5 juillet 1871 par le 1^{er} numéro du Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine ; mais comme il était impossible que la loi proclamant l'annexion entrât en vigueur à deux dates différentes pour l'Alsace-Lorraine et pour l'Empire allemand, et comme cette loi était un acte d'autorité de l'Empire allemand sur les territoires qui lui étaient cédés, c'est-à-dire une manifestation de sa volonté, ayant l'Alsace-Lorraine pour objet, il faut bien admettre que la loi est entrée en vigueur, même pour l'Alsace-Lorraine, le 28 juin 1871 (1), et que, par conséquent, à partir de ce jour, la législation de l'Alsace-Lorraine doit être appréciée au point de vue des règles établies par la loi du 9 juin 1871.

Bien que les fonctions de gouverneur général aient subsisté jusqu'au 5 septembre (2), la compétence ne fut plus, à partir du 28 juin, exclusivement déterminée par l'instruction du généralissime de la Confédération, mais en première ligne par les dispositions de la loi du 9 juin 1871. Les pouvoirs du gouverneur général, qui lui donnaient le droit de modifier par des ordonnances le droit en vigueur en Alsace-Lorraine, expirèrent le 28 juin 1871.

(1) Il eût été assurément plus correct que le gouvernement eût veillé à ce que la publication eût lieu au moment opportun en Alsace-Lorraine.

(2) Verordnungen u. Amtliche Nachrichten, n^o 297, 299.

II. — *La période du 28 juin 1871 au 31 décembre 1873.*

Par la loi du 9 juin 1871, § 3, l'exercice du pouvoir politique, et, par conséquent, l'exercice du pouvoir législatif, en Alsace-Lorraine, est confié à l'Empereur. Mais jusqu'à ce que la Constitution entrât en vigueur en Alsace-Lorraine, la forme, dans laquelle ce pouvoir devait être exercé, s'écartait des principes de Constitution; de même, le caractère des lois publiées pour l'Alsace-Lorraine en vertu de la loi du 9 juin 1871 par rapport aux lois publiées en vertu de la Constitution, est tout autre que celui qui existe entre les lois des Etats confédérés et les lois de l'Empire. Pour le détail, il faut faire observer ce qui suit :

1^o *La voie législative.* Elle comprend aussi, pour les lois relatives à la Terre d'Empire, l'établissement du projet de loi, la sanction, la promulgation et la publication.

a) *Fixation du contenu de la loi.* — La différence capitale entre les conditions prescrites par la Constitution et les conditions établies par la loi du 9 juin 1871, consiste dans l'exclusion du *Reichstag* de la délibération relative au projet de loi. L'assentiment du *Reichstag* n'était nécessaire que s'il s'agissait de contracter des emprunts ou de donner des garanties relatives à l'Alsace-Lorraine et entraînant des charges pour l'Empire. Cette exception se rapporte simplement à la gestion financière de l'Empire; les lois qui obéraient les finances de l'Alsace-Lorraine étaient dispensées, même si elles ordonnaient un emprunt, de l'assentiment du *Reichstag* (1).

Par contre, toute loi était subordonnée à l'assenti-

(1) On trouve une application de ce principe dans la loi du 10 juin 1872, § 20 seq. (*Gesetzbl. für Elsass-Lothringen*, p. 171).

ment du Bundesrath. La loi du 9 juin 1871 ne contient pas de dispositions spéciales relatives aux délibérations du Bundesrath ; ce sont, par conséquent, les règles établies au troisième alinéa de la Constitution qui sont applicables.

b) La *sanction* des lois revenait à l'Empereur. Le texte de la loi du 9 juin 1871 ne laisse aucun doute à ce sujet. Le premier alinéa du § 3 qui nous intéresse ici pose ce principe général, que l'Empereur *exerce le pouvoir politique en Alsace-Lorraine.* Comme la législation n'est que la réalisation du pouvoir politique, l'exercice du pouvoir législatif était une des attributions de l'Empereur ; mais, au point de vue du Droit public, l'acte souverain du pouvoir législatif, c'est — nous l'avons exposé plus haut — la sanction. Le deuxième alinéa du même paragraphe confirme complètement cette assertion : il ajoute que l'exercice du pouvoir législatif confié à l'Empereur est subordonné à l'assentiment du Bundesrath. Ainsi, le détenteur du pouvoir législatif est manifestement ici l'Empereur et la seule restriction apportée à sa liberté d'exercer ce pouvoir, c'est que l'assentiment du Bundesrath est nécessaire. Tandis que l'art. V de la Constitution énumère les conditions que doit remplir une loi sans faire mention de l'Empereur et n'accorde qu'en certains cas au président du Bundesrath voix prépondérante, la loi du 9 juin 1871 déclare que l'Empereur est le vrai législateur.

Et ce n'est pas simplement une différence théorique et formelle. L'Empereur ne pouvait pas, il est vrai, publier une loi pour l'Alsace-Lorraine sans l'assentiment du Bundesrath ; mais, tandis qu'aux termes de la Constitution, l'Empereur est tenu de promulguer et de publier une loi régulièrement votée par le Bundesrath, sans avoir droit de veto, il disposait, pour l'Alsace-Lorraine, en toute liberté, du

sort de la loi ; il pouvait accorder ou refuser à son gré son placet à la loi votée par le Bundesrath (1). « L'Empereur ne peut pas être mis en minorité. » La décision de l'Empereur est également indépendante du sens dans lequel les voix de la Prusse au Bundesrath se sont prononcées (2). Le vote du Bundesrath au sujet d'une loi d'Alsace-Lorraine est en lui-même dénué d'effet juridique ; il est simplement une condition préalable de l'adoption d'une loi impériale. Le vote du Bundesrath relatif à une

(1) Lors de la discussion de la loi du 9 juin 1871 au Reichstag allemand, les avis les plus différents furent exprimés. Quelques orateurs firent valoir cette thèse que l'Empereur avait, à propos de la législation de l'Alsace-Lorraine, la situation que lui reconnaît l'art. V de la Constitution. Citons en particulier dans les débats de la commission v. Mitternacht et, à la séance du Reichstag du 20 mai 1871, les députés Wagner et Windthorst (Stenogr. Berichte, p. 820, 822). D'autre part, il y eut des députés, tels que v. Treitschke et v. Kardorff (Stenogr. Berichte, p. 817, 811) qui désiraient que la loi reconnût explicitement à l'Empereur le droit de veto. Par contre, le Ministre Delbrück et d'autres affirmèrent que l'influence du gouvernement impérial réussirait à obtenir la majorité au Bundesrath dans les questions importantes. Cependant, le député Lasker exposa, avec une clarté parfaite, que la situation de l'Empereur dans la Terre d'Empire, telle qu'elle devait être établie par la loi d'annexion, était essentiellement différente de sa situation de président de la Confédération, telle qu'elle était fixée par la Constitution (Stenogr. Berichte, p. 827, 828). Enfin, ce fut le prince Bismarck qui exprima, de la façon la plus nette, le principe en question ici, en déclarant qu'il ne pouvait pas, en sa qualité de Chancelier de l'Empire, « être mis en minorité », qu'il n'y avait « pas de loi possible sans l'assentiment de l'Empereur » (Sten. Berichte, p. 924). — Par l'introduction de la Constitution en Alsace-Lorraine, la question a perdu son importance pratique, mais elle l'a reprise par la loi du 2 mai 1877. V. plus bas, p. 652.

(2) Il résulte pratiquement de là que ce n'est pas le Ministère prussien, bien qu'il puisse décider quelles instructions devront suivre les représentants de la Prusse au Bundesrath, mais le gouverneur impérial (ou le Ministère de l'Alsace-Lorraine) qui est qualifié pour exercer, en qualité de conseiller responsable, une influence sur la résolution de l'Empereur.

loi rendue conformément à la Constitution est, au point de vue du Droit public, l'acte décisif, car il a pour *conséquence juridique* nécessaire la promulgation impériale et la publication de la loi. La loi du 9 juin 1871 a réglé la situation de l'Empereur vis-à-vis du Bundesrath dans la législation de l'Alsace-Lorraine exactement comme nous l'avons montré plus haut pour les ordonnances que l'Empereur doit publier avec l'assentiment du Bundesrath. Donc, on peut formuler l'idée de la loi du 9 juin 1871, § 3, de la façon suivante : *Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution, l'ordonnance impériale publiée avec l'assentiment du Bundesrath est la forme dans laquelle s'exerce la législation de la Terre d'Empire.* En fait, le § 2 de la même loi se sert aussi d'une expression analogue, en disposant que « certaines parties de la Constitution peuvent être introduites par ordonnance de l'Empereur avec l'assentiment du Bundesrath (1) ».

c) La *promulgation* des lois impériales est faite naturellement par l'Empereur. Elle prend la forme d'un acte authentique, muni de la signature et du sceau de l'Empereur, pour lequel la signature du Chancelier est une condition de validité (2). Elle renferme la constatation que le Bundesrath a donné, aux termes de la Constitution, son assentiment au texte de la loi, et, par sa signature, le Chancelier prend la responsabilité de l'exactitude de ce fait. D'ailleurs, on peut appliquer à la promulgation de la loi et à l'ordre de publication qui en fait partie intégrante tout ce que nous avons exposé plus haut p. 318 et 406.

(1) Si l'on n'a pas employé l'expression d'« ordonnance » au § 3 de la loi, cela tenait à ce que l'on s'est efforcé d'écarter l'idée que les décrets de l'Empereur n'ont qu'une valeur provisoire, et qu'une approbation ultérieure du Bundesrath est nécessaire.

(2) Loi du 9 juin 1871, § 4.

d) La publication des lois alsaciennes-lorraines n'a pas été réglée par la loi du 9 juin 1871. Comme l'art. II de la Constitution n'avait pas été introduit, on ne pratiquait pas la publication par le Bulletin des lois de l'Empire. Au début, on maintint en vigueur l'ordonnance du 9 septembre 1870, aux termes de laquelle la publication devait être faite par le moyen des « Amtliche Nachrichten ». Toutefois, on publia dès le 3 juillet 1871, une loi, aux termes de laquelle la publication des lois et des ordonnances impériales concernant l'Alsace-Lorraine doit être faite dans un Bulletin des lois portant le titre de « Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine » et édité par les soins de la Chancellerie de l'Empire. Dans sa teneur, la loi est calquée sur l'art. II de la Constitution et établit, comme lui, que, tant que la loi publiée n'indique pas une autre date pour son entrée en vigueur, celle-ci part du quatorzième jour qui suit celui où le numéro en question du Bulletin des lois a paru à Berlin (1).

Cette loi entra en vigueur le jour de sa publication, c'est-à-dire le 5 juillet 1871.

Tout ce que nous avons dit plus haut, p. 336 seq. de la nature et des conditions de la publication des lois de l'Empire s'applique également aux lois de l'Alsace-Lorraine.

2^o La forme des ordonnances.

La loi du 9 juin 1871 ne contient pas de disposition établissant comment les prescriptions relatives à l'exécution peuvent, quand elles renferment des mesures juridiques, prendre un caractère obligatoire. La question de la légalité des ordonnances d'un caractère juridique doit être résolue, par conséquent, conformément aux termes de la Constitution (2). Toutes

(1) Loi du 3 juillet 1871, § 2.

(2) V. plus haut, p. 381 seq.

les règles juridiques, quand bien même elles ne servent qu'à procurer l'exécution ou compléter la loi, doivent, en règle générale, être établies dans la forme prescrite par le § 3 de la loi du 9 juin 1871 ; il n'a pas été donné d'autorisation *générale* de s'écarter de cette forme. Mais il n'est pas défendu, non plus, de donner cette autorisation par une disposition *spéciale* publiée par la voie législative, et d'ordonner que telles ou telles mesures devront être prises par une autre voie que celle de la législation ordinaire (1).

Des différentes formes que peuvent prendre les ordonnances relatives à l'exécution des lois de l'Empire, il faut d'abord retrancher l'ordonnance de l'*Etat confédéré*, puisque l'Alsace-Lorraine n'est pas un Etat, et qu'il n'y a pas, dans la Terre d'Empire, de pouvoir politique indépendant du pouvoir de l'Empire, investi de droits *particuliers*. Mais en vertu de la loi du 9 juin 1871, il faut aussi exclure l'*ordonnance impériale publiée avec l'assentiment du Bundesrath*. Car c'est précisément la forme *légale* que règle cette loi (2). On ne pouvait pas non plus considérer comme régulières les *ordonnances du Bundesrath* pour l'Alsace-Lorraine, en vertu de la loi du 9 juin 1871, bien qu'en elles-mêmes elles fussent possibles et que le texte de cette loi ne l'interdit pas explicitement. Mais la loi les écartait indirectement, en posant en principe que c'est l'Empereur qui exerce le pouvoir

(1) Comme le droit français en général resta en vigueur en Alsace-Lorraine, on maintint aussi les dispositions spéciales qui confèrent au Chef de l'Etat ou aux autorités administratives le pouvoir de publier des ordonnances, etc. Cependant, l'examen et l'avis préalable du Conseil d'Etat sont des formalités tombées en désuétude. V. plus haut, p. 607.

(2) La loi du 15 oct. 1873, relative aux cautionnements des fonctionnaires, prend, il est vrai, au § 2, cette forme tirée du § 3, reproduit mot pour mot, de la loi fédérale du 2 juin 1869 ; mais cette disposition n'est devenue d'une importance pratique que depuis l'introduction de la Constitution en Alsace-Lorraine.

politique ; en effet, la publication d'une ordonnance est un exercice du pouvoir politique. Et en réalité, le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine ne contient pas non plus d'ordonnances du Bundesrath datant du temps où la loi du 9 juin 1871 était en vigueur, abstraction faite de la délimitation des circonscriptions électorales du Reichstag et des dispositions complémentaires du règlement électoral du 1^{er} décembre 1873, pour lesquelles le Bundesrath, a reçu pleins pouvoirs par la loi du 25 juin 1873, § 6 (1). Cependant, on a introduit en Alsace-Lorraine pendant le régime de la loi du 9 juin 1871, des lois de l'Empire autorisant le Bundesrath à publier des ordonnances d'exécution. Telle la loi sur les Jésuites du 4 juillet 1872 par la loi du 8 juillet 1872 ; en conséquence, les décisions du Bundesrath prises en vertu du § 3 de la loi de l'Empire, ont été publiées par le Chancelier pour l'Alsace-Lorraine dans le Bulletin de 1872, p. 507 ; 1873, p. 89 (2). Dans quelques cas, la loi d'introduction contient comme disposition que le Chancelier publiera les instructions nécessaires à l'exécution de la loi, tandis que la loi introduite charge le Bundesrath de publier ces instructions. Tel est, par exemple, le cas de la loi du 14 juillet 1871, art. III (Gesetzbl., p. 175) introductive de l'impôt sur le timbre des lettres de

(1) Il n'était fait exception que pour le règlement de la police des chemins de fer. Arrêté du Chancelier du 29 déc. 1871 (Gesetzbl., 1872, p. 92).

(2) On peut citer d'autres exemples : ainsi la loi du 15 juillet 1872, concernant l'introduction du § 29 de la loi industrielle, avec laquelle les dispositions relatives à l'exécution adoptées par le Bundesrath ont été publiées (Gesetzbl., 1872, p. 534 seq.) et la loi du 27 janv. 1873, relative à l'introduction de la loi de protection du droit d'auteur avec laquelle on a publié l'ordonnance du Bundesrath du 12 déc. 1870 sur la composition et le règlement des associations d'experts (Gesetzbl., 1873, p. 19, 34).

change, comparée au § 28 de la loi du 10 juin 1869, statuant sur le timbre des lettres de change (1). En conséquence, le Chancelier a publié, par un arrêté du 27 juillet 1871, les dispositions prises par le Bundesrath dans le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine (p. 183), en ajoutant cette clause qu'elles « doivent recevoir application ».

Il ne reste donc, pendant le régime de la loi du 9 juin 1871, en fait d'ordonnances régulières, que les suivantes :

a) *Ordonnances de l'Empereur.* — Elles se distinguent des lois, simplement en ce qu'il n'est pas nécessaire de solliciter l'assentiment du Bundesrath et que alors même que le contenu de l'ordonnance eût dû obtenir l'assentiment du Bundesrath, il n'est pas fait mention de cette formalité dans la promulgation. Elles ne sont régulières, quand elles contiennent des dispositions juridiques, qu'en vertu d'une autorisation spéciale de la loi, qui a été accordée dans beaucoup de cas (2). Leur publication au Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine est prescrite explicitement dans la loi du 3 juillet 1871, § 1.

b) *Ordonnances du Chancelier* ou d'une autre autorité chargée de l'administration de l'Alsace-Lorraine. — On peut dire, à propos d'elles, tout ce qui a été exposé plus haut p. 399 à propos des ordonnances du Chancelier dans le ressort de la Constitution. Tant que les décrets du Chancelier réglaient simple-

(1) Voir aussi la loi du 16 mai 1873, § 4, au sujet de l'introduction de la loi relative aux impôts sur l'eau-de-vie.

(2) Exemples : Loi du 14 juillet 1871 sur l'organisation judiciaire, § 2 et 18 ; loi du 17 juillet 1871, § 2 ; loi d'introduction au Code pénal du 30 août 1871, art. XVI ; loi administrative du 30 déc. 1871, § 18 ; loi d'introduction au Code de commerce et à la loi sur les lettres de change du 19 juin 1872, § 34 ; loi du 1^{er} déc. 1873, § 15 ; loi du 26 déc. 1873, § 8.

ment l'activité administrative des fonctionnaires, leur publication ne dépendait pas d'une autorisation spéciale de la loi ; le Chancelier était qualifié pour les publier par suite de sa situation de Ministre de l'Empereur. Tout décret qui empiétait sur le domaine de la législation, et surtout toute disposition juridique ne pouvait, au contraire, être rendue par le Chancelier qu'en vertu d'une délégation spéciale de la loi et dans les limites de l'autorisation donnée (1). Par suite des arguments exposés plus haut p. 412 et s., ces ordonnances ne prenaient un caractère obligatoire que lorsqu'elles avaient été publiées régulièrement c'est-à-dire dans le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine.

3. Situation par rapport aux lois publiées en vertu de la Constitution de l'Empire.

Les règles relatives aux rapports réciproques des lois de l'Empire et des lois des Etats confédérés, que nous avons exposées plus haut p. 419 seq., sont absolument inapplicables aux lois qui concernent l'Alsace-Lorraine ; elles reposent, en effet, sur ce fait que les lois de l'Empire et les lois des Etats confédérés émanent de deux *pouvoirs politiques* différents, dont l'un est subordonné à l'autre. Les effets d'une loi vis-à-vis d'autres dispositions dépendent de la situation juridique de l'organe qui intime l'ordre contenu

(1) De pareilles autorisations ont été données au Chancelier par les lois du 14 juillet 1871 sur l'organisation judiciaire § 2, 3^e al. et § 16, du 14 juillet 1871 sur le cantonnement, § 3, du 14 juillet 1871 sur les autorités préposées aux mines, art. VIII ; loi du 17 juillet 1871 sur l'introduction des lois relatives aux douanes et aux impôts § 4 ; loi administrative du 30 déc. 1871, § 14 ; loi forestière du 30 déc. 1871, § 8 et 9 ; loi scolaire du 12 fév. 1873, § 4 ; loi relative à l'impôt sur le vin du 20 mars 1873, § 38 ; loi d'expropriation du 1^{er} déc. 1873, § 29. Il y a une loi qui prononce purement et simplement l'abrogation de dispositions en vigueur et autorise le Chancelier à les remplacer par d'autres : c'est la loi du 13 janv. 1873 (Gesetzblatt, p. 14).

dans la loi (la sanction), et non des formes qui constituent la voie législative ; la subordination du pouvoir de l'État confédéré au pouvoir de l'Empire entraîne la priorité des lois de l'Empire sur les lois particulières et leur caractère obligatoire. En Alsace-Lorraine, le pouvoir politique ne fait qu'un avec le pouvoir de l'Empire ; bien qu'il soit possible de distinguer objectivement les pouvoirs dont l'Empire est investi dans *tout* le domaine de l'Empire en vertu de la Constitution, de ceux dont il dispose dans la Terre d'Empire en vertu de sa domination directe, ces deux classes de pouvoirs politiques n'en ont pas moins un seul et même détenteur (1). Depuis la constitution de l'Alsace-Lorraine en Terre d'Empire, il n'y a donc plus, en Alsace-Lorraine, de législation *particulière*, d'autonomie au sens juridique. On ne peut considérer comme *lois particulières* (au sens de l'article II de la Constitution) que les dispositions juridiques entrées en vigueur *avant* l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire allemand ; depuis l'annexion, le pouvoir législatif dans la Terre d'Empire appartient exclusivement à l'Empire. Les lois concernant l'Alsace-Lorraine ne sont donc pas des lois particulières mais des lois de l'Empire, *des lois provinciales de l'Empire*. Les rapports des lois publiées en vertu de la loi d'annexion avec les lois publiées en vertu de la Constitution ne sont pas ceux des lois d'État avec les lois de l'Empire, mais ceux de deux catégories de lois de l'Empire entre elles. L'Empire a exercé, tant que la Constitution n'a pas été introduite en Alsace-Lorraine, sur deux domaines distincts, le droit législatif sous deux formes différentes ; le territoire de l'Empire se divisait, au point de vue de l'exercice du pouvoir législatif en deux domaines

(1) Cf. p. 608.

juridiques, mais le pouvoir législatif de l'Empire ne se scindait pas en deux pouvoirs autonomes, indépendants l'un de l'autre. Ce principe entraîne une série de conséquences, qui mettent en lumière le contraste entre la Terre d'Empire et le reste du territoire de la Confédération.

a) Dans le domaine de la Constitution, toute loi de l'Empire a une autorité souveraine en vertu de sa publication au nom de l'Empire par la voie du Bulletin des lois de l'Empire ; toute publication faite par l'Etat confédéré, toute confirmation, tout commentaire, toute introduction d'une loi de l'Empire qui aurait lieu par un acte de la législation de l'Etat particulier est inadmissible. Pour l'Alsace-Lorraine, la publication d'une loi de l'Empire par la voie du Bulletin des lois de l'Empire était absolument lettre morte : une loi publiée en vertu de la Constitution n'avait pas plus, pour l'Alsace-Lorraine, force de loi qu'une loi publiée en vertu de la loi du 9 juin 1871 n'avait de valeur dans le domaine de la Constitution. Pour qu'une loi publiée en vertu de la Constitution fût valable dans la Terre d'Empire, il fallait qu'elle y fût introduite par un acte législatif spécial aux termes de la loi du 9 juin 1871. La raison de son autorité tient exclusivement à la loi d'introduction de l'Empereur. Il n'est même pas fait d'exception pour les lois de l'Empire qui, par leur texte, leur contenu et leur but, devaient nécessairement être valables pour *tout* le territoire de l'Empire ; telle la loi postale du 28 octobre 1871, la loi sur les Jésuites du 4 juillet 1872, le Code pénal militaire du 8 juillet 1872, la loi sur les douanes du 7 juillet 1873 (1), la loi sur les charges

(1) Cette loi a été publiée dans le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine de 1873, p. 191, mais *sans loi d'introduction*, ce qui est un vice de forme. — De même, on a omis d'introduire la loi sur les taxes postales du 17 mai 1873 et la loi du 20 déc. 1873 portant modification du n° 4

militaires du 13 juin 1873, etc. Elles devraient être publiées deux fois, une fois pour le domaine soumis à la Constitution, une autre fois pour le domaine réglé par la loi du 9 juin 1871. Si l'on veut qualifier la législation provinciale de l'Empire pour l'Alsace-Lorraine de législation particulière (*Landesgesetzgebung*), on peut, à propos de la Terre d'Empire, exprimer un principe diamétralement opposé au principe formulé dans l'art. II de la Constitution, en disant que les lois de l'Empire n'ont de valeur en Alsace-Lorraine qu'autant qu'elles y ont été introduites par la voie de la législation particulière (1).

b) Tandis que, dans le domaine soumis à la Constitution, il est inadmissible que les États confédérés modifient ou abrogent une disposition d'une loi de l'Empire, qu'au contraire les lois de l'Empire ont incontestablement la préséance sur toutes les lois d'État, fussent-elles postérieures, c'est juste le contraire qui se produit dans la Terre d'Empire. L'introduction des lois de l'Empire a pu avoir lieu en Alsace-Lorraine avec des modifications de cette loi (2) et cette opération avait pour résultat de donner à la *loi particulière* (c'est-à-dire publiée spécialement pour la terre d'Empire) la *priorité* sur la *loi de l'Empire*. En effet, la collaboration du Reichstag ne donne pas aux lois d'Empire une autorité supé-

de l'art. XIII de la Constitution ; cet oubli n'a été réparé que par la loi du 8 fév. 1875 (Gesetzbl., p. 9).

(1) Le mot « législation particulière » a, pour la terre d'Empire, un tout autre sens que pour les membres de la Confédération.

(2) Le fait s'est produit très rarement, mais enfin il s'est produit. Comme exemples, nous avons la loi d'introduction au Code pénal, art. XVI et la loi d'introduction au Code de commerce, § 32. — Ces lois d'introduction réunissent en elles des dispositions qui, dans le reste de l'Empire, ressortissent, soit à la législation de l'Empire, soit à celle des États particuliers. Cf. *Förtsch* et *Leoni* dans le *Rüdorff's Commentar zum Strafgesetzbuch* (2^e éd.), p. 571.

ricure; l'Empire n'a exercé son pouvoir législatif dans la Terre d'Empire que sous une autre forme ou par d'autres organes que dans le reste de la Confédération; mais le pouvoir qui intime l'ordre contenu dans la loi reste toujours le même. Il a donc toute latitude de prendre pour la Terre d'Empire d'autres dispositions que pour le reste du territoire. Il n'y a que la loi du 9 juin 1871 qui ne pouvait pas être modifiée par une loi particulière (d'Etat) publiée en vertu de cette même loi, puisqu'elle contient la délégation du pouvoir législatif en faveur de l'Empereur et du Bundesrath, et par conséquent trace les limites de sa compétence et détermine la manière dont il sera exercé. Donc, pour reculer la date fixée au § 2 de cette loi, qui était celle de l'entrée en vigueur de la Constitution en Alsace-Lorraine, il fut nécessaire de publier une loi conformément aux dispositions de la Constitution (1).

c) Par l'introduction intégrale d'une loi de l'Empire en Alsace-Lorraine, il n'était créé, en examinant strictement les choses, qu'un droit *matériellement* commun à la Terre d'Empire et au reste du territoire de l'Empire, c'est-à-dire que, sur deux domaines juridiques différents, il y avait deux lois d'un contenu identique; leur valeur ne reposait pas sur un seul et unique commandement, faisant autorité sur les deux domaines. Mais pour éviter cette conséquence et faire en réalité, au point de vue des lois introduites, de tout le domaine de l'Empire un domaine juridique *unique*, on adopta dans la plupart des lois d'introduction cette formule: « La présente loi sera *étendue* à l'Alsace-Lorraine. »

d) Les lois publiées pour l'Alsace Lorraine en vertu de la loi du 9 juin 1871 ont l'autorité de lois de l'Em-

(1) Elle parut le 20 juin 1872. Elle a été publiée aussi dans le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine.

pire. Tandis que le Code de commerce déjà en vigueur dans tous les États allemands, a pu être déclaré loi de l'Empire — (par là l'ordre de l'Empire a remplacé l'ordre de l'État confédéré), — il serait absurde de déclarer lois de l'Empire les lois publiées en Alsace-Lorraine pendant le régime de la loi du 9 juin 1871 ; ce serait, en effet, remplacer l'ordre de l'Empire par l'ordre de l'État. Mais cela ne s'applique pas seulement aux lois qui font partie du domaine soumis, aux termes de la Constitution, à la compétence de la législation de l'Empire ; cela est vrai de *toutes* les lois (1). Cela entraîne la conséquence suivante, qui est capitale au point de vue du Droit public : depuis que la Constitution est entrée en vigueur en Alsace-Lorraine, les lois publiées en vertu de la loi du 9 juin 1871 ne peuvent être modifiées ou abrogées que par la voie constitutionnelle *de la législation de l'Empire*, même quand elles se rapportent à des matières que la Constitution ne soumet pas à la législation de l'Empire (2). L'ordonnance impériale publiée avec l'assentiment du Bundesrath était la forme dans laquelle elles pouvaient être publiées ; mais cette forme n'était plus suffisante pour les abroger

(1) Le Code de commerce, la loi sur les lettres de change, le Code pénal, la loi sur les associations, la loi relative à la protection des droits d'auteur, etc., ont été introduites en Alsace-Lorraine, non en vertu de la Constitution, mais en vertu de la loi du 9 juin 1871 ; elles sont donc, à ce point de vue, identiques aux lois qui se rapportent à des matières auxquelles la compétence de l'Empire ne s'étend pas, aux termes de la Constitution.

(2) Une dissertation dans la *Zeitschrift für franz. Civilrecht* de Puschelt, vol. VI, p. 373 seq. arrive au résultat diamétralement opposé ; elle qualifie *toutes* les lois publiées en Alsace-Lorraine avant l'introduction de la Constitution *de lois particulières*, même le Code pénal, le Code de commerce, etc. Cela tient à une confusion des lois particulières avec des lois publiées par l'Empire pour une *partie* du territoire de l'Empire par une autre voie que celle qui est prescrite par la Constitution (Lois provinciales de l'Empire) :

ou les modifier (1). Depuis la loi du 2 mai 1877 on a introduit une modification à cet état de choses (V. plus loin p. 657).

III. — Période qui suit l'introduction de la Constitution.

Aux termes de la loi du 25 juin 1873, la Constitution de l'Empire entra en vigueur en Alsace-Lorraine à partir du 1^{er} janvier 1874, en tant que quelques-unes de ses dispositions n'avaient pas déjà été introduites précédemment. A partir de cette date, la division du territoire de l'Empire en deux domaines juridiques au point de vue de la législation fut supprimée; la Terre d'Empire entra dans le domaine juridique réglé par la Constitution. Ainsi, les règles exposées plus haut qui président à la législation de l'Empire, furent intégralement appliquées aux lois concernant la terre d'Empire (2). Par les lois du

(1) Dans quelques cas on a introduit par une loi à la fois certaines lois de l'Empire en Alsace-Lorraine et les ordonnances d'exécution publiées en vertu de ces lois. C'est ainsi que la loi du 14 juillet 1871 (Gesetzbl., p. 187) publie non seulement la loi du 25 juin 1868, mais aussi « l'instruction » du 31 déc. 1868 relative à son exécution; la loi du 11 déc. 1871 (Gesetzbl., p. 386) publie non seulement la loi sur les cautionnements du 2 juin 1869, mais aussi les ordonnances impériales qui en règlent l'exécution. Plus tard, on a, dans certains cas, adopté une forme plus correcte: on n'a pas fait mention des ordonnances d'exécution dans la loi d'introduction. Mais même dans les cas cités, il y a lieu de considérer comme admissible leur modification par voie d'ordonnances, même après l'introduction de la Constitution, puisque la loi introduite elle-même reconnaît cette forme. Par là, l'application de la règle ordinairement en vigueur, qui veut que l'introduction d'une ordonnance par une loi donne au contenu de l'ordonnance l'autorité formelle de loi, se trouve écartée.

(2) La sanction des lois relatives à l'Alsace-Lorraine fut donc confiée, non plus à l'Empereur, mais au Bundesrath. Même avis chez v. Stengel, p. 816; Kayser, p. 404; G. Meyer, § 138, note 9; Schulze II, p. 363; Stöber, p. 662, note 68; Hänel, p. 827. Autre avis chez Zorn I, p. 531 et Leoni I, p. 163: Leoni appuyait son opinion sur ce fait,

2 mai 1877 et du 4 juillet 1879 (1), elles ont cependant été complétées et modifiées, de sorte que les principes qui règlent l'exercice de la législation en Alsace-Lorraine sont actuellement assez compliqués.

1° *La compétence législative.*

Tandis que la Constitution restreint les pouvoirs de l'Empire sur la législation et établit des limites précises qui séparent la compétence de la législation de l'Empire de l'autonomie des États confédérés, les pouvoirs législatifs de l'Empire dans la Terre d'Empire sont souverains, illimités et exclusifs. Ce principe est fourni par la notion même de la Terre d'Empire ; il n'y a pas, en effet, dans la terre d'Empire, de pouvoir politique différent du pouvoir de l'Empire ; par conséquent, il n'y a pas de législateur différent de l'Empire. La Terre d'Empire ne possède pas d'organe politique, autre que l'Empire, qui puisse être chargé de la sanction des lois. C'est ce que reconnaît explicitement la loi du 9 juin 1871, § 3, 4^e al. :

« Après l'introduction de la Constitution, c'est l'Empire qui possède, jusqu'à ce qu'une loi de l'Empire en dispose autrement, le droit de législation, même à propos des matières qui, dans les États confédérés, ne sont pas soumises à la législation de l'Empire. »

Ce principe n'a pas été touché par la loi du 2 mai 1877 ; car, si cette loi a réglé, dans certains cas,

que l'intention de la loi du 2 mai 1877 était simplement « de maintenir en vigueur la forme législative établie par le 4^e al. du § 3 de la loi du 9 juin 1871, qui, jusque-là, faisait exclusivement autorité ». C'est une erreur ; le § 3 alin. 4 cit. ne concerne pas la forme des lois, mais la compétence législative de l'Empire ; du reste, la forme législative de la loi du 9 juin 1871, § 3, al. 1 et 2 avait été supprimée à partir du 1^{er} janvier 1874 et remplacée par la forme législative de la Constitution ; par conséquent, elle ne pouvait pas être maintenue en vigueur par la loi du 2 mai 1877.

(1) Reichsgesetzbl. 1877, p. 491 et 1879, p. 165.

la voie législative par dérogation à la Constitution, elle n'a pas le moins du monde restreint la compétence de l'Empire.

Or, bien qu'il n'y ait dans la Terre d'Empire *qu'un seul législateur*, on peut cependant séparer les matières qui, aux termes de la Constitution, sont soumises, dans toute l'étendue de l'Empire, à la législation de l'Empire, de celles auxquelles la législation de l'Empire ne s'applique *que dans la terre d'Empire*. C'est sur cette distinction des deux cercles de compétence que reposent les expressions de législation *intérieure* (1) de la terre d'Empire et de lois *alsaciennes-lorraines* (*Landesgesetze*). Jusqu'à la loi du 2 mai 1877, cette distinction n'avait aucune espèce d'importance au point de vue du Droit public; la législation intérieure de la Terre d'Empire était soumise exactement aux mêmes règles que le reste de la législation; c'est seulement avec la loi mentionnée que des dispositions spéciales ont été introduites. Mais les lois alsaciennes-lorraines sont actuellement encore des lois de l'Empire, c'est-à-dire des lois sanctionnées par l'Empire. Elles sont des *lois provinciales de l'Empire* réglant en Alsace-Lorraine certaines matières pour lesquelles la Constitution de l'Empire exclut dans le reste de la Confédération, la compétence législative de l'Empire (2).

Les lois particulières, entendues ainsi sont, soumises par la loi du 2 mai 1877 à une *forme* spéciale; mais, par leur nature et leur importance au point de vue du Droit public, elles ne sont pas des manifestations d'une autonomie comme les lois des États.

(1) Reichsgesetz du 25 juin 1873, § 4, 1^{er} al.

(2) Les lois alsaciennes-lorraines ont une certaine analogie avec les lois particulières publiées en Autriche par l'Empereur avec l'assentiment des Landtage des différents pays de la couronne. *Jellinek, Gesetz und Verordnung*, p. 260.

confédérés ; ce sont des manifestations du pouvoir de l'Empire. L'autonomie ne consiste pas en une forme particulière du mécanisme législatif, mais en un *pouvoir* indépendant, en vertu duquel on publie des lois. Ce pouvoir suppose un organe qui en est investi ; ce pouvoir est absent dans la Terre d'Empire (1).

2° *Mécanisme de la législation de l'Alsace-Lorraine.*

La loi du 2 mai 1877 offre deux moyens de faire des lois. L'un est la voie législative ordinaire de l'Empire ; il correspond au caractère de lois de l'Empire que nous venons de reconnaître aux lois alsaciennes-lorraines ; il est, théoriquement, le moyen régulier, correspondant à la *ratio negotii*, et il était le *seul* admissible jusqu'à la loi du 2 mai 1877. Le deuxième, créé par la loi du 2 mai 1877, constitue un *jus singulare* ; il consiste en une copie du mécanisme qui fonctionne dans les États confédérés relativement à la législation particulière. C'est ce mécanisme spécial qui doit *régulièrement* fonctionner aux termes de la loi du 2 mai 1877 ; par contre, la voie, régulière par définition, de la législation de l'Empire ne doit être adoptée qu'*exceptionnellement*, ou à titre subsidiaire (2). Le premier moyen se distingue de la voie ordinaire sur les points suivants :

a) *Fixation du contenu.*

L'assentiment du Reichstag est remplacé par l'assentiment du *Landesausschuss* (V. plus haut p. 609

(1) Même avis chez Stöber, p. 652 seq., 663 seq. ; Schulze II, p. 367 ; Hänel, p. 828.

(2) La loi du 2 mai 1877 prescrit l'autre moyen au § 1, en disant : *il sera publié des lois particulières* ; et le § 2 ajoute : « La voie de la législation de l'Empire, pour la confection de lois particulières (§ 1) *reste réservée.* » Par là, les relations réciproques des deux moyens sont caractérisées en général, mais la loi n'a pas établi, d'une façon précise, les conditions, dans lesquelles on doit ou l'on peut faire usage de la réserve mentionnée au § 2.

seq.). Avant d'être déposé, le projet de loi doit être soumis à l'approbation du Conseil d'État (1); mais l'omission de cette formalité n'entraîne pas de conséquence juridique; en particulier, la validité de la loi n'en dépend pas (2).

Outre l'assentiment du Landesausschuss, il est nécessaire encore d'obtenir l'assentiment du Bundesrath au projet de loi; à ce point de vue, il n'existe pas de différence entre la voie législative ordinaire et la voie législative alsacienne-lorraine.

b) La sanction.

Aux termes de la loi du 2 mai 1877, § 1, les lois alsaciennes-lorraines sont émises par l'Empereur avec l'assentiment du Bundesrath. C'est en cela que consiste la deuxième différence importante entre la législation alsacienne-lorraine et la législation ordinaire de l'Empire. Comme la loi du 9 juin 1871, la loi du 2 mai 1877 confère la sanction des lois particulières à l'Empereur, tandis que la Constitution en fait une attribution du Bundesrath. Tout ce qui a été exposé plus haut p. 635 seq. à propos de cette différence pour la période antérieure au 31 décembre 1873, est aussi applicable à la période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 2 mai 1877. Le Bundesrath n'a donc pas d'autre pouvoir que le Landesausschuss; il n'est pas le véritable législateur; son assentiment est simplement une condition de la sanction de la loi par l'Empereur (3). Il est vrai que le texte du § 1 cité distingue, par une différence de rédaction, l'assentiment du Bundesrath de celui du Landesausschuss; mais le seul point décisif, c'est que l'Empereur a le droit de placet sur les lois parti-

(1) Loi du 4 juillet 1870, § 9.

(2) *Leoni* I, p. 96.

(3) Même avis chez *Leoni* I, p. 161. Au sujet de l'importance pratique, Voir plus haut p. 636, note 2.

culières et qu'il n'est pas obligé juridiquement de promulguer et de publier une loi votée par le Bundesrath.

c) La *promulgation* des lois particulières est confiée, comme celle des lois de l'Empire, à l'Empereur. Elle constate formellement que le Landesausschuss et le Bundesrath ont donné leur assentiment à la loi conformément aux prescriptions en vigueur. Mais depuis la loi du 4 juillet 1879, ce n'est plus le Chancelier qui contresigne, c'est le *gouverneur* ou, à son défaut, son représentant, le secrétaire d'État pour l'Alsace-Lorraine.

d) La *publication* des lois alsaciennes-lorraines a lieu par la voie du Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine.

Après l'introduction de la Constitution, on devait naturellement se demander si, en vertu de l'art. II de la Constitution, la publication dans cette feuille était encore admissible (1); mais, pour des raisons de commodité, l'usage a résolu la question dans le sens l'affirmative (2). La loi du 4 juillet 1879 a dissipé

(1) Les motifs de la loi du 25 juin 1873, p. 8 (Drucksachen 1873, vol. III, n° 177) font mention de la question et la résolvent, bien que sans motifs probants, dans le sens affirmatif.

(2) Au point de vue des lois alsaciennes-lorraines publiées par la voie de la législation de l'Empire, cette pratique a eu pour conséquence une double publication, pour beaucoup de lois, par la voie du Bulletin des lois de l'Empire et par la voie du Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine. Telles sont par exemple la loi du 15 nov. 1874 (loi monétaire) dans le Bulletin de l'Empire, p. 131, paru le 19 nov. et dans le Bulletin de l'Alsace-Lorraine, p. 39, paru le 25 nov.; la loi du 19 déc. 1874 (Poids et mesures) dans le Bulletin de l'Empire 1875, p. 1 (paru le 11 janvier) et dans le Bulletin de l'Alsace-Lorraine, p. 1 (paru le 5 janvier); la loi du 8 fév. 1875 dans le Bulletin de l'Empire, p. 69 (22 fév.) et dans le Bulletin de l'Alsace-Lorraine, p. 9 (19 fév.); la loi du 11 fév. 1875 dans le Bulletin de l'Empire, p. 61 (18 fév.), dans le Bulletin de l'Alsace-Lorraine, p. 49 (23 fév.). Cette double publication d'une seule et même loi n'est pas seulement en contradiction avec le sens juridique de la pu-

§ 22 tout doute à cet égard. Le Bulletin de l'Alsace-Lorraine, fondé par une loi du 3 juillet 1871 (Gesetzbl., für Elsass. Loth., p. 2), a été conservé et, en même temps il a été établi qu'il serait publié par les soins du Ministère de Strasbourg et que le délai de 14 jours partirait du lendemain du jour où le numéro du Bulletin a paru à Strasbourg. Le Bulletin de l'Alsace-Lorraine est, par définition, « un Bulletin des lois de l'Empire », destiné spécialement aux lois et ordonnances relatives aux affaires de l'Alsace-Lorraine (1).

3° Rapports des lois publiées par la voie de la législation alsacienne-lorraine avec celles qui ont suivi la voie de la législation de l'Empire.

Si l'on part de ce principe que les lois alsaciennes-lorraines sont *des lois provinciales de l'Empire*, il s'en suit naturellement que les règles ordinairement en

blication, elle conduit aussi à cet étrange résultat que le jour où la loi entre en vigueur est fixé d'une façon différente, suivant que le délai de 14 jours part de la date de la publication du Bulletin de l'Empire ou de celui de l'Alsace-Lorraine.

(1) Ses rapports avec le Bulletin de l'Empire donnent lieu à des controverses. On peut se demander en particulier où l'on doit publier les lois relatives à l'Alsace-Lorraine, qui ont été rendues par la voie de la législation de l'Empire. Depuis 1879, l'usage s'est établi de publier ces lois au Bulletin des lois de l'Empire ; telles sont les lois publiées chaque année au sujet du contrôle du budget alsacien-lorrain ; la loi du 23 mai 1881 (Reichsgesetzbl., p. 98) relative à la publicité des débats et à la langue officielle du Landesausschuss ; la loi du 28 avril 1886 (Reichsgesetzbl., p. 129) relative à la pension du gouverneur ; la loi du 7 juillet 1887 (Reichsgesetzbl., p. 377). Même les décrets de Sa Majesté relatifs à la transmission des pouvoirs souverains au gouverneur ont été publiés dans le Bulletin de l'Empire 1879, p. 282 ; 1885, p. 273 ; 1888, p. 189 ; 1890, p. 2. — D'autre part, l'ordonnance du 30 août 1886 qui est contresignée : « Pour le Chancelier de l'Empire. Maybach » est publiée dans le Bulletin de l'Alsace-Lorraine 1886, p. 77 ; de même, la loi du 4 juillet 1887, contresignée « v. Bötticher », parut dans ce Bulletin, p. 67 ; de même, la loi du 18 mai 1895 dans le Bulletin de l'Alsace-Lorraine, p. 57 et l'ordonnance de l'Empereur du 13 janvier 1896 dans le même Bulletin, p. 2.

vigueur au sujet des rapports des lois particulières (d'État) avec les lois de l'Empire sont inapplicables et que dans le cas où une contradiction se présente, c'est simplement la règle *lex posterior derogat priori* qui est décisive. Cela s'applique incontestablement aux lois alsaciennes-lorraines publiées par la voie de la législation de l'Empire. Toute loi de l'Empire, y compris la Constitution elle-même, peut être modifiée, ou abrogée, en ce qui concerne l'Alsace-Lorraine, par une loi de l'Empire ; c'est un fait aussi admissible théoriquement, lorsque l'abrogation et la modifications sont textuellement prononcées, que possible en fait, lorsque les matières de la législation alsacienne-lorraine sont réglées par une loi de l'Empire dans un sens contradictoire avec des dispositions antérieures des lois de l'Empire. C'est le même pouvoir politique qui publie les lois de l'Empire et les lois particulières à l'Alsace-Lorraine ; par conséquent sa volonté la plus récente correspondant à sa volonté actuelle, doit avoir la priorité sur la volonté antérieure.

Mais cela ne s'applique pas aux lois publiées par la voie de la législation particulière, c'est-à-dire aux termes du § 1 de la loi du 2 mai 1877 ; elles ne sont pas en état d'abroger ou de modifier des lois de l'Empire. C'est ce qui résulte du § 2, 2^e al. de cette loi. Nous y trouvons l'explication de la nature de cette législation au point de vue du Droit public. Elle repose sur une délégation (1) du pouvoir législatif de l'Empire en faveur de l'Empereur. Les lois alsaciennes-lorraines, publiées conformément au § 1 de la loi du 2 mai 1877, sont, par comparaison avec les lois formelles de l'Empire, des *ordonnances impériales* publiées avec l'assentiment du Bundesrath

(1) Dans le sens exposé p. 395, note. 2.

et du Landesausschuss en vertu de l'autorisation donnée au § 1 de la loi du 2 mai 1877.

L'application stricte de ce principe nous amènerait à admettre que même les lois particulières publiées par la voie de la législation de l'Empire avant mai 1877 ne peuvent être abrogées que par la voie de la législation de l'Empire (1). Mais, ce faisant, on créerait, à l'intérieur du Droit particulier, une différence qui amènerait en pratique les plus grands inconvénients ; le but que s'est proposé la loi de 1877, à savoir, décharger le Reichstag de toute collaboration dans les limites du domaine de la législation particulière et lui substituer le Landesausschuss, serait en grande partie manqué. Ce qui ressort, au contraire, des débats relatifs à cette loi, c'est qu'abstraction faite de la réserve contenue au § 2, 2^e al., la délégation établie par le § 1 s'étend à tout le domaine matériel de la législation particulière (2). C'est le principe qui a été suivi en pratique ; à plusieurs reprises, des modifications aux lois particulières antérieures à 1877 ont été introduites par la voie de la législation particulière.

Ce principe permet, en outre, de déterminer l'étendue du droit d'examen des tribunaux, des autorités, des sujets etc. touchant la validité des lois alsaciennes-lorraines publiées en vertu du § 1 de la loi du 2 mai 1877. Comme elles reposent sur une délégation, on doit appliquer exactement les mêmes principes qui ont été exposés p. 407 seq. à propos des ordonnances. Les faits qui échappent au Droit

(1) C'est cette idée qui avait été adoptée dans la 1^{re} édition allemande de cet ouvrage (vol. II, p. 147). Elle a été approuvée par *Kayser*, op. cit., p. 405 ; *Zorn* I, p. 532, note 30.

(2) *Stenogr. Berichte des Reichstages*, 1^{re} session 1877, vol. I, p. 263 ; *Stöber*, p. 663, note 70. Pour l'interprétation de la loi la volonté manifeste du législateur a son importance, ce que méconnaît *Zorn*, op. cit.

d'examen sont ceux dont la promulgation constate l'existence et qui donnent à la loi un caractère obligatoire, c'est-à-dire l'assentiment du Landesausschuss et du Bundesrath, et la sanction de l'Empereur. Ce qui est *soumis* au droit d'examen, c'est la question de savoir si ces lois ne franchissent pas matériellement les limites contenues dans la délégation, c'est-à-dire si la matière qu'elles règlent n'est pas réservée, aux termes de la Constitution, à la législation de l'Empire, ou n'est pas en contradiction avec une loi de l'Empire publiée en vertu de la Constitution, ou avec une loi particulière publiée par la voie de la législation de l'Empire.

4^o *Les ordonnances juridiques.*

La loi de l'Empire du 25 juin 1873, § 8 autorise, *jusqu'à ce qu'une loi en dispose autrement*, l'Empereur à publier, avec l'assentiment du Bundesrath, des ordonnances ayant force de lois ; elle permet donc de publier des dispositions juridiques sous la forme qui, dans la période qui va de l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'introduction de la Constitution, était l'unique forme législative. Mais l'application de cette forme est soumise à trois conditions.

a) « Ces ordonnances ne doivent pas contenir de dispositions contraires à la Constitution ou aux lois de l'Empire en vigueur en Alsace-Lorraine, et elles ne doivent pas régler des matières pour lesquelles la loi du 9 juin 1871, § 3, 2^e al. exige l'assentiment du Reichstag (1). » Donc, cette forme est irrecevable pour toutes les matières qui, aux termes de la Constitution, sont réservées à la législation de l'Empire ; de plus, elle n'est admissible, même dans le domaine de la législation particulière, qu'à la condition d'observer

(1) C'est-à-dire : « Emission d'emprunts ou prise de garanties pour l'Alsace-Lorraine, pouvant occasionner des charges pour l'Empire. »

les dispositions des lois particulières qui ont été publiées par la voie de la législation de l'Empire (1).

b) Il ne doit être publié d'ordonnances que *pendant que le Reichstag n'est pas réuni*. L'ordonnance impériale, qui convoque le Reichstag et fixe le jour de sa réunion, est publiée dans le Bulletin des lois de l'Empire ; par contre, il n'est pas d'usage de notifier par cet organe le jour où le Reichstag est prorogé ou sa session close. Aussi, le Bulletin de l'Empire ne permet-il pas de reconnaître si la date de l'ordonnance tombe dans une période pendant laquelle le Reichstag n'a pas été réuni. Et la promulgation de l'ordonnance ne constate pas non plus explicitement ce fait ; toutefois, on peut tirer une présomption de l'existence de cette condition, du fait que la promulgation se réfère au § 8 de la loi du 25 juin 1873.

c) Les ordonnances doivent être soumises à l'approbation du Reichstag à sa première réunion. Elles perdent toute valeur si l'approbation est refusée. On appelle ordinairement ce genre d'ordonnances ordonnances ayant force de loi par intérim ou à titre provisoire. Leur caractère juridique consiste en ceci, que l'ordre contenu dans la loi est soumis à une condition résolutoire ; si cette condition résolutoire se réalise, c'est-à-dire si le Reichstag refuse son approbation, l'ordre contenu dans la loi devient nul *ex nunc* (2) Le vote qui porte le refus doit être publié

(1) Le texte du § 8 cité peut laisser place au doute à ce sujet, attendu que l'expression de « loi de l'Empire » a des sens variés. Mais il résulte des motifs de cette loi, p. 12 (Drucksachen 1873, 4^e session, vol. III, n^o 177) que les ordonnances ne devraient être permises que dans le domaine de la législation particulière, et, même dans les limites de ce domaine, à la condition d'observer les dispositions (alsaciennes-lorraines) publiées par la voie de la législation de l'Empire. *Leoni I*, p. 164 est dans l'erreur.

(2) Si le Reichstag, à qui l'ordonnance a été présentée, ne prend pas de décision à ce sujet, l'ordonnance reste en vigueur ; car il n'y a que

immédiatement dans le Bulletin de l'Empire par les soins du Chancelier ; mais, en admettant même qu'il omette cette formalité, l'ordonnance n'a plus force de loi ; car elle perd cette autorité par le vote du Reichstag et non pas par la publication que le Chancelier fait du résultat de ce vote (1). Si le Reichstag accorde son approbation, la publication du résultat de ce vote n'est pas essentielle assurément, puisqu'il n'y a rien de changé à la valeur de l'ordonnance et que la seule chose décidée, c'est que la condition résolutoire ne se réalise pas (2) ; mais, en fait, l'usage s'est établi de publier le vote d'approbation du Reichstag dans le Bulletin des lois de l'Alsace-Lorraine. Quant à la question de savoir si des ordonnances de cette nature, après avoir obtenu l'approbation du Reichstag, ne peuvent être abrogées désormais que par la voie de la législation de l'Empire, ou si elles peuvent être modifiées ultérieurement par ordonnance impériale conformément au § 8 cité ou par loi alsacienne lorraine publiée en vertu de la loi du 2 mai 1877, c'est ce que la loi n'établit pas ; mais la question doit être résolue dans ce dernier sens.

La loi du 2 mai 1877 permettait de se demander

le refus d'approbation qui lui enlève son autorité ; et ce refus exige un vote du Reichstag. Il résulte de là que les ordonnances ont force de loi, non à titre provisoire, mais à condition qu'un acte résolutoire n'intervienne pas.

(1) Même avis chez *Leoni* I, p. 164. Il est vrai qu'en Prusse domine une autre théorie au sujet des ordonnances publiées en vertu de l'art LXIII de la Charte constitutionnelle de la Prusse ; mais elle s'appuie sur l'art. cvii de la Charte constitutionnelle et par conséquent elle n'est pas applicable à la terre d'Empire, où il n'existe pas de disposition semblable.

(2) Il n'est pas correct de dire que l'ordonnance se transforme en loi à la suite de l'approbation du Reichstag. Elle est, dès le début, une loi au sens matériel du mot ; elle ne devient pas une loi au sens formel par suite de l'approbation ; elle conserve au contraire la forme d'ordonnance. *V. t. I*, p. 454 et 455.

si l'autorisation de publier des ordonnances avec force de lois à titre provisoire, accordée par le § 8 de la loi du 25 juin 1873, subsiste encore (1); la loi du 4 juillet 1879, § 21, 2^e al. a dissipé tous les doutes en maintenant explicitement en vigueur le § 8. Quant à la question de savoir qui doit contresigner ces ordonnances, le Chancelier ou le gouverneur, il y a lieu de la résoudre dans le dernier sens, aux termes du § 2 de la loi du 4 juillet 1879.

Les conséquences pratiques sont incontestablement quelque peu étranges. Des dispositions juridiques, publiées par la voie de la législation particulière, par conséquent avec l'assentiment du Bundesrath et du Landesausschuss, peuvent être modifiées par l'Empereur avec l'assentiment du Bundesrath, sans l'assentiment du Landesausschuss; et cette pratique est possible même pendant que le Landesausschuss est réuni, pourvu que le Reichstag ne soit pas réuni (2); ces ordonnances doivent être soumises à l'approbation non du Landesausschuss, mais du Reichstag; elles perdent leur validité, lors même qu'elles ont obtenu ultérieurement l'assentiment du

(1) Les motifs du premier projet qui fut soumis au Landesausschuss dans sa 2^e session, mai 1876, contiennent formellement la mention que le pouvoir conféré par le § 8 de la loi du 25 juin 1873 « n'est pas modifié par le projet de loi ». Verhandlungen des Landesausschusses von Elsass Lothr. II^e Session (Strasbourg 1876), vol. I, n^o 2. Il en est de même des motifs du projet présenté au Reichstag. Drucksachen des Reichstags, 1^{re} session 1877, vol. I, n^o 5. Le député Hänel, qui a signé en tête de la proposition, qui est la base du texte définitif de la loi (Drucksachen, op. cit., n^o 60) a lui-même formellement fait cette remarque (Stenogr. Berichte des Reichstages, p. 280); il en est de même du sous-secrétaire d'État Herzog (ib., p. 281).

(2) Une proposition tendante à modifier cet état de choses (Drucksachen, op. cit., n^o 61) fut repoussée par le Reichstag, après que le sous-secrétaire d'État Herzog se fut prononcé contre la proposition. Stenogr. Berichte, p. 280, 281.

Landesausschuss, si le Reichstag refuse son approbation. Ces inconvénients auraient été évités, si on avait fait figurer, dans la loi du 4 juillet 1879, cette disposition, que le § 8 de la loi du 25 juin 1873 reste en vigueur, mais que, partout où il est question du Reichstag, c'est le Landesausschuss qui le remplace (1).

5° La loi du 7 juillet 1887 (Reichsgesetzbl., p. 377) a créé un *droit d'ordonnance* spécial. Il se rapporte au cas où une loi de l'Empire a été introduite en Alsace-Lorraine par la voie de la législation alsacienne-lorraine et modifiée ultérieurement par une loi de l'Empire. L'exemple le plus important, mais ce n'est pas le seul, c'est la loi sur les fonctionnaires de l'Empire (Cf. p. 625). Un autre exemple, c'est l'introduction de la loi de l'Empire sur la presse avec quelques modifications, comme loi du pays, par la loi du 8 août 1898 § 1 (Bulletin des lois, p. 73). Les modifications introduites par la voie de la législation de l'Empire, et par conséquent déjà approuvées par le Reichstag, peuvent être rendues valables en Alsace-Lorraine par une ordonnance impériale avec l'assentiment du Bundesrath, et en même temps cette ordonnance peut fixer la date à partir de laquelle elles entrent en vigueur. Cette ordonnance rétablit simplement la conformité de la situation juridique de l'Alsace-Lorraine avec celle du reste du territoire de l'Empire; cette harmonie avait été créée par l'introduction de la loi de l'Empire sous forme de loi alsacienne-lorraine, mais elle avait été troublée par le changement apporté à la loi de l'Empire (2). Par son objet, ce droit d'ordonnance est étroitement limité,

(1) Si le Landesausschuss refusait l'approbation, il resterait toujours la voie ordinaire de la législation de l'Empire.

(2) Sous-secrétaire d'État, v. *Puttkamer*, à la séance de Reichstag du 3 juin 1887.

mais, par contre, il est soustrait aux règles imposées par le § 8 de la loi du 25 juin 1873. Les ordonnances peuvent, en particulier, être rendues, même quand le Reichstag (ou le Landesausschuss) est réuni et elles ne doivent pas être soumises ultérieurement au Reichstag ; leur validité ne dépend pas d'un acte résolutoire.

6° Il résulte donc des raisons ci-dessus développées, que les formes de législation sont en Alsace les suivantes :

a) Lois de l'Empire au sens formel. Elles émanent de l'Empereur avec l'assentiment du Bundesrath et du Reichstag ; elles paraissent au Bulletin de l'Empire, revêtues du contreseing du Chancelier.

b) Lois particulières au sens formel. Elles émanent de l'Empereur avec l'assentiment du Bundesrath et du Landesausschuss ; elles sont contresignées par le gouverneur et publiées au Bulletin de l'Alsace-Lorraine.

c) Ordonnances rendues en vertu du § 8 de la loi du 25 juin 1873. Elles émanent de l'Empereur avec l'assentiment du Bundesrath et doivent être présentées ultérieurement à l'approbation du Reichstag. Elles sont revêtues du contreseing du gouverneur et publiées au Bulletin de l'Alsace-Lorraine.

d) Ordonnances rendues en vertu de la loi du 7 juillet 1887. Elles émanent de l'Empereur avec l'assentiment du Bundesrath ; elles sont contresignées par le gouverneur et publiées dans le Bulletin de l'Alsace-Lorraine.

e) Ordonnances relatives à l'exécution de lois alsaciennes-lorraines. Aux termes du 1^{er} al. du § 3 de la loi de l'Empire du 9 juin 1871, elles émanent de l'Empereur sans assentiment du Bundesrath, sont contresignées par le gouverneur et publiées dans le Bulletin de l'Alsace Lorraine.

f) Ordonnances relatives à l'exécution de lois de

l'Empire, qui doivent être publiées en vertu de la délégation contenue dans les lois de l'Empire (1).

(1) La loi alsacienne-lorraine du 13 juin 1898, § 2 (Bulletin des lois, p. 55) contient une délégation au profit de l'Empereur avec cette mesure, que les ordonnances publiées par l'Empereur ne peuvent être abrogées que par une loi formelle.

APPENDICE

§ 70. — *Situation juridique des colonies allemandes (1).*

(1) LÉGISLATION. La loi fondamentale qui règle la situation juridique des colonies est la loi de l'Empire du 17 avril 1886 (Reichsgesetzbl., p. 75 seq.). Le projet avec l'exposé des motifs est imprimé dans les Drucksachen des Reichstags 1885-86, n° 81 ; le rapport de la commission, ib. n° 201. — Cette loi a été complétée et modifiée par les lois du 7 juillet 1887 (Reichsgesetzbl., p. 307) et du 15 mars 1888 (ib., p. 71). Le projet de cette dernière loi, avec l'exposé des motifs se trouve dans les Drucksachen des Reichstages 1887-88, n° 72, le rapport de la commission, ib., n° 146. En vertu d'une autorisation contenue dans cette loi, le Chancelier procéda à une nouvelle rédaction de la loi du 17 avril 1886, qui a paru dans le Bulletin de l'Empire à la date du 19 mars 1888 (p. 75). — La loi sur les protectorats a été de nouveau modifiée par la loi du 25 juillet 1900 (Bullet. des lois, p. 809) et une nouvelle rédaction a été préparée par le Chancelier et publiée le 10 sept. 1900 dans le Bullet. des lois, p. 813 sq. Les ordonnances administratives, mutations du personnel, etc., sont publiées dans le Bulletin des colonies allemandes (Deutsches Coloniablatt), journal officiel pour les colonies allemandes, publié depuis 1890 au Ministère des affaires étrangères. — *Bibliographie* : Les actes officiels sont imprimés dans le *Livre Blanc*, qui a été soumis au Reichstag allemand depuis 1885, jusqu'à présent 18 parties ; puis dans le *Mémoire* (Denkschrift) relatif aux colonies allemandes, déposé par le Chancelier au Reichstag le 2 déc. 1885 ; puis dans l'ouvrage : *Die Deutsche Colonialpolitik. Actenstücke*, 5 vol. 1885. On trouvera des matériaux abondants, mais mal disposés, que l'on ne doit utiliser qu'avec beaucoup de prudence, dans la *Deutsche Colonialzeitung*, depuis 1884 un vol. par an. Le meilleur recueil et le plus complet est celui de *Riebow*, *Die deutsche Colonialgesetzgebung*, Berlin 1893. Cet ouvrage est continué par *Zimmermann*, vol. II-IV, Berlin 1898-1900. Dissertations

I. — *Constitution territoriale et acquisition (1).*

Les colonies de l'Empire allemand se composent des pays suivants :

1° *Sud-Ouest de l'Afrique (Angra-Pequena)* du cap Frio au fleuve Orange à l'exception de la baie de Walwisch et du territoire qui l'entoure, qui sont soumis à la souveraineté de la Grande-Bretagne. Le point de départ de l'occupation de ce territoire, ce sont les traités de la maison (*firma*) F. A. E. Lüderitz avec le capitaine Jos. Fredericks, souverain indépendant de Béthanie dans le Grand-Namaqualand, en date des 1^{er} mai et 25 août 1883 ; par ces traités, Lüderitz acquérait la propriété de toute la côte depuis le fleuve Orange jusqu'au 26^e degré de latitude Sud sur une étendue de vingt milles géographiques à l'intérieur des terres (2). Ces traités furent suivis d'un grand nombre d'autres avec les chefs du Grand-Namaqualand et du

théoriques de v. Stengel, *Die staats- u. Völkerrechtliche Stellung der deutschen Colonien*, Berlin 1886. Du même, *Deutsches Colonialstaatsrecht*, Hirth's Annalen 1887, p. 309 seq. ; même sujet revu, ib. 1889, p. 1 seq., et 1895, p. 493 seq. Bornhak, *Archiv für öffentl. Recht*, vol. II, p. 1 seq. ; Lentner, *Das internationale Colonialrecht im 19. Jahrhundert*, Vienne 1886 ; Pann, *Das Recht der deutschen Schutzherrschaft*, Vienne 1887 ; Joël, Hirth's Annalen 1887, p. 191 seq. ; de Jonge, *Krit. Vierteljahrsschrift*, vol. XXIX (1887), p. 278 seq. ; Rehm, ib., vol. XXX (1888), p. 133 seq. ; v. König, *Handbuch des deutschen Consularwesens*, 4^e éd., Berlin 1888, p. 454 seq. ; Geffken Schönberg's *Handbuch des polit. Oekon.* (2^e éd.), vol. II, p. 977 seq. ; G. Meyer, *Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete*, Leipzig 1888 ; Adam, *Archiv f. öffentl. Recht*, vol. VI, p. 193 seq. ; Hänel, *Staatsr.* I, p. 836 seq. ; Zorn (2^e éd.) I, § 22. Cf. Heimburger, *Der Erwerb der Gebietshoheit*, Karlsruhe 1888 ; Salomon, *L'occupation des territoires sans maître*, Paris 1889 ; Heilborn, *Das völkerrechtl. Protektorat*, Berlin 1891 ; Gaston Jèze, *Étude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, Paris, 1896.

(1) Indications détaillées dans v. Stengel, 1895, p. 542 seq. ; G. Meyer, p. 5 seq. ; Geffken, op. cit.

(2) Livre Blanc I, p. 81.

Herero-(Damara) land, par lesquels la maison Lüderitz acquérait soit des terres, soit le droit exclusif d'installer et d'exploiter des mines, chemins de fer, télégraphes, routes et autres ouvrages publics (1). Tous les droits et propriétés de la maison Lüderitz ont passé par vente à la Société Coloniale allemande pour le Sud-Ouest de l'Afrique. (*Deutsche Colonialgesellschaft für Südwestafrika*. Cette Société a pour but, d'après le § 1 de ses statuts, des entreprises privées et spécialement l'acquisition et l'exploitation de domaines fonciers et de mines; mais elle est aussi autorisée à exercer des droits politiques « dans la mesure où elle en est investie pour ses possessions ». Le cas ne s'est pas produit; par conséquent, la Société n'a pas reçu de lettres de protection et elle n'a qu'une faible importance au point de vue du Droit public (2).

La protection de l'Empire repose, au contraire, sur des actes internationaux qui, tout en se trouvant en étroite connexion avec les acquisitions de la maison Lüderitz, relevant du Droit privé, s'en distinguent juridiquement. A ce point de vue, le territoire protégé se divise en deux parties.

L'Empire, sur la proposition de M. Lüderitz, a pris sous sa protection, par une déclaration du Chancelier du 24 avril 1884, la côte qui était au pouvoir de la Société allemande (3). Le 7 août 1884, les vaisseaux allemands « Elisabeth » et « Wolf » prirent possession de la côte depuis le cap Frio jusqu'au fleuve Orange avec les îles qui en font partie (à l'exception de la baie de Walwisch) et la prise de possession fut affirmée par les actes suivants: on déploya le pavillon et l'on dressa des poteaux indiquant la frontière (4).

(1) Les traités sont énumérés dans le Mémoire (*Denkschrift*), p. 7; *Deutsche Colonialzeitung* II, p. 136 seq.; v. *Stengel*, 1887, p. 808 seq.

(2) V. *Joël*, p. 198.

(3) Livre Blanc I, p. 89; *Deutsche Colonialpolitik* I, p. 77.

(4) Livre Blanc I, p. 108, 117, 123.

Puis *des traités de protection et d'amitié* furent conclus entre l'Empire Allemand et le capitaine Jos. Fredericks le 28 octobre 1884, avec le chef des Topnaars Piet Haibib le 19 août — 23 novembre 1884, avec les chefs Jan Jonker Afrikander, Hermann v. Wyk, Manasse Naresib, Jak. Isaak v. Berseba, Cornelius Zwaartboi, Jan' Ui Xamab, et avec les chefs du Herero et du Omarourou en 1884 et 1885 ; en vertu de ces traités, Sa Majesté l'Empereur Allemand a pris possession de ces territoires (1). Ces traités ont un contenu semblable et un texte en grande partie identique. Ils établissent ce qui suit (2) :

a) Les *chefs* placent leurs terres et leurs sujets sous la protection allemande, que l'Empereur accepte. Ils s'engagent à ne céder aucune partie de leurs territoires ou de leurs sujets à une autre nation sans l'assentiment de l'Empereur, et à ne conclure aucun traité avec d'autres puissances sans son assentiment ; ils promettent de protéger la vie et la propriété de tous les nationaux et protégés allemands ; ils leur accordent le droit de résider, d'acquérir des domaines, de s'établir ; ils promettent de maintenir la paix publique et ils reconnaissent la compétence de l'Empereur dans toutes les affaires civiles et criminelles entre blancs.

b) L'Empereur reconnaît aux chefs le droit de percevoir les impôts qui leur sont attribués par les lois et les coutumes de leurs pays, de continuer à faire payer aux sujets de l'Empire les impôts et les taxes habituels jusqu'ici, et d'exercer la justice sur leurs sujets. La forme dans laquelle les litiges entre blancs

(1) Les Boers domiciliés à Grootfontain ont été mis aussi, sur leur proposition, sous la protection de l'Empire allemand en janvier 1887. *Deutsche Colonialzeitung* 1887, p. 70.

(2) On trouvera plus de détails dans v. *Stengel*, *Annalen* 1887, p. 809, cf. aussi *Meyer*, p. 8.

et indigènes seront jugés et les coupables punis, sera réglée par une convention ultérieure ; jusque-là, il est convenu, pour le plus important de ces territoires, celui du capitaine Fredericks, que ces litiges seront tranchés par un représentant de l'Empereur, de concert avec un membre du Conseil de Béthanie. Récemment, le 21 août 1890, il a été conclu avec « William Christian, capitaine indépendant de la race namaqua des Bondelswarts, etc. », un traité de protection dont le contenu est identique et dont l'art. IV dispose : « Je suis d'accord sur ce point, que dans les affaires civiles et criminelles entre blancs ou entre blancs et indigènes, la justice sera rendue par l'autorité que Sa Majesté l'Empereur Allemand a nommée à cet effet. *Par contre, je me réserve l'exercice de la justice dans tous les autres cas. J'attends des blancs qu'ils respectent les lois, coutumes et usages de mon pays, qu'ils acquittent les taxes qui ont été en usage jusqu'ici ou qui pourraient être établies à mon profit par une convention entre le gouvernement allemand et moi (1).* »

Les difficultés soulevées au début par l'Angleterre et la colonie du Cap furent aplanies par la voie diplomatique (2) et la prise de possession a été notifiée aux Puissances conformément au principe établi dans l'acte de Berlin du 26 février 1885, art. XXXIV (3). Il fut convenu avec le gouvernement anglais que la limite commune des sphères d'intérêt serait marquée par le 20° degré de longitude Est de Greenwich et le gouvernement anglais s'est engagé à ne pas étendre son influence vers l'Ouest au delà de cette ligne et à ne pas contrarier le développement du protectorat

(1) Deutsches Colonialblatt, 1891, p. 78.

(2) Les notes échangées se trouvent au complet dans le Livre Blanc I.

(3) Livre Blanc I, n° 14, p. 66.

allemand jusqu'à ce degré de longitude (1). La frontière des possessions allemandes et portugaises dans le Sud Ouest de l'Afrique a été fixée par le traité du 30 décembre 1886 avec le Portugal (2).

2° *L'Ouest de l'Afrique*. — Cette colonie se compose de deux pays séparés, le Cameroun, et le Togo. Les bases juridiques du protectorat allemand sont identiques à celles d'Angra-Pequena. Quelques maisons de Hambourg et de Brême, ayant dans ces pays des comptoirs et des propriétés foncières, présentèrent des vœux au Ministère des affaires étrangères en vue d'obtenir de l'Empire la protection et la défense de leurs intérêts (3). Après que les difficultés soulevées par l'Angleterre furent aplanies, le pavillon allemand fut hissé sur différents points de la baie de Biafra en juillet 1884 par le Consul général impérial Nachtigal, sur l'ordre du Chancelier de l'Empire (4). Ce fonctionnaire conclut ensuite des traités de protection avec le roi du Togo et ses chefs (5), ainsi qu'avec les chefs du Cameroun (6). Ces traités contiennent des dispositions semblables à celles qui ont été prises entre l'Allemagne et les chefs de l'Afrique australe (7). L'Empereur accepte la protection des chefs et de leurs territoires, en réservant tous les droits légaux des tiers (§ 1); les chefs promettent de ne céder aucune parcelle de leurs terres avec le droit de souveraineté à une puissance ou une personne étrangère quelconque, et de ne conclure aucun traité avec des puissances étrangères sans l'assentiment préalable

(1) Mémoire (Denkschrift), p. 9.

(2) Deutsche Colonialzeitung IV (1887), p. 505.

(3) Livre Blanc I, n° 1-5; Deutsche Colonialpolitik, p. 5 seq.

(4) Livre Blanc I, n° 7 seq.

(5) Livre Blanc I, n° 7; Deutsche Colonialpolitik I, p. 49.

(6) Livre Blanc I, n° 12; Deutsche Colonialpolitik I, p. 52 seq.; v. Stengel, 1887, p. 813 seq., 1895, p. 549.

(7) Livre Blanc I, n° 10, Annexe (p. 52); ib. n° 12 (p. 55).

de l'Empereur (§ 2). Les sujets et protégés allemands obtiennent droit de résidence, protection et liberté du commerce, les chefs continuent à percevoir les douanes et les taxes habituelles (§ 3-5). L'établissement du protectorat fut porté à la connaissance des puissances signataires de l'acte de Berlin en octobre 1884 (1).

Des conventions furent conclues entre l'Angleterre et l'Allemagne en 1885 par la voie d'échange de notes diplomatiques au sujet de la délimitation de leurs possessions riveraines du golfe de Guinée et de la liberté réciproque du commerce et des transactions (2). De même, le protocole du 24 décembre 1885, entre la France et l'Allemagne, fixa les frontières de leurs possessions le long de la Biafra et de la côte des Esclaves (3). Ces conventions ont été complétées et modifiées par l'entente du 15 novembre 1893 (4) et le traité concernant Samoa du 14 novembre 1899, art. V, avec l'Angleterre et par l'accord avec la France du 15 mars 1894 (5).

3° *Est de l'Afrique.* — En novembre et décembre 1884, le Dr Ch. Peters conclut, au nom de la Société pour la colonisation allemande, de Berlin (Gesellschaft für Deutsche Colonisation), des traités avec des souverains indépendants à l'intérieur du pays situé en face de Zanzibar; par ces traités, les pays d'Ousougouhou, Ngourou, Ousagara et Oukami devinrent la propriété de la Société *avec tous les droits souve-*

(1) Deutsche Colonialpolitik I, p. 65.

(2) Les documents sont imprimés dans la Deutsche Colonialpolitik IV, p. 65 seq.

(3) Le protocole et les notes qui s'y rapportent s'y trouvent aussi V, p. 51. L'Allemagne a renoncé dans ce protocole au protectorat sur la côte de Sénégambie (Kohā et Kabitai) et reconnu la souveraineté de la France sur ces territoires.

(4) Imprimée dans le Deutscher Reichsanzeiger du 21 nov. 1893.

(5) Publié dans le Deutsches Colonialblatt 1894, p. 159 seq.

rains. Les chefs indigènes ne conservèrent que certains droits pécuniaires. La Société sollicita la protection de l'Empire, qui lui fut accordée par la lettre impériale de protection du 27 février 1885. Il y est dit :

« Nous accordons à la Société susnommée, à la condition qu'elle restera une société *allemande* et que les membres de la direction ou les autres personnes préposées à la direction seront sujets de l'Empire allemand, et à ses successeurs légaux à la même condition, le pouvoir d'exercer tous les droits résultant des traités qui nous ont été soumis, y compris le droit de justice sur les indigènes et les sujets de l'Empire et d'autres nations qui s'établissent sur ces territoires ou y séjournent dans un but commercial ou autre, *sous la surveillance de Notre gouvernement* et sous réserve de dispositions et d'additions ultérieures à la présente lettre de protection. »

La Société pour la colonisation s'est organisée ensuite en société en commandite avec son siège à Berlin et sous la raison sociale : « Société allemande de l'Est de l'Afrique Charles Peters et Compagnie » (*Deutschostafrikanische Gesellschaft Karl Peters und Genossen*) ; mais plus tard, la Société s'est transformée en Société avec droits corporatifs, sous la surveillance du Chancelier (1).

Par application du principe fixé dans l'acte relatif au Congo, l'établissement du protectorat fut communiqué aux Puissances signataires et au Sultan de Zanzibar.

Le Sultan de Zanzibar reconnut, après qu'une escadre allemande se fut montrée devant Zanzibar, le protectorat allemand, le 13 août 1885 et concéda à la Société allemande de l'Est de l'Afrique le droit de faire usage des ports de Dar-es-Salam et de Pangani, soumis à sa souveraineté.

(1) *Deutsche Colonialzeitung* 1887, p. 136 seq., 165, 250.

Plus tard, la Société a étendu ses possessions par un traité avec le Sultan Mandara de Dschagga, qui lui a cédé son pays *avec tous ses droits souverains*. Par d'autres traités encore, les acquisitions de territoires de la Société se sont étendues jusqu'au Tana. Les frontières du protectorat ont été fixées par le traité entre l'Angleterre et l'Allemagne du 29 octobre — 1^{er} novembre 1886 relatif à la délimitation des sphères d'intérêt de chacune des Puissances dans l'Est de l'Afrique (1) et par la convention entre le Portugal et l'Allemagne du 30 décembre 1886 (2).

La côte comprise entre les fleuves Oumba et Rovouma, ainsi que l'île Mafia, placés sous la souveraineté du Sultan de Zanzibar, ne faisait pas partie du domaine de la Société, mais elle lui fut affermée avec tous les droits souverains par le Sultan en vertu des traités du 28 avril 1888 et du 13 janvier 1890.

Par le traité du 20 novembre 1890, § 4, la Société a cédé à l'Empire allemand, en échange de certains avantages financiers, *tous ses droits* sur cette partie de côtes, l'île Mafia et les territoires mentionnés dans la lettre de protection de 1885. Le Sultan de Zanzibar a également cédé à l'Allemagne ses droits de souveraineté sur les côtes et l'île Mafia à partir du 1^{er} janvier 1891 par un accord dû à l'intervention de l'Angleterre du 27-28 octobre 1890 ; l'Allemagne paya, en échange, 4 millions de mares au Sultan et renonça au protectorat sur Witou en faveur de l'Angleterre (3).

La Société allemande a acquis encore des territoires dans les limites de la sphère d'intérêts de

(1) Imprimé dans le Deutscher Reichsanzeiger du 30 déc. 1886 et dans la Deutsche Colonialzeitung 1887, p. 38 seq. Il y a là aussi p. 75 seq., un état des comptoirs, territoires acquis, stations et factoreries de la Société.

(2) Deutsche Colonialzeitung 1887, p. 505.

(3) Drucksachen des Reichstags 1890, vol. III, n^o 166.

l'Allemagne ; elle n'a pas encore reçu à ce sujet de lettre de protection et le traité du 20 novembre 1890 ne s'étend pas à eux ; pour le moment ils ne sont pas encore sous le protectorat de l'Empire.

4° *La Terre de l'Empereur Guillaume et l'Archipel Bismarck.* — Des maisons allemandes qui avaient installé dans différentes îles de l'Océan Pacifique des plantations et des comptoirs, sollicitèrent en 1883 et en 1884 la protection de l'Empire pour leurs intérêts (1). En conséquence, le consul général de l'Empire à Sidney fut chargé, par un télégramme du Chancelier, en date du 19 août 1884 (2), d'informer le commissaire impérial de la Nouvelle-Bretagne, que l'Allemagne avait l'intention d'arborer le pavillon allemand dans l'archipel de la Nouvelle-Bretagne et dans la partie de la côte Nord de la Nouvelle-Guinée située en dehors de la sphère d'intérêt des Pays-Bas et de l'Angleterre, partout où il y avait déjà des comptoirs allemands ou partout où ils étaient en voie d'installation. Les difficultés soulevées par l'Angleterre et le gouvernement australien furent résolues par la voie diplomatique : le protectorat britannique fut limité à la côte Sud de la Nouvelle-Guinée, y compris les îles adjacentes (3). Les rapports télégraphiques du commandant du vaisseau de guerre allemand « Elisabeth » et du commissaire impérial en Nouvelle-Bretagne en date du 17 décembre 1884 annoncèrent que le pavillon allemand avait été arboré sur plusieurs points de la côte Nord de la Nouvelle-Guinée et sur les îles de

(1) Cf. les rapports du consul général à Sidney. Livre Blanc II, p. 95 seq. ; Deutsche Colonialpolitik I, p. 105 seq.

(2) Deutsche Colonialpolitik II, p. 105 ; Livre Blanc II, p. 148.

(3) Note anglaise du 9 oct. 1884 ; Livre Blanc II, n° 31, p. 153 ; Rapport du 18 nov. 1884 ; ib. n° 35, p. 156.

l'archipel de la Nouvelle-Bretagne (1). L'établissement du protectorat allemand fut notifié aux Etats signataires de l'acte du Congo (2).

Il y a, entre ces territoires et les protectorats de l'Afrique, une différence considérable. Dans ces derniers, il existe un pouvoir politique *indigène*; on a pu conclure des traités de protection et d'acquisition de territoires dans des domaines réunis les uns aux autres, avec des chefs (rois, sultans); on a pu établir une ligne de démarcation entre les droits souverains appartenant à ces chefs et ceux que l'Empire exercerait dans la suite. Au contraire, dans les territoires du Pacifique, la population est sauvage, sans organisation politique, incapable d'entrer en relations juridiques avec des peuples civilisés (3). Ces territoires et ces peuples étaient sans maîtres au sens du droit international (4); le titre juridique du protectorat de l'Allemagne est l'*occupation* au sens international, sans que des traités aient pu être conclus avec des chefs indigènes, puisqu'il n'y en avait pas qui fussent capables de les conclure.

Il s'est constitué sous le nom de « Compagnie de la Nouvelle-Guinée » une société qui a eu pour but d'exercer les droits de l'Empire allemand. Elle a son siège social à Berlin et elle est constituée conformément aux dispositions du droit général prussien; outre son but commercial et l'exploitation de ses plantations, elle a pour mission « d'établir et de maintenir à ses frais dans la colonie les *institutions politi-*

(1) Livre Blanc II, n° 36, p. 158; Deutsche Colonialpolitik, II, p. 123.

(2) Décret du Chancelier du 23 déc. 1884; Livre Blanc II, n° 37; Deutsche Colonialpolitik II, p. 112.

(3) Cf. Deutsche Colonialpolitik II, p. 81, 86 seq.

(4) Cf. Promemoria des deutschen Ausw. Amtes du 1^{er} août 1884; Deutsche Colonialpolitik II, p. 101.

ques qui peuvent d'une part *favoriser* le commerce et l'exploitation du sol, et d'autre part établir et fortifier les bonnes relations avec les indigènes et activer leur civilisation ; elle sera investie, sous la haute surveillance de l'Empire, des pouvoirs *souverains* nécessaires pour atteindre ce but ». Cette société a sollicité la protection de l'Empire et obtenu, à la date du 17 mai 1885, la lettre de protection impériale, à la condition que les membres de son conseil d'administration ou autres personnes chargées de la direction seront sujets de l'Empire allemand.

Le domaine soumis à l'action de la Société comprend la partie du continent de la Nouvelle-Guinée qui n'est pas sous la souveraineté anglaise ou hollandaise (terre de l'Empereur Guillaume) (1), les îles situées devant la côte de cette partie de la Nouvelle-Guinée ainsi que les îles de l'Archipel qui portait jusque-là la dénomination de Nouvelle-Bretagne et s'appelle maintenant Archipel Bismarck ; enfin, les îles Salomon (2).

La cession à la compagnie de la Nouvelle-Guinée des droits d'administration sur ce pays était motivée par des considérations de politique extérieure. Ces considérations ayant perdu leur importance et l'expérience ayant prouvé que l'administration de la compagnie entraînait des inconvénients aussi préjudiciables à celle-ci qu'à l'Empire, il intervint, entre la dite Société et le gouvernement impérial, une con-

(1) La limite des protectorats anglais et allemand est fixée, aux termes d'un traité, par des notes des 25 avril et 29 avril 1885 ; Deutsche Colonialpolitik V, p. 59 ; v. Stengel, 1895, p. 567 seq.

(2) Elles ont été mises sous la protection de l'Empire en 1886 par un vaisseau de guerre et assignées à la Compagnie de la Nouvelle-Guinée par lettre impériale de protection du 13 déc. 1886. Cette lettre est reproduite dans la Deutsche Colonialzeitung 1887, p. 3.

vention portant la date du 7 octobre 1898 et qui reçut l'approbation du Bundesrath et du Reichstag (1).

Par cette convention, la compagnie renonce aux droits souverains, administratifs et régaliens qui lui avaient été octroyés moyennant une indemnité de 4 millions de marcs et un domaine de 50.000 hectares. En exécution de cette convention et d'un décret impérial en date du 27 mars 1899 (2), le gouvernement impérial a été saisi des droits souverains sur la partie de la Nouvelle-Guinée soumise au protectorat allemand, et ce à partir du 1^{er} avril 1899. Les lettres de protectorat du 17 mai 1885 et 12 décembre 1886, ainsi que le décret sur la juridiction dans la Nouvelle-Guinée en date du 15 octobre 1897 ont été abrogés.

5° *Les îles Marshall, Brown et les îles de la Providence.* — Dès le 29 novembre 1878, les chefs de Jalouit cédèrent leur port à l'Allemagne comme station de charbon, avec cette condition qu'aucune autre nation ne devait être investie de droits égaux ou semblables. Des maisons allemandes avaient installé dans ces îles des comptoirs et des factoreries et acquis des terres. En octobre 1885, le drapeau allemand fut arboré par le commandant du vaisseau le « Nautilus » sur toutes les places importantes de l'archipel, après que des traités eurent été conclus avec les chefs importants (3). Les îles ont une population extrêmement faible, et sont en partie inhabitées ; les indigènes sont complètement sauvages et ont perdu toute trace d'une certaine civilisation qu'ils semblent avoir pos-

(1) Cette Convention a été insérée dans le projet de budget concernant les pays soumis au protectorat pour 1899. Pièce annexée page 69.

(2) Colonialblatt 1899, page 227, Zimmermann, IV, page 50. Adde décret d'exécution du 1^{er} avril 1899. Colonialblatt p. 228 ; Zimmermann, page 91.

(3) Deutsche Colonialzeitung, vol. II, p. 759.

sédée autrefois (1). L'exercice du protectorat, en particulier de la justice, est confié à un commissaire impérial qui a sa résidence officielle à Jalouit (2).

6° *Kiao-Tchéou*. — Par un traité international en date du 6 mars 1898 (3), l'Empereur de Chine s'est engagé à céder à bail à l'Allemagne et ce, pour une durée provisoire de 99 ans, les deux rives de l'entrée de la baie de *Kiao-Tchéou*, (art. II). Par le même traité, le gouvernement chinois renonçait à exercer, pendant la durée du bail, ses droits souverains sur le territoire affermé et cédait à l'Empire allemand l'exercice de ses droits. Les limites du territoire cédé sont indiquées dans l'art. III du traité. L'Allemagne est autorisée à protéger, au moment opportun, par des travaux de fortifications, l'entrée du port et les constructions qu'elle pourrait élever sur le territoire loué. Si l'Allemagne devait plus tard exprimer le désir de rendre à la Chine, avant l'expiration du bail, la baie de *Kiao-Tchéou*, la Chine serait tenue d'indemniser l'Allemagne des dépenses faites et de lui procurer un emplacement plus avantageux (Art. V, alinéa 1). La population chinoise habitant le territoire affermé jouira de la protection allemande, pourvu qu'elle se conforme aux lois et à l'ordre établi (Art. V, alinéas 3 et 4). Les troupes allemandes ont un droit de libre parcours à tout moment dans un rayon de 50 kilomètres autour de la baie. Toutefois, l'Empereur de Chine s'est réservé tous ses droits souverains sur cette zone et notamment celui d'y faire stationner ses troupes et d'y prendre des mesures militaires *de concert avec le gouvernement*

(1) V. le rapport annuel du commissaire impérial dans le *Deutsches Colonialblatt* 1893, p. 383.

(2) *Centralblatt des Deutschen Reiches* 1886, p. 401.

(3) Reproduit dans le *Reichsanzeiger* du 29 avril 1898 et dans le *Bulletin des décrets concernant la marine* pour 1898, page 147.

allemand, enfin d'y régler la perception des droits de douane. Par le même traité, la Chine s'engage à ne prendre dans cette zone aucune mesure, à n'y rendre aucune ordonnance sans l'assentiment préalable du gouvernement allemand et à ne pas s'opposer à la régularisation des cours d'eau. (Art. I et V, alinéa 5).

En vertu de ce traité, le pays y désigné (Art. III) est devenu une possession allemande ; il a été soumis au protectorat allemand par l'effet d'une décision en date du 27 avril 1898 ; les relations juridiques à *Kiao-Tchéou* sont réglées par un décret du même jour (1).

Il résulte de là que n'est soumis au protectorat allemand que le territoire renfermé dans les limites fixées par l'art. III du traité ; la zone environnante d'un rayon de 50 kilomètres appartient à l'empire chinois et reste placée sous la souveraineté de l'empereur de Chine, tant au point de vue du Droit international (Droit des gens), qu'au point de vue du Droit public.

Cette zone est cependant différente de ce que l'on appelle une zone d'intérêts (voir plus bas) ; l'Allemagne a, sur cette zone, certains droits importants que l'on désigne généralement dans la terminologie actuelle sous le nom de *Staatsservituten*, servitudes d'Etat ou internationales.

7° Par traité en date du 12 février (20 juin 1899) (2), les groupes des îles *Carolines*, *Palaos* et *Marianne*,

(1) Bulletin des lois de l'Empire 1898, pages 172, 174. Le Chancelier a rendu, le 27 avril 1898, un arrêté ayant pour objet d'assurer l'exécution de ce décret. Cet arrêté a été inséré dans le *Centralblatt* de 1898, pages 285 et suivantes et dans le *Marine Verordnungsblatt*, pages 151 et suivantes.

(2) Reproduit dans les imprimés du Reichstag 1898-99, n° 394, page 10 et dans *Zimmermann IV*, page 76.

Gouam exceptée, ont été cédés par l'Espagne à l'Empire Allemand moyennant une indemnité de 25 millions de pesetas et ont été soumis au protectorat de l'Empire par une ordonnance en date du 18 juillet 1899 (1).

L'Empire possède ces îles en pleine souveraineté et comme ayant droit de l'Espagne. Un décret impérial en date du 18 juillet 1899 a réuni jusqu'à nouvel ordre ces groupes d'îles au Protectorat de la Nouvelle Guinée (2).

8° *Groupe des îles Samoa.* Les procès-verbaux de la conférence tenue à Berlin le 14 juin 1889 (3) renferment, au sujet des îles Samoa, une convention entre l'Empire Allemand, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique, en vertu de laquelle ces puissances fondent, dans ces îles Samoa, un Protectorat commun analogue à un *Condominium*.

Ce *Condominium* entraîna des inconvénients qui ne purent être écartés que par un partage de ce groupe d'îles. Ce partage se fit au moyen de deux Conventions, le traité anglo-allemand du 14 novembre 1899 et le traité conclu le 2 décembre 1899 entre les trois puissances (4). En vertu de ces traités, l'Angleterre obtint les îles Tonga, l'Amérique les îles situées à l'est du 17° degré longitude de Greenwich, et l'Allemagne la possession exclusive des îles situées à l'ouest du même degré. A la suite de ces traités, une ordonnance du 19 février 1900 mit ces dernières îles sous le protectorat allemand et un décret

(1) Bulletin des lois de l'Empire, 1899, page 54. Le décret impérial réglant les relations juridiques dans ces archipels est du 18 juillet 1899 ; voir *ibidem*, page 542.

(2) Voir *Colonialblatt*, 1900 et *Zimmermann*, IV, p. 80.

(3) Reproduits dans les imprimés du Reichstag, 1900, n° 64, page 6 et suiv.

(4) Ces traités sont reproduits dans les imprimés du Reichstag 1899-1900, n° 572, dans le *Colonialblatt* 1899, page 803 et 1900, page 4, dans *Zimmermann* IV, p. 129, 147.

du même jour en régla les conditions juridiques (1).

II. — Il faut distinguer des protectorats les *sphères d'intérêt*. Elles reposent sur des traités internationaux et ont une signification exclusivement internationale. Ces traités fixent certaines limites que les États contractants promettent d'observer dans l'établissement de leurs protectorats. Tandis que les protectorats ne s'étendent que jusque-là où il existe une souveraineté *effective* de l'État protecteur, les sphères d'intérêt limitent les territoires qui seront l'objet d'occupations et de protectorats *ultérieurs*, tant que tout le territoire de la sphère d'intérêt n'a pas été soumis effectivement au protectorat. Par conséquent, ils créent entre les contractants un droit exclusif d'occupation, un droit au sens du Droit international, un *jus excludendi alium*. En même temps, ils contiennent la reconnaissance des occupations déjà effectuées. La puissance qui avait le plus d'intérêts en lutte avec les efforts de la politique coloniale allemande, celle dont on pouvait le plus redouter d'obstacles et de protestations, c'est l'Angleterre. Tant que les sphères d'intérêts de l'Allemagne et de l'Angleterre, dans tous les territoires mis en question, n'avaient pas été limitées, les protectorats allemands manquaient de la sécurité indispensable à leur développement et la politique coloniale allemande courait continuellement risque de provoquer des conflits. Pour ces motifs, il faut voir, dans l'accord anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890, le progrès le plus important et la réalisation de la condition indispensable du libre développement des aspirations coloniales de l'Allemagne ; par ce traité, les sphères d'intérêts réciproques ont été définitivement limitées en Afrique (2). Un accord sem-

(1) Bulletin des lois de l'Empire 1900, pages 135, 136 et suiv.

(2) Le traité est imprimé dans les Drucksachen du Reichstag 1890,

blable avait été conclu, dès le 6 avril 1886, pour la Nouvelle Guinée et la mer du Sud (1). Bien qu'au point de vue du Droit public ces sphères d'intérêt ne soient pas soumises par conséquent au pouvoir de l'Empire (2), elles constituent néanmoins au point de vue international une réserve au droit de l'Empire d'y établir sa domination et elles sont destinées à se transformer progressivement en protectorats réels. En conséquence, le Chancelier est autorisé à prendre, au sujet des territoires dont la transformation en protectorat semble opportune, les mesures nécessaires à l'organisation administrative et judiciaire, conformément aux dispositions en vigueur dans les protectorats (3).

III. — Les droits de l'Empire allemand sur les territoires énumérés ci-dessus sont désignés sous le nom de protectorat (Schutzgewalt) ; il s'agit de connaître leur nature juridique. Les points qui servent à la déterminer sont les suivants :

1° Avant tout, il est hors de doute que le protectorat est absolument différent de la « protection de l'Empire » mentionnée à l'art. III, 6^e al. de la Constitution, à laquelle « tous les allemands » ont également droit. Bien que, lors des premières négociations du Ministère des affaires étrangères avec le gouvernement anglais, il n'ait été question que de savoir si le gouvernement du Cap étendait « aux Allemands » la protection accordée aux Anglais, on a rapidement

n° 166, p. 1. Pour les conventions complémentaires ultérieures et les détails relatifs à la délimitation des frontières. V. dans le Reichsanzeiger du 28 juillet 1893 (Est de l'Afrique) et 21 nov. 1893 (Ouest de l'Afrique).

(1) Drucksachen du Reichstag 1885-86, n° 291.

(2) Conception fautive chez Zorn I, p. 568.

(3) Décret du 2 mai 1894, Reichsgesetzbl., p. 461.

abandonné ce point de vue, après que le gouvernement anglais eut déclaré (1) qu'il ne pouvait prendre aucune responsabilité au sujet des événements qui se passaient en dehors du *territoire* anglais. Dans la note du 6 octobre 1884, le Ministère des affaires étrangères déclara au gouvernement anglais « que le protectorat notifié dans le sud-ouest de l'Afrique ne s'étendait pas simplement à la *personne* des sujets allemands qui y étaient domiciliés ou y séjournaient, mais au territoire, qu'il avait par conséquent un caractère *territorial* (2) ».

Dans l'établissement de tous les protectorats, ce point a été exprimé sous une forme indubitable ; le protectorat a été établi sur les *chefs*, leurs *sujets* et leurs *territoires* ; les territoires protégés ont été occupés par l'Empire au moyen de l'acte symbolique, habituel dans le Droit des gens, qui consiste à arborer le pavillon, etc., et la prise de possession a été notifiée aux puissances (3).

2° Le protectorat peut avoir le caractère du Droit *international* ou du Droit *public*. Pour prévenir toute erreur, nous ferons observer qu'un protectorat du Droit public a naturellement des effets juridiques (c'est-à-dire de Droit international) vis-à-vis de tierces Puissances aussi ; toutefois, il ne s'agit pas, dans la question soulevée ici, des relations avec de tierces Puissances, mais des rapports juridiques entre l'Empire et les protectorats. Quelque variées que soient les formes que peut prendre le protectorat, quelles que

(1) Livre Blanc I, p. 71.

(2) Livre Blanc I, p. 123.

(3) Le caractère *territorial* du protectorat n'est pas discuté. V. *Stengel*, *Annalen* 1889, p. 49 ; *Bornhak*, p. 8 ; *Joël*, p. 201 ; Rapport de la commission, p. 992 ; *Heimbürger*, p. 86 ; *Meyer*, p. 88 seq. ; *Adam*, p. 285. Seul, *Pann* a considéré la question comme relevant du droit international, mais il est resté isolé et sa thèse a été maintes fois réfutée.

soient les divisions nombreuses que l'on puisse imaginer au sujet du protectorat suivant son importance politique, toutes ces situations se réduisent, conformément à leur nature juridique, en deux classes essentiellement, différentes. Ou bien il s'agit d'un rapport entre deux Etats indépendants l'un de l'autre *juridiquement* qui sont tenus l'un vis-à-vis de l'autre à certaines obligations, à certaines prestations, à certaines abstentions, liées l'une vis-à-vis de l'autre par un *vinculum juris* conforme au type du droit des obligations dont les effets et la vigueur sont déterminés par les principes du droit international (1); ou bien il s'agit d'un rapport de subordination juridique entre deux nations et de la faculté de l'une d'elles de commander et d'interdire certaines choses à l'autre, d'un pouvoir politique, en un mot d'un *vinculum juris* conforme au type de la *potestas* et du *mundium* (2).

(1) Ce protectorat se distingue d'une alliance en ce que la Puissance protectrice représente au dehors l'Etat pris sous sa protection, et, en conséquence, a la direction, est la « puissance supérieure » dans toutes les affaires qui font partie du protectorat, tandis que dans les cas d'alliances, les Etats intéressés se considèrent en principe comme ayant des droits égaux.

(2) Si l'on fait rentrer dans la définition du protectorat, comme *v. Stengel, Heilborn, Adam* et d'autres écrivains, l'idée qu'il est un rapport international entre deux Etats, on en arrive naturellement à conclure qu'un protectorat qui a le caractère du Droit public, est une *contradictio in adjecto*; car on ne tire d'une définition que ce qu'on y a mis. Mais littéralement, protectorat ne veut pas dire autre chose que *Schutzverhältniss*, rapport de protection, et l'on ne saurait contester que ce terme, ainsi que les appellations « *Schutzgebiet* (territoire protégé), *Schutzgewalt* (pouvoir protecteur), *Schutzherrschaft* (souveraineté protectrice), » etc., est employé dans la législation allemande, dans les actes officiels et dans les ouvrages spéciaux, pour désigner les rapports de l'Empire avec ses acquisitions extra-européennes. Dès lors, à quoi bon ergoter sur les mots? *Zorn* I, p. 579, note 27 déclare, lui aussi, la polémique à propos du mot protectorat « absolument vaine ».

Le fait que le rapport a été établi par *traité* ne suffit pas pour décider à laquelle des deux catégories il appartient ; car on peut établir aussi par traité des rapports de domination, comme le prouvent les traités du droit familial, les traités qui instituent la vassalité et la ministérialité, la naturalisation et les fonctions publiques et comme cela ressort en particulier de l'institution de l'Empire fédératif, aux termes d'un traité (V. plus haut t. I, p. 42 seq). Ce qui est important, c'est simplement la *manière* dont le rapport est établi. A ce propos, il est également hors de doute et personne ne le conteste, que le droit de l'Empire sur les protectorats n'ait le caractère d'un droit de souveraineté, par conséquent, d'un *pouvoir politique*. Dans tous les traités conclus avec les chefs africains, l'Empire (ou les sujets de l'Empire, dont les droits ont passé à l'Empire) a été investi de droits souverains, en partie tout à fait généraux, en partie limités à des objets spéciaux ; c'est, en particulier, l'exercice de la justice ; dans les trois lettres de protection qu'ont reçues les sociétés coloniales, celles-ci ont été investies de l'exercice de la « suzeraineté territoriale », « de pouvoirs de suzerain », « de la domination » sous « l'autorité supérieure » de l'Empire. Et, en fait, l'Empire exerce sur tous les protectorats une souveraineté politique sous la forme de la législation, de l'administration et de la justice et il étend cette souveraineté à la juridiction, à l'ordre public et à la protection du territoire contre d'autres Puissances

3° D'après cela, le protectorat étant un *pouvoir politique*, il s'agit maintenant de déterminer sa qualité juridique. A ce point de vue, la division établie plus haut en pouvoir souverain et pouvoir non souverain a une très grande importance *juridique*. Ce qui fait que le pouvoir politique a ou n'a pas la qua-

lité de souverain, ce n'est pas le nombre des fonctions politiques, l'exercice effectif des droits souverains, le contenu positif des pouvoirs officiels ; c'est simplement le fait d'être subordonné juridiquement à un pouvoir supérieur ou d'être lui-même le pouvoir suprême, souverain (V. plus haut t. I, p. 123 seq.). Un pouvoir politique qui n'est pas développé ou qui est troublé, peut aussi avoir la qualité de souverain. Comme l'Empire allemand est un organisme souverain, il résulte de ce fait même que son pouvoir dans les protectorats a la qualité de souverain, puisqu'un Etat ne saurait être à la fois souverain et soumis juridiquement à un pouvoir supérieur. Les traités et les lettres de protection attribuent en conséquence la souveraineté exclusivement à l'Empereur (Empire). Dans ces actes, les chefs sont subordonnés à l'Empereur, les sociétés coloniales sont soumises à la surveillance suprême du gouvernement impérial et tenues à observer les dispositions qui pourront être prises ultérieurement par suite de l'exercice de la souveraineté impériale dans le protectorat. Ainsi, au point de vue de son pouvoir protecteur, l'Empire n'est soumis à aucun pouvoir politique ; il est donc *souverain*. C'est un fait que nul ne conteste.

4° Quoique souverain, le pouvoir protecteur n'est pas un pouvoir politique exclusif, comprenant toutes les fonctions politiques.

Pour l'Empire, il s'agit principalement de protéger ses *propres* nationaux et les sujets des autres nations *civilisées*, de faire prospérer leur commerce et toutes les branches de leur industrie, d'entretenir leurs relations avec l'Allemagne, de leur assurer la possibilité de satisfaire, dans la mesure où les circonstances le permettent, les besoins sociaux nés de la civilisation, et en même temps d'écarter des protectorats toute domination de puissances étrangères,

d'étendre la puissance et l'influence politique de l'Empire. Par contre l'Empire, n'est pas dans la nécessité de veiller aux affaires politiques de la population indigène ; du reste, il lui manque pour cela les organes appropriés. En ce sens, le protectorat de l'Empire peut donc être *complété* par d'autres détenteurs de droits souverains qui sont subordonnés au pouvoir souverain de l'Empire. Le protectorat est désigné sous le nom de souveraineté suprême ce qui indique l'existence d'une « souveraineté » subordonnée. Mais sur ce point, il existe entre les protectorats allemands une grande différence.

a) Dans les protectorats de l'*Afrique orientale* (1), dans les *iles Marshall, Brown et de la Providence* (2), dans le protectorat de la *Nouvelle Guinée* et dans les îles ci-devant espagnoles de *Carolines, Palaos et Mariannes* (3) l'Empire est l'unique et exclusif détenteur de tous les droits souverains. Car la société de l'Est de l'Afrique et la société de la Nouvelle Guinée ont renoncé complètement à leurs droits politiques et les ont transférés à l'Empire ; par conséquent, le protectorat de l'Empire s'est consolidé et est devenu un pouvoir politique complet.

b) De même dans le protectorat de *Kiao-Tchou*, l'Empire est le détenteur de tous les droits politiques. Quoique ce territoire soit pris à bail et que l'Empereur de Chine en garde la souveraineté, son droit est seulement un *nudum jus* ; l'exercice de tous les

(1) Quant à la côte que le Sultan de Zanzibar a cédée à l'Empire allemand l'acquisition est dérivée et ne se distingue point d'une autre acquisition de territoire, résultant d'un traité international.

(2) L'acquisition est due à une occupation. Dans aucun des traités conclus avec les chefs indigènes, on n'a réservé ou reconnu des droits politiques quelconques en faveur des chefs. De même la « Société de Jalouit » n'a pas été investie des droits publics.

(3) L'acquisition résulte d'un traité international avec l'Espagne, qui a transféré tous ses droits souverains à l'Empire allemand.

droits publics, de la puissance politique entière, est cédé à l'Empire allemand; l'empereur de Chine a seulement le droit de dévolution à l'expiration du bail (1).

c) Dans le sud-ouest de l'Afrique, le Cameroun et le Togo la situation est, en fait et en droit, toute différente. La population indigène est nombreuse et n'est pas à l'état sauvage; elle est à moitié civilisée. Lors de l'établissement du protectorat allemand, on s'est trouvé en présence d'une organisation de la population soumise à des chefs ou des rois qui exerçaient le droit de prélever des impôts, de rendre la justice, de commander en cas de guerre, etc. (2). Ces peuples n'étaient pas non plus dépourvus de *l'idée du droit*; ils ont l'idée de la propriété et d'autres droits de possession, droit familial, droit d'héritage. Aussi, ils ne sont nullement incapables de s'obliger contractuellement. Lors de l'établissement du protectorat, des

(1) Il n'est pas nécessaire de démontrer que le droit de l'Empire allemand n'est pas un bail à ferme du droit civil privé. *Jellinek*, dans la *Deutsche Juristenzeitung*, 1898, p. 255 pense au bail du droit anglais.

(2) Bien des écrivains contestent qu'il y ait eu, chez ces peuplades, une organisation politique; mais il est faux de se placer ici au point de vue des idées modernes des peuples civilisés à l'égard des fonctions et des institutions de l'Etat. Les tribus germaniques du temps de Tacite, l'Empire franc qui exista après Charlemagne, l'Empire germanique du temps du *Faustrecht* (droit du plus fort), etc., ne répondent pas non plus à nos conceptions politiques; et malgré cela, personne jusqu'ici ne leur a dénié le caractère d'Etats. Peu importe, comme le soutient *v. Stengel*, *Annalen* 1889, p. 67, qu'il ne voie pas pour quelle raison on « attribue » aux Hottentots dans le protectorat du Sud-Ouest de l'Afrique et aux nègres du Cameroun une si haute culture, que l'on puisse admettre qu'ils possèdent un pouvoir politique indigène d'un caractère juridique (?); il suffit d'un seul fait: c'est que l'état de la civilisation ne soit pas chez ces peuples l'état sauvage, comme chez les insulaires du Pacifique, et qu'il y ait eu en réalité chez eux des autorités indigènes.

traités furent conclus entre l'Empereur et les chefs indigènes ; par ces traités, les chefs étaient assurés de la protection de l'Empire et de la conservation du droit de prélever des impôts et en grande parti aussi de rendre la justice, droit qu'ils exerçaient auparavant ; l'Empire s'engageait à respecter les usages et les coutumes et le droit de posséder le sol (V. plus haut p. 666 seq.). Sans doute, ces traités n'ont pas établi le protectorat de l'Empire en *faisant dériver* les droits de l'Empire de ceux des chefs indigènes qui les auraient transmis à l'Empire ; la base juridique du protectorat est, au contraire, une occupation au sens du Droit international, l'établissement unilatéral de la domination sur les territoires protégés. Mais ces traités ne sont pas, pour cela, sans effet juridique ; ils caractérisent le *mode* d'occupation ; l'Empire n'annulait pas les droits des chefs ; il se contentait, au point de vue de la population indigène, d'établir une *souveraineté suprême*, et il s'engageait, vis-à-vis des chefs soumis, à respecter les droits énumérés dans les traités (1).

(1) Adam, Archiv für öffentl. Recht, vol. VI, p. 259 déclare ces traités absolument sans valeur ; ce seraient des « affaires fictives », « conclues simplement pour des raisons politiques, avec lesquelles les considérations de droit n'ont rien à faire ! » Il donne comme raison (p. 251) que « les barbares intéressés » n'ont pas eu une conscience nette de la portée juridique de leurs déclarations. Il conclut de là (p. 301 seq.) que les chefs « n'ont conservé leur souveraineté qu'en apparence ; ils ne sont des organes de l'Empire que tant que le pouvoir impérial juge opportun de leur accorder cette situation ; l'Empire n'a pas plus le devoir de leur laisser tous les droits reconnus dans les traités qu'ils n'ont le droit d'exercer leur fonction ». Cette conception impute à l'Empereur et à ses représentants une perfidie ; ils auraient conclu sciemment des affaires fictives, fait frauduleusement des promesses sans valeur. S'il est réel que les chefs africains n'aient pas compris le sens et la portée des traités — ce qui est une affirmation gratuite et que rien ne prouve — on ne pourrait tirer de là qu'une excuse pour eux, s'ils venaient à être infidèles à leurs engagements ; il ne pourrait pas résulter de là *le droit*

Quant à dire si ces droits méritent ou non la qualification de *droits d'État* c'est une querelle de mots ; en tout cas, ils ont le caractère de droits *publics* ; par conséquent, les droits politiques sur les indigènes sont répartis dans ces protectorats entre deux organes, les chefs indigènes et l'Empire auquel ils sont subordonnés (1).

d) Cet état de choses se révèle encore d'une façon plus saillante dans le protectorat des îles Samoa.

Samoa n'était pas seulement un État indépendant ; comme tel, il avait été admis dans la société internationale des États civilisés. L'Empire allemand conclut le 26 janvier 1879 avec cet État un traité d'amitié.

Les Actes de Samoa reconnaissent expressément (Art. I) la neutralité et l'indépendance de Samoa et déclarent (Art. II) que l'adhésion du gouvernement de Samoa est nécessaire à leur validité. Cette adhésion fut donnée par le roi Malietoa le 19 avril 1890 dans les formes prescrites par l'art. VIII des dits actes qui reconnaissent d'ailleurs au gouvernement de Samoa le droit d'administration, de nomination

pour l'Empire de ne pas se considérer comme engagé, tant que les chefs respectent les traités. L'Empereur, en concluant un traité avec les chefs, reconnaissait par là leur capacité et il n'est pas admissible que l'on déduise de cette prétendue incapacité des chefs en matière de traités le droit pour l'Empire de ne pas se reconnaître engagé. Les développements d'Adam ne sont pas seulement insoutenables au point de vue juridique, ils sont immoraux ; ils ont pour point de départ la possibilité de traités fictifs et aboutissent à justifier une rupture arbitraire des traités.

(1) Si Adam, p. 298 appuie l'opinion contraire sur le principe de l'inaliénabilité et de l'indivisibilité de la souveraineté, il donne au mot « souveraineté » un sens différent et faux. La qualité d'être souverain c'est-à-dire suprême pour un pouvoir politique ne permet, par sa nature, aucun partage, aucune restriction ; par contre, les différents pouvoirs qui composent le pouvoir politique peuvent être transmis, restreints, partagés. Si l'on nie ce fait, on dénie logiquement la qualité d'État, soit à l'Empire allemand, soit aux États allemands particuliers.

des fonctionnaires et de perception des douanes et impôts. Les Actes de Samoa ont sans doute été abrogés par le traité du 2 décembre 1899, art. 1 ; mais cette abrogation ne concerne que les rapports de l'Allemagne avec l'Angleterre et les États-Unis et le *Condominium* qui existait entre ces puissances. L'organisation intérieure de Samoa est restée la même ; le gouvernement national, dans les portions du groupe d'îles attribuées à l'Allemagne, n'a pas été supprimé, en tant que s'exerçant sur les indigènes. La souveraineté appartient à l'Empire allemand lequel est investi de la puissance dominante et suzeraine, mais qui reconnaît en même temps dans le pays une puissance inférieure indigène.

IV. — *Le territoire du protectorat.* — Pour décider si, au point de vue de l'Empire, ce territoire est national ou étranger, il faut établir la distinction suivante :

1° Comme le protectorat est un pouvoir politique souverain, il en résulte logiquement que l'Empire a une souveraineté territoriale dans les protectorats. Ils constituent l'espace dans lequel la protection se manifeste ; par là, ils deviennent l'objet que l'Empire gouverne (1). Les territoires protégés ne sont pas pour l'Empire des territoires étrangers ; ce sont des territoires nationaux ; ils *appartiennent* à l'Empire. Cela se montre avec son effet complet au point de vue international (2). Au point de vue de tous les droits politiques souverains, la souveraineté territoriale de l'Empire sur les protectorats est exclusive, c'est un *jus excludendi alios* au sens international. Le Droit international reconnaît cette thèse, soit par les délimitations de frontières avec les puissances

(1) V. plus haut, t. I, p. 288 seq.

(2) Cf. *Bornhak*, p. 8 ; *Pann*, p. 25 ; v. *Stengel*, *Annalen* 1889, p. 58 seq. ; *Meyer*, p. 88 seq.

étrangères directement intéressées (elles ont lieu par traité formel), soit par le silence concluant des puissances étrangères, lors de la notification qu'elles ont reçue de la prise de possession du protectorat. Toute attaque ou tout empiètement de la part d'un autre État sur un territoire protégé est une offense faite à l'Empire.

Mais, même au point de vue du Droit public, la souveraineté territoriale de l'Empire est aussi étendue que l'exige l'exercice de la protection. Ainsi, l'Empire a le droit d'établir des stations navales, des fortifications, des routes, des chemins de fer, des télégraphes, des services postaux, de percevoir des taxes d'importation, d'exportation, de transit, d'interdire l'introduction de marchandises, de prohiber leur passage, d'expulser et de restreindre le droit de séjour etc. ; d'autre part, il a le droit d'assurer la liberté du commerce et du travail (1).

2° Au contraire, les territoires protégés ne sont pas incorporés à l'Empire ; ils ne font pas partie de cette portion du globe qui constitue la base matérielle de la personnalité politique de l'Empire ; ils ne sont pas des éléments, mais des *dépendances* du territoire de l'Empire. La constitution organique en communauté politique, réalisée par l'Empire, ne les comprend pas : ils sont donc, au sens de la Constitution et des lois, « l'étranger ». Cela n'exclut absolument pas la possibilité, pour les lois ou d'autres actes émanant de la volonté de l'Empire, d'avoir des effets juridiques sur les protectorats. Car d'une part, comme nous l'avons exposé plus haut p. 365 seq., rien ne s'oppose à ce que les lois de l'Empire soient en vigueur même à l'étranger ; d'autre part, l'Empire est

(1) Traité de Berlin du 26 fév. 1885, art. XXXV (Reichsgesetzbl., p. 244).

autorisé, en vertu de son protectorat, à publier des lois qui soient valables même sur le territoire de la colonie ou exclusivement sur ce territoire. Mais toutes les dispositions des lois, ordonnances etc., pour lesquelles l'intervention d'un effet juridique suppose l'existence de faits *réalisés sur le territoire de l'Empire*, qui, par conséquent, ne s'appliquent pas à des faits se produisant en dehors du territoire de l'Empire, à des situations continuant d'exister aussi en dehors de ce territoire, ne sont pas applicables aux protectorats. C'est le cas de l'immense majorité des décrets politiques et c'est la règle qui ressort tout naturellement de la territorialité du pouvoir politique (1). Donc, il est exact de dire en général que les territoires des protectorats sont *l'étranger*, quand il s'agit de la vigueur et de l'application des lois de l'Empire, de la compétence des autorités et de l'effet des actes et décisions de l'administration. Car, en ce sens, l'étranger n'est pas le territoire soumis à un pouvoir politique étranger, c'est le territoire opposé à celui que la Constitution a déterminé pour en faire une unité juridique (2).

Au point de vue de la perte de la nationalité particulière et de la nationalité allemande par un séjour de dix ans à l'étranger, sans interruption, et au point de vue de la défense de la double imposition, les territoires des protectorats sont considérés, en vertu d'une disposition spéciale de la loi, comme « territoires nationaux (3) ».

(1) Discussions étendues chez *G. Meyer*, p. 88 seq.

(2) Au point de vue du trafic des marchandises, les protectorats sont aussi des territoires étrangers; aussi, les marchandises importées des protectorats dans l'Empire sont soumises aux douanes de l'Empire. Par décret du 2 juin 1893, le Bundesrath a décidé que les tarifs de douanes établis par les traités sont applicables aux produits des protectorats allemands. *Deutsches Colonialblatt* 1893, p. 283.

(3) Reichsgesetz du 10 septembre 1900, § 9, 3^e al.

V. — *Les sujets des protectorats.* — Ils se divisent en trois classes, juridiquement différentes :

1^o *Nationaux allemands.* Même dans les protectorats, cette classe se compose exclusivement des personnes qui possèdent, en vertu de la loi du 1^{er} juillet 1870, la nationalité dans un Etat de la Confédération allemande ou la nationalité en Alsace-Lorraine. La qualité de sujet d'un protectorat ne pouvant être acquise ou perdue, par suite de l'absence de règles juridiques, ne saurait remplacer la nationalité dans un Etat confédéré. Toutefois, les étrangers qui se fixent dans les protectorats, ainsi que les indigènes, peuvent obtenir par naturalisation la nationalité allemande du Chancelier ou d'un fonctionnaire impérial autorisé par lui (1).

Tout d'abord, les nationaux allemands ont dans les protectorats tous les devoirs et tous les droits des nationaux allemands « à l'étranger » envers leur pays et envers l'Empire. Mais ils sont soumis, de plus, à la juridiction de l'Empire, aux termes de la loi relative à la juridiction consulaire et de la loi du 15 mars 1888.

2^o *Protégés.* Il faut considérer comme tels les sujets de toutes les nations civilisées dans les protectorats. Dans les ressorts consulaires ne sont protégés que les sujets des Etats, à qui la protection des consuls allemands a été assurée par traité pour leurs nationaux, ainsi que les personnes de nationalité allemande qui ont perdu cette qualité et ont été admises sur leur demande à jouir de cette protection. Car, dans ces territoires, c'est la protection consulaire dans un Etat étranger qui existe et elle ne se rapporte, par conséquent, qu'à certaines personnes. Au contraire, dans les protectorats de l'Empire, la protection a un caractère territorial ; par conséquent, elle

(1) *Ib.* § 9, 1^{er} al. Cf. plus haut, t. I, p. 220, note 1 et p. 270.

s'applique à toutes les personnes qui résident dans ce territoire sous la souveraineté de l'Empire, pourvu qu'elles soient sujettes d'un Etat faisant partie de la grande famille régie par le droit international. Car elles deviennent, dans le protectorat comme dans le territoire de l'Empire, *subditi temporarii*, sujets *de facto* qui, d'une part, sont obligés à l'obéissance, d'autre part ont droit à la protection (1).

Tout cela est conforme aux dispositions du droit positif.

C'est ce qui est reconnu, pour les territoires africains, dans le traité de Berlin du 26 février 1885, Art. XXXV (Reichsgesetzbl, p. 214). Par ce traité, les puissances s'engageaient à assurer la présence d'une autorité capable de *protéger* les droits acquis. Car cette convention donne à *toutes* les puissances signataires le droit à la protection de leurs nationaux.

De plus, pour tous les protectorats, une ordonnance impériale peut stipuler que les sujets de nations civilisées sont soumis à la juridiction du protectorat aussi bien que les nationaux Allemands et que la loi relative au mariage et à la constatation de l'état civil des nationaux allemands à l'étranger leur est applicable (2). Ces décrets ont été rendus pour tous les protectorats (3). L'extension de la juridiction entraîne la concession de la protection légale (4).

(1) V. plus haut, t. I, p. 226.

(2) Loi de l'Empire du 15 mars 1888, § 3, n° 1 et § 4.

(3) V. ordonnance du 5 juin 1886 (Nouvelle Guinée); du 13 septembre 1886 (Iles Marshall); du 18 nov. 1887 (Afrique orientale); des 21 déc. 1887 et 10 août 1890 (Sud-Ouest de l'Afrique); du 2 juillet 1888 (Cameroun et Togo), du 27 avril 1898, § 2 et § 8 (Kiao-Tchéou); du 18 juillet 1899 (Carolines, etc.); du 17 février 1900, § 2 et § 9 (Samoa). A présent, ces décrets sont remplacés par la loi du 10 sept. 1900 §§ 2, 3, 7.

(4) Par conséquent, la distinction entre sujets d'Etats civilisés et protégés au sens restreint (*Meyer*, p. 107) est sans objet pour les protectorats.

3° Assurément, les *indigènes* sont sujets de l'Empire et soumis à la souveraineté de l'Empire ; par conséquent, l'Empire peut édicter des lois et ordonnances relatives aux indigènes, exercer la justice sur eux etc ; toutefois, dans le Sud-Ouest de l'Afrique, au Cameroun et au Togo et dans Samoa, l'exercice des droits publics sur les indigènes est réservé aux chefs indigènes. Ainsi, dans ces colonies, les indigènes sont sujets de l'Empire indirectement. Mais cela n'empêche pas l'Empire de faire valoir aussi, à *certain points de vue*, son pouvoir politique directement (1). Ils ne sont soumis à la juridiction de l'Empire qu'autant que cela est ordonné expressément. Dans les décrets impériaux cités (p. 694 note 3) relatifs à la justice, il a été établi que les commissaires impériaux (gouverneurs) sont chargés de déterminer dans chaque colonie qui doit être considéré comme indigène et jusqu'à quel point les indigènes dépendent de la juridiction locale. D'après les dispositions édictées par les gouverneurs, il y a lieu de considérer comme indigènes, dans toutes les colonies, *les gens de couleur*, même s'ils n'appartiennent pas aux races indigènes (2). D'après la loi du 10 septembre 1900, § 4, il faut que les dispositions sur cette matière soient publiées dans la forme d'un décret impérial.

Par contre, les indigènes ne sont pas *nationaux de l'Empire* ; ils ne prennent aucune part à la communauté politique, à l'association unitaire qui a été établie par la Constitution entre les sujets des États

(1) V. aussi Meyer, p. 108 seq. ; Bornhak, Deutsche Colonialzeitung, 1891, p. 145 seq.

(2) Pour le protectorat de la Nouvelle Guinée et celui des îles Marshall, le Chancelier a déjà établi le fait par les décrets des 1^{er} nov. 1886, 2 déc. 1886 et 24 janv. 1887. Cf. Centralblatt des Deutschen Reichs 1887, p. 28.

confédérés de l'Allemagne et de la terre d'Empire; ils sont, au sens des lois de l'Empire, des étrangers. Mais les indigènes peuvent être mis par décret impérial sur le pied des sujets de l'Empire au point de vue du droit de porter pavillon allemand; toutefois, ce fait n'a pas pour conséquence l'application de la loi relative à l'assurance des marins en cas d'accident (1).

VI. — *Exercice des droits de protectorat.* — La Constitution est muette à ce sujet. Le n° 1 de l'art. IV mentionne bien, parmi les objets soumis à la surveillance et à la législation de l'Empire, « les dispositions relatives à la colonisation »; bien que cette expression nous fasse penser surtout à l'établissement de stations navales et non à l'acquisition de colonies (2), l'expression est assez vague et élastique pour que nous puissions entendre par là les protectorats. Mais enfin, la seule chose qui résulte de là, c'est que la réglementation de la situation des colonies fait partie de la *compétence* de l'Empire, par opposition à la compétence des États confédérés; cela ne nous apprend rien qui permette de répondre à cette question: jusqu'à quel point les différents organes de l'Empire doivent-ils collaborer à la réglementation et au fonctionnement du protectorat? C'est, en particulier, un paralogisme de déduire de ce fait que l'Empire est compétent en matière de législation coloniale, cette conséquence, que la réglementation du droit, dans les colonies, doit avoir lieu sous la forme de la législation de l'Empire (3).

(1) Loi de l'Empire du 15 mars 1888, § 7 (10 sept. 1900, § 10).

(2) Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des verfassungsberatenden Reichstages 1867, p. 271 seq.

(3) Cette opinion a été soutenue par Hänel, Stenogr. Berichte der Reichstags 1885-86, p. 1608 et adopté; ib., p. 1610 par Windthorst

Et d'autre part, le 1^{er} alinéa de l'art. XI est aussi sans importance : il établit que l'Empereur est chargé de représenter l'Empire dans les relations internationales (1). En effet, bien que cette représentation vis-à-vis des puissances étrangères acquière, au point de vue des protectorats, toute sa valeur, le protectorat n'est pourtant pas une affaire d'ordre international et l'exercice de ce protectorat sur les territoires protégés eux-mêmes n'est pas une représentation au point de vue du Droit international (2).

La capacité juridique de l'Empire d'acquérir et de posséder des colonies repose non pas sur une clause spéciale de la Constitution, mais sur la qualité d'Etat souverain, de personne indépendante, capable d'action, au point de vue du Droit public. Mais il en résulte, de plus, que les maximes juridiques applicables aux actes émanant de la volonté de l'Empire, doivent s'appliquer aussi aux actes qui se rapportent à l'exercice du protectorat. Or, comme pour tout acte émanant de la volonté de l'Empire, sans distinction de sa nature, la forme de la loi d'Empire peut être employée, il en résulte que la voie de la législation de l'Empire est aussi la forme constitutionnelle et juridiquement exacte pour toutes les questions intéressant les protectorats. Par contre, abstraction faite de la représentation au point de vue

Hünel a conservé son opinion dans son *Staatsrecht* I, p. 839, note 6 ; le parallogisme provient d'une fausse interprétation de l'art. IV de la Constitution qui limite la compétence de l'Empire vis-à-vis des Etats confédérés, mais ne stipule pas par quels organes l'Empire doit exercer ses pouvoirs et en particulier ses pouvoirs administratifs. V. aussi *Zorn* I^a p. 570, note 12.

(1) De cet article *Bornhak*, p. 13, déduit que l'Empereur a droit au pouvoir politique dans les colonies. Une méprise du même genre se trouve chez *v. Stengel*, *Die staats-u. völkerrechtliche Stellung der Colonien*, p. 56 et dans le Rapport de la commission du Reichstag, p. 985.

(2) V. le rapport de la Commission, p. 986.

international qui est l'attribution de l'Empereur, les différents organes de l'Empire ne peuvent pas déduire directement de la Constitution une compétence indépendante en matière de colonies ; car elle ne contient pas de disposition concernant spécialement cette matière, et les règles générales relatives à la compétence du Bundesrath des nos 2 et 3 de l'art. VII et à la compétence de l'Empereur de l'art. XVII supposent l'existence d'une « loi d'Empire ». C'est en vertu de ces principes constitutionnels qu'a été publiée la loi du 17 avril 1886 (Reichsgesetzbl., p. 75) (1) qui met fin à toute discussion en établissant au § 1 ce qui suit :

« L'Empereur exerce, au nom de l'Empire, le pouvoir protecteur dans les colonies allemandes. »

De là résultent les conséquences suivantes :

1° L'Empereur exerce, *en tant qu'organe de l'Empire*, le pouvoir protecteur, dans la mesure où il exerce le pouvoir politique en Alsace-Lorraine en tant qu'organe de l'Empire (2). Le pouvoir protecteur est une partie des droits inhérents à la Présidence de la Confédération et non pas un droit existant indépendamment d'eux, concurremment avec eux, séparé juridiquement d'eux. L'Empereur a, de par la loi, le droit d'exercer le pouvoir protecteur (qui appartient à l'Empire) ; mais le pouvoir protecteur lui-même ne lui appartient pas en propre, c'est un droit de l'Empire (3). C'est ce que la loi exprime

(1) Sur la genèse de cette loi, v. *Joël*, p. 192 et surtout *Meyer*, p. 48 seq.

(2) C'est ce qui a été particulièrement remarqué par les représentants des gouvernements confédérés. V. le rapport de la Commission, p. 987 et le discours du Secrétaire d'État v. *Schelling* dans les débats du Reichstag 1885-86, p. 2028.

(3) Même avis chez *Meyer*, p. 123 ; v. *Stengel*, *Annalen* 1889, p. 136 seq. ; *Hünel* I, p. 851.

quand elle stipule que l'Empereur exerce le pouvoir protecteur *au nom de l'Empire*. Il s'en suit que le pouvoir protecteur *quoad jus* appartient à la communauté des États confédérés de l'Allemagne ; de plus, les règles constitutionnelles générales relatives aux décrets et instructions de l'Empereur, — en particulier celle qui met comme condition de leur validité la présence du contreseing du Chancelier rendu responsable par cette opération, — sont applicables aussi aux décrets et instructions de l'Empereur qui se rapportent au pouvoir protecteur (1).

2° L'Empereur exerce le pouvoir protecteur en dehors de la collaboration du Bundesrath et du Reichstag ; lui seul est l'organe investi de l'exercice du pouvoir protecteur. Par là, il ne lui est pas interdit de prendre la voie de la législation, quand il le juge nécessaire ; mais l'Empereur n'a pas à prendre cette voie, quand ses décrets restent dans les limites du pouvoir protecteur, c'est-à-dire n'empiètent pas *en même temps* sur le domaine de la législation de l'Empire. Toutefois, quand une disposition a été prise par la voie de la législation de l'Empire, l'autorité formelle de la loi veut qu'elle ne soit aussi modifiée ou abrogée que par la voie de la législation de l'Empire.

3° La délégation du pouvoir protecteur est complète, matériellement illimitée et comprend toutes les branches de l'activité politique. Elle entraîne

(1) V. le rapport de la Commission, p. 997 ; G. Meyer, p. 127 ; Hänel, p. 852 ; Joël, p. 215. De plus, les lois et ordonnances de droit impérial destinées aux protectorats ne prennent un caractère obligatoire que par leur publication au *Bulletin des lois de l'Empire*, Joël, p. 216. C'est la règle adoptée par l'usage. Avis différent, Meyer, p. 193 ; v. Stengel, *Annalen* 1889, p. 145. Naturellement, cela ne s'applique pas aux ordonnances des autorités et des sociétés coloniales qui sont publiées dans le *Bulletin des colonies* et dans les journaux officiels locaux.

donc la réglementation du droit et de la justice, de la police, des finances (douanes), de l'armée, des cultes etc.

Toutefois, l'Empereur est limité sur un point capital, dans l'exercice du pouvoir protecteur, par *une loi de l'Empire*. La loi du 17 avril 1886 dispose (§ 2) que le droit civil, le droit pénal et la procédure, y compris l'organisation judiciaire sont soumis aux dispositions de la loi sur la juridiction consulaire et que cette loi elle-même est applicable en ce sens que le consul est remplacé par le commissaire-juge, et le tribunal consulaire par le tribunal du protectorat. Aux termes de la loi sur la juridiction consulaire, les dispositions des lois de l'Empire relatives au droit civil (à l'exclusion du droit commercial coutumier), au droit pénal et à la procédure, et, à leur défaut, les dispositions juridiques ci-devant en vigueur sur le domaine du *droit civil* prussien (Allgem. Landrecht) sont applicables. Toutefois, sur certains points qui sont énumérés au § 3 de la loi du 17 avril 1886 et qui ont été considérablement étendus par les lois des 15 mars 1888 et 10 septembre 1900, un décret impérial peut apporter des modifications ou des additions au droit créé par la loi sur la juridiction consulaire (1).

En outre, la loi du 15 mars 1888 (17 avril 1886) § 4 et 5 a établi que la loi du 4 mai 1870, relative au mariage et aux registres de l'état civil, est applicable aux protectorats et que les pouvoirs que d'autres lois reconnaissent aux consuls allemands à l'étranger, peuvent être conférés par le Chancelier, à des fonctionnaires dans les protectorats. L'époque à laquelle la loi sur la juridiction consulaire et celle sur l'état

(1) V. là-dessus les développements détaillés de v. Stengel (1889), p. 158 seq., et Meyer, p. 195.

civil entreraient en vigueur dans les protectorats, devait être fixée par un décret impérial ; l'introduction a été faite dans tous les protectorats (1) ; toutefois, la valeur de ces lois est limitée aux personnes qui ne sont pas « indigènes » (2).

4° Le principe, que l'Empereur, en tant qu'organe de l'Empire, exerce le pouvoir protecteur, a encore pour conséquence que la compétence du Chancelier, en tant que Ministre impérial, comprend aussi cette branche de l'administration de l'Empire et qu'il en est responsable. Les affaires des protectorats sont du ressort du Ministère des *Affaires étrangères*, où il existe une division spéciale chargée de leur élaboration. Comme il s'agit d'une administration propre et directe de l'Empire, le Secrétaire d'État des Affaires étrangères peut être nommé représentant responsable du Chancelier même en matière d'administration coloniale. (V. plus haut p. 31). Il a été institué, sous le nom de *Conseil Colonial (Colonialrath)*, un conseil composé d'hommes compétents en fait de questions coloniales (3). L'administration de Kiao-Tchéou est du ressort de l'office de la marine.

Le Chancelier a, de par la loi, l'autorisation d'édicter des *ordonnances de police et d'administration* avec une sanction, contre les délinquants, de trois mois de prison, d'arrêts, d'amende et de confiscation (4). Il peut déléguer cette faculté aux fonctionnaires des protectorats (gouverneurs).

5° Ce même principe a encore pour conséquence que les fonctionnaires chargés d'exercer le pouvoir protecteur dans les protectorats sont *des fonction-*

(1) V. p. 694 note 3.

(2) Cf. Loi du 10 sept. 1900, § 7.

(3) Décret du 10 oct. 1890 (*Reichsgesetzbl.*, p. 179). Ses attributions sont imprimées dans le *Colonialblatt* 1891, p. 257 seq.

(4) Loi de l'Empire du 10 sept. 1900, § 15.

naires de l'Empire et que l'art. XVIII de la Constitution ainsi que la loi du 31 mars 1873 et les lois destinées à la compléter et à la modifier leur sont applicables (1). En même temps, il s'en suit que la réglementation juridique du service de ces fonctionnaires n'a pas lieu par la voie de décrets impériaux. Ces principes ont reçu une confirmation officielle par ce fait, qu'on a observé la voie de la législation de l'Empire, pour décider que les gouverneurs, chanceliers et commissaires des protectorats allemands peuvent toujours être mis en disponibilité avec traitement légal de disponibilité par décret impérial (Loi du 31 mai 1887) (2), et que, par cette même loi, le Bundesrath a été autorisé à ordonner que, pour les fonctionnaires impériaux qui ont exercé des fonctions dans les colonies allemandes pendant plus d'un an, le temps passé dans ces colonies soit compté double pour le règlement de la pension (3).

Toutefois, il est nécessaire de faire une distinction entre les fonctionnaires préposés à l'administration des protectorats, qui touchent leurs émoluments sur la caisse de l'Empire, et ceux qui touchent leurs émoluments sur les fonds des différentes colonies. Ces derniers sont désignés sous le nom de « fonctionnaires particuliers » (*Landesbeamte*) des colonies en question, par analogie, avec les « fonctionnaires particuliers de l'Alsace-Lorraine » (4). La réglementation de la situation officielle de ces « fonctionnaires particuliers des protectorats » a été faite par l'ordon-

(1) V. dans le Bulletin colonial 1892, p. 455, la formule du serment officiel de ces fonctionnaires.

(2) Bulletin des lois, p. 211.

(3) Le Bundesrath a fait usage de cette autorisation pour tous les protectorats en émettant le décret du 22 décembre 1891.

(4) Même avis chez Zorn I, p. 595. Meyer, Staatsrecht, § 144.

nance impériale du 9 août 1896 (1) : les dispositions en vigueur pour les fonctionnaires de l'Empire ont été déclarées applicables avec certaines modifications assez importantes. Cette ordonnance a remplacé les règlements antérieurs. La légalité de cette ordonnance impériale n'est pas hors de doute, puisque une loi formelle de l'Empire ne peut pas être modifiée par une ordonnance impériale ; mais on déduit sa validité de la délégation du pouvoir protecteur (2).

VII. — *L'organisation judiciaire.* — Il résulte de l'exposé ci-dessus que l'organisation judiciaire est différente, suivant qu'il s'agit de la juridiction sur les blancs ou de celle sur les gens de couleur.

1^o *Autorités judiciaires pour les blancs.* Leur organisation et leur compétence sont réglées par la loi sur la juridiction consulaire, actuellement loi du 7 avril 1900 (Bulletin des lois de l'Empire, page 213) et par les décrets impériaux rendus pour chaque protectorat en vertu du § 3 de la loi sur les pays soumis au protectorat (3).

(1) Bulletin des lois de l'Empire, p. 691.

(2) *Hünel* I, p. 853 est d'avis que les ordonnances de l'Empereur ne sont pas admissibles ; *von Stenjel*, 1895, p. 679 sq. défend l'avis opposé.

(3) Pour le Cameroun et le Togo décret du 2 juillet 1888 (Bull. des lois de l'Empire, page 212) ; pour la Nouvelle Guinée, décret du 13 juillet 1888 (Bull. des lois de l'Empire, p. 222) ; pour l'Afrique orientale, décret du 1^{er} janvier 1891 (Bull. des lois de l'Empire, p. 171) et les instructions concernant le service du 12 janvier 1891 dans *Riebow* p. 268 ; pour les Iles Marshall décret du 7 fév. 1890 (Bull. des lois de l'Empire, p. 56) ; pour le Sud-Ouest de l'Afrique, décret du 10 août 1890 (Bull. des lois de l'Empire, p. 17) et les instructions concernant le service du 27 août 1890 dans *Riebow*, p. 287 ; pour Kiao-Tchéou, décret du 27 avril 1898 (Bull. des lois de l'Empire, p. 173) et les instructions de service du même jour (Centralblatt 1898, p. 285) ; pour les Carolines, décret du 18 juillet 1899, § 1 (Bull. des lois de l'Empire, p. 542) ;

Les tribunaux sont partagés en deux instances. Le siège et le ressort des tribunaux de première instance sont fixés par le Chancelier de l'Empire. Un fonctionnaire désigné par le Chancelier fait les fonctions de juge. Si l'affaire rentre dans la compétence des tribunaux d'échevins, tribunaux régionaux et Cours d'assises, le juge est assisté d'assesseurs dans la proportion indiquée par la loi sur la juridiction consulaire (1). Au siège du Gouverneur est institué un tribunal supérieur composé d'un Président nommé par le Chancelier et de quatre assesseurs; il juge les appels et les recours. Le tribunal d'appel pour Kiao-Tchéou est le tribunal consulaire de Shanghai. Décret du 27 avril 1898, § 5, alinéa 1. (Bulletin des lois de l'Emp., p. 174).

Dans tous les pays soumis au protectorat, un ministère public a été établi. Décret du 12 décembre 1897 (Bulletin des lois de l'Empire, 1898, p. 1).

Le gouverneur désigne le fonctionnaire chargé du Ministère public; ce dernier exerce ses fonctions sous la direction et la surveillance du premier.

2^o Pour les gens de couleur, les tribunaux sont établis différemment dans chaque protectorat.

a) Au Kameroun (2), les affaires civiles jusqu'à concurrence de 100 marcs et les contraventions sont jugées par le chef indigène du défendeur ou du délinquant. Il y a, en outre, dans chaque tribu, un tribunal indigène dont les membres et leurs suppléants sont nommés et révoqués par le gouverneur. Ces

pour Samoa, décret du 17 février 1900 (Bull. des lois de l'Empire, p. 136).

(1) Loi d'Empire du 10 septembre 1900, § 2, loi sur la juridiction consulaire, § 75 et suiv.

(2) Les règlements ont été rendus généralement dans une forme à peu près identique pour tous les arrondissements du Cameroun par le gouverneur. Voir *Riebow*, p. 25, *Zimmermann*, tome II, p. 130, 177, 178, 182, 218 etc.

tribunaux, connus sous le nom de tribunaux arbitraux, forment l'instance d'appel pour les décisions des chefs et connaissent des affaires civiles et pénales qui ne sont pas de la compétence des chefs. Les affaires de meurtre et d'assassinat sont exceptées.

Les affaires décidées en première instance par les tribunaux arbitraux sont portées en appel devant le gouverneur ou son suppléant.

Par un arrêté en date du 22 avril 1896, le Chancelier a réglé l'exercice de la juridiction criminelle et disciplinaire sur les indigènes de l'Afrique orientale, Kameroun et Togo, et fixé les peines applicables ainsi que le mode d'exécution (1).

b) Dans le Sud-Ouest de l'Afrique la juridiction appartient, conformément aux traités de protectorat, aux chefs indigènes pour toutes les contestations s'élevant entre leurs compatriotes. Dans les affaires civiles s'élevant entre blancs et indigènes, la compétence appartient aux autorités administratives du protectorat, auxquelles sont adjoints des naturels du pays (2).

c) Dans la Nouvelle Guinée, un Décret du 7 juillet 1888 a octroyé à la Compagnie de la Nouvelle Guinée l'exercice de la juridiction sur les indigènes ; la direction de cette Compagnie a, avec l'autorisation du Chancelier, émis un règlement pénal portant la date du 21 octobre 1888. Ce règlement est resté en vigueur, lorsque l'Empire a succédé à la Compagnie dans l'exercice des droits régaliens sur le protectorat. Les prérogatives de la Compagnie ont été transmises au gouverneur (3). Les tribunaux

(1) *Coloniablatt* 1896, p. 241. *Zimmermann* II, p. 215 et suiv.

(2) Arrêtés du gouverneur des 1^{er} janvier 1899 et 23 février 1899; *Colonialblatt*, p. 232, 269. *Zimmermann* IV, p. 24, 42.

(3) Arrêté du Chancelier du 1^{er} avril 1899, § 2, alinéa 1, *Zimmermann* IV, p. 91.

sont composés d'un juge nommé par le gouverneur et d'un greffier. Dans les affaires de grand criminel, le juge est assisté de deux assesseurs qui sont choisis par lui parmi les fonctionnaires ou les blancs honorablement connus. Les indigènes sont exclus.

d) En ce qui concerne les îles Marshall, le Chancelier, dûment autorisé par l'Empereur (1), a rendu, le 10 mars 1890, des dispositions en tout conformes à celles concernant la Nouvelle Guinée (2).

e) A Kiao-Tchéou, la juridiction sur les Chinois est réglée par un Décret du 15 avril 1899 (3).

VIII. — *Les autorités administratives.* — 1° A la tête de chaque protectorat se trouve un commissaire impérial qui, dans les îles Marshall prend le titre de Landeshauptmann (capitaine du pays), et, partout ailleurs, celui de gouverneur (4).

Il est nommé par l'Empereur et peut à tout moment être mis en disponibilité. Il touche son traitement sur la Caisse publique du protectorat et appartient en conséquence à la catégorie des fonctionnaires des Etats fédérés. Toutes les autorités civiles et, dans les protectorats africains, les troupes chargées de leur défense sont soumises à son autorité. Son pouvoir réglementaire est partout fort étendu (5).

2° Sont soumis à l'autorité du Gouverneur les directeurs de département ou de district, les em-

(1) Décret du 26 février 1890 dans *Riebow*, p. 624.

(2) Reproduit dans *Riebow*, p. 627 et suiv. Les § 18 et suiv., contiennent des dispositions sur les tribunaux.

(3) Bulletin des décrets sur la marine, 1899. Supplément au n. 25

(4) Décret du 18 avril 1898 ; *Colonialblatt*, p. 231. *Zimmermann* III, p. 29.

(5) Comparez *G. Meyer*, p. 184 et suiv., loi sur les protectorats du 10 septembre 1900, n. 15, alinéa 3.

ployés des douanes et des contributions, auxquels incombe également le soin d'autres affaires administratives, enfin, les fonctionnaires qui, dans certains protectorats, sont chargés de l'administration forestière, des mines, des constructions, des écoles, etc. Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire lui sont aussi subordonnés dans l'exercice de leurs fonctions (1).

IX. — *L'organisation militaire.* — Une loi d'Empire du 22 mars 1891 (Bulletin des lois de l'Empire, p. 53) a ordonné, pour l'Afrique orientale, la formation de troupes de défense, destinées à maintenir l'ordre et la sécurité publiques et à entraver le commerce des esclaves.

Une loi postérieure en date du 9 juin 1895 a étendu l'application de la loi précédente au Cameroun et à l'Afrique du Sud-Ouest. L'organisation de ces troupes coloniales a été réglée plus en détail par la loi d'Empire du 7 juillet 1896 (Bulletin des lois de l'Empire, p. 187) et le Chancelier a été autorisé à codifier les dispositions en vigueur.

La nouvelle loi d'organisation des troupes coloniales porte la date du 18 juillet 1896 (Bulletin lois de l'Emp., p. 653).

En même temps que cette dernière loi, furent mises en vigueur dans les protectorats africains les dispositions du Code pénal militaire de l'Empire. Un décret impérial du 20 mars 1897 (Bulletin des lois de l'Emp., p. 167 et suiv.), rendu en vertu d'une délégation contenue dans le § 18 de la loi du 18 juil. 1896,

(1) Les détails de l'organisation administrative et de la réglementation des fonctions officielles se trouvent dans les budgets annuels des protectorats. L'administration de Kiao-Tchéou est réglée par les décrets sur la marine, décret du 5 juillet 1898, *Marinerordnungsblatt*, p. 264.

a fixé les conditions auxquelles les Allemands tenus au service militaire peuvent faire un service dans les troupes de l'Afrique occidentale (1).

L'Empereur est le chef suprême des armées coloniales ; le commandement supérieur en appartient au Chancelier.

Dans chaque protectorat, le gouverneur est le chef des troupes qui y sont placées et en dispose suivant son appréciation. A la tête de chaque corps de troupes se trouve un commandant chargé de leur instruction et de leur préparation militaire (2).

Toutes les affaires concernant les troupes coloniales sont du ressort du bureau colonial au Ministère des Affaires Étrangères (3).

S'appuyant sur l'art. VI de la loi du 7 juillet 1896, le Chancelier a rendu, le 25 juillet 1898, un règlement organique relatif aux troupes coloniales ; ce règlement réunit toutes les prescriptions actuellement en vigueur et abroge les dispositions contraires (4).

A Kiao-Tchéou, l'organisation est différente, puisque les troupes qui y stationnent font partie de la marine impériale et sont placées, en première instance, sous les ordres du sous-secrétaire d'Etat de la marine (5).

(1) Ce n'est que dans les troupes de l'Afrique occidentale que de simples soldats ou de simples marins de l'armée et de la marine allemande peuvent, sur leur demande, être incorporés ; dans les autres protectorats, les simples soldats sont recrutés parmi les gens de couleur et les conditions de leur service sont réglées par l'acte d'engagement.

(2) Décret du 16 juillet 1896, Colonialblatt, p. 477 ; Zimmermann II, p. 251.

(3) Décret du 20 août 1896, Colonialblatt, p. 551 ; Zimmermann II, p. 269.

(4) Reproduit dans Zimmermann, tome III, p. 49 et suiv.

(5) Ordonnance du 17 août 1898. Bulletin des décrets sur la marine, p. 295.

X. — *Régime financier.* — Le régime financier des colonies est soumis aux règles suivantes :

1^o Comme l'Empereur exerce son pouvoir protecteur sans la collaboration du Bundesrath et du Reichstag, il a qualité, d'une part, pour publier des ordonnances relatives aux douanes et aux impôts, pour fixer des taxes et créer par ordonnance d'autres sources de revenus ; d'autre part, pour établir les dépenses concernant l'administration, les améliorations à exécuter dans le pays etc., sauf le droit du Bundesrath et du Reichstag à participer à la confection des budgets des protectorats.

Ce pouvoir est limité par les droits garantis aux chefs dans le Sud-Ouest de l'Afrique, Kameroun et Togo. On leur a assuré d'une part certains revenus ; d'autre part, la perception d'impôts et de taxes a été limitée en ce qui concerne l'Empereur (1).

2^o Toute colonie a une gestion financière spéciale, qui est distincte à la fois de celle des autres colonies et de celle de l'Empire. Il n'y a que la direction supérieure et l'administration centrale (ce qui constitue les attributions de la division coloniale du Ministère des Affaires Étrangères), qui soient à la charge de l'Empire, comme l'établit le *budget de l'Empire*. Au contraire, tous les revenus et les dépenses font partie du budget de l'administration locale des différentes colonies. Leur condition juridique par rapport à la gestion financière de l'Empire a été réglée par la *loi de l'Empire du 30 mars 1892* (Reichsgesetzbl. p. 369). En conséquence de cette loi, il est établi chaque année un *budget spécial des protectorats* par la voie de la législation de l'Empire. Au sujet de la fixation, des excédents, de la comptabilité, de la décharge, les principes en vigueur pour le

(1) Indications précises chez Joël, p. 213.

budget de l'Empire s'appliquent aussi au budget des colonies. Les emprunts ou les garanties d'intérêt pour satisfaire aux besoins extraordinaires des colonies sont réglés par la voie de la législation.

3° En outre, le § 5 de cette loi pose ce principe important, que c'est le budget de la colonie et non celui de l'Empire qui doit faire face aux obligations résultant de l'administration de la colonie et que chaque protectorat a sa propre fortune publique. C'est la reconnaissance sinon explicite, du moins en fait et au point de vue des conséquences pratiques, de la *personnalité civile des colonies*. Sous ce rapport, il en est des colonies comme de la Terre d'Empire (1).

En ce qui concerne les impôts et redevances, de nombreux décrets règlent pour chaque protectorat la matière de l'impôt foncier, les droits prélevés sur les mines, les revenus douaniers et autres sur l'importation des marchandises ou la licence de la vente de spiritueux. Indépendamment des impositions ci-dessus énumérées, sont prélevés actuellement dans les différents protectorats les impôts suivants : *dans le sud-ouest de l'Afrique*, un droit de voirie et de colportage (2) ; *au Cameroun*, un droit de stationnement dans le port ; sur les navires (3) ; *dans le Togo*, une patente désignée sous le nom de *Firmenabgabe* (4).

Dans l'Afrique orientale, un impôt spécial frappe les maisons et cabanes, les coupes dans les forêts ; dans ce dernier cas, il s'élève, à 30 p. 0/0 de la valeur

(1) Il y a dans chaque protectorat un *fisc* particulier, sans que chaque protectorat soit pour cela devenu un *Etat*.

(2) Décrets des 26 juin et 30 décembre 1895 (*Zimmermann II*, p. 162 205).

(3) Décret du 10 fév. 1891 ; *Riebow*, p. 236.

(4) Décrets des 27 octobre 1890 et 25 mai 1891 *Riebow*, p. 236.

du bois (1) ; les successions des gens de couleur sont soumises à un droit de 2 à 5 0/0, selon le degré de parenté, sur la valeur de l'héritage, déduction faite du passif (2).

Dans la Nouvelle Guinée, il a été établi une patente et un impôt sur le revenu (3).

Dans les îles Marshall existe un impôt de capitation payable en nature par les naturels.

Cette capitation s'élève par an à 20 marks pour tout habitant mâle, non indigène, ayant plus de 16 ans (4). Outre cela, il est levé une patente (5).

A *Kiao-Tchéou* il est levé un impôt foncier et un droit sur les adjudications de terrains, ainsi qu'un impôt de consommation sur l'opium.

XI. — Les *Sociétés* (7) constituées pour coloniser les possessions allemandes, pour s'y livrer à des entreprises ou en assurer l'administration, se sont trouvées gênées et embarrassées par les dispositions de police édictées par la loi sur les sociétés anonymes. Aussi, eut-on recours, au début, à un expédient : pour conférer à ces Sociétés la personnalité juridique, on les organisa conformément aux règles du Code civil prussien. Mais comme, en somme, le gouvernement éludait par là officielle-

(1) Décrets des 1^{er} novembre 1897 ; 22 févr. 1899 ; 1^{er} avril 1899, *Zimmermann* II, p. 1368 ; IV, p. 39, 54.

(2) Décret du 4 nov. 1893 ; *Zimmermann* II, p. 46 et suiv.

(3) Décret du 30 juin 1888 ; *Riebow*, p. 570.

(4) Décret du 29 août 1898, *Zimmermann* III, p. 120.

(5) Décret du 10 nov. 1895 dans *Zimmermann* II, p. 188.

(6) Mémoire du ministère de la marine sur *Kiao-Tchéou* 1899, p. 33.

(7) La bibliographie relative aux Sociétés coloniales est très riche. *Kayser* dans la *Deutsche Welpost* de 1887, p. 45 seq. ; 57 seq. ; *Vict. Ring*, *Deutsche Colonialgesellschaften*, Berlin 1888 ; *Veit Simon* dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, vol. XXXIV, p. 85 seq. ; v. *Stengel* dans le *Schmoller's Jahrb.* vol. XII, p. 219 seq. et dans les *Hirth's Annalen* 1889, p. 90 seq. ; *Meyer*, p. 129 seq.

ment la loi de l'Empire sur les sociétés anonymes et que cet expédient n'était possible que si les Sociétés avaient leur siège en Prusse et dans le domaine où le Code civil prussien était en vigueur, comme, en outre, la condition imposée par le Droit prussien de l'utilité publique ne pouvait être considérée comme existant dans des sociétés purement industrielles qu'en vertu d'une fiction très risquée, comme, enfin, l'approbation et la surveillance des Sociétés, dont l'activité se déploie dans les colonies de l'Empire, entraînaient de grands inconvénients pour le Ministère prussien, la loi du 15 mars 1888 § 8 seq. a dispensé les Sociétés énumérées ci-dessus des conditions imposées par la loi aux Sociétés par actions et facilité pour elles l'obtention de la personnalité civile en matière de droit privé (capacité juridique, droit de corporation).

La différence essentielle entre ces Sociétés coloniales et les Sociétés par actions consiste en ce fait que leur constitution n'a pas pour condition *sine qua non* l'existence d'un fonds-capital. Par là, les nombreuses dispositions de la loi sur les actions, qui concernent la constitution effective et la conservation du fonds-capital, disparaissent du même coup; les Sociétés se trouvent aussi juridiquement en état d'imposer à leurs membres le devoir d'opérer un nouveau versement, aux termes de leurs statuts.

La loi du 15 mars 1888 (1), § 8, pose deux conditions. La Société doit avoir comme objet exclusif de ses entreprises, l'acquisition et la mise en valeur de terres, l'exploitation de domaines et de plantations, de mines, des entreprises industrielles et des affaires

(1) La loi du 2 juillet 1889 (Rgbl., p. 365) a modifié la rédaction des §§ 8 et 10 de la loi du 15 mars 1888.

commerciales dans les colonies ; elle doit, de plus, avoir son siège soit sur le territoire de l'Empire, soit dans les colonies allemandes, soit dans un district de la juridiction consulaire de l'Empire. En outre, la loi est applicable aux Sociétés auxquelles des lettres impériales de protection ont confié l'exercice de droits publics dans les colonies allemandes. Les Sociétés qui font partie de ces catégories peuvent être investies par le Bundesrath de la personnalité juridique, si leurs statuts répondent au § 9 de la loi et si le Chancelier y consent ; elles sont soumises à la surveillance du Chancelier dont les pouvoirs spéciaux doivent être mentionnés dans les statuts.

Naturellement la loi du 15 mars 1888 ne s'oppose nullement à la constitution des Sociétés par actions ayant pour but des entreprises coloniales privées.

XII. — Enfin, le § 14 de la loi sur les protectorats a, en matière de cultes, garanti la liberté de conscience et la tolérance religieuse pour tous les cultes reconnus sur le territoire de l'Empire. Cette loi dispose, en outre, qu'il ne sera apporté aucune entrave à l'exercice public et libre de ces cultes, ni à la faculté pour ceux-ci d'élever des édifices religieux et d'établir des missions au profit des différentes communions religieuses. Ces dispositions ne préjudicient en rien au droit des autorités d'exercer, sur ces établissements religieux, une surveillance motivée par un intérêt de sûreté générale. C'est ainsi que les autorités sont autorisées à prendre des mesures de police en ce qui concerne les constructions même destinées à servir d'édifices religieux, lorsque les intérêts de sûreté et d'hygiène générale peuvent être lésés ; elles ont également la faculté d'expulser des étrangers, alors même qu'une mission pourrait être

atteinte par cette mesure. Le § 11 dont il est ici question ne s'applique point à l'organisation des églises dans les pays de protectorat, comme, par exemple, s'il s'agissait de la fondation d'un évêché, à moins que, par cette organisation spéciale, le principe de la liberté de l'exercice public des cultes ne soit atteint.



FIN DU TOME II

SAINT-AMAND, CHER. — IMPRIMERIE BUSSIÈRE

CHAPITRE V L'ORGANISATION DE LA PUISSANCE D'EMPIRE (suite)

1^e SECTION: Les autorités et les fonctionnaires de l'Empire.

A Les autorités de l'Empire.

§ 39. - Aperçu théorique sur les autorités de l'Empire

§ 40. - Le Chancelier de l'Empire

§ 41. - Les autorités administratives de l'Empire

§ 42. - Les autorités financières de l'Empire indépendantes

§ 43. - Les autorités juridictionnelles de l'Empire

B Les fonctionnaires de l'Empire.

§ 44. - La notion des fonctionnaires de l'Empire

§ 45. - La nomination des fonctionnaires de l'Empire

§ 46. - Cautionnement des fonctionnaires

§ 47. - Les devoirs des fonctionnaires de l'Empire

§ 48. - Les suites légales de la violation du devoir professionnel

§ 49. - Les droits des fonctionnaires de l'Empire

§ 50. - Revendications des fonctionnaires en matière pécuniaire

§ 51. - Déplacement, mise en disponibilité, suspension

§ 52. - Cessation du contrat de service

§ 53. - Influence de la fonction sur les autres situations juridiques

CHAPITRE VI LA LEGISLATION DE L'EMPIRE

§ 54. - La notion de la loi et ses éléments

§ 55. - De la confection de la loi suivant la Constitution de l'Empire

§ 56. - Des lois au sens formel

§ 57. - Effets des lois de l'Empire

§ 58. - Les ordonnances réglementaires de l'Empire

§ 59. - Législation de l'Empire et législation des pays confédérés

CHAPITRE VII LES TRAITES INTERNATIONAUX

§ 60. - Définition et nature juridique

§ 61. - Conclusion des traités internationaux

§ 63. - De la validité des traités internationaux au point de vue du droit public

§ 63. - Traités internationaux des membres de la Confédération

CHAPITRE VIII L'ADMINISTRATION

§ 64. - Définition de l'administration

§ 65. - Les formes des actes administratifs

§ 66. - Relation entre l'administration de l'Empire et l'administration des Etats confédérés

CHAPITRE IX RÉGIME SPECIAL AUQUEL EST SOUMISE L'ALSACE-LORRAINE DANS L'EMPIRE

§ 67. - Etat confédéré et terre d'Empire

§ 68. - Organisation de la terre d'Empire

§ 69. - La législation relative à l'Alsace-Lorraine

APPENDICE

SITUATION JURIDIQUE DES COLONIES ALLEMANDES

FIN DE LA TABLE DU TOME SECOND