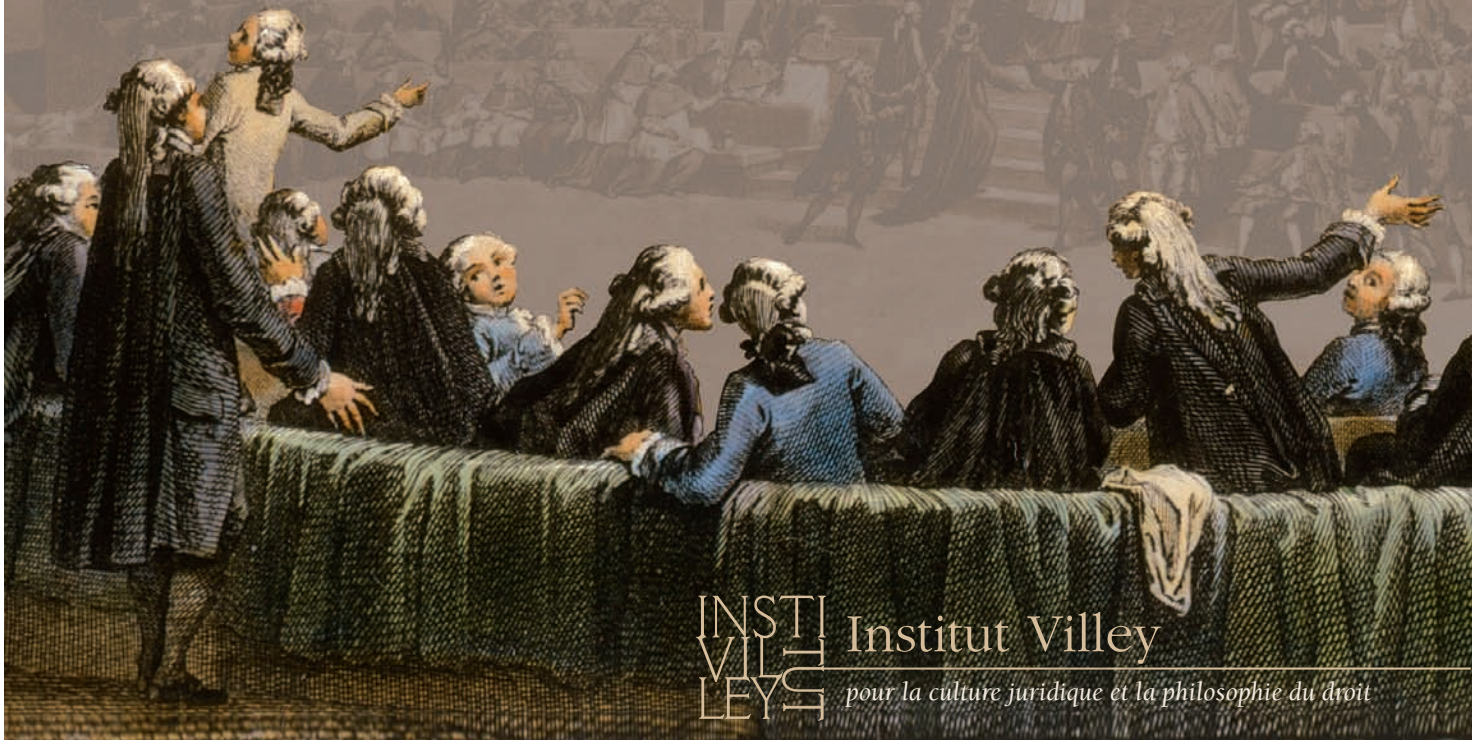
Jus Politicum

Revue de droit politique

Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel



Institut Villey
pour la culture juridique et la philosophie du droit

Directeurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

Directeur de la publication

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

Fondateurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

Conseil de rédaction

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil),
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas),
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),
Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes),
Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas),
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),
Thibault Guilluy (Université de Lorraine),
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas),
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),
Christoph Schönberger (Universität Konstanz),
Adam Tomkins (University of Glasgow)
Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

Conseil scientifique

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaud (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

Secrétaire de rédaction

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

Assistants d'édition

Martin Hullebroeck (Université Panthéon-Sorbonne et Université libre de Bruxelles)
Ina Belcheva (Université Panthéon-Sorbonne)

Jus Politicum – Revue de droit politique
nº 25 (Janvier 2021)

Doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel 3

Olivier Jouanjan : *Présentation* 5

Lucien Jaume : *L'idée de démocratie autoritaire* 9

Bernardo Sordi : *Droit constitutionnel et droit administratif sous le fascisme* 17

Oscar Ferreira : *Un héritage indicible du constitutionnalisme octroyé ? La doctrine constitutionnelle éclectique des cathédocrates sous l'État Nouveau portugais* 27

Louis Terracol : *La doctrine de Vichy* 65

Baptiste Bianchi : *Le destin de la théorie du dépérissement de l'État De la formation du marxisme russe à la dérive totalitaire du régime soviétique* 77

Olivier Jouanjan : *Dialectique de la concrétude* 99

Gábor Halmai : *lliberal Constitutional Theories* 135

Autour de J-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel* 153

Bruno Daugeron : *Présentation* 155

Jean-Marie Denquin : *Penser le droit constitutionnel ?* 157

Manon Altwegg-Boussac : *Faire apparaître l'objet constitutionnel À propos de l'ouvrage* Penser le droit constitutionnel *de Jean-Marie Denquin* 167

Véronique Champeil-Desplats : *À propos du livre réunissant quelques articles choisis de Jean-Marie Denquin* 175

Thibault Guilluy : *À propos de* Penser le droit constitutionnel 183

Frédéric Rouvillois : *Denquin et les idoles* 189

Alexandre Viala : *Jean-Marie Denquin face aux mutations contemporaines du constitutionnalisme* 195

Penser le droit constitutionnel 203

Varia **217**

Thibault Desmoulins : *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale* 219

Mickaël Lavaine : *Du libéralisme au néolibéralisme dans la jurisprudence administrative de l'entre-deux guerres*....253

Nicolas Thiébaut : *La séparation « physique » des pouvoirs sous les régimes préparlementaires*....287

Recensions.... **311**

Olivier Beaud : *V. Fritz,* Juges et avocats généraux de la Cour de Justice de l'Union Européenne (1952-1972) *(2018)*....313

Lucien Carrier : *R. Schütze et S. Tierney (dir.),* The United Kingdom and the Federal Idea *(2018)*....323

Franck Laffaille: *L'aube du droit constitutionnel. A. Le Quino et T. Santolini (dir.),* Trois précurseurs italiens du droit constitutionnel *(2019)*....339

Éric Thiers : *E. Lemaire (dir.),* Les groupes parlementaires *(2019)*....369

Mémoires **381**

Loïc Barillot : *Le contentieux constitutionnel de l'état d'urgence* 383

Joachim Tavoillot : *Constitution et système de gouvernement chez Raymond Carré de Malberg* 477

Doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel

Olivier Jouanjan

Présentation

Les contributions réunies ci-après interrogent les doctrines de certains États autoritaires ou totalitaires. Elles sont tirées d'exposés présentés lors de la journée d'étude « Doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel » organisée par l'Institut Michel Villey de l'Université Panthéon-Assas le 10 mai 2019.

Historiens, politologues et juristes ont pu décrire l'organisation et le fonctionnement de régimes brutaux, anciens ou actuels, et dont la liberté des individus n'est pas le fondement. Les qualifications d'« autoritaire » et de « totalitaire » appliquées à tel ou tel régime posent, comme l'on sait, de redoutables problèmes. Il ne s'agit pas seulement de la difficile distinction entre « autoritaire » et « totalitaire », qui tient aussi, mais pas seulement, à la pertinence contestée du concept de « totalitarisme ». De l'autre côté, pour ainsi dire, la délimitation entre « régime autoritaire » et « régime démocratique », « régime libéral » ou encore « démocratie libérale » apparaît labile : les expressions de « libéralisme autoritaire » – qui signifie un « libéralisme illibéral », un oxymore qui devrait à tout le moins poser question –, de « démocratie autoritaire » ou de « constitutionnalisme autoritaire » sont apparues récemment, sans pour autant que le concept d'autoritarisme ait été véritablement éclairci. Cela dit sans compter l'idée de « démocratie illibérale » qui repose sur les oppositions radicales mises en scène par Carl Schmitt entre « démocratie » et « libéralisme », « démocratie » et « État de droit » ou encore « démocratie » et « représentation ».

On ne propose ici aucune solution théorique à toutes ces questions. Le propos n'est pas davantage de fournir une typologie des régimes « totalitaires » et « autoritaires », ni d'en montrer les mécanismes respectifs. Il est plutôt d'examiner les doctrines juridiques et constitutionnelles qui se sont efforcées, ou s'efforcent encore, de *justifier*, en droit, des systèmes qui, pour le moins, prennent de grandes libertés avec les libertés et avec le droit, même avec celui que ces systèmes édictent ou reconnaissent, même avec la constitution qu'ils se sont donnée à eux-mêmes. Il s'agit donc de considérer dans quelle mesure les discours de la « science » juridique déploient ou non une capacité propre à *tordre* leur propre droit en justifiant son inapplication dans l'espèce, ou bien, plus généralement, par torsion des concepts traditionnels entraînant ainsi la réinterprétation radicale des règles et principes[1]. En filigrane se joue la question du rôle des juristes dans la légitimation de ces régimes.

[1] Sur ce point et s'agissant du régime hitlérien, qui n'est pas étudié ici, je me permets de renvoyer à mon ouvrage : O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017.

Telle est d'ailleurs la principale raison pour laquelle l'expression de « constitutionnalisme autoritaire », telle qu'elle est employée depuis récemment[2], n'a pas été retenue : quelle que soit la signification donnée au mot « constitutionnalisme », il semble raisonnable d'admettre qu'il présuppose que le régime dont on parle ait, à l'égard de sa constitution et de son droit, un respect suffisant ou minimal, que ce régime politique assure l'*effectivité* « en gros et de façon générale » de son droit, particulièrement de son droit public, et fasse ainsi la preuve indispensable de la *validité* de celui-ci[3]. Telle est précisément la présupposition que l'on ne fait pas ici, laissant ainsi ouverte la question de l'effectivité et donc de la validité du droit. Par ailleurs, le mot « constitutionnalisme » – et, avec lui, « néo-constitutionnalisme » – souffre d'une ambiguïté qui rend son emploi incertain. Il désigne parfois une certaine idéologie (au sens neutre de ce terme) constitutionnelle, parfois la forme réglée d'un gouvernement considéré dans ses pratiques. Enfin, l'on peut bien concevoir un « constitutionnalisme autoritaire » pour désigner un régime que l'on peut qualifier d'« autoritaire » dans la mesure où, à tout le moins, comme on a dit, ce régime prend *grosso modo* au sérieux son droit et sa constitution et en assure *globalement* l'effectivité. En revanche, on imagine mal ce que pourrait être un « constitutionnalisme *totalitaire* » en tant que concept *a priori*, indépendamment des expériences concrètes du « totalitarisme ». Tout droit et toute constitution reposent sur de la mesure, des divisions, des distinctions et des séparations. Or, pris au sérieux, l'idée de *totalité* vise, idéologiquement (au sens négatif, cette fois), à surmonter ou effacer mesure, divisions, distinctions et séparations. Conceptuellement, un « constitutionnalisme totalitaire » serait un oxymore.

On peut faire précisément reproche au présent recueil de contributions de ne pas poser au départ les concepts d'« autoritarisme » et de « totalitarisme » afin de clarifier les termes de la discussion. Toutefois, il s'agit d'un choix délibéré et d'un choix passablement raisonné. « Autoritarisme » et « totalitarisme » ne peuvent renvoyer qu'à deux *idéaltypes* susceptibles de caractériser certains États modernes et contemporains. Or, d'une part, ces deux idéaltypes ne sont pas encore, si l'on voit bien, suffisamment stabilisés, que ce soit dans les sciences historiques, politiques ou juridiques. Cette absence de consensus scientifique empêchait en tout état de cause de plaquer sur les recherches présentées ici une conceptualité très incertaine, sauf à entreprendre un coup de force, une sorte de *décisionnisme scientifique*, qui certes connaît de beaux jours, mais qui apparaît intellectuellement peu satisfaisant et, pour le coup, très autoritaire.

La construction d'un idéaltype, au sens de Max Weber, c'est-à-dire comme « tableau de pensée[4] », suppose une base « empirique » et procède donc *d'abord* de l'induction. Sur ces questions du totalitarisme et de l'autoritarisme, la meilleure science historique et politique commence par décrire certains régimes afin de *voir* ce qu'il en est, et de considérer si certains traits significatifs permettent de distinguer entre régimes totalitaires et régimes autoritaires, au sein même des régimes

[2] M. Tushnet, « Authoritarian Constitutionalism », *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015, p. 391 ; H.A. Garcia et G. Frankenberg (dir.), *Authoritarian Constitutionalism.Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019.

[3] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. Ch. Eisenmann, Paris 2e éd., Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1999, note p. 215.

[4] M. Weber, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales » (1904), in *Essais sur la théorie de la science*, trad. fr. J. Freund, Paris, Presses-Pocket, 1992, p. 171.

violents, et si une telle distinction entre deux idéaltypes est susceptible de contribuer à la connaissance des systèmes politiques. Il n'y a pas d'*essence* du totalitarisme ou de l'autoritarisme, il n'y a que des phénomènes politiques qu'il s'agit d'ordonner, en élaborant des *objets construits*, afin de mieux les comprendre.

Une même méthode inductive est amorcée ici. Nous présentons des cas en espérant que cette démarche pourra contribuer à la connaissance de phénomènes politiques passés ou actuels. Cependant, nous le faisons avec une conviction qui ne cherche certainement pas à invalider les recherches historiques ou politologiques, mais qui entend seulement amplifier le regard, le faisant aller aussi, au-delà des pratiques, jusqu'aux discours juridiques de justifications, malgré ce qui a été dit plus haut de l'effectivité de ces droits et de ces constitutions. Cela reste une image relativement cachée des tableaux proposés de l'autoritarisme et du totalitarisme et qui, pourtant, participent de la *réalité* de ces régimes et à leur compréhension. Il s'agit donc de *compléter* le tableau afin que ces discours puissent aussi y être vus. Telle est du moins la conviction.

C'est pourquoi l'on ne propose que l'étude de quelques cas. Ces cas ont été choisis non pas arbitrairement, mais intuitivement, en fonction également des compétences disponibles. On regrettera, avec raison, que certains systèmes politiques, notamment parmi les plus actuels, ne soient pas traités : la Russie, la Chine, la Turquie, pour ne citer que les plus exemplaires. L'ambition reste donc modeste et ne vise qu'à proposer une *contribution* à l'étude des régimes constitutionnels autoritaires ou totalitaires en prenant appui sur le cas d'un petit nombre de régimes. Malgré cela, il s'agit aussi d'élargir notre champ de vision et d'augmenter un peu la profondeur de champ dans notre perception de ces régimes en proposant d'y intégrer aussi les doctrines, les discours sur le droit et la constitution qui font également partie des « tableaux de pensée » grâce auxquels nous pouvons mieux voir, saisir et donc comprendre ce qu'il en est des États « totalitaires » et « autoritaires ». On laisse la tâche de la synthèse conceptuelle, importante et difficile, aux lecteurs et à de nouvelles recherches et réflexions.

Il n'est nul besoin d'insister sur le fait que, dans l'état actuel du monde, cette tâche est impérieuse autant qu'urgente.

Olivier Jouanjan

Olivier Jouanjan est membre de l'Institut Michel Villey, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et professeur honoraire à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau. Il a notamment publié *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi* (Paris, PUF, 2017).

Lucien Jaume

L'idée de démocratie autoritaire

Quelques réflexions

La formule « démocratie autoritaire » peut surprendre, elle est cependant attestée dans l'histoire et, de nos jours, correspond assez bien à la Hongrie de Viktor Orbán ou à la Turquie de Erdogan : restriction des libertés modernes, pressions diverses sur les médias et sur la justice, personnalisation du pouvoir issu des urnes, lui-même centré sur la personnalité du leader. En fait, la démocratie autoritaire apparaît comme la figure inversée du schéma démocratique classique ; au lieu que le peuple contrôle le pouvoir de façon constitutionnelle et selon des moyens d'expression publique (presse, réunions, etc.), c'est le pouvoir gouvernant qui entend *contrôler le peuple* en usant de tous les moyens – manipulation des institutions, corruption, intimidations et répression. De ce fait, le souci du pouvoir sera (1) de veiller attentivement sur sa légitimité au sein des masses, (2) de pratiquer un degré de violence qui néanmoins ne fasse pas basculer dans la dictature, le parti unique, et, en fin de compte, le système totalitaire. Nous verrons, en premier lieu, que la quête de légitimité dans ces conditions requiert d'établir une *identité* présumée entre gouvernants et gouvernés : c'est un thème récurrent des pouvoirs autoritaires qui affirment être la traduction directe de la volonté populaire, contre tous les systèmes de médiations ou de représentation. Ensuite, on pourra comparer avec l'État totalitaire, dans le fascisme italien ; le rapport société–État est bouleversé car le mécanisme autoritaire (le gouvernement contrôle le peuple) est cette fois poussé à bout. En dernier lieu, je voudrais poser la question de la démocratie athénienne au temps de Périclès : c'est pour le moins, une démocratie d'autorité, sinon autoritaire, illustrant la puissance du *demos*, ce qui nous renvoie finalement au grand problème non de la souveraineté, mais de l'autorité en démocratie.

Démocratie autoritaire et recherche d'identité

L'appellation ici examinée, la « démocratie autoritaire » peut sembler un oxymore, puisque la démocratie est associée à la jouissance de la liberté à travers la souveraineté du peuple. D'ailleurs, les critiques de la démocratie ont souvent comparé cette dernière à l'anarchie, par l'instabilité ou versatilité de l'opinion publique mise en coupe réglée soit par les orateurs (antiquité) soit par les médias (règne de l'opinion publique et de l'opinion sondagière). Dans des passages remarquables de *De la Démocratie en Amérique*, Tocqueville compare la « puissance du public », selon son expression, et le règne de l'opinion à une nouvelle religion : la croyance

démocratique dans la justesse de l'avis majoritaire va jusqu'à inhiber l'individu en désaccord avec le collectif[1].

La « démocratie libérale » est ce dispositif qui depuis les trois révolutions (Angleterre, France, Amérique) soumet la puissance de la volonté populaire à des filtres (la représentation selon Sieyès ou Madison)[2] et à des limitations (constitutionnalisme, séparation des pouvoirs). La liberté démocratique, de ce fait, est une liberté réglée par la loi commune dont le souverain est supposé être l'origine et (selon le constitutionnalisme développé) le contrôleur, tout comme le pouvoir gouvernant doit être sanctionné ou confirmé par la voix du souverain.

Au début de la Troisième République, un républicain socialiste comme Louis Blanc affirme que « le suffrage universel a pour résultat l'identification d'une minorité éclairée avec le pouvoir d'une majorité convaincue[3] ». Le terme important, nodal, est « identification » ; la légitimité démocratique tient à cet effet réussi du vote : il transfère magiquement la personnalité des uns dans celle des autres – contrairement aux propos de Rousseau, pour qui la volonté ne se transmet pas, car « elle est la même ou elle est autre ». Mais que devient alors la puissance du peuple, ce *kratos* originel qui fait que le peuple (politique) est le peuple, qu'il règne comme un roi en majesté ? Eh bien, répond Louis Blanc, ce vote « met la force au service de la lumière », c'est-à-dire qu'il opère une transmutation heureuse, il projette, dit-il encore, « la légitimité dans la puissance » de l'État. Belle formulation, qui semblerait résoudre l'épineuse question du souverain qui ne gouverne pas. Car si le souverain monarchique prouve sa puissance par les ordres qu'il donne et par l'autorité qu'il incarne, qu'en est-il du peuple souverain qui n'agit pas mais délègue[4] ? Épineuse question encore que celle de la minorité qui *veut pour* la majorité ou pour la totalité.

---

[1] Tocqueville écrivait notamment : « Quelles que soient les lois politiques qui régissent les hommes dans les siècles d'égalité, l'on peut prévoir que la foi dans l'opinion commune y deviendra une sorte de religion dont la majorité sera le prophète ». Et, un peu plus loin : on peut penser que les hommes « n'auraient point trouvé [dans la démocratie] le moyen de vivre indépendants ; ils auraient seulement découvert, chose difficile, une nouvelle physionomie de la servitude » (A. DE TOCQUEVILLE, « De la source principale des croyances chez les peuples démocratiques », *De la démocratie en Amérique*, vol. II, Partie I, éd. F. Furet, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 18-19.

[2] On peut songer à l'opposition que Sieyès trace entre la démocratie, organisation d'une société peu développée, et le « gouvernement représentatif » qui accompagne la division du travail, le développement des richesses, la formation d'une élite, par exemple dans le discours du 7 septembre 1789 sur le veto royal. Madison, de son côté, écrivait : « Une république, j'entends par là un gouvernement dans lequel l'idée de représentation existe, offre un point de vue différent » de celui de la démocratie pure et permet de contrer ou d'affaiblir le danger des factions (J. MADISON, « N° 10 » (1787), in J. MADISON, A. HAMILTON et J. JAY, *Le Fédéraliste*, Paris, LGDJ, Economica, 1957, p. 73).

[3] L. BLANC, discours du 13 mars 1873, cité par P. ROSANVALLON, *La Démocratie inachevée*, Paris, Gallimard, 2000, p. 238.

[4] On peut de plus évoquer les railleries de Bossuet, ou encore de Guizot, sur le « fantôme » du peuple souverain. Si le peuple est souverain qui dominera-t-il ? demande Bossuet dans le *Cinquième avertissement aux protestants* (1690), texte reproduit dans P. JURIEU, *Lettres pastorales XVI, XVII, XVIII, 1689. Suivi de la réponse de Bossuet, « Cinquième avertissement aux protestants », 1690*, Caen, Presses universitaires de Caen, 1991, p. 464-465. De son côté, Guizot demande : « quel est ce sujet souverain qu'on ne voit pas et qui ne possède pas de corps, qui reste anonyme ? ». Voir F. GUIZOT, « Philosophie politique : de la souveraineté », in F. GUIZOT, *Histoire de la civilisation en Europe*, éd. P. Rosanvallon, Paris, Hachette, 1985.

À côté de Louis Blanc, on peut aussi évoquer Alfred Fouillée, l'un des pères de l'école républicaine et du socialisme libéral. Dans *Philosophie du suffrage universel*, lui aussi relève le mariage de « l'esprit d'un peuple » – selon son expression – avec l'élite minoritaire, mais ceci à condition que la raison et la justice soient bien ce qui s'exprime dans l'esprit de ce peuple : « Le sort de la démocratie est subordonné à l'existence d'un véritable esprit général et impersonnel dans la majorité des individus ; si cet esprit n'existe pas, le suffrage universel n'est plus qu'une lutte d'intérêts particuliers[5] ».

Une certaine inquiétude est sensible chez Fouillée, mais Louis Blanc, dix ans auparavant n'en était pas exempt non plus, quant à Durkheim, il traitera abondamment de la difficulté à admettre *l'individualisme moderne* dans le cadre de la République. Sa recherche est une illustration de la tension entre autorité et liberté qui s'exprime notamment lors de l'affaire Dreyfus, à propos de laquelle il écrit *L'individualisme et les intellectuels* (1898). Considérant qu'il a trop donné à l'autorité du collectif, Durkheim tord le bâton dans l'autre sens de façon à asseoir les droits de l'homme :

> Ainsi l'individualiste, qui défend les droits de l'individu, défend du même coup les intérêts vitaux de la société ; car il empêche qu'on n'appauvrisse criminellement cette dernière réserve d'idées et de sentiments collectifs qui sont l'âme même de la nation. Il rend à sa patrie le même service que le vieux Romain rendait jadis à sa cité quand il défendait contre des novateurs téméraires les rites traditionnels[6].

L'argument est pour le moins surprenant : contre le boulangisme qui menace, il s'agit de réintégrer les droits de 1789 à une tradition française. C'est l'autoritarisme qui est nouveau, pas l'individualisme libéral, mais Durkheim ne restera pas sur ces positions, comme indiqué en note.

Les auteurs républicains ici évoqués partagent les questions (autorité et liberté, individu et collectif, démocratie et délégation) que les tenants d'une démocratie autoritaire ont prétendu dans le passé ou prétendent aujourd'hui résoudre – à leur façon. Citons Louis-Napoléon Bonaparte, qui, dans sa proclamation du 14 janvier 1852, en tête de la nouvelle Constitution, déclare : « La Constitution actuelle proclame […] que le chef que vous avez élu est responsable devant vous […]. Étant responsable, il faut que son action soit libre et sans entraves[7] ».

La légitimité du prince-président (puis de l'empereur) réside donc dans le tête-à-tête toujours possible (plébiscite) entre le gouvernant et le peuple français.

---

[5] A. Fouillée, « La philosophie du suffrage universel », *Revue des Deux Mondes*, nº LXV, 1884, p. 106.

[6] É. Durkheim, « L'individualisme et les intellectuels », in É. Durkheim, *La Science sociale et l'action*, éd. J.-C. Filloux, Paris, puf, 1987, p. 274. Comparer, par exemple avec le texte intitulé « Le dualisme de la nature humaine » : « La société a une nature propre et, par suite, des exigences toutes différentes de celles qui sont impliquées dans notre nature d'individu » (*ibid*, p. 331). Toute la problématique de Durkheim peut se lire dans cette formule lapidaire : « La société nous oblige parce qu'elle nous domine ». Le développement principal se trouve dans le cours fait à la Sorbonne en 1902-1903 sur *L'Éducation morale* : « L'homme n'agit moralement que quand il poursuit des fins supérieures aux fins individuelles, quand il se fait le serviteur d'un être supérieur à lui-même et à tous les autres individus » ; Durkheim poursuit en désignant « l'être divin ou l'être social » (É. Durkheim, *L'Éducation morale*, éd. P. Fauconnet, Paris, Félix Alcan, 1925, p. 69).

[7] J. Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Flammarion, 1995, p. 289.

L'identification dont parlait Louis Blanc est réaffirmée, toujours par le suffrage universel, mais nourri des pressions administratives les plus diverses, tant sur les électeurs que sur la presse, les associations, etc. Une brochure bonapartiste écrit : « L'Empereur ! C'est l'homme qui résume la France, non pas avec l'égoïsme absorbant et superbe d'un Louis XIV, mais avec la grandeur de la souveraineté populaire[8] ».

Le bonapartisme se désigne comme « démocratie impériale », une démocratie où l'autorité a été rétablie en vue du développement économique et pour la satisfaction du peuple contre les notabilité orléanistes ou légitimistes. Le rédacteur de la proclamation salue l'œuvre de centralisation et de radicalisation égalisatrice que le peuple a accompagnée depuis 1789 : « Aussi, écrire en tête d'une charte que ce chef est irresponsable, c'est mentir au sentiment public, c'est vouloir établir une fonction qui s'est trois fois évanouie au bruit des révolutions ». Ainsi 1789, 1830, 1848 ont donné pour résultat un régime qui doit éteindre toute révolution à l'avenir : Napoléon a ouvert la voie, l'édifice est maintenant terminé, l'Empire sera héréditaire.

Dans des contextes différents, les démocraties autoritaires reviennent toujours à ce thème de *l'identité* trouvée entre gouvernants et gouvernés, voire à la métaphore (ou au fantasme social) du peuple au pouvoir. Elles veulent répondre à la difficile équation que nous avons définie : dans la démocratie représentative, le peuple est souverain mais ne gouverne pas. On sait que, dans sa *Théorie de la constitution*, Carl Schmitt, rejetait la procédure même de représentation, afin que l'identité entre le peuple qui « acclame » et le chef qui gouverne s'opère sans médiation[9]. Dès 1928, il appelait à « débarrasser la démocratie de sa gangue libérale ». En d'autres termes, la *puissance* du peuple exige de refuser les médiations institutionnelles que le libéralisme établit, de façon à promouvoir, telle un diamant débarrassé de sa gangue, la pure volonté du peuple. Cependant, comme Schmitt l'écrit, la dictature n'est pas, selon lui, contradictoire avec la démocratie. Sa pensée allait vers l'État totalitaire italien (*lo Stato totalitario*) dont il suivait attentivement les évolutions[10].

Le renversement propre au fascisme

Le cas du fascisme est intéressant car il entendait pousser plus loin le renversement que j'ai évoqué entre le leader au pouvoir et le « contrôleur » (comme disait le philosophe Alain dans la même période), qui devient le contrôlé. Selon Mussolini (en dialogue avec E. Gentile), l'individu n'est pas ce qui fait face à l'État dans sa personnalité, ses droits et sa vie en société, mais ce qui résulte de l'État, source première de la société : « Le libéralisme niait l'État, dans l'intérêt de l'individu ; le fascisme réaffirme l'État comme la véritable réalité de l'individu[11] ».

---

[8] (Anon), *L'Empereur*, Paris, Plon, 1869 (brochure anonyme).

[9] Sur l'acclamation, voir : C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, puf, 1993, p. 382.

[10] Voir H. Rabault, « Carl Schmitt et l'influence fasciste. Relire la Théorie de la Constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, nº 88, 2011, p. 709-732, [https://doi.org/10.3917/rfdc.088.0709].

[11] B. Mussolini, *La Doctrine du fascisme*, 3e éd., Florence, Vallecchi, 1938, p. 7.

Le grand juriste pénaliste Alfredo Rocco, ministre de la justice, expose le renversement total que le fascisme opère par rapport au libéralisme, au socialisme réformiste et à la démocratie elle-même ; ces conceptions ont tenu l'individu pour finalité de l'État moderne qui devait veiller au bien-être et au bonheur des membres de la société ; alors que « pour le fascisme, la société est [une] fin et l'individu un moyen[12] ». Mais cette société existe par l'État qui la réorganise et par la discipline dans les corporations, l'enseignement, etc. Rocco affirme que « pour le fascisme, le problème prééminent est celui du droit de l'État et du devoir de l'individu ».

Mussolini, Gentile, divers auteurs affirment que l'individu *est* l'État lui-même par intériorisation et incorporation au dit État. B. Brunello écrit :

> La révolution contemporaine, en effet, touche l'homme dans son for intérieur [...], [elle] entend que l'âme de l'homme lui appartienne dans ce qui est mœurs, adéquation de la pensée à l'idéal révolutionnaire, sacrifice permanent à la cause, etc. L'individu appartient donc tout entier à l'État et devient lui-même État, car chacune de ses pensées, chacun de ses actes n'a de valeur qu'en tant qu'il traduit le principe pour lequel l'État lui-même existe[13].

Cette mystique de l'identification homme-État devient extatique, lorsque l'auteur ajoute : « Cette immanence parfaite de la vie individuelle à la vie sociale constitue l'essence de la révolution totalitaire ». Le phénomène est « parfait » !

Sans vouloir rouvrir le débat des années 1960 sur le totalitarisme (autour de H. Arendt), il faut noter ici le passage de la démocratie autoritaire au système totalitaire – un débat qui a d'ailleurs lieu en Italie sur le phénomène fasciste. Je dirais que, dans le premier cas, il ne s'agit pas de détruire les institutions démocratiques mais de les débarrasser des freins et des contrepoids de la tradition libérale[14]. Dans le cas totalitaire, il est licite d'affirmer que doit être sans limites l'intervention de l'État, ou bien l'action du parti-État. La formule connue de la Révolution culturelle chinoise, « Changer l'homme dans ce qu'il a de plus profond » est une réplique exacte du propos de Brunello : toucher l'homme dans son for intérieur.

La démocratie autoritaire reconnaît le problème de la légitimité engendré par la séparation de l'homme et du citoyen, de la société civile et de l'État. Ces séparations sont issues de la vision libérale, qui se constitue à partir de la Renaissance, avec le concours notamment de la Réforme protestante. Or, le système totalitaire nie ces séparations, pour le service de l'État, de la race ou de la dictature du prolétariat.

Les fragilités internes de la démocratie

Faut-il penser que l'idéal démocratique est justement le meilleur antidote à ces conceptions qui organisent un asservissement du « peuple souverain » ? La démocratie directe sous sa forme pure serait-elle, comme à Athènes, la seule garantie à l'illusion du politique, spécifiquement l'illusion du « peuple au pouvoir » ?

---

[12] A. Rocco, conférence du 30 août 1925 à Pérouse, reproduite dans : R. de Felice, *Autobiografia del fascismo. Antologia di testi facisti, 1919-1945*, Turin, Il Giornale, 2015 [2001], p. 238.

[13] B. Brunello, « Forme ed esigenze dello Stato totalitario » (1940), in E. Gentile, *La Voie italienne au totalitarisme. Le parti et l'État sous le régime fasciste*, Paris, Éditions du Rocher, 2004, p. 222-223.

[14] Voir nos remarques sur les actuelles démocraties illibérales : L. Jaume « Démocratie illibérale : une nouvelle notion ? », *Constitutions,* nº 6, 2019, p. 177 *sqq.*

D'une part, l'exemple athénien nous montre une société qui vante le règne des lois, où le peuple connaît l'identité, non entre société et État, mais entre la puissance et le droit de décider. Mais, à Athènes, il existe quatre classes censitaires (au moins du VIII^e^ au V^e^ siècle ACN) : le tirage au sort ne donne les magistratures qu'aux plus riches. La liberté égale de parole (*isegoria*) est théorique : seuls les plus pauvres viennent généralement à l'Ecclesia et ce sont les leaders des factions qui parlent. En effet, toute prise de parole court le risque de la terrible inculpation de *graphe paranomôn*, par laquelle on peut être mis en jugement (devant un tribunal populaire), et parfois très sévèrement puni, pour avoir remis en question des lois antérieures.

La surveillance et la dénonciation vis-à-vis des riches pour insuffisance de contribution (liturgies, armement de la cité) est permanente et pesante. D'ailleurs, la dénonciation (*eisangelia*), considérée comme preuve de civisme, est fortement encouragée : elle peut être portée devant l'*Ecclesia*, contre un citoyen présent dans l'Assemblée, ou devant la *Boulè*, contre les magistrats pour mauvaise administration.

Le texte de la loi autorisant la dénonciation en Assemblée du peuple est singulièrement extensif : « Quiconque tente de renverser la démocratie […]. Quiconque, en tant qu'orateur, ne prend pas la parole pour servir les intérêts du *demos* d'Athènes[15] ».

Si l'on ajoute la pratique de l'ostracisme (dix ans d'exil) contre les personnalités trop populaires, on voit que la démocratie athénienne ne manquait pas d'outils pour l'autorité du corps des citoyens, y compris sur le plan des inégalités sociales. Mais il existe le cas célèbre de certains gouvernants, comme Périclès, réélu quinze fois de suite à la fonction de stratège[16] ; l'art de mobiliser le peuple, de calmer ses emportements ont rendu célèbre Périclès, malgré les moqueries des auteurs comiques ; lui, qui, figure de proue de la démocratie, était issu d'une noble et ancienne famille.

Il faut noter que la surveillance de tous sur chacun, et réciproquement, n'était pas le fait du pouvoir administratif – pour ne pas employer ici le mot État – mais du peuple lui-même, dans sa vie politique comme dans sa vie sociale (surveillance du voisinage sur les riches, par exemple). Ce pouvoir populaire était par ailleurs contesté, l'épisode des Trente Tyrans montre comment la démocratie pouvait être haïe.

Peut-être faudrait-il conclure ce bref exposé par l'idée suivante : on ne peut pas dire que la démocratie en général ou dans l'absolu *constitue par elle-même* la solution à ses problèmes et à ses dérives ; la « démocratie autoritaire » ne doit pas être considérée comme un oxymore, elle fait partie de la matrice démocratique dès lors que le culte de la puissance du nombre prend le pas sur la modération, le respect des limites données à la puissance. On sait que Tocqueville considérait que, prise en elle-même, la démocratie n'est pas une garantie de liberté(s).

---

[15] Sur ces questions, voir notamment M.H. HANSEN, *La Démocratie athénienne à l'époque de Démosthène*, Paris, Tallandier, 2009 [1993]. En fait couvre toute l'histoire politique grecque, livre fondamental.

[16] La stratégie ne concerne pas seulement le domaine militaire, mais aussi l'élaboration de projets de lois et de la ligne politique, au sein de la *Boulè*. Les dix stratèges doivent être élus (et non tirés au sort) une fois par an.

Les modernes ont appelé démocratie libérale ce type de régime où le peuple apprend à se méfier de ses propres démons. Mais déjà Aristote traitait d'une forme de monarchie du peuple-roi (*pambasileus*), où les décrets remplacent les lois et où il n'est plus question de préserver la stabilité et l'ancienneté : « Le pouvoir suprême appartient aux masses et non à la loi, et cela a lieu quand ce sont les décrets (*psêphismai*) qui décident souverainement et non la loi (*nomos*). Pareil état de choses est dû aux démagogues[17] ». Le décret du démagogue prétend exécuter sans détours et sans délais « ce que le peuple veut » (comme on dira ensuite, en 1793, chez les sans-culottes de la Révolution française).

Concluons que la démocratie de la modération institutionnelle est sans cesse observée, et souvent menacée, comme aujourd'hui, par sa rivale jalouse : la démocratie des autoritaires.

Lucien Jaume

Normalien (Saint-Cloud), agrégé de philosophie, docteur d'État en science politique, directeur de recherche émérite au CNRS (CEVIPOF et Sciences Po).

[17] Aristote, *Politique*, trad. J. Tricot, Livre IV, 4, 1292a5, Paris, Vrin, 1982, p. 279.

Bernardo Sordi

Droit constitutionnel et droit administratif sous le fascisme

I. Fractures constitutionnelles

L'Italie n'a, avant le fascisme, aucune tradition républicaine qui se baserait sur le modèle de la Troisième République. Le rôle du roi dans les équilibres de gouvernement est resté très important pendant toute la période de l'Italie libérale, à partir de l'unification politique en 1861, conditionnant la forme parlementaire du gouvernement[1].

Le suffrage universel arrive seulement avec les lois de 1912 et 1913 et le système de représentation proportionnelle, typique d'une vie politique fondée sur des partis politiques, date de 1919, trois ans avant la prise du pouvoir du parti fasciste.

L'administration – avec quelques exceptions au niveau des municipalités – n'a jamais connu de formes de démocratisation.

Néanmoins le début du fascisme marque une profonde rupture constitutionnelle.

Certes, le roi reste – le fascisme serait une dyarchie entre le roi et le *Duce* – tout comme la constitution libérale (*Statuto Albertino* 1848) reste en vigueur, sur le plan formel. Mais tous les équilibres constitutionnels sont bouleversés, particulièrement avec les lois dites *fascistissime* de 1925–1926[2].

La forme de gouvernement change : le régime parlementaire est dissout et le régime du Premier Ministre, *Duce* du fascisme commence ; l'Exécutif gagne des pouvoirs significatifs de législation ordinaire et un vrai système électoral n'existe plus et ne devient, avec la négation du pluralisme politique, qu'un instrument de simple ratification plébiscitaire. Seul le Sénat royal reste en continuité avec la tradition constitutionnelle du XIX^e^ siècle, mais le Parlement, en 1924, quinze ans avant la substitution de la Chambre des députés en 1939 en Chambre des corporations, a déjà, presque complètement perdu de son importance. Le Grand conseil du fascisme, à l'origine, simple organe du parti fasciste – désormais parti unique – devient, en 1928, organe constitutionnel de l'État[3].

---

[1] C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1994)*, Rome, Bari, Laterza, 2002 ; R. Romanelli (dir.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Rome, Donzelli, 1995.

[2] On fait référence surtout à : L. n. 2263 24 déc. 1925, *sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo*, Primo Ministro Segretario di Stato ; L. n. 100 31 jan. 1926, *sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche.*

[3] L. n. 2693, 9 déc. 1928, *Ordinamento e attribuzioni del Gran Consiglio del Fascismo.*

Et c'est justement sur le plan constitutionnel que se forme le totalitarisme fasciste. Les secteurs principaux d'intervention législative du régime sont de nature constitutionnelle : la forme du gouvernement et les pouvoirs du premier ministre, le régime électoral, la discipline des associations politiques et syndicales, la presse, l'organisation des pouvoirs locaux (communes et provinces). Et encore la torsion autoritaire du droit pénal – formidable instrument de répression pendant le régime – avec la création en 1926 d'une justice politique (le Tribunal spécial pour la défense de l'État), le nouveau Code pénal Rocco de 1930 et la loi de police, l'année suivante, axe fondamental d'un État policier rude et farouche[4].

À côté des transformations institutionnelles, c'est une nouvelle « liturgie politique » qui se développe ; le fasciste est l'Homme nouveau qui doit répéter les gestes de l'ancien légionnaire romain ; le mythe du Chef, en même temps du parti et de l'État, offre un caractère typiquement césariste au régime fasciste. Cette liturgie politique fasciste complexe aura une fonction essentielle dans les processus de mobilisation des masses populaires et dans la substitution de tous les mécanismes de représentation politique à base démocratique. La dialectique entre l'organisation du parti et l'organisation étatique n'est pas seulement un problème théorique qui occupe les juristes du droit public, pendant vingt ans, mais cela reste un problème historiographique majeur qui a ses scansions chronologiques – entre mouvement fasciste (avant 1926) et régime fasciste (après 1926) –, ses conflits, ses alliances.

Les juristes s'approprient les nouveautés du totalitarisme sans embarras. Ils définissent l'État fasciste comme un État totalitaire et ils sont prêts à mettre en place une systématisation juridique aux nouveautés du régime. D'ailleurs la tâche n'est pas difficile : les transformations ont toutes été introduites par des lois formelles ; de sa part l'étatisme libéral du XIX^e^ siècle est compatible avec ces changements.

On peut donc faire l'exégèse des nouveaux textes normatifs et souligner les continuités avec l'État libéral ; on peut aussi souligner les nouveautés de la révolution fasciste et décrire le rôle fondamental d'intégration politique joué par le parti fasciste.

La doctrine constitutionnelle n'est donc pas unitaire pendant le fascisme. La partie majoritaire de la science juridique demeure celle de formation libérale. Les juristes les plus influents restent les juristes de la tradition libérale : une tradition souvent marquée par un évident autoritarisme. Jusqu'aux lois raciales de 1938, il n'y a pas de ruptures significatives dans l'organisation des facultés juridiques. Nous pouvons rappeler des juristes tels que Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano, Federico Cammeo, Guido Zanobini. Le personnel universitaire – sauf un nombre très réduit de professeurs – conserve sa place. Et seulement deux juristes refuseront de jurer fidélité au régime en 1931 (au total les professeurs qui refuseront de jurer seront 12 sur 1200).

On peut donc évaluer négativement la relative facilité avec laquelle l'université et les facultés juridiques sont intégrées dans les institutions de l'état totalitaire. La controverse demeure sur l'existence des marges d'autonomie que les juristes

[4] G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 370-380 ; L. Lacchè (dir.), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Rome, Donzelli, 2015.

avaient vraiment envers le régime fasciste[5] et sur la rapidité d'assimilation de l'université au fascisme : une université très vite fidèle à la nouvelle liturgie politique. Il existe un évident engagement fasciste des juristes, mais leurs positions sont très variées et nuancées. Dans cette galaxie plurielle et articulée, nous trouvons des juristes très proches du régime mais encore liés à la tradition et d'autres juristes novateurs et politisés[6]. Néanmoins la disparition d'un droit constitutionnel n'est pas à l'ordre du jour dans le régime fasciste en parallèle et analogie avec la déjuridification nazie et l'existence problématique d'un *Staatsrecht* dans les années trente en Allemagne. Le droit constitutionnel reste régulièrement enseigné dans les facultés italiennes.

Par conséquent, le droit constitutionnel continue à être étudié et élaboré sur le plan scientifique. On ne peut pas dire qu'en Italie il y a eu la fin de la théorie et la destruction de la discipline comme on dit pour la « doctrine de l'État sans objet » qui caractérise la situation nazie parallèle[7] : une « rénovation du droit » qui passe à travers la destruction même du droit public[8].

Au contraire, la collatéralité ouverte entre juristes et régime s'exprime la plupart du temps dans la conservation de la méthode, du style, des principes de la tradition libérale, mais avec les modernisations autoritaires imposées par le régime, comme l'hommage constant au législateur fasciste, sans aucun sens critique des nouveautés législatives du régime (même totalitaires) dans les manuels d'enseignement.

Cela arrive sans difficultés particulières. Il n'y a pas de place, dans l'État fasciste, ni pour le *Führerprinzip*, ni pour les ruptures de la légalité formelle. La décision politique se traduit toujours en acte juridique : en loi, en règlement, en acte administratif, en sentence.

En Italie, l'état totalitaire se vêt de façon constante des formes juridiques. Mêmes les brutales lois raciales en 1938 seront des lois en sens formel ; elles seront exécutées par voie réglementaire, donneront lieu à un contentieux judiciaire, annoté sur les revues juridiques. Les mêmes juristes qui définissent l'État fasciste comme un état totalitaire le définissent aussi – et sans réserve – comme un « état de droit », en continuité avec le très critiqué État libéral. Le totalitarisme reste donc en Italie – comme l'a récemment démontré dans un livre important Guido Melis – une « machine imparfaite[9] ».

---

[5] Une critique sévère sur la position conciliante et souvent ouvertement collaborative des juristes italiennes envers le régime fasciste, en I. Birocchi, *L'integrazione dell'Università nello Stato totalitario : la politica e il diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza*, in I. Birocchi, G. Chiodi, et M. Grondona (dir.), *La costruzione della « legalità » fascista negli anni Trenta*, Rome, Tre Press, 2020, p. 23-97.

[6] Pour un bilan attentif de l'historiographie, voir I. Stolzi, « Fascismo e cultura giuridica : persistenze ed evoluzioni della storiografia », *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. LXXXVII, 2017, p. 257-285.

[7] M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, vol. 3, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, Munich, C.H. Beck, 1999, p. 316-380 ; H. Dreier, « Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatrechtslehrer*, vol. 60, 2001, p. 59-60 ; J. Chapoutot, *La révolution culturelle nazie*, Paris, Gallimard, 2017.

[8] O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours nazi*, Paris, puf, 2017, p. 139 *sqq.*

[9] G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, *op. cit.*

Néanmoins une partie significative mais encore minoritaire de la science juridique – les juristes qui peuvent être définis *juristes du régime* et qui furent plus proches de la politique et du parti fasciste – démontrent la nécessité d'un renouveau culturel plus significatif.

Les textes les plus intéressants sont ceux où les juristes du droit public développent la doctrine corporatiste du régime[10]. Je pense particulièrement à Carlo Costamagna et à sa revue, *L'État* ; à Sergio Panunzio ; à l'École de Pise d'études corporatives (Arnaldo Volpicelli et Ugo Spirito).

L'État fasciste est « plus fort » que l'État libéral, pour la simple raison qu'il part du pluralisme social, mais, contrairement à l'État libéral, il veut démontrer qu'il est capable d'unifier et d'intégrer les forces sociales dans une unité plus organique que l'État. Le premier ministre et le gouvernement même sont là pour garantir l'harmonie entre le Parti et l'État, entre les corporations et l'État. La complexité des intérêts sociaux et le pluralisme politique sont de nouveau – et par voie d'autorité – unifiés au cœur de l'État.

Le fascisme incarne un nouveau « sentiment de l'État » – la métaphore corporatiste est l'élément principal de nouveauté – une synthèse de valeur éthique, une nouvelle « unité morale, politique et économique qui se réalise intégralement dans l'État fasciste » (comme l'établit le premier article de la Charte du Travail, manifeste juridique des principes fascistes adopté en 1927).

En général cette littérature, très critique envers la résistance passive que la doctrine traditionnelle oppose aux nouveautés du régime, très importante pour l'évolution du droit social et du droit du travail et pour la compréhension des nouvelles interactions entre droit public et droit privé[11], ne démontrera pas une grande capacité d'innovation théorique sur le plan constitutionnel.

Une exception importante néanmoins existe, c'est Costantino Mortati. Personnage pas particulièrement remarquable, ni sur le plan académique, ni sur le plan politique, pendant la période de l'entre-deux-guerres et que nous ne pouvons pas définir comme un juriste du régime car il n'a aucune charge officielle pendant le *ventennio* et il est loin du parti fasciste, cependant Mortati est l'auteur de deux ouvrages significatifs – le premier de 1931 dédié au Gouvernement ; le deuxième de 1940 dédié à la Constitution matérielle[12].

---

[10] On peut désormais compter sur une vaste littérature critique : L. Ornaghi, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milan, Giuffrè, 1984 ; L. Ornaghi, « Corporazione », in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Rome, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992, p. 469-481 ; P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milan, Giuffrè, 1986 ; P. Costa, « Lo "Stato totalitario" : un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 28, t. 1, 1999, p. 61-174 ; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Rome, Bari, Laterza, 2001, p. 213 *sqq.* ; I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milan, Giuffré, 2007 ; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologne, Il Mulino, 2010 ; A. Gagliardi, *Il corporativismo fascista*, Rome, Bari, Laterza, 2010.

[11] B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologne, Il Mulino, 2020, p. 173-179.

[12] C. Mortati, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milan, Giuffrè, 2000 [1931] ; C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998 [1940]. Sur la

Parmi les juristes, Mortati surtout, poussé par le besoin d'expliquer les nouveautés du parti unique, enrichit le champ théorique du droit public, en analysant les forces, les institutions, les concepts inconnus ou éloignés de l'attention libérale traditionnelle : la constitution – non seulement *la constitution juridique*, la constitution formelle, la constitution écrite, mais aussi la *constitution réelle*, la *constitution vivante,* la constitution en sens matériel, le droit en mouvement de la forme politique. Et encore, les forces et les partis politiques, le gouvernement, l'*indirizzo politico* (le pouvoir du gouvernement de déterminer la meilleure politique nationale), les syndicats, la représentation des intérêts…

Mortati[13] est le juriste éclairé le moins influencé par la rhétorique lourde du régime et qui a continué à jouer un rôle très important lors du passage à la République, avec sa participation active à l'Assemblée constituante et à la fondation du droit constitutionnel républicain.

II. Continuités administratives

Aux fractures constitutionnelles ne correspondent pas de semblables fractures administratives. Même la politique du régime envers la bureaucratie est très prudente. Peu nombreuses sont les épurations politiques, surtout dans l'administration centrale de l'État ; le mouvement des préfets, qui au début du régime est plus consistant, utilise l'instrument des transferts, bien connu par l'État libéral. Mais, en général les fonctionnaires publics ne furent pas intégralement politisés par le régime[14].

Nous devons attendre 1926 pour avoir une réforme vraiment fasciste : l'organisation *podestarile* des communes et des provinces, c'est-à-dire la substitution des maires électifs avec des fonctionnaires honoraires choisis par l'État. Mais une fois encore la valorisation des préfets souligne le contrôle le plus traditionnel de l'exercice du pouvoir que le gouvernement central opère sur la périphérie du pays. En même temps, des modifications de l'organisation ministérielle sont mises en place avec la naissance des nouveaux ministères fascistes (surtout le Ministère des corporations). Néanmoins la transformation de l'ordre bureaucratique reste modeste ; l'image générale est une image de continuité étroite avec l'administration libérale. C'est le style politique qui change quand même. Le rôle du premier ministre est bien plus fort que dans le passé. La Présidence du Conseil des ministres, avec le nouvel organe du secrétariat particulier du *Duce*, devient le vrai centre décisionnel d'un régime typiquement césariste.

---

figure complexe et innovante de Costantino Mortati, on peut voir : M. Galizia et P. Grossi (dir.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milan, Giuffrè, 1990 ; F. Lanchester (dir.), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Naple, Edizioni scientifiche italiane, 1989.

[13] À côté de Mortati on doit rappeler au moins les noms des deux jeunes constitutionnalistes, Carlo Esposito (né en 1902) et Vezio Crisafulli (né en 1910) qui font leurs premiers essais scientifiques dans l'exégèse des lois du régime fasciste, mais avec une extraordinaire capacité d'innover la tradition juridique reçue (V. Crisafulli, « Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico », *Studi urbinati*, vol. XIII, 1939, p. 53 *sqq.* ; C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Padoue, Cedam, 1934. Tous les deux seront destinés à jouer un rôle déterminant après la Deuxième Guerre mondiale dans le droit public de la République.

[14] G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 312-345.

La rhétorique du régime n'épargne, certainement, ni l'administration ni la juridiction. Les manifestations publiques (les cérémonies solennelles, les discours inauguraux, les relations officielles) suivent scrupuleusement la liturgie politique fasciste. Ainsi, à un autre niveau, la classe des fonctionnaires démontra-t-elle une adhésion générale, pour la plupart spontanée, au régime. Mais le langage de l'administration comme de la juridiction, le lexique des décisions ainsi que des sentences conservèrent intact le vocabulaire technico-juridique traditionnel. La jurisprudence ordinaire et administrative ne fut pas responsable des lectures éversives de la légalité et au contraire elle consolida sa propre tradition jurisprudentielle.

La continuité avec le passé est confirmée par l'importance que le régime donne au Conseil d'État : le Conseil reste en effet l'institution fondamentale de consultation juridique et administrative et il est aussi renforcé sur le plan des compétences juridictionnelles. Même dans ce cas, il n'y a pas eu d'épurations – sauf des cas particuliers – et le régime rechercha la collaboration des juristes et des magistrats. Ceci est démontré par le choix, directement voulu par Mussolini lui-même, d'appeler à la tête du Conseil, en 1928, en ne respectant pas l'ancienneté interne, le juriste italien de droit public le plus notoire et réputé, Santi Romano, que nous ne pouvons sûrement pas définir à l'époque comme un juriste du régime[15].

La longue et ininterrompue présidence du Conseil d'État (jusqu'en 1944) de Santi Romano confirme le rôle stratégique de la justice administrative confiée au Conseil : « Pour le gouvernement fasciste – comme le dira Mussolini au moment de l'inauguration de la présidence de Santi Romano – la justice dans l'administration n'est pas une formule vide abandonnée aux disputes théoriques des juristes solitaires, mais au contraire un programme politique concret[16] ». Nous pouvons tracer la même conclusion pour la fonction du Conseil d'État dans l'élaboration des textes normatifs pour les lois et les règlements demandés par les nouvelles compétences législatives du gouvernement.

Le contrôle de légitimité administrative exercé par le Conseil d'État pendant le fascisme ne connaît donc pas de rupture significative avec la tradition jurisprudentielle (avec quelques analogies avec l'activité du Conseil d'État français de Vichy[17]). Et au contraire, il a pu consolider et développer des décisions déjà prises à l'époque libérale (partage des compétences juridictionnelles, excès de pouvoir, établissement public, droit des fonctionnaires, etc.). En particulier, il n'y a pas d'interprétation extensive de l'institut de l'acte politique pour nier l'accès à la tutelle juridictionnelle. Dans certains cas (la mise en congé au service pour incompatibilité politique), il fut même possible de limiter le pouvoir discrétionnaire réservé à l'administration.

Forte de sa propre tradition et suffisamment séparée de la bureaucratie du parti fasciste, l'administration reste le secteur principal de la continuité institutionnelle avec l'État libéral. La différence avec la situation allemande est donc significative, aussi sur le plan scientifique. Le rôle des professeurs universitaires ne change presque pas au début du régime : on ne peut donc faire aucun parallèle avec les

---

[15] Sur le rôle du Conseil d'État pendant le fascisme, on peut voir la synthèse, bien documentée, de G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, *op. cit.*, p. 320-341.

[16] « Discorso di S.E. Mussolini, Primo Ministro, Duce del Fascismo, per l'insediamento del Presidente del Consiglio di Stato », *Il Foro amministrativo* 1929, IV, p. 1-2.

[17] D. Loschak, « Il 'Conseil d'État' di Vichy ed il Consiglio di Stato nel periodo fascista », in Y. Meny (dir.), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 51 et suivantes.

substitutions massives des juristes et surtout ceux de droit public qui suivent en Allemagne la prise du pouvoir du Parti nazi.

La collaboration traditionnelle entre les juristes et les institutions politiques continue sans interruption, comme il est démontré par le grand travail sur les nouveaux codes ou sur la grande législation administrative des années trente. La description du régime fasciste comme État de droit reste pour les juristes de droit administratif, encore plus que pour ceux de droit constitutionnel et corporatif, une acquisition indiscutable.

Ils ne virent aucune contradiction entre le totalitarisme politique et la conservation des formes juridiques propres à l'État administratif du droit. Aucun juriste du fascisme ne donnera aux cours et aux manuels de droit administratif le titre d'*Amministrazione italiana* comme les juristes allemands ont nommé leurs propres livres *Deutsche Verwaltung* dans la perspective de nier l'importance de la forme juridique, conformément à une organisation des études universitaires qui veut substituer l'enseignement de l'« administration » au « droit administratif[18] ». Au contraire, l'importance du juridique dans la théorie et dans la pratique du régime fasciste permettra aux juristes italiens du droit administratif de développer, en continuité parfaite avec leur tradition disciplinaire, les points-clefs du système dogmatique (l'acte administratif, le pouvoir discrétionnaire, l'excès de pouvoir, la procédure administrative)[19].

Je voudrais encore souligner deux points significatifs : le premier sur les nouveaux rapports entre État et économie et sur la dissolution de l'unité administrative ; le deuxième sur le totalitarisme politique.

J'ai parlé des « modernisations corporatives ». Le projet corporatif est en effet à la base de l'idéologie du fascisme. Dès le début, l'État fasciste a pour objectif d'intégrer toutes les composantes sociales et économiques dans son unité. Intégration signifie assimilation au cœur de l'organisation publique de la pluralité des intérêts, et surtout des intérêts syndicaux ; négation de la liberté et du pluralisme syndical ; discipline des relations individuelles de travail par contrats collectifs à validité générale et conclus entre corporations posées sous le contrôle direct de l'État ; sections spéciales de la juridiction ordinaire pour le contentieux du travail.

Il s'agit de nouveautés considérables pour le secteur privé qui sont mises en place progressivement dans la deuxième moitié des années vingt – on arrive rapidement à une discipline autoritaire et paternaliste des relations patrons-ouvriers – mais qui ne concerneront pas l'administration qui reste toujours séparée de l'ordre corporatif[20].

C'est cette perspective proprement corporatiste la plus intéressante du point de vue français, particulièrement au moment de la ratification de la loi du 24 juin 1936

---

[18] Selon le *Studienplan* du 10 janvier 1935 immédiatement mis en place par A. Köttgen, *Deutsche Verwaltung*, Mannheim, Berlin, Leipzig, Dt. Druck-und Verl. Haus, 1936. Sur ce point on peut voir B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milan, Giuffrè, 1987, p. 274-309.

[19] A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milan, Giuffrè, 2009, p. 205-245.

[20] La distinction entre « régime administratif » et « régime corporatif » est particulièrement nette dans la pensée de Guido Zanobini, auteur d'un célèbre manuel de droit administratif mais aussi de droit corporatif : G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milan, Giuffrè, 1936 ; G. Zanobini, *Corso di diritto corporativo*, Milan, Giuffrè, 1935.

sur l'élaboration de la convention collective du travail. Le fascisme est vu, en France dans les années trente, surtout comme une forme d'étatisme qui a réalisé la suppression de la lutte de classe et qui est en train de réaliser le vrai corporatisme – comme l'écrit Roger Bonnard en 1937 dans la *Revue du droit public*[21]. Le corporatisme intégral et pur évoqué par Mihail Manoilesco, auteur en 1934 à Paris, du livre *Le siècle du corporatisme*[22].

Mais encore : le projet corporatif veut se distinguer de l'économie libérale ; il considère l'économie comme une variable dépendante de l'État ; en un mot ça veut dire gouvernement de l'économie, coordination générale de l'activité économique nationale en réalisant un équilibre entre l'initiative économique privée et l'interventionnisme public. On commence à parler des programmes et de la planification économique[23]. Mais tout cela reste sur le papier. Le Ministère des corporations n'arrive pas – même sous la direction de Giuseppe Bottai – à devenir un centre efficace de programmation et régulation économique. De ce point de vue, le silence absolu tenu par les juristes du droit administratif sur les instruments de direction de l'économie, tous restés sur le plan pur de la propagande politique, est plus que justifié.

Les juristes du droit administratif ont néanmoins tenu sous silence même les nouveautés institutionnelles qui, suivant un parcours déjà tracé dans l'État libéral, ont vu croître surtout au cours des années trente l'interventionnisme public. Pour les juristes italiens du droit administratif l'administration et l'économie restent des univers cloisonnés. Aucun droit public de l'économie sur le modèle de le *Wirtschaftsverwaltungsrecht* de l'Allemagne de Weimar ne se développe en Italie. La création des nouvelles entreprises publiques et des sociétés anonymes à participation publique (l'Institut mobilier italien en 1931, l'Institut pour la reconstruction industrielle en 1933, l'Agip en 1926) ; la très importante loi bancaire de 1936 (restée en vigueur jusqu'en 1993) ; la loi sur les consortiums industriels ; mais encore la prolifération des établissements publics créés par le fascisme dans les milieux les plus différents de l'activité sociale restent hors de l'attention juridique[24].

Encore une fois, cela dépend du traditionalisme qui est typique des juristes du droit administratif, hostiles à admettre des formes de privatisation du pouvoir public, même sur le plan économique ; de peur de voir l'unité administrative définitivement perdue. Seuls les problèmes jurisprudentiels de partage des compétences entre juge ordinaire et juge administratif – qui a certaines analogies avec la question française des services industriels ou commerciaux – sont traités par les juristes. Nous devons donc attendre les années cinquante en Italie pour les premiers essais de droit public économique.

---

[21] R. Bonnard, « Syndicalisme, Corporatisme et État corporatif », *Revue du droit public*, vol. XLIV, 1937, p. 58 *sqq.*

[22] M. Manoilescu, *Le siècle du corporatisme : doctrine du corporatisme intégral et pur*, Paris, Felix Alcan, 1937.

[23] Avec significatives correspondances avec la situation nazie : A. Somma, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino : economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt-am-Main, Klostermann, 2005, p. 197 *sqq.*

[24] L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Rome, Bari, Laterza, 2013, p. 470-492.

III. Vers la République

Pour les juristes des années 1930, l'État fasciste pourrait respecter l'architecture de l'État de droit sur le plan de l'exécution de la loi ou moderniser l'organisation et les fonctions publiques dans le milieu social et économique. L'État fasciste se montrera pourtant complètement incapable de limiter l'arbitraire et l'infamie du législateur.

Les lois raciales de 1938 seront dramatiquement significatives sur ce point. Elles concerneront des secteurs entiers des institutions sans distinction entre les militants fascistes et les opposants au régime. Le cas le plus éclatant sera celui de l'université où 400 professeurs et chercheurs (7 % du total du personnel) ont été remerciés soudainement.

Dans ce cas, le contrôle de légitimité exercé par le Conseil d'État ne pourra être introduit à l'exception de quelques rares cas[25]. Ça ne pouvait pas en être autrement ; la loi même, et non pas son exécution, a été à l'origine de la discrimination et de la persécution raciale ; la loi même limite sévèrement les possibilités de tutelle juridictionnelle. Il ne reste donc plus qu'*à justifier l'injustifiable*, à légitimer l'illégitime.

Et alors il est facile de comprendre qu'en Italie aussi, qui n'a pas connu dans l'entre-deux-guerres, à la différence de l'Allemagne, de banqueroute morale des juristes de droit public, on commence à rechercher immédiatement après les lois raciales de nouvelles valeurs. Une recherche secrète au début, et limitée à peu de personnalités juridiques particulièrement sensibles, de Giorgio La Pira à Piero Calamandrei en passant par Giovanni Miele, sera néanmoins capable d'élaborer les valeurs et les principes qui quelques années plus tard, en 1946, émergeront au sein de la première vraie Assemblée nationale constituante de l'histoire italienne.

Bernardo Sordi

Bernardo Sordi est professeur d'histoire du droit médiéval et moderne à l'Université de Florence. Ses intérêts de recherche concernent l'histoire constitutionnelle et administrative de l'Europe moderne et contemporaine. Parmi ses ouvrages récents : *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica* (Bologne, Il Mulino, 2020) ; *Storia del diritto amministrativo* (avec L. Mannori, Bari, Laterza, 2013). Il a codirigé le volume de l'Encyclopédie *Treccani, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto* (Rome, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012).

[25] Une analyse récente dans C. Contessa, « Il Consiglio di Stato e le leggi razziali », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, nº 2, 2020, p. 475-487.

Oscar Ferreira

Un héritage indicible du constitutionnalisme octroyé ?

La doctrine constitutionnelle éclectique des cathédocrates sous l'État Nouveau portugais*

> Si l'État repousse la conception païenne de l'État totalitaire, et préfère reconnaître les droits essentiels de la personnalité humaine et les fonctions que les autres institutions, comme la famille, les municipalités locales et les associations professionnelles, doivent se voir attribuées, il ne cesse pas pour autant d'être un État fort, c'est-à-dire un État qui prétend maintenir assez de force et conserver le prestige suffisant pour disposer, dans des limites qu'il s'est lui-même fixées, des moyens indispensables à l'accomplissement [...] de sa fonction suprême de promoteur du bien commun.
>
> D. Fezas Vital, « A ideologia da Constituição de 1933 » (1935)[1]

Cette vulgarisation de l'idéologie de la Constitution portugaise de 1933 par un de ses rédacteurs, le professeur Domingos Fezas Vital (1888–1953), suscite nombre d'interrogations. En la présentant comme aussi éloignée de « l'individualisme qui divinise l'individu que de toutes les conceptions hégéliennes qui divinisent l'État », Fezas Vital brocardait en partie la pensée juridique et le constitutionnalisme modernes, fondés sur la promotion et le respect des droits subjectifs de l'homme ; le constitutionnalisme ancien, représenté ici par la référence à la notion médiévale de bien commun et par le respect (au moins tacite) des postulats chrétiens, aurait ainsi pu obtenir sa préférence, si Fezas Vital n'avait pas fait l'effort de rédiger un texte constitutionnel, obéissant à ses canons stylistique et définitionnel modernes. Dans ces conditions, faut-il accorder du crédit à la

* Le présent article a été rendu possible grâce à une subvention de la région Bourgogne-Franche-Comté : l'ANER « REDS ». Il constitue un avant-goût d'une monographie en préparation : *La cathédocratie de Coimbra (1926–1974). La fabrique professorale d'un « droit totalitaire »*.

[1] D. FEZAS VITAL, « A ideologia da Constituição de 1933 », in *Diário da Manhã*, 7 juillet 1935. En dehors de la Constitution de 1933, traduite par l'Université de Perpignan, nous assurons toutes les traductions de cette contribution.

thèse de l'éclectisme de la Constitution de 1933 avancée par les professeurs de droit salazaristes[2] ? Doit-on lire ce texte à la lumière d'œuvres encensant l'apparition d'un constitutionnalisme d'un nouveau genre, à la fois moderne et ancien, libéral et chrétien, « nationaliste et humain[3] » ?

Depuis la révolution des Œillets, la question du constitutionnalisme salazariste peine à s'émanciper du débat idéologique centré sur la nature d'un régime tantôt présenté comme fasciste, tantôt vu comme autoritaire et conservateur. La genèse de la Constitution de 1933, définie comme brumeuse[4], ne permet pas de s'en faire une idée précise : elle fut enfantée dans le secret par un comité d'experts[5] antiparlementaires, ne souhaitant guère soumettre leur projet à l'approbation d'une assemblée constituante. Si la voie plébiscitaire adoptée justifie le parallèle avec les régimes autoritaires, les politologues retiennent surtout l'influence des milieux catholiques, en n'omettant pas que le salazarisme abrite une pensée démocrate-chrétienne inspirée par Léon XIII et ses encycliques *Rerum Novarum* (1891) et *Graves de Communi* (1901)[6]. Les références du texte au droit et à la morale, censés faire plier l'État (art. 4 de la Constitution de 1933[7]), et l'omniprésence des mots *juste* et *justice*, en particulier dans sa première partie dédiée aux garanties fondamentales, se présentent ainsi comme un héritage thomiste issu tant de l'ancien parti politique de Salazar, le Centre Catholique Portugais (*Centro Católico Português*), que de l'Intégralisme lusitanien, un mouvement né en 1914 au sein de l'Université de Coimbra, vite lié à l'Action française[8].

En vérité, si le processus d'élaboration ne donna pas naissance à des procès-verbaux[9], les mémoires rédigés par Marcello Caetano (1906–1980), le successeur de Salazar au poste de Président du Conseil, dépeignent la mainmise des professeurs

---

[2] M. Caetano, *Lições de direito constitucional e de ciência política*, Coimbra, Coimbra editora, 1952, p. 296.

[3] Q. Avelino de Jesus, *Nacionalismo português*, Porto, EIG do Porto, 1932, p. 43-44. Avelino de Jesus est l'auteur du projet servant de base à la Constitution de 1933.

[4] J. Miranda, *Manual de direito constitucional*, 7e éd., t. 1, Coimbra, Coimbra editora, 2003, p. 299.

[5] A. de Araújo, « O Conselho Político Nacional nas origens da Constituição de 1933 », in *Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra, Coimbra editora, 2004, p. 9-64.

[6] M. Braga da Cruz, *As orígens da democracia cristã e o salazarismo*, Lisbonne, editorial Presença, 1980.

[7] « La nation portugaise constitue un État indépendant, dont la souveraineté ne reconnaît comme limites, dans l'ordre interne, que la morale et le droit et dans l'ordre international, que celles qui dérivent des conventions ou traités librement conclus ou du droit coutumier librement accepté ; elle se réserve de collaborer avec les autres États à la préparation et à l'adoption de solutions intéressant la paix entre les peuples et le progrès de l'humanité ».

[8] M. Braga da Cruz, « O integralismo lusitano nas origens do salazarismo », *Análise Social*, vol. XVIII, nº 70, 1982, p. 137-182. Liens dus à des relations directes entre Portugais exilés en France et Maurras. Le projet promouvait une monarchie organique, traditionaliste et antiparlementaire, dotée d'une représentation ayant une base municipale.

[9] Voir A. Araújo, *A lei de Salazar. Estudos sobre a Constituição política de 1933*, Lisbonne, Tenacitas, 2007.

et des diplômés de la Faculté de droit de Coimbra[10], soutenus par des centres académiques locaux liés à la démocratie chrétienne[11]. Élaboré à partir d'un premier projet confectionné par Quirino Avelino de Jesus (1865–1935)[12], le texte final s'apparente à une œuvre de mandarins, à l'invitation d'un de leurs pairs : le propre Salazar[13], titulaire des chaires d'économie politique et de finances publiques à la Faculté de droit de Coimbra. À en croire Caetano, qui assume alors le secrétariat de ce comité de rédaction, Salazar s'érigea en maître d'œuvre du texte final[14], secondé par ses amis coimbriens, des chevilles ouvrières qui, à l'instar de Fezas Vital, de Mário de Figueiredo (1890–1969), d'Armindo Rodrigues de Sttau Monteiro (1896–1955), de Manuel Rodrigues Júnior (1889–1946), de José Alberto dos Reis (1875–1955), de Martinho Nobre de Melo (1891–1985) et du propre Caetano, lui prêtent leur expertise constitutionnelle[15].

Cette mainmise s'accentuera avec le temps : le personnel ministériel de l'État Nouveau (*Estado Novo*) affiche une nette surreprésentation du professorat de Coimbra[16], soit une élite d'une trentaine de personnes qui n'hésitera pas, en retour, à soutenir le régime[17] et à appuyer avec vigueur le constitutionnalisme salazariste qu'elle contribua à enfanter[18]. Cet « empire du professeur » explique l'usage d'un néologisme curieux pour désigner le régime, qui ne trouve aucun équivalent français : *catedocracia*. Le mot est forgé à partir de deux termes grecs : *kathèdra* (καθέδρα : siège ou, de façon plus précise, chaire) et *kratein*, dérivé de *kratos* (κράτος), qui implique l'idée d'un pouvoir qui a sa source en lui-même et détenu en conséquence de façon absolue. Un moyen de dire que le pouvoir souverain est remis à une classe à la fois savante et sage, qui offre comme gage de garantie sa profession, celle de professeur d'université, et son grade, celui de docteur, le plus souvent en droit. Cette sophocratie platonicienne d'un genre particulier dicte ainsi,

---

[10] L. Reis Torgal, *A Universidade e o Estado Novo. O caso de Coimbra 1926-1961*, Coimbra, Minerva, 1999.

[11] Voir J. Seabra *et al.*, *O CADC de Coimbra, a democracia cristã e os inícios do Estado Novo (1905-1934)*, Coimbra, Univ. Coimbra, 1993.

[12] Avocat et homme politique passé par la Faculté de droit de Coimbra et lui étant resté fidèle. Voir E. Castro Leal, « Quirino Avelino de Jesus, um católico "pragmático" : notas para o estudo crítico da relação existente entre publicismo e política (1894-1926) », *Lusitania Sacra*, 2e série, nº 6, 1994, p. 355-389.

[13] M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, Lisbonne, Verbo, 1977, p. 44-45 et 57.

[14] Un projet de constitution annoté par Salazar et Fezas Vital est d'ailleurs entreposé aux Archives nationales portugaises (cote AOS/CO/PC-5, Pt 2).

[15] A. de Sousa Simões do Paço (dir.), *Os anos de Salazar*, vol. II, *A Constituição do Estado Novo*, Lisbonne, Centro Editor PDA, 2008, p. 9.

[16] 80 % du corps professoral de Coimbra assumera une haute fonction politique (C. Azeredo Faria, « A elite universitária da ditadura », *História*, nos 23-24, 1996, p. 48). Ce sera également le cas des deux tiers du corps professoral de Lisbonne.

[17] Dans les années 1920, la Faculté de droit de Coimbra abrite 17 professeurs ; celle de Lisbonne, 18. Voir t. Gallagher, « Os oitenta e sete ministros do Estado Novo de Salazar », *História*, nº 28, 1981, p. 2-16 et A. Costa Pinto, « O império do professor : Salazar e a elite ministerial do Estado Novo (1933-1945) », *Análise Social*, vol. 35, nº 157, 2001, p. 1055-1076. Leur poids est accentué par l'omniprésence des anciens étudiants coimbriens dans la haute administration publique.

[18] En tout, 38 professeurs, dont tous les recteurs, adhéreront à l'Union Nationale. Voir M. Braga da Cruz, *O partido e o Estado no Salazarismo*, Lisbonne, Presença, 1988, p. 235. Ils en sont souvent les chefs de section.

depuis Coimbra, sa vision de la politique, de la morale et du droit. Par conséquent, analyser le constitutionnalisme de l'État Nouveau revient à étudier au plus près les positions doctrinales de ce corps professoral homogène devant prêter serment d'allégeance à l'ordre social issu de la Constitution de 1933 (décret-loi nº 27 003 du 14 septembre 1936)[19] ; ce véritable mandarinat constitue un ensemble uni par une éducation, un sentiment d'appartenance à une élite et des convictions religieuses, politiques et juridiques communes, transmises de génération en génération au moyen de leur action politique et de leurs cours.

Si cette singularité justifie quelques incartades vers d'anciens étudiants de Coimbra qui, à l'instar d'Avelino de Jesus, restèrent proches de la « maison mère », les principales figures examinées seront les professeurs de droit ayant participé au texte constitutionnel et ceux gravitant autour du pouvoir et lui fournissant ses assises idéologiques, à commencer par les philosophes du droit Luís Cabral de Moncada (1888–1973) et Afonso Rodrigues Queiró (1914–1995). Ces derniers, maître et disciple, ne présentent pas la même formation : le premier est historien du droit, le second est publiciste ; mais leur trajectoire est similaire : versés dans le néokantisme de l'école de Baden, celle de Windelbrand et de Rickert, afin de livrer une vision objective de l'histoire du droit portugais et des valeurs qu'elle porte, ils se rapprocheront progressivement du jusnaturalisme scolastique.

Au rebours de notre idée initiale, nous ajouterons Salazar à cet ensemble. Les structures de l'État Nouveau et les caractéristiques doctrinales du Président du Conseil nous l'imposent : dans les années 1920–1930, Salazar est en effet un des quatre membres du comité de rédaction du *Boletim da Faculdade de Direito* de Coimbra, l'une des principales revues juridiques portugaises[20]. De surcroît, Salazar exposa ses convictions constitutionnelles[21], annonciatrices (pour ne pas dire plus) de l'opinion de la cathédocratie[22]. Il faudrait enfin ajouter son attitude obligeante de « parrain » de thèse[23]… Ce constat touche aussi son successeur à partir de 1968,

---

[19] Les épurations, initiées par le décret-loi nº 25 317 du 13 mai 1935, n'affectent pas les professeurs de droit. Sur ces atteintes aux libertés universitaires : L. Reis Torgal, *A Universidade e o Estado Novo*, *op. cit.*, p. 88-95 et 212.

[20] Les trois autres membres ont déjà été rencontrés : L. Cabral de Moncada, D. Fezas Vital et J. Alberto dos Reis.

[21] La substance de la Constitution de 1933 se trouve dans trois textes du professeur Salazar : *Centro Católico Português. Princípios e organização* (Coimbra, Coimbra editora, 1922), « Laicismo e liberdade » et « Aconfessionalidade do Estado ». Documents réunis dans A. de Oliveira Salazar, *Inéditos e dispersos. Escritos político-sociais e doutrinários (1908-1928)*, Lisbonne, Livraria Bertrand, 1997.

[22] Un exemple typique provient de l'article « O novo direito constitucional » de Rodrigues Queiró (*Boletim da Faculdade de Direito*, 1946, p. 44-66, que nous citons d'après le vol. II, t. II de ses *Estudos de direito publico*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1989) : cette dissertation s'apparente à une glose des trois premiers volumes de discours de Salazar, choix qu'il justifie par la qualité et le rôle tenu par celui-ci lors du processus constituant.

[23] Voir M. Ribeiro Correia Afonso dos Santos, *Elites salazaristas transmontanas no Estado Novo. O caso de Artur Águedo de Oliveira (1894–1978)*, thèse en histoire, dir. L.R. Torgal, Universidade de Coimbra, 2011, p. 161-189. Cet élève de Salazar deviendra son ministre des finances dans les années 1950, avant de finir sa carrière en qualité de président du Tribunal des comptes. Ajoutons le cas de João Pinto da Costa Leite (1905–1975), comte de Lumbrales, autre disciple et assistant de Salazar, promu professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Lisbonne ; il dirigera, lui aussi, plusieurs ministères, dont celui des finances.

Marcello Caetano, directeur d'une autre grande revue juridique, *O Direito*, entre 1947 et 1974.

Si l'histoire constitutionnelle ne nous importe pas ici, de nombreux analystes soutiennent qu'une rupture évidente existe entre les représentations intellectuelles du professorat, sublimant un régime à la moralité chrétienne vigoureuse permettant d'abriter un État de droit ou plutôt une « dictature du droit », et une réalité politique décevante, laissant entrevoir un État policier[24]. En vérité, les deux acceptions semblent liées, en tant que produits d'une perception de la constitution et du constitutionnalisme qui diffèrent en partie des canons modernes. Sans renouer avec la monarchie, bien que nombre de ses cadres en préservent un souvenir ému, la cathédocratie s'érige en héritière de diverses tendances du constitutionnalisme. Legs du « constitutionnalisme octroyé » en premier lieu : déduit de l'octroi de la Charte de 1826 par D. Pedro IV, cet oxymoron associerait une approche libérale du droit public et un procédé d'édiction normative autoritaire, voire absolutiste. Héritage du constitutionnalisme ancien, en second lieu, dans la lignée de la pensée contre-révolutionnaire incarnée au Portugal par José Agostinho de Macedo, contemporain et lecteur de Bonald et de Maistre[25].

En s'ingéniant à dégager une « troisième voie », la cathédocratie ne partait pas d'une page blanche ; en elle se retrouve cette singularité portugaise présente au XIX^e^ siècle : l'ouverture aux droits et aux concepts étrangers, dans la lignée de la loi de la « bonne raison » de 1769, qui a favorisé l'essaimage de l'éclectisme en droit politique comme en droit civil[26]. En ce sens, le professorat lusitain peut déjà être suspecté d'avoir tenté une alliance que d'aucuns annoncent inutile, voire impossible : le projet d'unir, d'un côté, le constitutionnalisme moderne, adossé à une conception libérale du droit politique où les pouvoirs publics sont limités par des mécanismes juridiques (séparation des pouvoirs, hiérarchie des normes…) et où les droits individuels sont garantis (peu importent ici les hésitations à l'égard du contrôle de constitutionnalité) ; et, de l'autre, le constitutionnalisme ancien et médiéval, appréhendant une série de limitations de diverses natures (Dieu, tradition, coutume, mœurs…) dans le but d'assurer le règne aristotélico-thomiste de la justice ou encore le règne de la loi.

Cette dernière approche serait devenue obsolète avec le développement de la première, l'État s'octroyant le pouvoir de dicter la norme, même en droit public, sans tenir compte des limitations traditionnelles[27]. Un sentiment d'autosuffisance du droit incompatible avec la période et le lieu envisagés, surtout si l'on préserve l'idée, avancée par J.-M. Denquin, que « le constitutionnalisme désigne un mouve-

---

[24] M. Braga da Cruz, « Notas para uma caracterização política do salazarismo », *Análise Social*, vol. 18, n^os^ 72-73-74, 1982, p. 779-780.

[25] Sur ces héritages et le problème qu'ils posent : O. Ferreira, *Le constitutionnalisme octroyé*, Paris, Eska, 2019.

[26] Conformément à la lecture que livre une des figures de la cathédocratie : L. Cabral de Moncada, *Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal*, Lisbonne, INCM, 2003 [1938], p. 50-57.

[27] Ph. Raynaud, « Constitutionnalisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 266-271 ; O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, p. 133-142.

ment qui vise à mettre en œuvre un idéal par les moyens propre du droit constitutionnel[28] ». En ce sens, l'obsolescence annoncée, voire constatée, du constitutionnalisme ancien provient moins de ses limitations techniques que d'un changement de valeurs ; l'idéal chrétien, fondé sur la propagation et la protection de la communauté des chrétiens vivant ensemble pour préparer leur salut, n'a plus vocation à être véhiculé par nos États modernes, laïcisés ou tenant à préserver la sécularisation de leur droit.

Précisément, l'ambiguïté des écrits de la cathédocratie tient à la volonté d'entériner une dualité, motivée par ce besoin de créer un État fort, sûr de son pouvoir normatif, sans pour autant admettre les dérives de la toute-puissance de l'homme (ou du Léviathan), qui le détournent de l'Au-delà. Un constitutionnalisme « libéral » en découle, certes, mais aussi autoritaire et catholique, au nom d'un éclectisme sachant faire la part des choses : le détenteur de l'autorité, de l'*auctoritas*, se cherche bien plus du côté du prêtre, et donc du prêtre de la Justice, que de celui du politique ou de l'administrateur.

Le constitutionnalisme de l'État Nouveau ne pouvait, dans ces conditions, que préserver une part de mystère, contaminant à terme son droit constitutionnel, jamais totalement mature. Alliance improbable d'ancien et de nouveau, il devait adhérer à certains canons épurés de la pensée constitutionnaliste moderne (II), sans pour autant mettre de côté sa matrice intellectuelle chrétienne, lui offrant ainsi des éléments puisés dans le constitutionnalisme classique (I).

I. *Deo juvante* : éléments ostensibles de constitutionnalisme classique

« L'État, dans la mesure où il est souverain, ne peut être lié par le droit positif ; seuls les préceptes éthiques et le droit naturel le limitent[29] ». Dans sa glose de l'article 4 de la Constitution de 1933, Caetano assumait une position bodinienne de la puissance de l'État : quoique délié des lois positives, le souverain doit cependant respecter les droits divin et naturel, et ce qui en découle. Si d'aucuns ont vu dans cette hétérolimitation l'aveu de la faiblesse voire de l'inefficacité du texte constitutionnel positif[30], de tels propos reflètent au mieux les convictions éclectiques des professeurs sous l'État Nouveau. Conscients d'un ordre supérieur qui s'impose au pouvoir politique, ils offrent ainsi une assise tangible, quoique jusnaturaliste, à la théorie de l'autolimitation de Jellinek[31].

---

[28] J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, nº 1, 2008, p. 1, [http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html].

[29] M. Caetano, « Introdução ao Estudo do Direito Político », *O Direito*, nº 4, 1953, p. 311.

[30] P. Ferreira da Cunha, « Da Constituição do Estado Novo português », *Historia Constitucional*, nº 7, 2006, p. 202.

[31] M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, t. I, Coimbra, Almedina, 2003, p. 299-302 (il s'agit d'une réimpression de la 6e édition de 1972). L'art. 4 devient une alliance entre positivisme et jusnaturalisme. Dans le même sens : D. Fezas Vital, « Hierarquia das fontes de direito », *Revista da ordem dos advogados*, nos 1-2, 1943, p. 15.

Ce problème de philosophie politique sera appréhendé en 1939 par Rodrigues Queiró dans un article de jeunesse sur les finalités de l'État. Il reconnaît la puissance symbolique des dispositions de l'article 4, et de toute considération éthique d'une façon générale, mais n'admet pas la force effective d'une telle restriction. Toute « limitation technique, rigoureuse » ne peut appartenir, selon ses propres mots, qu'aux

> normes constructives (adoptant ici, avec une certaine liberté, la dénomination connue de L. Duguit), c'est-à-dire au système de droit positif dans son ensemble. Mais ce dernier, à son tour, est lui aussi, ou devrait être, vivifié dans sa structure normative par l'idée active des fins de l'État[32].

Cet emprunt exprès de la célèbre distinction effectuée par Duguit entre règles de droit normatives, qui imposent « à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action », et normes constructives ou techniques, établies de leur côté « pour assurer, dans la mesure du possible, le respect et l'application des règles de droit normatives[33] », s'avère ambigu, en raison de la posture métaphysique de l'auteur. Rodrigues Queiró, après tout, se propose de critiquer ce qu'il nomme le « relativisme philosophique moderne » de Kelsen, Radbruch et Duguit ; ainsi remet-il sur le devant de la scène le problème du droit idéal et absolu, autorisant les juristes à observer, éventuellement à évaluer, le droit positif[34] : les hommes de lois ne sauraient être absorbés par la seule recherche du *quid juris* (solutions du droit sur des cas particuliers) pour mieux définir le *quid jus* (définition et objet du droit et de la justice). En ce sens, le droit comprend un devoir être, respectueux de valeurs jugées indispensables à la « construction d'un *Weltanschauung*, et d'une représentation du *Cosmos*[35] ».

Communément partagée, cette position interpelle : la cathédocratie appréhende-t-elle la Constitution écrite de 1933 comme un texte normatif à part entière, ou l'insère-t-elle dans le cadre d'un complément voire d'un supplément aux garanties offertes par le constitutionnalisme ancien ? De surcroît, quelle force offre-t-elle réellement à ces considérations éthiques puisées chez Aristote ? Enfin, en faisant mention du *Weltanschauung* (« conception du monde » ou, plus exactement, « intuition globale d'ordre religieux de l'univers et de l'homme[36] »), ces juristes ne sont-ils pas tentés par une approche globalisante du droit (d'aucuns diraient « totalitaire »), qui embrasse et caractérise tout ?

Nous serions tentés, *a priori*, de pourfendre cette dernière idée en raison des postulats chrétiens qui animent l'ensemble du corps professoral. En plus d'ordonner le rejet de la violence étatique en tant que succédané de la domination machiavélienne, l'humble soumission de l'État au droit et à la morale représente une tentative de reconsidérer la place respective des pouvoirs temporel et spirituel, et l'envie de redonner une effectivité au moins symbolique aux droits divin et naturel (A). Car le recours aux concepts de *Weltanschauung* et de cosmos sert manifestement

---

[32] A. Rodrigues Queiró, « Os fins do Estado (um problema de filosofia política) », *Estudos de direito público*, vol. I, *op. cit.*, p. 13. Cet article ou plutôt ce mémoire fut d'abord publié dans le *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XV, 1939, 1er supplément, p. 3-79.

[33] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, Paris, De Boccard, 1927, p. 106-107.

[34] A. Rodrigues Queiró, « Os fins do Estado », art. cité, p. 49-52.

[35] *Ibid.*, p. 25.

[36] R. Martin, *Le national socialisme hitlérien*, Paris, Nouvelles éditions latines, 1959, p. 16.

la cause d'une vision architecturale du monde, avec un Dieu créateur à l'origine de son ordonnancement. La *création* étant, comme dans la pensée contre-révolutionnaire, vue comme un domaine réservé du Tout-puissant, il ne fallait pas s'étonner de rencontrer des hésitations quant aux contours du pouvoir constituant ; elles auront au moins pour conséquence de proscrire tout esprit d'innovation en matière constitutionnelle (B).

A. Une humble soumission au droit et à la morale : la renaissance du *numinosum* en droit constitutionnel ?

« Il répugne à l'État Nouveau le recours à la violence, selon la conception très discutée de Georges Sorel. Nous vivons sous l'empire de la loi et du droit ; tous les actes politiques se règlent par le critère de juridicité[37] ». Docteur en droit de Coimbra, Artur Àguedo de Oliveira annonçait de la sorte l'aube de la « nouvelle constitutionnalité » [*sic*] du régime tenu par son « parrain » de thèse.

Car même si Reis Torgal a cru trouver des traces de témoignages de professeurs de Coimbra en appui aux régimes fasciste et nazi[38], il importe malgré tout de se prémunir contre toute équivoque : la pensée constitutionnaliste portugaise rejette fermement le concept d'État totalitaire et son usage révolutionnaire de la violence[39]. Elle s'inscrit dans le prolongement de discours nets de Salazar, quoi qu'en ait dit Afonso Costa[40]. Ainsi, l'État n'est pas vu comme une valeur suprême, une divinité dont l'autel mérite les sacrifices des libertés et des consciences des individus. Cette approche de l'État est assimilée à un méfait du césarisme païen et de la doctrine de Hegel[41], incompatible avec les valeurs éthiques et juridiques de la civilisation chrétienne[42]. Le rejet en sera total, tant en vertu de la morale catholique[43], qu'au nom d'une sphère inviolable de libertés que Salazar et ses soutiens défen-

---

[37] A. Àguedo de Oliveira, *Filosofia e moral política do Estado Novo. A nova constitucionalidade*, Lisbonne, União Nacional, 1937, p. 26.

[38] En mentionnant les publications de Cabral de Moncada dans des revues nazies : « Salazarismo, Alemanha e Europa. Discursos políticos e culturais », *Revista de História des Ideias*, nº 16, 1994, p. 73-104. Mais la démonstration ne convainc pas. D'une part, le fait de publier dans des revues allemandes représente une consécration pour des auteurs habitués à se servir de la littérature juridique germanique. D'autre part, le régime nazi avait fait main basse sur toute l'édition juridique, en vertu de son programme de « synchronisation » (*Gleichschaltung*) : O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable*, Paris, PUF, 2017, p. 89-97. *Mutatis mutandis*, toutes les revues, même bien établies, étaient devenues « nazies ».

[39] A. Rodrigues Queiró, « A autoridade » (1957), in *Estudos de direito público*, *op. cit.*, vol. II, t. II, p. 25-52.

[40] L'opposant républicain, lui-même professeur de droit, fustigea « l'État totalitaire du Dr Salazar », in *A verdade sobre Salazar*, Rio de Janeiro, Calvino Filho editor, 1934, p. 7.

[41] M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, t. I, p. 285-287.

[42] Discours du 26 mai 1934, in A. de Oliveira Salazar, *Discursos e notas políticas. 1928 a 1966*, Coimbra, Coimbra editora, 2015, p. 163. Discours souvent glosé ou repris par les professeurs de droit : A. Carneiro Pacheco, *O retrato do chefe*, Lisbonne, União Nacional, 1935, p. 13 ; M. Rodrigues Júnior, *Problemas sociais (questões políticas)*, Lisbonne, Ática, 1943, p. 255-267 ; J.C. Martins Moreira, « Oração de Sapiência (na abertura do ano lectivo de 1957-1958) », in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 34, 1958, p. 3 et s.

[43] M. Caetano, *A Constituição de 1933. Estudo de direito político*, 2e éd., Coimbra, Coimbra editora, 1957 [1956], p. 33-34.

dront toujours en considération de leur foi chrétienne. Le professeur Mário de Figueiredo, ami de longue date de Salazar depuis leurs études communes au petit séminaire de Viseu, se chargea de théoriser la différence de nature entre « l'État totalitaire, divinisé, païen » et l'État Nouveau corporatiste, qualifié « d'État chrétien[44] ». Ce dernier ne cherche pas à rendre l'homme esclave de l'intérêt national ou communautaire, mais tend au contraire à assumer un rôle « d'arbitre des conflits entre intérêt individuel et intérêt national », se présentant, pour l'essentiel, comme un moyen d'atteindre une fin supérieure ultime, et estimant, de ce fait, que « la vérité, la justice[45], le bien valent aussi contre l'intérêt national, je veux dire, qu'ils ne peuvent lui être subordonnés[46] ». Cette croyance, sans doute sincère, contraste autant avec les thèses de Carl Schmitt[47] qu'avec le discours officieux des nazis esquissé par Martin Bormann en 1938 : la brochure du dignitaire du Troisième *Reich* se montre en effet insensible à la loi naturelle ou à tout succédané de droit divin encore tenus pour guides par nombre de catholiques, au Portugal comme ailleurs[48].

Ici réside une curiosité souvent mal comprise. En affichant son hostilité aux États totalitaires, la cathédocratie refuse toute soumission au pouvoir temporel, offrant ainsi un espace de liberté à l'Église. Pour autant, nul ne souhaite renoncer à la souveraineté de l'État et à l'affirmation du pouvoir civil, y compris en matière matrimoniale[49]. Soucieuse d'encenser la *libertas ecclesiae*, hissée au rang de mère de toutes les libertés (n'est-elle pas vue comme une des limites posées par le « constitutionnalisme médiéval » ?), l'élite constitutionnelle espère éviter une transformation de l'Église en instrument de gouvernement, suivant les considérations politiques d'athées ne retenant que l'utilité sociale de la religion. La critique s'accentuera en 1931, suite au conflit entre le régime italien et le Pape au sujet de l'Action Catholique : c'est toute la presse représentative du catholicisme social (abritant bon

---

[44] M. de Figueiredo, « Princípios essenciais do Estado Novo corporativo », *Boletim da Biblioteca da Universidade. Cursos e Conferências*, vol. V, 1936, p. 128-130. Ajoutons que mot n'est dit sur Alfredo Rocco.

[45] Qu'il faudra toujours comprendre en référence aux justices distributive et commutative d'Aristote, représentant la finalité de l'État : M. Caetano, *Manual de ciência política*, *op. cit.*, t. I, p. 146.

[46] M. de Figueiredo, « Princípios essenciais do Estado Novo corporativo », art. cité, p. 129.

[47] Puisqu'elle semble s'inscrire dans le cadre de l'organicisme du XIX^e^ siècle, conçu comme « le moment de l'harmonisation des contraires qui résorbe les tensions et conduit au repos », ce dont Schmitt ne veut pas au nom de son concept de *Gestaltung* (« configuration »). O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable*, *op. cit.*, p. 226-229. Ce « repos » s'assimile, dans le cadre chrétien de l'État Nouveau, à la paix (de Dieu), indispensable à la préparation de son entrée dans la cité céleste.

[48] Le discours officiel, fondé sur le respect d'un « catholicisme positif », servait à rassurer les masses chrétiennes. Bormann exposera bien l'incompatibilité intrinsèque entre le national-socialisme et le christianisme. Voir J. Rovan, « Le catholicisme allemand au temps de Hitler », in G. Krebs et G. Schneilin (dir.), *État et société en Allemagne sous le III^e^ Reich*, Paris, Publications de l'Institut d'Allemand, 1997, p. 105. Le *nationalkatholizismus* proposé en 1934 par Konrad Hentrich semble n'avoir trouvé aucun écho ; du reste, son œuvre se fonde sur des auteurs français (Maurras, Barrès, Soury, Baudrillart, Verdier), jamais sur Hitler. Voir J. Barreto, « Nacional-catolicismo : origens e carreira de um conceito », in C. Gaspar *et al.* (dir.), *Estado, Regimes e Revoluções. Estudos em homenagem a Manuel de Lucena*, Lisbonne, ICS, 2012, p. 405-455.

[49] M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 410-411.

nombre de professeurs de droit) qui, en appui à Salazar, s'érige contre la divinisation de l'État[50].

La cible, pourtant, n'est pas uniquement fasciste. Au vu du contexte portugais, la thématique tend plutôt à défendre les libertés de la communauté catholique face aux attaques qu'elle a subies sous la Première République[51]. En ce sens, s'il semble évident que le « libéralisme » arboré dans le domaine de la foi vise à préserver le soutien du clergé, il n'est pas possible de minorer la sincérité de leurs convictions religieuses et encore moins de passer sous silence leurs cibles intellectuelles. Car tous les rédacteurs de la Constitution de 1933 et, à leur suite, les professeurs de droit liés au régime, ont exhibé leurs liens avec la doctrine sociale de l'Église en vue de réprimer les maux frappant l'humanité ; des maux que le constitutionnalisme de l'État Nouveau devait endiguer.

Un cas caractéristique se rencontre chez le professeur Fezas Vital ; l'épisode a lieu en 1940, lors du premier cours des Semaines sociales portugaises, bâties selon le modèle français initié par Marius Gonin et Adéodat Boissard suite à la réception de *Rerum Novarum*[52]. Or, les cibles exposées par Fezas Vital sont, certes, le fascisme italien, en ce qu'il divinise la Nation (ou la race) au détriment de la dignité humaine, et le communisme, en ce qu'il déifie la classe prolétaire ; mais ses premières victimes sont bien plus proches des considérations politiques et sociales portugaises : ce sont le libéralisme et la pensée juridique moderne, en ce qu'ils ont abouti à la divinisation de l'homme, source du droit, et de la « liberté », au détriment du respect du bien commun[53]. Ainsi s'expose le rejet du « surhomme » nietzschéen « libéré de l'obéissance aux règles morales auxquelles les hommes doivent se soumettre[54] ».

Fezas Vital professe le jusnaturalisme thomiste, suivi par ses collègues universitaires (Mário de Figueiredo, José Gabriel Pinto Coelho) et les clercs qui les accompagnent dans cette publication. Le père Paulo Durão instruit à dessein le procès du positivisme juridique, un positivisme « sans horizon[55] », c'est-à-dire sans éthique et sans perspective eschatologique. De son côté, Artur Bívar prend à parti Georg Jellinek et Rudolf von Jhering, tant en raison de la prétendue lutte pour le droit et de la violence qu'elle engendre au détriment de la paix (celle du Christ esquissée dans l'évangile de saint Jean, chap. XIV, en vue du salut du chrétien), qu'à cause de leur refus de reconnaître l'existence d'un droit naturel qui viendrait *réellement* limiter l'action de l'État dans ses relations avec les entités de moindre envergure[56].

---

[50] « Le fascisme "totalitaire" prétend convertir l'Église en un simple *instrumentum regni* ; dans la mesure où elle n'accepte pas l'obscurité, même dorée, cela aboutit aux furies "totalitaires" ». *Novidades*, 1er juin 1931, cité par M. Braga da Cruz, « As elites católicas nos primórdios do salazarismo », *Análise Social*, vol. 27, nº 116-117, 1992, p. 554. Dans le numéro du 7 juin 1931, le rédacteur dit refuser de s'offrir « en holocauste » sur l'autel du « Dieu-État ».

[51] Voir O. Ferreira, « Un jumeau régaliste de la loi de 1905 : la "loi" portugaise de séparation des Églises et de l'État de 1911 », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 7, 2014, p. 203-240.

[52] J. Pinharanda Gomes, *Os Congressos Católicos em Portugal. 1870-1980*, Lisbonne, Acção Católica Portuguesa, 1984.

[53] D. Fezas Vital, « Discurso na sessão inaugural », in *Semanas sociais portuguesas. Primeiro curso*, Lisbonne, União Gráfica, 1940, p. 35.

[54] D. Fezas Vital, « Hierarquia das fontes de direito », art. cité, p. 16.

[55] P. Durão, « Político e Sentido Cristão », in *Semanas sociais portuguesas*, *op. cit.*, p. 180.

[56] A. Bívar, « Totalitarismo », in *ibid.*, p. 237.

La théorie de l'autolimitation est couverte d'opprobre, en ce qu'elle repose sur un postulat de départ impossible à garantir : le respect de la parole donnée. Seule une acception morale, autrement dit une hétérolimitation fondée sur les droits divin et naturel comme sous l'Ancien Régime, peut offrir une assise tangible à une limitation imposée à la puissance terrestre[57].

Ce type de récriminations, déjà tenues en 1936 par Figueiredo dans une langue juridique moins aboutie[58], n'offre aucune originalité dans un pays ouvert, depuis la « loi de la bonne raison », aux influences doctrinales françaises. En effet, ce discours, récurrent sous les plumes professorales, recycle autant les réflexions des contre-révolutionnaires du XIX^e^ siècle portées à l'encontre du positivisme juridique, que les dires des jusnaturalistes français de la Belle Époque[59]. Il s'agit toujours de mettre en exergue les « mésaventures du positivisme juridique », selon l'expression de Danièle Lochak, en soulignant la supériorité d'une vision jusnaturaliste de type aristotélico-thomiste, supposant un ordre cosmique fondé par Dieu. Le droit public présente ainsi une dimension politique et morale, à même d'endiguer le développement d'un droit néfaste[60], justifiant de ce fait la présence de passages extrajuridiques dans la Constitution[61] ; une entreprise que les positivistes ne pourraient assumer en raison de leur neutralité axiologique, depuis résumée par la « formule de Radbruch » esquissée en 1946 après le désastre du Troisième *Reich*.

Pour autant, ce trait de personnalité ne dépend pas entièrement d'une doctrine étrangère : il se nourrit de l'échec du constitutionnalisme octroyé du XIX^e^ siècle, à une époque de doute faisant suite aux promesses inaccomplies du constitutionnalisme moderne. Or, le constitutionnalisme de l'État Nouveau puise ses racines dans ce climat de déception, invitant à retrouver le langage, la morale et les garanties du constitutionnalisme médiéval fondées sur la convention et le respect de la parole donnée. Aussi fut-il question d'insérer une référence à Dieu dans le préambule de la Constitution afin de redonner du poids à la parole politique et de restaurer la légitimité du pouvoir ; le rejet d'une telle proposition en 1959, par 43 voix contre 37, provoqua l'ire de Mário de Figueiredo, et de Miguel Baptista Pereira (1929–2007), autre professeur de Coimbra[62]. La réforme constitutionnelle du 16 novembre 1971

---

[57] *Ibid.*, p. 238.

[58] M. de Figueiredo, « Princípios essenciais do Estado Novo corporativo », art. cité, p. 131-132. Pour lui, l'État moderne ne peut plus rencontrer de limites pratiques : seule une limite psychologique peut l'enserrer. Telle est la vocation de l'art. 4 de la Constitution de 1933 : poser une affirmation (le respect du droit et de la morale), qui doit servir « d'instrument de dialectique » pouvant être opposé à l'État et à son gouvernement lors d'un procès. Il s'agissait, selon lui, de la principale différence avec l'État totalitaire.

[59] Voir M. Zhu, *Le droit naturel dans la doctrine civiliste de 1880 à 1940*, thèse de droit, dir. J.-L. Halpérin, Institut d'études politiques, Paris, 2015, 372 p.

[60] Ceci dit, Caetano suivra la leçon d'Aristote jusqu'au bout : le droit naturel ne pouvant se suffire à lui-même, la loi positive doit le compléter aux fins d'aboutir à un droit juste. Qu'importent les travers du principe : « une loi, même mauvaise, est préférable à l'absence de loi », surtout quand cette carence livre les « droits des individus » aux caprices de l'autorité publique. M. Caetano, *Páginas inoportunas*, Lisbonne, Livraria Bertrand, 1959, p. 158.

[61] Figueiredo lève ainsi le voile sur la raison d'être des articles 6 et 43 § 3 de la Constitution de 1933, qui servent à exposer la doctrine morale et politique de l'État.

[62] M. Baptista Pereira, « A Constituição de uma Nação Católica », *Estudos*, nº 378-379, 1959, p. 448.

leur donnera gain de cause, en introduisant une référence explicite au sein de l'article 45 de la Constitution : l'État est désormais « conscient de ses responsabilités devant Dieu ».

Le dessein ainsi exposé pourrait être éclairé par le concept de *numinosum*, employé par le philosophe Rudolf Otto dans *Le Sacré* (1917) : la référence à Dieu, posée dans le texte constitutionnel, permettrait de conditionner le sujet de droit, indépendamment de sa volonté ; sa foi invite, voire force, sa conscience à suivre un certain comportement, étant entendu que la peur terrifiante de déplaire à Dieu et de subir son châtiment, le *tremendum*, n'est qu'une des composantes de ce conditionnement. C'est dire les hésitations de ce constitutionnalisme de l'État Nouveau qui se veut certes en partie moderne, mais sans savoir, au fond, s'il convient de revenir au sacré ou s'il vaut mieux rester profane.

Une chose est sûre : la matrice idéologique de l'État Nouveau ne se veut pas athée[63]. Assurément chrétienne, sans cesser d'être en partie laïque[64], elle s'inscrit dans la continuité de l'éphémère Centre Catholique Parlementaire, motivée par l'encyclique *Inter Sollicitudines* de 1892 et, de façon générale, par la doctrine sociale de l'Église. Lassée par les querelles et le cynisme des politiques modernes, qui louent le constitutionnalisme moderne tout en foulant au pied la Charte de 1826, la communauté de fidèles ne pouvait plus tolérer un gouvernement doté d'une morale évolutionniste, comprendre « sans Dieu[65] ». Le constitutionnalisme de l'État Nouveau ne saurait, à son tour, faire l'économie de ces ressorts anciens qui assuraient les droits des chrétiens, dans la mesure où il sera conçu par des maîtres d'œuvres issus de ce courant catholique. Ainsi, à l'image de Quirino Avelino de Jesus, le catholicisme social lusitain tend à réfuter la « conception païenne » de la vie publique et de la vie privée, mais aussi à nier la frontière trop étanche entre société civile et État posée par les libéraux : les valeurs fondamentales du christianisme, marquées par l'insubordination de l'Église à l'État et par la réforme intérieure de l'Homme, doivent, en toutes circonstances, enserrer la moralité des gouvernants et leur pratique institutionnelle[66]. Confectionné à partir d'un premier projet signé par Avelino de Jesus, la Constitution de 1933 en portera le témoignage direct en son article 4, où la morale (chrétienne) et le droit sont censés contenir la souveraineté de l'État.

Toutefois, la démonstration la plus puissante provient de Rodrigues Queiró, qui en appelle à une réconciliation de la morale et du droit en tant « qu'expression de

---

[63] « L'État Nouveau corporatif – situé à l'antipode d'un État agnostique – a une mission morale propre : il doit diffuser la moralité autour de lui et la subordonner au caractère éthique et suprême de ses fins ». A. Àguedo de Oliveira, *Filosofia e moral política do Estado Novo. A nova constitucionalidade*, *op. cit.*, p. 26.

[64] L'historien du droit Manuel Braga da Cruz parle d'un « régime catholaïque » [*sic*] évoluant au gré des relations complexes entre l'État et l'Église. Dans les années 1920, le terme « catholaïcisme » était utilisé de façon péjorative par les catholiques monarchistes contre les catholiques convertis à la cause républicaine… comme Salazar.

[65] Voir E. Castro Leal, « Quirino Avelino de Jesus, um católico "pragmático" », art. cité, p. 362.

[66] *Ibid.*, p. 382. M. Caetano précisera que le texte de 1933 est très influencé par la synthèse opérée par l'Union Internationale d'Études Sociales de Malines : selon l'art. 42 de son Code social, l'État est « soumis à la même loi morale et à la même règle de justice que les individus ». Voir *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 33-34.

la même idée éthique[67] ». Il convient, selon lui, de revenir à la différence néoplatonicienne posée par Augustin d'Hippone dans *La Cité de Dieu* : l'État est à la fois *civitas Dei* (royaume de Dieu ou royaume en prévision de la cité céleste) et *civitas terrena*[68]. Ces deux systèmes sont certes distingués, mais ne sauraient maintenir une frontière étanche : ils sont réciproquement influençables. L'intérêt de cette reprise, guère originale au Portugal, provient de son actualisation. Selon Rodrigues Queiró, l'idée aurait été reprise, sous un vocable différent, par Hegel, les publicistes allemands Gerber, Laband et Jellinek, et les tenants italiens de l'État éthique, la plupart tentés par le fascisme, tels Ugo Redano, Sergio Panunzio, Alessandro Ravà, Benedetto Croce, Giorgio Del Vecchio et Giovanni Gentile. Ce type de récupération peut laisser perplexe, mais le propos vise à dégager deux visions de l'État : la première la perçoit comme une création de l'homme dans le but de mener à bien certaines fins, une « œuvre de Culture », qui veille notamment à réaliser l'homme en tant qu'animal politique et sociable, autrement dit à l'aider à accomplir son éthique ; la seconde la décrit comme une « œuvre de Civilisation », comme un instrument permettant à l'homme de lui procurer les éléments matériels nécessaires à sa survie. En somme, Rodrigues Queiró distingue l'État de Culture (ou *civitas Dei*) qui veille à nourrir l'esprit, à ouvrir la voie vers Dieu grâce à la transmission de valeurs, de l'État de Civilisation (ou *civitas terrana*), cantonné aux besoins prosaïques de l'homme, ceux que lui réclame son corps mortel.

Simple espoir d'accomplissement du premier sur Terre ou, au moins, d'une réception du message du Christ par le pouvoir temporel ? De prime abord, Rodrigues Queiró semble surtout en vouloir aux auteurs modernes, nommément à Machiavel, Hobbes et Spinoza, pour avoir banni cette dualité de l'État en lui retirant toute velléité « culturelle ». Certes, l'École moderne du droit naturel, et sans doute aussi sa descendance libérale, est également flétrie, non pour avoir nié la « Culture », mais pour l'avoir insérée dans le domaine réservé des individus ; Rodrigues Queiró reprend ici à son compte l'interprétation que Carl Schmitt livre à propos du mouvement enclenché par Grotius. Là réside l'équivoque des démonstrations lusitaines, du moins entre 1926 et 1945 : elles font toujours état d'une maîtrise des sources antiques et chrétiennes, mais livrée au prisme des publicistes et des philosophes modernes, et en particulier allemands[69]… Il est ainsi symptomatique de voir Rodrigues Queiró chercher à corriger l'État de Civilisation au moyen des trois préceptes du droit du Digeste, connus pour leur inspiration aristotélicienne et stoïcienne : il met notamment en valeur la justice distributive, dans l'espoir de redonner du sens et de la légitimité à la recherche, parfois vide de sens, de nourriture et de protection des corps[70]. Mais il est tout aussi caractéristique de le voir prendre parti dans un débat

[67] A. Rodrigues Queiró, « Os fins do Estado », art. cité, p. 63-64.

[68] *Ibid.*, p. 32-33. La *civitas terrena* est aussi dite *diaboli* selon les passages augustiniens.

[69] Carl Schmitt notamment, qui a parfois publié au Portugal, en français comme en portugais, en particulier dans le *Boletim da Faculdade de Direito*, terre d'accueil de ses articles et conférences dans les années 1940.

[70] A. Rodrigues Queiró, « Os fins do Estado », art. cité, p. 38-39. Les individus sont appelés à se mouvoir librement dans les cadres d'un droit structuré par le « précepte prohibitif *non laedere* » et par le « précepte distributif *suum cuique tribuere* ».

purement « allemand », quoi qu'il l'étende à Duguit, dans sa critique du « relativisme philosophique moderne » de Kelsen et de Radbruch[71]. Rodrigues Queiró n'hésite d'ailleurs pas à s'inspirer de la pensée de l'ordre concret de Carl Schmitt[72]. Imprégné de culture germanique, quand bien même le fonds culturel portugais pouvait se suffire à lui-même ou en tout cas faire valoir son originalité, le fond de l'argumentation se devine aisément : l'auteur n'apprécie pas l'abandon, par les positivistes, de toute recherche d'un droit idéal, absolu, au même titre qu'une mise de côté des finalités de l'État, sous prétexte que ceci relève du domaine de la croyance personnelle, de cette « Culture » réservée à l'individu depuis l'École du droit naturel.

Le débat se solde par un vœu que l'État Nouveau se dispose à accomplir, et qui justifie d'ailleurs l'adjectif que la cathédocratie lui accola : la réconciliation des deux approches de l'État dans une perspective idéaliste devait conduire à la fondation d'un « État corporatif ». Ce débat mérite approfondissement ; cependant, nous devons souligner une curiosité qui nous retiendra dans un premier temps : au rebours des discours politiques, plutôt enclins à invoquer René de La-Tour-du-Pin, Léon XIII et Pie XI, les appels des juristes à une nouvelle fondation étatique corporatiste s'appuient plus volontiers sur des philosophes allemands, en particulier Heinz Heimsoeth et Max Scheler[73]. L'usage des guillemets ne doit d'ailleurs rien au hasard puisque « l'État corporatif » en question n'est autre, selon Rodrigues Queiró, que l'expression la plus adéquate pour traduire le « *gegliederte Einheit* » de Julius Binder[74]… Les pistes étant, de la sorte, quelque peu brouillées, un regard sur la méthode constitutionnelle ne nous paraît pas inutile, en ce qu'il va permettre de mettre à jour les racines idéologiques de la cathédocratie et la raison de cette improbable « chasse aux sorcières » ; l'autodafé des positivistes ne faisait que commencer.

B. Le rejet de l'esprit de système en droit constitutionnel : querelle des méthodes ou des civilisations ?

« Je confesse ma grande peur des idéologues qui, habitués aux abstractions et aux conceptions géométriques, prétendent refaire des siècles d'histoire sur leurs tables de travail[75] ». En pourfendant « l'esprit de système » typique des périodes révolutionnaires, Salazar n'entendait pas uniquement faire allégeance à « l'esprit

---

[71] *Ibid.*, p. 49-52. La *Rechtsphilosophie* a connu six éditions entre 1934 et 1979, traduites et préfacées par Cabral de Moncada, qui fut séduit par l'évolution de la pensée de Radbruch attestée dès 1932. Caetano reprend ce besoin de respecter les trois préceptes du droit (citant autant Ulpien que Van Kleffens), seul socle possible du droit international, tout en invoquant le « nouveau » Radbruch pour soutenir la limitation de l'État par le droit naturel, « la seule vraiment valide », sur laquelle repose la prétendue autolimitation de l'État par le droit positif. *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 34-35.

[72] Son adhésion est plus nette dans « Ciência do direito e filosofia do direito » (1942), in *Estudos de direito público*, vol. II, t. II, *op. cit.*, p. 12.

[73] Récupération peu étonnante ceci dit, compte tenu de l'attrait de Scheler pour les valeurs du christianisme qui nourriront son anthropologie « antihumaniste », comme le serait selon lui l'éthique chrétienne. Voir O. Agard, « La question de l'humanisme chez Max Scheler », in *Revue germanique internationale*, nº 10, 2009, p. 163-186.

[74] A. Rodrigues Queiró, « Os fins do Estado », art. cité, p. 71.

[75] Salazar, in *Diário das Sessões*, nº 54, 30 novembre 1954, p. 20 (*Discursos e notas políticas*, *op. cit.*, p. 820).

des siècles », selon la formule de Portalis affiliée à la théorie des climats de Montesquieu[76]. Certes, en droit constitutionnel, les cathédocrates professaient avec ferveur le respect des mœurs, des traditions et du fonds culturel et historique *portugais* par opposition à la politique de table rase[77] et aux abstractions juridiques systématiques enfantées par le rationalisme des Lumières et des Constituants français[78]. Point de méthode déductive donc. Rejetant toute idée de régime universel, applicable en tout temps et en tout lieu[79], et par conséquent tout idéalisme, le programme s'inspire ouvertement de l'Intégralisme lusitain en vue de promouvoir la « continuité dans le développement[80] ». Il tend à défendre une vision nationale et empirique du droit, éloignée de tout modèle étranger[81] et en particulier du régime parlementaire anglais, jugé inadapté[82]. Le projet puise, en résumé, autant dans la nature du pays, selon une approche inductive similaire à celle d'Aristote et de Thomas d'Aquin, que dans l'histoire du droit portugais pour en retrouver les racines[83], revigorant de la sorte les institutions politiques et sociales lusitaines. Aucun faiseur de la Constitution ne devait donc s'identifier : le pouvoir constituant, sans toutefois être nié, se contente de retranscrire ou de redécouvrir la nature de la Nation portugaise – ce que Caetano nommera la « constitution cognitive[84] ». Ainsi s'explique l'étonnante nomination d'un non-juriste, Pedro Theotônio Pereira, en qualité de rapporteur du texte constitutionnel initial[85]. Mais ainsi se justifie également les multiples révisions de la Constitution, en 1935–1938[86], 1945, 1951, 1953 et 1971, aux fins de l'adapter à son époque[87], écoutant pour ce faire la représentation nationale. La révision de la Constitution, prévue tous les dix ans par le propre texte, veille à consacrer l'ancien jusnaturalisme où la nature, toujours variable, doit être secondée

[76] Soulignons toutefois que la Restauration portugaise de 1640 a vu éclore deux précurseurs de la théorie des climats : les canonistes Sebastião César de Meneses et António Carvalho de Parada.

[77] Salazar, discours du 22 mars 1938, in *Discursos e notas políticas*, *op. cit.*, p. 357.

[78] J. Bosco Soares da Mota Amaral, *Diário das Sessões*, nº 103, 17 juin 1971, p. 2072.

[79] M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 118.

[80] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 3-4.

[81] Voir la préface de Salazar, *Discursos e notas políticas*, *op. cit.*, p. 23-24 et son article « O projecto da nova constituição política do Estado » paru dans *Diário de Notícias* du 28 mai 1932.

[82] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 4.

[83] L. Cabral de Moncada, » Origens do moderno direito português. Epoca do individualismo filosófico e crítico » in *Estudos de história do direito*, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1949, p. 55-178.

[84] M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 338-342.

[85] Telle est du moins l'explication avancée par M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 45.

[86] Selon M. Caetano, ce choix de confier le pouvoir constituant à la première assemblée nationale faisant suite au plébiscite visait à rendre un « hommage aux principes de la démocratie représentative ». *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 10-11.

[87] A. Rodrigues Queiró, « O novo direito constitucional », art. cité, p. 77 : l'idée étant de « faciliter l'adéquation entre le Droit et la Vie, pour que la Vie ne triomphe pas en dehors ou contre le Droit ».

par une législation elle-même en mouvement[88]. La Constitution idéale est donc à la fois cognitive et volontariste : c'est la « raison dans une tradition vive[89] ». Par conséquent, il est du devoir du constituant, en tant que juriste, de ne pas « renoncer à sa vocation de sociologue[90] ». On soulignera cependant que ce type de position se conciliait autant avec les thèses hégéliennes sur la mise en conformité de la constitution réelle et de la constitution politique d'un pays[91], qu'avec le système de « législation à l'essai » introduit par certains ordres religieux ; il sut ainsi séduire le vieillissant professeur silloniste, devenu entre-temps dominicain, Georges Renard[92].

Pour autant, si cette quête d'un droit constitutionnel « national » faisait sens dans un pays ouvert, depuis 1769, aux influences juridiques étrangères du fait de la loi de la « bonne raison », et si ce programme seconde un projet nationaliste comme en atteste la définition de la Nation de Salazar, une autre cible nous est apparue évidente : le positivisme juridique. Comprendre ce rejet impose une brève incursion dans l'histoire de la pensée juridique ; en elle se dissimule un champ de bataille entre les professeurs républicains qui iront fonder la Faculté de droit de Lisbonne, et les professeurs salazaristes, majoritaires à Coimbra.

Cette histoire, aux allures de traumatisme national, est contée par Cabral de Moncada[93], lorsqu'il brocarde l'influence des républicains positivistes sur le droit. L'expression s'apparente à un pléonasme dans le second XIX^e siècle portugais[94]. En effet, le positivisme comtien y fut introduit par Teófilo Braga, futur président du gouvernement provisoire (1910–1911) et président de la République (1915). Son impact au plan politique demeurera cependant nul : à l'image de leur coryphée, les positivistes portugais n'ont adhéré qu'à la vision scientifique, pratique et pédagogique d'Auguste Comte, rejetant l'interprétation mystique liée à la religion de l'humanité, ce qui les différencie de leurs homologues brésiliens[95]. Les juristes vont toutefois être séduits par cette nouvelle méthode à partir de 1869 ; elle devient dominante dans les années 1880 sous l'égide de Manuel Emidio Garcia (1838–1904), titulaire de la chaire de droit administratif à Coimbra.

---

[88] Ce qui explique le choix de cette procédure ordinaire de révision, prévue au calendrier, mais aussi la procédure extraordinaire, provoquée par le président de la République quand il sent un décalage entre la Constitution et la société. Voir A. RODRIGUES QUEIRÓ, *Constituição da República portuguesa*, 4^e éd., Coimbra, Coimbra editora, 1960, p. 108.

[89] M. CAETANO, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 342.

[90] M. CAETANO, « O tecnicismo jurídico e o dever social dos juristas », *O Direito*, 1947, n° 5, p. 130-132.

[91] Voir E. WEIL, *Hegel et l'État*, 2^e éd., Paris, Vrin, 2002, p. 57.

[92] Voir sa préface à F.I. PEREIRA DOS SANTOS, *Un État corporatif. La constitution sociale et politique portugaise*, Paris, Sirey, 1935, p. X, où le professeur de Nancy, séduit par l'État Nouveau, fait le lien avec l'ordre des Frères Prêcheurs qu'il avait rejoint après la mort de son épouse, la sœur de François Gény.

[93] L. CABRAL DE MONCADA, *Subsídios*, *op. cit.*, p. 143-184 et 284-293.

[94] Au rebours du cas italien, où le positivisme fut un feu de paille, vite étouffé par une réaction spiritualiste composite, et parfois creuse, au début du XX^e siècle. Voir N. BOBBIO, *Profilo ideologico del novecento italiano*, Milan, Garzanti, 1993.

[95] F. CATROGA, «Os inicios do positivismo em Portugal», *Revista de história das ideias*, vol. 1, 1977, p. 317, note 2.

Principalement républicains, les rangs professoraux comprennent de nombreux enseignants qui iront fonder[96] la Faculté de droit de Lisbonne en 1913 ; leur chef de file, Afonso Costa (1871–1937), deviendra même la figure centrale de la Première république. L'état d'esprit de ces jeunes professeurs, souvent anticléricaux, les conduit à associer positivisme juridique et esprit de système, mais aussi à brocarder toute approche jusnaturaliste : cette métaphysique, dans laquelle ils enferment également la méthode juridique de Laband, Meyer, Zorn et Jellinek, se voit ainsi condamnée au nom de la loi des trois états de Comte mais aussi en raison de son inefficacité chronique à contenir les poussées autoritaires[97]. En témoigne le « constitutionnalisme octroyé », alliance contre nature entre principes anciens et nouveaux qui finalement s'annulent ; ce faisant, il devait abriter les dictatures de caciques comme João Franco, au point de dicter la chute de la monarchie. Le Portugal cultive ainsi sa singularité : si les salazaristes ont repris l'argumentation résumée aujourd'hui par la « formule de Radbruch », ce sont bien les positivistes lusitains qui exploitèrent en premier cette soumission à l'ordre normatif établi en pointant du doigt les failles du jusnaturalisme (moderne), parfois proche du positivisme « naïf » selon l'expression d'Alf Ross. Un argumentaire que Caetano dénoncera comme fallacieux lorsqu'il reviendra, 40 ans plus tard, sur le problème de la méthode en droit administratif[98].

Un symbole choquant pour les futurs professeurs salazaristes, au demeurant suspendus de leurs fonctions pour offense à la République[99], retient ici l'attention. En arrivant au pouvoir en 1910 après leur coup d'État, les positivistes républicains insèrent, parmi leurs premières mesures, la suppression de la chaire de Sociologie générale et de Philosophie du droit à Coimbra : il s'agissait, depuis la réforme de l'enseignement juridique du 24 décembre 1901, du nouveau nom de la chaire de droit naturel, instituée par le marquis de Pombal en 1772. Le propos des positivistes se veut clair[100] : il importait de saper les fondements moraux et religieux du droit, en tant que soutiens de la monarchie. Or, la chaire de philosophie du droit était vue par les positivistes comme le théâtre suranné d'un enseignement non scientifique et traditionaliste, encensant l'ordre établi : ils l'assimilaient à un reliquat du stade métaphysique décrit par Comte. Son extinction accompagna de ce fait la consécration, selon une lecture anticléricale inspirée par Émile Combes, de la séparation des Églises et de l'État.

---

[96] Au Portugal, l'Université de Coimbra bénéficiait du monopole de l'enseignement du droit avant cela.

[97] L'essor du Deuxième *Reich* est ainsi visé par J. Ferreira Marnoco e Sousa et A. dos Reis, *A Faculdade de direito e o seu ensino*, Coimbra, França Amado, 1907, p. 31 *sqq.* Position similaire chez Alberto Da Cunha Rocha Saraiva : *A construção jurídica do Estado*, Coimbra, 1912, t. I, p. 391 *sqq.*

[98] « O problema do método no direito administrativo português » (1948), in M. Caetano, *Artigos doutrinais n'O Direito*, numéro spécial, 2012, p. 51 (soulignant la mauvaise compréhension des auteurs allemands cités).

[99] Le procès en suspension de 1919 affectera en particulier Salazar, Carneiro Pacheco et Fezas Vital. Voir A. Pedro Vicente, « Conflitos académicos durante a 1ª República. Professores acusados de ofensas às instituições democráticas, 1919 », in *Universidade(s). História, memória, perspectivas*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1991, vol. 5, p. 337-400.

[100] Un conflit académique éclata en 1907 contre l'enseignement jugé archaïque et dogmatique de la Faculté de Droit. Voir A. Xavier, *História da greve académica de 1907*, Coimbra, 1963. La réforme opérée en 1911 y plante ses racines.

Dans ces conditions, la restauration de la chaire de philosophie du droit en 1936, offerte à Cabral de Moncada, devient à son tour emblématique de l'état d'esprit des nouveaux dirigeants et du triomphe du néothomisme : ainsi renaît l'âme du droit portugais[101]. En bref, si la nouvelle Faculté de droit de Lisbonne sut abriter les professeurs acquis aux idées républicaines et positivistes, la vieille Faculté de Coimbra, une fois vidée de ses éléments progressistes, devait se braquer du côté monarchiste et jusnaturaliste[102]. La réaction anti-positiviste, initiée dès 1910 par une conférence de l'historien du droit Paulo Merêa, devait ainsi obtenir gain de cause après avoir longtemps vécu dans le cadre restreint de la revue *Dyonisios* où collaborèrent de nombreux professeurs de droit, en place ou en devenir, comme Caeiro da Mata, Magalhães Collaço et Cabral de Moncada.

La nouvelle génération de professeurs coimbriens forme ainsi un groupe en apparence uni, mené, du point de vue idéologique, par un guide qui ne s'assume pas, Salazar, et par un intellectuel sûr de lui, Cabral de Moncada. Mais nous ne saurions y voir l'équivalent lusitain d'un *Führer*[103] : la fonction de « guide actif de la nation, responsable des destinées du peuple[104] » s'inscrit dans une autre logique, résolument chrétienne et royaliste. Salazar l'offrira au chef de l'État, un poste dénué de force institutionnelle qu'il refusa d'endosser, car destiné avant tout à satisfaire les soutiens nostalgiques de la monarchie comme le furent Fezas Vital et Caetano. Ainsi s'esquisse un paradoxe perturbant : la magistrature suprême se conçoit volontiers sous les traits du *rex errantium*, du guide de ceux qui errent dans la modernité, au point de devenir sourds au message du Christ ; mais elle n'a jamais été exercée par des professeurs, étant toujours remise à des militaires fantoches – certes au terme d'élections au suffrage direct (décret nº 15063 du 25 février 1928) afin que son titulaire soit « oint par la nation[105] », même si ceci présente des airs de plébiscite du régime[106].

---

[101] António Braz Teixeira, figure de la philosophie du droit au Portugal du second XXe siècle, le réaffirme en 1959 : ces attaques républicaines ont été vaines. L'ancienne pensée juridique, entrée en crise au XIXe siècle à la suite de la polémique opposant Vicente Ferrer Neto Paiva et Rodrigues de Brito, devait ainsi renaître de ses cendres. « A filosofia jurídica portuguesa actual », *Boletim do Ministério da Justiça*, 1959, p. 13-14.

[102] Cette fracture initiale tendit à se résorber sous l'impulsion de Caetano, professeur à Lisbonne. Dans ses mémoires, une anecdote illustre le changement d'attitude du professorat lisboète face à Afonso Costa, vu comme « l'incarnation de Belzébuth » [*sic*] depuis sa loi de séparation de l'Église et de l'État : Caetano dut insister pour que le chef républicain figure dans la galerie des portraits de l'Université. M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 5.

[103] Concept faisant du chef « l'incarnation vive et concrète du *Volksgeist* », dont les répercussions sur le droit sont bien comprises, analysées, et donc repoussées, par D. Fezas Vital, « Hierarquia das fontes do direito », art. cité, p. 14.

[104] Citation de Salazar (*Discursos e notas políticas*, *op. cit.*, p. 196) répétée à l'envi par les constitutionnalistes (ex. : A. Rodrigues Queiró, « O novo direito constitucional português », art. cité, p. 71).

[105] Avis général de la section des Intérêts de l'ordre administratif de la Chambre corporative sur la proposition de loi nº 18 portant altération de la Constitution, *Actas da Câmara Corporativa*, nº 49, 10 avril 1959, p. 605.

[106] O. Ferreira, « L'élection au suffrage direct du président au Portugal : renforcer *et* contenir le pouvoir modérateur en république (1911-2011) », in A.-M. Le Pourhiet (dir.), *La désignation du chef de l'État*, Paris, IUV, 2012, p. 127-134.

Cette singularité, propre à attiser le rapprochement avec De Gaulle et le régime « semi-présidentiel[107] » de la Constitution de 1958[108], s'inscrit malgré tout dans l'histoire du christianisme : certains conquérants, à l'instar de Charlemagne, n'étaient-ils pas qualifiés de *rex errantium* par le clergé ? En ce sens, ce choix étonnant de chef d'État vise à préserver l'analogie : les juristes remplacent alors les clercs dans leur mission d'aide et de conseil, en leur offrant un modèle de vertu à suivre, sous-entendu biblique, reprenant la tradition du miroir des princes. Tout ceci peut s'apparenter à de la manipulation, avec l'idée que les professeurs sauront influencer voire contenir les soldats[109] : *cesserunt arma togæ* disait déjà Cicéron… La croyance se greffe sur l'idée d'Empire portugais et le modèle alternatif qu'il incarne, une curieuse réminiscence du sébastianisme, mue par l'envie de propager le catholicisme dans le monde, car telle est la « mission historique » du peuple portugais et du Quint-Empire (*Quinto Império*). La poésie en est le cœur, le droit en sera l'outil : à l'ombre de l'épée, la Constitution servira de phare à ceux qui se sont perdus en chemin. La soumission du Léviathan au droit et à la morale exprime ainsi le retour de l'ancienne perception des choses, sur fond de querelle de civilisation : le rappel, au sein de la Constitution de 1933, de principes tenus pour évidents, tient ainsi à la volonté de stabiliser les sociétés modernes, fragilisées car attaquées dans leurs fondations[110].

En vertu même de son éclectisme, le texte constitutionnel devait pourtant être interprété de diverses manières afin de réconcilier officiellement deux camps, néothomiste d'un côté, positiviste (repenti ?) de l'autre. M. Caetano s'y emploiera jusqu'au bout, en ne recueillant en héritage que le positivisme sociologique de Duguit[111] ; plusieurs idées du professeur bordelais (méthode expérimentale, solidarité sociale, « sentiment de justice », limitation de l'État par le droit…), conciliables

---

[107] En dépit des limites du concept, les professeurs portugais y eurent souvent recours pour désigner leur régime, tels Rodrigues Queiró, « Revisão constitucional », *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 48, 1972, p. 253 et M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 67 (via l'expression « présidentialisme bicéphale »). Dans les années 1930 et 1940, la locution « république *sui generis* » revint aussi (par ex. : D. Fezas Vital, *Direito constitucional*, Lisbonne, 1937, p. 361). À l'image de Figueiredo, les constitutionnalistes peinaient à catégoriser le système engendré, « présidentialiste d'un côté et parlementaire, ou de cabinet, de l'autre ». *Diário das Sessões*, nº 186, 3 juillet 1945, p. 708.

[108] Les Portugais eurent à cœur de démontrer la filiation entre leur Constitution et celle de la Ve République qui sut renouer avec le passé. Mot d'ordre ancien : l'analyse de la révision constitutionnelle de 1954 en France offre déjà une tribune à Armindo M. Marques Guedes, qui deviendra le premier président du Tribunal constitutionnel en 1982. Il invite le peuple français à revigorer sa tradition institutionnelle afin de lui garantir enfin de la stabilité, à l'image des Portugais en 1933. « A revisão da Constituição francesa (lei de 7 de dezembro de 1954) », *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, vol. XI, 1957, p. 72.

[109] Le discours prononcé le 25 novembre 1949 par le professeur d'histoire du droit Guilherme Braga da Cruz à l'occasion du doctorat *honoris causa* du généralissime Franco constitue un modèle du genre.

[110] A. de Oliveira Salazar, « O projecto da nova constituição política do Estado », art. cité, p. 154.

[111] M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 295-297. Sur Duguit : S. Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, nº 67, 2011, p. 69-93.

avec le jusnaturalisme thomiste, sauront ainsi plaire à la pensée constitutionnelle salazariste[112], au rebours du strict positivisme juridique :

> Le texte correspondait aux souhaits exprimés régulièrement au Portugal, surtout depuis le début des années 1920, et aux modes les plus récentes de la Science politique, où, en particulier dans les Universités portugaises, régnait le positivisme traduit en termes juridiques par Léon Duguit[113].

Pour autant, sur le terrain de la pensée juridique, et au rebours des convictions de Caetano, la victoire semblait avoir été offerte aux jusnaturalistes *lato sensu*. Dans son importante étude sur les finalités de l'État, Rodrigues Queiró appelle à la fin du mirage positiviste dans les milieux juridiques portugais, au profit d'une téléologie juridique :

> Le recours au *droit naturel*, c'est-à-dire aux valeurs suprêmes du droit, à l'*idée* de droit, fut combattu, en pareils cas, par le positivisme juridique du siècle précédent, qui a créé une doctrine différente. Selon elle, les systèmes juridiques positifs sont des organismes fermés, au sein desquels il serait possible, grâce à ce qui s'appelle une *jurisprudence conceptuelle*, de trouver la solution pour tous les cas. Cette doctrine est aujourd'hui en crise, nous faisant revenir aux idées antiques[114].

La référence à la *Begriffsjurisprudenz* n'est guère fortuite dans une étude destinée à faire pièce à toute forme de positivisme et à tout conceptualisme[115] : la « jurisprudence des concepts » s'était en effet introduite au Portugal grâce au professeur de droit privé Guilherme Alves Moreira (1861–1922), bien qu'elle suscita une levée de boucliers de la part des publicistes dont Alberto dos Reis et Cunha Saraiva[116]. En s'appuyant autant que possible sur les réflexions de Savigny et plus encore de Stammler, Rodrigues Queiró invite les juristes à saisir le sens culturel des normes juridiques, essentiel à l'interprétation, dans le but de « recourir au droit fondamentalement juste, qui n'est pas autre chose, selon nous, que la fin du droit (ou son "idée") et donc de l'État[117] ». L'obéissance du citoyen ne saurait de toute façon se concevoir sans une adhésion au but poursuivi par l'État, impliquant son intelligibilité ; ainsi s'explique son opposition frontale à Jellinek[118], désireux, pour sa part, de dissocier l'obéissance à l'État et la compréhension de sa finalité.

---

[112] Au demeurant habituée à suivre ses leçons : depuis le début du XX^e^ siècle, l'enseignement du droit public au Portugal est tributaire des doctrines de Duguit et des professeurs italiens Vittorio Emanuele Orlando, Luigi Palma, Ignazio Brunelli et Attilio Brunialti. Voir A.M. Hespanha, *Guiando a mão invisível*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 314-319. D'où l'accueil triomphal de Duguit au Portugal en 1923, surnommé le « nouvel Aristote » par Nobre de Melo lors de la cérémonie le faisant docteur *honoris causa*… Pour un exemple de réception du positivisme sociologique par la cathédocratie, sensible à l'idée d'hétérolimitation : D. Fezas Vital, *Lições de direito político*, 2^e^ éd., Coimbra, Atlântida, 1928, p. 35.

[113] M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 55.

[114] A. Rodrigues Queiró, « Os fins do Estado », art. cité, p. 16 en notes. Il souligne.

[115] Sur les courants positivistes : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, Paris, puf, 2005, p. 195-227.

[116] A.M. Hespanha, « L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950) », *Quaderni fiorentini*, vol. 10, n^o^ 1, 1981, p. 431-434.

[117] A. Rodrigues Queiró, « Os fins do Estado », art. cité, p. 14-16.

[118] *Ibid.*, p. 14.

De façon plus précise, le procès du républicanisme positiviste se livre d'abord sur le terrain méthodologique, en n'omettant guère son impact politique et éducationnel. Sont ainsi pris pour cible les juristes séduits par le positivisme logique de Rudolf Carnap, à commencer par José Hermano Saraiva, qui cherchait à exclure de la science du droit la logique classique aristotélicienne, « prédicative et substantialiste ». Toutefois, cet effet de mode, vite contré au Portugal, dissimule la menace d'un autodafé touchant tous les positivistes. L'esprit de système, corollaire d'une méthode déductive héritée de la pensée juridique moderne, corrompt ainsi la recherche du juste selon Salazar ; conséquemment, il empêche la découverte de la vérité, permise par la seule méthode inductive, inhérente à la pensée aristotélico-thomiste :

> La politique partisane fait perdre aux individus le sentiment national. […] De nombreuses générations se sont formées ainsi ; M. le docteur Afonso Costa forma de la sorte son esprit : il est demeuré attaché à sa méthode déductive, à son argumentation abstraite, à l'absolutisme de certaines de ses propositions, à l'incapacité d'observer les faits et de corriger, grâce à eux, l'une ou l'autre de ses attitudes mentales[119].

La solution passe ainsi par une rééducation intellectuelle de la jeunesse portugaise, où l'observation et l'expérience prennent le pas sur la déduction et les constructions systématiques[120]. Le droit naturel ancien, et ses ressorts méthodologiques longtemps perdus, prendront de nouveau leur essor et chaque Portugais deviendra « sans même le savoir, un petit Thomas d'Aquin[121] ». Encore convient-il d'interpréter ce regain de la méthode inductive à la lumière nationaliste. Car le Stagirite et l'Aquinate ne sont invoqués qu'en raison de leur possible récupération partisane et traditionaliste, du fait même du relativisme induit de leur méthodologie. Ainsi procède le recteur de l'Université, António Luís de Morais Sarmento :

> L'Université de Coimbra, temple séculaire votif à la Patrie et vieille école de formation du caractère, a eu dans l'actuelle urgence des responsabilités particulières. Pour cela, il lui incombe de sonner l'alarme et d'initier […] une véritable campagne nationaliste. Il importe que les universitaires actuels soient portugais dans leurs idées, portugais dans leurs actions, portugais dans le sens de Salazar. Déjà Aristote a dit : « l'éducation doit servir l'État ». Les étudiants du Portugal, du Portugal restauré, doivent être éduqués à l'école de la tradition et à l'ombre de la Croix[122].

Restaurer le droit « portugais » perverti par le positivisme ne présente pourtant pas le même objet qu'en Allemagne : la thèse d'un droit national gommé par le « légalisme juif[123] » ne pouvait pas rencontrer d'écho dans un pays ayant expulsé ses israélites depuis déjà quatre siècles et s'étant assuré de la bonne conversion des

---

[119] A. de Oliveira Salazar, *Duas escolas políticas. Nota oficiosa da Presidência do Conselho de 16 de Julho de 1934*, Lisbonne, edições SPN, 1934, p. 6-8.

[120] *Ibid.*, p. 8.

[121] L. Cabral de Moncada, *Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal*, *op. cit.*, p. 290.

[122] « Relatório » (rapport du 16/10/1940 par le recteur Morais Sarmento), in *Anuário da Universidade de Coimbra*, 1941-1942, p. 7. La prétendue citation d'Aristote résume l'idée du livre VIII (ou V selon les éditions), chap. I, des *Politiques*.

[123] Sur cette critique d'un positivisme juif, c'est-à-dire hors sol et obnubilé par le culte du texte, la sacralisation de la loi sur le modèle de la Torah : O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable*, *op. cit.*, p. 28-37.

« nouveaux chrétiens » par l'entremise de la Sainte Inquisition[124]. En d'autres termes, la religion catholique garantissait l'homogénéité de la population ; les salazaristes ne chercheront pas l'unité ethnique ou « naturelle » comme les nazis, mais seront sensibles à l'unité spirituelle, en prélude à une unité normative qui s'accomplira au fil du temps.

Les considérations raciales importent donc moins que les aspects juridiques en vertu d'un héritage : l'ouverture pluriséculaire et continue du droit portugais aux influences étrangères, au moins depuis l'âge d'or des droits savants, en fit un terreau propice à une synthèse de la culture juridique européenne[125], en partie entérinée par le rédacteur du Code civil de 1867[126]. L'entreprise de l'État Nouveau ne saurait entièrement le rejeter ; après tout, l'influence germaniste est aussi le résultat de cette ouverture, accueillant l'avant-garde de la science juridique, principalement française jusqu'à 1870, puis allemande, à la suite de la bataille de Sedan. La séparation houleuse de l'Église et de l'État, menée par les républicains, semble de surcroît replonger le Portugal de Salazar au temps de la *Reconquista*, à une période où les contrées ibériques cherchaient à exposer leur vigueur chrétienne après des siècles de domination mauresque. Par conséquent, l'objectif de restauration se confond volontiers avec un désir de reconquête ; il explique l'attrait exercé par l'histoire du droit, utilisée à des fins idéologiques. Caetano et Cabral de Moncada la concevaient comme une leçon de morale destinée à régénérer le pays en lui faisant retrouver ses racines doctrinales, son propre génie[127].

Cette restauration a un impact sur le droit constitutionnel. En effet, à l'origine, d'aucuns souhaitaient une simple adaptation de la Constitution de 1911 ; renouer les chaînes du passé passait par l'acceptation du récent héritage républicain[128]. La date du texte constitutionnel fournit d'ailleurs un précieux indice quant à la mentalité des nouveaux gouvernants : même si Salazar et les professeurs de droit n'intègrent définitivement leurs rangs que de façon tardive[129], un écart de sept ans sépare le coup d'État militaire de la promulgation de la Constitution. Cet interrègne constitutionnel offre une place considérable à l'interprétation, source potentielle de dissensions : le droit, après tout, est toujours un « lieu vide », ouvert à un travail de remplissage conceptuel dans lequel s'engouffrent les juristes[130].

---

[124] C.L. Wilke, *Histoire des juifs portugais*, Paris, Chandeigne, 2007, p. 71-102.

[125] A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, puf, 1991, p. 165.

[126] O. Ferreira, « Le Code civil portugais de 1867 : un code *français* ou un "anti-code" français ? Éléments de réponse à travers la doctrine de son rédacteur : António Luis de Seabra », *Revue historique de droit français et étranger*, nº 1, 2014.

[127] A.M. Hespanha, « L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950) », art. cité, p. 440-443. En termes moins policés, il s'agissait de lutter contre les maux contemporains : bolchevisme, individualisme, parlementarisme, partis politiques, franc-maçonnerie… Ceci explique les thèmes privilégiés de recherche en histoire du droit dans lesquels s'engouffrent les constitutionnalistes, destinés à glorifier les fondements corporatistes de l'État Nouveau : municipalités, corporations, représentation organique.

[128] A. Águedo de Oliveira, *Estado Novo*, Lisbonne, União Nacional, 1935, p. 15.

[129] À l'exception de Rodrigues Júnior, architecte de la structure juridique et administrative de la Dictature militaire. Voir L. Bigotte Chorão, *Crise política e política do direito. O caso da Ditadura militar*, thèse d'histoire, dir. L.R. Torgal, Universidade de Coimbra, 2007, p. 393-810.

[130] O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable*, *op. cit.*, p. 19.

En filigrane, l'interrègne peut donc se voir autant comme un moment d'hésitation intellectuelle (les professeurs de droit et les juges unis autour de Salazar ne peuvent-ils pas, de leur propre autorité, infléchir le droit constitutionnel républicain ?) que comme le procès du constitutionnalisme moderne, avec l'idée sous-jacente que les constitutions écrites sont, sinon inutiles, du moins aisément escamotables. La permanence supposée des (apocryphes) lois des *Cortes* de Lamego de 1143, présentées comme une constitution médiévale vivant dans les cœurs portugais[131], entérine même cette thèse… Une telle opinion s'appuie sur la succession de décrets qui, entre 1926 et 1930, ont apporté des modifications substantielles au droit constitutionnel. La Constitution de 1911, officiellement en vigueur durant cette période[132], se vit de la sorte concurrencée par de multiples dispositions réglementaires : les pouvoirs et fonctions du Président du Conseil[133], l'élection du président de la République au suffrage direct[134] ou encore les relations entre la métropole et ses colonies[135], furent tous modifiés de la sorte. Fezas Vital évoquera ainsi l'existence d'une constitution souple insérée dans un « régime constitutionnel atténué » [*sic*][136].

En toute hypothèse, la pensée constitutionnelle portugaise se démarque de leurs homologues des États totalitaires : tous les professeurs portugais se sont résignés à accorder de l'importance, autant dire de la normativité, au texte constitutionnel ; tous ont finalement admis la publicité des débats[137]. Les révisions constitutionnelles sont pour le coup nombreuses, débattues de manière ouverte, voire virulente, même si elles semblent se tenir dans un théâtre d'ombres où s'époumonent en vain de vieux prêtres du droit. Les révisions ont bien sûr une portée réelle en infléchissant le régime : à terme, le mouvement de libéralisation de ce dernier, que tenta d'esquisser la grande réforme constitutionnelle de 1971, permettra la révolution des Œillets… Mais la foi du professorat paraît moins authentique concernant les aspects du constitutionnalisme moderne ; la doctrine portugaise de l'État entretient surtout une image, en endossant une *persona* qui exprime son refus de se placer à la remorque de la science juridique européenne : elle aussi se devait d'être à la pointe et consacrer, aussi vite que possible, les avancées modernes, sans jamais renier ses fondements chrétiens.

---

131 Cunha Araújo défend encore cette thèse à l'assemblée lors de la dernière révision constitutionnelle en recyclant un cours d'histoire du droit. *Diário das Sessões*, nº 105, 22 juin 1971, p. 2120.

132 Thèse défendue par J.M. Tello de Magalhães Collaço, « Reforma do contencioso administrativo », *O Direito*, 1928, p. 163-164. Caetano l'admet au plan juridique, même si, en fait, la première Constitution républicaine cessa d'être appliquée depuis le décret du 9 juin 1926. *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 1.

133 Décret nº 12 740 du 26 novembre 1926.

134 Décret nº 15 063 du 25 février 1928. O. Ferreira, « L'élection au suffrage direct », art. cité, p. 126 *sqq*.

135 Décret nº 18 570 du 8 juillet 1930, rédigé par Q. Avelino de Jesus, connu sous le surnom d'Acte colonial et présenté comme le « premier texte constitutionnel de l'État Nouveau » par M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 6.

136 D. Fezas Vital, *Direito constitucional*, *op. cit.*, p. 345.

137 A. Rodrigues Queiró, *Constituição da República portuguesa*, *op. cit.*, p. 65.

II. *Iter impius* : principes émergents de constitutionnalisme moderne

« La Constitution de 1933 était un document plus préoccupé par l'image que par la réalité du système politique[138] ». Le constat des détracteurs de l'État Nouveau au lendemain de sa chute mérite d'être nuancé ; il contient cependant une part de vérité : l'apparence se situe au cœur des considérations des dignitaires du régime, au point de corrompre les analyses constitutionnelles. En effet, les mandarins veillent à propager, *urbi et orbi*, l'image d'un constitutionnalisme moderne concrétisé au Portugal, indépendamment de leurs convictions profondes qui les conduiraient volontiers à critiquer le triptyque libéral « constitution écrite, séparation des pouvoirs, libertés publiques ». Nous ne reviendrons pas sur la réalité peu glorieuse d'un pays placé sous le joug policier de la PVDE puis de la PIDE[139] ; les professeurs de droit se taisent sur ces questions, n'y voyant que propagande d'adversaires aigris. Ils nourrissent ainsi « cette dichotomie entre la réalité et la fiction, entre l'image réelle et l'image officielle, maintenue par la censure[140] ». Censure ou plutôt autocensure : les correspondances, publiées ou inédites, entre les membres de la cathédocratie et Salazar attestent d'une bonne lecture de la pratique du pouvoir, qu'il convient cependant de taire, y compris dans les écrits juridiques.

L'accent sera ici mis sur le discours professoral tenu sur des emblèmes de la pensée constitutionnelle moderne. Le thème central de la Nation, en premier lieu, devait servir la cause du corporatisme, dans un langage faussement moderne qui reprend en vérité des thématiques esquissées par le libéralisme autoritaire du XIX^e^ siècle (A). La défense des libertés publiques et des droits fondamentaux, en second lieu, mérite toute l'attention, en ce qu'elle résume toutes les difficultés doctrinales de l'alliance entre l'ancien et le moderne (B).

A. La Nation organisée par le « droit totalitaire » : corporatisme contre ochlocratie

« Nous avons constitué un régime populaire mais non un gouvernement de masses, influencé ou dirigé par elles »[141]. Antienne de la pensée politique et constitutionnelle portugaise depuis Pinheiro Ferreira[142], l'ochlocratie incarnait un repoussoir dont il importait de se défaire[143]. Longtemps assimilée au régime des factions, à la Convention française puis à la Commune de Paris, l'ochlocratie avait trouvé deux nouveaux visages dans les années 1920 : le césarisme païen de l'Italie

---

[138] A. Moreira, *O novíssimo príncipe. Análise da Revolução*, Lisbonne, Intervenção, 1977, p. 88.

[139] La *Polícia de Vigilância e Defesa do Estado* (PVDE ; Police de vigilance et défense de l'État), à qui succédera en 1945 la *Polícia internacional e de defesa do estado* (PIDE ; Police internationale et de défense de l'État).

[140] C. de Azevedo, *A censura de Salazar e Marcello Caetano*, Lisbonne, Dom Quixote, 1999, p. 30-31.

[141] Entretien au *Diário de Notícias*, 16 octobre 1938 (A. de Oliveira Salazar, *Pensamento e doutrina política*, *op. cit.*, p. 41).

[142] O. Ferreira, « Un Sieyès rouge ? Regards sur le système politique de Silvestre Pinheiro Ferreira », *Revue de la Recherche Juridique*, n° 146, 2013, p. 91-131.

[143] O. Ferreira, « "La démocratie dans toute sa pureté". Une longue histoire de la sortie en politique du concept d'ochlocratie (1780-1880) », *Revue de la Recherche Juridique*, n° 147, 2013-2, p. 605-648.

fasciste et la dictature du prolétariat de l'URSS. En assimilant ces régimes à des négatifs de la démocratie, la cathédocratie s'inscrit dans la tendance intellectuelle qu'incarnera Raymond Aron ; il est en tout cas certain que les professeurs portugais n'y voyaient pas une nouveauté absolue, portée par une dynamique particulière comme le fera Hannah Arendt.

En plus de Pinheiro Ferreira, le rejet des masses provient de deux lectures complémentaires. La première puise dans la Rome antique, dans l'idée de flétrir le clientélisme politique nourrissant cette masse urbaine, *sordes urbis et faex*, qui causa la chute de la République puis des Césars. La seconde s'avère plus récente : les professeurs salazaristes admirent la *Psychologie des foules* de Gustave Le Bon[144]. L'information ne présente en soi rien d'insolite : le sociologue français a inspiré bien des dirigeants de régimes totalitaires et autoritaires. Toutefois, son utilisation par la cathédocratie présente des contours moins attendus, modernisés de surcroît par le recours à Schumpeter, à Walter Lippman[145] et aux sociologues allemands Ferdinand Tönnies et Max Weber. Ainsi, le programme professoral conçu par Caetano vise moins à enfanter des démagogues, qu'à tenir compte des difficultés rencontrées par les masses pour mieux les structurer et les redresser. Les concepts de *Gemeinschaft* (communauté conçue comme entité organique et naturelle) et de *Gesellschaft* (que Caetano propose de traduire par « association », et non par « société », pour bien marquer sa nature volontaire et artificielle[146]) lui servent à saisir les caractères et le cadre de vie de l'animal social perdu dans les affres de la modernité et non à brocarder l'homme-masse d'Ortega y Gasset[147] ; ce seront les infrastructures sur lesquelles doit s'appuyer le droit constitutionnel.

Le résultat de cette rencontre porte un nom : l'État sans partis. La proscription des partis politiques, au moins fruit d'une convention de la constitution[148], vise à sabrer l'ochlocratie, en attaquant les démagogues et les factions à la source. Mais cela heurte aussi l'idée de parti unique, prépondérant dans les régimes totalitaires[149]. Car voici ce que l'Union Nationale n'est pas et ne pouvait prétendre à être, selon ses statuts[150] et ses exégètes[151] : un parti doté d'une doctrine et d'une autorité

---

144 L. Reis Torgal, *A Universidade e o Estado Novo*, *op. cit.*, p. 66.

145 M. Caetano, *A opinião pública no Estado moderno*, Lisbonne, s.éd., 1965, p. 64-66.

146 M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, t. I, p. 2-3.

147 « Les individus ne sont pas de simples éléments d'une masse confuse, mais des personnes qui réalisent leurs fonctions sociales en prenant part à une société familiale, à une société municipale, à une corporation ; dès lors, c'est au sein de ces groupes qu'ils doivent posséder et exercer leurs droits politiques ». *Ibid.*, p. 330.

148 Désaccord entre J. Miranda (*Manual de direito constitucional*, *op. cit.*, t. I, p. 308) et M. Rebelo de Sousa (*Os partidos políticos no direito constitucional português*, Livraria Cruz, 1984, p. 223 *sqq.*). Pour le premier, ni la Constitution, ni la loi, n'interdisent les partis ; mais leur création fut soumise à une autorisation administrative préalable qui ne fut jamais concédée. Le second, actuel président de la République, défend le contraire, du fait de l'esprit de la Constitution.

149 A. Rodrigues Queiró, *Partidos e partido único no pensamento político de Salazar*, Coimbra, Atlântida, 1970, p. 12.

150 Art. 1 : « L'Union Nationale est une association sans caractère de parti et indépendant de l'État […] ». Article révisé en novembre 1951 pour renforcer ce rejet : « association […] sans caractère ni esprit de parti […] ».

151 A. Rodrigues Queiró, *Partidos e partido único*, *op. cit.*, p. 9 *sqq.*

singulière, à même d'influencer ou de définir le cap du gouvernement[152]. Ce dernier doit pouvoir agir sans perturbation extérieure, ni foule ni factions, porteuses d'intérêts particuliers souvent opposés à l'intérêt général ; l'Union Nationale est une *Gesellschaft* qui se limite ainsi à donner corps aux masses « afin que tout se rationalise sur le terrain du droit public[153] ». Dans la lignée de Salazar, et au rebours de l'État de partis de Radbruch[154], les constitutionnalistes portugais en conviennent : la république vit mieux sans luttes partisanes, pourvu qu'une place à la critique soit préservée au sein du parlement. C'est le *démos*, non l'*okhlos*, qui doit maintenir son espace d'expression : le temps n'est plus à « l'anarchisant féodalisme d'intérêts » engendré par la domination des partis[155] et par la figure méprisable du « politique professionnel[156] ». Cabral de Moncada tentera d'introduire deux néologismes, *démocratisme* et *démoïsme*, pour exposer cette dissension[157]. Le premier est un excès de démocratie, un « démo-libéralisme » lié au triomphe inconséquent de la pensée rationaliste : ce nouveau dogmatisme consacre la toute-puissance de l'homme et le prive, *in fine*, de tout garde-fou, étant entendu que les mécanismes modernes de protection des libertés (représentation, parlementarisme, libertés abstraites…) ne peuvent être qu'une « fausse garantie[158] ». Le second est en revanche un bienfait, sis sur une conception expérimentale et réaliste : c'est une démocratie perçue comme un « sens de la vie » ou plus exactement un « amour », permettant à l'homme de s'épanouir à l'abri des mensonges qui le détournent de son éthique. Ainsi s'explique le contrôle de l'opinion publique que se réserve l'État au sein de la Constitution[159], légitimant par avance le rôle tenu par une bureaucratie envahissante, désireuse de « bien guider » ; ainsi se justifie également la présence d'une chambre corporative, conçue comme un lieu d'expression des intérêts collectifs et réels, dans l'idée de les transmuer en intérêt commun.

---

[152] Le parti monopolistique, prenant appui sur une idéologie assimilée à la vérité officielle d'État, figure parmi les cinq éléments classiques de la définition du système totalitaire selon R. Aron, *Démocratie et totalitarisme*, Paris, Gallimard, 1965, p. 284-285. Au Portugal, l'Union Nationale servait plutôt d'interface de dialogue entre l'État et la société civile ; seul le sens organique du mot « parti » peut valablement le caractériser. Voir M. Braga da Cruz, *As orígens da democracia cristã e o salazarismo*, *op. cit.*, p. 378-382.

[153] A. Águedo de Oliveira, *A União Nacional como direcção política única*, Lisbonne, União Nacional, 1938, p. 17.

[154] Qui proposait d'organiser la démocratie de masse et de former une volonté collective via ces organisations médiatrices. Ce programme fut celui du constitutionnalisme octroyé : grâce à son pouvoir modérateur, le Roi devait institutionnaliser les partis et ainsi régulariser la vie politique. O. Ferreira, *Le constitutionnalisme octroyé*, *op. cit.*, p. 23, 265-266, 312.

[155] M. Caetano, *A opinião pública*, *op. cit.*, p. 53.

[156] Selon l'invective réitérée de M. Rodrigues Júnior, *O cidadão do Estado Novo*, Lisbonne, União Nacional, 1935.

[157] L. Cabral de Moncada, « Do valor e sentido da Democracia », in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XII, 1930-1931, p. 1-106 (les p. 96-106 offrent un résumé en français ; nous en reprenons ici le vocabulaire).

[158] *Ibid.*, p. 47. Il cite Duguit pour affirmer « le droit intangible de l'individu contre le despotisme des parlements ».

[159] Art. 20 de la Constitution de 1933 : « L'opinion publique est l'élément fondamental de la politique et de l'administration du pays ; il incombe à l'État de la protéger contre tous facteurs susceptibles de la détourner de la vérité, de la justice, de la bonne administration et du bien public ».

La réflexion constitutionnelle va aussi de pair avec une critique économique et sociale, flétrissant l'expansionnisme de l'État[160]. Le professeur d'économie politique donne encore le ton : toute volonté gouvernementale visant à satisfaire une clientèle est dangereuse et stérile. L'analyse ressemblerait à celle de libéraux comme Bastiat, si Salazar ne fustigeait pas en même temps le « ploutocrate » : ce capitaliste, dénué de morale, accroît ses richesses au détriment du bien commun, tout en abreuvant la population de choses inutiles et luxueuses, donc vicieuses[161]. Car, afin de refondre l'ordre constitutionnel sur de bonnes bases, Salazar ne voit qu'une solution : en finir avec la philosophie matérialiste pour mieux remodeler l'assise spirituelle propre à la Nation portugaise. Le constitutionnalisme de l'État Nouveau portera donc la trace de ce programme spiritualiste de type platonicien car il est inutile d'offrir les meilleures lois à une population dépravée[162]. Il importe d'abord de renouveler l'éducation et la formation organique de la Nation, ses mœurs en un mot, en vue d'asseoir la nouvelle constitution et les lois qui en découleront : « l'exercice des libertés publiques, comme le fonctionnement normal des institutions, présupposent un niveau d'éducation civique, un esprit de tolérance, une notion de responsabilité et un sens de la justice qui ne s'équivalent pas dans tous les pays. La liberté ne se mesure pas par les textes, mais par les mœurs[163] ». Libertés modernes, sans doute, mais interprétées selon un mode classique que n'aurait pas renié Tacite : conformément au *regimen morum*, la place accordée aux mœurs était centrale.

Le paradoxe de la réflexion provient du choix opéré en aval par les constitutionnalistes portugais : tous encensent l'État corporatif qui, en jetant ses bras sur tous les aspects moraux, culturels et économiques, en bref sur « toutes les activités sociales[164] », fait œuvre d'expansionnisme. En 1936, Mário de Figueiredo hasarde ainsi l'expression de « droit totalitaire[165] ». Cette locution désigne le droit constitutionnel d'un bon « État chrétien » : il s'agit d'un droit qui s'occupe de tout (politique, morale, société, économie), soucieux de respecter et de diffuser la doctrine sociale de l'Église et l'ordre corporatif de la société traditionnelle. Les encycliques de Pie XI, *Casti Connubii* et *Quadragesimo Anno*, servent d'appui aux multiples articles de la Constitution de 1933 abordant la famille, l'éducation et les structures organiques de la société. La constitution politique ne peut décemment se concevoir sans une constitution sociale ; ceci pour une raison évidente puisée chez Aristote : en tant qu'animal politique, l'homme a besoin de ses semblables pour accomplir sa nature, ce qui implique de régenter et de réguler sa vie sociale, en prélude à son entrée en politique[166]. Proposée par Caetano, la « théorie intégrale des fonctions de l'État » renforce l'idée afin de pallier les lacunes des conceptions de Jellinek, Duguit

---

[160] M. Caetano, *A opinião pública*, *op. cit.*, p. 45.

[161] « Problemas da organização corporativa », discours du 13 janv. 1934, in *Discursos e notas*, *op. cit.*, p. 148-149.

[162] Pour Caetano, l'homme n'est pas naturellement bon : la religion inculque que sa nature contient une part de bien et de mal ; la sociologie enseigne que des facteurs extérieurs le moralisent ou le pervertissent. *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 252.

[163] Discours du 7 janv. 1949, in Oliveira Salazar, *Discursos e notas políticas*, *op. cit.*, p. 642.

[164] M. de Figueiredo, « Princípios essenciais do Estado Novo corporativo », art. cité, p. 134.

[165] *Ibid.*, p. 140. Il l'oppose explicitement à l'État totalitaire italien, érigé en repoussoir.

[166] J.J. Teixeira Ribeiro, « Princípios e fins do sistema corporativo », in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XVI, 1939, p. 8 *sqq.*

et Kelsen[167]. L'État ne peut se résumer à la création et à l'application du droit en vue de réguler la conduite de l'individu ; le pur État de droit est une chimère, car tout part de lui et tout revient à lui[168]. Exacerbant son éclectisme, Caetano juge que l'État est aussi culture (*Kulturstaat*), bien-être (*Welfare State*), éthique (*Stato etico*) et social (*Estado social*).

Ainsi s'initie le curieux mélange des genres et les frontières poreuses entre le droit constitutionnel et le droit corporatif. En substance, le juridique, le social et l'économique ne font qu'un au nom des valeurs que doit porter l'État[169]. Les publicistes font du droit constitutionnel la superstructure juridique de toute vie au Portugal[170] ; des décrets-lois le complètent aux fins de concrétiser la « République corporative[171] ». La solidarité et la justice en seront les maîtres-mots, sans doute inspirés par Duguit[172], permettant à la liberté des Anciens de reprendre vie dans un cadre moderne : le « citoyen de l'ère moderne[173] », tout en sachant obéir aux lois de l'État, doit ainsi recevoir son dû, en prenant part aux choix politiques locaux et en pesant dessus[174]. Le « suffrage corporatif » en sera l'instrument, permettant de gratifier les « éléments socialement utiles », effectivement impliqués dans les associations naturelles et artificielles[175].

Par conséquent, le projet éducatif de l'État Nouveau présente des connexions avec son programme constitutionnel : ils ne peuvent être dissociés sous peine d'une mésentente, le titre IX de la première partie de la Constitution de 1933 étant là pour nous le rappeler. Si le mal ploutocratique est déjà bien ancré, si les mœurs ont été viciées, il n'en est pas moins vrai que « Dieu a fait des nations curables », grâce à

---

167 M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 154-158.

168 Dans la même veine : A.J. Brandão, « Estado ético contra Estado jurídico ? », in *O Direito*, vol. 73, 1941.

169 Tel est le sens de la « doctrine totalitaire » de M. de Figueiredo, « Princípios essenciais… », art. cité, p. 133-134 et de la « conception totalitaire de la vie » de M. Rodrigues Júnior, *Problemas sociais*, *op. cit.*, p. 261.

170 M. Caetano emploie ce terme pour désigner la constitution politique ; la constitution sociale forme pour sa part une « infrastructure ». *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 31-33.

171 Les décrets-lois organiques du 23 septembre 1933 sont ainsi conçus dans la foulée de la Constitution.

172 Le doyen de Bordeaux est de reprise facile sur ce thème, du fait de sa défense des corporations, à travers le syndicat, et de sa recherche d'une troisième voie, dédaignant autant le libéralisme que le collectivisme, pour régler la question sociale. Voir S. Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », art. cité, p. 86-92. Toutefois, une divergence profonde touche au poids offert à la commune et à la famille.

173 Pour reprendre l'expression de M. Rodrigues Júnior, *O cidadão do Estado Novo*, *op. cit.*

174 D'où l'importance d'un « suffrage organique » venant compléter le droit de vote des citoyens : J.J. Teixeira Ribeiro, « Princípios e fins do sistema corporativo », art. cité, p. 15-16. Ceci se concrétise par le droit de vote des chefs de famille au niveau local, réglé par l'art. 200 du Code administratif comme le rappelle M. Caetano. Sur ce thème : O. Ferreira, « Um regulador do sufrágio eleitoral: o direito de voto dos pais e chefes de família em França e em Portugal », in V. Moreira et J. Domingues (dir.), *Dois Séculos de Constitucionalismo Eleitoral (1820–2020): Atas da Conferência Internacional*, Lisbonne, Universidade Lusíada Editora, 2021.

175 M. Caetano, *Manual de ciência política*, *op. cit.*, p. 246. Rodrigues Queiró dévoile d'autres sources d'inspiration du suffrage corporatif : Saint-Simon, l'école syndicaliste française (Paul-Boncour, Sorel, Lagardelle, Leroy), Duguit et le *guild socialism* anglais de Russel et Cole. Voir « O passado e o futuro da Câmara Corporativa » (1953), in *Estudos de direito público*, vol. II, t. II, *op. cit.*, p. 92-96. Le concept sut convaincre les professeurs invités, tel Friedrich von der Heydte.

l'éducation véhiculée par le gouvernement et l'administration[176]. La solution passe par un redressement moral et intellectuel du pays, par la formation d'une Nation vue comme « une unité morale, politique et économique » : cette définition de l'article 1 du Statut du Travail National, promulgué dans la foulée du plébiscite de 1933 et modérément influencé par la *Carta del Lavoro* de Bottai[177], ouvre de nombreux travaux sur le corporatisme, en particulier ceux de Figueiredo. Caetano fera de même dans ses écrits de droit politique, expliquant que le Statut du 11 septembre 1933 « doit être considéré comme un élément complémentaire et interprétatif du texte constitutionnel[178] ».

En vertu du « rôle éducatif du droit positif[179] », la pédagogie se place ainsi au cœur du nouvel ordre constitutionnel ; il se présente comme la garantie de la stabilité de tout l'ordre politique. Bien des manuels de droit comportent ainsi des passages éloquents glorifiant les valeurs de l'État Nouveau, n'hésitant pas à gloser voire à paraphraser ce discours de Salazar :

> Dans le cadre général du nouvel ordre constitutionnel figure cette pensée : réunir au progrès économique indispensable, la restauration et le développement des valeurs spirituelles. […] Nous devons travailler […] pour la juste compréhension de la vie humaine, avec les devoirs, sentiments et espérances dérivés de leurs fins supérieures […], nous libérant définitivement d'une philosophie matérialiste condamnée par les propres maux qu'elle a déchaînés. C'est ici que se trouve la vérité, le beau et le bien – vie de l'esprit. Pas seulement ça : c'est là que réside la garantie suprême de l'ordre politique, de l'équilibre social et du progrès digne de ce nom[180].

Le projet présente cependant une envergure singulière. Si la Constitution de 1933 préserve une neutralité de façade et approuve la liberté des cultes, les mandarins entendent délivrer le pays des méfaits de la laïcité, en acceptant l'interdépendance et l'interpénétration de la vie publique et de la vie privée[181]. Caetano en précisera l'idée : l'État, vu comme « expression politique de l'unité nationale », doit servir « d'instrument de la réalisation de sa mission œcuménique » ; bref, si l'État peut, à certains égards, demeurer neutre, il doit faire en sorte d'accompagner son « support sociologique », la Nation portugaise, dans son catholicisme[182].

Sans qu'il soit opportun de ressusciter l'État confessionnel, la religion est de nouveau invoquée à l'appui d'un projet constitutionnel mu par le bien commun,

---

[176] Propos de Salazar recueillis par Chr. Garnier, *Férias com Salazar*, Lisbonne, 1952, p. 108-109.

[177] Le texte portugais est plus abouti que son correspondant italien, proche d'une pétition de principes. Les influences reconnues sont multiples, allant de l'Intégralisme lusitain au corporatisme intégral d'Othmar Spann, en passant par Manoilesco, Déat et… Duguit. M. Caetano, *O sistema corporativo*, Lisbonne, s.éd., 1938, p. 27-32.

[178] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 17.

[179] M. Caetano, *A opinião pública*, *op. cit.*, p. 50.

[180] Session inaugurale de l'Union Nationale, 26 mai 1934, in *Discursos e notas políticas*, *op. cit.*, p. 163-164.

[181] Salazar défendait déjà cette idée lors de sa conférence intitulée « Laicismo e Liberdade » du 4 avril 1925.

[182] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 17-20. Voir aussi Àguedo de Oliveira, *A União Nacional como direcção política única*, *op. cit.*, p. 70 où il expose « l'idée d'un État missionnaire où l'activité politique intéressante est proprement doctrinale et pré-constitutionnelle ».

impliquant une « collaboration spirituelle » entre l'Église et l'État[183] : seul le catholicisme permettra de faire renaître le véritable Portugais et sa nature singulière qui le démarque des autres Européens à l'identité religieuse plurielle, voire fluctuante ; seule l'unité religieuse garantira la soumission de la population et de ses gouvernants envers Dieu, cette part de constitutionnalisme ancien que tenta de préserver Gama e Castro au siècle précédent. Tel sera l'objectif affiché du Concordat de 1940, sorte de baume vulnéraire venant couvrir les plaies d'une loi de séparation menée par les anticléricaux : libérer l'Église en lui donnant « la possibilité de se reconstruire et même de récupérer en quelques temps son ascendant dans la formation de l'âme portugaise », afin de « réintégrer la Nation dans la ligne historique de son unité morale[184] ». Un dessein anticipé par la propre Constitution : la révision constitutionnelle opérée par la loi nº 1910 du 23 mai 1935 se contente d'ajouter une seule phrase au texte, à savoir que l'enseignement d'État doit être « orienté par la doctrine et la morale chrétiennes traditionnelles du pays ».

Rééduquer le citoyen, c'est aussi lui faire entendre l'erreur du *faux* concept de souveraineté nationale, en tant qu'attribut inhérent à chaque individu. Ici se voit la part la plus évidente laissée au constitutionnalisme ancien sous couvert d'une doctrine « moderne » : le pouvoir remis aux groupes naturels comme la famille. Car, au rebours des thèses contractualistes, en particulier de Renan, la Nation s'apparente pour les constitutionnalistes de l'État Nouveau non comme une collection d'individus appelés à donner leur consentement, mais comme une entité morale, une « communauté culturelle transpersonnelle » formée par l'histoire et guidée par une conviction commune : celle de devoir endosser une mission providentielle, visant à propager la civilisation chrétienne dans le monde[185]. En ce sens, le pouvoir n'est jamais remis à des individus ou à des foules, mais à des groupements identifiés de personnes incarnant et reproduisant l'*ethos* portugais ; eux seuls peuvent traduire progressivement l'intérêt particulier en intérêt général[186]. Comme l'analyse Caetano, le propos vise ainsi à réconcilier tous les Portugais en leur offrant un espace démocratique purgé de ses modes d'expression néfastes. Sa référence classique au gouvernement mixte[187], panacée universelle contre l'*anakyclosis* et les discordes depuis Polybe, ne se propose donc pas uniquement de rassurer des républicains familiers de ce type de régime ; elle le conçoit aussi comme un lieu d'échange bienvenu, appelant chaque corps de métier, chaque groupe, à discuter en vue de réconcilier l'ensemble de la population. Seule cette « Nation » peut, finalement, jouir de la souveraineté (art. 71 de la Constitution).

---

[183] A. Rodrigues Queiró, « O novo direito constitucional português », art. cité, p. 64-66 ; du même, « A autoridade », art. cité, p. 39 : « L'État doit favoriser la création de conditions de diffusion du bien spirituel par l'Église, et cette dernière doit permettre à l'État d'accomplir ses justes finalités temporelles. […] Ni régalisme, ni curialisme théocratique, ni séparation : collaboration spirituelle de l'État avec l'Église […] ».

[184] Discours du 7 janvier 1949, in A. de Oliveira Salazar, *Discursos e notas políticas*, *op. cit.*, p. 646.

[185] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 18-20.

[186] M. de Figueiredo, « Princípios essenciais do Estado Novo corporativo », art. cité, p. 121-125.

[187] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 13.

Le principal dispositif pour raffermir la Nation résidait donc dans le corporatisme ; il justifie le flux ininterrompu de travaux en provenance de la cathédocratie[188]. La définition de la république corporative se fonde sur trois éléments : le rejet du centralisme dirigiste, d'abord, ce qui implique le respect des associations naturelles et artificielles[189], chacune étant libre d'exprimer ses intérêts collectifs particuliers en vue de la formation de l'intérêt général ; l'existence d'un État social, ensuite, en imposant au pouvoir la promotion du bien commun ; l'acceptation d'un pluralisme normatif, enfin, en provenance des *autarquias* (municipalités) et des organismes corporatifs[190].

Caetano n'est pas le seul à opposer la société de corps à la nouvelle société d'individus surveillés par une machine bureaucratique ; Pires Cardoso loua tout autant le projet portugais, qui aurait réussi à consacrer un « corporatisme d'association » (ou autonome) et non un « corporatisme d'État » (ou dépendant)[191]. Toutefois, nous devons admettre que le projet « constitutionnel » mis en œuvre sombre dans le défaut dénoncé : en encensant les associations artificielles, Caetano et consorts s'efforcent de construire et d'encenser une organisation administrée par l'État, depuis la base jusqu'au sommet. La liberté d'association, au cœur des revendications des corporatistes catholiques du XIXe siècle, est en fait niée par les décrets-lois organiques du 23 septembre 1933. Mais rares sont ceux à s'en offusquer[192]. Qu'importe : les cathédocrates continuent sur leur lancée, professant l'existence de garanties juridiques théoriques mettant à contribution les mécanismes constitutionnels.

B. Les libertés chrétiennes garanties par un écrin moderne : une protection juridique offerte à tous les habitants de l'Empire

La présence des droits et libertés modernes dans le texte de 1933 surprend ; les sources revendiquées, nommément la Constitution de Weimar pour sa liste de droits sociaux[193], également. Les conférences du jeune professeur Salazar[194] exposent en effet un rejet résolu de toutes les libertés modernes, des « erreurs » libérales qui, à l'image de la liberté des cultes et des excessives libertés d'expression et d'enseignement, font fi du seul socle possible aux véritables libertés ; ces dernières doivent en effet être offertes et soutenues par l'union solide entre l'Église et l'État.

---

188 L.P. Cunha, « Estudos sobre o corporativismo publicados no *Boletim da Faculdade de Direito* da Universidade de Coimbra », *Boletim de ciências económicas*, nº 18, 2016, p. 7-42.

189 Ainsi s'explique le soutien professoral aux nombreuses institutions destinées à encadrer les masses : Secrétariat de la Propagande Nationale, Union Nationale, Légion Portugaise, Jeunesse Portugaise…

190 M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 37-38. En résumé : l'État ne peut être à l'origine de tout le droit.

191 J. Pires Cardoso, « Para uma corporação autêntica » *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 36, 1960, p. 79.

192 Pas même J.J. Teixeira Ribeiro, « A organização corporativa portuguesa », in *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento V, 1945, p. 293 : le corporatisme portugais serait un corporatisme d'association faisant appel à une surveillance étatique pour de simples raisons conjoncturelles qui ne l'émeuvent pas.

193 M. Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, *op. cit.*, p. 55.

194 Notamment « A Democracia e a Igreja » (22 avril 1914) et « Aconfessionalismo do Estado » (14 juillet 1925).

Ces propos, influencés par l'encyclique *Libertas Praestantissimum* de Léon XIII (1888) et participant du rejet de tout État athée, sont repris par la cathédocratie en son ensemble. En 1934, dans une conférence au Centre d'études corporatives, Caetano se plaît ainsi à séparer les libertés politique et économique, simples « formules qui intéressent principalement l'activité sociale des individus » et pouvant par conséquent être limitées, de la liberté civile, qui « intéresse la dignité naturelle et la personnalité humaine elle-même », autrement dit une liberté nécessaire que la société doit toujours préserver en raison de sa propre finalité, celle d'un « simple moyen de réalisation des fins que Dieu a assignées à l'homme[195] ». Cette dichotomie, une fois mûrie, deviendra la *summa divisio* de son manuel de droit constitutionnel : les « libertés essentielles », en tant qu'attributs de la personne offerts par le droit naturel, se voient ainsi complétées par des « libertés instrumentales », vues comme un instrument de défense et de garantie des précédentes[196]. Caetano tente de revenir aux libertés de l'être humain, des libertés concrètes, objectives et de « racine chrétienne[197] », non ces droits subjectifs modernes faisant fi de la juste mesure. Sa construction se fonde sur des postulats que l'on peut croire empruntés à Jacques Maritain[198], précisément sur la dissociation entre la personne, un être *sui juris* doté de droits inaliénables offerts par le Tout-puissant, et l'individu, uniquement conçu comme la partie d'un tout (famille, corporation, municipalité, Nation). Des libertés en toute hypothèse enserrées : la vraie liberté, inscrite par Dieu dans la raison humaine, s'exerce dans le but d'accéder à la Vérité, non dans l'idée de nous en détourner. L'eschatologie réapparaît ainsi naturellement, Rodrigues Queiró allant jusqu'à dire que l'État « doit tenir compte des exigences de la fin surnaturelle de l'homme[199] » ; son action sert donc à préserver la paix en ce qu'elle offre aux hommes la possibilité de travailler pour leur salut, ce qui lui impose de respecter les libertés de la personne[200]. Les troubles du monde moderne, et sa propension à nous aveugler, imposent ainsi des restrictions censées nous protéger[201].

La thématique des libertés publiques se présente, dès lors, sous des traits tantôt classiques, conformes à la pensée contre-révolutionnaire initiée par Burke, tantôt modernes, en reprenant à bon compte les développements du *Traité de droit cons-*

---

[195] M. Caetano, « O individuo e o Estado na doutrina corporativa » (1934), repris en appendice dans ses *Lições de direito corporativo*, *op. cit.*

[196] Les premières comportent les droits à la vie, à l'intégrité, à la religion et à la bonne réputation ; les droits de travailler et d'en approprier ses fruits ; le droit de former une famille et d'éduquer ses enfants ; le droit à l'inviolabilité de son domicile et au secret de sa correspondance ; enfin, le droit de circuler. Les secondes comprennent tous les droits politiques : droits de vote, de réunion, d'association, d'expression et de pétition.

[197] M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 314.

[198] J. Maritain, *Trois réformateurs. Luther – Descartes – Rousseau*, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1925, p. 19 *sqq.* Pereira dos Santos dit de même dans sa thèse (*Un État corporatif*, *op. cit.*, p. 40), qualifiée de meilleure étude jamais publiée sur la Constitution de 1933 par M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 13 en notes ; il préfacera sa deuxième édition.

[199] A. Rodrigues Queiró, « A autoridade », art. cité, p. 39 (prenant appui sur les travaux de Suzanne Michel).

[200] *Ibid.*, p. 40-42.

[201] M. Caetano, *Revisão constitucional*, s.l., Secretaria do Estado da informação e turismo, 1970, p. 20-23.

titutionnel de Duguit portant négation des droits subjectifs et défense d'une conception solidariste de la liberté, d'une liberté conçue comme un devoir et non comme un droit[202]. La cathédocratie se contente ici de taire l'agnosticisme métaphysique du Doyen de Bordeaux, mais joue volontiers sur sa thèse d'un être social impliqué dans la vie collective où il se doit d'endosser une véritable fonction sociale. La leçon démontre, de façon attendue, la faiblesse de la garantie des droits abstraits, mais aussi leur puissance démesurée en cas d'interprétation extensive. La théorie de l'abus de droit saura donc séduire[203], étant entendu que les droits individuels doivent toujours être limités par l'intérêt social et par les principes de la morale[204]. Dans le droit fil de l'Antiquité, la liberté ne saurait se confondre avec la licence et se résume à l'obéissance aux lois[205] ; encore convient-il d'ajouter que parmi ces lois figurent aussi des lois naturelles que la « Raison éclairée (illuminée par la Révélation)[206] » permet de découvrir : le droit naturel contient ainsi des préceptes immuables, car divins. Cette précision les éloigne du relativisme d'Aristote et témoigne d'une lecture plus rarement nommée, celle des jusnaturalistes catholiques de la Belle Époque, à commencer par Joseph Charmont.

Ceci n'en demeure pas moins construit à la lumière des libertés modernes et dans un vocabulaire destiné à rassurer les puissances internationales tentées par le droit d'ingérence[207]. Les thématiques conservatrices seront certes à l'ordre du jour et s'épanouiront à la lumière du concept de libertés essentielles de Caetano : en témoigne le projet de constitution annoté par Salazar et Fezas Vital qui remplace le « droit d'existence et d'intégrité physique et morale » par le « droit à la vie et à l'intégrité personnelle » (art. 8), aujourd'hui prisé des traditionalistes. Aussi en va-t-il des prétendues innovations. De nature axiologique, le « nouveau droit naturel » proposé par Cabral de Moncada[208] fait l'effort de proposer un ensemble de principes de base saisissables via l'observation des valeurs du droit, en s'imprégnant de la philosophie existentialiste ; cependant le résultat ne paraît guère neuf et recycle un vieux fonds d'idées chrétiennes. Mais après tout, n'est-ce pas là leur but ? En étant persuadés que « seul le droit naturel explique et fonde de manière satisfaisante la limitation du pouvoir politique[209] », les professeurs de droit ne pouvaient que s'en remettre aux leçons du passé. Au demeurant, leurs études s'échinent à démontrer que tous les constitutionnalistes, pourvu qu'ils soient de bonne foi, se sont rendus à cette vérité, soit en l'admettant comme Radbruch, soit en proposant des théories faussement nouvelles : l'idée de droit de Burdeau ou la juridicité naturelle du pouvoir, attribuée à Jellinek, ne feraient que reproduire la thèse mise en

---

[202] « Dixième leçon : La conception solidariste de la liberté », in L. Duguit, *Souveraineté et liberté*, Paris, Alcan, 1922, p. 141-151.

[203] T. Arantes, *Do abuso de direito e da sua repercussão em Portugal*, Lisbonne, s.éd., 1936.

[204] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 26-27.

[205] M. Caetano, *Revisão constitucional*, *op. cit.*, p. 19.

[206] M. Caetano, « O problema do método no Direito administrativo português », art. cité, p. 67.

[207] A. Rodrigues Queiró, « O novo direito constitucional português », art. cité, p. 61-62.

[208] L. Cabral de Moncada, « A caminho de um novo direito natural », in *Estudos filosóficos e históricos*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1959, p. 251 *sqq.* La philosophie des valeurs est aussi mise à contribution.

[209] M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 303.

scène par Sophocle dans *Antigone*[210]. L'ancienne garantie de nos « droits » vaudra toujours mieux que toutes les audaces du rationalisme.

Soutenu par la doctrine, l'effort de se mettre au diapason de la modernité paraît donc factice. Ce *flatus vocis* trouve toutefois voix au chapitre : si les mœurs sont plus importantes que les textes pour garantir nos droits, le système constitutionnel moderne n'en demeure pas moins le cadre juridique le « plus parfait jamais conçu[211] », ce qui explique le choix de constituer un « État de droit » purgé des défauts de son modèle positiviste[212]. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité est ainsi discuté abondamment[213]. Tous s'inscrivent dans la continuité républicaine : précurseur en ce domaine sur le sol européen, le Portugal avait adopté la voie juridictionnelle dans sa Constitution de 1911 (art. 63) grâce aux interventions des professeurs positivistes, en particulier Afonso Costa[214].

Les préférences pour le contrôle politique sont malgré tout patentes, quoiqu'elles rompent avec le modèle monarchique où le Roi endossait le rôle de gardien de la Constitution. En effet, il appartient à l'Assemblée Nationale d'assumer cette surveillance en qualité « d'organe constituant ». En fonction de l'avancement de la construction de l'État corporatif, elle était même appelée à abandonner son pouvoir législatif au profit de la chambre corporative[215], pour mieux se recentrer sur ses missions de contrôle (légalité, moralité et opportunité des actes du gouvernement et de l'administration) renforcées par la réforme constitutionnelle de 1945. Paradoxalement, cette perspective d'évolution esquissée par Caetano l'aurait privée de son arme : l'abrogation, expresse ou tacite, de toute loi inconstitutionnelle[216].

Pour autant, le contrôle judiciaire ne cessa pas de charmer, à titre complémentaire. En raison de l'immaturité des juridictions d'outre-mer, les colonies se situaient ici à un stade plus avancé que la métropole[217]. Le Conseil de l'Empire colonial, puis le Conseil d'Outre-mer, assumait en effet le rôle de tribunal spécial, dont la décision s'impose *erga omnes*[218]. En métropole, en revanche, la Constitution obligeait certes les tribunaux à ne pas exécuter les textes qui lui sont contraires, mais sans plus de précision. Les décisions judiciaires n'étaient *a priori* valables que pour le cas d'espèce ; la loi ou le règlement jugé inconstitutionnel demeurait du droit positif. La situation présente certes des avantages, en laissant planer le regard ver-

---

[210] *Ibid.*, p. 303-306 et, en complément, son article « O respeito da legalidade e a justiça das leis », in *O Direito*, 1949, p. 5-23 (glosant Sophocle, Platon, Thomas d'Aquin mais aussi *La valeur de la loi* de Georges Renard).

[211] M. Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 349.

[212] A. Rodrigues Queiró, « O novo direito constitucional português », art. cité, p. 76.

[213] J.C. Martins Moreira, « Fiscalização judicial da Constituição », *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XIX, 1943, p. 1-10 et 354-373.

[214] O. Ferreira, *Le constitutionnalisme octroyé*, *op. cit.*, p. 258-260.

[215] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 109-112. D. Fezas Vital la présente déjà comme un « organe législatif exceptionnel » (*Diário das Sessões*, nº 176, 1945, p. 642).

[216] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 99-100.

[217] A. Rodrigues Queiró, « O controlo de constitucionalidade das leis » (1950), in *Estudos de direito público*, vol. II, t. II, *op. cit.*, p. 84-87.

[218] Ceci ne vaut que pour la constitutionnalité matérielle. Seule l'Assemblée nationale peut ainsi se prononcer sur la constitutionnalité formelle d'un texte. Voir *ibid.*, p. 88.

tueux du juge. Caetano l'estime en tout cas rassurant : selon lui, l'exception d'inconstitutionnalité doit pouvoir être soulevée par les parties en litige, par le ministère public et par le tribunal *ex officio*[219]. Au nom de la sécurité juridique, Caetano milite toutefois en faveur d'une jurisprudence unique sur ces questions : chaque tribunal ne doit pas faire valoir son interprétation personnelle. Aussi s'inspire-t-il du fonctionnement du Conseil d'Outre-mer pour appuyer l'apparition d'une entité chargée, seule, de statuer sur la constitutionnalité ; son choix se portera dans un premier temps sur le Tribunal des conflits, à même d'imposer une vision unie du droit aux juridictions administratives et judiciaires[220].

Les professeurs de droit pouvaient afficher leur satisfaction ; leurs discours et avis devant les chambres constituent une vitrine où ils n'hésitent pas à affirmer qu'en matière de garantie et de contenu des droits, la Constitution se trouve « en pleine conformité avec ce que le monde connaît de mieux et de plus avancé dans les courants modernes du droit constitutionnel[221] ». Le texte de 1933 ne consacre-t-elle pas la plupart des droits économiques et sociaux dans le but de soutenir le programme corporatiste ? Les professeurs de droit, en particulier Mário de Figueiredo, se chargeront de les interpréter de manière extensive, afin de repousser les réformes en matière de libertés, étant entendu que chaque droit dit de la seconde génération est déjà présent dans la Constitution[222].

Surgit, en dernière analyse, la superstructure constitutionnelle dans laquelle se meut le Portugais sachant faire un usage raisonné de ses libertés. Or, paradoxalement, ce n'est pas la notion d'État, même nouveau, qui inspire le plus les professeurs de droit, du moins après la Seconde Guerre mondiale. Prenant appui sur Vattel, M^me^ Tourme Jouannet exposa la disparition du concept d'Empire dans la littérature juridique européenne au XVII^e^ siècle, au profit de celui d'État. Ce constat affecte aussi le Portugal de Salazar ; cependant, le « rêve d'Empire », assimilé à une forme de messianisme[223], continua de nourrir la pensée constitutionnelle lusitaine lorsqu'elle se plaît à gloser l'étonnant article 133 de la Constitution (ancien art. 2 de l'Acte colonial)[224]. En effet, bien qu'expulsé d'Amérique latine depuis le cri d'Ipiranga, le Portugal continuait de s'affirmer comme une entité unie et indivisible, présente ou représentée dans le monde entier[225]. Martelée jusqu'au crépuscule du régime, l'unité étatique portugaise, conçue sous les traits du Quint-Empire, abrite une conception messianique de la Nation, appelée par la Providence à propager la civilisation chrétienne sur Terre[226]. De façon plus cynique, elle justifiait aussi le

---

[219] M. Caetano, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 155-161.

[220] *Ibid.*, p. 60. En 1970, une fois au pouvoir, la création d'un tribunal suprême lui semble une voie préférable : M. Caetano, *Revisão constitucional*, *op. cit.*, p. 17.

[221] J. de Araújo, in *Diário das Sessões*, n° 186, 3 juillet 1945, p. 712-713.

[222] M. de Figueiredo, *Diário das Sessões*, n° 186, 3 juillet 1945, p. 707-708. Sa glose des articles 6, 14, 31, 35 et 41 de la Constitution de 1933 vise à démontrer la précocité du droit constitutionnel portugais en ce domaine, allant plus loin que l'art. 55 de la Charte des Nations Unies, ici pris pour point de comparaison.

[223] E. Tourme Jouannet, « La disparition du *concept* d'Empire », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, p. 15-16.

[224] A. Rodrigues Queiró, *Constituição da República portuguesa*, *op. cit.*, p. 81.

[225] Voir P. Otero, « A concepção unitarista do Estado na Constituição de 1933 », *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXI, 1990, p. 414-489.

[226] Discours du 7 janvier 1944, in A. de Oliveira Salazar, *Discursos e notas políticas*, *op. cit.*, p. 645-646.

refus de toute décolonisation : ainsi que le présente le professeur de droit Armindo Rodrigues de Sttau Monteiro, la métropole ne se voit pas comme le maître de colonies éparses, mais comme le centre d'un pays morcelé par le corps, mais uni par l'esprit, en vertu d'une histoire longue de quatre siècles légitimant le contour de ses immenses frontières[227].

En substance, l'Empire portugais se démarque de l'impérialisme ségrégationniste[228], car l'assimilation des populations locales par le biais du christianisme constitue l'objectif avoué[229]. C'est dire à quel point il se singularise de ses correspondants européens, en s'efforçant de suivre le modèle impérial romain postérieur à l'édit de Caracalla de 212, d'après l'interprétation favorable livrée par les Pères et les docteurs de l'Église. L'Empire portugais tend ainsi à l'unité et refuse toute distinction entre ses membres ; mais ceci n'implique pas une uniformisation institutionnelle et juridique immédiate : la personnalité des lois, qui se rencontre encore au XIX^e^ siècle au Brésil (et au-delà dans d'autres colonies)[230], ne doit pas s'interpréter comme une forme de discrimination, mais comme une phase transitoire et respectueuse du mode de vie d'autrui[231]. Le cadre constitutionnel des colonies le démontre : simple annexe à l'origine, l'Acte colonial de 1930 fut intégré à la Constitution en 1951, devenant le Titre VII de sa seconde partie (art. 133 à 175) ; dans son discours du 2 décembre 1970, Caetano défendit la réduction de ce Titre VII, qu'il désire limiter à quatre articles, afin de prendre en compte l'adaptation plus poussée de l'Outremer au droit de la métropole.

Cette propension à considérer l'indigène comme une personne dotée de droits subjectifs et de garanties spéciales[232] et à admettre que des variétés locales n'infirment pas l'unité du genre humain[233], n'a pas attendu les travaux des anthropologues brésiliens Herbert Baldus et Gilberto Freyre pour figurer dans les pages des constitutionnalistes. La tradition juridique se suffisait à elle-même. Or, il était entendu, de longue date, que les autochtones baptisés deviennent automatiquement Portugais et que les nouveaux chrétiens sont soumis au droit national[234]. Les droits

---

[227] Voir ses publications des années 1930, en particulier *Os Portugueses na colonização contemporânea* et *Da governação de Angola*. Spécialiste des finances publiques, il deviendra ministre des colonies.

[228] Pour reprendre la typologie de H. ARENDT, *L'impérialisme*, in *Les origines du totalitarisme*, *op. cit.*, p. 372.

[229] Sur cette « politique d'assimilation spirituelle » : M. CAETANO, *Revisão constitucional*, *op. cit.*, p. 24.

[230] A.M. HESPANHA, « Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa », in *Quaderni fiorentini*, n° XLI, 2012, p. 108-112.

[231] M. CAETANO, *A Constituição de 1933*, *op. cit.*, p. 22-23. Propos encore plus nets en 1970 dans *Revisão constitucional*, *op. cit.*, p. 25-27 où il s'oppose à la ségrégation et encense la « politique de fraternité raciale » dont le but est de permettre la « formation de sociétés multiraciales ».

[232] A. RODRIGUES QUEIRÓ, *Constituição da República portuguesa*, *op. cit.*, p. 86-88.

[233] A. RODRIGUES QUEIRÓ, « A autoridade », art. cité, p. 47-48. Il refuse cependant le cosmopolitisme, lui préférant ce qu'il nomme l'internationalisme, où cohabitent différents États (et/ou Empires), formant ensemble une communauté. En bref, ce n'est pas l'uniformité, mais la fraternité, unie dans le Christ, qu'il recherche.

[234] Selon les *Ordenações* philippines (Livre II, titre LV), dernière mouture en vigueur jusqu'au XIX^e^ siècle, le droit du royaume ne s'applique qu'aux ressortissants portugais et à leurs descendants ; un terme interprété de façon large par la doctrine, à l'image de Mello Freire (1738-1798). En somme, seuls les individus pouvant revendiquer une autre nationalité, et les indigènes

locaux, utilisés à titre subsidiaire par les juges portugais installés dans les colonies, devaient aussi respecter la souveraineté portugaise, dont sa fiscalité et son ordre public : le droit portugais et les valeurs chrétiennes portées en lui servirent ainsi de mètre étalon, en gommant voire en censurant petit à petit les particularismes locaux, en particulier les plus gênants comme le rite du *sati* (immolation des veuves) présent à Goa[235]. Les *Ordenações* endossaient ainsi le rôle assumé par le *ius civile* dans l'Empire romain. À ceci près que le projet impérial universaliste était presque accompli au XX^e^ siècle : l'Empire portugais aurait à peu près conclu son œuvre, dépassant Rome, sauf à promulguer, ici ou là, des statuts spéciaux – ce qui revient, malgré tout, à admettre la pleine souveraineté portugaise sur le territoire, en se présentant désormais comme la source de ce droit particulier.

Par conséquent, les mandarins ne pouvaient entièrement fonder le droit constitutionnel sur une base relativiste, à moins de saper les fondements de leur conception impériale. Certes, le ton des thèses de Caetano défendues dans *Portugal e o direito colonial internacional* (1948) a pu paraître proche de celui des conférences du jeune Salazar : en 1909, ce dernier entendait faire jouer le critère géographique pour repousser l'appel à « l'anglicisation » des pays latins par Edmond Demolins, un disciple de Le Play[236]. Pour autant, le changement est déjà patent et se perçoit dès la défense de l'Acte colonial en 1930 : le relativisme juridique, typique de la pensée aristotélico-thomiste (y compris pour sa vision du droit naturel), se mêle avec une approche patristique voire stoïcienne de la loi naturelle. Leur rencontre forme ainsi un ensemble visant à régenter *localement* la vie du chrétien, mais comprenant toujours, à sa base, des principes moraux *communs à toute l'humanité*[237].

Pour déroutante qu'elle soit, la vision de l'organisme de la cathédocratie, ainsi qu'en témoigne son idée d'empire, diffère substantiellement de celle de leurs homologues fasciste et nazi. L'organicisme lusitain est de type spirituel et éthique : mû par la volonté de faciliter l'accomplissement de l'animal politique, il respecte les « libertés instrumentales », mais en les adaptant aux conditions de vie modernes, dans l'idée finale de nous faire parvenir à la cité céleste grâce à un bon usage de nos « libertés essentielles ». La diversité, la décentralisation et le pluralisme, admis et encouragés, protègent une pyramide d'organismes multiples : ceux-ci partent en général de l'individu, comme dans l'organicisme libéral du XIX^e^ siècle[238] ; toutefois, les mandarins préfèrent mettre l'accent sur d'autres entités complexes, comme la famille, la commune, la corporation et, en fin de compte, la colonie[239].

---

non baptisés, obéissaient à un autre droit. Sur cette tradition juridique au prisme de la cathédocratie, voir M. Caetano, *Tradições, princípios e métodos da colonização portuguesa*, Lisbonne, Agência geral do Ultramar, 1951.

[235] Voir l'art. 138 de la Constitution intégrant l'art. 22 de l'Acte colonial depuis sa révision par la loi n° 2048.

[236] Conférence au lycée de Viseu, 1^er^ décembre 1909, repris dans *Pensamento e doutrina política*, *op. cit.*, p. 111-112.

[237] Rapport du décret n° 18 570 de 1930 (Acte colonial), in *Diário do Govêrno*, 1^re^ série, n° 156, 8 juillet 1930, p. 1308.

[238] Caetano a ainsi toujours préféré l'expression « État organique » à celui « d'État corporatif ». Pour un premier aperçu sur les versants de l'organicisme : O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 35-36.

[239] A. Rodrigues Queiró, *Constituição da República portuguesa*, *op. cit.*, p. 88-96.

*
**

Le constitutionnalisme éclectique de l'État Nouveau explique sans doute la pérennité du régime enfanté par le mandarinat de Coimbra. Car, au fond, seule sa matrice aristotélico-thomiste demeurera intacte durant son demi-siècle d'existence ; son éclectisme ne joue qu'en surface, fluctuant au gré des modes, de la conjoncture et des rapports de force du concert européen : les publicistes pouvaient aisément adopter, puis rejeter, ces greffes éparses et stratifiées, en prétextant de leur conformité avec des théories antiques et/ou chrétiennes dont ils ne seraient qu'une actualisation. Ce jeu de publicistes aguerris, adaptant prudemment le discours constitutionnel pour préserver, longtemps avec succès, les intérêts politiques du Portugal, explique l'étonnante vitalité des écrits juridiques de Caetano et de Rodrigues Queiró, toujours édités, figures de proue de cette cathédocratie aspirée et inspirée par Salazar. Tout au plus peut-on qualifier ce constitutionnalisme de naïf, voire de cynique, compte tenu de la réalité du régime et de sa législation spéciale, au point d'illustrer à merveille la prose d'Eça de Queirós : « *Sobre a nudez forte da verdade, o manto diáfano da fantasia*[240] ». Mais le cynisme n'explique pas tout. Depuis leurs débuts, ces constitutionnalistes tentèrent de restituer des valeurs chrétiennes au droit en élaborant un syncrétisme improbable entre l'ancien et le moderne ; en résulte l'union des mécanismes perfectionnés du constitutionnalisme récent (dont le contrôle judiciaire de constitutionnalité) à la morale constitutionnelle d'antan, fondée sur la puissance et l'action du Verbe. Les hésitations des constitutionnalistes portugais d'aujourd'hui peuvent dès lors se comprendre : faut-il jeter la pierre à ces constructions doctrinales cherchant à faire redécouvrir les vertus civiques, cardinales et théologales à cette génération de 1880–1890 qui se croyait perdue au milieu des vitraux de l'Apocalypse ?

Oscar Ferreira

CREDESPO – Université de Bourgogne.

[240] Il s'agit du sous-titre de son œuvre intitulée *La Relique* (1887) que l'on peut traduire grossièrement de la sorte : « Sur la nudité forte de la vérité, le manteau diaphane de la fantaisie ».

Louis Terracol

La doctrine de Vichy

Penser la légalité et la légitimité autour de l'autorité

La première moitié du XX^e^ siècle constitue un terreau fertile pour les doctrines autoritaires du droit constitutionnel. Le gouvernement qui prend place à la suite de la loi du 10 juillet 1940 et qui se concrétise par les actes constitutionnels du chef de l'État, Philippe Pétain, dont les trois premiers datent du 11 juillet, n'échappe pas à cette règle. Une partie des juristes français de cette époque se rangent derrière l'idéal promu par le chef de ce qui sera plus tard nommé le gouvernement de Vichy, que l'on peut trouver résumé dans cette citation issue d'un discours du 11 octobre 1940 : « Le régime nouveau sera une hiérarchie sociale. Il ne reposera plus sur l'idée fausse de l'égalité naturelle des hommes, mais sur l'idée nécessaire de l'égalité des "chances" données à tous les Français de prouver leur aptitude à "servir"[1] ».

Si nous affirmons volontiers qu'un certain nombre d'auteurs ont contribué à essayer de systématiser le régime qui était en train de se construire, tout en cherchant activement à le légitimer – ce qui nous permet de parler d'une doctrine de Vichy –, il n'en demeure pas moins qu'il convient de nuancer cette affirmation avec deux éléments. D'une part, la période durant laquelle prennent place ces écrits est assez réduite, si bien que l'élan doctrinal qui se constitue prend rapidement fin avec le gouvernement qu'il esquisse. D'autre part, malgré de grands principes autour desquels ces auteurs se fédèrent, il existe, dans le détail, de nombreux antagonismes dans les débats portant sur leur traduction concrète.

Les débats dont nous allons traiter portent tout d'abord sur l'origine, légale ou non, du gouvernement de Vichy. Loin d'un consensus unanime, il existe d'importantes divergences sur l'appréciation de la légalité dans l'origine du pouvoir du gouvernement. Par la suite, pour dépasser ces désaccords, ces auteurs traitent de leurs conceptions de la légitimité qui, si elles diffèrent certes sur certains points, visent cependant toutes le rehaussement du gouvernement. Cette légitimité se place en amont de la légalité, car elle repose sur le principe qui constitue, selon ces juristes, l'essence du gouvernement de Vichy : le principe autoritaire. Enfin, pour que le principe autoritaire puisse permettre de justifier la légitimité du gouvernement, qui, elle-même, permet de repenser la légalité à partir du sommet de l'État, tous les auteurs se retrouvent sur un point : le rôle du peuple, cantonné à une acceptation passive – et imparfaitement définie – de la puissance du gouvernement.

[1] Ph. Pétain, *Manifeste et allocutions du maréchal Pétain*, Mayenne, Floch, 1940, p. 24.

Déconstruire le discours de ces auteurs nous amène à étudier l'engagement politique sous-jacent au propos juridique. Mais surtout, cela nous permet de comprendre la volonté, pour ces derniers, de dépasser les considérations légalistes pour promouvoir un idéal constitutionnel autoritaire. Indépendamment de toute considération morale, l'analyse de cette prétention à l'élaboration d'un système autoritaire permet justement d'en déceler les apories. Au travers d'une part active de légitimation ce discours décrit, la plupart du temps, un régime non pas tel qu'il est, mais tel que ses juristes souhaiteraient qu'il soit. C'est en se demandant en quoi le principe autoritaire autorise, pour ces auteurs, à dépasser la légalité et sur quoi cette prétention repose, qu'en définitive, on fait émerger une question latente : les arguments avancés sont-ils réellement convaincants sur le plan juridique ?

Ainsi, il faut voir comment les différents doctrinaires du régime de Vichy reprennent les concepts classiques de légalité et de légitimité (I), pour finalement les habiller différemment, autour de la notion d'autorité – colosse aux pieds d'argile – qui sert dès lors de clef de lecture pour en cerner le sens et les implications (II).

I. Le squelette théorique : légalité et légitimité

Pour dépasser leurs divergences à propos de l'examen de la légalité de l'origine du gouvernement de Vichy (A), les doctrinaires rehaussent le concept de légitimité gouvernementale (B).

A. L'examen de la légalité du gouvernement par les doctrinaires de Vichy

L'un des principaux débats des constitutionnalistes du régime de Vichy est centré autour des questions entourant la légalité de la loi du 10 juillet 1940 et, conséquemment, du gouvernement de Philippe Pétain. « Dans l'esprit de ses rédacteurs, la loi du 10 juillet 1940 doit permettre que s'effectue dans la légalité cette révolution politique » explique Georges Berlia en 1944[2]. L'objectif est d'arguer d'une transition continue, c'est-à-dire ne rompant pas la permanence de la licéité constitutionnelle. Cette loi, pour rappel, est votée par l'Assemblée nationale réunie à Vichy et, selon la lettre de son article unique,

> donne tous pouvoirs au Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle constitution de l'État français. Cette constitution devra garantir les droits du travail, de la famille et de la patrie. Elle sera ratifiée par la Nation et appliquée par les Assemblées qu'elle aura créées.

La question de la régularité de la loi n'est pas – comme on pourrait le croire – uniquement l'apanage des juristes de la France libre ; il est en effet possible de dégager quatre lectures différentes de la valeur juridique de cette loi dans les débats des juristes du régime de Vichy.

La théorie de la déconstitutionnalisation – Il s'agit d'une adaptation de la théorie de la délégalisation à la matière constitutionnelle, voulant que certains domaines aient été déconstitutionnalisés, c'est-à-dire qu'ils ne relèvent plus du domaine

[2] G. Berlia, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, 1944, p. 47.

constitutionnel, mais pas tout à fait non plus du domaine de la loi ordinaire[3]. La loi du 10 juillet se placerait, selon ces vues, au sommet d'une hiérarchie modifiée des normes ; à sa suite se trouveraient les Actes constitutionnels et les trois lois constitutionnelles de 1875, puis les lois et enfin les décrets[4]. Cette théorie, qui ne semble pas avoir de partisans connus parmi les doctrinaires du régime, est assez largement rejetée par ces derniers, notamment en ce qu'elle permettrait à l'Assemblée nationale de révoquer les pouvoirs du chef de l'État[5].

La théorie de la délégation des pouvoirs – Julien Laferrière, en 1942, dit initialement que la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 est une délégation de la compétence constituante de l'Assemblée Nationale au profit du maréchal Pétain[6]. Or l'Assemblée Nationale est titulaire du pouvoir constituant par délégation du peuple via la constitution de 1875. Dès lors, elle n'est pas qualifiée pour transmettre ce pouvoir en tout ou partie à une autre autorité, car c'est « un principe certain du droit public [selon lequel] l'autorité à laquelle la Constitution ou la loi confère certaines attributions doit les exercer elle-même et ne peut pas charger une autre autorité de les exercer à sa place[7] ». Cette loi est donc inconciliable avec la constitution de 1875, et par là, illégale.

Cette théorie est rejetée par les autres auteurs vichystes. Selon Georges Burdeau elle ne tient pas, dans la mesure où il n'est pas certain que l'autorité constituante soit soumise à un principe d'impossibilité de déléguer une compétence qu'elle tiendrait de la constitution[8]. Il ne s'agirait alors que d'une révision des modalités de révision de la constitution de sorte qu'il réfute la distinction entre pouvoir de révision – limité et exercé par un organe constitué – et pouvoir constituant originaire, exercé par le peuple souverainement. Roger Bonnard, pour sa part, rejette également cette théorie[9], sur l'argument selon lequel l'Assemblée nationale possèderait un pouvoir constituant institué. C'est-à-dire qu'elle n'est pas titulaire du pouvoir constituant lui-même mais elle est simplement délégataire de son exercice. En somme, elle bénéficierait de la compétence sans être titulaire du droit qui s'y rattache. Dès lors, si délégation il y a dans la loi du 10 juillet 1940, ce ne peut être que celle de l'exercice du pouvoir constituant. Or, cela se heurte à la thèse selon laquelle

---

[3] *Ibid.*, p. 48-51.

[4] *Ibid.*, p. 49.

[5] Si cette théorie s'appuie sur des thèses qui ont concernées, notamment, la loi constitutionnelle du 14 avril 1884 qui déconstitutionnalise certaines dispositions relatives au Sénat, dans le cas de la loi du 10 août 1940 elle n'est qu'un outil au service de la rhétorique de certains auteurs : ces derniers s'appuient, *a contrario*, sur cette théorie dans le but de dénier toute compétence à l'Assemblée nationale ou toute résurgence d'une lecture parlementariste de la loi. Elle semble alors n'être utilisée que pour appuyer son rejet. C'est ainsi l'avis de Georges Berlia : *ibid.*, p. 51 ; c'est également celui de Roger Bonnard : R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP*, 1942, p. 71-72.

[6] J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France. Les Actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942, p. 33.

[7] *Ibid.*, p. 35.

[8] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1942, p. 162.

[9] R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 81-83. Georges Berlia s'inscrit dans la ligne du doyen de Bordeaux sur ce point : G. Berlia, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 47.

une compétence – au contraire d'un droit – ne peut être déléguée ; elle ne peut être exercée que par son titulaire[10].

La théorie de l'attribution de compétences – Afin de contourner l'écueil qu'il relève concernant la théorie de la délégation, Roger Bonnard avance cette théorie de l'attribution de compétence, qui constitue une interprétation autoritaire de la loi du 10 juillet 1940. Pour Bonnard, la loi constitutionnelle ne délègue pas, mais attribue le pouvoir constituant au maréchal Pétain[11]. Un pouvoir constituant *a priori* borné par les termes de la loi (création d'assemblées législatives, respect des droits du travail, de la famille et de la patrie, et ratification par la Nation)[12]. Et puisqu'il s'agit d'une attribution, et non d'une délégation, le doyen de Bordeaux en tire toutes les conséquences, en expliquant que le chef de l'État n'est pas limité par les conditions posées par cette loi, elles constituent davantage un cadre, qu'il est libre de modifier.

Cette théorie est critiquée par Julien Laferrière en ce qu'elle serait « trop éloignée des faits[13] » et elle est réfutée par Georges Berlia, sur le motif que si la délégation conduit à un abandon de l'exercice du pouvoir constituant, mais en préserve la « jouissance[14] », l'attribution va plus loin puisqu'elle conduit à l'abandon à la fois de l'exercice et de la jouissance de la compétence en question. Selon cette logique, s'il est admis par la doctrine que l'Assemblée nationale ne peut pas abandonner l'exercice d'une compétence, il lui est encore moins permis de se démettre également de sa titulature[15].

La théorie de la fraude à la constitution – Cette dernière opinion est celle de Georges Liet-Veaux, exposée dans sa thèse et dans la *Revue du Droit Public* de 1943[16]. Elle repose sur l'idée d'un changement de « l'esprit des institutions », malgré le respect apparent des formes constitutionnelles en vigueur. La loi du 10 juillet, selon son avis, est d'apparence légale, cependant elle procède d'une violation matérielle. Liet-Veaux affirme que malgré l'absence de violation formelle, « l'esprit de nos institutions, la structure même de l'État ont été bouleversés. Au point de vue matériel, il y a bien eu révolution[17] ». Cette révolution tiendrait alors dans le rejet des institutions et des idéologies inhérentes à la Troisième République.

---

[10] R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 83.

[11] C'est une thèse que semble également reconnaître, au moins sur la forme, Georges Liet-Veaux, bien que ce dernier parle de *succession*, mais la réalité de ce qu'il décrit recoupe la définition de l'attribution de Roger Bonnard. Il n'en tire cependant pas les mêmes implications. Voir G. Liet-Veaux, « La "fraude à la constitution" », *RDP*, 1943, p. 140.

[12] R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 85.

[13] J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1943, p. 798.

[14] G. Berlia, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 54-55. Il semble que pour Berlia, l'organe qui dispose de la « jouissance » d'une compétence est celui qui en est le titulaire, qu'il soit celui qui l'exerce ou non.

[15] *Ibid.*

[16] G. Liet-Veaux, *La continuité du Droit interne, essai d'une théorie juridique des Révolutions*, Sirey, 1942. Voir notamment p. 400-401 ; Voir également : G. Liet-Veaux, « La "fraude à la constitution" », art. cité, p. 116. Il s'inspire de la théorie du droit privé de la fraude à la loi, qu'il qualifie comme le « procédé par lequel une personne "tourne" la loi, c'est-à-dire va à l'encontre du but de la loi, en viole l'esprit, tandis qu'elle en respecte la lettre » ; *Ibid.*, p. 141.

[17] *Ibid.*, p. 134.

Ces divergences interprétatives conduisent à deux sortes de conclusions pour les auteurs : une partie de ceux-ci, comme Roger Bonnard[18], Georges Burdeau[19], Joseph Barthélémy[20] ou encore Louis Delbez[21], concluent à la légalité du gouvernement et, donc, à l'absence de révolution du point de vue juridique. Les autres, parmi lesquels Julien Laferrière[22], Georges Berlia[23] ou encore Georges Liet-Veaux[24], ne reconnaissent pas la valeur juridique de la loi du 10 juillet. Puisque la loi est illicite, les Actes constitutionnels ne sont pas juridiquement valides de ce point de vue, et certains concluent que le gouvernement de Philippe Pétain pourrait être envisagé comme un gouvernement de fait. Il y a bien, pour eux, une rupture juridique, qu'elle consiste soit en une violation des principes constitutionnels par une délégation de compétence, soit en une violation de l'esprit même de la constitution[25].

Néanmoins, et il est important de le préciser, bien loin de chercher un affaiblissement ou une condamnation quelconque du régime, la plupart de ces théories – en dépit de leurs divergences – visent au contraire irrémédiablement à avancer la preuve d'un pouvoir plénipotentiaire et autoritaire du gouvernement de Vichy, et donc à en affirmer l'autorité. Cela se remarque chez Georges Burdeau, par exemple, pour qui la théorie de la délégation est à rejeter car elle induit qu'il n'y a que par le biais d'une révolution populaire que peut s'exercer le pouvoir constituant originaire ; tandis que la Révolution nationale n'est pas le fait d'un renversement politique par le bas, mais au contraire par le haut. Dans le même ordre d'idée, Georges Liet-Veaux, en arguant du caractère *de facto* du gouvernement et du caractère frauduleux de la loi du 10 juillet, ne souhaite pas affaiblir les bases du régime, mais au contraire consacrer un pouvoir illimité à ce dernier : puisque la loi est nulle, les limites que l'Assemblée nationale impose au chef de l'État le sont également[26]. C'est exactement par le même procédé, mais par des voies différentes, que Roger Bonnard tire argument de la théorie de l'attribution pour avancer l'absence de bornes juridiques à l'action du chef de l'État.

Pour dépasser les apories de ces débats sur l'origine légale ou non du gouvernement, les doctrinaires du régime vont davantage justifier la titulature des pleins pouvoir, exécutifs, législatifs et constituants, par le recours à un discours sur la légitimité.

---

[18] R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 47 *sqq.*

[19] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, art. cité., 1942 ; voir notamment p. 166 *sqq.*

[20] J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé, 1943-1944*, Paris, 1944, p. 4.

[21] L. Delbez, « La révision constitutionnelle de 1942 », *RDP*, 1943, p. 93 *sqq.*

[22] J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France, op. cit.*, p. 34 *sqq.*

[23] G. Berlia, « la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », art. cité, p. 45 *sqq.*

[24] G. Liet-Veaux, « La "fraude à la constitution" », art. cité, p. 116 *sqq.*

[25] *Ibid.*, p. 143-146. Seul l'avis de Julien Laferrière semble plus nuancé, voire ambigu, en ce que malgré l'apparente contradiction juridique entre la délégation de pouvoir opérée par la loi, et la constitution de 1875, celle-ci semble néanmoins constituer un cadre d'action pour le gouvernement, si bien que ce dernier refuse de reconnaître une quelconque révolution juridique. Voir en ce sens J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France, op. cit.*, p. 40-41 ; J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 797.

[26] G. Liet-Veaux, « La "fraude à la constitution" », art. cité, p. 158-150.

B. Une pensée de la légitimité qui subsume la légalité

Pour les auteurs vichystes qui estiment que Philippe Pétain est à la tête d'un gouvernement de fait, cela ne fait aucun doute, la légitimité prime la légalité. Mais même pour les auteurs qui y voient le pouvoir légal de la France, la légitimité est un facteur capital, distinct de la légalité et qui, au-delà du simple but de rehausser l'État, sert à mettre en évidence « la révolution par le haut[27] » prônée par l'État comme par la doctrine. Tous ces auteurs renversent l'idée voulant que le droit légitime soit, par définition, le droit en vigueur, que la légalité du gouvernement entraîne sa légitimité[28]. Il convient plutôt de considérer celui qui exerce effectivement le pouvoir, de manière avérée, comme celui devant être tenu pour légitime ; et puisqu'il est légitime il participe à l'élaboration du droit, il est donc gouvernement « de droit[29] ». Le régime de Vichy, effectif, est l'autorité légitime de la France. La légitimité, en ce sens, emporte la légalité. C'est là, notamment, l'avis de Georges Liet-Veaux, qui reprend largement les thèses de Carl Schmitt dans *Légalité et Légitimité*[30].

Mais ces auteurs ne s'arrêtent pas à la simple question de l'effectivité du gouvernement pour en déduire sa légitimité. Pour Roger Bonnard, qui consacre de longs développements à ce concept dans son article à la *Revue du droit public* de 1942, il est évident que le « point de vue de nécessité doit être retenu pour l'État français de 1940 » cela parce qu'il « est susceptible de renforcer le pouvoir politique au lieu de l'affaiblir », contrairement aux autres points de vue qu'il théorise à propos de la légitimité[31]. Georges Burdeau, pour sa part, relève que si, juridiquement, la souveraineté appartient aux individus investis par la constitution, cela ne suffit pas, et il faut compléter ce point de vue juridique par un point de vue politique. Cela consiste en la recherche originelle du droit de commander, c'est-à-dire déterminer non pas le pouvoir en droit positif, mais sa légitimité politique[32]. Pour la déterminer, Burdeau affirme qu'il faut se référer à l'idée de droit valable à un moment donné pour une communauté donnée et ainsi pouvoir apprécier la légitimité des gouvernants[33]. De manière plus pratique, Burdeau a pu illustrer cette thèse avec le gouvernement de Vichy. Celui-ci, étant légitimé par la révolution à accomplir, est tenu d'agir, c'est un véritable devoir. « Le régime institué par les Actes constitutionnels de juillet 1940 commence là où, ordinairement, finissent les autres. Il doit fonctionner au milieu d'une révolution qui n'est pas dirigée contre lui, mais dont il assume la responsabilité[34] ». En somme, la situation *ne le porte pas, elle le légitime.*

---

[27] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1943, p. 139.

[28] G. Liet-Veaux, *La continuité en droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, *op. cit.*, p. 237-238.

[29] *Ibid.*, p. 240.

[30] C. Schmitt, *Légalité et légitimité*, trad. Ch. Roy et A. Simard, Montréal, Presses Universitaires de Montréal, 2012 [1932]. Voir notamment l'introduction, p. 37-51 ; Voir également : G. Liet-Veaux, *La continuité en droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, *op. cit.*, p. 239.

[31] R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 157. Les autres points de vue dont il est question sont : la légitimité du pouvoir par l'accord de volonté et la légitimité par l'application d'une politique spécifique.

[32] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 58-72.

[33] G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1983, p. 143.

[34] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 166.

Cette idée de nécessité, selon laquelle la situation rend le gouvernement légitime, est accentuée par l'élaboration d'une certaine lecture de l'histoire constitutionnelle – lecture selon laquelle le sens des événements ne peut déboucher que sur la conclusion du caractère impératif et nécessaire du régime de Vichy. Cette tentative d'appuyer une légitimité sur l'histoire est d'ailleurs relevée à titre critique par Raymond Aron, dès mars 1941. Ce dernier affirme que le régime de Vichy s'attachait alors à « écrire l'histoire des vingt dernières années de telle manière qu'elle semble conduire nécessairement à la catastrophe finale[35] ». Plus globalement, ce constat d'une relecture téléologique de l'histoire, s'établit à la simple vue des plans des parties consacrées à ce sujet chez certains auteurs. En effet, il ne diffère guère d'un auteur à l'autre : il s'agit dans un premier temps de présenter la naissance et le développement de la démocratie jusqu'à son apogée, puis dans un second temps, de mettre en avant son déclin, pour conclure, la plupart du temps, à l'idée d'une crise de la démocratie à la fin du régime de la Troisième République[36].

Joseph Barthélémy s'inscrit dans cet ordre d'idée, lorsqu'il explique que les dogmes et mythes doivent toujours être soumis à la discussion et sont faux lorsqu'ils prétendent à l'absolu. Il prend un exemple qui n'est pas anodin : le dogme de la souveraineté du peuple, que l'on justifie par le mythe du contrat social[37]. De l'avis de Joseph Barthélémy, des idées dogmatiques comme le contrat social, si elles peuvent prévaloir à un moment, peuvent se périmer, et donc ne sont pas absolues. Ce qui est le cas en l'espèce. Il rappelle néanmoins, malgré l'apparente contradiction, qu'il y a « des vérités morales qui sont éternelles, de tous les temps et de tous les lieux[38] ». Ces vérités, absolues, incompressibles, valables en tout temps, sont bien entendu celles de la Révolution Nationale.

Enfin, il faut souligner que si la légitimité prime la légalité, cette dernière notion n'est pas absente des écrits de ces auteurs. Cependant, on la cherche moins à l'origine des pouvoirs du gouvernement, que comme conséquence de la légitimité de celui-ci. Ce souci de légalité dans l'exercice du pouvoir – assez peu traité par Roger Bonnard – se retrouve notamment dans les écrits de Joseph Barthélémy. Ce dernier énonce, en s'appuyant sur la doctrine du régime de Antonio de Olivera Salazar, qu'un « régime d'autorité est d'abord un régime de légalité[39] ». Une légalité qui s'impose aux gouvernés comme aux gouvernants, car, précise-t-il à l'instar de Burdeau, les doctrines d'indépendance du gouvernement face à la loi ne peuvent être que des doctrines d'exception. La même idée, sous une forme plus théorique, est exprimée par Georges Burdeau lorsqu'il traite de la dictature, en expliquant qu'elle ne constitue pas une forme autonome du Pouvoir mais un mode d'exercice de celui-

---

[35] R. Aron, « Le gouvernement des notables », *La France libre*, 15 mars 1941, cité par : M.-O. Baruche, « Vichy, les fonctionnaires et la République », in M.-O. Baruch et V. Duclert (dir.), *Serviteurs de l'État. Une Histoire politique de l'administration française (1875–1940)*, Paris, La Découverte, 2000, p. 524.

[36] Voir par exemple : R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 168 *sqq.* pour la section 1 : « Le règne de la démocratie » et p. 173 *sqq.* pour la section 2 : « La crise de la démocratie » ; G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 90 *sqq.* pour le chapitre 1 : « Grandeur et décadence de la démocratie » ; J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France, op. cit.*, p. 13 *sqq.*

[37] Barthélémy est, pour sa part, contre l'idée de contrat social : J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 19, note 2.

[38] *Ibid.*, p. 20.

[39] J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 43.

ci[40]. En ce sens que, si elle quitte le droit, même provisoirement, elle ne le fait que pour consacrer un ordre nouveau. Elle n'entraîne qu'une rupture passagère avec la continuité de l'État sans rompre systématiquement avec la forme étatique du Pouvoir. Cela implique que la dictature a pour finalité de voir réapparaître l'État, car elle ne le nie pas. En conséquence, il s'agit d'une forme constitutionnelle d'exercice du pouvoir, qui permet de respecter le principe de légalité[41]. Pour ces auteurs, autoritaire ne signifie donc pas arbitraire. Il serait possible d'interpréter cela dans le sens d'un souci, sous-jacent, de chercher à promouvoir un régime qui ne soit ni un régime d'exception, ni un régime arbitraire, mais un régime de légalité autoritaire.

Dès lors, les notions de légalité et de légitimité telles qu'elles sont avancées par les doctrinaires du régime de Vichy, ne peuvent pas se passer d'une clef de lecture particulière : le principe autoritaire. « En 1940, le problème était le même qu'en 1852, écrit Julien Laferrière : renforcer l'autorité de l'État ; donner au gouvernement les moyens d'action nécessaires pour faire face à une situation anormale[42]. »

II. L'habillage organique : autorité et peuple

En pratique, cette recherche de la légitimité prend pour base le principe d'autorité qui sert à définir le nouveau régime et constitue la clef de voute du système élaboré par ces auteurs (A). Mais pour justifier ce principe autoritaire et l'animer, les auteurs vichystes s'appuient sur une théorie confuse des devoirs du peuple (B).

A. Le concept d'autorité comme clef de voute du système

Ce qui donne la légitimité au gouvernement, en dernier ressort, c'est son autorité, comme l'expriment les mots de Philippe Pétain dans un discours du 11 octobre 1940[43] : « L'autorité est nécessaire pour sauvegarder la liberté de l'État, garantie des libertés individuelles, en face des coalitions d'intérêts particuliers ». C'est ce que traduisent juridiquement nombre d'auteurs, dont Roger Bonnard, en se basant sur les Actes constitutionnels n^{os} 1 et 2 du 11 juillet 1940. Ce dernier affirme la mise en place d'un régime dont le principe autoritaire serait la pierre angulaire[44]. Dans un article intitulé « La reconstruction de la France », dans la *Revue du Droit Public* de 1940-1941, il exprime l'idée suivante :

> Nous sommes invités à reprendre le sens de l'acceptation de l'autorité. Nous devons donc nous dégager de cette vieille idéologie, qui s'est perpétuée comme un dogme depuis J.-J. Rousseau : le préjugé démocratique qui veut que, dans tous les domaines, les individus se gouvernent eux-mêmes, de façon à ce que, n'obéissant ainsi qu'à eux même, ils restent aussi libres qu'avant[45].

---

[40] G. Burdeau, *Le pouvoir politique et l'État. Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1943, p. 186.

[41] *Ibid.*, p. 189.

[42] J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1944, p. 813.

[43] Ph. Pétain, *Manifeste et allocutions du maréchal Pétain*, *op. cit.*, p. 24.

[44] R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 76.

[45] R. Bonnard, « La reconstruction de la France », *RDP*, 1940-1941, p. 145.

L'auteur s'inscrit, selon ses propres mots, contre le libéralisme qui *incite à l'anarchie* et pousse à rejeter toute autorité.

Mais surtout, Bonnard nous invite à repenser le concept même d'autorité : il s'oppose à la démocratie, il réunit le chef et la Communauté dans un rapport hiérarchique, où le chef est titulaire de la Souveraineté, sans qu'il ne l'ait reçue du peuple. Les gouvernés ne se gouvernent plus eux-mêmes mais sont gouvernés par le chef[46]. L'autoritarisme est donc ce principe qui, pour la doctrine vichyste, cimente les relations entre le peuple et les dirigeants. Il entraîne trois conséquences sur la nature du pouvoir politique, la transcendance, le caractère monocratique et la concentration des pouvoirs[47].

Tout d'abord, en ce qui concerne la transcendance, il s'agit d'arguer de l'exercice d'un pouvoir extérieur et supérieur aux gouvernés. Le chef bénéficierait d'un pouvoir originaire, car il s'est révélé l'homme nécessaire que la situation imposait[48]. Par conséquent, les agents ont un pouvoir qui procède du chef et les citoyens y sont soumis, sans participer directement à ce pouvoir, n'en étant pas à l'origine.

Ensuite, le second caractère de ce pouvoir autoritaire est d'être monocratique, en ce qu'il n'appartient qu'à un seul individu, le chef. Cependant, si l'exercice du pouvoir se confond avec la qualité personnelle de celui qui l'exerce, il convient pour la doctrine autoritaire d'établir une théorie qui dépasse cette simple valeur inhérente au titulaire du pouvoir. En témoigne cet avis de Burdeau, selon lequel : « La mise sur pied d'un régime d'autorité exige plus que la consolidation provisoire de l'État par le prestige d'un homme : il faut des institutions durables[49] ». La notion d'autorité ainsi vantée, en définitive, n'est pas tant celle d'un chef qui l'exerce sur ses sujets, que celle qui irrigue toute la communauté, et qui n'est donc pas à sens unique. L'autorité du régime déborderait de la simple valeur personnelle du maréchal Pétain pour englober la société toute entière[50].

Enfin, la dernière caractéristique de ce pouvoir est la concentration. Ce dernier n'est plus partagé ou fractionné entre plusieurs organes, mais est détenu en totalité dans les mains d'une seule autorité. Pour ces auteurs, un État autoritaire qui prendrait pour base une division des pouvoirs est théoriquement envisageable. Cependant cela ne pourrait conduire inéluctablement qu'à un affaiblissement des pouvoirs, tandis que la concentration permet au contraire un renforcement de ces derniers. Cette captation des pouvoirs se fait par conséquent au profit du chef, au sens où, comme l'exprime Joseph Barthélémy, « un État fort postule un chef fort[51] ». Sur le plan pratique cependant, le caractère monocratique et concentré du pouvoir est à relativiser grandement – malgré le silence ou la discrétion des auteurs à ce sujet – à mesure que le régime glisse vers la diarchie, à partir du 18 avril 1942[52].

---

[46] R. Bonnard, *Précis de droit public*, 6e éd., Paris, Sirey, 1944, p. 21.

[47] R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 307 *sqq.*

[48] *Ibid.*, p. 310. Le Pouvoir, selon Bonnard, n'est pas octroyé par une quelconque autorité comme pourrait le laisser penser la lettre de l'Acte Constitutionnel n°1. En effet, celle-ci n'attribue pas le pouvoir, elle ne se borne qu'à le constater. Voir en ce sens : *ibid.*, p. 319.

[49] G. Burdeau, *Le pouvoir politique et l'État. Introduction à l'étude du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 158.

[50] *Ibid.*, p. 233.

[51] J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 108.

[52] Acte constitutionnel nº 11 du 18 avril 1942.

Le principe autoritaire fonde ainsi la légitimité du régime, mais de lui découle également sa légalité. En effet, et c'est le constat que fait Georges Burdeau, sans autorité le gouvernement ne peut agir, l'État est paralysé[53]. Si l'État peut légiférer, s'il en a les moyens, c'est parce qu'il est autoritaire ; et son action est légale car elle découle de ce pouvoir rehaussé, concentré et exercé par le chef.

La rhétorique juridique est toute tournée vers cette idée, et Barthélémy affirme qu'il est un indice qui ne trompe pas, et qui vient prouver cela de façon indubitable. Pour cela, il fait appel au sens de l'histoire. « Notre époque est celle des chefs », c'est-à-dire celle de meneurs d'hommes autoritaires au pouvoir fort, qu'il s'agisse de l'Allemagne d'Hitler, de l'Italie de Mussolini, de l'URSS de Staline, du Portugal de Salazar, mais également des grandes démocraties occidentales « qui sont conduites par des meneurs de peuples non moins personnels, non moins autoritaires et non moins marqués[54] ». Néanmoins, tout en vantant ce principe d'autorité, Barthélémy met en garde contre sa précarité. Car l'État autoritaire est un État fort, et l'État fort est celui qui obtient l'adhésion du pays, sans sombrer dans la bureaucratie, c'est-à-dire une situation où le chef serait sous domination d'une administration pléthorique, et non l'inverse[55]. Cela met en avant une idée cardinale pour le garde des Sceaux du régime de Vichy, que l'on retrouve également chez d'autres auteurs : l'importance de la notion de confiance du peuple liée à l'idée de devoir.

B. Le peuple et la notion de devoir, assise incertaine de la théorie

Ce qui constitue la garantie de l'État autoritaire, et donc sa légitimité, selon ces auteurs, c'est l'acceptation du pouvoir par le peuple. Cependant, cette acceptation se traduit, dans la doctrine autoritaire, de manière passive, et surtout pas active, en ce sens que

> l'État autoritaire exclut ainsi toute origine populaire du pouvoir. […] La valeur, l'autorité et la légitimité du pouvoir ne résultent pas d'une délégation du peuple ; elles procèdent essentiellement de la personne même du chef, de ce que vaut le chef par lui-même. C'est là le point essentiel dont il faut bien se pénétrer pour comprendre le régime autoritaire et le distinguer du régime démocratique[56].

Bonnard insiste d'ailleurs sur cette idée, et explique qu'il faut surmonter cette « difficulté à concevoir que le pouvoir puisse posséder autorité et légitimité en dehors de toute origine populaire[57] ».

C'est la même idée que décline Joseph Barthélémy, lorsqu'il évoque une jonction nation/État, peuple/gouvernement, dans un circuit confiance-autorité, autorité-confiance, bien qu'il soit assez peu aisé de comprendre ce qu'il entend effectivement par-là[58]. Il exprime simplement l'idée qu'il « faut le concours de la nation elle-même, un concours enthousiaste fait d'abnégation, de culte de la grandeur[59] ».

---

[53] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1943, p. 128.

[54] J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 105. Il prend l'exemple de Churchill et de Roosevelt notamment.

[55] J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 102.

[56] R. Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », art. cité, p. 310-211.

[57] *Ibid.*, p. 311.

[58] J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 83.

[59] *Ibid.*, p. 38.

Georges Liet-Veaux n'évoque rien de moins semblable dans les longs développements de sa thèse relatifs à un concept d'opinion publique qu'il élabore, et qui consiste, en somme, à considérer que « le droit en vigueur dans un État donné à un instant donné n'est que l'accumulation des désirs successifs de l'opinion publique[60] ». Il concède cependant que la détermination de cette opinion n'est pas aisée à établir. On retrouve également une parenté avec le traitement de l'obéissance des gouvernés chez Georges Burdeau dans son ouvrage de 1943, où l'auteur dit qu'il faut plus qu'une simple obéissance passive, il faut une « manière d'exécuter les ordres en collaborant avec leurs auteurs par une initiative intelligente et spontanée ». Selon Burdeau, cela ne peut reposer que sur la « conscience d'un devoir[61] ». Cette notion de devoir semble donner sa substance à la place du peuple dans l'État nouveau. Dans cet ordre des choses, l'individu à des devoirs envers l'État. Et l'État, s'il a des devoirs, ne les a qu'envers la société – et non l'individu[62].

Le principal vecteur par lequel se traduit cette place du peuple et qui donne corps à la notion de devoir, est une certaine conception de l'ordre social communautaire qui prend la forme d'une doctrine corporatiste. En ce sens, Joseph Barthélémy explique que le temps des constitutions démocratiques au domaine *étriqué*, qui *ignoraient systématiquement les réalités les plus importantes de la vie collective* est fini. Son intention est, selon ses propres mots, d'appeler « les individus à participer à la vie publique, non point d'après ce qu'ils sont mais d'après ce qu'ils font », c'est-à-dire des individus qui ne sont plus des sujets de droit, par nature, mais qui sont davantage définis par leur fonction au sein de la corporation[63]. Juridiquement, cela traduit l'idée, selon Louis Baudin – qui consacre un ouvrage sur le sujet en 1941 –, que cet ordre corporatif doit faire primer la liberté collective sur les libertés individuelles[64]. Dans une optique comparable, Georges Burdeau semble aller dans ce sens, lorsqu'il affirme qu'à « la liberté, valeur sociale, se substitue la capacité, valeur juridique » ; la liberté n'est plus absolue, mais relative, en ce sens qu'elle « consiste alors à développer sans entrave une capacité utile à l'association[65] ». L'ordre communautaire occupe alors une importance capitale pour la légalité produite par le régime, puisque l'État a pour objectif, selon Burdeau, de traduire dans l'ordre juridique positif l'idée de droit qui se dégage « des aspirations et des intérêts de la collectivité nationale envisagée dans son originalité et dans l'union spirituelle de ses membres, c'est-à-dire en tant que communauté[66] ».

Cela n'est alors pas anodin, et c'est en ce sens que se conçoit le rôle du peuple dans l'édifice doctrinal autoritaire : l'appartenance à la communauté induit une acceptation passive de l'autorité, et donc de sa production législative. Il convient tout

---

[60] G. Liet-Veaux, *La continuité du Droit interne, essai d'une théorie juridique des Révolutions*, *op. cit.*, p. 265.

[61] G. Burdeau, *Le pouvoir politique et l'État. Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 444.

[62] J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 51.

[63] *Ibid.*, p. 182. Il convient néanmoins de distinguer le corporatisme vanté par le régime de Vichy, de la doctrine corporatiste italienne, et de la doctrine communautaire nazie.

[64] L. Baudin, *Le corporatisme*, LGDJ, 1941, p. 117.

[65] G. Burdeau, *Le pouvoir politique et l'État. Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 87-88.

[66] G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 223.

de même de souligner que dans tous ces écrits, les idées d'acceptation, de communion ou encore de confiance de la communauté envers le pouvoir sont mis en exergue, mais sans que leur traduction effective ne soit réellement explicitée. Cette confiance affirmée est une confiance *a priori*, postulée plus que recherchée, comme si elle devait nécessairement aller de soi. Barthélémy illustre très bien cela en affirmant que « la méthode du doute systématique qui est la base de la philosophie, n'a plus sa place dans la politique ». Ce à quoi il ajoute, en citant José Antonio Primo de Rivera, ce qui n'est rien de moins que le credo de toute la doctrine vichyste à la base du principe d'autorité : « Toute grande politique s'appuie sur l'embrasement d'une grande foi[67] ».

Il s'agit donc ici à la fois de l'élément unanimement reconnu chez les auteurs, mais en même temps de celui qui est le plus nébuleux et friable. Nébuleux, comme nous venons de le voir, car il est très imparfaitement développé et assez peu argumenté. De plus, chaque auteur ayant ses vues, différentes de celles des autres, sur la forme d'organisation communautaire qui convient, et sur ce que cela implique comme devoirs du peuple, il est difficile de dégager plus que les quelques principes sur lesquels ces vues s'accordent. Friable, surtout, car il constitue la base de ce qui donne corps au principe d'autorité, lui-même justifiant la légitimité, qui appuie la légalité du gouvernement et de son action.

Finalement, la meilleure démonstration de ce que constitue le mouvement doctrinal du régime de Vichy se trouve résumé dans une des formules sibyllines, au goût douteux, qu'affectionne tant Joseph Barthélémy :

> Dans la catastrophe la France n'est pas morte, mais elle a eu la colonne vertébrale et tous les membres brisés. Elle est encore étendue à la clinique, dans le plâtre et le corset de fer. Elle doit suivre les prescriptions du bon médecin Philippe Pétain, fédérateur des énergies françaises, sauveur de l'unité de la patrie[68].

C'est vraiment là ce qui traverse la doctrine de Vichy : une confiance aveugle, incontestable, que l'on attend de toute la communauté, sans quoi tout l'édifice doctrinal autoritaire s'effondre.

Louis Terracol

Louis Terracol est doctorant en Histoire du droit et ATER à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). Ses recherches portent sur l'histoire constitutionnelle et plus particulièrement sur les gouvernements de fait.

[67] J. Barthélémy, *Cours de Droit comparé*, *op. cit.*, p. 40.

[68] J. Barthélémy, *Provinces. Pour construire la France de demain*, Paris, Grasset, 1941, p. 91.

Baptiste Bianchi

Le destin de la théorie du dépérissement de l'État
De la formation du marxisme russe
à la dérive totalitaire du régime soviétique*

Comment, lorsqu'on sait l'importance qu'avait pour Marx la critique de l'État et le projet de sa disparition, expliquer que le premier régime se revendiquant ouvertement du marxisme soit devenu une dictature, un État totalitaire, d'une puissance et d'une omniprésence rare ? L'étonnement du lecteur attentif de Marx est renforcé par la lecture attentive des bolcheviks, puisque ces derniers se seront targués, avant la Révolution d'Octobre, d'avoir mené à bien une œuvre de redécouverte de la théorie exacte de Marx, opération parachevée par *L'État et la révolution* de Lénine.

Cette théorie du dépérissement de l'État n'a pas été l'objet d'un *magnum opus* de Marx : elle est disséminée dans nombre de ses écrits, est une constante de sa pensée puisqu'elle apparaît dès ses écrits de jeunesse et se maintient après la maturité matérialiste et les écrits programmatiques des années 1870. Marx critique, dans la modernité, la scission entre société civile et État, reproduite au sein de chaque individu qui est à la fois producteur et citoyen. La résorption de cette scission doit se faire par l'autonomisation d'une société rendue à elle-même ; devenue une « communauté des individus complets », débarrassée de l'État qui est en dernière analyse un dispositif produit par la contradiction de classes. Quels détours historiques ont conduit à l'échec de ce programme ?

La réponse doit, en partie, être recherchée dans les théories maniées par les marxistes russes les plus importants : leurs écrits possèdent à la fois une dimension programmatique expliquant réellement certains de leurs choix, et les révisions et évolutions qui jalonnent leurs productions théoriques sont un indicateur des changements d'état d'esprit au sein, notamment, du parti bolchevik. Pour obtenir une tentative d'explication plus complète, il importe également de confronter les intentions déclarées des acteurs et la réalité de leur action politique, confrontée à des circonstances matérielles spécifiques. Ces évolutions permettent alors de dessiner la manière dont les bolcheviks utilisèrent leur outil principal, l'État, et d'éclairer par contraste le destin qui lui était réservé dans leurs écrits. Sans répondre à la question de la nécessité ou de la contingence d'un tel mouvement, la construction

---

* Cet article est issu d'un mémoire de B. Bianchi, *Le dépérissement de l'État : Marx, et après ?*, mené dans le cadre du Master II Philosophie du droit et droit politique de l'Université Paris II Panthéon-Assas sous la direction d'O. Jouanjan, et soutenu en 2020, partiellement repris à l'occasion de cette publication. L'auteur remercie la rédaction de *Jus Politicum* pour son aide particulière dans l'édition de l'appareillage critique de sa contribution en vue de sa publication.

du régime soviétique est un processus particulièrement intéressant pour illustrer les apories du marxisme russe à son endroit, dont les conséquences sont connues de tous. Mais elle permet également de confronter le marxisme en général à sa propre historicité et à sa pertinence « en contexte ».

En effet, le marxisme russe n'a pas eu le destin des partis ouvriers d'Europe continentale : dans un pays arriéré industriellement, où le prolétariat demeure extrêmement minoritaire parmi les classes dominées, il a été confronté à des questions rares au sein du marxisme, notamment autour de la classe paysanne, et surtout à la question centrale de la possibilité d'une dictature du prolétariat sans véritable prolétariat. La théorie a dès lors un statut de plus grande proximité avec la pratique, comme l'illustre le mot de Lénine en conclusion de *L'État et la révolution* : « il est plus agréable et plus utile de faire l'"expérience d'une révolution" que d'écrire à son sujet[1] ». La justesse de la théorie est évaluée à l'aune des résultats pratiques qu'elle permet, ce qui pourra conduire à des controverses conséquentes avec la vision théorique plus philosophique que manient les critiques allemandes de la révolution de 1917 attachés à justifier et adapter le marxisme tandis que les auteurs russes ont, selon Jacques Ellul, une lecture plus exégétique, cherchant à comprendre un corpus établi dont le contenu n'est pas remis en cause (cette différence se manifestant notamment dans la controverse opposant Kautsky et Lénine). Cette position est décisive dans le déclenchement de la Révolution d'Octobre et du succès mondial du modèle léniniste à travers la constitution de la III^e^ Internationale. Elle peut également expliquer le succès du coup d'État de la tendance bolchevik, pourtant minoritaire dans l'opinion et dans les institutions, face aux autres partis révolutionnaires se partageant le pouvoir après la révolution de février 1917.

Il convient d'aborder d'abord brièvement le cas de Plekhanov, afin d'illustrer à travers lui le développement du mouvement marxiste en Russie, pour ensuite s'attarder plus longuement sur les théories de Lénine, notamment celles développées dans *L'État et la révolution* suite à la réactualisation de la perspective du dépérissement de l'État par Boukharine. Le projet développé par Lénine en 1917 subit ensuite des évolutions importantes, notamment durant le communisme de guerre, période au cours de laquelle l'État se renforce considérablement, puis au cours de la Nouvelle Politique économique (*Novaïa Ekonomitcheskaïa Politika* ; NEP), qui voit l'Union soviétique adopter un modèle plus proche de celui du capitalisme occidental afin d'accélérer son développement. Lénine réoriente alors son approche théorique vers une défense de l'État ouvrier, position appuyée dans un premier temps par Trotski. La prise du pouvoir par Staline conduit à une disparition, en pratique, de la théorie du dépérissement de l'État, qui se survit à elle-même sous la forme d'un discours de légitimation du régime soviétique. Ce nouveau statut de la théorie conduit à l'éviction de ses derniers défenseurs, notamment Pašukanis, juriste ayant construit son œuvre autour de la perspective du dépérissement du droit.

I. Plekhanov et l'introduction du marxisme dans la Russie tsariste

D'abord proche du mouvement populiste russe, Plekhanov s'en détache après la découverte du marxisme : il ne peut plus, une fois cette philosophie de l'avenir découverte, défendre les solutions de ce mouvement, qui considère qu'il est possible de parvenir au socialisme en s'appuyant sur des institutions traditionnelles

[1] V.I. Lénine, *L'État et la révolution*, Montreuil-sous-Bois, Éd. Science Marxiste, 2006, p. 139.

slaves, notamment en ce qui concerne la gestion collective de la terre. Il combattra alors aussi bien les populistes que les anarchistes, et que les marxistes modérés : la pensée de Marx faisant pour lui système, il ne peut être pertinent de l'accepter partiellement.

Sur la question de l'État, s'il reconnaît que marxistes et anarchistes partagent l'objectif de sa disparition, il défend une position de suppression progressive, proche du terme « dépérissement » pris dans son sens propre. Cette conception de l'évolution historique de la superstructure le conduira à une polémique avec Lénine, qu'il influence dans sa conversion au marxisme. Il craint en effet qu'une révolution prolétarienne qui ne soit pas précédée d'une révolution bourgeoise ne puisse aboutir qu'à « une dictature sur le prolétariat et non une dictature du prolétariat[2] ». De manière générale, Plekhanov entreprend de réhabiliter Marx comme philosophe de l'histoire, proposant un modèle du développement de l'humanité proche de celui de *L'idéologie allemande* (qu'il ne pouvait cependant pas connaître puisque ce texte n'a été publié qu'au début des années 1930), dans lequel l'évolution économique de l'homme se fait sous le coup de la nécessité physique, produisant à son tour une nécessité économique. L'homme finit par prendre conscience de cette dernière ce qui conduit à son abolition « en introduisant la *conscience* là où règne actuellement *la nécessité économique aveugle*[3] ». Le développement technique, notamment, annonce cette dernière phase de développement de l'humanité. Dans le *Programme du groupe social-démocrate « Libération du travail »* (première organisation marxiste russe qu'il contribue à fonder), Plekhanov écrit que « le développement de la technique moderne dans les sociétés civilisées ne fournit pas seulement *la possibilité matérielle* de cette organisation ; il la rend *nécessaire* et *inévitable* pour la solution des contradictions qui s'opposent au développement normal et harmonieux de ces sociétés[4] ». Cette conception du matérialisme historique le conduit donc à une position plus rigide que celle de Lénine et s'oppose à un volontarisme qui ne se donnerait pas pour base solide une analyse cohérente du développement historique.

Le point le plus intéressant de la théorie de Plekhanov est son combat contre l'économicisme : il défend un modèle d'interactions entre les rapports de production et la superstructure dans lequel cette dernière agit en retour sur la base par la prise de conscience des hommes.

> Il n'y a pas un mouvement unique qui passe des forces de production aux rapports de production et à l'idéologie, mais un double courant partant des forces de production pour aboutir à l'idéologie et partant de l'idéologie pour aboutir aux forces de production[5].

Cela conduit Plekhanov à appréhender la superstructure comme ayant un fondement idéel à côté de son fondement réel : les hommes ont une conscience relative de la réalité des rapports de production et leurs besoins spécifiques à un certain

---

[2] J. Ellul, *Les successeurs de Marx*, Paris, La Table Ronde, 2007, p. 161.

[3] G. Plekhanov, « Programme du groupe social-démocrate "Libération du travail" » (1884), in G. Plekhanov, *Œuvres philosophiques*, trad. L. et J. Cathala, t. 1, Moscou, Éd. en langues étrangères, 1961 (texte par ailleurs disponible à l'adresse suivante : [https://www.marxists.org/francais/plekhanov/works/1884/00/plekhanov_18840000.htm]).

[4] *Ibid.*

[5] J. Ellul, *Les successeurs de Marx*, *op. cit.*, p. 171.

stade d'évolution produisent une influence idéale sur la superstructure. Sur la question de l'État, dès le début de son parcours marxiste Plekhanov reprend à son compte le projet de sa disparition. Toujours dans le même programme, il écrit que « l'on peut, dès maintenant, prédire la destruction du plus important des organes de la lutte chronique à l'intérieur des *sociétés, c'est-à-dire de l'État en tant qu'organisme politique opposé à la société*[6] *». Toutefois cette prédiction ne donne pas lieu à un programme de destruction immédiate de l'État : il considère impossible que la superstructure disparaisse immédiatement pendant la révolution, et préconise plutôt une démocratisation intégrale de l'État par la législation populaire directe et l'abolition du régime représentatif*[7]*. Il y a donc une articulation entre la transformation de l'État en organe placé en dessous de la société par des demandes d'ordre constitutionnel et l'annonce de sa disparition future.*

Sa théorie de l'histoire conduit alors Plekhanov à une certaine modération : bien qu'il refuse de cantonner la lutte politique au plan uniquement parlementaire, et qu'il condamne l'abandon des méthodes illégales (il est notamment le fondateur de l'*Iskra – L'Étincelle* –, célèbre journal russe qui devra être imprimé à l'étranger en raison de la censure du régime tsariste), il s'oppose également au courant bolchevik mené par Lénine, à qui il reproche un certain aventurisme et une trop grande intransigeance dans son refus du passage par la révolution bourgeoise, qui est indispensable dans son schéma. Il anticipe ainsi les principales critiques qui seront adressées à Lénine, notamment sur la question du prolétariat, qui doit être construit avant que se produise la révolution qui l'amènera dans une position dominante. La Russie est un pays encore très largement paysan (même en 1928, à la fin de la NEP, qui visait à accélérer l'industrialisation du pays, les ouvriers ne représenteront que 14,6 % de la population de l'URSS), et il est nécessaire de passer par une phase de domination de la bourgeoisie pour développer les moyens de production et produire les conditions de passage au communisme. L'attitude de Lénine revient au contraire à produire un prolétariat de manière volontariste. Cette croyance en la possibilité d'une accélération artificielle du cours de l'histoire est le point sur lequel Lénine s'éloigne le plus de l'orthodoxie marxiste. Cette approche aura toutefois un succès certain suite à la prise du pouvoir par les bolcheviks et de leur hégémonie théorique dans les partis communistes issus des scissions avec le socialisme réformiste.

II. La redécouverte léniniste de la théorie du dépérissement de l'État

A. Boukharine et la critique de l'État impérialiste : une réapparition explicite du dépérissement de l'État

Nikolaï Boukharine, jeune bolchevik proche de Lénine, est généralement considéré comme responsable de la réapparition du thème du dépérissement de l'État dans la théorie marxiste : c'est en effet à lui qu'on attribue d'avoir rappelé à Lénine les passages de Marx et d'Engels concernant la disparition de l'État comme conséquence logique de l'abolition des classes sociales. *L'État et la révolution* a pour origine une tentative de la part de Lénine de disqualifier les analyses de son jeune

[6] G. Plekhanov, « Programme du groupe social-démocrate "Libération du travail" », art. cité.

[7] *Ibid.*

camarade, mais l'étude approfondie des textes marxistes sur l'État le conduira finalement à se ranger au point de vue de Boukharine.

Lorsqu'au début des années 1910 Boukharine commence sa production théorique, il se trouve face à une situation, dans l'Occident où il est exilé, qui le conduit à se poser des questions semblables à celles qui agitent la social-démocratie sur son versant réformiste, c'est-à-dire une situation dans laquelle l'évolution du capitalisme entraîne, dans les pays les plus avancés, des modifications considérables du rôle de l'État qui n'apparaît plus *immédiatement* comme organe de domination de la bourgeoisie. Pour expliquer le renforcement du pouvoir de l'État et la prise en charge de missions sociales, il ne se range cependant pas à l'étatisme de Bernstein, mais écrit dans sa *Contribution à une théorie de l'État impérialiste* que « les "activités socialement utiles" de l'État sont essentiellement les *conditions pour prolonger et favoriser au plus haut point l'exploitation des classes asservies* de la société contemporaine, surtout du prolétariat[8] ». Sa théorie du renforcement du pouvoir d'État inspire celle de Lénine dans la rédaction de *L'impérialisme, stade suprême du capitalisme* : l'idée est que cette montée en puissance n'est pas le signe d'une socialisation accrue des missions de l'État, mais de son inféodation renforcée à la classe capitaliste arrivée à un stade de développement succédant à celui du capitalisme libéral. « Notre temps, au contraire, est caractérisé par la tendance exactement opposée, dont la limite logique est le capitalisme d'État, ou l'inclusion d'absolument tout dans la sphère de la régulation étatique[9]. » Le rôle de l'État évolue avec le changement de dimension de la concurrence : l'uniformisation de l'activité de la bourgeoisie, avec la perte de pouvoir de sa dimension foncière, produit une concurrence ne se déroulant plus principalement au sein même des classes dominantes nationales mais entre les classes dominantes des différents pays développés. La situation a évolué depuis la II^e^ République et le Second Empire : Marx décrivait alors l'incapacité de la bourgeoisie de s'unir autour d'un projet politique cohérent, la conséquence de cet échec étant le bonapartisme comme conciliation autoritaire des différents intérêts. Le pouvoir politique gagne alors une autonomie relative. Au contraire, l'uniformisation des intérêts de la bourgeoisie à l'époque de la domination du capital financier produit une situation dans laquelle la concurrence se joue au niveau international. Ainsi

> le capitaliste isolé disparaît : il devient un *Verbandskapitalist*, un membre d'une organisation ; il n'entre plus en *concurrence*, mais il *coopère* avec ses « compatriotes » ; le centre de gravité de la lutte concurrentielle est transporté sur le marché mondial, tandis que la concurrence meurt à l'intérieur du pays. Une telle structure des classes dirigeantes est accompagnée par un changement correspondant dans la « machine d'État » : le pouvoir d'État devient l'organisation suprême de la bourgeoisie capitaliste financière, qui constitue un groupe homogène[10].

---

[8] N.I. Boukharine, « Contribution à une théorie de l'État impérialiste » (1916 ; trad. fr. de M. Andreu), *Marxists Internet Archives*, [https://www.marxists.org/francais/boukharine/works/1916/00/etat.htm] (consulté le 9 décembre 2020). Ce texte initialement écrit pour le *Recueil du Social-Démocrate* [*Sbornik Sotsial-Demokrata*] en 1916 fut finalement publié pour la première fois dans un autre recueil, *La révolution a raison* (*Revolyutsia prava : sbornik pervyi*, Moscou, 1925, p. 5-32).

[9] *Ibid.*

[10] *Ibid.*

Conséquence de la loi de baisse tendancielle du taux de profit, les bourgeoisies nationales cherchent de plus en plus à conquérir de nouveaux marchés : l'État impérialiste est alors mandaté pour accomplir cette mission et orienter son action principalement vers l'étranger. Le capitalisme prend donc une forme impériale dans laquelle la lutte pour l'expansion extérieure de la bourgeoisie nationale unifiée remplace la lutte interne pour l'extension des intérêts divergents au sein-même de la bourgeoisie. Boukharine emploie le terme de « capitalisme d'État » pour définir cette nouvelle étape du mode de production.

Répondre à la question du renforcement du pouvoir d'État à l'aune de cette théorie permet à Boukharine de condamner le révisionnisme : plutôt que de reconstruire Marx à partir de ses présupposés méthodologiques, il convient d'approfondir ses conclusions et de construire leur prolongement logique selon la marche du capitalisme qui a suivi. Dans *Les luttes de classe en France* et *Le 18 Brumaire*, Marx expliquait l'échec de la révolution bourgeoise par le manque d'unité de la classe dominante française. Dès lors se pose la question de ce que produirait une unité de la bourgeoisie en termes politiques : la théorie de l'État impérialiste y répond. Cette approche de Boukharine est significative de la façon qu'auront les bolcheviks de résoudre les problèmes pratiques auxquels ils sont confrontés. En effet, les conditions matérielles dans lesquelles se déploie leur activisme politique sont difficiles à intégrer au schéma d'explication marxiste. Leur volontarisme révolutionnaire prête alors le flanc aux critiques centristes. Face à cela il n'est pas possible de se contenter d'un « retour à Marx », qui doit être la première étape d'une construction théorique répondant aux problèmes spécifiques au contexte russe comme aux évolutions du capitalisme dans les pays occidentaux. D'une certaine manière, cette approche revient à abandonner l'horizon d'une révolution internationale, puisque les conditions matérielles divergentes imposent des stratégies divergentes et donc des temporalités révolutionnaires différentes.

Le dépérissement de l'État reste logiquement d'actualité dans les théories de Boukharine du fait de sa critique du révisionnisme et de sa perception de l'évolution du pouvoir d'État. Toujours dans sa *Contribution*, il écrit que

> l'essence de l'État ne se trouve pas dans son rôle technico-administratif, mais dans la *relation de domination* qu'il cache. Et puisque la relation de domination est basée sur la différentiation de classe, avec la disparition des classes, l'État disparaît aussi. L'État a donc également un commencement historique et une fin historique[11].

Il indique ensuite, à propos de la révolution et de la période de transition, que

> La forme du pouvoir d'État n'est conservée que pendant le moment de transition de la *dictature du prolétariat*, une forme de *domination de classe* dans laquelle la classe dirigeante est le prolétariat. Avec la disparition de la dictature du prolétariat, la forme finale de l'existence de l'État disparaît aussi bien[12].

Il est intéressant de noter que Boukharine n'a pas recours à la rhétorique du « demi-État » ou de « l'État qui n'est plus à proprement parler un État », expressions que Lénine utilisera abondamment dans *L'État et la révolution* en les reprenant notamment à Engels. Boukharine ne s'embarrasse pas d'une définition claire de ce que doit être l'État dans la dictature du prolétariat, et l'on observe un parallélisme entre sa définition de l'État en général (« l'organisation la plus générale des

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*

classes dominantes, sa fonction de base étant de préserver et d'étendre l'exploitation des classes opprimées[13] ») et la dictature du prolétariat qui reste une « domination de classe ». Dès lors il ne semble pas théoriser la programmation du dépérissement dès la révolution, comme le fait Lénine, il ne reprendra explicitement le mot d'ordre de « *l'explosion* (*Sprengung*), la *cassure* (*Zerbrechen*) de la machine d'État[14] » qu'après la publication de *L'État et la révolution*, paradoxalement au moment où cette perspective commence à définitivement s'éloigner. Il est donc simplificateur de considérer que la théorie de l'État de Lénine n'est qu'adhésion à celle de Boukharine : sur le plan des préoccupations immédiates, une différence existe. Dans son testament politique, Lénine dira d'ailleurs de son jeune camarade que « ses vues théoriques ne peuvent qu'avec la plus grande réserve être tenues pour parfaitement marxistes, car il y a en lui quelque chose de scolastique[15] ». L'aspect pratique ne semble en effet pas sa préoccupation principale, bien qu'il s'en soit défendu lors de la publication de sa *Contribution.*

B. L'État et la révolution de Lénine : le dépérissement de l'État comme doctrine centrale des bolcheviks

À propos de la leçon de Marx selon laquelle « la classe travailleuse "ne peut se contenter de prendre telle quelle la machine de l'État pour la faire fonctionner à son propre compte" », Daniel Bensaïd nous dit que « c'est cette leçon que les dignitaires de la IIe Internationale s'empresseront d'enterrer, et qu'exhumera Boukharine pendant les premiers mois de la guerre mondiale. (Re)découverte si étonnante que Lénine lui-même, dans un premier temps, y vit une foucade libertaire[16] ». Cette redécouverte mènera pourtant à *L'État et la révolution,* ouvrage parfois qualifié de « chef d'œuvre libertaire[17] » tant son auteur est virulent dans son attaque de l'État. L'ouvrage est significativement sous-titré *La doctrine marxiste de l'État et les tâches du prolétariat dans la révolution*, annonçant sa double ambition : rétablir ce qui a été effectivement oublié par la social-démocratie allemande, et établir une stratégie immédiate pour la prise du pouvoir et l'utilisation de l'État (ce livre a en effet été écrit en 1917, après la révolution de février, et ne sera pas terminé en raison de la participation de Lénine aux événements d'octobre 1917). Lénine annonce clai-

---

[13] *Ibid.*

[14] N.I. Boukharine, « La théorie de la dictature du prolétariat » (1919), in N.I. Boukharine, *Œuvres choisies en un volume*, Paris, Moscou, Éd. Librairie du Globe, Éd. du Progrès, 1990. Nous nous référons à la traduction revue disponible en ligne : N.I. Boukharine, « La théorie de la dictature du prolétariat » (1919), *Marxists Internet Archives*, [https://www.marxists.org/francais/boukharine/works/1919/00/theorie.htm] (consulté le 9 décembre 2020).

[15] Ce qui est connu comme le « Testament politique » fut pour la première fois entièrement publié en 1956 (1959 en français) : V.I. Lénine, « Lettre au Congrès » (1922), in V.I. Lénine, *Œuvres*, t. 36, *1900–1923*, Paris, Moscou, Éd. Sociales, Éd. en langues étrangères, 1959. Le texte est également disponible en ligne : V.I. Lénine, « Lettre au Congrès » (1922), *Marxists Internet Archives*, [https://www.marxists.org/francais/lenin/works/1922/12/vil19221229.htm] (consulté le 9 décembre 2020).

[16] D. Bensaïd, « Politiques de Marx », in K. Marx et F. Engels, *Inventer l'inconnu. Textes et correspondance autour de la Commune*, Paris, La Fabrique, 2008, p. 31. Dans ce passage, Daniel Bensaïd donne comme référence un article de Marian Sawer : M. Sawer, « The genesis of State and Revolution », *The Socialist Register*, vol. 14, 1977, p. 209-227 [https://socialistregister.com/index.php/srv/article/view/5415].

[17] L. Lévy, « Présentation », in V.I. Lénine, *L'État et la révolution*, Paris, La Fabrique, 2012, p. 27.

rement que « ce qui s'éteint après cette révolution, c'est l'État prolétarien, autrement dit un demi-État[18] ». La « suppression de l'État en tant qu'État[19] » est alors conçue comme le remplacement d'un pouvoir de répression par un autre, celui de la bourgeoisie par celui du prolétariat. Pour Lénine, l'État en tant qu'il est proprement un État ne peut être que l'État bourgeois. Il reprend alors, malgré des difficultés de vocabulaire héritées de Marx et d'Engels, l'idée selon laquelle la Commune « n'était plus un État au sens propre[20] », ce qui oriente ses préconisations quant à ce que doit devenir l'État sous la dictature du prolétariat. Contre les anarchistes, il explique que si « seule la révolution peut "supprimer" l'État bourgeois », « l'État en général, c'est-à-dire la démocratie la plus complète, ne peut que "s'éteindre"[21] ». Ainsi le volontarisme s'arrête une fois la démocratisation la plus complète achevée, et c'est là la tâche du prolétariat dans la révolution qu'annonce le sous-titre. Lénine reste donc dans une certaine orthodoxie sur ce point, malgré le volontarisme qui le caractérise dans ses options stratégiques et qui sera le point autour duquel se noueront les critiques émanant du centre de la IIe Internationale. Du *Manifeste du parti communiste*, Lénine retient l'idée que l'État, dans la période de transition qu'est la dictature du prolétariat, est « le prolétariat organisé en classe dominante[22] ». Lénine interprète cette formule ainsi : « d'après Marx, il ne faut au prolétariat qu'un État en voie d'extinction, c'est-à-dire constitué de telle sorte qu'il commence immédiatement à s'éteindre et ne puisse pas ne point s'éteindre[23] ». Nous pouvons à partir de ces citations commencer à déterminer plus précisément la théorie de l'État que manie Lénine.

Premièrement, l'État au sens propre du terme ne peut être qu'un État bourgeois, comme « pouvoir spécial de répression ». Lorsque le prolétariat s'en empare, il ne peut l'utiliser comme tel sans le changer. Et en tant qu'il est l'État de la bourgeoisie, le simple fait que le prolétariat s'en empare est déjà un acte d'abolition de cet État.

Deuxièmement, le caractère de classe de l'État conduit Lénine à considérer qu'utiliser ce qui reste de cet organe pour en faire un pouvoir spécial de répression contre les ennemis du prolétariat, ce n'est pas faire fonctionner la machine d'État pour le compte du prolétariat mais bien déjà l'abolir et enclencher le processus du dépérissement du reste de cet État. Cette analyse par classe considère donc que ce que Marx désignait sous le terme de « machine d'État » ne peut pas être appréhendé d'un point de vue uniquement objectif : cette qualification dépend en grande partie de son caractère de classe. Ainsi un État utilisant une police organisée, une bureaucratie, une armée (dont les formes ont certes changé), reste un État en voie de dépérissement tant que ces institutions sont dirigées contre les anciennes classes dominantes (cet État n'opprime pas, il *réprime*). Ainsi « l'État de cette période-là doit donc nécessairement être démocratique *d'une manière nouvelle* (pour les prolétaires et les non-possédants en général) et dictatorial *d'une manière nouvelle* (contre la bourgeoisie)[24] ».

---

[18] V.I. Lénine, *L'État et la révolution*, Montreuil-sous-Bois, Éd. Science Marxiste, 2006, p. 40.

[19] *Ibid.*, p. 40.

[20] F. Engels, « Lettre à Auguste Bebel de mars 1875 », in K. Marx, *Critique du programme de Gotha*, Paris, Éd. Sociales, 2008, p. 98.

[21] V.I. Lénine, *L'État et la révolution*, *op. cit.*, p. 41.

[22] K. Marx et F. Engels, *Manifeste du parti communiste*, Paris, GF Flammarion, 1998, p. 100.

[23] V.I. Lénine, *L'État et la révolution*, *op. cit.*, p. 46.

[24] *Ibid.*, p. 56.

Il semble que l'analyse de Lénine conduise à considérer que la prise du pouvoir d'État par le prolétariat est déjà résorption (au moins partielle) de la scission entre l'État et la société. En ce sens il reprend l'idée d'Engels selon laquelle la prise de possession des moyens de production est le seul acte par lequel l'État se fait réellement représentant de la société tout entière. Sur la question de l'État, Lénine est donc volontariste quant au déclenchement du processus, mais mécaniciste quant à son achèvement. Il faut en effet laisser au prolétariat un État qui ne peut pas ne pas s'éteindre, la disparition doit être programmée (au sens presque informatique du terme) par l'acte révolutionnaire initial. À propos de la Commune de Paris, Lénine écrit que

> du moment que c'est la majorité du peuple qui mate *elle-même* ses oppresseurs, *il n'est plus besoin* [souligné deux fois par Lénine] d'un « pouvoir spécial » de répression ! C'est en ce sens que l'État *commence à s'éteindre*. Au lieu d'institutions spéciales d'une minorité privilégiée […], la majorité elle-même peut s'acquitter directement de ces tâches ; et plus les fonctions du pouvoir d'État sont exercées par l'ensemble du peuple, moins ce pouvoir devient nécessaire[25].

L'ambition est grande puisqu'ici est envisagée une disparition de la bureaucratie et une prise en charge immédiate de l'intégralité des fonctions étatiques par la population, soit la disparition de toute scission qui doit être déjà en partie accomplie dès le moment révolutionnaire. La question de la temporalité se pose car la Commune semble, selon Marx puis Lénine, être arrivée à un tel résultat en l'espace de deux mois seulement tandis que la révolution d'octobre produira au contraire une prolifération de la bureaucratie (justifiée dans un premier temps par le communisme de guerre : le spectre de l'échec militaire de la Commune hante les orientations stratégiques de Lénine et des bolcheviks). Le terme « pouvoir spécial de répression » que Lénine utilise doit donc être relativisé : la clé de compréhension du processus de dépérissement de l'État est justement que ce pouvoir perd progressivement son caractère « spécial » : « ici, l'organisme de répression est la majorité de la population, et non plus la minorité[26] ». Cette évolution est notamment illustrée par la décision de la Commune de supprimer les privilèges attachés au statut de fonctionnaire et de réduire les traitements au niveau du salaire ouvrier de l'époque. Il faut à ce sujet noter une contradiction entre cette théorie et la réalité du prolétariat russe de l'époque, qui reste une classe extrêmement minoritaire du fait du retard de la Russie en matière de développement industriel. Aux critiques qui insistaient sur cette situation, Lénine répondait que la paysannerie pourrait être ralliée à la révolution prolétaire, illustration d'une influence diffuse mais constante du mouvement populiste russe (cette théorie pourtant peu orthodoxe est à l'origine du symbole du communisme le plus diffusé : la faucille et le marteau, représentant l'alliance des deux classes).

La révolution ne peut être qu'une première étape dans le dépérissement. Polémiquant avec les anarchistes, Lénine écrit :

> Nous ne sommes pas des utopistes. Nous ne « rêvons » pas de nous passer *d'emblée* de toute administration, de toute subordination ; ces rêves anarchistes, fondés sur l'incompréhension des tâches qui incombent à la dictature du prolétariat, sont foncièrement étrangers au marxisme et ne servent en réalité qu'à différer la révolution socialiste jusqu'au jour où les hommes auront changé. Nous, nous voulons la révolution socialiste avec les hommes tels qu'ils sont aujourd'hui, et

[25] *Ibid.*, p. 63. Emphase d'origine.

[26] *Ibid.*, p. 63.

> qui ne se passeront pas de subordination, de contrôle, « de surveillants et de comptables ». Mais c'est au prolétariat, avant-garde armée de tous les exploités et de tous les travailleurs, qu'il faut se subordonner. On peut et on doit dès à présent, du jour au lendemain, commencer à remplacer les « méthodes de commandement » propres aux fonctionnaires publics par le simple exercice d'une « surveillance et d'une comptabilité », fonctions toutes simples qui, dès aujourd'hui, sont parfaitement à la portée de la généralité des citadins, et dont ils peuvent parfaitement s'acquitter pour des « salaires d'ouvriers »[27].

Il est donc clair que l'État doit dépérir mais que ce projet reste, dans le cadre immédiat de la révolution russe, un horizon encore lointain. Selon Lénine, les anarchistes « voient les hommes, non tels qu'ils sont, mais tels qu'ils voudraient qu'ils fussent[28] ». Cette distinction illustre que la résorption de la scission produira un homme nouveau, et que ce n'est qu'au cours de ce processus qu'apparaîtront les hommes pouvant se passer définitivement de l'État. Dans l'immédiat, la tâche du prolétariat dans la révolution doit contenir une dimension d'organisation qui nécessitera le maintien de certaines fonctions techniques héritées de l'aliénation et des traces qu'elle laisse sur les hommes. Lénine reprend ici les propos d'Engels dans sa préface à *La guerre civile en France*, prophétisant l'apparition d'une génération nouvelle pouvant se passer de l'État, tout en désavouant les théories exposées par celui-ci dans *De l'Autorité* sur la naturalité de l'autorité hiérarchique dans l'organisation du travail.

Le dépérissement de l'État est également possible grâce à une donnée nouvelle : la grande industrie et son automatisation débutante. Lénine considère en effet que si les fonctions de surveillance et de comptabilité sont accessibles à n'importe quel citadin, c'est grâce au développement d'une organisation du travail nouvelle qui décompose les tâches au point où elles deviennent d'une simplicité telle qu'il n'est plus besoin d'une compétence particulière pour les exercer. La domination par la compétence technique et organisationnelle n'a alors plus de légitimité, il s'agit « d'enlever à ces fonctions tout caractère privilégié, "hiérarchique"[29] ».

Bien qu'il se défende ici d'être utopiste, la finalité du projet contient indiscutablement une dimension presque divinatoire, voire messianique : le pragmatisme de Lénine n'empêche pas que la redécouverte de la critique marxiste de l'État produise une certaine exaltation. *L'État et la révolution* est à ce titre un écrit particulier dans l'œuvre de Lénine, puisqu'il ne se limite pas aux développements stratégiques qui constituent son principal héritage, mais s'autorise à dessiner les traits de la société communiste à venir, qui évoquent les écrits des socialistes utopiques français, l'usine moderne ayant remplacé la manufacture ou le phalanstère. Ainsi, Lénine écrit que

> Enregistrement et contrôle, tel est l'essentiel, et pour la « mise en route » et pour le fonctionnement régulier de la société communiste dans sa première phase. Ici, tous les citoyens se transforment en employés salariés de l'État constitué par les ouvriers armés. Tous les citoyens deviennent les employés et les ouvriers d'un

---

[27] *Ibid.*, p. 69.

[28] B. Spinoza, *Traité politique*, Paris, Librairie générale française, 2002, p. 111.

[29] V.I. Lénine, *L'État et la révolution*, *op. cit.*, p. 64.

> seul « cartel » du peuple entier, de l'État. Le tout est d'obtenir qu'ils fournissent un effort égal, observent exactement la mesure de travail et reçoivent un salaire égal[30].

Ce programme porte clairement la trace du saint-simonisme et de sa réception par Engels, reprenant la fameuse formule « l'administration des choses » remplaçant le « gouvernement des hommes ». Il s'agit cependant là de la première phase du communisme, dans laquelle l'État n'a pas disparu totalement (bien qu'en tant qu'il est constitué des « ouvriers armés », il se soit radicalement démocratisé – selon Lénine – et la scission déjà partiellement abolie). En quoi consiste alors la seconde phase du communisme ? Lénine répond

> quand *tous* auront appris à administrer et administreront effectivement eux-mêmes la production sociale, […] la *nécessité* d'observer les règles, simples mais essentielles, de toute société humaine deviendra très vite une *habitude*. Alors s'ouvrira toute grande la porte qui permettra de passer de la première phase de la société communiste à sa phase supérieure et, par suite, à l'extinction complète de l'État[31].

On observe alors que le dépérissement de l'État ne présente pas une différence objective avec la première phase du communisme, mais bien plutôt une intériorisation complète des conditions de production de la première phase. L'État disparaît donc, conséquence de l'inutilité de contrôler les « éléments récalcitrants » à la discipline prolétaire mise en place, puisque tous auront l'habitude du respect parfait des règles de la production sociale. Les classes sociales ont donc bien disparu avec l'universalisation-abolition accomplie de la condition du prolétariat et la disparition de la contradiction entre classes. Mais, d'un point de vue matériel et non pas psychologique, la situation ne semble pas véritablement nouvelle. Antoine Artous observe que

> le problème posé est naturellement ce renvoi pur et simple à la base économique léguée par la grande production capitaliste et l'oubli des analyses de Marx sur le despotisme d'usine. Certes, Lénine fait référence à des mesures radicales de transformations de l'appareil politique, à l'appropriation collective des moyens de production, et à une remise en cause de l'aspect hiérarchique, mais pour le reste, il parle d'un « mécanisme de gestion sociale [qui] est déjà tout prêt » sur lequel peuvent s'appuyer ces tâches « d'enregistrement » et de « contrôle »[32].

L'introduction de l'élément de la grande industrie dans le passage à la phase supérieure du communisme, qui permet le dépérissement de l'État, revient à reproduire certains des aspects du capitalisme les plus aliénants, réintroduisant la contrainte, désormais intériorisée, de la division du travail.

L'État et la révolution, malgré ses apories, reste une profession de foi fort éloignée de ce que deviendra l'État soviétique. Ce qui ne rendra pas plus simple la tâche de ses successeurs lorsque viendra le moment d'entretenir le socialisme réel. Ce livre a donc un statut paradoxal : il constitue à certains égards une véritable résurrection de la théorie du dépérissement de l'État, qu'il place au centre des préoccupations théoriques du mouvement communiste. Mais sa description pratique reste

---

[30] *Ibid.*, p. 117. Emphase d'origine (tous les termes sont soulignés deux fois par Lénine).

[31] *Ibid.*, p. 118-119.

[32] A. Artous, *Marx, L'État et la politique*, Paris, Éd. Syllepse, 1999, p. 287.

limitée, et ses choix politiques ne seront poursuivis ni par Lénine en tant que dirigeant de l'Union Soviétique, ni par ses successeurs.

C. Le rôle de l'État dans la théorie de Lénine après *L'État et la révolution* et la prise du pouvoir

Dès le mois de mai 1918, Lénine écrit que

> le capitalisme d'État serait *un pas en avant* par rapport à l'état actuel des choses dans notre République des Soviets. Si, dans six mois, par exemple nous avions instauré chez nous le capitalisme d'État, ce serait un immense succès et la plus sûre garantie qu'un an plus tard, dans notre pays, le socialisme serait assis et invincible[33].

Face à l'intensification de la lutte des classes résultant de la prise du pouvoir en octobre 1917, il devient nécessaire de réviser le programme immédiatement annoncé par *L'État et la révolution*, qui appréhendait cependant déjà les difficultés à venir (« cette période est nécessairement marquée par une lutte des classes d'un acharnement sans précédent[34] »). Les circonstances politiques immédiates ne sont qu'une donnée du problème, l'arriération industrielle de la Russie jouant également un rôle considérable. En effet, le programme de Lénine s'appuie sur la grande industrie, or cette dernière n'existe pas encore. Si donc le communisme doit être « les soviets plus l'électricité », il faut alors une politique d'électrification qui ne peut être menée uniquement par un groupe d'ouvriers armés. Les critiques de la social-démocratie centriste se rappellent alors à nous : la révolution russe devait être une révolution bourgeoise pour pouvoir augurer d'une révolution prolétarienne. Octobre 1917, qui tient plus du coup d'État que de la révolution, doit donc être le coup de départ de la construction d'un système industriel producteur avant que puisse être envisagé le passage au communisme. Car il faut rappeler que selon Marx, le communisme est un stade du développement économique qui ne peut être atteint que lorsque les forces productives de la société dépassent les capacités du mode de production. En Russie, le prolétariat n'est pas dans cette situation : le capitalisme n'existe qu'à peine, il convient alors de le construire pour le dépasser.

Dès lors Lénine cède du terrain sur l'ambition pratique de ses thèses sur le dépérissement de l'État : la réhabilitation théorique reste pertinente, mais l'application immédiate de ce programme des « tâches du prolétariat » est ajournée. Ce sera donc le communisme de guerre, puis la Nouvelle Politique économique, deux régimes marqués par des mesures en contradiction totale avec la description que faisait Lénine de la première phase du communisme et de cet État qui n'est plus vraiment un État. Significativement, l'armée rouge se professionnalise, et une police politique est créée : l'effort de destruction de la machine d'État est manifestement renvoyé à une période plus paisible qui n'arrivera pas. Dans *De l'État*, Lénine annonce : « cette machine, nous l'avons enlevée aux capitalistes, nous nous en sommes emparés. Avec cette machine, ou avec ce gourdin, nous anéantirons toute

---

[33] V.I. Lénine, « Sur l'infantilisme "de gauche" et les idées petites-bourgeoises » (1918), in V.I. Lénine, *Œuvres*, t. 27, *Février-juillet 1918*, Paris, Moscou, Éd. Sociales, Éd. en langues étrangères, 1961. Le texte est également disponible en ligne : V.I. Lénine, « Sur l'infantilisme "de gauche" et les idées petites-bourgeoises » (1918), *Marxists Internet Archives*, [https://www.marxists.org/francais/lenin/works/1918/05/vil19180505.htm] (consulté le 9 décembre 2020).

[34] V.I. Lénine, *L'État et la révolution*, *op. cit.*, p. 56.

exploitation[35] ». La discordance avec les formules de *La guerre civile en France* est consommée, et si le ton reste le même, il n'est plus question dans ce texte du dépérissement de l'État, de son extinction, sauf dans la conclusion qui, en contradiction avec l'ambition immédiate de 1917, annonce : « alors seulement [une fois que le prolétariat sera devenu la seule classe] nous mettrons cette machine à la ferraille. Alors, il n'y aura plus d'État, plus d'exploitation ». Conclusion qui évoque celle de *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État* (ouvrage auquel ce texte de Lénine fait constamment référence) et marque le retour de Lénine à une politique plus explicitement autoritaire. La résignation est achevée dans *La maladie infantile du communisme*, où Lénine défend le fonctionnement de la république soviétique et le rôle du Parti comme instance dirigeante. Ainsi « dans notre République, il n'est pas une question importante, politique ou d'organisation, qui soit tranchée par une institution de l'État sans que le Comité Central du Parti ait donné ses directives[36] ». Quant aux masses de la population de l'Empire russe qui n'appartiennent pas au prolétariat, il convient de « les subordonner tous à l'État prolétarien et à la direction prolétarienne[37] ». Le parti doit donc assumer la direction du pouvoir public, direction dont on peine à envisager qu'elle n'ait pas de caractère politique vu l'organe qui doit en être responsable[38]. La dictature de la majorité est également abandonnée, puisqu'en nombre le prolétariat (à supposer qu'il soit réellement le composant directeur de cet État prolétarien) représente toujours une minorité.

La disparition immédiate de l'État n'a donc été maintenue qu'un temps comme orientation politique fondamentale, et n'a finalement de place centrale que chez Lénine et Boukharine. Les écrits des autres bolcheviks le confirment lorsque, dans leur défense de la révolution d'octobre, ils insisteront sur la nécessité d'une terreur politique. Trotski, tant par son action de chef de l'armée rouge que par ses écrits, est représentatif de cette approche.

---

[35] *De l'État* est le texte d'une conférence prononcée par Lénine le 11 juillet 1919 à l'université Sverdlov de Moscou. Voir V.I. Lénine, *De l'État*, Moscou, Éd. en langues étrangères, 1970, 25 p. Le texte est également disponible en ligne : V.I. Lénine, « De l'État » (1919), *Marxists Internet Archives*, [https://www.marxists.org/francais/lenin/works/1919/07/19190711.htm] (consulté le 9 décembre 2020).

[36] V.I. Lénine, *La maladie infantile du communisme*, Paris, Éd. Sociales, 1962, p. 59.

[37] *Ibid.*, p. 180.

[38] Rappelons que le *Manifeste du parti communiste* annonce que « les pouvoirs publics perdront leur caractère politique » (K. Marx et F. Engels, *Manifeste du parti communiste*, Paris, Flammarion, 1998, p. 101).

III. Les évolutions de la théorie de l'État chez les successeurs de Lénine

A. Une défense du renforcement de la puissance d'État : l'exemple de Trotski pendant le communisme de guerre

Dès 1920, dans *Terrorisme et communisme*, Trotski écrit :

> le fait est que sous le socialisme il n'y aura plus d'appareil de coercition, plus d'État : l'État se dissoudra entièrement dans la commune de production et de consommation. La voie du socialisme n'en passe pas moins par l'intensification maximale du rôle de l'État. Et c'est justement cette période que nous traversons avec vous. De même que la lampe, avant de s'éteindre, brille d'une flamme plus vive, l'État, avant de disparaître, prend la forme de la dictature du prolétariat, c'est-à-dire de l'État le plus impitoyable, qui s'empare impérieusement de la vie des citoyens de tous côtés[39].

L'approche est caractéristique du climat théorique général du communisme de guerre, dans lequel la perspective du dépérissement de l'État prend un aspect utopique et est renvoyée à une période indéterminée. La formule de « l'État le plus impitoyable » est une radicalisation des termes du *Manifeste du parti communiste* qui parlait seulement « d'interventions despotiques ». Trotski donne donc raison, dans son interprétation, aux critiques que Jellinek formulait à l'égard de la conception marxiste de l'État : « la société est abolie par l'État[40] ». La scission prend bien fin, mais dans un sens inverse de celui préconisé par Marx, et il n'est même pas question d'une primauté du prolétariat puisque ce sont bien « tous les citoyens » qui sont concernés.

Le régime de terreur est alors justifié par le communisme de guerre, mais notre position nous permet de juger que l'adoucissement postérieur n'a été que relatif : l'histoire de l'URSS tout entière tend à montrer qu'elle ressembla bien plus à ce que diagnostiquait Jellinek qui, s'il n'avait manifestement pas compris l'attitude de Marx vis-à-vis de l'État, anticipe parfaitement ce que deviendra effectivement le régime soviétique. Dans sa polémique avec Kautsky (représentant éminent de la social-démocratie allemande « centriste » et critique virulent des positions théoriques des bolcheviks), Trotski développe donc ses positions autoritaires notamment dans une discorde d'interprétation sur la nature de la Commune de Paris, dont il affirme qu'elle était « la négation vivante de la démocratie formelle, car, dans son développement, elle a signifié la dictature du Paris ouvrier sur la nation paysanne[41] ». Le thème de la démocratie formelle reste un grand classique de la littérature bolchevique, utilisé pour ne pas à avoir à répondre de l'oubli des formes de la démocratie tout en arguant d'un caractère intrinsèquement démocratique du régime, conséquence de son caractère de classe qui lui confère la légitimité de la majorité. Nous avons déjà vu que cet argument ne tient pas pour la simple raison que la répartition socio-professionnelle de la Russie de l'époque ne permet pas une domination du prolétariat qui soit en même temps une domination de la majorité.

---

[39] Nous nous référons ici à la traduction disponible en ligne : L. Trotski, « Terrorisme et communisme » (1920), *Marxists Internet Archives*, [https://www.marxists.org/francais/trotsky/livres/t_c/t_c.htm] (consulté le 9 décembre 2020).

[40] G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914 [1900], p. 89, cité par N. Boukharine, « Contribution à une théorie de l'État impérialiste », art. cité, note nº 20.

[41] L. Trotski, « Terrorisme et communisme », art. cité.

Quant à l'idée d'une « dictature du Paris ouvrier sur la nation paysanne », elle ne correspond pas à la réalité du pouvoir exercé par la Commune qui est resté essentiellement circonscrit à la capitale. Les critiques des limites militaires de la Commune sont admises par Trotski, mais il réfute alors la comparaison avec le prolétariat russe : « Les ouvriers russes ont montré qu'ils sont capables de se rendre maîtres aussi de la "machine de guerre"[42] ». La rhétorique de l'utilisation de la machine reste présente, et demeurera finalement une constante dans les publications des bolcheviks.

Il est clair que la terreur doit être temporaire, que la scission n'a pas vocation à être définitivement abolie dans ce sens : cet État qui « s'empare impérieusement de la vie des citoyens » a toujours un objet qui lui est extérieur, l'ensemble des individus. Il n'y a pas identification immédiate, bien qu'il soit difficile de parler de société dans un cas pareil où le lien social ne conserve aucune autonomie. Surtout, la vocation temporaire de ce programme totalitaire (le mot ne nous semble pas trop fort, ni prématuré) implique que la marche vers la disparition de l'État puisse reprendre après la période de terreur, et donc que le sujet producteur de ce processus ne perde pas définitivement toute autonomie, qu'il soit capable de se reconstruire sans devenir la chose de l'État, d'exister sans devoir s'appuyer sur lui. L'URSS prend au contraire la direction d'une dictature personnelle de Staline, empêchant toute autonomisation de la société, régime qui devra cependant se doter d'une légitimation théorique. Nous pouvons dès lors nous intéresser au discours tenu par Staline, d'un point de vue plus historique que théorique puisqu'il ne devrait pas être trop difficile de prouver que la théorie du dépérissement n'a pas été la boussole de ce régime.

B. Le statut du dépérissement de l'État dans le discours de légitimation de Staline

Staline ne fut pas un grand théoricien (on raconte d'ailleurs qu'il rencontre Boukharine pour la première fois afin de se faire aider dans la rédaction d'un article), c'est pourquoi chercher dans ses écrits une innovation théorique n'a que peu d'intérêt. Mais le destin du dépérissement de l'État dans son œuvre est significatif des usages qui en seront faits pour légitimer le régime soviétique en dépit de la contradiction manifeste entre la construction de son État et la théorie qui préside à la Révolution d'Octobre.

Lorsqu'en 1924 Staline prononce une conférence sur le thème des *Principes du léninisme*, il cite encore abondamment *L'État et la révolution*, défendant l'idée selon laquelle le pouvoir d'État que connaît l'URSS a été érigé sur les ruines de l'État bourgeois, qu'il s'agit d'une forme nouvelle. Il se place dans une certaine orthodoxie, adoptant la seule interprétation de la réhabilitation du dépérissement de l'État qui est compatible avec la situation soviétique de l'époque. Il écrit alors que

> L'État est, aux mains de la classe dominante, une machine destinée à écraser la résistance de ses adversaires de classe. Sous ce rapport, la dictature du prolétariat ne se distingue en rien, quant au fond, de la dictature de toute autre classe, puisque l'État prolétarien est une machine servant à écraser la bourgeoisie. Mais il y a là une différence essentielle. C'est que tous les États de classe ayant existé jusqu'à présent étaient une dictature de la minorité exploiteuse sur la majorité

[42] *Ibid.*

> exploitée, tandis que la dictature du prolétariat est la dictature de la majorité exploitée sur la minorité exploiteuse[43].

Les formules sont identiques à celles de Lénine, avec une légère innovation puisque Staline mentionne également les soviets, absents dans *L'État et la révolution*. « L'essence du pouvoir des Soviets, c'est que les organisations de masse – les plus vastes et les plus révolutionnaires – de ces classes […] forment maintenant la "base permanente et unique de tout le pouvoir d'État, de tout l'appareil d'État"[44] ». Opinion discordante avec la réalité des faits dans un pays qui a vu renaître armée professionnelle et police politique. De plus, si les soviets sont placés à la base de l'État, ce dernier étant, selon Staline, appuyé sur eux, c'est bien au parti communiste que revient le rôle de diriger l'État. Or ce parti n'est pas contrôlé par les soviets, produisant une forme de centralisme démocratique sans la démocratie. Le recours aux soviets a ici essentiellement un rôle de légitimation proprement idéologique du pouvoir de l'État, sans qu'un mot soit dit de la bureaucratie qui se développe alors. Staline renchérit en affirmant que

> seule la forme soviétique de l'État, faisant participer d'une manière permanente et absolue les organisations de masse des travailleurs et des exploités au gouvernement de l'État, est capable de préparer ce dépérissement de l'État, dépérissement qui est un des éléments essentiels de la future société sans État, de la société communiste[45].

Moshe Lewin nous apprend pourtant que « sous Lénine le véritable appareil du pouvoir au sein du parti était partage entre le Sovnarkom (Conseil des commissaires) et les soviets locaux. Mais la guerre civile disloqua ces derniers[46] ». À supposer que les soviets aient donc eu un rôle important dans la direction du parti, ce n'était plus le cas en 1924, leur emploi a donc ici une fonction proprement idéologique, un discours masquant la réalité. Faire la comparaison avec les textes de Lénine postérieurs à *L'État et la révolution* et avec ceux de Trotski est éclairant : ces derniers continuent à mentionner le dépérissement de l'État mais assument son renforcement temporaire ; que ce soit sur le mode du capitalisme d'État ou de la terreur. Au contraire Staline avance que ce dépérissement est déjà en marche malgré les preuves du contraire.

Georges Labica retrace l'évolution à partir de 1924, insistant sur une progression dans la radicalité du discours. En 1926, Staline « s'élève "contre ceux qui confondent la dictature du prolétariat avec le pouvoir de tout le peuple". Le parti communiste est le seul dirigeant de l'État, "qui ne partage et ne peut partager la direction avec d'autres partis"[47] ». La place des soviets n'est plus la même que celle de son

---

[43] Les « Principes du léninisme » sont des conférences prononcées à l'université Sverdlov de Moscou, publiées dans la *Pravda* en avril et juin 1924. Nous nous référons à la version disponible en ligne reproduisant J. Staline, « Principes du léninisme » (1924), in J. Staline, *Œuvres choisie*, Tirana, 8 Nëntori, 1980, p. 17-104 : J. Staline, « Principes du léninisme » (1924), *Marxists Internet Archives*, [https://www.marxists.org/francais/general/staline/works/1924/staline_principes.htm] (consulté le 9 décembre 2020).

[44] *Ibid.*

[45] *Ibid.*

[46] M. Lewin, *La formation du système soviétique*, Paris, Gallimard, 1987, p. 35.

[47] G. Labica, *Le marxisme-léninisme. Éléments pour une critique*, Paris, Éd. B. Huisman, 1984. Nous nous référons à sa retranscription disponible en ligne sur les *Marxists Internet Archives* [https://www.marxists.org/francais/labica/index.htm] (p. 36).

discours de 1924 : il est établi que « les masses », ce n'est pas « le peuple tout entier », mais bien plutôt un fétiche à la fonction légitimatrice.

Dans le rapport politique du Comité central au XVI[e] Congrès du Parti communiste de l'URSS, Staline déclare :

> Nous sommes pour le dépérissement de l'État. Et dans le même temps, nous sommes partisans du renforcement de la dictature du prolétariat, qui est le pouvoir le plus puissant et le plus vigoureux de tous les pouvoirs d'État ayant existé jusqu'à ce jour. Le développement suprême du pouvoir d'État, en vue de préparer les conditions pour le dépérissement du pouvoir d'État, telle est la formule marxiste[48].

Staline assume alors la contradiction entre ces deux termes du raisonnement, tout en la considérant parfaitement normale dans le cadre du matérialisme dialectique (ou plutôt du « *Diamat* » et de son fétichisme de la contradiction). Il sera reproché à Staline, du bout des lèvres, d'avoir oublié l'importance de *l'État et la révolution :* en effet, de tels développement sont parfaitement contraires à la thèse du « demi-État ». Staline compare d'ailleurs l'État soviétique à « tous les États ayant existé à ce jour », explicitant que la différence du premier n'est fonction que de sa puissance tentaculaire. La rhétorique est proche de celle de Trotski, mais s'ancre encore une fois dans un discours présentant le dépérissement comme imminent, prétendant que ses conditions de possibilité sont en cours de formation (et reconnaissant donc que cet État pourrait ne pas s'éteindre, contrairement aux propos de Lénine sur la « programmation » du dépérissement qui devait faire partie des premières tâches de la révolution). Un dernier argument défend le renforcement de l'État, exposé dans le Rapport du Comité central au XVIII[e] Congrès du PCUS (Parti communiste de l'Union soviétique) en 1939. Défendant la thèse exprimée par Engels dans *L'Antidühring*, Staline dit à son sujet :

> elle est juste, mais à une des deux conditions suivantes : a) si l'on étudie l'État socialiste uniquement du point de vue du développement intérieur du pays, en faisant abstraction à l'avance du facteur international et en considérant le pays et l'État, pour la commodité de l'analyse, en dehors de la conjoncture internationale, ou b) si l'on suppose que le socialisme a déjà triomphé dans tous les pays, ou dans la plupart des pays; qu'au lieu de l'encerclement capitaliste existe l'encerclement socialiste ; qu'il n'y a plus de menace d'agression du dehors ; qu'il n'est plus besoin de renforcer l'armée et l'État[49].

La thèse du « socialisme dans un seul pays » est donc utilisée pour justifier le maintien et le renforcement de pouvoirs régaliens. Sachant que cette thèse est un des apports de Staline et une des raisons principales du désaccord entre trotskistes et marxistes-léninistes, la boucle est bouclée : la perspective du dépérissement de l'État est abandonnée, mais Staline feint de la maintenir dans son programme. Il parvient ainsi à sauvegarder les apparences de l'orthodoxie, tout en empêchant sa réalisation concrète puisque la disparition de l'État soviétique est conditionnée à la disparition de tous les autres États. Citons Georges Labica pour conclure ce passage rapide sur la production idéologique stalinienne : « La naïveté n'a point de part ici.

---

[48] J. Staline, *Rapport politique du Comité central au XVI[e] Congrès du PCUS*, Moscou, Éd. en langues étrangères, 1930, cité par M. Lesage, *Le droit soviétique*, Paris, PUF, 1975, p. 14.

[49] Ce *Rapport* a été publié en français comme J. Staline, *Sur la voie du communisme*, Paris, Bureau d'Édition, 1939, 59 p. Nour nous référons ici, à la p. 54 de la version en ligne disponible sur les *Marxists Internet Archives* [https://materialisme-dialectique.com/pdf/MELSM2/Staline-Rapport-sur-l-activite-du-Comite-Central-presente-au-18e-congres-du-PCUSb.pdf].

Au contraire, l'énormité de la révision exige qu'elle soit parfaitement dissimulée et enfouie sous les justifications de circonstances[50] ». De plus, « la révision […] de la thèse du dépérissement de l'État avait eu pour conséquence de frapper d'interdit la thèse concomitante du dépérissement du droit durant la période de transition[51] ». La théorie officielle du droit sous l'époque stalinienne sera celle de Vichinsky, qui défend une conception volontariste du droit et « considère comme contre-révolutionnaire toute critique de la notion de droit socialiste[52] ». La théorie du dépérissement du droit était, elle, défendue par Evgeny Pašukanis, juriste letton dont l'ouvrage *La théorie générale du droit et le marxisme* proposait une conception du droit bien différente qui lui valut d'être exécuté en 1937.

C. Dépérissement de l'État et dépérissement du droit dans la pensée de Pašukanis

Pašukanis possède un statut particulier dans la théorie marxiste du droit. Ainsi dans sa postface à la réédition de la traduction française de *La théorie générale du droit et le marxisme,* Léon Loiseau nous dit que cet ouvrage

> constitue, de l'avis de tous les commentateurs, favorables ou hostiles à ses thèses, le travail le plus significatif, sinon le seul, produit par un théoricien soviétique sur les questions juridiques. Et, même, le premier travail d'importance sur cette question dans toute la tradition marxiste, soviétique comme occidentale. Mais on laisse entendre parfois qu'il s'agirait aussi… du dernier[53].

En effet, le droit en tant que tel est resté un angle mort de la plupart des théories marxistes. Pašukanis n'est pas le seul et compte quelques illustres prédécesseurs, notamment Pēteris Stučka. Mais « à la différence de Marx et Pašukanis, ce n'est pas la forme du droit que Stučka critique. Au contraire, il la préserve, par-delà le communisme de guerre[54] ». L'originalité de la *Théorie générale* réside dans sa critique de la forme juridique en elle-même, et pas uniquement la critique de son contenu. Pašukanis défend la thèse du dépérissement intégral du droit, et surtout du non-remplacement des formes juridiques bourgeoises par des formes juridiques prolétariennes. Sa théorie implique donc de considérer que les tentatives de créer un ordre juridique prolétarien ne peuvent aboutir qu'à la reproduction des catégories bourgeoises. Ainsi à « l'horizon borné du droit bourgeois », dont parle Marx dans la *Critique du programme de Gotha,* il ne faut pas substituer un horizon élargi du droit prolétarien. La forme juridique est appelée à dépérir.

Pašukanis interprète la forme juridique comme étant le résultat d'un processus historico-génétique de production du rapport capitaliste. Le droit, dans son existence contemporaine, est le reflet du fétichisme de la marchandise :

> une société qui est *contrainte* par l'état des forces productives de maintenir un rapport équivalent entre la dépense de travail et la rémunération sous une forme

---

[50] G. Labica, *Le marxisme-léninisme*, *op. cit.*, p. 38.

[51] *Ibid.*, p. 40.

[52] Y. Douet, « Le problème du dépérissement du droit chez Marx et Engels », *Droit & Philosophie, vol. 10, Marx et le droit, 2019, p. 45.*

[53] L. Loiseau, « Penser la réalité du droit avec E.B. Pašukanis », in E. Pashukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-M. Brohm, Toulouse, Éd. de l'Asymétrie, 2018, p. 212.

[54] F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, puf, 1996, p. 174.

> qui rappelle, même de loin, l'échange de valeurs-marchandises sera contrainte de maintenir également la forme juridique[55].

Le rapport juridique est donc considéré ici comme un corollaire de la base économique, et doit donc nécessairement dépérir avec elle. Il n'y a pas de primauté logique ou génétique dans la production des catégories juridiques :

> Si l'analyse de la forme marchande découvre par conséquent le sens historique concret de la catégorie du sujet et met à nu les fondements des schémas abstraits de l'idéologie juridique, le processus d'évolution historique de l'économie marchande-monétaire et marchande-capitaliste va de pair avec la réalisation de ces schémas sous la forme de la superstructure juridique concrète. Dès que les rapports humains sont construits comme des rapports entre sujets surgissent les conditions pour le développement d'une superstructure juridique, avec ses lois formelles, ses tribunaux, ses procès, ses avocats, etc[56]…

On trouve ici un des apports les plus considérables de Pašukanis, en rupture avec les théories juridiques marxistes de ses prédécesseurs : si le droit est en effet fondé sur les rapports économiques, il possède un caractère déterminant, « le principe de la subjectivité juridique […] est aussi un principe réellement agissant[57] », et « pas seulement un moyen de tromperie et un produit de l'hypocrisie bourgeoise[58] ». Il exprime clairement la conséquence de cette thèse dès l'introduction de son ouvrage :

> Le dépérissement de certaines catégories (de certaines catégories précisément et non pas de telles ou telles prescriptions) du droit bourgeois ne signifie en aucun cas leur remplacement par les nouvelles catégories du droit prolétarien. De même le dépérissement des catégories de la Valeur, du Capital, du Profit, etc. dans la période de transition vers le socialisme évolué ne signifie pas l'apparition de nouvelles catégories prolétariennes de la Valeur, du Capital, etc.
> Le dépérissement des catégories du droit bourgeois signifiera dans ces conditions le dépérissement du droit en général, c'est-à-dire la disparition du moment juridique des rapports humains[59].

Selon ce cadre théorique, la période de transition doit avoir comme conséquence pour la jeune URSS la disparition *progressive* de toutes les catégories juridiques et des formes d'expression juridique, concomitamment avec le dépérissement de l'État. Pašukanis se place certes dans le cadre théorique de Lénine et ne considère pas que ce dépérissement doit être immédiat. Toutefois ce cadre de justification de l'existence du droit et de l'État ne peut pas être mis en conformité avec les thèses staliniennes selon lesquelles la superstructure doit être maintenue en raison notamment de la menace militaire : il n'est pas nécessaire, pour assurer la sécurité nationale, de produire de nouvelles normes de droit. Un « droit prolétarien » est, dans cette optique, un non-sens. Leçon difficile à entendre pour un État qui en 1936 se targuera d'avoir la « Constitution la plus démocratique du monde » : selon Pašukanis, peu importe la profondeur du caractère démocratique de ce texte, il n'est que l'expression des catégories juridiques bourgeoises, dont le contenu a certes changé, mais leur persistance doit conduire à la conclusion qu'un tel régime ne fait

---

[55] E. Pašukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit*, p. 57.

[56] *Ibid.*, p. 31.

[57] *Ibid.*

[58] *Ibid.*, p. 30-31.

[59] *Ibid.*, p. 54.

en définitive que bricoler à l'intérieur des catégories héritées de l'ancien ordre des choses. Mais en 1936 Pašukanis était déjà sur le point d'être écarté. Sa réhabilitation posthume en 1956 n'a pas pour conséquence la redécouverte de sa théorie puisque la constitution soviétique de 1977 affirme que « les buts de la dictature du prolétariat ayant été atteints, l'État soviétique est devenu l'État du peuple tout entier ».

À propos de l'État, Pašukanis ne se contente pas de l'orthodoxie selon laquelle il serait « avantageux pour la classe dominante d'ériger un écran idéologique et de cacher sa domination de classe derrière le paravent de l'État[60] ». L'État n'est pas une production consciente de la classe dominante, il est nécessaire pour le développement des rapports de production capitalistes. Ce qui est en revanche une production consciente de la classe dominante, c'est ce que Pašukanis désigne sous le terme « d'interprétation juridique », de « théorie juridique » de l'État.

> L'interprétation juridique, c'est-à-dire rationnelle, du phénomène du pouvoir ne devient possible qu'avec le développement de l'économie monétaire et du commerce. Seules ces formes économiques engendrent l'opposition entre la vie publique et la vie privée qui revêt avec le temps un caractère « éternel » et « naturel » et qui constitue le fondement de toute théorie juridique du pouvoir[61].

Pašukanis affirme ainsi « *l'extériorité de l'État par rapport à la forme juridique*[62] ». L'État n'est donc pas créateur du droit, toute théorie le prétendant n'est selon lui qu'idéologie. Au contraire, le droit n'est pas, comme l'État, un rapport dérivé, mais est partie inhérente du rapport principal qu'est le rapport économique. Et en tant qu'il est un aspect de ce rapport, il disparaît avec lui : la disparition des rapports de production capitalistes sous une société communiste doit donc s'accompagner du dépérissement du droit, et doit intervenir dans le même temps. Pašukanis est ici dans la droite continuité des analyses de Marx concernant le droit dans la *Critique du programme de Gotha*, texte dans lequel il considère à propos du droit égal que « comme tout droit, c'est dans son contenu un droit de l'inégalité[63] ». En effet, le rapport juridique contient un principe d'équivalence, nécessaire pour la formation du rapport d'échange capitaliste. L'application de ce rapport juridique au contrat salarial produit une inégalité sous la forme d'une rémunération ne prenant pas en compte les besoins de la personne. De manière générale, l'inégalité (conçue comme différence – « ce ne seraient pas des individus différents s'ils n'étaient pas inégaux[64] ») que recèle la forme juridique révèle « l'antagonisme des intérêts privés » qui est « une des prémisses fondamentales de la réglementation juridique[65] ». La théorie du droit de Marx est limitée, mais – telle qu'elle est reçue par Pašukanis – elle contient tout de même ce principe d'analyse premier selon lequel le contenu du droit est déterminé par sa forme : le simple changement de contenu ne peut donc pas mettre fin aux conséquences inégalitaires de la forme.

Suite à la disparition de la forme salariale, et des catégories de l'économie politique en général, le droit *dépérit*, c'est le terme précis employé par Pašukanis. Pour-

---

[60] *Ibid.*, p. 151.

[61] *Ibid.*, p 147-148.

[62] A. Artous, *Marx, l'État et la politique*, *op. cit.*, p. 139.

[63] K. Marx, *Critique du programme de Gotha*, *op. cit.*, p. 59.

[64] *Ibid.*, p. 59.

[65] E. Pashukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*, p. 80.

tant, malgré l'identité terminologique, le dépérissement du droit et le dépérissement de l'État ne sont pas des phénomènes identiques. Nous avons vu que dans sa théorie de l'État Pašukanis refuse de considérer qu'il y ait identité entre le droit et l'État. Dans sa première préface, il renvoie d'ailleurs à *L'État et la révolution*, affirmant que le travail de la théorie de l'État est accompli, ou du moins qu'il a une base solide, ce qui n'est pas le cas de la théorie générale du droit. Cette dernière ne peut se contenter d'analyser le droit comme un simple rapport de coercition, reproche adressé notamment à Boukharine. Pašukanis annonce la disparition « de certaines catégories précisément et non pas de telles ou telles prescriptions[66] », car c'est la catégorie qui fait la spécificité du mode de production capitaliste. Il reproche ainsi à Karl Renner de définir le concept de droit comme « impératif adressé à l'individu par la société[67] ». Cette optique n'est pour lui pas suffisante puisqu'elle trouve à s'appliquer à toute époque (un tel concept appréhenderait d'ailleurs la fameuse formule « de chacun selon ses capacités à chacun selon ses besoins » comme étant une règle de droit). Le dépérissement de l'État est appréhendé sous la forme proprement léniniste, « l'État bourgeois sans bourgeoisie » et « le droit bourgeois sans bourgeoisie » persistent dans un même mouvement sans pour autant être deux faces du même phénomène. On a d'ailleurs pu faire à Pašukanis le reproche d'évacuer la notion de coercition de ses analyses, pour se concentrer uniquement, dans son analyse du droit, sur les questions de catégories, laissant à l'État le monopole théorique de la violence de classe. Il n'y a donc pas d'identité entre les deux dépérissements, mais ils sont tout de même liés, Pašukanis précisant que « Marx ne mentionne pas la nécessité d'un pouvoir d'État qui assure par sa contrainte la réalisation de ces normes du droit "inégal" […] mais cela va évidemment de soi[68] », clarifiant ainsi la liaison matérielle entre droit et État.

L'application du schéma de la *Théorie générale* à la situation de l'URSS pose un problème conséquent : Pašukanis écrit son ouvrage au moment où la NEP bat son plein, et justifie le maintien du droit bourgeois par la situation concurrentielle dans laquelle se trouvent les entreprises. Le marché existe encore comme catégorie économique, et l'antagonisme des intérêts n'est pas éliminé. Mais cette situation ne dure pas, et la planification intégrale de l'économie commence dès 1928 avec le premier plan quinquennal. Or l'optique de Pašukanis prévoit la disparition totale du droit dans une économie planifiée, conséquence de la disparition de l'antagonisme des intérêts que ce dispositif économique est censé produire. Maintenir cette théorie contre l'apparence d'une société unifiée dans un but commun implique de se poser la question du maintien de divergences d'intérêts, donc de contradictions de classes, au cœur même de la société soviétique. C'est l'hypothèse que défendra Trotski pour expliquer la « dégénérescence » de l'État ouvrier.

*
**

La théorie du dépérissement de l'État ne disparaît pas avec la constitution du régime stalinien : elle servira de repère aux critiques de la gauche communiste, et

[66] *Ibid.*, p. 54.

[67] *Ibid.*, p. 48.

[68] *Ibid.*, p. 56.

ce jusqu'à nos jours. Mais son destin malheureux ne connaîtra pas de véritable réhabilitation puisque la plupart des grands régimes se revendiquant du communisme marxiste se rangeront à une conception marxiste-léniniste de l'État. Ainsi la République Populaire de Chine, à l'exception de l'épisode de la révolution culturelle – qui illustre d'autres difficultés du rapport à l'État et à la résorption de la scission entre la société civile et lui – et l'ensemble des démocraties populaires et régimes satellites. Trotski reviendra de ses positions extrêmement autoritaires lorsque, depuis son exil, il entreprendra d'expliquer la « dégénérescence de la théorie », pour expliquer que la dérive du régime soviétique était essentiellement la conséquence d'une inadaptation de l'action politique des bolcheviks aux circonstances matérielles de la Russie. Mais sa critique accuse également Staline d'avoir délibérément mis le processus en échec. L'indétermination de l'importance respective des différents facteurs demeure, illustrant la difficulté que contient le rapport des mouvements communistes avec la théorie qu'ils se donnent, notamment lorsque vient le moment de se confronter à la puissance de l'État et à la configuration matérielle que suppose cette dernière.

Baptiste Bianchi

Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Olivier Jouanjan

Dialectique de la concrétude

Doctrine juridique et constitutionnelle en République démocratique allemande*

La présente contribution s'inscrit dans une recherche plus large consacrée à l'analyse des discours des juristes allemands aux XIX^e^ et XX^e^ siècles[1]. Le concept de droit ou, plus précisément, de discours juridique « totalitaire » établit un certain lien entre l'étude consacrée au discours juridique nazi et cette étude qui s'intéresse au discours juridique en Allemagne de l'Est. Ce lien, toutefois, ne saurait masquer des différences profondes. On ne vise pas ici les différences *substantielles* qui opposent à l'évidence discours nazi et discours marxiste-léniniste. On vise, dans une démarche qui n'oublie pas les leçons de George Orwell, bien davantage la *grammaire*, la syntaxe et la sémantique de ces discours ainsi, par ailleurs que leurs conditions (politico-sociales) d'énonciation.

De ce dernier point de vue, une différence déterminante entre discours juridiques nazis et discours juridiques du marxisme allemand s'explique par le fait que, à la différence des idéologues nationaux-socialistes, les juristes communistes disposaient d'un véritable appareil philosophico-théorique complètement structuré, qu'il convenait d'interpréter *sans le transformer*, à savoir l'œuvre de Marx et Engels. Bien sûr ce corpus était complété et orienté par les écrits de Lénine – la doctrine officielle de la RDA, comme de l'URSS et de l'ensemble de ses pays satellites, était le marxisme-*léninisme* – et, durant les toutes premières années de l'Allemagne orientale, par ceux aussi de Staline, Lénine et Staline ayant à ce moment en quelque sorte rang d'interprètes *authentiques* de la pensée de Marx et Engels. Le carcan théorico-idéologique était donc puissamment structuré et les discours ne pouvaient se mouvoir que dans un espace très étroit. Les nazis, eux, n'avaient pour source primaire et authentique que le texte indigeste et indigent de *Mein Kampf*. Cela fait une grande différence dans les conditions-mêmes de la construction des discours juridiques.

---

* Ce texte a été préparé lors d'un séjour au *Käte Hamburger Kolleg* (*Center for Advanced Study*) de l'Université de Bonn en avril 2019, complété par un séjour à l'Université de Münster en juin de la même année. Je remercie vivement mes collègues et amis, les professeurs Mathias Schmoeckel (Bonn) et Oliver Lepsius (Münster), ainsi que leurs assistants, qui m'ont grandement facilité l'accès aux ressources des bibliothèques et aidé à rassembler la documentation originale nécessaire, spécialement l'accès à la revue officielle *Staat und Recht* qui, à ma connaissance, n'est pas disponible en France.

[1] O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique allemande (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005 ; *Id.*, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF 2017.

Qui veut découvrir ce pays des doctrines socialistes est-allemandes, doit consulter plusieurs *Reiseführer*, plusieurs guides de voyage. On pourra oublier les ouvrages de Robert Charvin qui déclarait, en 1985 encore, que la RDA appartenait désormais au petit cercle des dix plus grandes puissances industrielles du monde[2]. On peut préférer d'autres travaux, ceux de Georg Brunner[3], de Michael Stolleis[4], de Jan Schröder[5] ou encore le fort volume des travaux de la commission d'enquête « Histoire et suites de la dictature du SED en Allemagne », établie par le Bundestag durant sa 12e législature (1990–1994), consacré au droit, à la justice et la police[6]. Il convient cependant de mentionner spécialement le petit livre paru en 1968, d'Ernst-Wolfgang Böckenförde, *La conception du droit dans l'État communiste*[7]. Tout l'intérêt de ce livre tient en ceci que son auteur ne projette pas un regard extérieur d'historien sur les discours juridiques de RDA, non seulement parce que, au moment où il écrit – vers la fin de l'ère Ulbricht – ces discours sont toujours actuels et vivants, mais surtout parce qu'il adopte une sorte de point de vue interne, théorique, s'abstenant d'un jugement de valeur trop rapide, pour chercher avant tout la cohérence d'ensemble qui anime cette conception communiste du droit.

Il faut aussi remonter aux sources. On s'est ici d'abord concentré, mais sans exclusive absolue, sur la première décennie de la RDA, entre 1949 et 1959, c'est-à-dire la première moitié de l'« ère Ulbricht » environ. Ce moment est important, parce qu'il s'y agit de mettre en place les structures de contrôle de la production du droit et de la science du droit, de fixer la doctrine et de mettre au pas les professions juridiques ainsi que l'enseignement de la science du droit. Le tout se joue sur fond d'événements politiques majeurs qui vont d'ailleurs, par deux fois, mettre en danger le règne d'Ulbricht : le soulèvement du 17 juin 1953 en RDA, puis le « rapport secret » de Khrouchtchev au XXe congrès du PC d'URSS le 26 février 1954 qui fut suivi des crises polonaise et hongroise de l'automne 1956. Ces événements ne sont pas sans conséquences directes sur le monde juridique allemand : celui-ci sera étroitement surveillé et contrôlé jusqu'à l'« événement traumatique », pour les juristes, de la conférence de Babelsberg des 2 et 3 avril 1958 (I).

Le second moment de l'exposé sera consacré plus précisément à la « doctrine » du droit constitutionnel, du *Staatsrecht* de la RDA. Cette doctrine fut officielle et contrôlée – plus que sous le nazisme – et idéologique – comme sous le nazisme : il

---

[2] R. CHARVIN, *Les États socialistes européens*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1985, p. 392. On consultera également, du même auteur : *La RDA*, Paris, LGDJ, 1973. Peu d'auteurs français, effectivement, ont comme Robert Charvin, *scientifiquement* pris au sérieux les sources *officielles* de RDA, notamment les discours d'Erich Honecker. C'est, rétrospectivement, assez *touchant*.

[3] G. BRUNNER, *Einführung in das Recht der DDR*, Munich, C.H. Beck, 1975 (cité : *Einführung*) : il s'agit du seul manuel ouest-allemand consacré au droit est-allemand.

[4] M. STOLLEIS, *Sozialistische Gesetzlichkeit*, Munich, C.H. Beck, 2009 (cité dorénavant : *SG*) ; *Id.*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 4, Munich, C.H. Beck, 2012 (cité dorénavant : *GöRD 4*). Une large partie des passages consacrés à la RDA dans ce livre reprennent les développements de *SG*.

[5] J. SCHRÖDER, *Rechtswissenschaft in Diktaturen. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR*, Munich, C.H. Beck, 2016.

[6] *Enquete-Kommission „Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland"*, t. 4, *Recht, Justiz, Polizei*, Frankfurt/Main, Baden-Baden, Suhrkamp, Nomos, 1995 (dorénavant : *Enquete-Kommission 4*).

[7] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Rechtsauffasung im kommunistischen Staat*, 2e éd., Munich, Kösel, 1967 (dorénavant : *RkS*).

fallait établir une « doctrine marxiste-léniniste » et donc, d'un point de vue interne, strictement « scientifique » du droit constitutionnel. Celle-ci, cependant, fut difficile à réunir en un seul ouvrage, en un manuel. En 1963, on appelait déjà à « créer les conditions nécessaires à un "Traité de droit constitutionnel de la RDA"[8] ». Si un commentaire de la Constitution de 1968 avait été publié en 1969, sous la responsabilité immédiate du directeur de la division « Questions politiques et juridiques » (*Abteilung Staats- und Rechtsfragen*) du Comité central du SED, Klaus Sorgenicht[9], *le* manuel ne parut quant à lui qu'en 1977 (sous l'ère Honecker), sous l'égide de l'Académie de la science politique et juridique de RDA[10], rédigé par un « collectif d'auteurs[11] ». On consacrera le second moment de cette contribution, beaucoup plus bref, à deux questions constitutionnelles, celle de l'interprétation « des droits fondamentaux » d'une part, celle du sens que pouvait donner une doctrine idéologiquement disciplinée à un processus électoral qui nous apparaît particulièrement ubuesque d'autre part. L'analyse s'appuiera plus particulièrement, sinon exclusivement, sur le texte du *Traité de droit constitutionnel*, dans sa seconde édition de 1984, puisque celui-ci est le compendium officiel de la science constitutionnelle marxiste-léniniste de RDA (II).

I. À Babelsberg, on parle une seule langue et d'une seule voix : le droit selon Monsieur Ulbricht

Babelsberg : le mont Babel, donc. Cœur névralgique de la « science » est-allemande du droit, mais aussi tour de contrôle idéologique de l'enseignement, de l'édition et des professions juridiques. Cette tour de contrôle babélienne portait un nom dans lequel on avait d'ailleurs inséré un nom *propre* : l'« Académie allemande pour la science politique et juridique "Walter Ulbricht" » (*Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht"*)[12]. Il faut conserver le singulier utilisé en allemand : « *la* science politique et juridique », parce que cette nouvelle science, solidement établie sur les fondements du marxisme-léninisme, n'admettait aucune différence ni séparation entre la science politique, elle-même unifiée dans et par le marxisme-léninisme, et la science juridique.

Comme sous le Troisième Reich, la science juridique était tenue pour une science de part en part *politique* : dans le livre qu'il consacre à l'essence du droit

---

[8] W. Büchner-Uhder, R. Hieblinger et W. Menzel, « Voraussetzungen für ein „Lehrbuch des Staatsrechts der Deutschen Demokratischen Republik" schaffen ! », *Staat und Recht* (dorénavant : *StuR*), 1963, p. 283 *sqq.*

[9] K. Sorgenicht *et al.*, *Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik : Dokumente, Kommentar*, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1969. Sorgenicht exerça ses fonctions jusqu'à la chute du régime. Il fut en outre membre de la Volkskammer de 1958 à 1990 et du Conseil d'État de 1963 à 1990. Dans l'exercice de sa fonction auprès du Comité central, il disposait d'un droit de proposition quant aux sanctions à appliquer lors de procès politiquement sensibles et n'hésitait guère à réclamer la peine de mort. Il fut l'un des « garants pour la perpétuation de la pensée juridique stalinienne en RDA » : M. Stolleis, *GöRD* 4, p. 294, note 423. Sorgenicht : on pourrait traduire par « Sanssouci ».

[10] Sur cette institution, voir ci-dessous.

[11] *Staatsrecht der DDR*, 2e éd., Berlin, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1984 (dorénavant : *StR DDR*).

[12] Sur cette Académie, voir la thèse d'Ulrich Bernhardt, *Die Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht" 1948-1971*, Frankfurt/Main, Peter Lang, 1997.

d'après le marxisme-léninisme et qu'on commentera plus bas, Hermann Klenner écrivait clairement : « Le droit est une catégorie subordonnée à celle de la politique[13] ». Georg Brunner, qui cite aussi cette formule, en rappelle une autre, qu'il tire d'une contribution publiée en 1973 dans la revue *Staat und Recht* : « Le droit socialiste est un moyen pour la réalisation de la politique du parti marxiste-léniniste, il ne se situe pas à côté et moins encore au-dessus de la politique[14] ». Non seulement le droit est saisi par la politique, mais celle-ci est évidemment fixée et complètement déterminée par le parti marxiste-léniniste au pouvoir, ce qui n'a bien sûr rien pour étonner, mais qui a le mérite d'être ici affirmé sans ambages.

A. Monsieur Ulbricht, une carrière au service du stalinisme

Walter Ulbricht (1893–1973)[15] n'occupa certes, de 1945 à 1950, officiellement, que des fonctions de suppléance : il fut d'abord désigné vice-président du *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands* (SED : Parti socialiste unifié d'Allemagne) lors du congrès de l'unification forcée du SPD avec le KPD (21-22 avril 1946) qui organisa une présidence commune du nouveau parti confiée à Wilhelm Pieck (KPD) et Otto Grotewohl (SPD) ; en 1949, Ulbricht fut élevé au rang de vice-président du Conseil des ministres, présidé par Grotewohl. Mais, de fait, il était déjà l'homme-clé du système : il avait établi très tôt ses réseaux, puisqu'il avait dirigé le principal des groupes de militants communistes allemands (*Gruppe Ulbricht*) préparés par Moscou et rapatriés en Allemagne dès la fin de la guerre pour refonder le KPD, ce qui lui offrait une place de choix dans le nouveau système. C'est d'ailleurs dans l'accomplissement de cette mission qu'Ulbricht fut le principal organisateur de la création du SED. Son élection au poste de Secrétaire général du SED (rebaptisé : « Premier secrétaire » en 1953) lors du Troisième congrès du Parti en 1950, officialisait sa position réelle dans l'appareil. Le 7 septembre 1960 mourait Wilhelm Pieck, président de la RDA depuis 1949, et une loi modifiait aussitôt la Constitution du 7 octobre 1949 en substituant à son titre V intitulé « Président de la République » (art. 101 à 108), un nouveau texte désormais intitulé « Conseil d'État de la République » (loi du 12 septembre 1960 « über die Bildung des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik ») : la fonction de chef de l'État devenait ainsi directoriale. Ulbricht en devint le président et le système directorial était aussitôt transformé en système dictatorial. Officiellement, le Conseil d'État était présenté comme un « organe de la Chambre du Peuple[16] », sans que l'on en découvre quelque conséquence de droit – il n'y a aucune théorie juridique de l'organe – si ce n'est, tout au plus, que, à ce titre, les décrets du Conseil d'État (*Staatsratserlasse*) avaient rang de loi[17].

L'« ère Ulbricht » fut la période indépassablement *stalinienne* de la RDA : Ulbricht fut politiquement *éduqué* en URSS pendant la guerre et il ne put jamais se départir de son modèle stalinien, même après le XX^e^ Congrès du PC de l'URSS.

---

[13] H. KLENNER, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*, 2^e^ éd., Berlin, VEB Deutscher Zentralverlag, 1955, p. 66.

[14] Cité par G. BRUNNER, *Einführung*, p. 1.

[15] M. FRANK, *Walter Ulbricht : Eine deutsche Biographie*, Berlin, Taschenbuch Verlag, 2003.

[16] *StR DDR*, p. 294.

[17] R. SCHRÖDER, M. BEDAU, C. DOSTAL, v° Deutsche Demokratische Republik, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. 1, 2^e^ éd., Berlin, Erich Schmidt, 2008, col. 958.

Comme on l'expliquera plus bas, son problème fut de surmonter la déstalinisation afin de « restaliniser » le régime dès 1957.

À partir de là, les ennemis internes ayant été soigneusement écartés, il gouverna le pays d'une main de fer, jusqu'à ce qu'il commence à porter sur les nerfs du nouveau maître du Kremlin, Leonid Brejnev qui présida aux destinées de l'URSS à partir de 1964. Ulbricht ne semble pas comprendre exactement – ou ne veut pas comprendre – le sens de la « doctrine Brejnev » de la « souveraineté limitée » formulée à Bratislava le 3 août 1968 et justifiant l'intervention immédiatement à venir en Tchécoslovaquie. Ulbricht se comporte comme un égal du potentat soviétique. Il reste attaché à la question nationale allemande et ne refuse pas absolument l'*Ostpolitik* de Willy Brandt à partir de la fin de l'année 1969 : or, Moscou impose la cohésion du bloc de l'Est comme une priorité indérogeable. C'est pourquoi Brejnev reporta sa confiance et ses espoirs sur l'homme qui manifestait tous les signes nécessaires d'allégeance et qui, de surcroît, souhaitait devenir Calife à la place du Calife, Erich Honecker. Le 28 juillet 1970, Brejnev donna, en personne, à Honecker son feu vert : il fallait liquider Ulbricht. Le 3 mai 1971, devant le Comité central du SED, Ulbricht annonça son retrait « pour raisons de santé ». En juin, le 8e Congrès du SED désigna Honecker premier secrétaire du Comité central du parti. On ne laissa à Ulbricht que des titres honorifiques jusqu'à sa mort le 1er août 1973.

B. L'Académie allemande pour la science politique et juridique « Walter Ulbricht »

L'Académie résultait en 1953 de la fusion l'Académie allemande pour l'administration (*Deutsche Verwaltungsakademie*) – créée en 1948, à laquelle avait été déjà ajouté le nom de « Walter Ulbricht » en 1950 et qui fut installée à Babelsberg en 1952 – et de l'École supérieure allemande pour la justice (*Deutsche Hochschule für Justiz*) dont l'origine remonte à 1951. Le 27 mars 1952 avait été créé, auprès du Ministère de la Justice, l'Institut allemand pour la science juridique (*Deutsches Institut für Rechtswissenschaft*) : ce dernier avait des liens personnels étroits avec l'Académie créée en 1953 et à laquelle il fut officiellement rattaché en 1959. L'Académie dans son ensemble était placée sous la tutelle directe du Service des affaires politiques et juridiques du Comité central du SED[18].

Cette réorganisation générale du système de mise au pas du monde juridique autour d'une Académie, qui, toutes choses égales d'ailleurs, rappelait l'*Akademie für Deutsches Recht* créée en 1933 et placée sous la direction du *Reichsrechtsführer* Hans Frank[19], cette réorganisation s'inscrivait dans le train des réformes consécutives à l'annonce de la nouvelle phase d'« édification du socialisme ».

Cette annonce avait été faite par Ulbricht en juillet 1952, à l'occasion du IIe Congrès du SED : après la phase « antifasciste » d'éradication du nazisme et de la « démocratisation » de la société s'ouvrait un nouveau chantier, celui de l'« édification du socialisme » (*Aufbau des Sozialismus*). L'« édification du socialisme » signifiait l'application aussi fidèle que possible, en RDA, du modèle soviétique stalinien. Le passage à cette nouvelle étape avait été accepté par Staline[20]. Mais dès après sa

[18] G. Brunner, *Einführung*, *op. cit.*, p. 3.

[19] O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF, 2017, p. 88 *sq.*

[20] D. Staritz, *Geschichte der DDR 1949-1990*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997, p. 96.

mort, survinrent de fortes tensions entre les dirigeants de la RDA et la très provisoire direction de l'URSS (Beria et Malenkov au premières places) qui avait décidé, à l'inverse, un « Nouveau cours ». Il semble que Béria ait même donné le feu vert aux ennemis intérieurs d'Ulbricht pour procéder à la destitution de ce dernier[21]. Début juin, Ulbricht, accompagné de Grotewohl et du secrétaire du Comité central du SED chargé de la propagande, Oelßner, se rend à Moscou où la petite délégation va recevoir les « conseils », très amicaux[22], de la nouvelle direction soviétique : celle-ci s'inquiétait des premiers signes de contestation que la politique économique brutale engagée sous le sceau de l'« édification du socialisme » commençait de produire en Allemagne, du fait de l'accélération de la collectivisation forcée dans le secteur agricole, de l'élévation des « normes » de la production industrielle qui signifiait, en réalité, une perte de revenu pour les cadres et ouvriers, ou encore de la focalisation sur l'industrie lourde au détriment de la production de biens de consommation. Il était amicalement conseillé par Moscou d'abandonner le programme de 1952 et de prendre exemple sur le « Nouveau cours » en URSS. Seule la chute rapide de Béria lui-même, dès la fin du mois de juin 1953, paraît avoir sauvé Ulbricht. La capacité de ce dernier à réprimer – brutalement – l'important soulèvement du 17 juin 1953 semble avoir convaincu Khrouchtchev qui entreprenait de reprendre en main le Kremlin en marginalisant rapidement Malenkov qui devra abandonner en septembre son poste de Premier secrétaire du PCUS. Pour le nouvel homme fort, il convenait avant tout de maintenir la continuité et la stabilité en Allemagne de l'Est plutôt que d'ouvrir la voie à une aventure incertaine[23] : le stalinien Ulbricht bénéficia donc de l'appui, à un moment décisif, du futur artisan de la déstalinisation. Il dut certes apporter quelques inflexions à son programme et adopta lui aussi un « Nouveau cours », spécialement en redonnant une certaine importance à la production de biens de consommation. Cependant, dès le début de l'année 1955, on en revint pratiquement au programme de 1952 et la production industrielle fut à nouveau soutenue au détriment de l'approvisionnement de la population en biens de consommation courante[24].

Les juristes devaient, à leur juste place, participer eux aussi pleinement à l'« édification du socialisme ». Et l'Académie « Walter Ulbricht », qui était *de facto* l'Académie *de* Walter Ulbricht, était là pour le leur rappeler : à Babelsberg, on devait parler une seule langue, le *hochstalinistisches Deutsch*, et même parler d'une seule voix. Après la chute d'Ulbricht, le très ulbrichtien Recteur de l'Académie, Rainer Arlt, fut remplacé en 1972 et, la même année, on rebaptisa l'Académie en « *Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft* » : le nom d'Ulbricht avait disparu et l'adjectif « allemande », supprimé. Celle-ci conserva toutefois ses fonctions essentielles d'orientation et de contrôle du discours juridique en RDA.

À aucun autre moment, l'Académie ne s'est acquittée de cette tâche avec plus de zèle et de brutalité qu'en ces journées des 2 et 3 avril 1958, lorsque, ouvrant une conférence qui réunissait plus de 500 juristes, fonctionnaires et membres du SED, Ulbricht vint à Babelsberg en personne pour expliquer officiellement ce qu'il en est du concept de « droit », des méthodes et des missions de la « science juridique

[21] Sur toute cette phase décisive : *ibid.*, p. 100-126.

[22] « Nos recommandations ne sont pas des ordres », crut devoir préciser Vladimir Semyonov, le conseiller politique de l'administration militaire soviétique en Allemagne de l'Est : *ibid.*, p. 114.

[23] *Ibid.*, p. 126.

[24] H. Weber, *DDR. Grundriß der Geschichte 1945-1990*, Hanovre, Fackelträger, 1991, p. 67.

marxiste-léniniste » : ce fut l'« événement traumatique de la science du droit en RDA[25] ». Cependant, cette conférence fut précédée d'une autre, en 1956, dont il convient de rappeler l'existence, même si les historiens allemands du droit n'évoquent généralement que celle de 1958. Or, la conférence de 1956 montre précisément comment les juristes de RDA, comme ceux d'URSS, se sont débrouillés pour résoudre – ou contourner – le problème fondamental d'un droit marxiste effectif : pour ce faire, la pensée du camarade Staline leur fut d'un précieux apport.

C. « Recherche de la base et du sommet » : le problème fondamental d'un droit « marxiste-léniniste » et stalinien

On détourne ici le pauvre René Char qui n'y peut mais. La raison en est que ce titre d'un recueil du poète dit assez précisément le problème fondamental d'un droit communiste si l'on veut bien traduire « sommet » par « superstructure » (*Überbau*) et « base » par… « base ».

Les juristes est-allemands disposaient d'une définition officielle du droit, celle qu'avait formulée Vychinski, et qui avait été revêtue du sceau très officiel de l'Institut de droit de l'Académie des sciences de l'URSS en 1938 :

> Le droit est l'ensemble des règles de conduite qui expriment la volonté de la classe dominante et sont fixées par voie législative, ainsi que les usages et règles de la vie communautaire sanctionnées par la puissance de l'État. L'application de ces règles est garantie par la puissance de contrainte de l'État en vue de sauvegarder, consolider et développer les rapports et les situations sociaux qui conviennent à la classe dominante et lui sont avantageuses[26].

Sur le fond, ce positivisme rudimentaire se distinguait mal du positivisme ordinaire de l'État bourgeois[27]. D'ailleurs, ce concept pouvait aussi bien s'appliquer au droit capitaliste qu'au droit socialiste pour lequel la classe ouvrière remplace la classe bourgeoise dans le rôle de la « classe dominante ». Cependant, cette définition du droit, inlassablement répétée durant les premières années de la RDA, ne semblait pas prendre en charge l'un des aspects essentiels de la doctrine marxiste, celui qu'exposait la très célèbre préface à la *Contribution à la critique de l'économie politique* :

> Dans la production sociale de leur vie, les hommes entrent dans des rapports déterminés, nécessaires, indépendants de leur volonté, rapports de production qui correspondent à un degré déterminé de l'évolution de leurs forces productives matérielles. L'ensemble de ces rapports de production forment la structure économique de la société, la base réelle sur laquelle s'élève une superstructure juridique et politique, laquelle correspond à des formes déterminées de conscience sociale. Le mode de production de la vie matérielle conditionne absolument le processus de la vie sociale, politique et spirituelle. Ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur être mais, à l'inverse, leur être social qui détermine leur conscience[28].

---

[25] M. Stolleis, *GöRD 4*, p. 290.

[26] Cité d'après la version allemande dans : *Gesellschaft für deutsch-sowjetische Freundschaft, Sowjetische Beiträge zur Staats- und Rechtstheorie*, Berlin, Verlag Kultur und Fortschritt, 1953, p. 76.

[27] E.-W. Böckenförde, *RkS*, p. 27.

[28] Trad. (modif.) Laura Lafargue : K. Marx, *Contribution à la critique de l'économie politique*, Paris, Giard & Brière, 1909, p. 4 *sqq.*

La « superstructure » et donc notamment le droit, paraît ainsi s'élever comme d'elle-même, mécaniquement, à partir de la « base » constituée par les rapports de production « indépendants de la volonté » des humains. Le droit, dans ce cadre, ne saurait avoir aucune autonomie par rapport à la « base réelle » des rapports sociaux tels qu'ils sont : l'« être social » « conditionne absolument » le devoir-être social. Cette conception aurait dû déboucher sur une « abstinence quant à la politique juridique[29] », ce qui est évidemment tout le contraire de ce qu'ont fait les États socialistes. Le volontarisme de Vychinski exprimait toutefois bien la politique juridique effective de l'URSS, mais on ne pouvait laisser de côté la question, de fait infiniment récurrente, du rapport entre la base et la superstructure, question complètement absente de la définition donnée par l'exécuteur des basses œuvres staliniennes.

Selon la vulgate marxiste, la superstructure fut généralement dite « refléter » la base. Mais c'était simplifier, on le sait, la pensée des pères fondateurs eux-mêmes, puisque, dans sa célèbre lettre adressée à Joseph Bloch datée des 21–22 septembre 1890, le vieil Engels avait fini par mettre en garde les interprètes trop pressés :

> D'après la conception matérialiste de l'histoire, le facteur déterminant dans l'histoire est, en dernière instance, la production et la reproduction de la vie réelle. Ni Marx, ni moi n'avons jamais affirmé davantage. Si, ensuite, quelqu'un torture cette proposition pour lui faire dire que le facteur économique est le seul déterminant, il la transforme en une phrase vide, abstraite, absurde. La situation économique est la base, mais les divers éléments de la superstructure, les formes politiques de la lutte de classes et ses résultats – les Constitutions établies une fois la bataille gagnée par la classe victorieuse, etc. – les formes juridiques, et même les reflets de toutes ces luttes réelles dans le cerveau des participants, théories politiques, juridiques, philosophiques, conceptions religieuses et leur développement ultérieur en systèmes dogmatiques, exercent également leur action sur le cours des luttes historiques et, dans beaucoup de cas, en déterminent de façon prépondérante la forme. Il y a action et réaction de tous ces facteurs au sein desquels le mouvement économique finit par se frayer son chemin comme une nécessité à travers la foule infinie de hasards (c'est-à-dire de choses et d'événements dont la liaison intime entre eux est si lointaine ou si difficile à démontrer que nous pouvons la considérer comme inexistante et la négliger). Sinon, l'application de la théorie à n'importe quelle période historique serait, ma foi, plus facile que la résolution d'une simple équation du premier degré[30].

La métaphore du « reflet » ne suffisait donc pas à dire ce qu'il en est de l'interaction entre la base et la superstructure. Cette question fut centrale dès la révolution bolchévique : arrivé au pouvoir, le prolétariat devait maintenant agir et transformer le monde, notamment par les moyens de l'État et du droit. Elle fut tout aussi centrale pour les communistes allemands après 1945 : il fallait liquider la classe bourgeoise, dont le système et l'idéologie fascistes avaient été les derniers avatars de la domination. Il fallait mobiliser l'État et le droit, autrement dit la superstructure, pour transformer radicalement la base, qui devenait ainsi, de fait, le *reflet* de la superstructure.

---

[29] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *RkS*, p. 22.

[30] F. ENGELS, « Ein Brief von Friedrich Engels. Zur Kritik der materialistischen Geschichtauffassung », *Der Sozialistische Akademiker*, vol. 1, nº 19, 1895, p. 351-353, dont une traduction française est disponible comme : F. ENGELS, « Lettre à Joseph Bloch » (1895), *Marxists Internet Archives*, [https://www.marxists.org/francais/engels/works/1890/09/18900921.htm].

Pour sortir de ce paradoxe, qui pouvait sembler une impasse, un écrit du camarade Staline « eut une importance extraordinaire dans la discussion interne du marxisme[31] ». Staline plus qu'Engels, donc. Il s'agit du texte célèbre intitulé « Le marxisme et les problèmes de la linguistique » paru dans la *Pravda* du 20 juin 1950 et dans lequel Staline critique les thèses de Nikolaï Marr (1865–1934), ce dernier prétendant, après Paul Lafargue, que la langue portait en elle un « caractère de classe[32] ». Pour Staline, « la langue diffère radicalement de la superstructure » ce qui explique que, si la base capitaliste a été liquidée en Russie et remplacée par la base socialiste, « en dépit de cela, la langue russe est restée, pour l'essentiel, ce qu'elle était avant la Révolution d'Octobre ». Le passage théorique décisif intervient alors :

> La superstructure est engendrée par la base, mais cela ne veut pas dire qu'elle se borne à refléter la base, qu'elle soit passive, neutre, qu'elle se montre indifférente au sort de la base, au sort des classes, au caractère du régime. Au contraire, une fois en existence, elle devient une immense force active, elle aide activement sa base à se cristalliser et à s'affermir ; elle met tout en œuvre pour aider le nouveau régime à achever la destruction de la vieille base et des vieilles classes, et à les liquider.
> Il ne saurait en être autrement. La superstructure est justement engendrée par la base pour servir celle-ci, pour l'aider activement à se cristalliser et à s'affermir, pour lutter activement en vue de liquider la vieille base périmée avec sa vieille superstructure. Il suffit que la superstructure se refuse à jouer ce rôle d'instrument, il suffit qu'elle passe de la position de défense active de sa base à une attitude indifférente à son égard, à une attitude identique envers toutes les classes, pour qu'elle perde sa qualité et cesse d'être une superstructure[33].

On trouve un témoignage de l'importance de ce texte dans la recension qu'en fit Hermann Klenner, qui deviendra l'un des théoriciens du droit est-allemands les plus reconnus, même à l'Ouest, de la traduction allemande de l'étude d'une juriste soviétique, Marija Pavlovna Karewa, *Recht und Moral in der sozialistischen Gesellschaft* (Droit et morale dans la société socialiste)[34], qui devint un ouvrage de référence[35] et dont Klenner précise que celui-ci se place « sur la base du travail de Staline quant aux questions relatives aux sciences du langage[36] ». Mais la difficulté réside en ceci que, à la différence du langage selon Staline, le droit, lui, ne peut différer *radicalement* de la superstructure, tout au contraire : c'est pourquoi l'idée stalinienne, exprimée dans le passage cité, d'une rétroaction de la superstructure sur la base et donc d'un rapport *dialectique* entre base et superstructure devait ouvrir la possibilité de repenser la fonction d'un droit socialiste.

---

[31] E.-W. Böckenförde, *RkS*, p. 27.

[32] Nous nous référons à la traduction suivante : J. Staline, *Le marxisme et les problèmes de linguistique*, Pékin, Éditions en langue étrangère, 1975 [1950], dont une transcription est disponible sur *Marxisme.fr* [www.marxisme.fr/download/Staline Le marxisme et les problemes de linguistique.pdf] (consulté le 5 janvier 2021). Une traduction allemande de ce texte avait paru en 1952 à Berlin-Est. Marr et ses nombreux disciples devaient donc être considérés comme promouvant une conception « gauchiste », atteints de la « maladie infantile du communisme ». Toute ressemblance avec certains débats actuels serait purement fortuite.

[33] Toutes les citations p. 2-3 du document disponible en ligne.

[34] Berlin-Est, Kultur und Fortschritt, 1954.

[35] F.-C. Schroeder, « Das Erziehung im Recht der sozialistischen Staaten », in E. Schumann (dir.), *Das erziehende Gesetz*, Berlin, Boston, Walter de Gruyter, 2013, p. 95.

[36] H. Klenner, Buchbesprechung, *Staat und Recht* (dorénavant : *StuR*) 1954, p. 664.

Le même Hermann Klenner abordera de front ce problème dans un petit ouvrage qui, lui aussi, fera référence et qui est consacré à l'*Essence du droit d'après le marxisme-léninisme*[37]. L'ouvrage est destiné à combattre le « nihilisme juridique bourgeois-fasciste » (*bürgerlich-faschistischer Rechtsnihilismus*)[38]. Pour ce faire, il faut partir de la définition du droit par Vychinski citée plus haut dont Klenner met en avant les trois moments constitutifs : « l'existence du droit est liée à une société humaine divisée en classes » ; « dans les normes se reflètent les besoins de la base considérée, représentée dans la volonté de la classe économiquement et politiquement dominante qui la représente » ; « les normes juridiques sont destinées à jouer le rôle de servantes des intérêts de la classe dominante dans le système de la superstructure[39] ». Il en résulte, avant tout, que « le droit n'est pas une forme d'expression de la nature humaine mais une catégorie historique ». L'idée d'une « justice éternelle » est une idéologie propagée par la classe dominante[40]. On peut dresser une typologie historique des formes du droit, dont l'évolution chronologique suit une progression logique : droit esclavagiste, droit féodal, droit bourgeois et, enfin, le bon droit socialiste[41].

Quelques années plus tard, après la conférence de Babelsberg de 1958, dont on dira plus bas les grandes lignes, Karl-Heinz Schöneburg présentait le « nouveau programme de formation » de l'Académie. Le positivisme devenait l'ennemi qui entend, avec Kelsen, systématiser le droit en vigueur « seulement par des points de vue formels, d'après des concepts abstraits qui n'avaient aucun rapport réel avec l'évolution sociale ». La théorie du droit et de l'État ne peut être qu'une « science historique » : « Les œuvres de Marx, Engels et Lénine sont de ce fait des exemples paradigmatiques de l'unité de la théorie et de l'histoire, de la théorie et de la pratique, de la science et de la politique dans le traitement des questions juridiques et politiques. » Et de rappeler la phrase célèbre qui ouvre la première partie de *L'idéologie allemande* : « Nous ne connaissons qu'une seule science, la science de l'histoire[42] ». Ramenant le droit dans le giron de la vraie science, on prenait ainsi aussi distance, sans pouvoir l'affirmer clairement, avec le plat positivisme de Vychinski qui précisément ne semblait faire aucune place au matérialisme *historique*, alors que, d'après la science du marxisme-léninisme, sa dimension historique fait nécessairement partie du concept-même de « droit ».

Bien sûr, la définition de Vychinski ne peut être ainsi évacuée. Elle doit être comprise dans le contexte théorique de la base et de la superstructure, ramenée à sa véritable essence marxiste-léniniste implicite. C'est au moyen d'une conception dialectique des rapports entre base et superstructure que le volontarisme de Vychinski prend son véritable sens, car elle permet de comprendre « le processus de production et de modification du droit (en tant que partie du système de la superstructure au-dessus de la base) ». En effet, si nous voulons analyser ce processus

---

[37] H. Klenner, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*, 2e éd., Berlin, VEB Deutscher Zentralverlag, 1955.

[38] *Ibid.*, p. 8.

[39] *Ibid.*, p. 11.

[40] *Ibid.*, p. 22. Sur ce point aussi, toute ressemblance avec certains débats actuels serait parfaitement indépendante de ma volonté.

[41] *Ibid.*, p. 20.

[42] K.-H. Schöneburg, « Die Staats- und Rechtstheorie als historische Wissenschaft », *StuR* 1958, p. 1238, 1240, 1242.

> à travers la structure économique de chaque société, nous devons nous intéresser de plus près à chacune des phases de ce processus de formation du droit et seulement à partir de là, la réflexion de la base dans le droit devient intelligible, seulement à partir de là, l'affirmation du contenu de classe du droit ne reste pas une formule creuse[43].

Pour ce faire il faut en revenir aux « travaux révolutionnaires sur le marxisme et les problèmes de la linguistique » de Staline, dont Klenner cite bien sûr le passage rendu plus haut[44].

Il convient d'abord, pour assurer l'intelligibilité du droit socialiste, de déterminer les trois étapes que doit suivre le processus par lequel la base « se reflète » dans le droit : les intérêts de la classe dominante représentant les besoins de la base d'abord, la conscience de ces intérêts ensuite, leur transformation par l'État et les normes juridiques enfin. La prise de conscience de classe par la classe qui « représente la base » est donc le moment charnière qui permet son inscription juridique. De cette manière, la classe bourgeoise a-t-elle pris conscience de ses intérêts qu'elle a transcrits dans les principes de liberté et d'égalité tels qu'ils ont été formulés dans la Déclaration de 1789 et qui sont l'« expression idéologique des intérêts et objectifs des capitalistes ». De même, la classe des travailleurs dans l'État est-allemand « des ouvriers et des paysans » : ainsi, les législations de 1951 sur la réorganisation de l'enseignement supérieur, de 1952 sur la démocratisation de l'organisation et des conditions de travail au sein des organes publics sont l'

> expression normative de la volonté des masses qui, sous la conduite de la classe ouvrière, luttent pour l'unité et la paix et auxquelles Lénine a permis de comprendre que l'État des ouvriers et des paysans a enfin atteint son but lorsque le peuple peut juger de tout et a appris à tout faire par lui-même[45].

Bien sûr, dans ce processus de formation du droit, ce n'est pas tant l'État que le parti qui joue « le rôle exceptionnel », car c'est lui qui cristallise et formule clairement la conscience de la classe ouvrière :

> Il est la troupe avancée, la troupe consciente, la troupe équipée de la connaissance des lois du développement social[46] et donc c'est par le parti ouvrier que les intérêts de la classe des travailleurs sont reconnus et exprimés. De cette manière, les principes du parti sont le fondement du développement du droit[47].

Et si « la formation du droit dans un État socialiste n'est pas pensable sans l'initiative et la critique permanente des masses » – une démocratie populaire est donc une démocratie « participative » – les intérêts des masses ne deviennent pleinement du droit que si, et seulement si, la classe ouvrière s'empare du pouvoir : la « "théorie" opportuniste », le réformisme, n'est qu'une dangereuse illusion[48]. Ce côté participatif de la démocratie populaire sera souvent mis en avant et l'on notera ainsi en 1957 que pas moins de 4,5 millions de citoyens ont pris part à des réunions

---

[43] H. Klenner, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*, *op. cit*, p. 25.

[44] *Ibid.*, p. 24.

[45] *Ibid.*, p. 26-28.

[46] C'est-à-dire, rappelle Klenner, la définition par Staline de la science du marxisme léninisme.

[47] *Ibid.*, p. 29.

[48] *Ibid.*, p. 30-31.

et discussions concernant les « lois visant à un plus large développement de la démocratie » : mieux qu'un grand débat national français[49].

Cependant, la théorie de la base et de la superstructure permet de comprendre que la volonté des masses n'est pas sans limites objectives et, au fond, même si Klenner se garde bien d'adresser sur ce point une quelconque critique à Vychinski, c'est bien ce que le concept volontariste du droit par ce dernier laisse dans l'ombre. Certes : « La base a besoin de l'effet en retour de la superstructure et la classe dominante doit se servir du levier du droit pour accomplir ses missions[50] ». Cependant, « lorsque la classe ouvrière exerce la direction politique de la société, elle ne doit jamais oublier que des lois ayant force juridique ne sauraient ni transformer, ni abroger, ni inverser les lois objectives de la science », en clair les lois scientifiques du marxisme-léninisme.

Et il faut, pour le comprendre, en revenir à Staline et à sa « dernière grande œuvre scientifique[51] » où celui-ci a formulé quatre lois scientifiques dont la profondeur ne laisse pas d'impressionner : « les lois économique reflètent des processus qui se développent indépendamment des hommes, ce sont des lois objectives » ; « les normes juridiques sont édictées par des gouvernements, donc par des hommes, ce sont des lois subjectives » ; « les normes juridiques ne peuvent ni supprimer, ni modifier les lois économiques, elles leur sont en dernière instance soumises » ; « les normes juridiques peuvent favoriser ou freiner le développement des lois économiques, aider à limiter ou étendre leur champ d'action[52] ». Où l'on retrouve la « dernière instance ». Les lois économiques sont donc des lois objectives qui peuvent être favorisées, freinées, limitées ou étendues par les lois subjectives du droit. CQFD !

Il faut donc, dans un État socialiste en tout cas, s'interroger sur « les bases scientifiques de la création du droit », pour reprendre le titre de l'article d'un auteur soviétique traduit et publié en 1957 dans *Staat und Recht*, dès lors que :

> La révolution socialiste est, dans l'histoire universelle, le début d'un saut qualitatif hors du règne de la nécessité aveugle dans celui de la liberté. Cela ne signifie pas que la nécessité historique soit « supprimée » […], mais cela signifie que, dès lors qu'elle est connue, la nécessité historique cesse d'agir comme une force spontanée et aveugle ; elle est placée sous le contrôle de la société et utilisée par celle-ci afin de lui faire produire les effets les plus favorables possibles[53].

Toutefois, le droit socialiste ne s'épuise pas dans la production des lois. La question de l'application se pose également. Vychinski restait sommaire sur ce point, se bornant à dire que, on l'a vu plus haut, « l'application de ces règles est garantie par la puissance de contrainte de l'État ». Sans doute. Cependant, le moment de la contrainte doit lui aussi s'exercer avec la claire conscience de classe sans laquelle une

---

[49] G. Schulze, « Die Gesetze zur breiteren Entfaltung der Demokratie in der Deutschen Demokratischen Republik », *StuR* 1957, p. 1.

[50] *Ibid.*, p. 34.

[51] J. Staline, *Ökonomische Probleme des Sozialismus in der UDSSR*, trad. all., Berlin, Dietz, 1952. La grande œuvre fait 96 pages, un peu moins que le livre de Klenner lui-même.

[52] H. Klenner, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*, *op. cit.*, p. 36-37.

[53] D.A. Kerimov, « Die wissenschaftlichen Grundlagen der Rechtschöpfung des sozialistischen Sowjetstaates », *StuR* 1957, p. 587-588.

application purement mécanique de la meilleure loi pourrait avoir les effets les plus néfastes :

> La conscience socialiste du droit n'est pas seulement une condition de l'activité législatrice de l'État socialiste (que peut-on atteindre au moyen de quelle norme ?) mais aussi et *surtout* [je souligne] le fondement idéologique de la mise en œuvre du droit. Dès lors, c'est une tâche permanente qui incombe au parti des ouvriers, que les lois soient rédigées de façon compréhensible, qu'elles soient expliquées dans les entreprises et les villages, que les travailleurs ne se bornent pas à respecter les règles de conduite, mais les mettent eux-mêmes en œuvre de façon consciente[54].

Ce thème de la « conscience socialiste du droit » se retrouve en permanence dans la littérature juridique marxiste-léniniste. Il est tout aussi déterminant dans la théorie soviétique du droit :

> La conscience socialiste du droit met en branle le système de la réglementation juridique, elle gouverne l'activité sociale des masses travailleuses dans l'établissement du droit comme dans la mise en œuvre de celui-ci. Elle agit comme un facteur idéologique et socio-psychologique nécessaire à la consolidation de la légalité socialiste[55].

Cette conscience du droit doit s'immiscer partout pour garantir la justesse et la justice du droit socialiste. Dans un article intitulé « Droit à la défense et statut du défenseur », Rolf Helm, alors chef de division au Ministère de la justice, citait un auteur soviétique : « La condition décisive pour la juste formation de la conviction intime du défenseur tient en la conscience socialiste du droit. » Ce que devait signifier la conscience socialiste du droit pour comprendre plus clairement le statut et la mission du défenseur, Helm l'explicite aussitôt : « Il me semble que la défense dans les affaires pénales est encore beaucoup trop considérée comme une affaire privée qui ne concernerait que l'accusé lui-même ». Il faut que cela rentre « dans la sphère de la catégorie sociale[56] ». Le rôle de l'avocat sera en conséquence d'être :

> Le conseil, l'éducateur [je souligne] et l'aide auprès de la population travailleuse permettant de surmonter les contradictions nécessairement entraînées par le développement ou occasionnées par une défaillance subjective[57].

Gouverné par sa conscience socialiste du droit, le défenseur doit agir en tant qu'éducateur de son client, au pénal comme au civil d'ailleurs, et participer ainsi à l'application socialiste objective du droit socialiste. On retrouve ici un principe du

---

[54] *Ibid.*, p. 60-61.

[55] *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, t. 4, *Das sozialistische Recht*, trad. allemande, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1976, p. 103. Il s'agit d'une encyclopédie en 4 volumes publiée en URSS en 1973, consacrée à la théorie marxiste-léniniste de l'État et du droit, rédigée par un « collectif d'auteurs » soviétiques et traduite dans le cadre de l'Académie de Babelsberg sous la responsabilité de Mollnau.

[56] R. Helm, « Zum Recht auf Verteidigung und zur Stellung des Verteidigers », *StuR* 1956, p. 722 *sqq.*

[57] Formule tirée d'une thèse soutenue à Iéna en 1969 et citée par H.-H. Bruhn, *Die Rechtsanwaltschaft in der DDR. Stellung und Aufgaben*, Cologne, Verlag Wissenschaft und Politik, 1972, p. 39.

droit national-socialiste : la fonction du droit et de son application consiste à surmonter la divergence – la « contradiction » en termes marxistes – des intérêts pour les ramener tous à l'intérêt de la communauté conçue comme unité d'intérêt[58].

Appliquer donc les lois socialistes, qui sont l'expression de la conscience socialiste du droit, avec la même conscience socialiste du droit. De cette manière le défenseur lui aussi, s'il est pleinement habité par cette conscience, participera avec les juges et le ministère public, d'un commun accord pris en conscience, à la juste – et scientifique – sanction. Mais puisque le parti des ouvriers est le dépositaire de cette conscience, l'on conçoit que non seulement les lois soient *consciencieusement* interprétées à la fois d'après la lettre et en fonction du programme et des directives du parti, mais aussi que la solution du cas individuel, surtout en matière pénale, puisse être purement et simplement dictée aux juges par le parti. Les instances dirigeantes du parti, avant-garde du prolétariat, sont les interprètes authentiques du droit socialiste jusque dans le cas individuel.

C'est cette conscience socialiste qui permet de donner à la notion de « norme juridique » une signification plus ample et profonde que ce que le positivisme occidentalo-fasciste lui accorde. Klenner admet que, comme dans le droit bourgeois, l'expression « normes juridiques » désigne des « règles générales de comportement » : la norme suppose donc un certain niveau d'abstraction[59]. Mais c'est précisément pourquoi la conscience socialiste, qui doit habiter tous ceux qui ont à faire vivre concrètement ces normes, permet de surmonter la séparation radicale que, selon lui du moins, la théorie bourgeoise du droit établit entre l'abstrait et le concret : la conscience socialiste, qui est conscience de la vraie morale (scientifique, marxiste-léniniste), est la médiation conciliatrice qui fait jouer la dialectique du droit socialiste entre abstrait et concret.

C'est elle qui, par sa médiation, fait que si le droit et la morale socialistes se distinguent, ils ne sont toutefois plus, contrairement à ce qui se passe dans la société bourgeoise, séparés :

> Malgré toutes leurs différences, il existe un rapport de réciprocité entre le droit socialiste et la morale socialiste : d'une part, à la suite de la prise du pouvoir par le prolétariat s'enclenche un processus de légalisation progressive de la morale prolétarienne (l'exploitation immorale devient illégale) et, d'autre part le droit socialiste œuvre au renforcement de la morale communiste[60].

Sur ce point aussi, il convient de souligner une certaine convergence avec le discours juridique nazi qui rejette toute séparation libérale-bourgeoise entre droit et morale[61] : l'unité sans contradictions de races ou de classes est certes la fonction du droit, fonction que, si l'on n'y voit qu'un ordre *extérieur* de contrainte, le droit ne peut cependant assumer pleinement sans l'unité « morale », la mise en conformité des subjectivités avec l'ordre substantiel « objectif » de la communauté, la « forme de vie[62] ».

---

[58] K. Larenz, *Rechts und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2e éd., Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1935, p. 23 : « L'idée de communauté surmonte la divergence des intérêts. »

[59] H. Klenner, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*, *op. cit.*, p. 74 *sqq.*

[60] *Ibid.*, p. 86.

[61] O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable*, *op. cit.*, en part. p. 250 *sq.*

[62] *Ibid.*, en part. p. 275 *sq.*

Ces précisions viennent de fait combler les manques de la définition de Vychinski qui pourtant – conscience socialiste oblige – n'est jamais ouvertement critiquée. Au contraire, tous ces éclaircissements sur l'essence du droit selon le marxisme-léninisme se concluent par un retour au point de départ, à la définition de Vychinski[63] qui est au fond suffisamment indigente et vide pour rester ouverte à tous les compléments idéologiques, staliniens particulièrement.

En vérité, le livre de Klenner est une critique de cette définition qui ne peut s'avouer mais qui, du point de vue marxiste-léniniste, se justifie pleinement dans la mesure où tout concept idéologique du droit ne saurait se contenter d'une détermination aussi formelle sans incorporer en lui-même les moments substantiels absolument nécessaires dès lors qu'est affirmé, comme on l'a vu, le primat de la politique sur le droit. Et c'est bien pourquoi la littérature juridique, en URSS d'abord, a fini par modifier et substantialiser cette définition, dès lors que la référence au stalinien Vychinski n'était plus un passage obligé. C'est ainsi que l'on trouve dans les années 1970 la définition suivante, qui d'ailleurs ne concerne plus que le « droit socialiste » :

> Le droit socialiste est la volonté de l'État qui exprime les intérêts de la classe ouvrière et de tous les travailleurs (le peuple dans son ensemble) et est déterminé par les conditions de vie matérielle de la société, cette volonté est objectivée par l'État en un système de normes (règles de comportement) qui ont pour objectif la réglementation des rapports sociaux conformément avec l'édification du socialisme et du communisme, garanties par le système des moyens organisationnels et idéologiques et protégés par la contraintes de l'État[64].

On corrigeait ainsi toutes les insuffisances léguées par Vychinski : une définition du droit socialiste devait souligner « sa spécificité en tant que droit d'un type nouveau et plus élevé, sa déterminité par les conditions de vie matérielles de la société socialiste et son objet – la réglementation des rapports sociaux conformément avec l'édification du socialisme et du communisme – ainsi que les méthodes de sa garantie, non pas seulement pas la contrainte étatique, mais au premier chef par le système des moyens organisationnels et idéologiques (en particulier la persuasion et l'éducation)[65] ».

D. Babelsberg 1956

La question de la base et de la superstructure est à nouveau au cœur de la Conférence de Babelsberg organisée par la *Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht"* qui débute le 2 mars 1956, soit une semaine jour pour jour après la présentation par Khrouchtchev du fameux « rapport secret », dont on avait quelques échos, encore peu compréhensibles d'ailleurs, en ce

[63] H. Klenner, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*, *op. cit.*, p. 93.

[64] *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, *op. cit.*, t. 4, p. 19.

[65] *Ibid.*, p. 20.

début mars. Certes, du jour au lendemain, l'« œuvre théorique » de Staline fut démonétisée et Ulbricht écrivit dès le 4 mars 1956, dans *Neues Deutschland*[66] : « Staline n'est pas un classique du marxisme[67] ». Une telle déclaration ne changeait cependant rien à la *base* idéologique du régime et la question que Staline avait réactivée avec son texte sur la linguistique devait être une fois encore pleinement discutée afin d'amener les juristes à la claire conscience de leur mission dans le processus d'édification et de perfectionnement du socialisme. Telle était l'affaire que mettait sur le tapis l'Académie allemande pour la science politique et juridique lors de cette conférence.

La conférence de 1956 devait préparer la Troisième Conférence du SED (24–30 mars 1956) consacrée à la reconstruction économique et qui devait officialiser l'abandon du très provisoire « Nouveau cours », emprunté à raison des événements de juin 1953 mais de facto laissé en plan dès 1955, et le retour aux grandes lignes du programme d'« Édification du socialisme ». Or voici que le « rapport secret » apportait une nouvelle incertitude, un certain malaise quant à l'avenir. Toutefois, un objectif d'Ulbricht restait inébranlable, quelles que soient les variations extérieures, il fallait faire rentrer dans le rang les tendances dissidentes et redonner au parti une ligne claire.

Le thème officiel de la Conférence de Babelsberg était donc « L'importance et les missions du droit socialiste de la RDA pour la reconstruction économique ». Elle réunit environ 600 personnes, le corps enseignant de l'Académie, des fonctionnaires, des praticiens et des représentants des facultés, du parti, du monde judiciaire et de l'État, en la personne notamment de la trop célèbre Ministre de la justice d'alors, Hilde Benjamin, « *die Rote Hilde* » (Hilde la Rouge)[68]. Il s'agissait de rappeler à l'ordre l'ensemble des acteurs du monde juridique en dénonçant leur « *Zurückbleiben* », le fait qu'ils étaient restés bien en-deçà de ce qu'exigeaient les nécessités du nouvel ordre socialiste, d'éradiquer les dernières « illusions juridiques petites-bourgeoises et social-démocrates » et d'indiquer la voie d'une véritable fondation marxiste-léniniste du droit, ce qui exigeait de prendre à bras le corps la question beaucoup trop négligée de « l'interdépendance entre l'économie et le droit[69] ».

Les problèmes fondamentaux d'un droit « marxiste-léniniste » étaient ainsi sur la table et la question des rapports entre la base et la superstructure devait nécessairement ressurgir puisque l'on entendait étudier les *interdépendances* entre économie et droit. Le long compte-rendu que fait Horst Büttner de la Conférence, dans la revue *Staat und Recht* éditée par l'Académie et l'Institut pour la science juridique, est un document très remarquable à ce point de vue. Büttner était le directeur du département « Théorie de l'État et du droit » au sein de l'Institut. Son compte-

[66] *Neues Deutschland* était jusqu'en 1989 le quotidien national, l'organe central du SED. Il est depuis le journal de la gauche allemande radicale, successivement le PDS (*Partei des Demokratischen Sozialismus*) puis, depuis 2007, *Die Linke*.

[67] Cité par H. Weber, *DDR*, *op. cit.*, p. 76.

[68] La Rouge communiste, bien sûr, mais aussi rouge de la couleur du sang.

[69] On résume ainsi les reproches formulés dans son discours par le Recteur de l'Académie à l'époque, Herbert Kröger. Voir sur cette conférence : U. Bernhardt, *Die Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht" 1948-1971*, *op. cit.*, p. 107 *sqq.*

rendu s'intitule : « Pour la pleine réalisation des principes scientifiques du marxisme-léninisme dans le travail de recherche de la science juridique[70] ».

Il commence par déplorer qu'il n'existe encore aucun travail sérieux sur la question

> du rapport entre les catégories du possible et du réel, ou la coopération entre le facteur objectif et le facteur subjectif dans le développement de la société considérés dans leur importance pratique pour le droit et la science du droit, précisément afin d'éclairer le rapport entre économie et droit sur le fondement du savoir de la philosophie marxiste.

La science du droit ne s'est pas encore montrée

> à la hauteur de sa mission en tant que *science*, à savoir se mettre au service de ce combat [du peuple des travailleurs et des paysans] en étudiant de façon créative les questions de principe pour produire des idées nouvelles et ainsi *faire avancer plus rapidement le développement*[71].

On en vient alors à la question fondamentale de la combinaison du facteur objectif (la « base ») et du facteur subjectif (la « superstructure »), mais on évitera cette fois de citer Staline et ses impérissables réflexions sur la linguistique :

> Un certain « aveuglement quant à l'économie » largement répandu chez nous conduit facilement, mais à tort, à nous effrayer devant la reconnaissance de ce fait réel, à savoir que les conceptions politiques et juridiques, que les institutions qui leur correspondent telles que l'État et le droit font partie du facteur subjectif ; ce constat, qui ne dit pourtant rien d'autre que, précisément, l'État et le droit ne sont pas nés spontanément, n'existent pas indépendamment de la conscience et de la volonté des hommes, mais sont produits par l'activité humaine consciente, débouche généralement, pour d'introuvables raisons, sur la conclusion erronée selon laquelle ce constat équivaudrait à un dérapage dans des conceptions idéalistes et volontaristes. Que ce soupçon soit inadmissible, cela découle du fait que cette dépendance du facteur subjectif à l'égard des conditions objectives, en dernière instance des conditions matérielles de vie correspondant à la société, n'affecte d'aucune manière la théorie de la base et de la superstructure qui n'est pas remise en doute de ce fait ; au contraire, la dépendance de la politique de l'État et du droit à l'égard de l'économique est précisément conditionnée par leur appartenance au facteur subjectif[72].

Il ne faut pas s'arrêter en si bon chemin :

> À vrai dire, il faut considérer que le rapport de réciprocité entre le facteur objectif et le facteur subjectif n'est pas figé et immuable, mais déterminé par la situation historique concrète. Tandis que, dans le capitalisme, la loi objective s'impose spontanément, n'est pas connue ni contrôlée par les hommes, de sorte qu'une activité en tant que force sociale effective ne provient que des partis marxistes, l'importance du facteur subjectif augmente dans le socialisme de façon prodigieuse.

Il faut tirer les conséquences de ces prémisses théoriques générales pour l'État et le droit et en déterminer avant tout « la fonction sociale spécifique » qui :

---

[70] H. Büttner, « Für die Durchsetzung marxistisch-leninistischer Wissenschaftsprinzipien in der rechtswissenschaftlichen Forschungsarbeit », *StuR* 1956, p. 273 *sqq.*

[71] *Ibid.*, p. 277.

[72] *Ibid.*, p. 281.

> Résulte en dernière instance du fait que le reflet spontané de la réalité objective dans les têtes individuelles conduit à des conclusions beaucoup trop diverses quant au comportement conscient, conclusions dépendantes de chaque état des idéologies individuelles. Les conclusions qui anticipent à long terme, qui attachent à l'action immédiate les effets sociaux que celle-ci aura pour l'avenir, conclusions que tirent les éléments les plus avancés de la classe ouvrière, le Parti et sa direction, trouvent leur traduction dans la politique de l'État et le droit. À l'aide de ces instruments, les représentations individuelles parmi les masses sont élevées à un niveau social. De cette façon, le Parti et le gouvernement organisent l'activité consciente et créatrice des masses afin de transformer dans la réalité les possibilités arrivées à maturité, d'où découlent les fonctions nécessaires de l'État socialiste, la fonction économique et organisationnelle, la fonction économique et éducatrice.

Parce que précisément le droit est situé dans la superstructure, le « facteur subjectif », mais qu'il entretient une relation au fond dialectique avec la base, le « facteur objectif », l'une de ses fonctions primordiales n'est – dans la théorie du moins – ni la répression, ni la réparation des préjudices individuels, mais l'*éducation* des masses qui doit permettre à la singularité individuelle de s'élever à l'universel du collectif. Cependant, la conférence devait aussi ramener la conscience individuelle des juristes à cette conscience collective du « droit », c'est-à-dire réaffirmer clairement ce qu'il en est de la science du droit dans un État socialiste :

> Enfin, nous savons aussi, de la sorte, que, à la différence de l'économie politique, qui se consacre aux processus objectifs, conformes à une certaine légalité objective (*Gesetzmäßig*), l'objet de connaissance de la science du droit se situe dans le domaine du facteur subjectif dont l'action sur la société représente aussi une légalité (*Gesetzmäßigkeit*) et dépend, en dernière instance, de l'économique.

Cette rectification – qui reste stalinienne dans ses principes – des rapports entre la base et la superstructure permet de prononcer le jugement de condamnation qui doit remobiliser la communauté des juristes autour de sa mission propre dans l'État des travailleurs et des paysans : c'est bien parce que l'appartenance du droit et de la politique au facteur subjectif n'a pas été correctement comprise que « le rôle de la conscience de l'État et du droit dans la science juridique » n'a pas été vu et donc pas travaillé comme il le fallait[73].

Par ailleurs, comme on l'a vu, un thème qui deviendra de plus en plus central dans l'ensemble des discours sur le droit s'affirme clairement, celui de la mission *éducatrice* qui incombe non pas seulement aux enseignants et institutions de formation des juristes, mais au droit comme tel et donc aussi à la justice. Éduquer signifiait bien sûr inculquer les vrais principes de la doctrine marxiste-léniniste du droit et de l'État, autrement dit ceux de la conscience socialiste du droit. Il était clair que l'Académie et sa direction avait pour mission de veiller à la bonne mise en œuvre de ce programme « éducatif » (et « rééducatif »).

Cependant, ce rappel à l'ordre ne suffit bientôt pas. La conférence de 1956 ne pouvait en effet anticiper les effets plus profonds et durables que risquaient de provoquer, jusqu'au sein du SED, la déstalinisation. Celle-ci fut aussi l'occasion de discussions au sein des universités. La ligne réitérée à Babelsberg puis lors de la III^e^ Conférence du SED, fin mars, durant lequel le « rapport secret » ne fut commenté qu'à la marge[74], n'allait-elle pas être rapidement remise en cause avec les

[73] Pour l'ensemble des dernières citations, *ibid.*, p. 282.

[74] H. WEBER, *DDR, op. cit.*, p. 76.

progrès de la déstalinisation en URSS ? Or, qui mieux qu'Ulbricht incarnait en RDA la fidélité à Staline ?

Ulbricht avait déjà surmonté – et éliminé de la scène politique – plusieurs oppositions, en 1949 puis en 1953. L'année 1957 fut occupée à affaiblir l'opposition interne qui pensait pouvoir surfer sur la vague de la déstalinisation pour évincer Ulbricht. En février 1958 la réunion plénière du Comité central permit à Ulbricht d'écarter tous ses détracteurs et de réaffirmer son pouvoir et sa ligne. Mais il s'agissait aussi de mettre un terme aux dérives que, malgré la mise en garde de 1956, l'on se permettait dans les universités et les facultés de droit. Là, on imaginait même pouvoir lire ou relire Stučka et Pašukanis[75], ceux que Vychinski avait foudroyés grâce à sa définition du droit !

Dans ce contexte, la convocation d'une nouvelle Conférence à Babelsberg les 2 et 3 avril 1958 signifiait qu'on n'irait pas cette fois par quatre chemins pour rappeler aux professeurs de droit et aux professionnels de la chose juridique le sens de leurs devoirs. Fini de rire. Fini de « déstaliniser » : « Faisant suite à d'intenses préparatifs depuis 1957, la science juridique devait désormais être ramenée sur la bonne voie, qui restait stalinienne dans son principe[76] ». Une atmosphère de « procès de Moscou » régnera cette fois à Babelsberg.

E. Babelsberg 1958 : je te tiens par la barbichette d'Ulbricht

En 1958, un rappel à l'ordre général ne suffisait plus. On désigna les ennemis et l'argument *ad hominem* ferait davantage trembler, non pas seulement ceux qui furent nominativement attaqués, mais aussi tous ceux qui pourraient considérer l'avoir *échappée belle*. C'est pourquoi Babelsberg 1958 fut un événement traumatique[77]. Et, cette fois, Ulbricht fut présent. Il ne laissa à personne d'autre le soin de tenir le discours qui devait fixer la ligne de la conférence[78]. Il donna aux juristes une leçon de droit (rédigée par son affidé Karl Polak). Il dénonça publiquement les juristes manifestement déviationnistes : Hermann Klenner et Karl Bönninger[79].

Le contexte politique était pour le moins tendu. Le processus de déstalinisation avait conduit certains, en 1956, dans le monde académique et jusqu'au sein du parti, à prendre leurs distances avec la ligne d'Ulbricht et à formuler des critiques à peine voilées. Ulbricht lui-même avait dû lâcher du lest en acceptant, notamment, de réhabiliter plusieurs de ses anciens détracteurs. Le numéro 2 du parti, Karl Schirdewan, commençait de menacer sérieusement la position d'Ulbricht. Ce dernier fut une fois encore sauvé par une insurrection et sa répression brutale, directement exercée par l'URSS, à savoir le soulèvement hongrois d'octobre–novembre 1956 qu'on qualifiait officiellement de « contre-révolution fasciste[80] » : Khrouchtchev ne voulait pas de nouvelles dérives à la hongroise, de fait provoquées en partie par la

---

[75] M. Stolleis, *SG*, p. 50 ; *GöRD 4*, p. 290.

[76] M. Stolleis, *SG*, p. 53.

[77] Sur cette conférence : J. Eckert (dir.), *Die Babelsberger Konferenz vom 2./3. April 1958*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

[78] W. Ulbricht, « Die Staatslehre des Marxismus-Leninismus und ihre Anwendung in Deutschland » (extraits), *StuR* 1958, p. 325-349

[79] *Ibid.*, p. 336.

[80] A. Baumgarten, « Zu den Ereignissen in Ungarn und Ägypten in jüngster Zeit », *StuR* 1956, p. 957.

déstalinisation qu'il avait lui-même annoncée, et c'est pourquoi les plus staliniens des dirigeants du bloc de l'Est – parmi lesquels, en très bonne place, Ulbricht – se maintinrent et renforcèrent leur emprise sur leurs régimes respectifs – ou prirent les rênes du pouvoir comme János Kádár en Hongrie.

Depuis le début de l'année 1957, Ulbricht avait commencé de marginaliser son opposition interne, se faisant toujours plus menaçant. Devant le Comité central, au début de 1957, Ulbricht tirait les leçons de l'aventure hongroise et saluait la reprise en main du pays par Kádár. Puis il déplora les errements de certains intellectuels :

> Nous sommes conscients de ce que la superstructure n'a suivi que fort lentement les bouleversements économiques révolutionnaires en RDA. C'est ce que montrent certains phénomènes dans le travail réalisé par l'appareil d'État, dans les universités et les écoles supérieures, mais aussi chez certains artistes et écrivains. Nous devons compter sur le fait qu'il faudra du temps pour surmonter certaines idéologies et habitudes bourgeoises, pour nous immuniser contre l'influence des idéologies impérialistes de l'Occident [...] Il est nécessaire de regarder vers l'avant et surtout de rendre le parti capable d'apprendre à la classe ouvrière et aux masses populaires à connaître l'essence du pouvoir d'État dans une démocratie populaire, les problèmes de l'édification du socialisme, le rôle de l'Union soviétique en tant que force dirigeante du camp socialiste [...] Ne vaudrait-il pas mieux que certains camarades scientifiques s'occupent moins de la propagande concernant « l'autogestion en Yougoslavie » et davantage de l'application créatrice de la théorie politique du marxisme-léninisme aux conditions de développement en RDA ? [...] On devrait aider certains camarades philosophes à retrouver le chemin de la vie réelle[81].

Lors de la même réunion, Kurt Hager, membre du Comité central et qui était l'idéologue en chef du SED, désigna nominalement les principaux ennemis, notamment les philosophes Wolfgang Harich et Ernst Bloch dans un discours intitulé : « La lutte contre les idéologies bourgeoises et le révisionnisme[82] » : Harich, Bloch et leurs élèves se présentent comme des « antidogmaticiens », mais puisqu'il faut toujours en revenir à la dialectique de la base et de la superstructure, du « facteur objectif » et du « facteur subjectif », « la philosophie de Bloch est particulièrement caractérisée par une exagération du facteur subjectif du développement ». Ce sont des idéalistes qui dénoncent le « fétichisme du fait » (*Tatsachenfetischismus*), mettant ainsi en cause le programme d'une édification réelle du socialisme. En mars 1957, Harich fut condamné à dix années de prison. Bloch fut contraint à l'éméritat et émigra vers la RFA en 1961.

À l'automne 1957 fut lancée une campagne de grande ampleur contre les « ennemis de l'État et du socialisme » qui s'agitaient dans les milieux intellectuels et universitaires : l'heure était à l'éradication complète du « révisionnisme ». Enfin, lors de la réunion du Comité central en février 1958, sur le rapport d'Erich Honecker, à la veille de la conférence de Babelsberg, furent écartés de leurs responsabilités l'ensemble des « factieux » qui, au sein des plus hautes instances du parti, avait fait groupe autour de Schirdewan[83].

---

[81] On cite d'après le long extrait publié dans *Staat und* Recht : *StuR* 1957, Heft 2, p. I-XI (citation p. X). Il faut ici citer la livraison (nº 2) de la revue, puisque pour permettre la publication immédiate ces extraits, comme ceux cités à la note suivante, firent l'objet d'une extra-pagination.

[82] K. HAGER, « Der Kampf gegen bürgerlichen Ideologien und Revisionismus », *StuR* 1957, Heft 2, p. XII-XVI.

[83] Sur l'ensemble de ces événements : D. STARITZ, *op. cit.*, p. 151-169.

Dans le discours d'Ulbricht de février 1957, l'Académie de Babelsberg avait été également placée dans le collimateur. On le voit à la lecture de l'article en forme de *mea culpa* que publie, à la fin de l'année 1957, le recteur alors en fonction de l'Académie, Herbert Kröger, dont le titre était explicite, pour qui du moins sait lire le stalinien : « Les principes du travail à venir de l'Académie allemande des sciences politiques et juridiques "Walter Ulbricht"[84] ». La réunion du Comité central de février, y explique Kröger, a adressé une « sérieuse critique » concernant le travail de l'Académie. Il y aurait eu jusque dans l'Académie même, qui pourtant « doit être le principal endroit de la science marxiste-léniniste de l'État et du droit en RDA et le principal établissement d'enseignement pour les collaborateurs occupant des postes de responsabilité au sein de l'appareil d'État », une regrettable « diffusion de conceptions révisionnistes mettant en danger l'édification du socialisme ». Kröger devait lui-même se laver de tout soupçon de « révisionnisme » car le parti avait eu vent de ce que l'un de ses collaborateurs s'était procuré les écrits du théoricien yougoslave de l'autogestion, Edvard Kardelj, écrits interdits en RDA et auquel Ulbricht avait fait explicitement référence dans son discours au Comité central. En outre, cette affaire avait fait remonter à la surface le passé de Kröger, un élève d'Ulrich Scheuner sous le Troisième Reich, qui fut membre de la SA puis de la SS. Kröger devait donc se refaire une beauté stalinienne : il publia ce *mea culpa*, et participa aussi, avec Horst Büttner et Karl-Heinz Schöneburg, à la rédaction d'une longue note à destination du « camarade Ulbricht » en vue de la préparation du discours de ce dernier à Babelsberg[85] – même si le rédacteur en chef de ce discours semble avoir été le plus fidèle parmi les fidèles, Karl Polak[86]. Deux ans plus tard, Kröger publiera un livre bien dans la ligne[87]. Ces signes de bonne volonté socialiste lui permettront de conserver son poste de recteur de l'Académie jusqu'en 1964[88]. Malgré tout, à Babelsberg en 1958, Ulbricht s'occupa personnellement de souligner ses faiblesses idéologiques et personnelles[89]. Kröger fut d'ailleurs soumis à la « surveillance opérationnelle des personnes » de la Stasi pratiquement jusqu'à sa retraite en 1978[90].

On imagine ainsi ce que pouvait être l'atmosphère à Babelsberg en ce début du mois d'avril 1958 : ne te découvre pas d'un fil car le vent du boulet de la restalinisation risque de frôler quelques têtes. Comme le dira rétrospectivement Karl-Au-

---

[84] H. Kröger, « Die Grundsätze für die künftige Arbeit der Deutschen Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht" », *StuR* 1957, p. 1147-1159.

[85] Des extraits de cette note sont publiés par Ulrich Bernhardt, *Die Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht" 1948-1971*, *op. cit.*, p. 232-236.

[86] M. Stolleis, *GöRD 4*, p. 292. Sur Karl Polak : N. Reichhelm, *Die marxistisch-leninistische Staats-und Rechtstheorie Karl Polaks*, Francfort/Main, Peter Lang, 2003.

[87] H. Kröger, *Der deutsche Arbeiter- und Bauernstaat*, Berlin, Deutscher Zentralverlag, 1960.

[88] Il exercera par la suite des fonctions de direction au sein de l'Institut des relations internationales de la RDA (*Institut für internationale Beziehungen der DDR*) jusqu'à sa retraite en 1978.

[89] M. Stolleis, *SG*, p. 123 *sqq.*

[90] Bernhardt publie la notice par laquelle la *Stasi* clôt en 1977 l'« OPK » (*operative Personenkontrolle*) c'est-à-dire la surveillance opérationnelle dont était l'objet Kröger (U. Bernhardt, *Die Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht" 1948-1971*, *op. cit.*, p. 246 *sqq.*).

gust Mollnau, qui avait connu quelques difficultés en 1957, l'objectif fixé par Ulbricht à la conférence était clair : « la liquidation définitive de toute conception social-démocrate de l'État et du droit à l'intérieur du parti[91] ».

Ulbricht était donc à Babelsberg pour expliquer en personne aux juristes et à la « science » juridique ce qu'il en est du droit, c'est-à-dire de la vérité marxiste-léniniste (et toujours stalinienne) du droit. Il n'est guère utile de s'appesantir sur le « concept de droit de Walter Ulbricht » pour reprendre le titre d'une contribution de Robert Alexy qui en propose l'analyse d'après la théorie générale (et « bourgeoise ») du droit[92]. Il n'y a rien à objecter au propos d'Alexy, même si l'exercice paraît incongru et un peu vain qui consiste à analyser du point de vue de la théorie générale du droit un discours strictement idéologique et dont la cohérence théorique – malgré ou à cause de sa forte cohérence idéologique – laisse pour le moins à désirer. Le résultat d'Alexy n'étonne guère : Ulbricht développe un concept à la fois positiviste et non positiviste du droit. Mais c'est exactement ce que l'on a vu au cours de l'analyse du livre de Klenner : le volontarisme positiviste d'un Vychinski devait être lesté d'une charge substantielle, d'un moment matériel donnant sens véritable à tout droit révolutionnaire marxiste-léniniste. La superstructure juridique ne doit pas tourner à vide, dans le vide du formalisme positiviste, mais s'accrocher, « en dernière instance », à la base « matérielle » des rapports économiques socialistes. Pour une théorie générale et « bourgeoise » du droit, c'est une contradiction ; pour le marxisme-léninisme « scientifique », c'est la dialectique d'un droit socialiste conscient de soi.

Ce qui frappe celui qui s'est intéressé aux discours nazis du droit, c'est de retrouver une *structure*, un motif discursif comparable, qu'Hubert Rottleuthner a pu qualifier de « décisionnisme substantiel[93] », formule qui aide à comprendre la « pensée concrète de l'ordre et de la configuration » exposée par Carl Schmitt en 1934[94]. Car on retrouve dans cette doctrine schmittienne la même « dialectique » entre le moment de l'ordre concret, qui peut être traduit par « base matérielle » – même si cette base chez Schmitt est un ordre éthique fondé sur la race – et le moment de la *Gestaltung*, de la mise en forme, de la *configuration* volontaire, « subjective », par l'autorité qui connaît objectivement – chez Schmitt, le *Führer* – ce qu'il en est et ce qu'il doit en être de l'évolution de l'ordre concret. Le même fondement *épistocratique* du droit se retrouve dans le discours d'Ulbricht comme dans l'ensemble de la littérature du marxisme-léninisme : le parti « avant-garde de la classe ouvrière » – et son chef, son Secrétaire général – ayant un savoir objectif – et infaillible – de la « base » – ou de l'« ordre concret » –, sa volonté législatrice « subjective » doit être tenue pour la volonté objective de cette « base ». Ainsi se trouve surmontée la séparation des gouvernants et des gouvernés et réalisée la vé-

---

[91] *Enquete-Kommission 4*, p. 88.

[92] On renvoie à l'analyse de ce discours par R. Alexy, « Der Rechtsbegriff Walter Ulbrichts », *Enquete-Komission 4*, p. 19-28. Texte repris dans J. Eckert (dir.), *Die Babelsberger Konferenz vom 2./3. April 1958*, *op. cit.*, p. 191 *sq.*

[93] H. Rottleuthner, « Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie im Nationalsozialismus », in R. Dreier et W. Sellert (dir.), *Recht und Justiz im Dritten Reich*, Francfort/Main, Surkhamp, 1989, p. 300, et la référence citée.

[94] O. Jouanjan, « "Pensée de l'ordre concret" et ordre du discours "juridique" nazi : sur C. Schmitt », in Y.-C. Zarka (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris, PUF, 2009, p. 71 *sq.*

ritable identité (démocratique ?) des dominants et dominés, qui permet aux dominés de dominer leurs dominants, mais par l'action de ceux qui, effectivement, les dominent.

On en revient au traumatisme de la conférence. La chasse au révisionnisme, déjà ouverte chez les philosophes, offrait l'occasion de régler aussi des comptes parmi les juristes. Les cibles étaient déjà désignées[95].

Tout d'abord les auteurs du premier manuel de droit administratif de la RDA – et particulièrement son principal instigateur, Karl Bönninger – dont le premier tome, la « Partie générale » du droit administratif, parut en 1957[96]. Le tome second, à savoir la « Partie spéciale », ne fut jamais publié. La division en « partie générale » et « partie spéciale » suivait le modèle du droit administratif bourgeois tel qu'il avait été fixé à la fin du XIX^e^ siècle par Otto Mayer. Mais surtout, le chapitre 5 de l'ouvrage était consacré à l'acte administratif et il s'agissait de la notion-clé du droit administratif allemand, telle que l'avait été précisément mise au point Mayer :

> La décision d'autorité incombant à l'administration qui détermine à l'égard du sujet (*Untertan*) dans le cas d'espèce ce qui doit être pour lui de droit[97].

Cette notion de l'acte administratif fut tenue pour bourgeoise et, surtout, elle semblait présupposer le principe de séparation des pouvoirs qui heurtait de plein fouet le dogme marxiste-léniniste de l'« unité du pouvoir d'État ». Pour le dire autrement, elle paraissait autonomiser une sphère juridique par rapport à la politique et, à partir de là, justifier la prétention de l'individu *contre l'État* quand le principe socialiste de la liberté individuelle reposait sur le « dogme de l'harmonie des intérêts » – entre l'État, la société et l'individu – dont on déduisait qu'il n'y avait pas de « liberté *contre* l'État » mais seulement une vraie « liberté *pour* l'État[98] ». Un tel droit administratif ne pouvait donc être qualifié que de « révisionniste ».

D'ailleurs Bönninger avait participé, la même année, aux *Mélanges en l'honneur d'Erwin Jacobi*[99]. Or, Jacobi avait été professeur à Leipzig sous la République de Weimar, et même s'il avait été suspendu de ses fonctions sous le nazisme et qu'il était resté en RDA après la guerre, il n'apparaissait pas comme un personnage véritablement engagé en faveur de l'édification du socialisme. Cela suffisait à rendre suspects ceux qui avaient participé à l'hommage qui lui était ainsi rendu, du moins ceux qui n'avaient pas montré des signes indubitables de leur adhésion inconditionnelle au marxisme-léninisme, puisque Karl Polak lui-même, l'accusateur en chef de ses collègues « révisionnistes », avait commis une contribution à ces Mélanges[100]. Mais pour ceux qui, tel Bönninger, avaient déjà montré des tendances réelles ou supposées au « révisionnisme », la participation à ces Mélanges devenait un motif de suspicion légitime qui imposait une recension méticuleuse destinée à

---

[95] Pour ce qui suit : M. Stolleis, *SG*, p. 50 *sqq.*

[96] K. Bönninger *et al.*, *Das Verwaltungsrecht der Deutschen Demokratischen Republik – Allgemeiner Teil*, Berlin, Deutscher Zentralverlag, 1957.

[97] O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3^e^ éd., Munich, Leipzig, Dunckler & Humblot, 1924, p. 93.

[98] G. Brunner, *Einführung*, p. 95.

[99] K. Bönninger, « Rechtsnorm und Verwaltungsanweisung », in *Festschrift für Erwin Jacobi*, Berlin, Zentralverlag der DDR, 1957, p. 333 *sqq.*

[100] K. Polak, Die Staatsfrage im "Achtzehnten Brumaire" (Ein Beitrag zur Dialektik in der Staatslehre), *Festschrift für Erwin Jacobi*, *op. cit.*, p. 51 *sqq.*

condamner et rectifier les erreurs plus ou moins grossières commises par les contributeurs[101]. Dans cette recension, on décèle même chez Polak de « petits défauts » (p. 588). Davantage chez Kröger qui méconnaît par trop, dans son interprétation des accords de Potsdam, les lois du matérialisme historique pour donner une place excessive à l'exégèse positiviste. L'attaque est plus rude contre Klenner qui écrit sur « Le droit au travail selon Johann Gottlieb Fichte » : « L'étude d'idéologies politiques et juridiques prémarxistes n'a de sens et ne justifie son existence que si elle fournit des armes politico-idéologiques au service de la lutte actuelle et future de la classe des travailleurs » (p. 592). C'est précisément ce qui fait complètement défaut à la contribution de Klenner. La critique prend également un ton d'avertissement concernant Heinz Such qui s'intéresse à des courants bourgeois de la philosophie du droit (la « jurisprudence des intérêts », le néo-kantisme) sans mettre suffisamment en évidence leur défense de l'idéologie impérialiste. Mais c'est bien sûr Karl Bönninger qui fait l'objet de « la plus sévère critique » (p. 599) : en distinguant « norme juridique » et « directive et instruction administratives », ces dernières n'étant pas absolument « inviolables », il fait entrer dans le droit marxiste-léniniste des catégories bourgeoises et succombe au formalisme bourgeois en soutenant ainsi une conception « extrêmement dangereuse » (p. 602)[102].

Le drame qui s'est joué à Babelsberg en 1958 vaut davantage par sa signification politique que par ses conséquences qui « ont souvent été surévaluées »[103]. En effet, elle signifiait que, quelles que soient les réalités de la déstalinisation à l'étranger, celle-ci n'aurait en RDA qu'un effet cosmétique : le nom de Staline est effacé, mais cela, dont il était le nom, perdure dans ses principes. Elle signifiait qu'il n'y aurait aucune marge de liberté scientifique dans des domaines aussi sensibles pour le régime que le droit et les sciences sociales et que le respect de la ligne, du « concept de droit » ulbrichtien, était étroitement surveillé et que l'Académie de Babelsberg était rappelée fermement à cette mission, dont elle va tout de suite s'acquitter puisqu'un nombre considérable des articles publiés par *Staat und Recht* après la conférence et jusqu'à la fin de l'année 1958 tire les « leçons », dans tel ou tel domaine, sur telle ou telle question de la conférence. Babelsberg, ce fut la mise en scène d'un nouvel acte de la *mise au pas* du monde des juristes et la conférence eut – on s'en doute – d'importantes conséquences psychologiques, notamment pour ceux qui purent se sentir visés ou qui ressentaient quelques velléités d'émancipation intellectuelle encore contenues[104]. Ulbricht sait, sa barbiche même sait l'effet

---

[101] Kschieschow/Leymann/Petzold/Pröger/Schöneburg, « Staats- und rechtstheoretsiche Probleme in der Festschrift für Erwin Jacobi », *StuR* 1958, p. 583-604.

[102] Voir aussi la condamnation sans appel de cette conception « matérielle de la règle de droit » et de sa distinction d'avec les directives, circulaires et instructions administratives, qui ne seraient que le fruit de « circonstances historiques particulières », à savoir « l'alliance objective entre l'absolutisme prussien et le libéralisme bourgeois » : G. Abelmann et H. Berndt, « Rechtsnorm und Verwaltungsanweisung ? », *StuR* 1958, p. 654 *sq.*

[103] Je suis d'accord sur ce point avec Wolfgang Seiffert qui note que « quelques années plus tard la plupart des juristes, à tout le moins au sein des facultés, avaient recommencé à expédier les affaires courantes » : Gegen Legenden und Mythen um die Babelsberger Konferenz, Eckert (dir.), *Die Babelberger Konferenz*, *op. cit.*, p. 190.

[104] Comme le note Michael Stolleis : « Après la chute de la RDA, le rôle de victime lors de la conférence de Babelsberg servit de preuve incontestable d'une activité dissidente et de résistance intérieure » (*SG*, p. 58). Comme le dit Wolfgang Seiffert, « ils voulaient tous, sans exception, une

que produit cette sympathique invitation : « Je vous prie d'exprimer votre opinion sur le traité de droit administratif publié l'an dernier[105] ». Il s'agit bien sûr du traité édité par Bönninger.

Pour le reste, les conséquences plus tangibles furent plusieurs mises au placard, dont celle bien sûr de Bönninger, la disparition du droit administratif en tant que discipline des facultés et le placement sous la stricte surveillance de l'Académie de l'enseignement du droit, ses programmes, ses contenus. Il fallut attendre la chute d'Ulbricht pour que le droit administratif réapparaisse et que les Facultés retrouvent une (très) relative autonomie à l'égard de l'Académie.

II. Le droit constitutionnel de la RDA

On se bornera ici à quelques remarques sur deux thèmes choisis : les droits fondamentaux et l'élection. Il s'agit de mettre en lumière cette idée orwellienne d'« inversion », c'est-à-dire les logiques discursives à l'œuvre qui affectent le sens pour nous ordinaire que nous attachons à ces mots – droits fondamentaux, élection – jusqu'à les retourner en ce qui nous apparaît être leur contraire. On peut légitimement s'étonner que cette seconde partie soit si courte, mais tout ce qui précède explique pourquoi les développements de la doctrine constitutionnelle est-allemande peut-être aussi radicalement résumée : mise au pas, elle est extraordinairement répétitive et ne mérite donc pas de très amples développements. On est également en droit de s'interroger sur le fait la question des institutions politiques de la RDA ne soient pas abordées. Cependant, la raison en est que la « doctrine » de ce droit constitutionnel institutionnel, en Allemagne de l'Est, est essentiellement descriptive et narrative, sans véritable densité doctrinale, même marxiste-léniniste. D'où les quelques brèves remarques concernant les deux thèmes annoncés.

A. Droits fondamentaux

À la différence du discours juridique nazi, et malgré la critique marxiste traditionnelle depuis *La question juive* faite aux droits de l'homme comme droits purement formels destinés à garantir la propriété et les libertés capitalistes, le droit de la RDA n'a pas exclu l'expression allemande, traditionnelle depuis 1848, de « droits fondamentaux ». Si elle n'apparaît pas en tant que telle dans la première constitution du 1949, qui préfère consacrer un titre aux simples « droits des citoyens », elle revient dans la constitution de 1968 et est maintenue dans la version révisée de 1974, où le mot *Grundrechte* se trouve cependant flanqué de ce qui est conçu comme son nécessaire pendant, les *Grundpflichten*, les devoirs fondamentaux. Mais après tout la Constitution de Weimar avait procédé de même.

Toutefois les mots ne sont pas les choses et les signes sont arbitraires. Et l'inversion de sens se produit ainsi, comme le note parfaitement Böckenförde :

> Ce n'est plus le contenu normatif des droits fondamentaux qui détermine la relation fondamentale du citoyen à l'État – comme cela correspond à la conception

---

Allemagne socialiste, et avaient la conviction (ont toujours ?) qu'ils étaient les marxistes véritables » (*op. cit.*, p. 190). Ils rentrèrent tous dans le rang, même Karl Bönninger qui, après un purgatoire dans l'administration locale, retrouva en 1962 un poste à l'université jusqu'à son éméritat en 1990. Résistants, mais pas trop.

[105] W. Ulbricht, « Die Staatslehre des Marxismus-Leninismus und ihre Anwendung in Deutschland », art. cité, p. 342.

> occidentale, gouvernée par l'idée d'État de droit – mais, tout à l'inverse, la nouvelle relation fondamentale (socialiste) du citoyen à l'État qui détermine le contenu normatif des droits fondamentaux[106].

La définition donnée par le *Traité de droit constitutionnel* confirme cette inversion de perspectives :

> Avec les droits, libertés et devoirs fondamentaux socialistes se trouve déterminé dans la Constitution le statut juridique général des citoyens, le rapport fondamental entre État et citoyens, entre communauté et individu sous les conditions de l'ordre social et étatique socialiste. En conséquence chaque citoyen peut et doit, conformément au droit à l'autodétermination du peuple, contribuer à la réalisation de la société et de l'État, il a la possibilité d'organiser son mode de vie socialiste et de développer sa personnalité dans toutes les directions et sans obstacles en conformité avec les lois et conditions objectives de la société[107].

C'est pourquoi « tous les destinataires des droits et devoirs fondamentaux [...] doivent s'en tenir à leur respect, leur réalisation et leur développement[108] ». Les « droits fondamentaux » tiennent en respect leurs « destinataires » (*Adressate*). C'est pourquoi ils sont en premier lieu du « droit objectif ». Ils ne *permettent* pas mais *exigent* que leurs titulaires s'emploient au développement, épanouissement (*Entfaltung*) de leurs propres personnalités : « Les citoyens eux-mêmes doivent contribuer [...] à créer les conditions d'un libre et égal épanouissement de la personnalité[109] ».

On comprend le sens de cette proposition si l'on se rappelle ce que « personnalité » veut dire. Le *Traité marxiste-léniniste de théorie générale de l'État et du droit*, rédigé par un « collectif d'auteurs » soviétique et traduit en quatre volumes en allemand, nous y aide :

> La personnalité est avant tout un certain type social de l'être humain. [...] Le développement de la personnalité est un processus d'appropriation conséquente par l'être humain des normes sociales établies par la société, par la classe. [...] Le socialisme apporte à l'homme nouveau sa sanction, à savoir la personnalité de la société socialiste qui porte en elle l'expression de la plus haute valeur sociale[110].

Malgré cette inclusion pleine et entière de la personnalité dans le social, le *Traité de droit constitutionnel de la DDR* précise :

> Les droits fondamentaux des citoyens sont en même temps des droits subjectifs. Ils ne le sont cependant pas au sens de la doctrine bourgeoise selon laquelle les droits du citoyen devraient garantir une « sphère sans État » (*staatsfreie Sphäre*)[111]. [Une telle conception] part du principe – même implicitement – qu'une majorité de citoyens serait contrainte de se protéger d'une puissance étatique qui leur serait étrangère et ennemie. [...] L'État socialiste est l'instrument de puissance des travailleurs qui n'ont pas besoin d'être couverts et protégés

---

[106] E.-W. Böckenförde, *RkS*, p. 44.

[107] *StR DDR*, p. 176.

[108] *Ibid.*

[109] *Ibid.*, p. 180-181.

[110] *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, t. 1, trad. allemande, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1974, p. 339-340.

[111] L'expression vient du juriste libéral G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1re éd., Fribourg-en-Brisgau, Mohr (Siebeck), 1892.

> contre la puissance qu'ils ont eux-mêmes révolutionnairement établie et qu'ils exercent[112].

Dans leur dimension « subjective », les droits fondamentaux « servent d'orientation positive pour le comportement des organes étatiques et sociaux, des fonctionnaires et des citoyens » – on voit mal où est ici l'aspect qui ne serait pas « objectif » – ainsi qu'à « la résolution de contradictions partielles, de conflits ponctuels entre partenaires qui participent à la réalisation des droits fondamentaux[113] ».

On voit ici que le titulaire d'un droit fondamental ne rencontre jamais un adversaire, mais toujours seulement un *partenaire* tout aussi engagé que lui dans la réalisation de la personnalité et de la légalité socialistes. De plus, puisque l'État (et le Parti), guidé par la « science du marxisme-léninisme », est le « partenaire » infaillible dans l'épanouissement de la personnalité et de la légalité socialistes, on n'imagine guère qu'il puisse entrer en conflit, aussi « ponctuel » que celui-ci puisse être, avec les droits fondamentaux d'un citoyen.

Cette inversion exprime la logique même du système nouveau : la relation fondamentale du citoyen à l'État n'est précisément plus celle d'une séparation de principe entre sphère privée et sphère publique, ni entre État et société, c'est-à-dire la garantie d'une autonomie même relative de la société au sein de laquelle s'expriment et jouent des intérêts divergents garantis par le droits fondamentaux, mais, comme on l'a déjà dit, l'idée d'une harmonie *objective* entre intérêts privés et intérêts collectifs, unité que doit garantir l'État grâce au Parti et aux « organisations sociales » de celui-ci et que scelle la « conscience socialiste du droit » qui ne saurait connaître de frontière entre sphère privée et sphère publique.

La conception formelle-bourgeoise des droits fondamentaux, qui est justifiée par ces divers principes de séparations qui sont la base même de la société capitaliste et de l'exploitation économique, est de la sorte *dépassée* grâce à une conception fonctionnelle concrète de ces droits : même formulés sous l'apparence traditionnelle de droits *défensifs* (à tout le moins dans le texte de 1949), il faut les entendre comme des *droits de participation* à la société socialiste, *Mitwirkungsrechte*.

En participant à la définition collective des conditions de vie et de travail au sein des *organisations sociales*, le « travailleur », l'ouvrier et le paysan, *réalise* son droit dès lors que ce faisant, il ne vient pas avec son intérêt particulier, mais prend conscience, une « conscience socialiste » de la convergence de son intérêt avec l'intérêt collectif : il *réalise* son droit en tant qu'il objective sa subjectivité dans l'intérêt commun. Le « facteur subjectif » s'harmonise avec le « facteur objectif » et actualise toujours à nouveau la médiation entre la base et la superstructure.

Or, dans le cadre de la « légalité socialiste », cette médiation *doit* en permanence s'actualiser pour précisément garantir l'harmonie des intérêts qui seule garantit la « satisfaction de la subjectivité », pour parler comme Hegel. Mais cette satisfaction ne peut se jouer que dans la participation au collectif. C'est pourquoi, dans le principe même de cette construction, procède une logique d'inversion qui transforme le droit en devoir, ce qu'exprime, on ne peut mieux, le grand philosophe du droit est-allemand, Walter Ulbricht :

---

[112] *StR DDR.*, p. 181.

[113] *Ibid.*

> La participation à l'organisation consciente de l'ensemble de la vie économique, culturelle et, avant toute chose, politico-étatique de notre République est donc le droit décisif, fondamental du citoyen de notre République[114].

Hermann Klenner, le théoricien juriste mis au pas en 1958, dans ses *Études sur les droits fondamentaux* en 1964 ne dit pas autre chose :

> L'unité, la concordance entre les exigences sociales et les intérêts matériels de tous les citoyens, après la victoire des rapports socialistes de production, est réalisée. Pour cela, il n'est nul besoin de droits fondamentaux. En revanche, afin de faire prendre conscience de cette concordance en chacun, il est nécessaire de faire participer chacun à la direction de l'économie, de la culture et de l'État et d'intéresser chacun matériellement et moralement aux plus hautes performances, avant tout dans le processus global de reproduction. Et pour ce faire, les droits fondamentaux (entre autres) sont indispensables[115].

Ces droits « ont une importante fonction d'harmonisation, ils doivent agir en vue de la concordance des intérêts entre la société et l'individu[116] ». Les intérêts étant des intérêts de classe, dès lors que le conflit de classe est surmonté, le conflit d'intérêts est surmonté et les droits fondamentaux changent de fonction puisque, même dans leur dimension (prétendument) « subjective » ils ne sauraient plus être conçus comme des « intérêts juridiquement protégés », selon la définition devenue canonique depuis Rudolf von Jhering.

Dès lors, les droits fondamentaux ne mettent pas en scène le drame bourgeois de l'individu face et, parfois, contre l'État. Ils ne déterminent pas, comme on l'a vu, une sphère *staatsfrei*, libre à l'égard de l'État. Ils disent, au contraire, une « liberté *pour* l'État[117] ». Et puisque la séparation entre État et société est surmontée grâce au parti et à ses organisations sociales, ces droits fondamentaux ne sont donc pas davantage une garantie de la sphère *privée* contre la sphère *sociale*. La socialisation des moyens de production marche logiquement de conserve avec la socialisation des droits.

C'est pourquoi l'on peut n'être pas tout à fait d'accord avec Böckenförde : les devoirs fondamentaux ne sont pas *à côté* des droits fondamentaux socialistes[118], mais pleinement *au-dedans* : ils en déterminent le sens véritable[119]. La liberté d'expression, formellement garantie, n'est pas flanquée d'un devoir d'expression, mais se transforme en une obligation de s'exprimer lors des grands débats participatifs régulièrement organisés, et s'exerce dans la limite du § 2 de l'article 6 de la Constitution de 1949, dit *Boykottparagraph*, c'est-à-dire le dénigrement visant ou pouvant conduire au « boycott » des institutions démocratiques et de leurs organisations et qui est un crime au sens du Code pénal.

---

[114] Cité par E.-W. Böckenförde, *RkS*, p. 45.

[115] H. Klenner, *Studien über die Grundrechte*, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1964, p. 52.

[116] *StR DDR*, p. 181.

[117] G. Brunner, *Einführung*, *op. cit.*, p. 95.

[118] E.-W. Böckenförde, *RkS*, p. 47.

[119] La doctrine est-allemande insiste précisément sur ce point qu'il y a *unité* des droits et des devoirs et non deux institutions juridiques distinctes et séparées : *StR DDR*, p. 184.

B. Élections

Il existait en RDA un pluralisme partisan de façade. Si le parti communiste avait absorbé le parti social-démocrate au sein du SED, il avait laissé vivre les partis bourgeois, la CDU et le Parti libéral-démocrate d'Allemagne (LDPD), refondés en 1945. Deux autres partis furent fondés en 1948, certainement à l'instigation du SED : le Parti des paysans allemands (DBD) et le Parti national-démocrate d'Allemagne (NDPD). Mais tous ces partis furent liés au SED et regroupés au sein du « Bloc démocratique des partis et organisations de masses » qui constituait la pièce maîtresse du « Front national ». À partir de 1950 et l'accession pleine et entière d'Ulbricht au pouvoir, ces « *Blockparteien* » ne disposaient plus d'aucune autonomie et servaient seulement la stratégie du SED[120].

Le territoire de la RDA était divisé en circonscriptions électorales sur la base d'un décret du Conseil d'État et un certain nombre de sièges étaient attribué à chacune des circonscriptions, par décret du Conseil d'État également[121]. Les candidatures se présentaient donc sous forme de listes par circonscription, liste qui pouvaient d'ailleurs comporter plus de noms que de sièges : les premiers de la liste étaient élus s'ils obtenaient plus de 50 % des suffrages exprimés – mais les résultats (officiels) pour la liste unifiée et sans concurrentes on toujours dépassé les 99 % avec une participation du même ordre –, les suivants étant destinés, dans l'ordre fixé par la liste, à suppléer les députés quittant leurs fonctions pour quelque cause que ce soit.

Selon l'article 54 de la Constitution de 1968 (révisée en 1974), la *Volkskammer* (Chambre du peuple) comportait 500 députés élus pour cinq ans[122] le scrutin étant « libre, universel, égal et secret ». Les mêmes principes s'appliquaient évidemment aux élections locales. On pourrait se croire en République fédérale. Toutefois, ces principes objectifs du droit électoral étaient « conditionnés par le droit fondamental à la participation (*Mitwirkung*) et à la coopération active (*Mitgestaltung*)[123] », dont on a vu plus haut ce qu'il signifiait : l'exercice du droit de suffrage ne prend sens que comme contribution à l'édification du socialisme qui seul garantit la liberté et la « personnalité » (socialiste) du citoyen actif. La « liberté » (subjective) du suffrage est donc interprétée comme un *devoir* d'être libre selon la norme objective définie par le concept de « personnalité socialiste ».

Quant au caractère *secret* du suffrage, le *Traité de droit constitutionnel* précise :

> De nombreux électeurs expriment leur plein accord avec l'appel à voter (*Wahlaufruf*) et les candidats présentés en rendant publique leur suffrage. Cela ne contredit pas le principe du vote secret car tout citoyen a le droit de décider sous quelle forme il entend donner son suffrage[124].

On imagine bien ce que décider de s'isoler pour accomplir son *devoir électoral* (socialiste) signifiait aux yeux d'un bureau électoral composé de cadres locaux des

---

[120] On renvoie à la somme que constitue : G.-R. Stephan *et al.* (dir.), *Die Parteien und Organisationen der DDR. Ein Handbuch*, 2e éd., Berlin, Dietz, 2002.

[121] *StR DDR*, p. 224.

[122] À partir de 1974. Jusque-là, les députés à la Chambre du peuple étaient élus pour quatre ans.

[123] *StR DDR*, p. 221.

[124] *Ibid.*, p. 224.

partis du Bloc qui sont autant de « collaborateurs inofficiels » (*inoffizielle Mitarbeiter*) de la *Stasi*. D'où une puissante contrainte de fait forçant à voter publiquement[125].

De plus, aussi « libre » que soit le suffrage, aux élections à la Chambre du peuple comme aux élections locales (dans les communes et les districts, les Länder ayant disparu), n'était présentée au choix des électeurs qu'une seule liste, formellement établie par le Front national mais selon une clé de répartition entre circonscriptions fixée par le SED. Un certain nombre de places étaient réservées aux *Blockparteien* et à certaines « organisations sociale », le SED se taillant en tout état de cause la part du lion.

Légalement, l'électeur de RDA dispose du droit de raturer un nom sur la liste. S'il ne rature aucun nom, il lui suffit de plier le bulletin et de le glisser dans l'urne, pratique du *Zettelfalten* (litt. : *pliage du bulletin*). Or comme la contrainte d'un vote public était extraordinairement puissante, on comprend qu'il ne fut pratiquement jamais fait usage de cette possibilité : soit l'on biffait des noms devant tout le monde, soit on faisait le détour par l'isoloir et, dans les deux cas, l'on était repéré comme suspect[126].

L'on peut bien se demander quel sens possède une élection non pluraliste. Pourtant, ce système n'était pas, du point de vue marxiste-léniniste, privé de toute signification.

La liberté étant conçue comme une liberté objective de participation non pas *à* l'État mais *pour* l'État et la société (socialistes), le droit de suffrage ne pouvait évidemment s'interpréter différemment : si le parti et ses organisations de masse déterminent les conditions objectives de cette liberté, « un droit de suffrage *contre* le socialisme et, en conséquence, le libre choix entre l'ordre socialiste et l'ordre bourgeois seraient, sur le fondement d'un tel concept de la liberté, absurde[127]. » Une monographie consacrée au rôle du droit électoral en RDA le confirme en 1958 :

> La démocratie socialiste est au service de la consolidation de l'ordre de la démocratie populaire et de l'édification du socialisme. L'objectif de nos élections ne peut être un autre. Les formes dans lesquelles s'exercent nos élections sont déterminées par leur but, faire un pas supplémentaire vers cet objectif[128].

Il est clair que ce but étant d'éliminer les contradictions sociales, le processus électoral ne saurait se fonder sur une contradiction pluraliste :

> Les élections et le droit électoral sont déterminés par la direction générale selon laquelle la puissance de l'État socialiste – la poursuite de l'achèvement de la démocratie socialiste[129].

Cela ne veut cependant pas dire que, si l'électeur n'a pas le choix au moment du vote, il n'y aurait pas de procédure de sélection. C'est cette procédure qui assure « une forme démocratique convaincante de préparation des élections qui a fait ses

---

[125] G. BRUNNER, *Einführung*, *op. cit.*, p. 64.

[126] *Ibid.* Voir aussi : H. CAMARADE, S. GOEPER, *Les mots de la RDA*, Presses universitaires du Midi, 2019, v° « Élections » et « Zettelfalten ».

[127] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *RkS*, p. 56.

[128] G. RIEGE, *Die Rolle der Wahlen in der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1958, p. 56-57.

[129] *StR DDR*, p. 216.

preuves[130] ». Les candidats émanent de la base, à savoir des « Collectifs de travailleurs » (*Arbeitskollektive*) qui sont constitués dans les entreprises, les « coopératives » agricoles et les administrations qui possèdent la qualité de « sujet de droit public » (*Subjekt des Staatsrecht*), à côté, notamment, du peuple, de l'État, des organes de l'État, des partis et « organisations sociales » et même des députés et des citoyens[131]… Il s'agit d'une sorte de comité de représentants du personnel, soigneusement sélectionnés et encadrés par l'appareil du régime, dont les deux fonctions officielles sont, outre cette participation à la désignation des candidats, leur participation aux discussions préparatoires à l'établissement des plans.

Toutes choses égales d'ailleurs, les Collectifs de travailleurs établissent ce que l'on appelait, sous le Premier Empire français, des « listes de confiance » ou de « notabilités », au sein desquelles les partis et « organisations sociales » choisiront leurs candidats dont la liste définitive est formellement établie par le Front national, celui-ci agrégeant au SED, les *Blockparteien*, les organisations de masses et les groupements et associations agréées par lui. Mais les partis et autres organisations ont le droit de réunir en une seule proposition commune l'ensemble de leurs candidats, d'où l'unité de candidature dans l'ensemble des circonscriptions électorale. Comme par extraordinaire, ces organisations ont constamment fait usage de ce droit depuis les premières élections, ce qui suscite l'admiration des auteurs du *Traité de droit constitutionnel* : cette volonté d'union n'est bien sûr pas l'effet de la domination qu'exerce le SED[132] sur le pluralisme de façade du système, mais seulement « l'expression de l'alliance, conduite par le parti marxiste-léniniste, de la classe des travailleurs avec la classe des paysans des coopératives, les intellectuels et tous les autres travailleurs[133] ».

Ces mêmes auteurs précisent en outre que « la sélection et l'examen des candidats par les travailleurs ne sont soumis à aucune procédure compliquée ou bureaucratique[134] ». Le Collectif de travailleurs pouvait donc se transformer pour le candidat pressenti et sur l'accusation de tel ou tel des participants à la réunion en une sorte de tribunal informel et sans garanties jugeant de la pureté de sa « personnalité socialiste ». Selon Böckenförde, le système permettait essentiellement au SED d'écarter les candidats peu fiables présentés par les autres partis en démolissant leur réputation, ce dont témoigne le fait que la presse de régime rendait régulièrement compte de ces situations en désignant nommément les candidats écartés et les motifs idéologiques de leur répudiation « démocratique[135] ».

Ce moment de la sélection est donc celui où il s'agit de s'assurer convenablement que les élections atteindront bien le but que leur fixe la loi électorale (§ 1, al. 2 de la loi du 31 juillet 1961) :

---

[130] *StR DDR*, p. 227.

[131] *StR DDR*, p. 21 *sq.*

[132] Même si cette domination est assumée : « Les élections sont marquées par le rôle dirigeant du Parti marxiste-léniniste au sein de la société » : *StR DDR*, p. 217.

[133] *StR DDR*, p. 227.

[134] *Ibid.*

[135] E.-W. Böckenförde, *RkS*, p. 63 *sq.*

> Par le moyen de l'élection, la population donne mandat à ses meilleurs représentants, en tant que députés au sein des représentations populaires, qui se distinguent par leurs actes remarquables, leur initiative et leur attachement au peuple des travailleurs.

Cependant, il faut encore contrôler, en cours de mandat que l'élu désigné par la confiance de son Collectif de travailleurs reste digne de cette confiance dans l'exercice de ce mandat. C'est pourquoi les Collectifs de travailleurs ne sont pas seulement des comités de sélection, mais aussi des comités de *surveillance* des députés. Il existe donc un « lien étroit[136] » et permanent entre le Collectif et son député. Si un élu devait manifester quelque faiblesse en cours de mandat, la loi électorale, dans son paragraphe 19, prévoit une procédure révocatoire : les électeurs, à l'initiative de leur Collectif et à travers les commissions du Front national, peuvent introduire une motion tendant à la révocation de l'élu concerné. Cependant il appartient à l'assemblée à laquelle appartient l'élu de statuer définitivement.

Au cours des réunions organisées par le Front national en vue de l'établissement des listes de candidats, sont également remis aux candidats finalement désignés les *Wähleraufträge* c'est-à-dire les mandats impératifs, des doléances bien sûr préparées au sein des partis et des organisations sociales, qui obligeront les futurs élus. De sorte que ni la *Volkskammer*, ni les assemblées locales ne sont « représentatives » au sens libéral-bourgeois de ce mot. Le député, local ou national, doit remplir deux fonctions : d'une part expliquer à ses mandants la politique de l'État socialiste dans le but de mobiliser ceux-ci en vue de leur collaboration active ; d'autre part, respecter la volonté des électeurs exprimée par les *Wähleraufträge*. La doctrine officielle précise : « ces deux aspects du statut juridique des députés se conditionnent mutuellement et forment une unité[137] ».

L'élection, tout autant que la votation populaire – on pense aux trois plébiscites organisés en 1951, 1954 et 1968 –, n'est donc plus l'heure du choix, mais de la mobilisation des masses ouvrières et paysannes en faveur du régime et de l'avancée du socialisme. C'est le moment de la démocratie acclamative chère à Carl Schmitt. Évidemment la participation est massive, jusqu'à s'approcher des 100 %, et l'adhésion, tout aussi massive.

Le jour du vote est un jour de fête, un jour férié, marqué par de nombreuses cérémonies et rassemblements populaires, une liesse, une fête révolutionnaire, dans laquelle se manifestent concrètement l'unité, l'harmonie de la collectivité, le signal de l'avancée et de la consolidation du socialisme.

C'est pourquoi le processus électoral, pris dans son ensemble, n'est pas une absurdité, un non-sens si on le considère d'après une perspective interne au système, c'est-à-dire conformément aux principes du marxisme-léninisme. La notion d'élection prend évidemment un tout autre sens que celui qu'il a dans les démocraties libérales puisque le vote n'ouvre pas un espace critique à l'égard des gouvernants mais est destiné à conforter ceux-ci dans leur action pour le socialisme réel.

Des candidats se soumettant au verdict d'une sorte de tribunal populaire lors de la préparation des élections, l'unité de candidature dans les circonscriptions, la contrainte *de facto* de participer et de donner publiquement son suffrage pour montrer l'intégrité de sa « personnalité », son appartenance effective au « peuple » et son

---

136 *StR DDR*, p. 232.

137 *StR DDR*, p. 234.

adhésion sans faille à l'« État des travailleurs et des paysans » et le caractère « festif » du jour du vote : l'ensemble de ces facteurs, constitutifs du processus électoral, doivent être compris comme un *rite de communion* du « peuple » avec ses maîtres à travers l'organisation régulièrement réitérée de l'*acclamation* populaire des élites, idéal schmittien de la démocratie[138].

Malgré toutes ces précautions, la falsification des résultats était le sport préféré des « commissions électorales » qui dépouillaient le plus souvent le scrutin à l'abri des regards indiscrets des « citoyens » et ce, malgré le § 37 alinéa 1er de la nouvelle loi électorale du 24 juin 1976 selon lequel le dépouillement est public (la loi de 1963 et ses révisions avaient oublié ce point de détail). On sait que les fraudes de ces commissions électorales, à l'occasion des élections communales du 7 mai 1989, ont donné une vigueur nouvelle à la contestation du régime.

Conclusion

Il ne pouvait être question d'envisager l'ensemble des questions constitutionnelles et leur commentaire par les auteurs de l'époque. Mais tel n'était pas le projet ni, en conséquence, le propos. À travers deux exemples, celui des droits fondamentaux et celui des élections, l'on a cherché à montrer comment une doctrine entendait pouvoir *donner sens* à des institutions ou procédures qui semblent défier le bon sens, celui, en tout cas, des juristes démocrates, libéraux et bourgeois que nous sommes. Tout système, même dictatorial, a besoin de discours de justification et de légitimation de sa domination. Les juristes y participent.

Mais on peut bien sûr se demander : de qui ont-ils l'oreille ? La réponse est simple : ils ont d'abord et avant tout celle de leurs maîtres, qui les surveillent. Des maîtres qui n'hésitent pas à participer à leurs débats pour les rappeler régulièrement à l'ordre socialiste de la RDA, comme on l'a vu de Walter Ulbricht, mais on aurait pu en dire autant de la ministre de la Justice de l'ère Ulbricht, d'Hilde Benjamin, surnommée « die rote Hilde » (*Hilde la rouge*), la belle-sœur de Walter Benjamin, et qui est omniprésente dans la revue officielle *Staat und Recht*. S'agissant des professeurs, ils ont ensuite l'oreille de leurs étudiants et de leurs collègues, qui les surveillent de plus près encore, puisqu'ils partagent leur activité quotidienne, et parmi lesquels se trouvent, assez invisibles, un nombre significatif de « collaborateurs inofficiels », d'informateurs ou « balances » œuvrant pour le compte de la Stasi. Sans doute remplissent-ils aussi, ces professeurs, une fonction d'éducation (ou de rééducation) à l'endroit des administrateurs de la chose juridique, juges et fonctionnaires. Et puis ils ont leur propre oreille, celle qui leur permet de se rassurer lorsqu'ils ont « bien fait le job » idéologique mais qui sonne aussi l'alerte lorsque survient le doute quant à la conformité de leur discours aux impératifs de la « ligne » du SED.

Qu'ils aient eu l'oreille de la population, c'est évidemment fort improbable, directement en tout cas. La propagande officielle suffisait à l'éducation populaire. Sauf lorsqu'un « citoyen » était confronté à un problème juridique personnel : il trouvait en la personne de l'administrateur, du juge et même de son avocat, le rééducateur nécessaire. Le discours des juristes fonctionne en un vase relativement clos, et il n'en va guère autrement dans les sociétés démocratiques et libérales, alors même que la question du droit touche l'ensemble des membres d'une collectivité

[138] C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 382.

politique (et au-delà). Et pourtant, il est nécessaire, même dans un régime totalitaire. Là, il faut avant tout assurer les gouvernants de leur *bon droit* à la domination. Même si ces gouvernants font peu de cas de leur *droit* et davantage de leur *pouvoir*.

Pour l'essentiel, les juristes de la RDA furent de *bonne foi*. Ils ont cru, comme un nombre important des citoyens de RDA, à la capacité libératrice du socialisme réel et à la nécessité d'en développer les possibilités et les conditions. Du moins durant les toutes premières années du régime. La misère matérielle et morale dans laquelle le nazisme avait laissé l'Allemagne devait être compensée : « Nouvelle foi contre ancienne souffrance : tel était le pacte fondateur de la RDA[139] ». Pour beaucoup de « citoyens », la répression brutale de 1953 fut un événement traumatique. Pour les juristes, la mise au pas de Babelsberg en 1958 fut leur propre événement traumatique. Mais beaucoup se sont adaptés et acclimatés. Leurs craintes sont devenues routines. Mais le doute restait semé dans la conscience collective, avivé par la *Success Story* de l'Allemagne occidentale.

En 1995, une quinzaine d'anciens professeurs et enseignants de RDA ont publié un livre en forme de bilan intitulé *L'ordre juridique de la RDA*. La première phrase constate sobrement : « Pour ses auteurs, la rédaction de ce livre fut particulièrement difficile. » Au sens précis de ce terme, ces auteurs se sentent en plein *désarroi* : l'attelage qui les conduisait s'est défait. « Nombreux – homme de doctrine mais aussi marxistes – ont abandonné leur position d'autrefois, sans pour autant réussir à adopter un point de vue nouveau et assuré[140] ». On ne peut facilement admettre d'avoir travaillé durant quarante années pour expliquer un ordre juridique en vain. Et l'on n'a aucune raison objective, sauf à rechercher les preuves contraires, ce qui signifierait entamer une chasse aux sorcières, de mettre en doute la sincérité de ces propos.

Néanmoins, que le droit constitutionnel de la RDA et les commentaires des juristes aient peu gouverné les gouvernants de la République est-allemande, cela est plus que probable. L'historien Hans-Ulrich Wehler a caractérisé le régime est-allemand de « sultanisme » reprenant ainsi un sous-type wébérien de la « domination patrimoniale[141] ». Si cette vision des choses est exacte, il faut voir dans le système est-allemand de domination :

> Une forme sultanique de patrimonialisme [qui] […] n'est pas rationalisée de manière objective ; au contraire, seule la sphère de l'arbitraire et de la grâce s'y est développée à l'extrême. Elle se différencie par-là de toutes les formes de domination rationnelle[142].

Si tel est bien le cas, les discours de justification de la doctrine constitutionnelle de RDA avaient-ils encore un *sens* ?

---

[139] M. Leo, *Histoire d'un Allemand de l'Est*, Arles, Acte Sud, 2010, p. 201. On ne saurait trop recommander la lecture de ce récit familial qui montre (et explique) les ferveurs, les tensions, les contradictions et les déceptions d'une famille est-allemande d'abord acquise à la nouvelle foi communiste.

[140] U.-J. Heuer (dir.), *Die Rechtsordnung der DDR*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 11, 17.

[141] H.-U. Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, t. 5 : 1949-1990, Munich, C.H. Beck, 2008, p. 354 *sq.*

[142] M. Weber, *Économie et société*, t. 1, trad. fr., Paris, Plon/Pocket, 1995, p. 309.

Olivier Jouanjan

Olivier Jouanjan est membre de l'Institut Michel Villey, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et professeur honoraire à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau. Il a notamment publié *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi* (Paris, PUF, 2017).

Gábor Halmai

Illiberal Constitutional Theories

I. Are There Such Things as "Illiberal or Nonliberal Constitutionalism"?

In a speech delivered on July 26, 2014, before an ethnic Hungarian audience in the neighboring Romania, Prime Minister Viktor Orbán proclaimed his intention to turn Hungary into a state that "will undertake the odium of expressing that in character it is not of liberal nature." Citing as models he added:

> We have abandoned liberal methods and principles of organizing society, as well as the liberal way to look at the world . . . Today, the stars of international analyses are Singapore, China, India, Turkey, Russia . . . and if we think back on what we did in the last four years, and what we are going to do in the following four years, then it really can be interpreted from this angle. We are . . . parting ways with Western European dogmas, making ourselves independent from them . . . If we look at civil organizations in Hungary, . . . we have to deal with paid political activists here . . . [T]hey would like to exercise influence . . . on Hungarian public life. It is vital, therefore, that if we would like to reorganize our nation state instead of it being a liberal state, that we should make it clear, that these are not civilians . . . opposing us, but political activists attempting to promote foreign interests . . . This is about the ongoing reorganization of the Hungarian state. Contrary to the liberal state organization logic of the past twenty years, this is a state organization originating in national interests[1].

Four years later at the same venue Orbán again expressed his support for illiberal democracy, adding that he considers Christian democracy as illiberal as well:

> There is an alternative to liberal democracy: it is called Christian democracy… Let us confidently declare that Christian democracy is not liberal. Liberal democracy is liberal, while Christian democracy is, by definition, not liberal: it is, if you like, illiberal.[2]

In June 2019, after Fidesz was suspended from the center-right party family, EPP (European People's Party) has set up a special committee to examine the Fidesz party's adherence to democratic standards. One of the questions the members of

---

[1] See V. Orbán, "Speech at Băile Tuşnad (Tusnádfürdő) of 26 July 2014," *The Budapest Beacon*, July 29, 2014 [http://budapestbeacon.com/public-policy/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/].

[2] See Prime Minister Viktor Orbán's Speech at the 29th Bálványos Summer Open University and Student Camp, July 28, 2018, Tusnádfürdő (Băile Tuşnad) on the PM's website: "Prime Minister Viktor Orbán's speech at the 29th Bálványos Summer Open University and Student Camp," *Miniszterelnok.hu*, July 28, 2019 [http://www.miniszterelnok.hu/prime-minister-viktor-orbans-speech-at-the-29th-balvanyos-summer-open-university-and-student-camp/].

the committee, former Austrian Chancellor Wolfgang Schüssel, former European Council President Herman Van Rompuy and former European Parliament President Hans-Gert Pöttering addressed to Viktor Orbán has been: "Please explain what you mean by the expression 'illiberal state'?" Here is the Fidesz chairman and Hungarian Prime Minister's response:

> We are Christian democrats and we are differing nowadays at least in three aspects from the liberals: The first one is the conviction that family is fundamental, and family is based on one man and one woman. We believe that this needs to be protected, which the liberals deny. Secondly, while the cultural life of every country is diverse, a *Leitculture*, a cultural tradition is present everywhere. In Hungary this is Christian culture. We respect other cultures, but our own has a prominent role for us, and it is our responsibility to preserve it. Liberals refuse this concept. The third aspect is that liberal democrats are everywhere pro-immigration while we are against immigration. So whether one admits it or not: Christian democrats are illiberals by definition.[3]

In a conversation with the French philosopher Bernard-Henry Lévy, Orbán identified liberalism with totalitarianism, and illiberalism with true democracy:

> Liberalism gave rise to political correctness—that is, to a form of totalitarianism, which is the opposite of democracy. That's why I believe that illiberalism restores true freedom, true democracy.[4]

In July 2019 in the yearly Băile Tuşnad/Tusnádfürdő Free University Orbán admitted that "illiberalism" carries a negative connotation, and therefore he changed the terminology calling illiberalism "Christian liberty," which according to him is "a genuine model of a theory of state, a unique Christian democratic state." He made it clear however that "Christian liberty does not mean individual liberty, because individual freedoms can never encroach on the interests of the community. There is indeed a majority that must be respected, that is the foundation of democracy."[5]

In a speech, delivered in mid-September 2019 at the 12th congress of the Association of Christian Intelligentsia he said that "Christian liberty" is superior to the individual liberty—defined by John Stuart Mill in his *On Liberty*—, which can only be infringed upon if the exercise of one's liberty harms others. Christian liberty, by

---

[3] The leaked letter has been published by Politico: L. BAYER, "Orbán rejects EPP concerns on rule of law," *Politico*, June 13, 2019, [https://www.politico.eu/article/viktor-orban-rejects-epp-concerns-rule-of-law/].

[4] B.-H. LÉVY, "How an Anti-totalitarian Militant Discovered Ultranationalism. After 30 years, I spoke with Viktor Orbán again," *The Atlantic*, May 13, 2019, [https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/05/bernard-henri-levy-interviews-viktor-orban/589102/].

[5] Magyar Távirati Iroda (MTI; the Hungarian public news agency), "'Yes' to democracy, 'no' to liberalism," *Miniszterelnok.hu*, July 28, 2019, [http://www.miniszterelnok.hu/yes-to-democracy-no-to-liberalism/]. As Yale law and history professor, Samuel Moyn pointed out President Trump has also begun to nudge the political culture to the same direction. He quoted Sohrab Ahmari, a conservative journalist, who approvingly explained Trump's policy as re-ordering the common good and ultimately the "Highest Good," that is, the Christian God—Moyn argues. See S. MOYN, "We'Are in An Anti-Liberal Moment. Liberals Need Better Answers," *The Washington Post*, June 21, 2019.

contrast, holds that we ought to treat others as we want to be treated.[6] "The teachings of 'Christian liberty'—he added—maintain that the world is divided into nations." As opposed to liberal liberty, which is based on individual accomplishments, the followers of "Christian liberty" acknowledge only those accomplishments that also serve the common good. While liberals are convinced that liberal democracies will eventually join together to form a world government *à la Immanuel Kant* in the name of liberal internationalism, Christian liberty by contrast considers "nations to be as free and sovereign as individuals are, and therefore they cannot be forced under the laws of global governance."

In the system "Christian liberty" Hungary has a special place:

> We shouldn't be afraid to declare that Hungary is a city built on a hill, which, as is well known, cannot be hidden. Let's embrace this mission, let's create for ourselves and show to the world what a true, deep, and superior life can be built on the ideal of Christian liberty. Perhaps this lifeline will be the one toward which the confused, lost, and misguided Europe will stretch its hand. Perhaps they will also see the beauty of man's work serving his own good, the good of his country, and the glory of God.[7]

Another new element of the speech that Orbán puts "Christian liberty" at the center of the "Christian democratic state," "a new and authentic model of state and political theory," which has been reached in the last thirty years by two big steps. The first has been the liberal democratic transition in 1989, while the second, more important one is the national or Christian regime change in 2010.

Regarding the new constitutional order, introduced by the 2011 Fundamental Law of Hungary, Orbán admitted that his party did not aim to produce a liberal constitution. He said:

> In Europe the trend is for every constitution to be liberal, this is not one. Liberal constitutions are based on the freedom of the individual and subdue welfare and the interest of the community to this goal. When we created the constitution, we posed questions to the people. The first question was the following: what would you like; should the constitution regulate the rights of the individual and create other rules in accordance with this principle or should it create a balance between the rights and duties of the individual. According to my recollection more than 80% of the people responded by saying that they wanted to live in a world, where freedom existed, but where welfare and the interest of the community could not be neglected and that these need to be balanced in the constitution. I

---

[6] "Orbán Viktor beszéde a Keresztény Értelmiségiek Szövetségének (KÉSZ) XII. Kongresszusán," (September 14, 2019), *Miniszterelnok.hu*, [http://www.miniszterelnok.hu/orban-viktor-beszede-a-kereszteny-ertelmisegiek--szovetsegenek-kesz-xii-kongresszusan/]. This time the webpage of the Prime Minister besides the original Hungarian text of the speech contains no English, but only a German language translation: [http://www.miniszterelnok.hu/viktor-orbans-rede-auf-dem-kongress-des-verbandes-der-christlichen-intellektuellen-kereszteny-ertelmisegiek-szovetsege-kesz/].

[7] As Eva S. Balogh points out this passage is taken from the Gospel of Matthew, (5:13-15), without identifying it. See E.S. Balogh, "Orbán, the New Jesus Delivers His Sermon on the Mount," *Hungarian Spectrum*, September 15, 2019, [https://hungarianspectrum.org/2019/09/15/orban-the-new-jesus-delivers-his-sermon-on-the-mount/].

> received an order and mandate for this. For this reason the Hungarian constitution is a constitution of balance, and not a side-leaning constitution, which is the fashion in Europe, as there are plenty of problems there.[8]

Orbán's rejection of liberal constitutionalism entails his attitude towards its two main components, human rights and separation of power. He made clear his stance on issues of human in a speech at the Hungarian Diaspora Council in December 2, 2015:

> There is a political discourse that treats the world on the basis of the philosophy of human rights, and we are obliged to account for anything and everything within the framework of this kind of thinking. And whoever steps outside of this canon commits treason against the wonderful values of the world. This era is coming to an end… We are in the endgame of the period that is based on the export of democracy and human rights.[9]

In his speech at the congress of Fidesz on December 13, 2015 he labels human rights as a secondary value:

> Today, Europe's mainstream and its key people pursue superficial and secondary values such as human rights, progress, openness, new family types, and tolerance. These are nice and cute things, but in reality, they are secondary, because they are derivative values.

According to him, the "primary values" that are missing in Europe today are "Christianity, common sense, military virtues, and national pride."[10] Orbán also consequently refuses the separation of powers, checks and balances as concepts alien to his illiberal constitutional system:

> Checks and balances is a U.S. invention that for some reason of intellectual mediocrity Europe decided to adopt and use in European politics[11].

The ideological foundation of Orbán's illiberalism can be found in the works of his two court ideologues, the sociologist and former liberal MP, Gyula Tellér and András Lánczi, a political scientist. It is easy to prove that Orbán in his 2014 speech on "illiberal democracy"recited a study of Tellér published earlier on that year,

---

[8] See the following interview in the Hungarian Public Radio with PM Orbán: "'A Tavares jelentés egy baloldali akció' (The Tavares report is a leftist action), Interview with PM Viktor Orbán," *Kossuth Rádió*, July 5, 2013.

[9] See the Hungarian language record of the speech: "Orbán Viktor beszéde a Magyar Diaszpóra Tanács V. ülésén," *Magyarország Kormánya* YouTube channel, December 2, 2015, [https://www.youtube.com/watch?v=STZCp8jTEvo&feature=youtu.be&t=10m15s]. Quoted by E.S. BALOGH, "The Mad World of Orbán's Hungary," *Hungarian Spectrum*, September 15, 2020, [https://hungarianspectrum.org/2020/09/15/the-mad-world-of-orbans-hungary/].

[10] The Hungarian language speech is also quoted by Eva S. Balogh: *ibid.* [https://www.youtube.com/watch?v=XJ9-k-kxHbw&feature=youtu.be&t=20s].

[11] Interview with *Bloomberg News*: Z. SIMON, "Orban Touts Hungary's Economy With Eye on Bank-Tax Cuts," *Bloomberg*, December 15, 2014, [https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-12-14/orban-touts-hungary-s-economic-flight-with-eye-on-bank-tax-cuts]. Similarly, Tünde Handó, head of the National Judicial Office, a close ally of Orbán said "The rule of law over the State, like, for example, in the United States, is not the right way" (V. ANDRÁS, "Handó: Nem kell a bíróságoknak szembehelyezkedniük az állammal," *Népszava*, March 22, 2019, [https://nepszava.hu/3029940_hando-nem-kell-a-birosagoknak-szembehelyezkedniuk-az-allammal]).

what Orbán assigned as compulsory reading for all his ministers.[12] Tellér claims that the "system of regime-change" has failed because the liberal constitution did not commit the government to protect national interests, therefore the new "national system" has to strengthen national sovereignty, and with it the freedom of degree of government activity. This, Tellér argues is necessary against the moral command of the liberal rule of law regime, according to which "everything is allowed, what does not harm others' liberty".

Lánczi's antiliberal concept can be found in his book *Political Realism and Wisdom*, which was published in English in 2015, as well as in an article published in 2018, after Fidesz' third consequitive electoral victory[13]. Lánczi's critique is an outright rejection of liberalism as a utopian ideology, which is—similar to Communism—incompatible with democracy.

Similarly to Orbán, the that time Polish Prime Minister Beata Szydło (with Kaczyński, ruling from behind the scenes as he holds no official post), have described the actions of the PiS government dismantling the independence of the Constitutional Tribunal and the ordinary courts as a blitz to install an illiberal state. In mid-September 2016 at a conference in the Polish town of Krynica, Orbán and Kaczyński proclaimed a "cultural counter-revolution" aimed at turning the European Union into an illiberal project. A week later at the Bratislava EU summit, the prime ministers of the Visegrád 4 countries demanded a structural change of the EU in favour of the nation states.[14] Witold Waszczykowski, Poland's minister of foreign affairs expressing his own and his governing PiS party's antiliberalism went as far as to mock liberalism as "a world made up of cyclists and vegetarians, who only use renewable energy and fight all form of religion."[15]

Ryszard Legutko, the main ideologue of PiS, similarly to his Hungarian counterpart, Lánczi, also likens liberal democracy with Communism both being fuelled by the ideas of modernazation and progress.[16] Both Lánczi and Legutko assert together with other antiliberals with one voice that liberalism and Communism, or

---

[12] See G. Tellér, "Született-e 'Orbán-rendszer' 2010 és 2014 között? [*Was an Orbán System Born between 2010 and 2014?*]," *Nagyvilág*, Vol. LIX, No. 3, March 2014, pp. 346-368.

[13] See A. Lánczi, "The Renewed Social Contract–Hungary's Elections, 2018," *Hungarian Review*, Vol. IX, No. 3, May 2018, [http://www.hungarianreview.com/article/20180525_the_renewed_social contract hungary s elections 2018]. A detailed analysis of Lánczi's arguments see K.L. Scheppele, "The Opportunism of Populists and the Defense of Constitutional Liberalism," *German Law Journal*, Vol. 20, No. 3, 2019, pp. 314-331, [https://doi.org/10.1017/glj.2019.25].

[14] Slawomir Sierakowski even speaks about an "illiberal international". See S. Sierakowski, "The Polish Threat to Europe," *Project Syndicate*, January 19, 2016, [https://www.project-syndicate.org/commentary/poland-illiberalism-threat-to-europe-by-slawomir-sierakowski-2016-01].

[15] H.-J. Vogel, "Haben die Polen einen Vogel?," *Bild*, January 3, 2016, [https://www.bild.de/politik/ausland/polen/hat-die-regierung-einen-vogel-44003034.bild.html].

[16] See R. Legutko, *The Demon in Democracy: Totalitarian Temptations in Free Societies*, New York, Encounter Books, 2016, pp. 2-9.

for that matter its ideology, Marxism are secretly allied and share a common ancestry that they are two offshoots of an Enlightenment tradition.[17] This critique of liberalism goes back to Carl Schmitt.[18]

This critical stance of the new illiberals towards liberal constitutionalism is also related to a Schmittian understanding of the constitution, and to Carl Schmitt's critique of liberal constitutionalism and its conception of the rule of law. As is well-known, the constitution in Schmitt's view is an expression of "the substantial homogeneity of the identity and the will of the people," and guarantee of the state's existence, and ultimately any constitutional arrangement is grounded in, or originates from, an arbitrary act of political power. In other words, in Schmitt's view the basis of the constitution is "a political decision concerning the type and form of its own being," made by the people as a "political unity," based on their own free will. This political will "remains alongside and above the constitution."[19] Schmitt also portrays the people as an existential reality as opposed to the mere liberal representation of voters in parliament, holding therefore that Mussolini was a genuine incarnation of democracy. Schmitt goes so far as to claim the incompatibility of liberalism and democracy, and argues that plebiscitary democracy[20] based on the homogeneity of the nation is the only true form of democracy.

---

[17] This anti-liberal political theory is present outside East-Central Europe as well. For instance, Patrick Deneen's book, *Why Liberalism Failed* (London, Yale University Press, 2018) is directed at the left in the US targeting both contemporary progressivism and "classical liberalism" of conservatives. The Israeli political theorist Yoram Hazony, whose book *The Virtue of Nationalism* (New York, Basic Books, 2018) also criticizes those conservatives who defend liberal democracy. As Marc Plattner convinsingly argues, the common goal of all these thinkers is to conflate liberal democracy with contemporary progressivism and thus to suggest that conservatives should have no interest in supporting or defending liberal democracy. See M. Plattner, "Illiberal Democracy and the Struggle on the Right," *Journal of Democracy*, Vol. 30, No. 1, January 2019, pp. 16-17.

[18] Stephen Holmes rightly refers to Schmitt's work, *Römischer Katholizismus und politische Form* (Stuttgart, Klett-Cotta, 1984, p. 22), in which he claims that "American financiers and Russian Bolsheviks join forces in fighting for the triumph of economistic thought." See S. Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 2, n.1.

[19] See C. Schmitt, *Constitutional Theory*, ed. and transl. J. Seitzer, Durham, Duke University Press 2008 [1928], pp. 125-126. This idea is also shared by a part of the French constitutional doctrine, influenced by Rousseau's general will. This is the reason that the representatives of this doctrine hold that during a constitutional transition a referendum is sufficient to legitimate a new constitution. *See* the French Constitutional Council's approval of De Gaulle's 1962 amendment to the 1958 Constitution, ignoring the Constitution's amendment provisions.

[20] The Hungarian political scientist, András Körösény, implementing the Weberian concept calls the Orbán regime as "plebiscitary leader democracy," where the activity of the leader (or Führer?—G.H.) is posteriorly approved by the people, but since this approval can be withdrawn this is still a democratic system. See A. Körösényi, "Weber és az Orbán-rezsim: plebiszciter vezéremokrácia Magyarországon [Weber and the Orbán-regime: Plebisciter Leader Democracy in Hungary]", *Politikatudományi Szemle*, Vol. XXVI, No. 4, 2017, pp. 7-28. In a more recent interview however, Körösényi admitted that the for the witdrawal of approval currently a miracle is needed. See P. Hamvay, "Csak a csoda segít [Only the Miracle Helps]," Interview with András Körösényi, *HVG*, June 20, 2019, [https://hvg.hu/360/hetilap360/2019/25/20192505magyar2]. In contrast, Wojciech Sadurski using Guillermon O'Donnell's "delegative democracy" concept charactirises the Polish system after 2015 as "plebiscitary autocracy," in which the electorate approves of governmental disregard of the constitution. See W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford Univesity Press, 2019, pp. 242-243.

As Mattias Kumm argues, Carl Schmitt's interpretation of democracy, inspired by Rousseau, and used by authoritarian populist nationalists, like Viktor Orbán as "illiberal democracy," becomes an anti-constitutional topos.[21] Consequently, I equate constitutionalism with liberal democratic constitutionalism.[22] This does not mean, however, that constitutions cannot be illiberal or authoritarian. Therefore, it is legitimate to talk about constitutions in authoritarian regimes, as Tom Ginsburg and Alberto Simpler do in their book,[23] but I do not agree with the use of the term "authoritarian constitutionalism"[24] or "constitutional authoritarianism".[25] Besides the constitutions in the Communist countries, both current theocratic and communitarian constitutions are considered as illiberal.[26] Theocratic constitutions, in contrast to modern constitutionalism, reject secular authority.[27] In communitarian

---

[21] M. Kumm, "Demokratie als verfassungsfeindlicher Topos," *Verfassungsblog on matters constitutional*, September 6, 2017, [https://verfassungsblog.de/demokratie-als-verfassungsfeindlicher-topos/].

[22] In contrast, others also regard other models of constitutionalism, in which the government, although committed to acting under a constitution, is not committed to pursuing liberal democratic values. See for instance M. Tushnet, "Varieties of Constitutionalism," *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, No. 1, 2016, pp. 1-5, [https://doi.org/10.1093/icon/mow021]. Similarly, Gila Stopler defines the state of the current Israeli constitutional system as 'semi-liberal constitutionalism'. Cf. G. Stopler, "Constitutional Capture in Israel," *I-CONnect. Blog of the International Journal of Constitutional Law*, August 21, 2017, [http://www.iconnectblog.com/2017/08/constitutional-capture-israel/].

[23] T. Ginsburg and A. Simpser, *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

[24] See for instance A. Somek, "Authoritarian Constitutionalism: Austrian Constitutional Doctrine 1933-1938 and Its Legacy," in Chr. Joerges and N. Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its legal Traditions*, London, Bloomsbury, 2003; T. Isiksel, "Between Text and Context: Turkey's Tradition of Authoritarian Constitutionalism," *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 3, 2013, pp. 702-726, [https://doi.org/10.1093/icon/mot024]; M. Tushnet, "Authoritarian Constitutionalism," *Cornell Law Review*, Vol. 100, No. 2, 2015, pp. 392-361, [https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4654&context=clr]. Somek deals with Austria before the Anschluss, Isiksel with Turkey, while Tushnet tries to generally pluralize the normative understanding of non-liberal constitutionalism, differentiating between an absolutist, a mere rule-of-law, and an authoritarian form of constitutionalism, Singapore being the main example of the latter. Most of the chapters in *Autoritarian Constitutionalism. Comparative analysis and Critique* (H.A. Garcia and G. Frankenberg (eds.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, 386 pp.)—as the editors' preface states—"challenge the notion of a single 'proper sense' of constitutionalism that is coexistensive with and exhausted by the discrete elements of the liberal paradigm." In the introductory chapter, Günter Frankenberg argues that "liberal orthodoxy treats authoritarian constitutionalism not just as a contested concept, but as a mere travesty or deceitful rendition of the rules and principles, values and institutions of what is innocently referred to as 'Western constitutionalism'" (see G. Frankenberg, "Authoritarian Constitutionalism: Coming to Terms with Modernity's Nightmares," in H.A. Garcia and G. Frankenberg (eds.), *Autoritarian Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 7).

[25] S. Levitsky and L.A. Way, "The Rise of Competitive Authoritarianism," *Journal of Democracy*, Vol. 13, No. 2, 2002, p. 51.

[26] L.-A. Thio, "Constitutionalism in Illiberal Polities," in M. Rosenfeld and A. Sajó (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 133. Contrary to my understanding, Thio also talks about "constitutionalism" in illiberal polities.

[27] There are two subcategories distinguished here: The Iranian subcategory, where Islam is granted an authoritative central role within the bounds of a constitution; and the Saudi Arabian subcategory, where Islam is present, without the formal authority of modern constitutionalism.

constitutions, like the ones in South Korea, Singapore and Taiwan, the well-being of the nation, the community and society receive utilitarian priority rather than the individual freedom, which is the principle of liberalism. But in these illiberal polities, there is no constitutionalism, their constitutions—using Pablo Castillo-Ortiz's term—are "de-normativised."[28] In other words, in my view "illiberal constitutionalism" is an oxymoron.

Besides illiberal constitutionalism there are also attempts to legitimate "nonliberal constitutionalism" as a subtype of constitutionalism. Graham Walker uses the term for constitutionalist structures, "wherever people value some aspects of communal identity more than autonomy of individual choice."[29] Walker's main example for the nonliberal, rather local than universal values, is granting group right to native peoples and the distinct society of Québec, but he also mentions the state of Israel, which fails its noncitizen residents in many regrettable ways, as well as the tribal life of the native American nations in the US. The common characteristic of all these approaches is "to indict the notion of individual autonomy rights as a form of naïve and homogenizing universalism, and to unmask the ethnic and moral 'neutrality' of the liberal state as a covert form of coercion."[30] Walker builds up his concept using Charles Howard McIlwain's understanding of constitutionalism in his 1940 book[31]. According to McIlwain the limitation of government by law isn't necessarily liberal, because the rights of individuals are not centralized, and there is no need for a public authority to be a neutral arbiter among competing value systems. Among the more contemporary thinkers, Walker relies on Stanley Fish's skepticism about individual rights of all kind. In his notorious articles from 1987[32] and 1992[33] respectively, Fish argues that because liberalism conceives its rational principles precisely as supranational and nonpartisan, "one can only conclude, and conclude nonparadoxically, that liberalism doesn't exist." According to Walker, nonliberal constitutiuonalism historically was anticipated in some features of Republican Rome or of medieval Europe, or in the millet system of the Ottoman Empire, while in more recent history in Canada before the 1982 Charter of Rights and Freedoms. He also consideres the evolving multiculturalist/tolerationist American university campus practices as an embryonic version of nonliberal constitutionalism, and "politically correct" thinkers who promote such policies as hostile to the notion of "individual rights."[34]

---

[28] See P. Castillo-Ortiz, "The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe," *European Constitutional Law Review*, Vol. 15, No. 1, 2019, p. 67 [https://doi.org/10.1017/S1574019619000026].

[29] G. Walker, "The Idea of Nonliberal Constitutionalism," *Nomos*, Vol. 39, *Ethnicity and Group Rights*, 1997, p. 155, [https://www.jstor.org/stable/24219975].

[30] *Ibid.*, p. 157.

[31] C.H. McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca, Cornell University Press, 1940.

[32] S. Fish, "Liberalism Doesn't Exist," *Duke Law Journal*, Vol. 1987, No. 6, pp. 977-996.

[33] S. Fish, "There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing, Too," *Boston Review*, Vol. 17, No. 1, 1992, pp. 3-26.

[34] As we have seen earlier, Hungarian PM Viktor Orbán opposes "political correctness" as a liberal concept. See *supra*, his interview with Bernard-Henry Lévy.

The problem with Walker's concept is that he conflates constitutionalism with constitution. While the latter indeed predates the enlightenment, the former, together with liberalism, does not[35]. The "constitution" as the configuration of public order defined by Aristotle or Cicero did not require the notion of individual rights, while modern constitutionalism does[36]. For instance Montesquieu in *The Spirit of Laws* argues that the constitutional system based on the separation of power is necessary for securing political liberty and preventing the emergence of "tyrannical laws" and "execution of laws in a tyrannical manner."[37] This means that "fettered power", which, according to Walker is the essence of constitutionalism, presupposes guaranteed individual rights. The same applies to definitions of constitutionalism, emphasizing "limited government". For instance Giovanni Sartori defines constitutionalism as "a fundamental law, or a fundamental set of principles, and a correlative institutional arrangement, which would restrict arbitrary power and ensure 'limited government'".[38] Also, András Sajó and Renáta Uitz describe constitutionalism as a liberal political philosophy that is concerned with limiting government.[39] But the main aim of limiting government is to guarantee individual rights. In other words, modern constitutionalism is by definition liberal. Not only the anti- or illiberal version, but also the nonliberal one is oxymoronic.

II. Attempts to Legitimize "Illiberal Constitutionalism"

A. Majoritarian (Westminster) System

Proponents of Fidesz' illiberal constitution, as Béla Pokol, professor of law and member of the packed Hungarian Constitutional Court argues that the post-2012 constitutional system envisages the Westminster type of Parliamentary system, in which the "winner takes all," and where principle of the unity of power prevails[40].

---

[35] "Classic liberalism" in its 19th centrury European sense means individual liberty and free market. See A. Sajó and R. Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 13.

[36] Carl J. Friedrich, one of the authors Walker refers to, in the later editions of his famous text on *Constitutional Government and Democracy* emphasizes that the single function of constitutionalism is safeguarding each person in the exercise of "individual rights." See C.J. Friedrich, *Constitutional Governance and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, 4th ed., Waltham, Blaisdell, 1968, pp. 24, 27. Walter Murphy, another author, quoted by Walker after the democratic transition in Eastern Europe has also talked about "protecting individual liberty" as the ultimate civic purpose of constitutionalism. Cf. W.F. Murphy, "Constitutions, Constitutionalism and Democracy," in D. Greenberg, S.N. Katz, M.B. Oliviero and S.D. Wheatley (eds.), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 3-25.

[37] Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, transl. and eds. A.M. Cohler, B.C. Miller and H.S. Stone, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, Book XI. Chap. 6 at 157. (Quoted by G.A. Tóth, "Constitutional Markers of Authoritarianism," *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 11, 2019, pp. 37-61, [https://doi.org/10.1007/s40803-018-0081-6].)

[38] See G. Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion," *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4, 1962, p. 855, [https://doi.org/10.2307/1952788].

[39] A. Sajó and R. Uitz, *The Constitution of Freedom*, *op. cit.*, p. 13.

[40] B. Pokol, "Elismerés és kritika [Recognition and Criticism]," *Magyar Nemzet*, March 24, 2011; B. Pokol, "Alkotmánytervezet – Elismerés és kritika" [Constitution Project – Recognition and

But the Hungarian, or for that matter the Polish constitutional system, cannot be considered as a monistic democracy, which just gives priority to democratic decision-making over fundamental rights.[41] Actually, the new Hungarian constitution and the Polish constitutional practice do not comply with any models of government, which are based on the concept of separation of powers. The more traditional models of government forms are based on the relationship between the legislative and the executive. For instance, Arendt Lijphart differentiates between majoritarian (Westminster) and consensual models of democracy, the prototype of the first being the British, while of the second refers to continental European parliamentary, as well as the US presidential system.[42] Giovanni Sartori speaks about presidentialism and semi-presidentialism, as well as about two forms of parliamentarism, namely the premiership system in the UK, or *Kanzlerdemokratie* in Germany, and the assembly government model in Italy.[43] Bruce Ackerman uses, besides the Westminster and the US separation of powers systems, the constrained parliamentarism model as a new form of separation of powers, which has emerged against the export of the American system in favor of the model of Germany, Italy, Japan, India, Canada, South Africa, and other nations, where both popular referendums and constitutional courts constrain the power of the parliament.[44]

Hungary and Poland, from 1990 until 2010, and 2015 respectively, belonged to the consensual and constrained parliamentary systems, close to the German *Kanzlerdemokratie*, in Poland with a more substantive role for the President of the Republic. But in Hungary, the 2011 Fundamental Law abolished almost all possibility of institutional consensus and constraints of the governmental power. In Poland, despite the fact that the governmental majority isn't able to change the Constitution, due to the legislative efforts of the PiS government, the 1997 Constitution has become a sham document. In both countries, the system has moved towards an absolute parliamentary sovereignty model without the cultural constrains of the Westminster form of government. Not to mention the fact that in the last decades, the traditional British model of constitutionalism has also been changed drastically with the introduction of a bill of rights by left-of-centre governments—and opposed by right-of-centre opposition parties—in Canada (1982), New Zealand (1990), the United Kingdom (1998), the Australian Capital Territory (2004) and the State of Victoria (2006). Contrary to the traditional Commonwealth model of constitutionalism, in the new Commonwealth model the codified bills of rights became limits on the legislation, but the final word remained in the hands of the politically accountable branch of government. In this respect, this new Commonwealth model

---

Criticism], in K.B. ANETT, T. ANDRÁS, V. ANDRÁS (eds.), *Az új Alaptörvényről: elfogadás előtt: tanulmánykötet* [*On the New Fundamental Law: Before its Adoption. Studies*], Budapest, Országgyűlés Alkotmányügyi, igazságügyi és és ügyrendi bizottsága, 2011.

[41] Bruce Ackerman distinguishes between three models of democracy: Monistic, rights fundamentalism, in which fundamental rights are morally prior to democratic decision-making and impose limits, and dualist, which finds the middle ground between these two extremes, and subjects majoritarian decision-making to constitutional guarantees. See B. ACKERMAN, *We the People*, Vol. 1, *Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, pp. 6-16.

[42] A. LIJPHART, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, London, Yale University Press, 1999.

[43] G. SARTORI, *Comparative Constitutional Engineering*, 2nd ed., New York, New York University Press, 1997 [1994].

[44] B. ACKERMAN, "The New Separation of Powers," *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 3, 2000, pp. 633-729, [https://doi.org/10.2307/1342286].

is different from the judicial supremacy approach of the US separation of powers model, as well from the European constrained parliamentary model. The biggest change occurred in the UK, and some even talk about the "demise of the Westminster model."[45] The greatest deviation from the system of unlimited parliamentary sovereignty was the introduction of judicial review. In just over two decades, the number of applications for judicial review nearly quadrupled to over 3,400 in 2000, when the Human Rights Act 1998 came into effect in England and Wales.[46] The Human Rights Act has a general requirement that all legislation should be compatible with the European Convention of Human Rights. This does not allow UK courts to strike down, or "disapply", legislation, or to make new law. Instead, where legislation is deemed to be incompatible with Convention rights, superior courts may make a declaration of incompatibility under Section 4.2. Then, the government and Parliament decide how to proceed. In this sense, the legislative sovereignty of the UK Parliament is preserved. Some academics argue that, although as a matter of constitutional legality Parliament may well be sovereign, as a matter of constitutional practice it has transferred significant power to the judiciary.[47]

Others go even further and argue that, although the Human Rights Act 1998 is purported to reconcile the protection of human rights with the sovereignty of Parliament, it represents an unprecedented transfer of political power from the executive and legislature to the judiciary.[48]

Besides the mentioned Commonwealth countries, a similarly new model has emerged in Israel, where the Basic Law on occupation, re-enacted in 1994, contains a "notwithstanding" provision, similar to the Canadian one. The new model of Commonwealth constitutionalism is based on a dialogue between the judiciary and the parliament. In contrast to these new trends, in the Hungarian and Polish constitutional system the parliamentary majority not only decides every single issue without any dialogue, but practically there is no partner for such a dialogue, due to the fact that the independence of both the ordinary judiciary and the constitutional courts have been eliminated.

B. Political Constitutionalism

It is striking, and of significance, how the illiberal authoritarians in Central and Eastern Europe attempt to legitimize their actions by referring to political constitutionalism as their approach to constitutional change. The main argument of Central and Eastern European illiberals to defend their constitutional projects is grounded in a claim to political constitutionalism, which favors parliamentary rule and weak judicial review. To be clear, despite some academics' efforts to use the concept of political constitutionalism in defense of illiberalism, I do not consider political constitutionalism, based on republican philosophy, or all of the concepts

[45] Cf. Ph. Norton, "Governing Alone," *Parliamentary Affairs*, Vol. 56, No. 4, October 1, 2003, p. 544, [https://doi.org/10.1093/pa/gsg118].

[46] See D. Judge, "Whatever Happened to Parliamentary Democracy in the United Kingdom," *Parliamentary Affairs*, Vol. 57, No. 3, 2004, p. 691, [https://doi.org/10.1093/pa/gsh052].

[47] Cf. K.D. Ewing, "*The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*," *Modern Law Review*, Vol. 62, No. 1, 1999, p. 92, [https://www.jstor.org/stable/1097075].

[48] See M. Flinders, "Shifting the Balance? Parliament, the Executive and the British Constitution," *Political Studies*, Vol. 50, No. 1, 2002, p. 62, [https://doi.org/10.1111/1467-9248.00357].

rejecting strong judicial review, or judicial review altogether, as populist.[49] Some scholars and constitutional court justices both in Hungary and Poland have attempted to interpret the new constitutional system as a change from legal to political constitutionalism. In my view, these interpretations are simply efforts to legitimize the silencing of judicial review.

One of the "fake judges" of the Polish Constitutional Tribunal, the late Lech Morawski, emphasized the republican traditions, present both in Hungary and Poland, mentioning the names of Michael Sandel, Philip Pettit, and Quentin Skinner.[50] Also, constitutional law professor Adam Czarnota explained the necessity of the changes, with the argument that "legal constitutionalism alienated the constitution from citizens… The place of excluded citizens was taken by lawyers."[51] He proudly acknowledges that the governing party, PiS has appointed judges that represent its worldview, which according to Czarnota is based "on the principle of supremacy of the Parliament in relation to constitutional review and acceptance of a role of the judicial restraint not judicial activism which was earlier the norm."[52] Czarnota interprets the present constitutional crisis in Poland and in some other countries in Central-Eastern Europe as "an attempt to take the constitution seriously and return it to the citizens,"[53] what he considers to be the fulfillment of political constitutionalism.

In Hungary, István Stumpf, constitutional judge, nominated without any consultation with opposition parties by Fidesz right after the new government took over in 2010, and elected exclusively with the votes of the governing parties', in his book argued for a strong state and claimed the expansion of political constitutionalism regarding the changes.[54] It is remarkable that two other members of the current packed Constitutional Court also argue against legal constitutionalism, blaming it as "judicial dictatorship"[55] or "juristocractic."[56] In the scholarly literature, Attila Vincze argued that the decision of the Constitutional Court accepting the Fourth Amendment to the Fundamental Law—which among other things also invalidated the entire case-law of the Court prior to the new constitution—was a sign of political constitutionalism prevailing over the legal one.[57] Even those, like

---

[49] See for the opposite view L. Corso, "What Does Populism Have to Do with Constitutional Law? Discussing Populist Constitutionalism and Its Assumptions," *Rivista di filosofia del Diritto* Vol. III, No. 2, 2014, pp. 443-470.

[50] L. Morawski, "A Critical Response," *Verfassungsblog on matters constitutional*, June 3, 2017, [https://verfassungsblog.de/a-critical-response/].

[51] A. Czarnota, "The Constitutional Tribunal," *Verfassungsblog on matters constitutional*, June 3, 2017, [https://verfassungsblog.de/the-constitutional-tribunal/].

[52] *Ibid.*

[53] *Ibid.*

[54] See I. Stumpf, *Erős Állam – Alkotmányos Korlátok* [*Strong State – Constitutional Limits*], Budapest, Századvég Kiadó, 2014, pp. 244-249.

[55] See A.Zs. Varga, *From Ideal to Idol? The Concept of the Rule of Law*, Budapest, Dialóg Campus, 2019, p. 16.

[56] B. Pokol, *The Juristocratic State: Its Victory and the Possibility of Taming*, Budapest, Dialóg Campus, 2017.

[57] A. Vincze, "Az Alkotmánybíróság határozata az Alaptörvény negyedik módosításáról: az alkotmánymódosítás alkotmánybírósági kontrollja [The Decision of the Constitutional Court on the Fourth Amendment to the Fundamental Law: The Constitutional Review of Constitutional

Kálmán Pócza, Gábor Dobos and Attila Gyulai who acknowledge that the Court hasn't been confrontational towards the current legislature and the government characterize this behavior as a special approach within the system of separation of powers, best described as a partnership in a constitutional dialogue[58].

Political constitutionalists, like Richard Bellamy, Jeremy Waldron, Akhil Amar, Sandy Levinson, and Mark Tushnet, who themselves differ from one another significantly, emphasize the role of elected bodies instead of courts in implementing and protecting the constitution, but none of them reject the main principles of constitutional democracy, as "illiberal" populist constitutionalists do. Even Richard D. Parker, who announced a "constitutional populist manifesto" wanted only to challenge the basic idea, central to constitutional law, "that constitutional constraints on public power in a democracy are meant to contain or tame the exertion of popular political energy rather than to nurture, galvanize, and release it."[59] Similarly, those who describe a new model of constitutionalism, based on deliberation between courts and the legislator, with the latter retaining the final word, have nothing to do with illiberal constitutionalism.[60] Those scholars realize that parliamentary sovereignty tends to be increasingly restrained, either legally or politically,

---

Amendments]," *Jogesetek Magyarázata*, Vol. 4, No. 3, 2013, p. 12, [https://jema.hu/index.php?o=10&tan=245].

[58] See K. Pócza, G. Dobos and A. Gyulai, "The Hungarian Constitutional Court: A constructive partner in constitutional dialogue," in K. Pócza (ed.), *Constitutional Politics and the Judiciary. Decision-Making in Central and Eastern Europe*, London, Routledge, 2018.

[59] Analyzing Thomas Mann's novel *Mario and the Magician*, written in 1929, Parker draws the conclusion for today that, "the point is to get out and take part in politics ourselves, not looking down from a 'higher' pedestal, but on the same level with all of the other ordinary people." (R.D. Parker, "'Here, the People Rule': A Constitutional Populist Manifesto," *Valparaiso University Law Review*, Vol. 27, No. 3, 1993, p. 583, [http://scholar.valpo.edu/vulr/vol27/iss3/1/]. A similar message can be detected in the interview with Mark Lilla, a conservative liberal professor of the humanities at Columbia University, who on the day after Donald Trump's presidential victory declared: "One of the many lessons of the recent presidential election and its repugnant outcome is that the age of identity liberalism must be brought to an end." M. Lilla, "The End of Identity Liberalism," *The New York Times*, November 18, 2016, [https://www.nytimes.com/2016/11/20/opinion/sunday/the-end-of-identity-liberalism.html]. Later, in an interview on the topic of the most effective tools against the President's populism, Lilla emphasized the importance that opponents find a way to unify: "We have to abandon the rhetoric of difference, in order to appeal to what we share." D. Remnick, "A Conversation with Mark Lilla on His Critique of Identity Politics," *The New Yorker*, August 25, 2017, [https://www.newyorker.com/news/news-desk/a-conversation-with-mark-lilla-on-his-critique-of-identity-politics].

[60] See S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2013) about the new model. This model has also come to be known by several other names: "weak-form of judicial review" (M. Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review," *Michigan Law Review*, Vol. 101, No. 8, 2003, pp. 2781-2802, [https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259]); "weak judicial review" (J. Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review," *Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, 2006, pp. 1348-1406, [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=ylj]); "the parliamentary bill of rights model" (J. Hiebert, "Parliamentary Bill of Rights. An Alternative Model?," *Modern Law Review*, Vol. 69, No. 1, 2006, pp. 7-28, [https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2006.00574.x]); "the model of democratic dialogue" (A.L. Young, *Parliamentary Sovereignty And The Human Rights Act*, Oxford, Hart Publishing, 2009); "dialogic judicial review" (K. Roach, "Dialogic Judicial Review and its Critics," *Supreme Court Law Review*, Vol. 23 (2nd series), 2004, pp. 49-104, [https://ssrn.com/abstract=1144790]); "collaborative constitution" (A. Kavanaugh,

and that the last decades have witnessed less and less scope for the exercise of traditional *pouvoir constituant*, conceived as the unrestrained "will of the people," even in cases of regime change or the establishment of substantially and formally new constitutional arrangements.[61] The remainders of both Hungarian and Polish constitutional review have nothing to do with any types of political constitutionalism or a weak judicial review approach, which all represent a different model of separation of powers. In the authoritarian Hungarian and in the Polish sham system of constitutionalism, there is no place for any kind of separation of powers.

Following Tamás Györfi's theory, there are three different forms of weak judicial review: each of them is lacking one of the defining features of strong constitutional review, but all of them want to strike a balance between democracy and the protection of human rights that differs from the balance struck by the 'new constitutionalism' of strong judicial review.[62] First, judicial review is limited if the constitution lacks a bill of rights, as is the case in Australia. Second, judicial review is deferential if courts usually defer to the views of the elected branches, as in the Scandinavian constitutional systems, or are even constitutionally obliged to do so, as in Sweden and Finland. Finally, and probably most importantly, there is the Commonwealth model of judicial review, where courts are authorized to review legislation, but the legislature has the possibility to override or disregard judicial decisions.[63]

In my view, neither the Polish nor the Hungarian model fits any of these approaches to weak judicial review, as their aim is neither to balance democracy nor the protection of fundamental rights. The weakening of the power of constitutional courts has started in Hungary right after the landslide victory of the center-right Fidesz party in the 2010 parliamentary elections. What happened in Hungary resonated with some less successful, similar attempts to weaken constitutional review in other East-Central European countries that took place roughly around the same time. In the Summer of 2012, there was a constitutional crisis also in Romania, where the ruling socialists tried to dismantle both the constitutional court and the president, but the EU was able to exert a stronger influence over events there.[64] From 2014, there has also been a constitutional crisis in progress in Slovakia, where the Constitutional Court has also worked with two—and from February 2016

"Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron," *Law and Philosophy*, Vol. 22, No. 5, 2003, pp. 451-486, [https://www.jstor.org/stable/3505148]); or "democratic constitutionalism" (R. POST and R. SIEGEL, "Democratic Constitutionalism," *National Constitution Center*, n.d., [https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/white-papers/democratic-constitutionalism]).

[61] C. FUSARO and D. OLIVER, "*Towards a Theory of Constitutional Change*," in D. OLIVER and C. FUSARO (eds.), *How Constitutions Change. A Comparative Study*, Oxford, Hart Publisinhg, 2011, pp. 405-433.

[62] See T. GYÖRFI, *Against the New Constitutionalism*, Cheltentham, Edward Elgar Publishing, 2016.

[63] See S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, *op. cit.*

[64] About the Romanian crisis see V. PERJU, "*The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis*," *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, No. 1, 2015, pp. 246-278, [https://doi.org/10.1093/icon/mov011]; B. IANCU, "Separation of Powers and the Rule of Law in Romania: The Crisis in Concepts and Contexts," in A. VON BOGDANDY and P. SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis In The European Constitutional Area*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 153.

three—judges short, because the President of the Republic refused to fill the vacancies.[65] But the most successful follower of the Hungarian playbook on how to dismantle constitutional review has been Jaroslaw Kaczynski's governing party (PiS) and its government in Poland. After the 2015 parliamentary election in Poland, the Law and Justice Party (PiS) also followed the playbook of Viktor Orbán, and started by first capturing the Constitutional Tribunal.[66] But these efforts have nothing to do with political constitutionalism, partly because they do not question the capacity of constitutional courts to invalidate legislation passed by parliaments, partly because they are not based on the mechanism of political accountability and checks on power.[67] Also, political constitutionalism emphasizes the importance of legislatures over courts, and not the direct role of citizens, as Czarnota argues. This dismantlement of constitutional review cannot be considered as a par excellence majoritarian project either.[68]

C. Constitutional Identity

From the very beginning, the government of Viktor Orbán has justified noncompliance with the principles of liberal democratic constitutionalism enshrined also in Article 2 of the Treaty of the European Union (TEU) by referring to national sovereignty.[69] Lately, as an immediate reaction to the EU's efforts to solve the refugee crisis, the government has advanced the argument that the country's constitutional identity is guaranteed in Article 4 (2) TEU.

---

[65] T. Lálik, "Constitutional Crisis in Slovakia: Still Far from Resolution," *I-CONnect*, August 5, 2016, [http://www.iconnectblog.com/2016/08/constitutional-court-crisis-in-slovakia-still-far-away-from-resolution/].

[66] The same playbook was also used outside the region, in Turkey by Erdoğan and in Venezuela by Chavez.

[67] See these requirements of political constitutionalism in P. Castillo-Ortiz, "The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe," *European Constitutional Law Review*, Vol. 15, No. 1, 2019, p. 64.

[68] As Wojciech Sadurski rightly points out the Polish governing party, PiS obtained 18 % of the votes of all eligible voters. See W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford Univesity Press, 2019, p. 1.

[69] The first reaction of the Hungarian government to the so called "Tavares report" of July 3, 2013, of the European Parliament on the Hungarian constitutional situation (R. Tavares, "Report on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the European Parliament resolution of 16 February 2012) (2012/2130(ini))," Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, European Parliament, June 24, 2013, A7-0220/2013, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0229_EN.html]) was not a sign of willingness to comply with the recommendations of the report, but rather a harsh rejection. Two days after the European Parliament adopted the report at its plenary session, the Hungarian Parliament adopted Resolution 69/2013 on "the equal treatment due to Hungary." The document is written in first person plural as an anti-European manifesto on behalf of all Hungarians: "We, Hungarians, do not want a Europe any longer where freedom is limited and not widened. We do not want a Europe any longer where the Greater abuses his power, where national sovereignty is violated and where the Smaller has to respect the Greater. We have had enough of dictatorship after 40 years behind the iron curtain." The resolution argues that the European Parliament exceeded its jurisdiction by passing the report, and creating institutions that violate Hungary's sovereignty as guaranteed in the Treaty on the European Union. The Hungarian text also points out that behind this abuse of power there are business interests, which were violated by the Hungarian government by reducing the costs of energy paid by families, which could undermine the interest of many European companies which for years have gained extra profits

After some draconian legislative measures were adopted, the government started a campaign against the EU's plan to relocate refugees. The first step was a referendum initiated by the government. On 2 October 2016, Hungarian voters went to the polls to answer one referendum question: "Do you want to allow the European Union to mandate the relocation of non-Hungarian citizens to Hungary without the approval of the National Assembly?" Although 92 % of those who casted votes and 98 % of all the valid votes agreed with the government, answering "no" (6 % were spoiled ballots), the referendum was invalid because the turnout was only around 40 %, instead of the required 50 %.

As a next attempt, Prime Minister Orbán introduced the Seventh Amendment, which would have made it "the responsibility of every state institution to defend Hungary's constitutional identity". The most important provision of the draft amendment reads: "No foreign population can settle in Hungary". Since the governing coalition lost its two-thirds majority, even though all of its MPs voted in favour of the proposed amendment, it fell two votes short of the required majority. After this second failure, the Constitutional Court, loyal to the government, came to the rescue of Orbán's constitutional identity defense of its policies on migration. The Court revived a petition of the also loyal Commissioner for Fundamental Rights, filed a year earlier, before the referendum was initiated. In his motion, the Commissioner asked the Court to deliver an abstract interpretation of the Fundamental Law in connection with the Council Decision 2015/1601 of 22 September 2015.

The Constitutional Court in its decision held that "the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law—it is merely acknowledged by the Fundamental Law, consequently constitutional identity cannot be waived by way of an international treaty."[70] Therefore, the Court argued, "the protection of the constitutional identity shall remain the duty of the Constitutional Court as long as Hungary is a sovereign State."[71] This abuse of constitutional identity aimed at not taking part in the joint European solution to the

---

from their monopoly in Hungary. In its conclusion, the Hungarian Parliament called on the Hungarian government "not to cede to the pressure of the European Union, not to let the nation's rights guaranteed in the fundamental treaty be violated, and to continue the politics of improving life for Hungarian families." These words very much reflect the Orbán government's view of "national freedom," which emphasizes the liberty of the state (or the nation) to determine its own laws: "This is why we are writing our own constitution . . . And we don't want any unsolicited help from strangers who are keen to guide us . . . Hungary must turn on its own axis". (For the original, Hungarian-language text of Orbán's speech: "Nem leszünk gyarmat! [We won't be a colony anymore!]" (March 15, 2012), *Miniszterelnok.hu*, [http://2010-2015.miniszterelnok.hu/beszed/nem_leszunk_gyarmat_]. The English-language translation of excerpts from Orbán's speech was made available by Hungarian officials, see e.g.: "The EU Soviet? Barroso takes on Orban," *Financial Times: Brussels Blog*, March 16, 2012, [http://blogs.ft.com/brusselsblog/2012/03/the-eu-soviet-barroso-takes-on-hungarys-orban].)

[70] Decision 22/2016 AB of the Constitutional Court of Hungary, paragraph 67. See a detailed analysis of the decision G. HALMAI, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law," *Review of Central and East European Law*, Vol. 43, No. 1, 2018, pp. 23-42, [https://doi.org/10.1163/15730352-04301002].

[71] *Ibid.*

refugee crisis is an exercise of national constitutional parochialism,[72] which attempts to abandon the common European liberal democratic constitutional whole.

The Constitutional Court in its decision 3/2019. (III. 7.) AB also decided about the constitutionality of certain elements of of the "Stop Soros" legislative package, and ruled that the criminalization of "facilitating illegal immigration" does not violate the Fundamental Law. The Court again referred to the constitutional requirement to protect Hungary's sovereignty and constitutional identity to justify this clear violation of freedom of association, freedom of expression hiding behind the alleged obligation to protect Schengen borders against "masses entering uncontrollably and illegitimately" the EU[73]. Besides infringing the rights of the NGOs, the decision deprives all asylum seekers of the protection of all fundamental rights by stating that

> the fundamental rights protection . . . clearly does not cover the persons arrived in the territory of Hungary through any country where he or she had not been persecuted or directly threatened with persecution. Therefore, the requirements set forth by Article I Paragraph (3) of the Fundamental Law regarding the restriction of fundamental rights shall not be applied to the regulation of the above listed cases[74].

With this, the Court denies the core of human dignity: the right to have rights.

Conclusion

In this paper, I tried answer the question, whether there is a genuine constitutional theory of "illiberal constitutionalism"? I argued that the constitutional concept, which rejects liberalism as a constitutive precondition of democracy, cannot be in compliance with the traditional idea of liberal democratic constitutionalism. This concept has nothing to do with any majoritarian constitutional model based

[72] See the term used by M. Kumm, "Rethinking Constitutional Authority: On Structure and Limits of Constitutional Pluralism," in M. Avbelj and J. Komárek (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 51.

[73] 3/2019. (III. 7.) AB, paragraph 43.

[74] *Ibid.*, paragraph 49.

on the separation of power, or with political constitutionalism, or any kind of weak judicial review, and it misuses the concept of constitutional identity.

Gábor Halmai

Professor and Chair of Comparative Constitutional Law, European University Institute, Florence, Italy – *gabor.halmai@eui.eu*.

Autour de J-M. Denquin,

Penser le droit constitutionnel

Bruno Daugeron

Présentation

Il existe plusieurs manières de rendre hommage à un auteur : saluer une carrière ou saluer une pensée. Si la carrière du professeur Jean-Marie Denquin fut riche et dense, sa pensée, et c'est là une chose plus rare et donc plus précieuse, dépasse un parcours aussi notable soit-il. C'est pourquoi, avec Olivier Beaud et Denis Baranger, directeurs de la collection « Droit politique » des éditions Dalloz, il nous a semblé que, dans son cas, l'hommage devait prendre la forme d'un recueil de quelques-uns de ses textes les plus importants afin de montrer la richesse de sa pensée et de la fécondité de ses analyses qui aident à *penser le droit constitutionnel*. Penser le droit constitutionnel ? C'est-à-dire le considérer et l'étudier au-delà de ce qui semble constituer son actualité immédiate ou son intelligibilité douteuse quand elles prennent la forme de faux objets, de faux débats, d'idées creuses et de concepts flous dont l'étude pieuse et appliquée entretient les lieux communs au lieu de les dissiper.

Pour marquer la sortie de ce livre qui ne se contente pas d'un droit constitutionnel qui ânonne ou reconduit des dogmes approximatifs et pour souligner à la fois la fécondité et l'utilité de la pensée de Jean-Marie Denquin pour tout juriste soucieux de réfléchir, l'Institut Michel Villey de l'université Paris 2 et le Centre Maurice Hauriou de la faculté de droit de l'université Paris Descartes ont respectivement organisé deux tables rondes autour de l'ouvrage les 23 et 24 janvier 2020. Y ont été réunis des juristes de différentes générations et de sensibilités diverses du point de vue des courants de pensée juridique mais qui, à un titre ou à un autre, ont tous en commun d'avoir une fine connaissance de la pensée de Jean-Marie Denquin, de se reconnaître dans sa liberté de ton devenue chose rare désormais y compris à l'université, et d'avoir une approche conceptuelle des questions juridiques comme le goût de la discussion : Véronique Champeil-Desplats, professeur à l'université Paris Nanterre, Thibault Guilly, professeur à l'université de Lorraine pour la première table ronde du 23 janvier ; Manon Altweeg-Boussac, professeur à l'université Paris-Est, Frédéric Rouvillois, professeur à l'université Paris Descartes et Alexandre Viala, professeur à l'université de Montpellier pour la seconde du 24 janvier.

De ces échanges nourris il ressort un éclairage stimulant non seulement sur quelques aspects de la démarche intellectuelle ou des centres d'intérêt de Jean-Marie Denquin – qu'il évoque en ouverture dans quelques pages très denses – mais aussi une réflexion beaucoup plus large sur le droit, la manière de l'aborder, son rapport avec les autres sciences comme la philosophie ou l'épistémologie ou ses écoles de pensée. Ont pu apparaître aussi l'évocation de quelques distinctions conceptuelles qui permettent de mieux saisir à la fois les objets étudiés et les méthodes pour le faire : comment distinguer, par exemple, à le supposer possible, le droit de la politique ? Peut-on et si oui comment distinguer un droit politique d'un droit qui ne le serait pas ? Quelle différence faire entre ce qu'*est le droit* et ce qui *est de droit*

et en quoi cette distinction est-elle utile pour une démarche de théorie du droit ? Qu'est-ce qu'*appliquer* le droit, spécialement le droit constitutionnel ? Que peut-on appeler phénoménologie appliqué au droit constitutionnel ? Qu'est-ce que tenter, comme a essayé de le faire Jean-Marie Denquin, de « faire apparaître les apparences » d'un phénomène ?

Les échanges nourris de ces deux tables rondes permettent d'offrir une réflexion méthodologique tant sur le droit que la politique et, à travers un regard porté sur une œuvre, permettent de montrer un aperçu de la richesse de questions généralement occultées par la doctrine dominante plus soucieuse de donner l'illusion de certitudes que de poser des questions qui n'ont pas toujours de réponse claire et immédiate. Ils montrent aussi, à l'exemple de ce qui se fait dans plusieurs pays de grande tradition universitaire, l'intérêt majeur qui existe à faire converser ensemble des juristes de générations et de points de vue différents sur la pensée d'un auteur à partir de ses textes afin de faire progresser la réflexion et pour se réjouir qu'existent encore des esprits libres qui n'ont renoncé ni à réfléchir ni à débattre.

Bruno Daugeron

Professeur à l'Université Paris Descartes, directeur du Centre Maurice Hauriou.

Jean-Marie Denquin

Penser le droit constitutionnel ?

Qu'est-ce que « penser le droit constitutionnel » ? Il est certainement possible d'apporter à cette question des réponses diverses, également soutenables. Mais je ne chercherai pas ici à en dresser l'inventaire. Je voudrais seulement dire, en quelques mots, quel sens je donne à cette expression. Aussi m'exprimerai-je, chose inhabituelle, à la première personne du singulier.

Dans les *Principes de la philosophie du droit*, Hegel dit que « la science positive du droit » s'intéresse à *ce qui est de droit* plutôt qu'à *ce qu'est le droit*[1]. Penser le droit, c'est d'abord à l'évidence reconnaitre la pertinence de cette distinction – sans en assumer nécessairement la pointe polémique inhérente à la logique du système hégélien – et se situer d'emblée dans le second terme de l'alternative. Les deux approches sont en effet bien distinctes. Les juges et la doctrine peuvent *dire ce qui est de* droit sans s'*interroger sur ce qu'est le* droit. Les philosophes peuvent philosopher sur le droit sans jamais se demander ce qu'est, dans un cas concret, la décision juridiquement correcte : ils se contentent le plus souvent de se demander ce qui est *juste* – question manifestement toute différente, et à laquelle il est, selon le point de vue adopté, plus difficile ou plus facile de répondre qu'à la question de savoir ce qui est *de droit*.

Toutefois, si les deux démarches opposées par Hegel doivent incontestablement être distinguées, il est possible aussi de montrer en quoi elles sont solidaires. En effet comment penser le droit – ce qui est autre chose que philosopher sur lui : on peut aisément s'en convaincre en lisant quelques auteurs – sans voir qu'une telle démarche implique au moins deux conditions ? Il faut d'une part savoir ce qui *est de droit* en général, donc reconnaître l'existence de *règles* et de règles *juridiques*, par opposition à des règles morales, prudentielles, etc. Il faut d'autre part identifier les comportements particuliers qui exemplifient ou non ces règles c'est-à-dire distinguer les comportements conformes au droit et les comportements qui ne le sont pas. Par conséquent, dans la conception que je défends, *penser le droit* n'est pas le penser comme indice ou mesure d'autre chose que lui-même – le processus de civilisation, la prise de conscience de l'Esprit par lui-même, le règne du Juste ou l'*État de droit* fétichisé – mais le penser seulement comme étant lui-même. Or cette réflexion ne saurait être conduite sans le penser comme rendant possible la détermination de *ce qui est de droit*.

Ces données générales s'appliquent au droit constitutionnel. On peut s'interroger sur ce qu'est celui-ci, et observer que la question de savoir *ce qui est* de droit s'y trouve souvent posée. Elle est parfois résolue par l'intervention d'un juge ou

[1] G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, § 2, trad. J.-F. Kervégan, Paris, PUF, 2003, p. 110.

par un consensus – rare, il est vrai – de la doctrine. Bien que les deux démarches n'aient pas même autorité, elles répondent à la même question : faire le départ entre le licite et l'illicite.

Pourtant il n'est pas douteux que la relation entre les deux pôles – ce qu'est le droit, ce qui est de droit – est différente en droit constitutionnel de ce qu'elle est dans d'autres branches du droit. Car réduire le droit constitutionnel à sa dimension contentieuse aboutit non seulement à en nier la spécificité mais à en méconnaître, plus généralement, la signification. Le droit constitutionnel n'est pas seulement, ni même principiellement, un moyen de dire *ce qui est* de droit. Il est d'abord, d'un point de vue logique, un moyen de faire qu'existe quelque chose – plutôt que rien. Certes, d'un point de vue historique, *quelque chose* préexiste toujours, et la constitution matérielle – la *politéia*, c'est-à-dire la *citéité*, d'Aristote – précède la constitution formelle, écrite ou coutumièrement fixée. Mais il s'agit là de purs *faits*. Une mutation conceptuelle, fruit d'une décision théorique consciente, est nécessaire pour que ceux-ci acquièrent un caractère de *droit*. Le droit constitutionnel possède par conséquent une dimension démiurgique : prospectivement ou rétrospectivement, il *institue* des entités qui, bien qu'artificielles et supposant un mécanisme complexe et aléatoire d'incarnation ou de recognition, prennent place dans le mobilier ontologique du monde.

*
**

Ces observations préliminaires montrent dans quel sens peut, selon moi, se développer une réflexion spécifique sur le droit constitutionnel, c'est-à-dire une réflexion qui éclaire sa spécificité. Mais comment mettre en œuvre ce programme ? Il me paraît important, pour éviter l'apriorisme et l'arbitraire qui en découle inévitablement, d'aller des problèmes aux idées et non des idées aux solutions. Ce qui implique deux choses.

Premièrement, il convient en matière juridique comme en matière linguistique, de privilégier le point de vue différentiel sur le point de vue référentiel. La question est en effet moins de savoir ce que sont les objets, pris en leur individualité, leur inscrutable complexité et infinie variété, que ce qu'ils ne sont pas, licites, valides ou conformes. Ce trait distinctif de la démarche juridique ne peut être ignoré lorsqu'on s'efforce de définir un phénomène juridique. Mais il doit être concilié, deuxièmement, avec un autre ordre de considérations. Car ranger des individus dans une catégorie suppose aussi d'observer leurs caractères positifs. La prise en compte de la dimension matérielle du phénomène est donc nécessaire. Le droit constitutionnel, par exemple, ne se réduit pas à un droit de la constitution au sens formel. Il ne peut ignorer les caractères propres aux objets dont il traite.

Il faut donc, d'une part, décrire des différences, externes et internes. Externes, celles-ci concernent les relations entre des *disciplines*. De ce point de vue la question essentielle apparaît, en France du moins et pour des raisons historiques, la distinction entre droit constitutionnel et science politique. Les différences internes opposent au contraire des *matières*. Les disciplines juridiques présentent souvent un caractère hétérogène en ce qu'elles regroupent des problématiques distinctes : en droit civil, par exemple, le droit de la famille diffère à l'évidence du droit des contrats. Les distinctions nécessaires en droit constitutionnel sont cependant à la fois moins familières et plus profondes, car elles ne se réduisent pas à la différence des sujets traités. Elles impliquent des réalités et des concepts hétérogènes, quoiqu'ils puissent être rangés également sous le terme polysémique de *droit*. Ces

distinctions internes et externes ne s'imposent toutefois que dans la mesure où les phénomènes entre lesquels elles mettent en lumière des contrastes présentent des affinités : dans le cas contraire il serait inutile de développer la chose. Elles sont donc à la fois, selon le point de vue auquel on se place, données et construites, constatées et théorisées. C'est pourquoi elles ne se réduisent pas à des artifices d'exposition ou des conventions pédagogiques : elles ont une portée ontologique.

Mais il convient aussi, d'autre part, de partir de questions concrètes. Autrement dit, je me suis toujours défié d'une approche qui opère par le haut. Celle-ci pose, selon une démarche pour ainsi dire hégelienne, un petit nombre d'intuitions globales et s'efforce de reconduire à cette logique *a priori* l'ensemble du réel. Ce procédé peut s'avérer heuristique. Il court cependant toujours le risque de tomber dans le systématisme, le verbalisme, le pathos, d'engendrer des angles morts et de fausses fenêtres pour la symétrie. L'œuvre de Georges Burdeau me paraît illustrer ces deux pôles. À côté d'intuitions géniales et d'analyses dont la pertinence demeure insurpassée, on y rencontre des développements – auxquels je n'ai personnellement pas adhéré – qui reposent sur des hypothèses suggestives, éclairent certains faits, mais dont la généralisation conduit à l'arbitraire.

L'approche que je me suis efforcé de mettre en œuvre est autre. Je suis toujours parti d'un problème précis, posé et circonscrit. C'est en essayant d'apporter une réponse à celui-ci que j'ai pour ainsi dire inspecté la frontière entre droit constitutionnel et science politique. Cette démarche m'a conduit à interroger le potentiel explicatif des deux disciplines et donc à discuter concrètement, pas seulement en théorie et en général, les modalités de leur interaction.

Dans cette perspective, j'ai particulièrement étudié trois questions ; celles des rapports entre le droit constitutionnel et la science politique ; celle des distinctions internes au droit constitutionnel ; enfin celle de la distinction du droit constitutionnel et du constitutionnalisme.

*
**

Le premier est celui de mon sujet de thèse. Toutes les personnes qui sont venues à bout de cet étrange exercice savent qu'une thèse est un saut en parachute, qui présente une particularité remarquable : peu après le saut, on s'aperçoit qu'on a oublié le parachute ; la question est donc de savoir comment toucher terre sans dégâts et, si possible, avec élégance. Pour y parvenir n'existe guère qu'un moyen : trouver ce que l'on ne cherchait pas, ou plutôt comprendre que le vrai sujet de la thèse, s'il existe, excède et transcende son intitulé. Dans cette quête incertaine, un moment important fut pour moi la lecture d'un petit livre, aujourd'hui oublié. Publié en 1970 chez Armand Colin, œuvre de trois jeunes auteurs qui n'ont pas, pour autant que je le sache, fait carrière, il s'agissait d'un recueil de textes intitulé *Référendum et plébiscite*[2] – mon sujet de thèse. Parmi les extraits cités figurait une phrase où un auteur (dont j'ai oublié le nom) apportait une révélation capitale sur l'un des premiers référendums de la V^e^ République : « il s'agit en fait d'un plébiscite », disait-il.

[2] H. Duval, P.-Y. Leblanc-Dechoisay et P. Mindu, *Référendum et plébiscite*, préf. J. Georgel, Paris, Armand Colin, 1970, 96 p.

Cet « *en fait* », geste théâtral de dévoilement par lequel l'hydre du mensonge officiel était enfin terrassée, me fit grande impression. Une question s'ensuivait immédiatement : comment l'auteur le savait-il ? Ou plutôt comment pouvait-il le savoir, ou penser qu'il le savait ? En d'autres termes j'ai commencé à m'interroger sur les conditions de possibilité d'un tel discours : que fallait-il admettre pour que celui-ci ait un sens, c'est-à-dire présentât un rapport quelconque avec une quelconque réalité ? Question de nature transcendantale, mais qui ne conduisait pas à une *déduction* kantienne, puisqu'il ne s'agissait pas de légitimer un savoir tenu pour acquis, mais au contraire de s'interroger sur la consistance d'un savoir problématique : fallait-il tenir pour vrai qu'on était en présence d'un *plébiscite* ? Existait-il, hors de l'affirmation souveraine de l'auteur, des raisons de le penser ? Et je suis parvenu à la conclusion qu'il s'agissait d'un faux savoir, puisqu'il n'était ni descriptif – relevant donc de la science politique – ni juridique – puisque n'existait ni concept de droit rendant compte de l'objet ni juge susceptible d'en forger un. Ici, par conséquent, le rapport de la science politique et du droit constitutionnel était déjà interrogé : la dissection du monstre permettait de préciser la nature des disciplines confrontées.

Le second exemple est celui de la notion de majorité sous la V^e^ République. Aucun doute, ici, sur l'existence de l'objet : le mot possède bien un référent, réel et spécifique, au double sens du terme, c'est-à-dire à la fois général – il s'applique à plusieurs objets – et distinctif – ces objets forment une catégorie qui s'oppose à une ou plusieurs autres catégories susceptibles d'être regroupées avec elle sous un même genre. La question n'était donc pas de justifier l'usage du terme mais de montrer que celui-ci faisait référence, depuis 1962, à un phénomène précis, nouveau, irréductible aux emplois traditionnels du mot, et dont les conséquences s'étendaient au-delà de ce qui était habituellement évoqué par lui. Autrement dit, il s'agissait de montrer que le fait de l'émergence d'une majorité homogène et stable, tout en n'étant et ne pouvant être le résultat d'une modification performative des normes constitutionnelles, entrainait sur le fonctionnement des institutions des conséquences plus profondes et variées que nombre de révisions formelles du texte constitutionnel. Il fallait donc conjuguer des données de fait – quelque chose change sans être décrété – et de droit. Cette évolution entretient en effet des relations complexes avec l'ordre juridique. D'une part il n'est pas douteux que le cadre institutionnel créé en 1958 a suscité les causes, indirectes et structurelles, sans lesquelles les événements de 1962, causes directes et conjoncturelles du phénomène, n'auraient pas eu lieu. D'autre part le système mis en place suscite des comportements nouveaux et induit des conséquences normatives : une majorité disciplinée, voire automatique, n'engendre pas les mêmes lois que des majorités précaires et négociées.

Mais l'influence de la majorité au sens de la V^e^ République va encore plus loin. L'innovation introduite en 1962 portait en effet en germe le phénomène qui constitue mon troisième exemple : celui de la cohabitation. On ne parle plus guère de la cohabitation. Or il s'agit d'une expérience cruciale, dont l'importance ne saurait être ignorée. On affirme que la Constitution est une loi fondamentale, autrement dit qu'elle est normative. Et l'on observe sans étonnement que, bien qu'aucun mot du texte ne soit modifié, le fonctionnement du système est radicalement transformé par un fait politique, le remplacement d'une majorité parlementaire par une autre : la Constitution est toujours normative, mais elle norme tout autrement ! Ce qui allait de soi ne va plus en le disant, ce qui était licite en droit s'avère impossible en fait ou l'inverse. Comment soutenir, dès lors, qu'une barrière étanche sépare le droit constitutionnel et la science politique ?

*
**

Ces exemples conduisent donc logiquement au premier des trois thèmes que j'indiquais plus haut, à savoir la distinction entre le droit constitutionnel et la science politique

Il m'est souvent arrivé d'être considéré comme un politiste par les constitutionnalistes et inversement. Certaines personnes, on le sait, ne peuvent imaginer qu'il soit possible de s'orienter dans deux disciplines, voire d'y parvenir à une certaine maîtrise, surtout quand eux-mêmes ne parviennent pas à en maîtriser une seule. Ce genre de considérations psycho-corporatives ne m'intéresse pas, et l'opinion de certaines personnes m'est indifférente.

En revanche je me suis toujours intéressé aux relations qui existent entre droit constitutionnel et science politique. J'ai toujours combattu la logique isolationniste et obsidionale du pré carré, où l'on se sent chez soi, bien au chaud, à l'abri d'une frontière jalousement gardée. Il me semble à l'inverse que droit constitutionnel et science politique sont des contraires et non des contradictoires : on peut passer de l'un à l'autre. Autrement dit les deux ne s'excluent pas, et l'étude de leurs relations est aussi légitime que celle de leur contraste.

Par conséquent cette ligne Maginot théorique est condamnée à une alternative : soit elle est destinée au même sort que la ligne stratégique du même nom, être assiégée des deux côtés par une armée qui l'a contournée ; soit elle constituera une zone *non aedificandi*, un désert scientifique où des phénomènes demeureront inétudiés, quoique parfaitement identifiés, car les divers acteurs craignent d'être soupçonnés de pactiser avec l'adversaire. Sur le fond, il est hors de doute que la science politique possède des cantons propres, qui n'intéressent le droit constitutionnel que par défaut : on y découvre que l'efficacité du droit connaît des limites, car la société résiste aux tentatives faites pour la modifier autoritairement au moyen de procédures conscientes et rationnelles, ou supposées telles. Réciproquement le droit possède sa logique propre, et certains de ses aspects peuvent sembler indemnes de toute contamination politique : la politique serait ainsi *saisie* par le droit, et cette capture devrait être regardée comme un progrès. Mais cette conviction demeure controversée, notamment parce qu'elle peut elle-même être soupçonnée d'être politique. Et même si la jurisprudence du juge constitutionnel n'est ni objectivement ni subjectivement politique au sens traditionnel – ce qui reste à démontrer – elle demeure susceptible d'être décrite sous la forme d'une *politique* jurisprudentielle. En toute hypothèse d'ailleurs, l'existence de cantons purement politiques ou purement juridiques ne réfuterait pas l'existence d'une partie commune. L'interaction du juridique et du politique en matière constitutionnelle est une donnée de fait. On ne peut donc que saluer la profondeur de l'affirmation de Georges Burdeau selon laquelle c'était par réalisme – et non par l'effet d'on ne sait quel idéalisme romantique ou superstition corporative – qu'il entendait demeurer juriste. Le droit n'est pas une superstructure étrangère à la réalité sociale : il en est une composante, immanente et non transcendante, efficace sans être magique.

En outre quand on prend, comme je l'ai suggéré, les problèmes par le bas, on voit bien qu'il est inévitable, sauf à tomber dans un dogmatisme stérile, de constater des interactions entre politique et droit. Le droit crée des entités, formule des règles, éventuellement interdit et sanctionne des comportements ou des abstentions. Mais les événements et les hommes accompagnent, modulent, entravent l'incarnation des entités, le respect des règles et l'application du droit. Ces phénomènes existent, il est donc légitime qu'ils soient l'objet d'une réflexion scientifique. Celle-ci, dans

le domaine constitutionnel, s'intitule aujourd'hui *Droit politique*, et l'expression est significative : elle signale la double allégeance de la discipline, mais aussi la prééminence qu'y possède le droit. Cette prééminence ne me semble pas – mais évidemment mon point de vue peut être soupçonné de partialité – le résultat d'un impérialisme des juristes, mais plutôt d'un retrait volontaire des politistes. On peut regretter celui-ci mais, au total, l'important est que le territoire ne soit pas déserté.

J'ajouterai que, d'un point de vue philosophique, c'est le droit qui m'intéresse. J'ai consacré quelques efforts à réfléchir sur la notion de concept juridique. À une certaine époque, il m'avait paru possible d'envisager une *philosophie de la politique*, au sens où Georg Simmel a écrit une *Philosophie de l'argent*. Mais cela, apparemment, n'intéressait guère et j'y ai renoncé.

*
**

J'en viens maintenant à la deuxième distinction évoquée : celle-ci concerne les clivages internes, c'est-à-dire *matériels*, propres au droit constitutionnel. Je distingue ainsi – mais les termes demandent à être expliqués – un droit constitutionnel *régulateur* et un droit constitutionnel *instituant*.

Il n'est pas inutile, pour introduire cette idée, d'évoquer un article de Louis Favoreu paru dans le premier numéro de la *Revue française de droit constitutionnel*, souvent cité, et qui s'intitule : « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit[3] ». On s'aperçoit, à la lecture du texte, que ce titre est trompeur. C'est un artifice rhétorique. L'auteur traite en fait un autre sujet : l'article devrait s'intituler « Droit de la Constitution et *constitutionnalisation* du droit ». Réduction à l'identique, impropriété assumée ou lapsus révélateur ? On ne saurait en décider. Il est clair, en revanche, que dans cette *différence* toute la problématique des distinctions matérielles du droit constitutionnel se trouve virtuellement contenue, mais aussi dissimulée. Car la Constitution *constitutionnalise* mais elle *constitue* aussi. Ignorer cette dualité interdit de penser la spécificité et la complexité du phénomène.

Il ne servirait à rien d'objecter que la constitutionnalisation est une espèce de constitution dans la mesure où elle crée, sinon une réalité nouvelle, du moins une nouvelle version de la réalité. En effet, dans l'hypothèse la plus favorable, il ne s'agit que d'une création *continuée*. L'idée même de constitutionnalisation implique la mise en ordre d'éléments redéfinis afin de les intégrer dans un cadre conceptuel nouveau, global, cohérent et normatif. Or un tel programme suppose, à l'évidence, que ces éléments *préexistent* à l'opération. La question de leur origine, c'est-à-dire de leur création *ex nihilo*, demeure donc entière.

Substituer – subrepticement – la constitutionnalisation à la constitution occulte donc bien une réalité fondamentale : l'hétérogénéité matérielle du droit constitutionnel. Car celui-ci pose en réalité deux types de normes, qu'il convient de distinguer et qui font de lui autre chose qu'un droit quelconque, même placé, par une promotion aussi flatteuse qu'inattendue, au sommet de la hiérarchie des normes. Les unes, que j'appelle *régulatrices*, ne se distinguent pas, d'un point de vue formel,

[3] L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, nº 1, 1990, p. 71-89.

des normes juridiques classiques ; les autres, au contraire, en diffèrent profondément : je les nomme *instituantes*.

Les normes régulatrices fonctionnent comme toute norme juridique : elles décrivent des états de choses dont la survenance est censée entrainer *nécessairement* des conséquences définies, supposées dissuasives ou incitatives pour les individus auxquels elles s'adressent. Elles visent donc à interdire, à rendre obligatoire ou à permettre sous conditions des comportements, souhaitables ou condamnables.

Les normes instituantes fonctionnent tout autrement. Elles posent d'abord l'existence d'entités artificielles, abstraitement définies (un parlement, un conseil constitutionnel, etc.). Elles décrivent les procédures qui permettent leur incarnation concrète et leur assure, potentiellement, une durée de vie supérieure à celle des individus (nomination des membres de l'institution, etc.). Elles leur attribuent des compétences, c'est-à-dire des pouvoirs à usages externes. Enfin elles déterminent leurs règles de fonctionnement. Mais sur ce dernier point les normes posées sont régulatrices : elles disent l'interdit, le permis et l'obligatoire et ne se distinguent donc des précédentes que par leur portée, dans la mesure où elles n'ont de validité qu'à usage interne.

*
**

Ces dernières remarques, qui impliquent une définition et donc une limitation du pouvoir des entités créées, conduisent à la troisième distinction, celle du droit constitutionnel et du constitutionnalisme.

Le droit constitutionnel désigne à la fois un corpus de règles et la discipline intellectuelle qui prétend en rendre compte. Le constitutionnalisme en revanche est une idéologie, selon laquelle l'existence d'une constitution et le respect de celle-ci, axiomatiquement assuré par les interventions d'un juge constitutionnel, sont les garanties nécessaires et suffisantes de l'État de droit et de la démocratie.

L'idée, certes, n'est pas nouvelle. Le célèbre article XVI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 le disait déjà : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Une constitution suppose donc à titre de conditions nécessaires que les droits soient garantis et la séparation des pouvoirs déterminée, et le second point entretient semble-t-il avec le premier un rapport de moyen à fin. La célèbre formule de Benjamin Constant, « Toutes les constitutions sont des actes de défiance[4] », va dans le même sens. Une constitution n'est pas seulement une règle du jeu : elle est aussi – voire, d'un point de vue juridique, d'abord – un code de bonne conduite, ce qui paraît impliquer des règles contraignantes et donc des procédures susceptibles de constater et de sanctionner d'éventuels manquements – autrement dit des normes régulatrices.

Le mouvement qui s'est développé au niveau mondial depuis le dernier quart du XX^e^ siècle, a toutefois revêtu une dimension nouvelle, notamment en raison de son insistance particulière sur le rôle du juge constitutionnel. Aussi est-il fréquemment désigné sous l'étiquette de *néo-constitutionnalisme*. Le succès de celui-ci a eu toutefois pour effet, entre autres conséquences, de brouiller la clarté du clivage entre le droit, entendu comme pratique sociale objectivement connaissable, et le

[4] Discours du 5 avril 1828 à la Chambre des députés (*Archives parlementaires*, t. 53, p. 210).

constitutionnalisme considéré comme discours de légitimation et donc défini subjectivement. Il va de soi, en effet, qu'un tel discours n'a de sens que s'il légitime un objet aux yeux de certains individus. Or tous les individus ne sont pas prêts à reconnaître le même objet comme légitime. Aussi apparaît-il problématique, et même doublement problématique, de minimiser, sinon d'effacer, la différence qui sépare le droit et l'idéologie.

La discussion de cette tendance suppose donc d'être articulée à deux niveaux. Au niveau théorique, on peut montrer que l'usage fait de la théorie kelsénienne est inadéquat, dans la mesure où il transforme une réflexion philosophique de nature transcendantale, qui vise à élucider les conditions de possibilité du droit, en une rhétorique de légitimation, dont le but est de démontrer que le droit produit par la technique correcte est nécessairement bon. Au point de vue pratique, il faut s'interroger sur les conséquences, recherchées ou involontaires, de ce discours.

Sur le premier point, il convient d'abord d'observer que toute réflexion sur le droit en tant que hiérarchie des normes se trouve placée devant un choix incontournable : privilégier l'optique historique, c'est-à-dire la *genèse* – qui, compte tenu de l'instant où l'oiseau de Minerve prend son vol, ne peut être que *reconstruite* – ou l'optique logique, autrement dit la *structure*, elle-même *construite* car non directement apparente. S'opposent ainsi deux démarches. L'une, ascendante, considère que le droit est d'abord une casuistique : la multiplication et la comparaison de décisions appliquées à des situations concrètes engendrent des règles, autrement dit le cas produit la norme, non l'inverse. Dans la démarche descendante, au contraire, une métanorme rend possible l'édiction de normes *générales*, qui elles-mêmes permettent de trancher les cas en formulant des normes *individuelles* – expression problématique d'ailleurs et qui, dans la perspective ascendante, ne peut être pensée que comme une contradiction dans les termes.

La doctrine de Kelsen parait être l'apothéose de la démarche descendante. En affirmant la nécessité d'admettre une métanorme, hypothétique ou présupposée, qui fonde la possibilité de la métanorme positive – généralement nommée « constitution » – Kelsen dédouble l'idée de métanorme pour exorciser le spectre de la régression à l'infini, reconnue depuis Aristote comme indice d'absurdité. Grand progrès théorique, car ce spectre menace toute conception du droit comme hiérarchie de normes, qu'elle soit descendante ou ascendante : si dans l'un des cas la position du premier terme comme premier terme est arbitraire, celle du dernier comme dernier l'est dans l'autre : une norme jurisprudentielle peut toujours être nuancée, infléchie voire modifiée par une nouvelle norme jurisprudentielle.

Mais l'interprétation, ou plutôt l'instrumentalisation, aujourd'hui dominante de l'œuvre kelsénienne affirme que l'existence de la Constitution, fondée elle-même sur la norme fondamentale présupposée, *garantit* la qualité des normes inférieures dès lors qu'elle proclame les droits fondamentaux et qu'un juge constitutionnel veille sur le respect de ceux-ci. Idée naïve, car elle postule l'infaillibilité du texte constitutionnel d'une part, l'infaillibilité du juge constitutionnel d'autre part. Or s'il est parfaitement crédible qu'il en soit parfois ainsi, il est hautement improbable qu'il en soit ainsi toujours : l'admettre implique un changement de registre, le passage de la rationalité à la foi.

On peut donc légitimement douter que cette interprétation soit pertinente. Kelsen, génie théorique, était aussi un penseur réaliste : il pensait le réel et ne pensait pas sans lui voire contre lui. La théorie pure n'est pas telle au sens d'idéale, mais au sens où elle considère les conditions de possibilité du droit – ce qu'il est nécessaire d'admettre pour que le droit soit effectif et pensable – prises en elles-mêmes,

indépendamment de leur contenu et comme une totalité achevée, non comme une histoire, une structure et non une genèse. Faire de l'œuvre de Kelsen un modèle au sens normatif du terme – condition de possibilité en droit et non de possibilité en fait – revient à se demander non plus en quoi le droit est pensable mais en quoi il est légitime. Question toute différente, et qui n'implique pas seulement une incompréhension de l'œuvre d'un grand auteur. Elle fait de la théorie de Kelsen un argument en faveur d'une thèse, qui implique non seulement la prééminence de la justice constitutionnelle mais aussi la réduction de la démocratie à l'idée de droits fondamentaux. Thèse défendable, mais également discutable, et qui devrait en toute hypothèse être défendue pour et par elle-même, avec ses mérites et ses défauts, non abritée sous un argument d'autorité fondé sur un contresens.

On pourrait objecter, il est vrai, que la réduction de la démocratie au respect des droits fondamentaux n'est pas analytiquement contenue dans la thèse néo-constitutionnaliste. Pourtant la première parait directement impliquée par la seconde dans la mesure où le monopole attribué au juge de dire ce qui doit être se légitime implicitement par la méfiance envers tout ce qui n'est pas lui, à commencer par la démocratie entendue comme volonté du plus grand nombre.

Il faut donc prendre conscience, en second lieu, des conséquences objectives de l'idéologie ainsi développée. Le droit et l'idéologie ont en commun d'être des stylisations du réel. Mais l'idéologie est une stylisation normative, alors que le droit, même s'il postule des valeurs – puisqu'il vise à dissuader d'accomplir certains actes et à rendre d'autres obligatoires – est une stylisation opératoire. D'où résulte le fait que le droit comporte une variable d'ajustement, ou principe de réalité, que l'idéologie ne comporte pas. Le droit peut échouer à produire ce qu'il vise à produire, voire produire le contraire : il est donc légitime et possible d'y introduire des modifications. Au contraire l'idéologie, principe de plaisir, fournit toujours les arguments suffisants pour sa propre justification. Elle poursuit indéfectiblement sa logique, unidimensionnelle et insusceptible d'autorégulation. Or l'histoire ne montre que trop bien à quelles extrémités peut conduire ce mécanisme, indépendamment des postulats de départ : les bonnes intentions n'engendrent pas toujours des conséquences moins néfastes que les mauvaises.

L'idéologie, en outre, s'avère souvent mystificatrice. L'idée d'État de droit suscite le consensus si l'on se contente de l'opposer à celle d'État légal ou à celle d'État de police (même si l'on évite le contresens qui consiste à confondre celui-ci avec l'État policier). Il cesse toutefois d'apparaître comme un idéal indépassable dès lors qu'il est utilisé comme un prétexte pour dévaloriser la démocratie. Que le respect des droits fondamentaux soit nécessaire est une idée qui rallie aisément les suffrages. Mais, si l'on tient ce point pour acquis, plusieurs politiques, fort différentes, sont compatibles avec ce respect. Prétendre interdire aux citoyens le droit d'intervenir dans leurs propres affaires au nom de l'idée que cette intervention serait par essence liberticide, et que des juges, éclairés et infaillibles par postulat, doivent seuls arbitrer entre les aspirations des citoyens, donc décider en dernier ressort de l'avenir collectif, constitue à l'évidence une affirmation idéologique, à laquelle on est en droit de ne pas souscrire.

*
**

Les conclusions que l'on vient d'exposer ne sont pas neutres. Il est parfaitement possible de les discuter ou de les refuser. La démarche dont elles s'inspirent ne s'en trouverait, cependant, pas réfutée. Elle procède en effet d'une nécessité qui paraît

objectivement fondée. Décrire le réel n'implique pas seulement d'exclure les jugements de valeur (neutralité axiologique). Cela suppose aussi non certes d'éliminer tout *a priori* – chose manifestement impossible – mais d'écarter toute analyse préconçue, qu'elle soit fondée sur des catégories stéréotypées ou sur des certitudes arbitrairement postulées.

Jean-Marie Denquin

> Jean-Marie Denquin est professeur émérite de l'Université Paris Nanterre. Après avoir enseigné la Science politique, il s'est consacré au Droit constitutionnel et à la Théorie du droit. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages : *Référendum et plébiscite* (Paris, LGDJ, 1976), *1958 : la genèse de la Ve République* (Paris, PUF, 1988), *Vocabulaire politique* (Paris, PUF, 1997), *La monarchie aléatoire* (Paris, PUF, 2001). Il a également publié de nombreux articles, en particulier dans *Jus Politicum*. Un recueil de ceux-ci a été publié chez Dalloz en 2019 sous le titre *Penser le droit constitutionnel*.

Manon Altwegg-Boussac

Faire apparaître l'objet constitutionnel
À propos de l'ouvrage *Penser le droit constitutionnel* de Jean-Marie Denquin

Lire Jean-Marie Denquin demande un temps particulier. Quiconque connaît ses articles, sait qu'il y trouvera un style original et un angle différent de celui des présentations classiques, et répétées à l'envi, de telle ou telle notion, concept, problème ou événement historique. Chacun de ses articles exprime un point de vue authentique et personnel. Le lecteur averti sait aussi que ces articles demandent de la concentration, s'il veut se laisser porter par le chemin de pensée, à la fois sillonné et subtil, de l'auteur. Il sait qu'après la lecture de quelque passage (parce qu'il faut laisser du temps), il se sentira certainement plus intelligent[1], mais sans doute aussi quelque peu perturbé par la densité des questions soulevées et par une note, floue, de gravité, face à ce que pourrait devenir le droit constitutionnel, à moins qu'il ait déjà sombré : une discipline académique, policée et convenue.

Parmi les titres du sommaire de l'ouvrage *Penser le droit constitutionnel*, celui de « Situations du droit constitutionnel[2] », décrit le mieux l'approche de l'auteur. En effet, ce recueil d'articles ne présente pas les jalons d'une nouvelle théorie du droit, ni ne cherche à affirmer de nouveaux grands concepts ou définitions stipulatives, ou à déclamer quelque grande tirade sur ce qu'est ou ce que devrait être l'étude du droit constitutionnel. Jean-Marie Denquin aborde les grandes questions du droit constitutionnel, de la théorie du droit et de l'histoire constitutionnelle et politique, à partir de situations concrètes. Chaque article est un état des lieux sans concession des usages concrets des notions par lesquelles l'objet constitutionnel se donne à voir. L'ouvrage contient ainsi ses thèses incontournables sur la démocratie, la représentation, la majorité, le referendum, l'interprétation ainsi que ses analyses précieuses des événements de l'histoire constitutionnelle.

« Ne pas nier les problèmes[3] », voilà l'un des traits importants de l'approche du droit constitutionnel de Jean-Marie Denquin : accueillir la complexité plutôt que la taire au profit de fausses évidences, de raccourcis pratiques de la pensée ou de sophismes essentialistes. Jean-Marie Denquin n'est pas tendre avec les faux-semblants de clarté qui entourent les notions les plus élémentaires du droit constitu-

[1] Voir la préface de B. Daugeron, « Présentation », in J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019, p. 5-9.

[2] « Situations du droit constitutionnel » correspond au titre II de l'ouvrage.

[3] *Ibid.*, p. 126.

tionnel : il fustige les écueils de la doctrine contemporaine en identifiant les « contradictions[4] », les « tautologies » et « platitudes[5] », le flou des « pseudo-concepts » journalistiques[6], les conforts de la pensée les « discours pathétiques[7] », les « monologues autosatisfaits[8] », comme les « généralisations hâtives[9] » et les « illusions rétrospectives[10] ». Cette exigence scientifique se combine avec un certain détachement vis-à-vis de certains réflexes académiques et institutionnel et de tout sectarisme scientifique. Ce détachement se reflète aussi dans la liberté de ton et l'humour cinglant de ses formules : « Il est confortable de croire que l'on fait comme l'on a toujours fait[11] ». Ou encore, parmi les pépites : « le procédé est d'autant plus efficace qu'il est inconscient de lui-même et générateur de plaisir : la bonne doctrine est mère de la bonne conscience et il est plaisant de constater que les choses sont ce qu'elles sont censées être[12] ». Difficile de ne pas sourire au fil de la lecture…

Jean-Marie Denquin esquisse ainsi des « prises de vue » du droit constitutionnel. Les débats retranscrits lors de la table ronde organisée par l'Institut Michel Villey autour de son ouvrage permettent de distinguer deux grandes lignes de sa méthode[13]. En premier lieu, l'auteur évacue toute tentation essentialiste[14] : « tout est donc transformable en tout, ce qui évidemment ne signifie pas que tout est pareil, mais qu'il est vain de chercher des essences[15] ». Mais il s'intéresse néanmoins au droit constitutionnel comme un « donné » qui « préexiste[16] » et dont il entend faire l' « autopsie » :

> en postulant que les phénomènes …ne se réduisent pas à des mots, mais qu'il existe derrière ceux-ci des objets abstraits, une ontologie descriptive permet de les distinguer, de les décrire, de les faire varier dans l'esprit et d'éclairer ainsi leur statique et leur dynamique[17].

En second lieu, l'auteur définit sa phénoménologie, à partir de Searle, comme étant l'« *art de faire apparaître l'apparence*[18] ». En faisant référence à Anscombe et à la distinction entre les usages du langage, intensionnels, et programmatiques, d'une part, et les extensionnels, et descriptifs, d'autre part, il envisage plusieurs questions

---

[4] *Ibid.*, p. 105-106.

[5] *Ibid.*, p. 176.

[6] *Ibid.*, p. 107.

[7] *Ibid.*, p. 161.

[8] *Ibid.*, p. 143.

[9] *Ibid.*, p. 182.

[10] *Ibid.*, p. 211.

[11] *Ibid.*, p. 102.

[12] *Ibid.*, p. 32.

[13] Sur cette question, voir également *infra*, la contribution de V. Champeil-Desplats, « À propos du livre réunissant quelques articles choisis de Jean-Marie Denquin ».

[14] Voir l'enregistrement des interventions de la table ronde du 23 janvier 2020, disponible sur le site de l'Institut Villey [www.institutvilley.com].

[15] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 51.

[16] *Ibid.*

[17] *Ibid.*, p. 52.

[18] Voir également l'enregistrement des interventions de la table ronde du 23 janvier 2020, disponible sur le site de l'Institut Villey [www.institutvilley.com].

du droit constitutionnel, et notamment celle de la dimension institutionnelle de la constitution[19].

Si l'ouvrage permet d'affûter toute pensée du droit constitutionnel, celle de Jean-Marie Denquin ne se laisse pas aisément deviner. En effet, l'auteur ne choisit pas explicitement un « camp » théorique ou philosophique, et il semble d'ailleurs que cette démarche ne l'intéresse pas fondamentalement. Les grandes théories du droit perdent quelque peu de leur intérêt dès lors qu'elles enferment la définition du droit dans un propos abstrait et général, au détriment d'une approche réelle et concrète de l'objet constitutionnel. L'auteur écrit ainsi : « Rien n'est plus néfaste au droit que d'appliquer une démarche normative à la définition du droit. Il faut savoir ce qu'est le droit pour qu'il puisse dire ce qui doit être et non dire ce qu'il doit être pour savoir ce qu'il est[20] ». Un détour par Bergson pourrait fournir une image intéressante de sa démarche. Ce dernier distingue deux manières de connaître une chose, l'*analyse* qui « tourne autour de cette chose », et l'*intuition* qui tente d'« entrer en elle ». Il écrit ainsi : « un absolu ne saurait être donné que dans une intuition, tandis que tout le reste relève de l'analyse ». Et il ajoute à propos de l'analyse :

> dans son désir éternellement inassouvi d'embrasser l'objet autour duquel elle est condamnée à tourner, l'analyse multiplie sans fin les points de vue pour compléter la représentation toujours incomplète, varie sans relâche les symboles pour parfaire la traduction toujours imparfaite[21].

Jean-Marie Denquin semble tourner inlassablement autour de l'objet constitutionnel et préfère – sans toutefois abandonner l'intuition… – l'imperfection de l'analyse qui, sans « entrer » dans la chose, affine constamment les angles de vue pour mieux la faire apparaître[22].

La lecture de l'ouvrage produit néanmoins une impression étrange : celle d'avoir exploré minutieusement les facettes de l'objet du droit constitutionnel, tandis que cet objet semble constamment se dérober à toute définition. Si l'ouvrage livre un aperçu impressionnant de l'étendue des problèmes, des « angles morts[23] », du droit constitutionnel, le plus grand d'entre eux étant sans doute celui de l'indifférence à ces problèmes (I), on peut aussi être désarçonné, en refermant l'ouvrage, par un horizon assez peu optimiste – la litote est faible – du droit constitutionnel (II).

---

[19] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, notamment p. 107 et 133.

[20] *Ibid.*, p. 52.

[21] H. Bergson, « Introduction à la métaphysique », in H. Bergson, *La pensée et le mouvant*, 22e éd., Paris, puf, 1946, p. 177-182.

[22] J.-M. Denquin écrit ainsi : « Il faut en effet penser le droit constitutionnel comme droit instituant et comme droit normé, comme institué et comme normatif, comme possibilité du droit et comme droit du droit, comme artificiel, changeant et corpus des droits fondamentaux, comme processus et comme résultat, comme possible et comme réel. Il faut décrire la distinction, la solidarité et la tension entre ses polarités » (J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*,p. 21).

[23] *Ibid.*, p. 8.

I. « Ne pas nier les problèmes… »

L'un des apports décisifs de l'œuvre de Jean-Marie Denquin à la pensée constitutionnelle tient à la précision avec laquelle il situe les différents lieux des basculements de concepts et des tensions épistémologiques. L'auteur prend un soin exigeant à distinguer, au-delà de l'identité des termes, la pluralité des significations qui se dégage de leurs usages.

Ses thèses relatives à la démocratie et à la représentation sont incontournables et bien connues. L'auteur critique la référence à une « crise de la représentation » qui supposerait l'existence d'un « vrai » concept de représentation[24] alors même qu'il oscille entre trois significations distinctes, et pourtant entremêlées (« tenir lieu de », « porter la parole d'autrui » et « ressembler à autrui[25] »). Le même constat affecte la démocratie : la « démocratie pure », exclue par Sieyès au profit de la représentation, a progressivement pris les contours de la « démocratie représentative », centrée sur l'élection au suffrage universel direct, pour se perdre ensuite dans la « démocratie des droits », celle qui permet la censure de la loi par le contrôle juridictionnel. Jean-Marie Denquin déplore que ces différents concepts de démocratie cohabitent sous la V^e^ République, et s'adaptent, comme par enchantement, au pouvoir qu'il s'agit de justifier – celui d'un président de la république élu qui « dicte sa volonté » à une majorité ou celui de la juridiction constitutionnelle qui garantit les libertés – alors même qu'ils sont irréconciliables. Il conclut :

> personne n'est censé s'apercevoir que le mot « démocratie » est pris successivement en deux sens différents, mais également restrictifs : les deux branches de l'alternative se rejoignent en un discours de légitimation où les actes des gouvernements sont toujours justifiés[26].

Ces fragilités conceptuelles s'expliquent par des raisons épistémologiques que Jean-Marie Denquin s'attache à identifier. L'une de ces difficultés consiste dans la confusion des niveaux de discours. L'auteur montre par exemple que la hiérarchie des normes, conçue dans le cadre de la théorie du droit kelsénienne, ne peut pas être envisagée comme une simple « technique constitutionnelle » destinée à être un rempart contre le pouvoir[27]. Une autre difficulté, à laquelle l'auteur consacre de nombreux développements, renvoie au problème de la confrontation des concepts à l'écoulement du temps. Ainsi en va-t-il de la « coutume », prise dans un rapport au temps insoluble puisqu'elle dépend rétrospectivement de la permanence de certaines pratiques interprétatives. Jean-Marie Denquin défend ici une approche « consciemment rétrospective[28] » de manière à ne pas trahir les usages de l'époque en leur greffant des concepts construits *a posteriori*. Il écrit :« une crise n'est constitutionnelle qu'*a posteriori*[29] ». Il en découle que la crise du 16 mai 1877 ne peut pas être comprise comme une « tentative de parlementarisme dualiste » – expression inexistante à l'époque – quand Mac Mahon invoque sa responsabilité envers la France[30] ; tout comme il rappelle que la notion de « majorité présidentielle » sous

---

[24] *Ibid.*, p. 150.

[25] *Ibid.*, p. 153.

[26] *Ibid.*, p. 106.

[27] *Ibid.*, p. 114-117.

[28] *Ibid.*, p. 208.

[29] *Ibid.*, p. 189.

[30] *Ibid.*, p. 214.

la V^e^ République est déconnectée de l'élection du président de la République au suffrage universel direct en 1962[31]. En rétablissant les usages constitutionnels inscrits dans leur époque, Jean-Marie Denquin évite le piège qui consiste à entretenir, par une répétition mécanique et non questionnée, une mémoire viciée des événements constitutionnels.

Si, par cette dé-et re-construction des concepts, Jean-Marie Denquin identifie les apories de certains discours constitutionnels contemporains, il semble hésitant quant à la possibilité d'articuler une pensée cohérente du droit constitutionnel.

II. « Articuler » le droit constitutionnel

Qu'est-ce que le droit constitutionnel selon Jean-Marie Denquin ? La question n'est pas absurde car si l'auteur s'attache à présenter l'état d'un grand désordre conceptuel, il demeure préoccupé par la recherche d'une « cohérence » du droit constitutionnel. Comment dès lors « articuler » – le mot est repris plusieurs fois – des paradigmes contradictoires qui coexistent – qu'il s'agisse du changement de conception de la loi[32], des différentes facettes de la constitution, ou des rapports du texte à la pratique ?

Jean-Marie Denquin semble chercher quelque espoir dans la théorie constitutionnelle et la théorie du droit : « le droit constitutionnel ne peut donc pas sans se mutiler, ou plutôt sans se nier lui-même séparer sa dimension jurisprudentielle et sa dimension institutionnelle. Et seule sa dimension théorique peut permettre de comprendre l'articulation des deux[33] ». Il n'est pourtant pas certain que Jean-Marie Denquin soit lui-même vraiment convaincu par cette issue : « Mais qu'une théorie du droit soit nécessaire pour manifester à la fois l'unité et la diversité, donc la spécificité, de la discipline, ne prouve pas qu'elle soit possible[34] ». En matière de théorie, l'auteur avance et recule : il considère, par exemple, que les propositions « rivales » de la théorie réaliste de l'interprétation et du normativisme, sont toutes deux « admissibles » et relativement « cohérentes[35] », pour s'attacher ensuite à leurs défauts respectifs et ne choisir aucune d'entre elles. Se tournant vers la « conscience » du juge (a-t-il le sentiment d'appliquer du droit ? Se sent-il libre ou contraint ?), il affirme aussitôt, à raison, l'impossibilité de telles introspections psychologiques[36].

La manière dont Jean-Marie Denquin conçoit les rapports entre le droit et la science politique fournit davantage de précisions. Toute séparation stricte entre le droit et de la science politique est considérée comme « arbitraire[37] » et comme étant l'une des causes décisives de l'appauvrissement du droit constitutionnel[38]. Si Jean-Marie Denquin se prononce contre cette frontière disciplinaire artificielle, il

---

[31] *Ibid.*, p. 280 *sqq.*

[32] *Ibid.*, p. 104-105.

[33] *Ibid.*, p. 21.

[34] *Ibid.*, p. 22.

[35] *Ibid.*, p. 71 *sqq.*

[36] *Ibid.*, p. 73.

[37] Voir l'enregistrement, déjà indiqué, des interventions de la table ronde.

[38] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 108.

la rétablit ailleurs. Car pour l'auteur, se rapprochant ici de Kelsen, la science politique suppose d'avoir préalablement défini le droit : les questions de la science politique « ne peuvent se poser qu'à partir d'éléments juridiques[39] ». La spécificité de l'objet juridique doit donc être maintenue afin de distinguer la question de l'illégalité en droit de celle de la raison, au sens de Jennings, des pratiques politiques. Certaines conclusions en découlent : la coutume *contra legem*, invoquée à propos de la crise du 16 mai, lui semble un argument bien faible lorsqu'il est confronté à la « survivance » des lois constitutionnelles de 1875[40], tandis que le concept de « majorité » n'est tout simplement pas considéré comme « juridique[41] ». La frontière entre droit et politique dépassée sur le terrain disciplinaire est rétablie ici, au sein même de l'objet constitutionnel.

Pourtant, Jean-Marie Denquin est très loin d'être un « normativiste » convaincu. Il suffit pour s'en convaincre de lire certains passages, comme celui relatif au référendum : « Les décisions politiques ne sont à aucun degré déterminées par les règles juridiques ; ce sont au contraire celles-ci qui sont déduites des comportements politiques[42] », et de façon plus générale l'affirmation selon laquelle « Seuls les hommes peuvent garder les normes, il est illusoire de prétendre confier aux normes la garde des hommes[43] ». En outre, Jean-Marie Denquin est profondément hostile à toute forme d'« hyperpositivisme », qui conduirait à justifier le droit par lui-même[44], en neutralisant son interaction avec le contexte social et politique dans lequel il s'inscrit[45]. Il écrit : « le droit ne peut se penser qu'en relation avec autre chose que lui. Il faudrait construire, sans tomber dans le pur sociologisme qui supprime l'objet pour l'expliquer, un positivisme au sens faible[46] ». Ce positivisme au sens faible, qui n'est pas développé explicitement dans cet ouvrage, permettrait sans doute, tout en intégrant le contexte politique et social, de préserver uneidée du droit[47].

Mais comment comprendre cette idée du droit, si le droit ne se réduit ni aux normes, trop figées, ni aux textes, trop indéterminés, ni à leurs interprétations politiques, trop élastiques ? Que reste-il du droit au-delà de son idée ? L'attachement de Jean-Marie Denquin à penser le droit comme un« donné » préexistant, ne semble pas relever d'une obsession scientifique, tournée sur elle-même, dont l'unique but serait de fonder la spécificité de l'objet juridique. Jean-Marie Denquin avance un autre développement : le droit devrait être pensé comme « relation », puisque le droit existe d'abord « à travers des références au droit[48] ». Ces relations sont celles qui existent entre les acteurs constitutionnels, mais ce sont aussi celles qui relient ces acteurs avec les citoyens. Sous cet angle particulier, le maintien d'une « idée du droit », doit être rattaché à la question de l'exposition politique et

[39] Voir l'enregistrement, déjà indiqué, des interventions de la table ronde.

[40] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 223.

[41] *Ibid.*, p. 230.

[42] *Ibid.*, p. 314.

[43] *Ibid.*, p. 64.

[44] *Ibid.*, p. 113.

[45] *Ibid.*, p. 113.

[46] *Ibid.*, p. 121.

[47] *Ibid.*, p. 21.

[48] Voir l'enregistrement, déjà indiqué, des interventions de la table ronde.

sociale du discours du droit[49]. C'est en tout cas en ce sens qu'il faut comprendre l'insistance de l'auteur sur la cohérence de ce discours. Le droit constitutionnel doit en effet demeurer « intelligible pour le plus grand nombre[50] ». S'il insiste sur l'« usage commun » du sens des mots c'est parce que cet usage commun détermine « la possibilité de la communication[51] » et conditionne « le maintien d'un lien ténu entre le droit et le citoyen quelconque[52] ».

La pensée du droit constitutionnel de Jean-Marie Denquin est intrinsèquement liée à une pensée de la démocratie. « Les mots ne désignent pas n'importe quoi […]. La démocratie passe pour avoir un sens », elle n'est pas une notion « disponible[53] ». Ainsi, le « projet » de la démocratie ne peut renier son principe général[54], pour sombrer dans la tautologie la réduisant au droit dit par le juge. Le droit constitutionnel doit bâtir une théorie juridique de la démocratie et forger des concepts cohérents de manière à ce que les citoyens puissent se penser comme « acteurs de leur propre histoire constitutionnelle[55] ». Le risque est important : « réduite à des platitudes, voir à des tautologies, la doctrine française ne sait plus donner une réponse claire, argumentée et cohérente à des questions aussi fondamentales que celles-ci : qu'est-ce que la représentation ? Qu'est-ce que la démocratie[56] ? »

Il ne s'agit pas pour l'auteur de sauver la discipline, au nom de quelque instinct de survie institutionnelle, mais de prendre conscience de ce que ces concepts conditionnent, au-delà de l'univers académique, sa compréhension sociale et politique. L'ouvrage de Jean-Marie Denquin dessine ainsi l'horizon des impensés du droit constitutionnel, murés dans une mémoire vide, ne conservant que les mots à défaut de leurs significations juridique et politique.

Manon Altwegg-Boussac

Professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil, Membre du MIL, Membre associé de l'Institut Michel Villey et du Centre de théorie du droit.

[49] *Ibid.*, p. 73.

[50] *Ibid.*, p. 110.

[51] *Ibid.*, p. 138-139.

[52] *Ibid.*, p. 147.

[53] *Ibid.*

[54] *Ibid.*, p. 132.

[55] *Ibid.*, p. 110.

[56] *Ibid.*, p. 176.

Véronique Champeil-Desplats

À propos du livre réunissant quelques articles choisis de Jean-Marie Denquin

L'ouvrage réunissant quelques articles majeurs de Jean-Marie Denquin sur le droit constitutionnel trahit une caractéristique de la personnalité de leur auteur qui ne se saisit pas d'emblée : sa qualité d'agent-double. Agent-double à double titre, serait-on tentée de préciser.

Sur le plan disciplinaire tout d'abord, Jean-Marie Denquin est peut-être l'un des derniers universitaires français à avoir investi avec une intensité comparable la discipline « droit constitutionnel » et la science politique, avant que la première – que les néologismes nous soient pardonnés – ne se jurisprudentialise et que la seconde ne se sociologise. Ce double investissement reste bi-disciplinaire, avant d'être interdisciplinaire. Autrement dit, Jean-Marie Denquin cherche moins à croiser les savoirs qu'à les maîtriser dans leur profondeur et spécificité disciplinaire.

Sur le plan institutionnel ensuite, Jean-Marie Denquin a navigué, plus que tout autre sans doute, entre le Centre de théorie et d'analyse du droit de l'université de Paris Nanterre et l'institut Michel Villey de l'université Panthéon-Assas. Il a ainsi contribué à construire un pont entre les membres de ces deux laboratoires de recherche qui, en dépit de leur irréductible altérité, aiment à se parler, à s'écouter et parfois – même – à s'entendre. Les retombées de cette double appartenance sont, au sein des articles ici réunis, patentes : comme la majeure partie du reste de l'œuvre de Jean-Marie Denquin, ces derniers allient la perspective analytique qui caractérise les nanterrois et l'horizon politique qui animent le centre d'Assas. Il s'agit en fin de compte pour l'auteur d'analyser le droit constitutionnel comme un langage politique mis en forme juridique[1]. On comprend donc que Jean-Marie Denquin n'aborde pas à la légère le défi lancé par le titre de l'ouvrage : *Penser le droit constitutionnel*. Les travaux réunis annoncent rapidement un programme, celui de proposer une phénoménologie du droit constitutionnel.

Cette phénoménologie ouvre des opportunités pour développer des méta-discours structurés sur le droit constitutionnel ayant vocation à se distinguer des travaux dominant la discipline ces trente dernières années (I). Elle se heurte à toutefois à des difficultés que Jean-Marie Denquin parvient en grande partie à surmonter grâce à la force de son idiosyncrasie personnelle (II).

[1] Voir notamment, J.-M. Denquin, *La politique et le langage*, Paris, Michel Houdiard, 2007.

I. Les opportunités d'une phénoménologie du droit constitutionnel

La phénoménologie du droit constitutionnel proposée par Jean-Marie Denquin a pour point de départ, d'un côté, une défiance prononcée à l'égard de la métaphysique et de l'essentialisme et, d'un autre côté, un certain refus, si ce n'est un refus certain, de s'abîmer dans l'idée que tout serait arbitraire dans les conventions qui conduisent à donner un sens aux mots désignant des objets ou, plus exactement, « des phénomènes ».

La phénoménologie qui en résulte apparaît alors comme une mise en phase des mots et du monde conventionnel du langage avec un réel, un monde des objets, non chaotique. Dans cette perspective, il s'agit d'étudier le droit, et plus particulièrement le droit constitutionnel, en tant que « phénomène » en considérant que celui-ci n'est pas totalement indéterminé. À défaut, cela reviendrait *in fine* à tout pouvoir réputer « norme constitutionnelle ». Or, Jean-Marie Denquin n'est par le père Gorenflot de *La Dame de Monsoreau* : tout ne peut être baptisé « carpe », ni « norme constitutionnelle » dans le monde denquien. L'auteur l'explique longuement :

> cette indétermination [du droit constitutionnel] est ambivalente. Elle est absolue en ce qu'elle ne peut être limitée en droit : il ne saurait exister de règle gouvernant l'édiction des règles – en ce sens la règle supra-constitutionnelle de séparation des pouvoirs par exemple est purement arbitraire – ni de règles définissant le contenu des règles – le droit « naturel » en ce sens revient à baptiser la difficulté et non la résoudre – sous peine de régression à l'infini. La norme supérieure hypothétique a donc l'arbitraire d'un axiome. Mais d'un autre côté, le réel présente des contraintes subjectives qui empêchent le droit constitutionnel de procéder exclusivement par axiomes et déductions. Indéterminé en droit, il [le droit constitutionnel] est partiellement déterminé en fait et rejoint ainsi d'une certaine manière, la vision du sens commun. Cette détermination demande à être décrite et pas seulement postulée. La description requise peut être dite phénoménologique en ce qu'elle vise non à dégager des essences mais à faire apparaître l'apparence. Statique : elle suppose une ontologie des objets juridiques ; dynamique, elle substitue à l'idée de distinction et d'essence celle de polarités à l'intérieur d'un espace de différenciation.

L'auteur précise plus loin que ces polarités agissent « au sein d'un continuum[2] ». Cette explication mérite plusieurs commentaires.

Elle manifeste tout d'abord une volonté de distanciation à l'égard du postulat jusnaturaliste d'une totale détermination essentialiste, en l'occurrence par le droit naturel, de l'ordre des choses du droit constitutionnel. Au commencement juridique, il y a donc l'arbitraire. Pour autant, Jean-Marie Denquin observe aussi que tout n'est pas indéterminé dans la façon dont le phénomène « droit » se donne à voir. Il retient donc l'existence d'une détermination dont il ne précise toutefois pas les types de liens qui la caractérisent : causalité, imputation, corrélation… ?

L'hypothèse de cette détermination présente néanmoins l'intérêt d'ouvrir un programme spécifique de recherche sur le droit constitutionnel. En effet, on le rappelle, elle « demande à être décrite et pas seulement postulée ». La mission du savant est donc d'identifier, de décrire et, on le suppose, de tenter d'expliquer, ce qui

[2] J.-M. Denquin, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », in J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019, p. 39.

détermine le phénomène « droit constitutionnel ». La démarche phénoménologique consiste, est-il alors précisé, « à faire apparaître l'apparence » et à identifier des « espaces de différenciation » des formes d'expression des phénomènes puis, à l'intérieur de ces espaces, « des polarités ». Jean-Marie Denquin n'en reste pas à l'effet d'annonce. Il met en œuvre son programme sur de nombreux objets du droit constitutionnel : la classification des régimes, la dissolution des chambres basses, le plébiscite, le référendum, la majorité, la crise de la représentation, la démocratie… mais également le phénomène global « droit constitutionnel » lui-même.

Et pourtant, tout paraît à ce stade aussi stimulant que mystérieux. Qu'est-ce que *l'apparence* du droit constitutionnel ? Comment faire apparaître cette apparence ?

Jean-Marie Denquin ne se dérobe pas à la première question. Il développe une réponse argumentée tout au long de son article « Approches philosophiques du droit constitutionnel ». L'apparence du droit constitutionnel n'est autre que « la constitution », concept que, pour sortir des apparentes banalités, Jean-Marie Denquin recompose en lui conférant cinq principaux « objets de nature diverses[3] » : la création d'institution ; la définition de compétences revenant à ces institutions ; la réglementation de l'activité normatrice des pouvoirs publics, *i.e.* « le droit du droit » ; la définition d'un régime de sanction pénale à l'adresse des titulaires de la fonction exécutive ; l'expression « d'injonctions à destination de certains acteurs » (par exemple, le Président de la République doit être le garant de l'indépendance nationale ou, assurer par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics)[4].

Les réponses à la question du comment (comment faire apparaître l'apparence ?) demeurent en revanche moins directes. Ou pour le dire autrement, il revient au lecteur attentif des différents travaux de Jean-Marie Denquin de fournir un petit effort de reconstruction des outils méthodologiques utilisés. À l'issue de cet exercice, on sera frappé par le fait que celui-ci utilise finalement moins les façons de faire des philosophes phénoménologues que les instruments analytiques et logiques construits par certains linguistes et philosophes du langage. Cette orientation le rapproche ici des travaux développés dans le cadre du Centre de théorie d'analyse du droit. Jean-Marie Denquin aime ainsi analyser les « emplois » et usages différenciés des notions pour montrer, ou bien qu'ils stabilisent « dans une certaine mesure la portée des mots[5] », ou bien, à l'inverse, qu'ils finissent par désigner tout et n'importe quoi et deviennent source de malentendus, d'incohérences voire d'absurdités. Dans cette perspective, l'auteur traque les raisonnements tautologiques et contradictoires, les risques de régression à l'infini, les pétitions de principe, les ambiguïtés relatives au statut modal des propositions juridiques ou encore les équivoques méta-discursives liées à l'emploi abusif, non maitrisé ou galvaudé de certains concepts. « Que signifie que des pouvoirs soient séparables », se demande-t-il par exemple de façon très benthamienne[6] ? Que « la séparation des

[3] J.-M. Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », in *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 55.

[4] *Ibid.*, p. 58.

[5] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », in *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 130.

[6] J. Bentham, « L'absurdité montée sur les échasses », in B. Binoche et J.-P. Cléro (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, puf, 2007, p. 17 *sqq.*

pouvoirs est nécessaire à l'existence d'une constitution » ? Qu'elle l'est (proposition descriptive) ou qu'elle doit l'être (proposition prescriptive) ? Dans la même veine, et dans le prolongement des conclusions de la thèse de Richard Moulin[7], Jean-Marie Denquin adresse une attaque en règle aux présupposés qui président la distinction entre régime parlementaire et régime présidentiel, pointant leur apparence « logique [...] qui ne résiste pas à l'examen[8] ».

Pour autant, la place structurante laissée à l'analyse critique du langage juridique et de ses usages ne signifie pas pour Jean-Marie Denquin que penser le droit constitutionnel, ni « le droit tout court », ne se réduise à l'étude de mots[9]. On retrouve ici la position ontologique médiane qu'entend adopter l'auteur, entre rejet de l'essentialisme et crédit accordé à un certain réalisme au sens philosophique. Le phénomène « droit constitutionnel » renvoie en effet à des objets différents des mots qui les désignent et qui s'y ajustent variablement. Il existe donc pour Jean-Marie Denquin un donné qui préexiste aux mots et dont on peut « avoir une intuition au sens kantien[10] », une connaissance non pas transcendante mais « transcendantale au sens large, qui comprend aussi le sens husserlien, bien sûr[11] ».

Cette proposition phénoménologique prend place dans des mouvements salutaires de reconstruction de pensées sur le droit constitutionnel qui ne se réduisent pas fatalement à une analyse technicienne du contentieux constitutionnel, à une analyse contentieuse du contentieux pourrait-on dire. Si la position ontologique médiane de Jean-Marie Denquin encourt le risque de ne contenter ni les cognitivistes, ni les émotivistes convaincus, en revanche, sa quête de re-conceptualisation, si ce n'est de ré-intellectualisation des méta-discours savants sur le droit constitutionnel, fait bien le pont, malgré leurs différences, entre ses collègues de l'institut Michel Villey et de la revue *Jus Politicum*, et celles et ceux du Centre de théorie et d'analyse du droit.

La proposition phénoménologique de Jean-Marie Denquin ouvre alors de nombreuses pistes de redimensionnement du champ d'étude du droit constitutionnel contemporain. Elle rappelle en effet, d'une part, que le droit constitutionnel dit institutionnel n'a pas disparu avec l'émergence du droit constitutionnel dit jurisprudentiel. Pour le dire trivialement, le Conseil constitutionnel ne fait pas tout le droit constitutionnel en France, et il le fait sans doute moins encore que les Cours constitutionnelles ailleurs. La proposition phénoménologique apporte également, d'autre part, des ouvertures quant aux modes d'analyse du droit constitutionnel. Elle n'est certes qu'une proposition parmi d'autres, mais elle en est une à part entière. Elle permet d'explorer de façon particulière – l'ensemble des articles de l'ouvrage l'illustre – le droit constitutionnel institutionnel qui devient son principal objet d'étude. Elle pourrait également permettre – bien que l'auteur ne s'y soit pas longuement employé – d'apporter un regard nouveau sur le droit constitutionnel jurisprudentiel en contribuant à sortir son étude de l'expertise contentieuse. On y voit une piste prometteuse pour développer une lecture critique, au sens épistémologique, des décisions du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire une lecture qui ne se

---

[7] R. Moulin, *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978.

[8] J.-M. Denquin, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », art. cité, p. 30.

[9] *Ibid.*, p. 51.

[10] *Ibid.*

[11] Voir É. Rohmer, *Conte de Printemps*, 1990, 168 min.

contente pas de (re-)produire des méta-discours de rationalisation et de justification desdites décisions. On y voit par conséquent aussi une des voies de revalorisation de la science française du droit constitutionnel sur la scène internationale au sein de laquelle elle reste ces derniers temps en retrait, les principales captations et théorisations des évolutions du droit constitutionnel contemporain (globalisation, néo-constitutionnalisme, reconfiguration des formes d'expression démocratiques, émergence des démocraties illibérales, …) ayant été construites et débattues ailleurs.

II. Difficultés générales et salut individuel

Par leur finesse, les développements que produit l'expérience phénoménologique menée par Jean-Marie Denquin convainquent souvent ses lecteurs, y compris lorsque ces derniers ne partagent pas l'ensemble de ses présupposés. Parmi les principales sources d'interrogation que soulève la démarche, on s'attardera ici sur la préoccupation de trouver, non point un juste milieu mais plutôt un positionnement de trois-quarts aile, entre des courants de pensée habituellement présentés comme antagoniques. Relevons deux débats.

Le premier est relatif aux théories de l'interprétation. Alors que Jean-Marie Denquin apparaît à maints égards très proche de la théorie réaliste de l'interprétation, il lui adresse des critiques auxquelles il attribue une « gravité[12] » qui nous semble quelque peu surdimensionnée. Ainsi s'interroge-t-il : « Si le juge interprète la loi au lieu de l'appliquer, pourquoi et comment les échelons inférieurs de la hiérarchie judiciaire et les agents d'exécution appliqueraient la norme posée par lui sans l'interpréter[13] ? » Or, la théorie réaliste de l'interprétation n'a jamais rejeté l'hypothèse d'une réinterprétation des décisions juridictionnelles ; mieux, elle n'a jamais affirmé qu'il n'y avait pas de réinterprétation de la décision juridictionnelle. Celle-ci se produit à chaque fois, précisément, que les agents d'exécution l'exécutent ou que d'autres autorités sont appelées à s'y référer. La décision juridictionnelle n'est qu'un ensemble d'énoncés qui, comme tous les ensembles d'énoncés, sont soumis à une interprétation de leurs lecteurs. Entre d'infinis exemples, récemment, s'agissant du montant des frais d'inscription que seront appelés à s'acquitter certains étudiants étrangers, le Conseil d'État[14] s'est référé à une décision du Conseil constitutionnel[15] en en resserrant singulièrement la portée. Alors que ce dernier, interprétant le texte de la constitution, affirme solennellement que le principe constitutionnel de gratuité de l'enseignement public s'étend à l'enseignement supérieur en précisant toutefois qu'il s'accommode de « droits d'inscription modiques […] perçus en tenant compte, le cas échéant, des capacités financières des étudiants », le Conseil d'État estime pour sa part que ce caractère modique « doit être apprécié, au regard du coût » des formations et « compte tenu de l'ensemble des dispositions en vertu desquelles les usagers peuvent être exonérés du paiement de ces droits et percevoir des aides, de telle sorte que de ces frais ne fassent pas

[12] J.-M. Denquin, « Remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 95.

[13] *Ibid.*

[14] CE, 1er juillet 2020, nº 430121.

[15] CC, 11 octobre 2019, nº 2019-809 QPC.

obstacle, par eux-mêmes, à l'égal accès à l'instruction ». Il prend ensuite le soin d'expliquer que

> eu égard aux objectifs poursuivis par le service public de l'enseignement supérieur, parmi lesquels figure celui de former les individus susceptibles de contribuer à la vie économique, sociale, scientifique et culturelle de la nation et à son développement, il était loisible aux ministres de fixer les montants des frais d'inscription [...] en distinguant la situation, d'une part, des étudiants ayant, quelle que soit leur origine géographique, vocation à être durablement établis sur le territoire national, et d'autre part, des étudiants venus en France spécialement pour s'y former.

Le Conseil d'État conclut que la différence de traitement qui en résulte entre certains étudiants étrangers et – pour faire bref – ceux résidants habituellement en France « est en rapport avec cette différence de situation et n'est pas manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

Il n'existe donc aucune difficulté à admettre du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation de l'existence d'une réinterprétation des énoncés qui composent les décisions juridictionnelles. À dire vrai, si une difficulté avait pu être soulevée, c'est plutôt celle qui consiste, pour ladite théorie, à considérer que les autorités juridictionnelles produisent des normes (et non pas seulement des énoncés) et que ces normes sont ensuite soumises à interprétation. Le problème en effet d'établir de façon conceptuellement cohérente la possibilité d'une interprétation de la norme, elle-même produit de l'interprétation. Cette difficulté peut finalement être rapidement surmontée dès lors que l'on dissocie, comme le fait la théorie réaliste de l'interprétation, dans la tradition kelsénienne et de l'école analytique italienne, la norme et les énoncés qui en sont le support, ou pour le dire autrement, ces énoncés, leur signification sémantique et leur signification normative. Les juges produisent donc bien des énoncés issus de l'interprétation d'autres énoncés (ou justifiés par eux), énoncés qui seront eux-mêmes soumis à de nouvelles interprétations par d'autres acteurs ou autorités. La signification normative de ces énoncés – leur qualité ou statut de norme juridique – ne résulte pas d'eux-mêmes, considérés isolément. Elle provient d'autres énoncés de l'ordre juridique, ceux qui définissent des habilitations, confèrent des compétences, et déterminent ainsi la signification – le statut ou la qualité si l'on préfère – juridique des énoncés, textes, documents, décisions produits par certaines autorités désignées et habilitées au sein de cet ordre.

Le second clivage au regard duquel Jean-Marie Denquin revendique une position intermédiaire non médiane, est celui entre jusnaturalisme et le positivisme. À l'encontre du premier, l'auteur affirme sans détour : « Le jusnaturalisme est une vaste pétition de principes : il suppose ce qu'il faudrait poser et ne constituera donc jamais qu'une réponse verbale à la question de la fondation du droit ». Toutefois, il considère également que

> ce que l'on pourrait appeler le positivisme au sens fort n'est pas non plus satisfaisant. Car rêver d'une complétude du droit garantie par son autofondation est une illusion. Non seulement cette démarche renouvelle la pétition de principes, quoique sur d'autres bases, mais elle rend incompréhensible et purement incantatoire l'effectivité du droit : si celui-ci se fonde lui-même, pourquoi n'est-il pas toujours efficace ?

Jean-Marie Denquin considère alors que « le droit ne peut se penser qu'en relations avec autre chose que lui. Il faudrait construire, sans tomber dans le pur sociologisme qui supprime l'objet pour l'expliquer, un positivisme au sens faible[16] ». C'est donc dans une position beaucoup plus proche des positivistes que des jusnaturalistes que l'auteur se situe. Il laisse toutefois ses lectrices et ses lecteurs en appétit devant l'annonce : en quoi consiste ce positivisme au sens faible ? Se rapproche-t-il du positivisme « inclusif » ou « interne » proposé depuis quelques années par certains théoriciens du droit[17] ? La phénoménologie que Jean-Marie Denquin promeut, est-elle la voie de ce positivisme au sens faible ?

Si tel est bien le cas, on se demandera alors dans quelle mesure la teneur et la profondeur de celle-ci survivront à son promoteur. Car l'on touche ici à une dernière limite à sa proposition, à avoir l'idiosyncrasie propre à Jean-Marie Denquin, celle qui explique pourquoi l'on retient la lecture de certains auteurs plutôt que d'autres, celle qui résulte d'un parcours intellectuel dont on peut s'interroger sur le fait de savoir s'il est reproductible.

L'hommage s'achève donc en considérant non plus seulement le phénomène « droit constitutionnel », mais le phénomène « Jean-Marie Denquin » et les espaces de différenciation qui le rendent apte à faire apparaître de façon si singulière l'apparence du droit constitutionnel. Il est certain que son double investissement des sciences juridiques et politiques n'y est pas pour rien. Or il y a tout lieu de craindre, à l'heure de l'ultra-spécialisation et technicisation des savoirs et de la préoccupation de sauvegarder certains prés carrés disciplinaires, que ce double investissement ne soit plus à ce degré possible. Mais on ne peut également se garder d'évoquer la très grande érudition de Jean-Marie Denquin que ce soit dans les domaines historique, politique, philosophique, juridique et, au-delà, en matière de littérature, de poésie, d'histoire de l'art, de géographie corrézienne et d'éthologie féline. Le tout produit d'inimitables paraboles et autres formules paradoxales, alliant, à l'occasion, sens de l'humour grinçant et amour de l'ironie gratuite. Morceaux choisis : « la monarchie aléatoire[18] » ; « il en résulte que s'il est nécessaire qu'il y ait du droit constitutionnel, rien n'est nécessairement du droit constitutionnel » ; « S'il [le droit] n'est pas toujours efficace, où trouve-t-il *parfois* ce supplément sans lequel le droit suffisant ne suffit pas[19] ? » Ou, pour finir, « qu'importe le législateur, pourvu qu'on ait les droits fondamentaux[20] ? »

Véronique Champeil-Desplats

---

[16] J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », in *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 121.

[17] J. Coleman, « Negative and Positive Positivism », *Journal of Legal Studies*, vol. 11, nº 1, 1982, p. 139-164 ; J. Coleman, *The Practice of Principle: Essay*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; A. Marmor, *Philosophy of law*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 92 *sqq.* ; J.J. Moreso, « En defensa del positivismo jurídico inclusivo », in P.E. Navarro et M.C. Redondo (dir.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelone, Gedisa, 2002, p. 101.

[18] J.-M. Denquin, *La monarchie aléatoire*, Paris, puf, 2001.

[19] J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », art. cité, p. 121.

[20] J.-M. Denquin, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », art. cité, p. 17.

Véronique Champeil-Desplats est Professeure de droit public, Centre de théorie et d'analyse du droit, UMR7074. Elle est notamment l'auteur de *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Éd. Economica, 2001 ; *Norberto Bobbio : pourquoi la démocratie*, Paris, Michel Houdiard, 2008 ; *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016 ; *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, Dalloz, 2019.

Thibault Guilluy

À propos de *Penser le droit constitutionnel*

L'apport de Jean-Marie Denquin à la doctrine constitutionnaliste

L'auteur de ces lignes tient tout d'abord à remercier les organisateurs, Bruno Daugeron et Olivier Beaud, de la table ronde organisée par l'Institut Villey le 23 janvier 2020 à l'occasion de la publication de *Penser le droit constitutionnel* de Jean-Marie Denquin[1]. Nous ne nous doutions pas alors que cette manifestation serait tout à la fois l'une des premières et des dernières de l'année 2020, du moins sous une forme traditionnelle, avant de nous voir contraints à de longues semaines de solitude académique. Il n'en est que plus heureux que cette table ronde ait pu avoir lieu, tant l'œuvre de Jean-Marie Denquin témoigne d'une certaine conception, à la fois exigeante, ambitieuse et érudite, de la profession académique et de l'Université, à laquelle les circonstances ne sauraient porter atteinte.

Il n'est pourtant pas aisé de rendre compte de la richesse d'un ouvrage qui n'a d'égal que la diversité des thèmes traités. Il ressort en effet des différents textes ici réunis une perspective personnelle sur le droit et plus spécifiquement une certaine idée du droit constitutionnel à laquelle fait écho le titre de ce recueil. C'est donc à cette manière « idiosyncratique » de penser le droit constitutionnel que nous nous proposons ici de consacrer ces quelques brèves et modestes réflexions.

On remarquera tout d'abord, de manière anecdotique mais significative, que cet ouvrage n'est pas sans raison publiée dans une collection consacrée au « droit politique », tant c'est probablement ce qui caractérise le plus fidèlement la démarche de Jean-Marie Denquin. Celle-ci s'inscrit ainsi dans un certain univers doctrinal, qui rend ici nécessaire de rappeler brièvement les évolutions qu'ont pu connaître l'enseignement et la recherche en droit constitutionnel dans les facultés de droit.

En effet, la seconde moitié du XX^e^ siècle marque un prétendu « renouveau » de cette discipline, qui se traduit par la prise en compte de sa dimension politique, intégrant notamment dans son analyse la manière dont les règles constitutionnelles sont, en pratique, appliquées par les acteurs politiques. La réforme du programme des études de droit de 1954 marquera à ce titre l'officialisation de ce tournant « politiste » en prévoyant l'enseignement d'un cours de « droit constitutionnel et institutions politiques ». Il demeure cependant à prouver que ce renouveau ait substantiellement enrichi la réflexion doctrinale sur le droit constitutionnel, les cloisons du monde universitaire continuant à séparer les juristes et les politistes, comme en témoigne Georges Burdeau, lui-même à la croisée des chemins, dans un bel article

[1] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019.

autobiographique[2]. Les premiers continuaient ainsi à voir « d'un mauvais œil le droit impliqué dans des relations douteuses avec la politique » et les seconds, récusant « tout effort de théorisation globale pour privilégier l'examen empirique des phénomènes », persistaient à considérer que « la référence au droit est un inexpiable péché[3] ».

Ce rendez-vous manqué entre le droit et la science politique ne semble donc pas avoir favorisé un enrichissement théorique de la matière. Il n'en eut d'ailleurs pas le temps puisque l'influence politiste dans la doctrine constitutionnaliste connut par la suite un net infléchissement. En effet, le développement en France du contrôle de constitutionnalité des lois à partir des années 1970, « condition nécessaire et suffisante de la béatitude publique[4] », et l'affirmation corrélative d'une conception normative de la Constitution, étendue désormais aux droits et libertés qu'elle – ou le Conseil constitutionnel – reconnaît, ont évidemment favorisé un recentrage « juridique » de la discipline. Le droit constitutionnel semblait en effet depuis longtemps souffrir d'un complexe propre aux juristes, en ce qu'il ne se manifestait pas dans les formes les plus ordinaires du « vrai » droit, sanctionné par un « vrai » juge. Le développement progressif du contentieux constitutionnel entraînait dès lors le retour du droit constitutionnel dans la sphère strictement juridique[5].

Ce mouvement de retour au droit qui a marqué la doctrine constitutionnelle contemporaine semble avoir laissé une empreinte profonde. À tel point que l'on constate encore aujourd'hui une forme de divergence, de rivalité entre les analyses juridiques et politistes. Certains, à l'instar de Jacques Chevallier[6], ont plaidé pour un « recouplage », c'est-à-dire un décloisonnement disciplinaire, appelant l'avènement d'une « science du droit constitutionnel », susceptible de réconcilier le droit et la science politique. Mais celle-ci demeure marquée par une logique similaire : il s'agit toujours d'ajouter à l'étude du droit constitutionnel positif, qui demeure marqué par l'écrit, celle des pratiques politiques ou autres phénomènes infléchissant sa mise en œuvre. Une telle approche, qui n'appelle d'ailleurs pas nécessairement une réflexion théorique sur le droit constitutionnel et son objet, échoue à nouveau à révéler la dimension politique d'un droit qui, comme le rappelle Jean-Marie Denquin, s'est progressivement redéfini :

> On en vint à regarder la protection des droits et libertés comme l'unique objet recevable du droit constitutionnel. […] Censé saisir la politique, le droit constitutionnel l'excluait donc en réalité de son horizon : droit jurisprudentiel, il dévalorisait puis évacuait l'ancien droit institutionnel, ses enjeux et ses controverses, irrémédiablement politiques[7].

---

[2] G. Burdeau, « Du droit à la science politique » in G. Burdeau, *Écrits de droit constitutionnel et de Science politique*, préf. J.-M. Denquin, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2011, p. 653-668.

[3] *Ibid.*, p. 661-664.

[4] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 225.

[5] Signe de cette évolution, la réforme de 1997 entérinait par exemple la disparition des « institutions politiques » du programme du DEUG de droit.

[6] Voir notamment J. Chevallier, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel » in *La République. Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 183-199.

[7] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 108

Or tout autre est la perspective propre au « droit politique » dont Jean-Marie Denquin est, de manière que nous pensons assumée, l'une des plumes les plus éminentes. L'auteur de ces lignes doit à ce titre confesser un certain embarras lorsque, jeune « thésard », il tentait de définir et d'expliciter cette « doctrine » ou cette « école » à laquelle il avait très présomptueusement envie d'appartenir. Il ne comprenait en effet pas le refus de ses maîtres de toute velléité dogmatique et cette réticence obstinée à « faire école ». On le comprend cependant mieux aujourd'hui car le droit politique n'est précisément pas une dogmatique juridique. Il n'est qu'une perspective sur le droit constitutionnel, dont il a pour seule ambition de révéler, ou plutôt de maintenir, le caractère problématique et éminemment politique.

Or Jean-Marie Denquin a su mettre avec la plus grande intelligence des mots sur cette démarche, dont on ne peut que constater qu'elle ne saurait se résumer à un simple « recouplage » des disciplines juridiques et politiques ou en d'autres termes, à l'addition suivante : droit positif + pratique constitutionnel = droit constitutionnel. Il écrit ainsi que

> le droit constitutionnel ne peut donc sans se mutiler, ou plutôt, sans se nier lui-même, séparer sa dimension jurisprudentielle et sa dimension institutionnelle. Et seule sa dimension théorique peut permettre de comprendre l'articulation des deux. Il faut en effet penser le droit constitutionnel comme droit instituant et comme droit normé, comme institué et comme normatif, comme possibilité du droit et comme droit du droit […] comme possible et comme réel. Il faut décrire la distinction, la solidarité et la tension entre ces polarités[8].

Or cet ouvrage, et plus largement la pensée de Jean-Marie Denquin, se singularise par cette ambition : comprendre cette articulation propre au droit constitutionnel en éclairant sa dimension théorique et politique.

Il en résulte dès lors une certaine méthode, une manière idiosyncratique d'appréhender le droit constitutionnel évoquée précédemment : interroger sans jamais admettre l'évidence, décomposer, disséquer des concepts aussi fondamentaux que ceux de « représentation », de « démocratie », de « dissolution » ou encore de « majorité ». Or nous nous attarderons ici, de manière évidemment sélective et concise, sur deux dimensions caractéristiques de ce que l'on appellera ici trivialement la « méthode Denquin », qui est à la fois historique et analytique.

Un recours prudentiel à l'Histoire

La majorité des textes ici reproduits témoignent en effet de l'importance que l'auteur attache à la restitution historique des phénomènes juridiques, qui se manifeste par une mise en garde récurrente contre toute tentation de « lire le passé à la lumière du présent et à poser que ce qui est arrivé devait arriver[9] ». Cette dimension historique est particulièrement manifeste dans le remarquable article que Jean-Marie Denquin consacre à la crise du 16 mai[10], sur lequel nous nous attarderons ici.

---

[8] *Ibid.*, p. 21.

[9] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 240-241.

[10] *Ibid.*., p. 187-225.

Il est devenu presque commun de présenter aujourd'hui la crise du 16 mai, crise fondatrice du parlementarisme français, à la lumière de son interprétation « schmittienne ». Ainsi, selon Carl Schmitt, la crise du 16 mai 1877 s'analyse ainsi comme l'une des décisions fondamentales opérées par le peuple français en faveur de la République, tranchant ainsi le « compromis dilatoire » initial dont témoignent les lois constitutionnelles de 1875. Le juriste allemand évoque le « choix du peuple français qui en 1875 envoya une majorité républicaine à la Chambre et déjoua en 1877 la tentative de dissolution de la Chambre par Mac Mahon en y renvoyant une nouvelle majorité républicaine ». Et il poursuit :

> La force étonnante de ce cas particulier tient à ce que le refus du « coup d'État » de Mac-Mahon a constitué le choix politique du peuple français pour la république et contre la monarchie — un choix que l'Assemblée nationale avait cherché à contourner dans les lois constitutionnelles de 1875[11].

À la suite de Schmitt, Pierre Avril reprendra cette interprétation « constituante » des évènements de mai 1877, écrivant ainsi qu'en 1875, « le compromis dilatoire avait escamoté l'essentiel, et la décision fondamentale n'intervint qu'à l'occasion de la crise du 16 mai 1877[12] ». Dès lors, une norme non-écrite, la souveraineté parlementaire, dominait le droit constitutionnel positif et écrit de la III^e^ République.

Or l'étude que Jean-Marie Denquin consacre à la crise du 16 mai, si elle ne vise pas à récuser une telle lecture « républicaine » de ces évènements, la nuance par un « rappel à l'histoire ». Rappelant en effet que les arguments juridiques soulevés par les deux camps se doivent d'être replacés dans un contexte idéologique et intellectuel, elle tend à remettre en cause la thèse communément admise selon laquelle le droit donnait nécessairement raison au camp républicain. Ferry et Gambetta, écrit Jean-Marie Denquin,

> posent un principe transcendant qui précède les textes comme une sorte de droit naturel républicain, et constitue l'étalon auquel l'interprétation ne saurait déroger. Ce principe a la nature théologico-politique d'un dogme, la nature juridique d'une norme méta-constitutionnelle : c'est celui du gouvernement parlementaire[13].

C'est cette norme méta-constitutionnelle à laquelle, comme on le sait, se soumettra avec fidélité Jules Grévy le 6 février 1879.

Ainsi, plutôt que d'insister sur la traditionnelle opposition de deux lectures rivales mais *a posteriori* du régime de la III^e^ République, régime parlementaire moniste ou dualiste, une telle analyse donne à voir ce qui se joue, au-delà de ces considérations excessivement constitutionalistes : une confrontation entre deux compréhensions rivales du gouvernement ; le gouvernement personnel contre le gouvernement collectif, c'est-à-dire parlementaire. Or cette opposition ne saurait être tranchée par la seule lecture des textes constitutionnels, le droit positif ne permettant de déterminer si Mac Mahon avait par exemple le droit de dissoudre la Chambre des députés. Mais, par ses actions, et notamment en critiquant publiquement, et en l'absence de tout contreseing ministériel, son président du Conseil, Mac Mahon témoignait d'une appréhension personnelle du pouvoir. Et il avait ainsi lui-même provoqué les élections d'octobre 1877 en « plébiscite » pour ou contre lui.

---

[11] C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, puf, 1993, p. 160.

[12] P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, puf, 1997, p. 129.

[13] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 220.

On constate à ce titre que le droit constitutionnel ne saurait été compris comme un droit sec, réduit à un droit positif parfois lacunaire et qu'il ne saurait être appréhendé sans référence aux représentations politiques et intellectuelles du pouvoir propres à une époque. Cet ancrage historique et théorique du droit constitutionnel est ici d'autant plus stimulant qu'il conduit l'auteur à un constat de prime abord surprenant : notre compréhension contemporaine du pouvoir nous rapproche probablement plus de Mac Mahon que du camp républicain. Le « républicanisme » contemporain se serait ainsi réconcilié avec la théorie du gouvernement personnel tant il est vrai que la V^e^ République témoigne « d'une déférence totale, sinon à la personne, du moins à la fonction de l'Élu, autrement dit le président de la République[14] ».

Une exigence analytique

Le second trait caractéristique de la manière dont Jean-Marie Denquin appréhende le droit constitutionnel est la dimension analytique – dans le sens le plus commun de ce terme – dont témoignent les écrits reproduits dans cet ouvrage. Les concepts les plus élémentaires, c'est-à-dire bien souvent les moins questionnés, y sont ainsi constamment disséqués. L'exemple le plus criant de cette démarche est probablement l'importante et célèbre étude consacrée par l'auteur à la notion de « majorité[15] ».

Jean-Marie Denquin distingue ainsi trois différents sens du terme « majorité ». La première, « arithmétique » s'entend comme une décision prise à l'occasion d'un vote précis et à l'issue d'un décompte des voix, la motion obtenant le plus de voix disposant ainsi d'une « majorité ». Dans un second sens, la majorité peut s'entendre de manière « organique » car, ne se résumant plus à un vote précis, celle-ci vise à rendre compte d'une réalité répétée, persistante et stable. La majorité est alors « un sous-ensemble d'individus qui, au sein de l'ensemble constitué par une assemblée délibérante, se prononcent d'une certaine manière », *étant entendu que* « le sous-ensemble en question manifeste une certaine stabilité de fait, même si les individus qui la composent n'ont mis sur pied ni organisation, ni discipline ni même manifesté une intention claire de demeurer unis[16] ». Enfin, l'auteur distingue un troisième sens[17], qui prolonge ce dernier en ce qu'il vise des sous-ensembles rigides et permanents et acquiert ainsi une dimension nouvelle. La majorité devient ainsi « l'ensemble des idées, valeurs et anticipations que projettent son existence et la probabilité de sa durée » et constitue donc une « matrice de comportements[18] ».

L'on ne saurait insister suffisamment sur l'importance d'une telle analyse de la notion de majorité, notion que l'on soupçonnait de prime abord peu équivoque. Elle éclaire, et c'est évidemment l'ambition de l'auteur, la singularité de l'évolution

[14] *Ibid.*, p. 105.

[15] *Ibid.*, p. 229-291.

[16] *Ibid.*, p. 239.

[17] Ainsi d'ailleurs qu'un quatrième sens lié à celui-ci qui renvoie aux partis constituant une majorité.

[18] *Ibid.*, p. 259.

politique et constitutionnelle de la Ve République, dont les créateurs n'avaient précisément pas prévu l'apparition de « majorités » de ce troisième type. Mais elle fournit une grille d'analyse pertinente pour penser et problématiser certaines évolutions survenues dans d'autre systèmes politiques, de révèle ainsi certains phénomènes contemporains qui peuvent apparaître comme des disfonctionnements constitutionnels.

Nous prendrons ici l'exemple très contemporain du Royaume-Uni, communément présenté comme un modèle de parlementarisme « rationnalisé » et bipartisan. En effet, le système britannique témoigne d'une correspondance quasi-parfaite entre ces différents types de majorité : La majorité arithmétique qui ressort des votes au Parlement de Westminster se concrétise en une réalité « organique » et stable, qui elle-même s'institutionnalise par la structuration de la vie politique autour de deux partis pluriséculaires[19]. Pourtant, l'irruption des procédures référendaires dans un tel système semble remettre en cause une telle harmonie des majorités, comme l'exemple du référendum sur l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union Européenne organisé le 23 juin 2016 a pu le montrer. Celui-ci a en effet au pour conséquence de faire apparaître une nouvelle majorité – indéniablement arithmétique et possiblement organique – indépendante du clivage partisan manifesté par l'existence d'une majorité et d'une opposition à la Chambre des Communes, le parti conservateur ayant ainsi laissé ses membres libres de leur choix.

Or cette discordance entre la majorité référendaire de 2016 et la majorité parlementaire n'a pas été sans conséquence lorsqu'il s'est agi de discuter et d'adopter les différents textes visant à mettre en œuvre la sortie du Royaume-Uni de l'Union, de même qu'elle a fortement contribué à la crise politique qui a marqué ces dernières années. On peut à ce titre remarquer que l'apparition soudaine d'une majorité référendaire aussi « atypique » révèle les problématiques inhérentes à l'introduction de procédures référendaires dans les systèmes parlementaires. Mais elle témoigne aussi de la difficulté d'une majorité arithmétique ou organique à s'institutionnaliser et à se cristalliser en une majorité partisane. Le constat n'en demeure pas moins le même : cette discordance entre ces types de majorité ne peut s'avérer que perturbateur. Un second constat s'impose : le concept de majorité est en effet plus équivoque qu'il n'y parait, ce que met magistralement en lumière l'analyse de Jean-Marie Denquin.

La doctrine constitutionnaliste ne peut donc que se réjouir de la publication d'un ouvrage aussi important et l'auteur de ces lignes le remercier pour son apport déterminant à la compréhension des phénomènes constitutionnels.

Thibault Guilluy

Professeur de droit public à l'Université de Lorraine.

[19] C'est évidemment là une vision très naïve de l'histoire politique britannique, qui a démontré à différentes époques la fragilité de ce bipartisme.

Frédéric Rouvillois

Denquin et les idoles

De par ses goûts, sa culture, son urbanité exquise et sa façon d'être, Jean-Marie Denquin n'est en rien homme de son temps : il serait bien plutôt un personnage de la fin du XIX^e^ siècle. Mais c'est encore plus haut qu'il faut remonter pour rendre compte de ce qu'inspire son *Penser le droit constitutionnel*[1] : au Grand siècle de Corneille, et à la scène de *Polyeucte* où le futur martyr, se rendant au temple, croise Néarque, celui qui l'a initié au christianisme, qui s'étonne de le voir prendre ce chemin :

> NÉARQUE. — Quoi ! Vous mêler aux vœux d'une troupe infidèle !
> Oubliez-vous déjà que vous êtes chrétien ?
> POLYEUCTE. — Vous par qui je le suis, vous en souvient-il bien ?
> — J'abhorre ces faux dieux.
> — Et moi je les déteste.
> — Je tiens leur culte impie.
> — Et je le tiens funeste.
> — Fuyez donc leurs autels.
> — Je veux les renverser
> Et mourir dans leur temple ou les y terrasser.
> Allons, Mon cher Néarque, allons aux yeux des hommes
> Braver l'idolâtrie et montrer qui nous sommes[2].

À le lire, on a le sentiment que les constitutionnalistes ordinaires, si l'on peut dire, sont pour la plupart du côté de Néarque – du Néarque première manière : croyants sincères et sérieux, mais prudents, sinon timorés, pleins de crainte de ce qui pourrait (leur) arriver s'ils osaient briser les idoles et contester la mythologie en vigueur, les lieux communs et les idées reçues du constitutionnellement correct :

> NÉARQUE. — Le zèle est trop ardent, il faut qu'il se modère[3].

Pourquoi donc contester ce qui se dit, ce qui se répète depuis si longtemps, ce qui paraît si conforme à l'air du temps ? Pourquoi proclamer ce qui risquerait de susciter un ostracisme quelconque, une marginalisation déplorable au sein de ce « tout petit monde » où il est de bon ton de ne point crier trop fort ?

---

[1] J.-M. DENQUIN, *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019.

[2] P. CORNEILLE, *Polyeucte*, éd. G. Masson, Paris, Librairie Hachette et Cie, 1887 [1641], Acte II, Scène VI, p. 25-26.

[3] *Ibid.*, p. 26.

Mais Jean-Marie Denquin, homme courtois s'il en est, ne l'entend pas de cette oreille :

> Polyeucte. — La foi que j'ai reçue aspire à son effet.
> Qui fuit croit lâchement, et n'a qu'une foi morte[4].

C'est ce qui ressort du passionnant recueil d'une dizaine d'articles, *Penser le droit constitutionnel*, qui vient de paraître, et où il se livre avec un plaisir mal dissimulé à ce qui paraît décidément l'un de ses exercices favoris : la destruction des mythes fondateurs de la Vulgate constitutionnelle moderne.

I. Les mythes en miettes

Dans l'un des articles les plus significatifs, « Situation présente du constitutionnalisme », Jean-Marie Denquin prend pour cible deux idoles majeures dont la démystification constitue peut-être le fil d'Ariane de son ouvrage : la démocratie, et le juge.

La première, explique-t-il, est « *officiellement* » – on goûtera au passage l'emploi de cet adverbe choisi, et les abîmes comiques qu'il laisse entrevoir –, elle est officiellement, donc, « le régime parfait, indépassable, l'authentique fin, aux deux sens du terme, de l'histoire » (aux deux sens du terme aussi, supposera le lecteur attentif). Mais de quelle démocratie parle-t-on, se demandera le même lecteur ? Celle que pratiquaient les anciens dans l'Athènes d'Aristote, « ce que l'on appelle aujourd'hui – mais l'adjonction de l'adjectif implique en elle-même un changement radical de vision, puisqu'il faut maintenant distinguer l'espèce du genre – une démocratie directe » ? Celle-là même que l'abbé Siéyès nommait démocratie tout court avant de la déclarer inapplicable, sinon dangereuse, incompatible avec les républiques modernes ? Ou bien ce que l'on qualifiera beaucoup plus tard de « démocratie représentative », ce « qui auparavant ne pouvait apparaître que comme une contradiction dans les termes », oxymore bizarre auquel on va pourtant se rallier (*officiellement*, une fois encore) au milieu du XX^e^ siècle en introduisant dans la constitution du 27 octobre 1946 un article 3 disposant que « la souveraineté nationale appartient au peuple français » ?

Un oxymore dont les composantes se trouvent elle-même brouillées lorsqu'après s'être fondé sur l'étymologie (supposée être la « science du vrai ») pour définir la démocratie comme le pouvoir du peuple (fût-ce au travers de ses « représentants »), on en vient à ne plus y voir, à l'aide des bésicles postmodernes, qu'un système quelconque garantissant les droits fondamentaux de l'individu. C'est du reste ainsi qu'elle est « présentée comme la valeur suprême à l'aune de laquelle doit être jugée (et) éventuellement écartée la démocratie au premier sens », le gouvernement du peuple n'étant « plus un impératif » lorsqu'il s'agit de définir la démocratie, rien d'autre qu'une « valeur relative ». C'est pour cette raison que certains peuvent en déduire que « la démocratie constitutionnelle » ou « la démocratie continue » appuyée sur les juridictions suprêmes « est plus démocratique que la démocratie électorale » – sans que l'on sache pourquoi, ni au nom de quoi on pourrait l'affirmer, ou prétendre mesurer de façon pertinente le degré de démocratie d'un système quelconque.

---

[4] *Ibid.*, p. 27.

La démocratie n'a plus de *sens* stable ; quant à ceux qui oseraient contester la supériorité de la forme électorale, ils seraient, à en croire certains, victimes d'un préjugé essentialiste érigeant ladite « démocratie électorale » en une norme indépassable, une essence fixe, alors qu'elle n'en est qu'un moment historique particulier. Ce faisant, les auteurs de cette accusation posent « implicitement la thèse selon laquelle la démocratie n'a pas d'essence », bref, qu'« il [n']existerait pas une réalité […] de la démocratie » : d'où l'on peut conclure qu'il « serait légitime d'appeler démocratie autre chose que ce qui est habituellement désigné sous ce nom ». Ni sens, ni essence : même s'« il n'est pas quelconque », « l'usage des mots est libre », et on pourrait qualifier de démocratie n'importe quel type de régime sans que quiconque puisse sérieusement en contester l'emploi – de la même manière que l'on pourrait employer le mot *république*, au grand dam des exégètes de la fameuse « forme républicaine du gouvernement » de l'article 89 al. 5 de la constitution. La démocratie, du mythe au miettes ?

« Cette histoire vraie », poursuit Jean-Marie Denquin, « se distingue de l'histoire sainte, celle de la conscience commune, dont l'ignorance conforte les certitudes, et d'une certaine doctrine constitutionnelle » : car même si la chose est fort triste, cette histoire « ne décrit pas », contrairement à l'autre, « la victoire des lumières (c'est-à-dire de ceux qui pensent comme nous) sur les ténèbres (ceux qui pensent autrement) ».

L'autre mythe du XXI^e^ siècle, c'est le juge, pourvu d'une majuscule – d'ailleurs inextricablement lié à la démocratie revue et corrigée façon droits fondamentaux, puisque c'est à lui et à lui seul qu'il appartient de les énoncer et de les garantir. Comme pour la démocratie, la construction ne relève en dernier ressort ni de la raison, ni de l'expérience, mais d'une « démarche religieuse », « par laquelle on reconnaît (au juge) le privilège de locuteur omniscient », et qui « se nomme » rien de moins que « foi ».

Car le droit, une fois reconnu « comme unique valeur » au point d'envahir la notion de démocratie, « se retourne paradoxalement en une sorte d'hyper positivisme : le juge justifie le droit qu'il crée par sa qualité de juge, et sa qualité de juge par le droit qu'il crée, puisqu'il dit quels droits sont fondamentaux, jusqu'à quel point et pourquoi », sans s'autoriser en cela de quelqu'un d'autre que lui-même. On baigne ici dans une « espèce de religiosité latente » et « quelque peu grotesque », celle qui nimbe les « notions fétichisées » que sont désormais « la constitution, l'État de droit, le juge constitutionnel » ou la hiérarchie des normes : ersatz de sacralité qui les rend intangibles et « non révisables », au risque de les confondre avec les brumes de la supra constitutionnalité.

En l'occurrence, de telles brumes présentent d'ailleurs l'avantage de dissimuler les innombrables carambolages qu'elles suscitent par ailleurs : ainsi, celui qui conduit le juge constitutionnel à écrabouiller (Jean-Marie Denquin écrit plus élégamment : *à ruiner implicitement*) la notion de séparation des pouvoirs, dès lors que, devenu par la grâce de la théorie réaliste de l'interprétation le « maître absolu de la norme […], il n'existe en droit aucune limite à son pouvoir ». La notion de séparation des pouvoirs fonctionne alors comme un paradigme autodestructeur en permettant au juge, libre de déterminer discrétionnairement ce qui lui est conforme, d'opérer à son profit exclusif une « concentration de tous les pouvoirs ».

D'où le sentiment, que Jean-Marie Denquin illustre d'une image que l'on dirait empruntée à Piranese ou à Borges, que « la pyramide s'effondre par le haut ».

II. Un nihilisme de l'intelligence

Lorsqu'on y regarde de plus près, cette entreprise de démystification systématique semble toujours obéir au même mode opératoire (les amateurs de romans policiers savent que c'est la marque des tueurs en série), et aboutir au même résultat – un champ de ruines.

Le *modus operandi* révèle en outre le double visage de notre Polyeucte du droit public : l'auteur comique, et l'essayiste tragique.

Le premier n'hésite pas à citer Flers et Caillavet en exergue d'un article de haute volée sur « l'Essence de la démocratie ». Mais, toutes choses égales par ailleurs, il fait surtout penser à un conservateur en chef du département des peintures du Louvre qui s'amuserait à mobiliser les infinies ressources de sa science pour analyser la dernière croûte de Madame Michu Jocelyne, trésorière-adjointe de l'amicale des artistes retraités de la RATP.

Concrètement, la puissance comique de ses articles résulte toujours de l'application, à une pensée molle et faiblement consistante, d'une analyse logique extrêmement rigoureuse, feignant ainsi de prêter à l'objet d'analyse une densité et une profondeur qu'il n'a jamais eu l'ambition d'avoir. Jean-Marie Denquin, il faut le reconnaître, n'est pas l'inventeur du genre, et peut-être a-t-il puisé son inspiration dans le célèbre *Chef-d'œuvre d'un inconnu*[5] (1714), de Thémiseul de Sainte-Hyacinthe, où l'auteur, sous le pseudonyme de Dr Chrisostome Matanasius, consacre deux volumes à (faire semblant d') étudier avec le plus grand sérieux les trois couplets d'une chansonnette populaire soi-disant antique : « L'autre jour, Colin malade dessus son lit / d'une grande maladie / pensant mourir de trop songer à ses amours / ne put dormir ».

C'est à peu de choses près ce à quoi procède Jean-Marie Denquin dans l'article précité, en analysant avec la plus extrême minutie l'affirmation de Dominique Rousseau selon laquelle le développement du conseil constitutionnel aurait induit une véritable mutation entraînant le passage d'une démocratie électorale à une démocratie constitutionnelle. « Ce faisant », commente d'abord Jean-Marie Denquin, « Dominique Rousseau s'inscrit dans une tradition vénérable, celle d'Esmein ou plus récemment de Georges Burdeau » (il aurait pu ajouter Kelsen, Savigny et Grotius pour faire bon poids) « qui s'efforce de saisir, à l'aide d'instruments juridiques et conceptuels irréductibles à la pure sociologie politique [...] les transformations des systèmes politico-juridiques ». Après quoi, armé de son scalpel logique, il entreprend, sous les yeux du lecteur médusé, de disséquer le propos :

> Si l'on comprend bien la pensée de Dominique Rousseau, celle-ci semble pouvoir se résumer en cinq thèses. La première (T1) pose que « la "démocratie constitutionnelle" se substitue à la "démocratie électorale" ». La deuxième (T2) pose que « la "démocratie électorale" est démocratique ». La troisième (T3) pose que « la "démocratie constitutionnelle" est démocratique ». La quatrième (T4) pose que « la "démocratie constitutionnelle" est plus démocratique que la « démocratie électorale » ». Enfin la cinquième (T5) pose que « les adversaires de la théorie (qui nient au moins l'une des thèses précédentes) sont victimes d'un préjugé essentialiste. [...] La cohérence de ces cinq thèses est incontestable. La deuxième et la troisième semblent *a priori* des propositions analytiques – mais l'usage des

[5] *Chef-d'œuvre d'un inconnu, poème heureusement découvert et mis au jour avec des remarques savantes et recherchées, par M. le Dr Chrisostome Matanasius*, La Haye, Aux dépens de la Compagnie, 1714.

> guillemets dans la formulation qui est ici proposée vise à réserver la conclusion sur ce point. Une remarque doit cependant être faite d'emblée : peut-on considérer que l'adjectif « démocratique » est pris dans le même sens en T2 et T3 d'une part, en T4 d'autre part ? […] Il en résulte que si T4 implique T3 […] et T1 […], l'inverse n'est pas vrai. […]. Dans ce cas il serait possible de souscrire à T1, T2 et T3 sans accepter T4. Les régimes seraient tous deux démocratiques, mais incommensurables. On ne pourrait donc pas dire que l'un est meilleur ou pire que l'autre. Inversement le rejet de T3 (mais pas de T2) ruinerait T4. La thèse T4 constitue donc la pointe de la doctrine exposée par Dominique Rousseau. Elle implique l'engagement logique le plus fort, l'enjeu théorique et politique le plus important […].

Comme chez M. de Sainte-Hyacinthe, le rire est suscité par le décalage, et par l'inadaptation manifeste des outils d'analyse, hautement sophistiqués, à l'objet… rustique que l'on prétend leur faire mesurer.

Plaisanterie, ou humour noir ? Derrière la drôlerie du procédé, on devine en effet la dimension tragique du propos. Car Jean-Marie Denquin, s'il débusque ainsi les faiblesses d'une proposition, les inconsistances d'un lieu commun, ne le fait pas (seulement) pour amuser ses lecteurs : mais aussi, et surtout, pour dénoncer la supercherie et pour rappeler, le cœur gros, qu'il serait temps de prendre au sérieux des mots et les concepts. Pour plaider la cause d'un véritable « débat des idées », « cet exercice que l'on n'évoque jamais […] que pour en déplorer l'absence », et qu'il espère relancer ainsi, en martelant les idoles et en bousculant les icônes.

Mais pour cela, reconnaît-il, encore faudrait-il que « les idées s'opposent », et donc, non seulement qu'elles existent bien, mais qu'elles soient à peu près de force comparable. Telle était la règle dans les duels anciens, où il était proscrit de se battre avec quelqu'un de manifestement trop inférieur ou trop supérieur à soi : dans *le Cid* – restons fidèles à Corneille –, c'est ce qui interdit à Don Diègue d'affronter le comte, étant trop vieux pour cela. Mais tel est aussi le drame caché dont ce livre se fait l'écho, avec un auteur trop fort pour les adversaires qu'il pourrait défier en combat singulier, tout en étant beaucoup trop faible face à un monde globalement soumis au *Mainstream* de la pensée unique.

Quant au résultat de l'assaut, il est toujours le même : des mythes, des lieux communs et des grands mots, il ne reste plus pierre sur pierre quand le marteau est tombé. Il n'y a plus, gisant à terre, que des truismes privés de leur pseudo-carapace conceptuelle, dépourvus de l'*auctoritas* factice qui leur permettait d'en imposer aux paresseux ou aux naïfs.

Des ruines, mais sans alternative : « Il ne sert donc à rien de préconiser des réformes », avoue Denquin. Car contrairement à Polyeucte, qui brise les idoles afin de déblayer le temple et de faire place au vrai Dieu, il se contente de les écraser au seul motif qu'elles sont trompeuses, sans prétendre reconstruire ensuite. Lorsque le marteau a fait son office, il n'est pas question de prendre la truelle.

Pour laisser le chantier à d'autres, ou parce que la chose lui paraît irrémédiablement vaine ? C'est une question que *Penser le droit constitutionnel* renonce à trancher.

Frédéric Rouvillois

Né le 19 août 1964, Frédéric Rouvillois est professeur agrégé de droit public à l'Université de Paris. Il a publié ou dirigé une quarantaine d'ouvrage consacrés pour l'essentiel au droit

constitutionnel, à la philosophie politique et à l'histoire des mœurs et des représentations, en particulier : *L'invention du progrès* (Paris, CNRS Éd., 2010) *Histoire de la politesse, de la révolution à nos jours* (Paris, Flammarion, 2006), *Crime et utopie* (Paris, Flammarion, 2013), *Liquidation. Emmanuel Macron et le saint-simonisme* (Paris, Cerf, 2020) ; il a co-dirigé avec Christophe Boutin et Olivier Dard le *Dictionnaire du conservatisme* (Paris, Cerf, 2017) et le *Dictionnaire des populismes* (Paris, Cerf, 2019).

Alexandre Viala

Jean-Marie Denquin face aux mutations contemporaines du constitutionnalisme

Les écrits rassemblés dans ce volume ne pouvaient pas trouver meilleur accueil avec le titre qui a été conféré à celui-ci, *Penser le droit constitutionnel*, tant il définit avec justesse la manière dont Jean-Marie Denquin nous a transmis, tout au long de sa carrière, la connaissance de l'objet sur lequel il a toujours fixé une attention aigüe. Il l'a pensé en même temps qu'il l'enseignait, c'est-à-dire sans tenir ce qu'il savait pour des certitudes définitivement acquises. L'œuvre de notre auteur est une œuvre critique qui se tient rigoureusement à distance de deux travers préjudiciables de la pensée juridique : elle n'est ni une fastidieuse description du droit positif ni une idéologique prescription de ce que celui-ci devrait être. Telle est la subtile démarche de Jean-Marie Denquin vis-à-vis du droit constitutionnel qui, au fond, s'avère très kantienne : ni décrire ni prescrire. Voilà les deux écueils qu'il aura veillé à ne pas heurter en se préservant à la fois d'un empirisme sceptique qui pouvait le conduire à ne produire qu'un récit purement factuel et d'un dogmatisme intransigeant nous invitant à croire aux « vraies » essences du droit constitutionnel. Il faut, au contraire et en toute humilité selon lui, penser l'objet en question sans cesser de l'interroger.

Jean-Marie Denquin ne fait pas partie de ces auteurs qui adoptent une démarche « prescriptive » qu'on pourrait qualifier d'épistémologie « profil bas », c'est-à-dire peu rigoureuse mais très humaine, et par conséquent fréquente dans l'histoire de la pensée juridique, consistant à juger le droit positif à l'aune d'un idéal éthico-politique, tout en revendiquant pourtant une démarche scientifique. Mais il ne remplit pas non plus les rangs de ceux qui se contentent de restituer, sous la forme d'un discours narratif, le fruit d'une série d'observations exclusivement tirées de l'expérience et du savoir au risque de ne produire qu'un récit historique. S'appuyant sur une riche connaissance de l'histoire constitutionnelle, notre collègue nanterrois n'écrit pas explicitement pour enrichir celle de son lecteur ni pour l'écraser de son érudition mais, de façon beaucoup plus stimulante et désintéressée, pour s'en servir à des fins analytiques. Je ne dis pas que Jean-Marie Denquin avance sous la bannière de la philosophie analytique même s'il pourrait y prétendre sans rougir, compte tenu de son vif intérêt pour le langage et son usage en politique. Je voudrais plus exactement souligner le tropisme analytique de sa plume au sens, encore une fois, kantien du terme. Les longs et intenses raisonnements qui sont les siens se présentent, au fond, comme des jugements analytiques par opposition à ce que le penseur de Königsberg appelait des jugements synthétiques. Rappelons en quelques mots le sens de cette distinction.

En termes kantiens, le jugement synthétique est un jugement dans lequel le prédicat ajoute quelque chose au concept du sujet. « Ce mur est blanc » est un jugement synthétique car la notion de blanc n'est pas nécessairement contenue dans le

concept de mur. Mais si le jugement synthétique enrichit la connaissance, il n'est pas scientifique dans la mesure où il n'est ni nécessaire ni universel puisqu'il existe des murs colorés différemment. Émis *a posteriori*, le jugement synthétique résulte platement de la seule expérience. Tel est le cas du discours exclusivement historique. À l'inverse, un jugement est dit analytique lorsque le prédicat ne fait que mettre en relief ce qui est déjà impliqué dans le sujet. Par exemple, « les corps sont étendus » est un jugement analytique car la notion d'étendue (le prédicat) est impliquée dans le concept de corps (le sujet). Logiques, les raisonnements analytiques n'enrichissent pas la connaissance du monde et ne nous apprennent rien de nouveau du point de vue factuel. Mais ils ont l'immense mérite d'être nécessaires et universels. Dans les sciences sociales, ces raisonnements déploient la logique qui se cache derrière l'apparence des phénomènes historiques et traduisent exactement l'effort que réalise Jean-Marie Denquin dans ses écrits. Celui-ci ne cherche pas spécifiquement à augmenter notre savoir sur de tels phénomènes car il ne revendique indûment ni le statut d'historien ni celui de sociologue mais, sous sa plume, nous découvrons bel et bien en quoi consiste l'effort théorique dans la littérature universitaire : comme l'indique l'étymologie du terme (*theo orao*), il s'agit de révéler le *logos* qui anime la chose dont la seule observation empirique ne permet pas d'aboutir à des raisonnements scientifiques et universels mais à des récits purement contingents qui ne résistent pas à la patine du temps. Les textes de Jean-Marie Denquin sauront relever le défi de l'obsolescence car l'auteur creuse à l'intérieur de ces récits qui ont alimenté avant lui notre connaissance historique tirée d'une abondante littérature et auxquels il ne dédaigne pas nous renvoyer, des galeries souterraines dans lesquelles il nous invite à réfléchir indéfiniment. Je voudrais à l'occasion de cette recension collective des principaux écrits de Jean-Marie réunis dans ce volume, poursuivre la réflexion que l'auteur a entamée en revisitant deux problématiques qu'il a soulevées tout particulièrement. Elles renvoient au débat théorique des constitutionnalistes sur les mutations contemporaines de leur objet, débat auquel notre auteur s'est lui-même mêlé : il s'agit de l'évolution du droit constitutionnel en tant que discipline académique (I) et de la question philosophique que soulève la notion contemporaine de « démocratie par le droit » (II).

I. L'évolution contemporaine du droit constitutionnel comme discipline

La « situation » du droit constitutionnel en France, n'a pas laissé l'auteur indifférent[1]. Dans certains de ses travaux, il nous invite à reposer la question méthodologique de l'évolution de la discipline. Jean-Marie Denquin est de ceux qui ont été sensibles à la mutation progressive du regard que portent les constitutionnalistes sur un objet dont ils ont peu à peu relégué les aspects politico-institutionnels en privilégiant sa dimension contentieuse. Ainsi écrit-il :

> Les constitutionnalistes aspiraient à être enfin considérés comme de vrais juristes dont la pratique ne se limiterait plus à d'innombrables controverses doctrinales, mais édifierait, en commentant les décisions d'un juge, une authentique jurisprudence. L'adjonction des « institutions politiques » à l'intitulé du cours avait été

[1] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019, p. 101 *sqq.*

> un progrès : leur suppression allait en être un autre. Les conséquences intellectuelles de ce choix sur le droit constitutionnel en tant que discipline ont-elles été heureuses ? Avec le recul il semble que non[2].

Ce sévère jugement porté sur le changement de paradigme imputable à la montée en puissance de la justice constitutionnelle est néanmoins assorti, chez l'auteur, du subtil constat selon lequel nous assistons, paradoxalement, à une promotion institutionnelle de la discipline et, dans le même temps, à sa banalisation académique. Si cette promotion institutionnelle résulte de l'élévation définitive de la Constitution au rang de norme opposable et justiciable devant les juridictions constitutionnelles, les constitutionnalistes peuvent en effet être tentés de revendiquer le primat de leur discipline sur toutes les autres branches du droit en invoquant la suprématie, au sein de l'ordre juridique, de la norme qui constitue l'objet premier de leur attention. Je me souviens des propos d'Olivier Cayla qui avait non sans humour teinté d'ironie, à l'occasion du quarantième anniversaire du Conseil constitutionnel, suggéré que les professeurs de droit constitutionnel puissent revendiquer la présence, au sein du jury d'agrégation de droit (public comme privé), d'un membre du Conseil constitutionnel en lieu et place d'un conseiller d'État ou d'un conseiller à la Cour de cassation, si tant est qu'une telle présence ne porte pas atteinte, ce dont il doutait fortement, au principe constitutionnel d'indépendance des professeurs d'université[3]. Où l'on voit que la promotion du droit constitutionnel imputable à l'objectivation normative de la Constitution, louable en soi, peut renfermer les germes d'une fâcheuse prétention à l'impérialisme académique dont Georges Vedel avait montré, de façon convaincante, le manque de légitimité dans un article très critique à l'encontre de la notion, chère à Louis Favoreu, de constitutionnalisation des branches du droit[4].

Quoi qu'il en soit, la célèbre formule de ce dernier, selon qui la politique est désormais « saisie par le droit[5] », traduisait, en contrepartie de cette promotion institutionnelle, une considérable banalisation que déplore Jean-Marie Denquin. Si l'irrationnelle souveraineté du politique se trouve reléguée dans l'ombre nouvelle du règne réputé objectif et rationnel de la norme, bien des années après le déclenchement de la querelle doctrinale entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la question du gardien de la Constitution, ce néo-constitutionnalisme traduit la victoire, dans le droit positif, de la conception objectiviste et kelsénienne sur l'approche décisionniste et schmittienne de l'ordre juridique. Dès l'instant où toutes les grandes démocraties européennes, dont la France de la V^e^ République, confient à un juge plutôt qu'au chef de l'État la charge de régler les conflits d'interprétation de la Constitution, le droit constitutionnel parvient inéluctablement à se libérer de l'emprise du politique. Et la situation génère un paradoxe dont seule l'expérience américaine du contrôle de constitutionnalité des lois nous permet de lever le mystère. C'est qu'en élevant la Constitution au rang de norme suprême, l'État de droit assure d'un même geste la promotion et la banalisation du droit constitutionnel. Il en garantit

---

[2] *Ibid.*, p. 108.

[3] O. Cayla, *Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit,* Paris, LGDJ, 1999, p. 106, en part. p. 115.

[4] G. Vedel, *Aspects généraux et théoriques,* in *Mélanges en hommage à Roland Drago. L'unité du droit*, Paris, Economica, p. 1.

[5] L. Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988.

la promotion car à l'évidence, ce droit devient le droit des droits, la source normative d'habilitation des organes de l'État d'où coule le fluide de la validité juridique, le distributeur ultime des compétences tant internes qu'internationales de ces organes et par conséquent le plus haut des droits tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international. Mais en même temps, fût-elle suprême, pareille opposabilité conduit la Constitution, par cela seul qu'un juge en assure l'entretien exclusif, vers l'ordinaire destinée que vit n'importe quelle norme juridique dans l'univers du procès. Parce que le règlement des conflits qu'occasionne l'application de la Constitution ne s'opère plus systématiquement à nu dans le cadre du rapport de forces direct entre les politiques mais se conclut, de façon médiate, dans le prétoire du juge, la vie politique est maintenant rythmée par des enjeux juridiques dont la technicité prétorienne, analogue à celle qui irrigue les autres champs de la vie sociale, lui ôte sa part de romantisme et de gravité. Soumise au regard du juge, la vie politique se déploie sur un terrain qui n'a plus rien d'exceptionnel. Tenant le politique en respect, le droit constitutionnel paie son autonomisation en devenant un droit comme les autres. Le paradoxe est d'autant mieux compréhensible qu'il se trouve exacerbé aux États-Unis par la nature ordinaire du contrôle de constitutionalité. Terre d'élection du constitutionnalisme sur laquelle règne imperturbablement une Constitution jamais remise en cause, l'Amérique est pourtant ce pays dans lequel la justice constitutionnelle, exercée de façon diffuse par tous les juges qui appliquent – ou écartent – la loi, n'est pas aussi facilement identifiable qu'en Europe. Là où la Constitution est si ardemment gardée que chaque espèce litigieuse voit sa dimension constitutionnelle prise au sérieux, il ne saurait exister de contentieux constitutionnel dans la mesure où la distinction entre justice ordinaire et justice constitutionnelle y est inconnue. Le droit constitutionnel n'est jamais aussi ordinaire – et peut-être invisible – que lorsqu'il est partout. Mais la banalisation académique n'est pas le vice le plus grave dont le droit constitutionnel peut souffrir en amorçant son tournant contentieux. Le plus redoutable est le piège du juridisme et l'enfermement de la discipline sur fond d'exaltation de l'autonomie du droit. Voici qu'en même temps que la Constitution se voit conférer la signification objective d'une norme suprême, le constitutionnaliste aligne ses méthodes, dans l'intérêt qu'il porte à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sur celles du processualiste. S'il demeure permis, pour espérer un rééquilibrage épistémologique du droit constitutionnel, de compter sur le poids d'une contre-culture privilégiant la dimension politique du droit constitutionnel comme s'évertue à le faire, par exemple, la présente revue (*Jus politicum*), Jean-Marie Denquin participe incontestablement à cette sorte de résistance.

II. La notion contemporaine de « démocratie par le droit »

L'autre exploration en profondeur du champ de la discipline auquel nous invite Jean-Marie Denquin dans sa façon de penser le droit constitutionnel est la déconstruction de la notion de « démocratie par le droit[6] » qui, au fond, se présente comme une justification théorique de cette révolution culturelle des constitutionnalistes en faveur de la dimension contentieuse de leur objet. Dans une première acception, Jean-Marie Denquin ne conteste pas la légitimité de cette expression qui

[6] J.-M. Denquin, « Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », in *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 111.

ne désigne rien d'autre que l'évidence selon laquelle le peuple, dans une démocratie, ne saurait s'exprimer spontanément sans courir le risque de plonger la société dans le chaos, mais doit être mis en forme par le truchement du droit. C'est en ce sens que « le droit est consubstantiel à la démocratie » comme l'écrit notre auteur qui insiste à juste titre sur l'artificialisme à la lumière duquel doit toujours être compris le peuple. Celui-ci n'existe pas s'il n'est pas juridiquement construit.

C'est dans une seconde acception que Jean-Marie Denquin entend, en l'évaluant de manière éminemment critique, cette expression « démocratie par le droit ». Elle désigne cette fois la tendance, contemporaine de l'exaltation du rôle du juge dans nos démocraties, à réduire la démocratie à la garantie des droits fondamentaux. Sans vouloir remettre en cause, bien évidemment, la nécessaire protection des droits de l'homme dont toute démocratie libérale doit assurer le principe, Jean-Marie Denquin nous met en garde contre une illusion qu'a pu entretenir un tel réductionnisme au profit des droits fondamentaux dont chacun sait qu'ils ont contribué à démonétiser la notion de loi pour offrir à celle de norme, plus conforme aux exigences conceptuelles de l'État de droit, une plus grande visibilité : cette illusion se manifeste dans l'idée que les normes, par essence, préserveraient les hommes de l'arbitraire. Or, « seuls les hommes peuvent garder les normes », écrit-il et « il est illusoire, ajoute-t-il, de prétendre confier aux normes la garde des hommes[7] ». Cette mise au point de l'auteur signifie qu'à ses yeux, rien n'est constitutionnel *par nature* – pas même les droits fondamentaux – dès l'instant où le contenu des normes, y compris constitutionnelles, dépend de ce que les hommes veulent y graver. D'où l'évidente vanité, selon Jean-Marie Denquin, de toute tentation d'insérer dans la Constitution une clause matérielle tendant à limiter le pouvoir de révision[8]. Mais s'il n'y a pas de valeur qui soit ontologiquement constitutionnelle, il est néanmoins nécessaire, selon lui, « qu'existe un droit matériellement constitutionnel (puisque sinon, il n'y aurait rien, et notamment pas de hiérarchie des normes)[9] ». Cette prise de position éminemment positiviste, qui nie toute ontologie constitutionnelle, est néanmoins le reflet d'un esprit heideggerien qui ne peut pas penser l'être du droit sans l'existence du droit constitutionnel : « le droit constitutionnel est comme l'être, qui est impliqué par tous les étants, mais n'implique aucun d'entre eux[10] ». L'être du droit constitutionnel, par opposition à ses étants qui ne dépendent que de ce que les hommes désirent en faire, fait de Jean-Marie Denquin un auteur qui aurait saisi, peut-être malgré lui, toute la signification pratique que revêt la théorie kelsénienne de la *Grundnorm*. L'auteur l'écrit lui-même : « la norme suprême hypothétique est un postulat logiquement nécessaire, bien qu'inobservable, tout comme la liberté constitue dans la philosophie de Kant un postulat de la raison pratique[11] ». La Constitution est cette norme qu'il faut, dans l'univers juridique, postuler comme norme inconditionnée à la lumière de la façon dont est appréhendé le libre-arbitre au sein du monde moral : nul ne peut éviter de la présupposer originaire pour pouvoir penser le droit constitutionnel.

Au fond, si la critique de la « démocratie par le droit » qu'entreprend notre auteur est une mise en garde très ferme contre toute dérive possible de sacralisation

---

[7] J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 64.

[8] *Ibid.*, p. 64.

[9] *Ibid.*, p. 65.

[10] *Ibid.*, p. 65.

[11] *Ibid.*, p. 116.

du droit à laquelle peut conduire ce qu'on appelle, à la faveur du tournant contentieux de la discipline, le « nouveau droit constitutionnel », elle ne saurait atteindre le postulat essentiel dont nous instruisent les enseignements du normativisme : l'idée de constitution originaire, affranchie de toute condition normative, n'est pas déduite de l'observation du monde juridique mais se présente comme l'expression d'un idéal régulateur sans lequel il n'est pas possible d'envisager l'existence de l'ordre juridique. Toute la dimension métaphysique de la *Théorie pure du droit* réside dans cette fiction. Une fiction qui n'est pas l'œuvre de la raison théorique mobilisée au service de la connaissance, sachant qu'il n'existe pas de norme supraconstitutionnelle positive, mais un postulat qui relève de la raison pure pratique. Pour supposer valide la Constitution historiquement originaire d'un ordre juridique, Kelsen s'était en effet égaré en revendiquant dans un premier temps une théorie qui énonce les conditions de possibilité de la connaissance dont le promoteur historique, Emmanuel Kant, revendiquait l'usage uniquement pour livrer une interprétation des faits donnés à nos sens à travers les lois formulées par les sciences de la nature. On sait en effet que le penseur de Königsberg prit ses distances avec l'empirisme sceptique de Hume pour conclure, en conférant à la métaphysique une fonction heuristique, qu'il fallait faire comme si la nature était régie par un Dieu ou par cet agent invisible qu'est la causalité. Nous y sommes : faire *comme si*. Sauf qu'en présence du droit, qu'il est impossible de connaître empiriquement sinon en adhérant à des théories totalement étrangères au normativisme, Kelsen utilisait cette méthode transcendantale au service d'une toute autre perspective qui est celle de la justification : il ne s'agit pas de connaître le droit, empiriquement insaisissable dès lors qu'on le réduit à un ensemble de normes, mais de rendre possible son existence tout en sachant que la validité (ce fameux « mode spécifique d'existence des normes » pour reprendre les termes de Kelsen) est une régression à l'infini. Faire « comme si » est alors un geste qui ne relève pas de la raison théorique mais de la raison pratique. C'est ici que la philosophie du *comme si* de Hans Vaihinger[12], à laquelle Kelsen eut ensuite recours pour énoncer la *Grundnorm*, est très utile car elle mit en lumière toute la dimension pratique de l'idéalisme transcendantal qui permit à Kant de déterminer, de façon *a priori,* indépendamment de toute connaissance, des idéaux régulateurs qui ne sont rien d'autre que des fictions. Le mérite de Vaihinger est d'avoir attiré notre attention sur la seconde critique d'Emmanuel Kant, la *Critique de la raison pratique* là où Kelsen nous égarait en croyant d'abord se servir avec bonheur de la *Critique de la raison pure*. Faire comme si un méta-pouvoir constituant imaginaire nous prescrivait d'obéir à la Constitution originaire est une démarche pratique qui s'adresse moins au savant juriste qu'au citoyen que chacun de nous est susceptible d'être. Cela fait partie de ces fictions que Vaihinger évoque, à l'instar de celle du libre arbitre sans laquelle nos lois n'auraient jamais pu instaurer le principe de responsabilité. C'est pourquoi, en invoquant à tort la théorie de la connaissance d'Emmanuel Kant avant de se raviser et de renvoyer à juste titre à des aspects de la raison pratique que Vaihinger range dans l'univers des fictions – que le législateur et le juge ont l'habitude de fabriquer tous les jours – Kelsen commettait un détournement de la raison. Je reste persuadé que la *Grundnorm* est un détour transcendantal qui relève de la raison pratique, et non de la raison théorique comme Kelsen le prétendait à tort, dans un premier temps, avant de revendiquer utilement l'héritage de Vaihinger. Elle fonctionne de manière analogue aux théories du contrat social et consiste à

[12] H. Vaihinger, *Die philosophie des Als Ob*, Berlin, Reuther & Richard, 1911.

dire aux citoyens que nous sommes : « Faisons comme si le droit naturel existait ». Assumons ce mensonge – cette fiction – sans laquelle nous n'aurions aucune motivation d'obéir à la Constitution.

Mais le fait d'en inférer que les droits fondamentaux relèvent par nature du domaine constitutionnel alors que nul ne saurait, au demeurant, en proposer une définition objective et définitive, constitue un saut qualitatif de type substantialiste dont Jean-Marie Denquin n'est pas dupe, comme il l'a montré en soumettant à son examen la notion contemporaine de « démocratie par le droit ». Au fond, s'il est inconcevable, selon lui, de ne pas penser le droit constitutionnel et de ne pas recourir, pour ce faire, à la fiction de la norme fondamentale, il est irrecevable d'en prescrire une définition *a priori*. Mais penser le droit constitutionnel sans lui attribuer un contenu définitif en termes axiologiques, n'est pas, pour autant, frappé du sceau du nihilisme : c'est aussi, indépendamment de toute démarche intellectuelle, refuser d'envisager que la démocratie puisse s'en passer. Penser le droit constitutionnel est lui-même un geste *a priori* et n'est donc pas une entreprise purement spéculative.

Alexandre Viala

Professeur à l'Université de Montpellier. Directeur du CERCOP.

Penser le droit constitutionnel

Dialogues*

La table ronde organisée autour de l'ouvrage de Jean-Marie Denquin fut l'occasion d'une riche discussion. Nous en avons reproduit ici les passages qu'il nous semblait le plus pertinent de rapporter à nos lecteurs.

*
**

Jean-Marie Denquin. — La présentation qu'a faite Véronique Champeil-Desplats me parait très juste parce qu'elle a bien insisté sur deux points. Le premier, c'est que j'ai une conception du droit constitutionnel qui s'enracine dans des traditions aujourd'hui contestées et révolues, je pense qu'on en reparlera. D'autre part, j'ai beaucoup apprécié le fait qu'elle dise que j'essaie souvent d'avoir une position médiane, mais qui penche nettement d'un côté. Je ne dirai pas le contraire. Elle penche nettement d'un côté, d'abord parce que j'ai horreur du droit naturel. C'est quelque chose qui m'est profondément étranger. Bien que je m'exprime ici, dans la salle des conseils de la faculté de droit de l'Université de Paris, sous une phrase de Cicéron[1] qui parle de *vera lex* – ce qui implique une *falsa lex* – l'idée droit naturel n'a pas de sens pour moi. J'ai également horreur de l'essentialisation, du fait d'utiliser des mots comme s'ils étaient des choses. Confondre les mots et les choses, c'est à mon sens l'erreur suprême. Il est certain que pour les gens de ma génération, le langage, la linguistique ont eu beaucoup d'importance. C'est une chose à laquelle je reste attaché. Je suis très attaché aussi à la logique et j'ai essayé dans un certain nombre de cas de réintroduire celle-ci comme instrument d'analyse dans des domaines où elle a été bannie.

Enfin, je voudrais dire que l'idée de phénoménologie – je n'emploie pas très souvent le mot parce que je ne voudrais pas qu'il soit de nature à engendrer des confusions –, c'est effectivement ce que je cherche. Mais ce n'est pas la phénoménologie de Hegel, ce n'est pas la phénoménologie qui vise à faire apparaître l'inapparent à partir de l'apparent. C'est la phénoménologie au sens de J.-H. Lambert, c'est-à-dire l'art de faire apparaître l'apparence – Véronique a cité l'expression que

---

* Édition partielle des échanges qui ont eu lieu à l'occasion de la table ronde consacrée à l'ouvrage de J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel* (Paris, Dalloz, 2019, 321 p.) et organisée par l'Institut Michel Villey à l'Université Panthéon-Assas le 23 janvier 2020. Transcription d'I. Belcheva et édition de M. Hullebroeck, sous la direction et avec la reprise des propos par B. Daugeron. La revue remercie les intervenants de leur aimable autorisation pour la publication de leurs échanges.

[1] « *Est quidem vera lex recta ratio* » : la loi est en effet la droite raison (Cicéron, *De Republica*, III, 22).

j'emploie souvent et qui est d'Alexis Philonenko[2]. Je trouve cette formule géniale et ce qui m'intéresse est exactement cela : faire apparaître l'apparence, idée qui évoque Husserl plutôt qu'Hegel. Or très souvent on dit des choses, on répète des formules, on fait tourner des espèces de moulin à prière théoriques sans se demander ce que recouvre effectivement le discours tenu. Et quand on essaye de comprendre ce que cela recouvre effectivement, on constate que c'est parfois fort éloigné de ce qui est censé être dit.

Sur la théorie réaliste de l'interprétation, je dirai d'abord que j'ai non seulement une grande amitié pour Michel Troper mais aussi une profonde sympathie pour sa pensée. Je l'ai toujours appréciée, même avant de le connaître personnellement, puisque je ne l'ai rencontré qu'à mon arrivée à Nanterre. Sur beaucoup de sujets, mon orientation intellectuelle va dans le même sens. Donc si j'ai, dans mon article sur la théorie de l'interprétation, fait des critiques, posé des questions, ce n'étaient pas des critiques, des questions d'adversaire, mais des questions de quelqu'un qui est intellectuellement proche. La différence entre l'interprétation des textes et l'interprétation des normes a été évoquée, mais en observant que les propos du juge constitutionnel peuvent être eux-mêmes interprétés, j'ai voulu dire que ses propos, quand il interprète le texte de la norme, sont eux-mêmes des textes. Donc pourquoi ne pourrait-on pas faire dire aux jugements du Conseil constitutionnel le contraire de ce qu'ils disent, comme le Conseil constitutionnel peut faire dire aux textes de loi ce qu'ils ne disent pas ou le contraire de ce qu'ils semblent dire ? C'est ça la question que j'ai posée. Qu'il y ait contrainte du législateur sur le juge comme il y a contrainte du juge constitutionnel sur les juges qu'il appelle aimablement « ordinaires », j'entends bien mais ce n'est pas le même type de contraintes. La manière dont le législateur entend tenir en lisière le juge n'est pas la même que la manière dont le Conseil constitutionnel tient en lisière, en principe, un juge qui n'est pas constitutionnel, mais dans les deux cas, ce n'est pas le texte qui contraint le texte, c'est un pouvoir extérieur, hiérarchique, un rapport de force, une menace éventuellement, qui fait que l'inférieur obéit au supérieur, mais ça n'est pas une contrainte interne au discours du législateur ou du juge constitutionnel comme on a souvent tendance quelques fois à le soutenir.

Sur la notion de positivisme au sens faible, on l'évoquera sans doute mais cela demande des développements assez longs. En ce qui concerne la question de savoir si l'on peut penser le contentieux constitutionnel, je suis dubitatif parce que je vois mal comment sur de nombreuses décisions du Conseil constitutionnel on peut penser quelque chose étant donné qu'il n'y a rien. C'est une suite d'affirmations arbitraires. En général, pas toujours. Patrick Wachsmann a récemment attiré mon attention sur une décision du Conseil relative à une loi organique où il n'y a aucune motivation : c'est comme ça et pas autrement[3]. On peut procéder ainsi du point de vue de la pratique juridique : on peut dire « circulez, il n'y a rien à voir ». Et c'est ce que fait souvent le Conseil constitutionnel. Mais, s'il n'y a pas de motivation ou une motivation purement formelle, décisionniste, stéréotypée. Si l'on dit « c'est comme ça parce que j'en ai décidé ainsi », je ne vois pas ce qui reste à penser. Et donc là, je crois qu'il y a une difficulté propre au système français, parce que dans les arrêts de la Cour suprême des États-Unis – on en pense ce qu'on veut, certains sont odieux – il y a une argumentation, il y a une réflexion, il y a une théorisation préalable dont ensuite on tire des conséquences. Alors que fréquemment, dans les

[2] A. Philonenko, *Schopenhauer. Une philosophie de la tragédie*, Paris, Vrin, 1982, p. 183.

[3] Il s'agit de la décision 2019-792 DC du 28 novembre 2019.

décisions du Conseil constitutionnel, il n'y a aucune pensée. Les juges constitutionnels raisonnent comme des fonctionnaires. Quel est le but d'un fonctionnaire ? C'est d'éviter les emmerdes. C'est l'essence de la fonction. Donc quand il y a un problème, il cherche à donner une solution qui soit la moins gênante possible, tout en censurant des broutilles pour montrer sa vigilance en matière de droits fondamentaux. À partir de là – sans doute est-ce une illustration de de ma proverbiale mauvaise foi – je me demande comment on peut faire une théorie de cette jurisprudence, puisqu'elle n'est qu'une suite de décisions ponctuelles, où il y a d'ailleurs des retournements qui ne sont jamais justifiés. On fait une théorie, on la cite éventuellement, puisque le Conseil constitutionnel s'auto-cite quand il dit la même chose, puis l'abandonne sans dire pourquoi et sans dire qu'il l'abandonne. Cette pratique me paraît rendre difficile l'idée d'une pensée constitutionnelle.

*
**

Jean-Marie Denquin. — Je voudrais revenir sur deux points en commençant par le dernier. Je parlerai ensuite de la dualité de la science politique et du droit constitutionnel à laquelle Véronique a fait allusion. Je préférais retarder la réponse sur ce point, parce que la question est centrale.

Oui, l'exemple du référendum sur le Brexit, je crois, s'intègre assez bien à l'analyse d'ensemble que j'ai donnée de ce que j'appelle la démocratie semi-directe, et j'insiste beaucoup sur *semi*, parce que la démocratie directe c'est encore autre chose. La logique référendaire est complètement à contre-pied de la logique parlementaire. Celle-ci, bien qu'il existe maintenant une majorité homogène voire automatique, est une logique de discussion et de compromis. Le propre des questions référendaires est que très souvent elles portent sur des questions qui ne se réduisent pas à des clivages préexistants et ne sont pas solubles dans la discussion. Je prends un exemple théorique. Si l'on fait un référendum sur la peine de mort (à une certaine époque on en a parlé), il est certain que les gens ne vont pas répondre à cette question exclusivement par affiliation partisane et qu'il n'existe pas de position médiane entre le oui et le non. Il y aura des « pour » et des « contre » dans les deux camps. Donc, ce que suggère cet exemple massif et (heureusement) irréel, c'est que des questions de ce type sont autre chose que des questions de logique politique au sens d'un clivage droite, gauche, centre, etc. Ce sont des questions qui remettent le jeu à plat, et avec lesquelles il est difficile d'organiser une vie politique dans le sens parlementaire et partisan. C'est un constat d'ordre général.

On doit remarquer d'ailleurs que l'épisode du Brexit n'est pas le premier dans la vie politique anglaise où l'on a connu des majorités fluctuantes, incertaines, où toutes les forces politiques se sont retrouvées divisées. C'était le cas avec la question de l'Irlande. Là aussi il y eut un moment où le bipartisme britannique ne fonctionnait plus. Sur la question de l'indépendance de l'Irlande, on aurait pu faire un référendum. Ce qui a compliqué le problème du Brexit, c'est que là on était dans une décision référendaire qui était nette. Elle n'était pas écrasante, mais il était difficile de revenir dessus. C'eût été la Grèce ou l'Irlande, on aurait dit « allez, revotez, et puis foutez-nous la paix ! » Avec le Royaume-Uni, c'était plus difficile. D'autre part cette décision référendaire devait être ensuite entérinée et organisée, et c'est au Parlement qu'incombait la tâche d'en définir les modalités. Donc on avait une double postulation qui rendait la question d'autant plus délicate, non seulement parce que le clivage binaire du référendum tranchait dans le vif toutes les

questions de relations partisanes, mais aussi parce qu'elle devait et ne pouvait s'actualiser qu'à travers le Parlement. Donc finalement il fallait que la majorité parlementaire se confonde avec la logique référendaire. Il a fallu qu'on élise un Parlement conforme à celle-ci, c'est-à-dire dominé par une majorité parlementaire identique à celle qui s'était manifestée dans les urnes au sujet du Brexit. La puissance du référendum a remodelé la majorité parlementaire au lieu que la majorité parlementaire ou la discussion parlementaire renverse la logique du référendum. Et ça c'est tout à fait particulier, je ne vois pas d'autre exemple. Bien évidemment, quand j'ai écrit ma thèse – je l'ai soutenue deux ans après le référendum de 1972 – une telle hypothèse était imprévisible mais il me semble que cela ne contredit pas la logique que j'avais essayée de mettre en lumière : logique non de contradiction inéluctable entre la démocratie semi-directe et la vie politique habituelle, mais de possible non-convergence. Au terme de celle-ci, la logique politique s'est calquée sur la logique référendaire et non le contraire.

Parler de référendum va me ramener à la science politique. Les constitutionnalistes disaient volontiers de Burdeau que c'était un politiste et les politistes le regardaient comme un constitutionnaliste ; on me l'a fait également. Les gens aiment les étiquettes – en particulier les journalistes, mais comme je fréquente peu les journalistes, cet aspect de la question ne m'importe pas –, ils n'aiment pas qu'on soit sur deux terrains. Beaucoup ont du mal à comprendre qu'on puisse s'orienter et *grosso modo* maîtriser deux disciplines, surtout quand eux-mêmes n'en maîtrisent pas une seule. Je voudrais dire en deux mots pourquoi une séparation rigoureuse entre les deux disciplines ne me parait pas justifiée. Sur un certain nombre de points, les deux phénomènes ne peuvent être distingués que par abstraction, pour ne pas dire arbitraire. Ce sentiment explique la méthode que j'ai employée dans un certain nombre de cas. En effet les rapports entre ces disciplines peuvent être pensés de deux manières, par le haut, en partant des généralités, ou par le bas, à partir de questions précises. La première méthode était souvent celle de Burdeau, et c'est un terrain où je ne le suivais pas nécessairement. Il avait des intuitions globales et, de ces intuitions, qui pouvaient être heuristique et tout à fait intéressantes, il déduisait des analyses. Je me suis efforcé de faire l'inverse. Ce fut le cas dans ma thèse, *Référendum et plébiscite*[4] : on oppose ces termes l'un à l'autre – que recouvre cette distinction ? Il y a eu pour moi un déclic lorsque j'ai lu un recueil de textes, ouvrage aujourd'hui oublié, intitulé *Référendum et plébiscite*[5] – mon sujet de thèse. Parmi les textes cités, il y en a un, j'ai oublié le nom de l'auteur mais peu importe, qui disait à propos d'un référendum gaullien : « Il s'agit *en fait* d'un plébiscite ». Cela m'a frappé et conduit à poser la question de fond : que veut dire « en fait » ? Qu'est-ce qui permet de dire ça ? Qu'est-ce qui permet de croire et de faire croire que cela a un sens ? C'est ainsi que j'ai trouvé la logique de ma thèse. La découverte de cette formule lapidaire m'a inspiré *a contrario* la bonne problématique : qu'est-ce qu'implique cet usage différentiel des qualifications, quelles sont les conditions de possibilité de la chose ? Je suis arrivé à une conclusion, mais la conclusion de ma thèse n'est pas le sujet. Ce que je veux mettre en lumière, c'est qu'une question précise, une question de mots, m'a suggéré la bonne problématique. Celle-ci ne relevait pas du droit constitutionnel, puisqu'il n'y avait pas de

[4] J.-M. Denquin, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, préf. D. Levy, Paris, LGDJ, 1976, 350 p.

[5] H. Duval, P.-Y. Leblanc-Dechoisay et P. Mindu, *Référendum et plébiscite*, préf. G. Jacques, Paris, Armand Colin, 1970, 96 p.

définitions juridiques du référendum et du plébiscite, et il n'y en avait pas parce qu'il n'y avait jamais eu de juge qui avait eu à juger si une consultation réelle était un référendum ou un plébiscite. Ce n'était pas un concept juridique, et ce n'était pas non plus un concept de science politique au sens traditionnel du terme puisqu'il était normatif. En même temps cela participait des deux.

Quand j'ai réfléchi à la notion de majorité, c'était pareil. Je me suis dit qu'il y a quelque chose qui a fondamentalement changé dans le régime de 1958, non pas en 1958, mais en 1962. Il y a un avant et un après. Or, cet avant et cet après, ce n'est pas une vérité juridique, ce n'est pas une vérité constitutionnelle, qu'est-ce que c'est ? C'est à partir de là que j'ai tenté de réfléchir sur les relations de la science politique et du droit constitutionnel, non par le haut mais par le bas, en essayant de voir dans des cas concrets comment analyser la différence. Est-ce qu'on pouvait distinguer les deux ou les penser de façon articulée ?

Je citerai un dernier exemple, celui de la cohabitation. On ne parle plus de la cohabitation. C'est un sujet oublié, parce qu'aujourd'hui il n'y a plus de cohabitation. L'esprit a complètement changé. Pourtant l'idée même de cohabitation n'est pensable que comme la conséquence d'un fait politique, l'élection d'une majorité parlementaire différente de celle qu'on attendait. On dit que la constitution est normative, c'est une loi fondamentale, etc. et puis vous avez des électeurs qui ne votent pas comme vous leur disiez de voter (ce qui est choquant, bien sûr, mais c'est ainsi), et donc un fait politique conduit à lire la constitution autrement. C'est quand même étrange qu'une constitution normative soit aléatoire, qu'elle norme d'une manière en fonction d'un fait politique et qu'elle norme d'une autre manière en fonction d'un autre fait politique. Avec la cohabitation ce ne sont pas les gouvernements et les partis politiques qui alternent mais les constitutions, qui pourtant sont la même constitution dont pas une lettre n'a été changée. Autrement dit, on alterne les constitutions à l'intérieur de la constitution. Ce fait ne peut pas être pensé sans références à la science politique, et inversement cette question de science politique ne peut se poser qu'à partir de données juridiques. S'il n'y avait pas eu la constitution de 1958, il n'y aurait pas eu de problématique de constitution. Et pour sortir de la cohabitation, on a aussi mis en œuvre des techniques de droit constitutionnel, le raccourcissement du mandat présidentiel et l'inversion du calendrier électoral. Donc il y a là, me semble-t-il, quelque chose qui rend arbitraire le fait de séparer l'un de l'autre. On doit s'efforcer, dans des cas de ce genre, les référendums ou les plébiscites, la majorité au sens nouveau de 1962, la cohabitation, de penser la relation des deux domaines. Les états d'âme du Conseil constitutionnel n'y sont manifestement pour rien, il n'y a rien de jurisprudentiel dans tout cela.

Georges Burdeau a dit une chose à laquelle je reste très attaché : c'est par « réalisme » qu'il « entendait demeurer juriste ». Je crois que c'est très juste. Penser la science politique sans aucune référence au droit et spécifiquement au droit constitutionnel me paraît absurde. Ce n'est pas absurde si on fait de la *sociologie* politique. Mais est-ce que la science politique ne serait que de la sociologie politique ? Est-ce que l'idée de science politique peut être réduite à l'idée de sociologie politique, comme l'idée du droit constitutionnel peut être réduite à l'idée de jurisprudence constitutionnelle ? Je crois que c'est faux, il y a un espace entre les deux et cet espace, si personne ne s'en occupe, on délaisse une partie du réel. Donc il y a des cas où l'on ne peut pas séparer le droit constitutionnel de la science politique. Entre la sociologie politique et la jurisprudence constitutionnelle, quelque chose existe et c'est ce quelque chose que j'ai essayé d'étudier. Je me suis senti assez seul, parce qu'effectivement la plupart des gens, pour des raisons bonnes ou mauvaises (je crois qu'elles sont mauvaises, mais on peut en juger autrement), avaient décidé soit

de s'installer dans le camp de la sociologie politique, soit dans le camp du contentieux constitutionnel.

Bruno Daugeron. —Pour prolonger ce que vous venez de dire à l'instant, et peut-être répondre à une question que vous a posée Véronique mais qui n'a pas encore obtenu de réponse complète, je voudrais savoir s'il vous paraissait possible qu'il y ait encore un contact, et si oui lequel, entre politistes et juristes malgré la clôture de leur champ disciplinaires ? Ce qui renvoie à une autre question qui touche à une spécificité de votre pensée. Vous venez de dire à l'instant, et vous développez cette idée dans plusieurs de vos articles, qu'il est souvent arbitraire de séparer la science politique du droit constitutionnel. Non seulement, me semble-t-il, car la frontière est mal définie entre les deux mais aussi parce qu'il existe une sorte de zone grise à l'intersection des deux domaines supposés. S'y trouvent des objets à la charnière du droit et de la politique (comme pour la notion de Majorité comme « matrice de comportement » ou la notion de « crise » appliquée aussi bien à la représentation qu'à la démocratie par exemple) qui ne sont étudiés ni par les uns ni par les autres comme si leur manière de penser leur discipline les empêchaient de les voir alors même que de nombreuses choses s'y jouent. Or, c'est justement cela que vous étudiez mais avec la singularité de le faire en juriste. Ce qui renvoie à une autre question, encore plus complexe, source de réflexion intense autant que de difficulté pour moi, et sur laquelle vous avez beaucoup travaillé : qu'est-ce qu'étudier en juriste un phénomène politique ? Existe-t-il une spécificité au raisonnement juridique par rapport à un raisonnement politique alors même que les deux domaines du droit et de la politique se distinguent souvent mal ? Un aspect de la logique du raisonnement juridique correspond-il à l'opposition que vous empruntez à Hegel dans le texte qui précède nos échanges entre ce qui est *de droit* par rapport à ce qu'*est le droit* ? Pourriez-vous revenir sur ces points ?

Jean-Marie Denquin. — D'un point de vue théorique et philosophique, c'est le droit qui m'intéresse. Cela m'a toujours fait sourire quand on me disait que je n'étais pas un juriste – ce qui pourrait être un compliment à certains égards, n'est-ce pas ?). Ce qui m'intéresse, c'est la logique du droit. À une certaine époque, j'avais pensé à m'orienter vers la science politique et faire non une philosophie politique mais une philosophie de la politique au sens où Simmel a fait une philosophie de l'argent. J'ai renoncé, parce que cela n'intéressait personne, d'autres phénomènes ont joué aussi et je me suis recentré sur le droit constitutionnel et la théorie du droit. Je crois qu'effectivement il existe une spécificité du droit et une spécificité du concept juridique. Je viens d'achever un texte qui va être publié, et j'espère que vous pourrez lire les développements que j'ai consacrés au sujet. Cette spécificité juridique est prégnante et existe aussi dans des phénomènes constitutionnels. Parce que si, en cette matière, tout n'est pas régi par le droit, tout est interprétable par relation de droit. C'est pour cela qu'il est réaliste d'être juriste : dans les sociétés modernes la politique implique toujours des questions juridiques, sauf si l'on fait purement et simplement un coup d'État et qu'on tire sur tout ce qui bouge. (C'est concevable aussi. La mafia en est un exemple contemporain : chaque fois qu'un chef meurt, il y a la guerre de succession. Le pouvoir politique a parfois fonctionné ainsi, par exemple au Japon avant que les Tokugawa n'imposent un pouvoir qui a duré jusqu' à la révolution de Meiji). Dans ce que nous connaissons aujourd'hui, et c'est certainement un progrès, la politique n'est pas saisie par le droit, c'est un argument publicitaire, mais elle a toujours un rapport au droit et par conséquent, dans ce rapport, ce qui est spécifiquement juridique est effectivement important. Pas décisif, et c'est pour cela que je n'ai jamais vraiment utilisé l'expression de

contrainte juridique : pour moi une contrainte juridique est un peu une contradiction dans les termes. Mais il y a un rapport au droit. Ne serait-ce que parce qu'il faut avoir l'air d'être dans le droit, il faut y faire référence même si les mots ne sont pas têtus : voyez le mot de Louis Napoléon disant, après son coup d'État, qu'il est sorti de la légalité pour entrer dans le droit ! Il y a un rapport à quelque chose de normatif. C'est pour cela qu'en effet dans les questions dont je parle (le problème se pose autrement en sociologie politique), la logique du droit est présente, y compris par défaut. C'est dans cette perspective que je fais allusion à la distinction de Hegel qui dit que les juristes s'intéressent à *ce qui est de droit* et pas à *ce qu'est le droit* : chez Hegel c'est péjoratif, parce ce qu'il n'aime pas ce qui est juridique au sens technique du terme. Il veut faire apparaître l'inapparent à partir de l'apparent, et donc montrer comment le droit exprime la prise de conscience de l'Esprit par lui-même – on pourrait y substituer le règne des fins, ou l'exigence de Justice, ou le triomphe du juge constitutionnel, etc. autrement dit un sens de l'histoire, une logique qui se développe et dont le droit est le reflet. Quand je dis que je m'intéresse à *ce qu'est le droit*, ce n'est pas dans ce sens-là, c'est dans le sens de la phénoménologie dont parlait Véronique tout à l'heure, c'est-à-dire essayer de voir comment l'objet fonctionne. Et pas seulement sous l'angle de la hiérarchie des normes : la hiérarchie des normes, ce n'est pas tout. Expliquer que la béatitude publique est instituée parce qu'il y a une hiérarchie des normes, c'est littéralement se foutre du monde. Je crois que ces deux éléments sont très importants : à la fois, il y a un rapport au droit, et en même temps le droit n'est pas tout. Mais il faut penser ce qu'est le droit et pas simplement s'interroger sur ce qui est de droit. J'assume donc l'opposition de Hegel, mais je ne donne pas à *ce qu'est le droit* une signification hégélienne.

Thibault Guilluy. — Ce que vous dites sur la spécificité du droit et ses rapports avec d'autres objets comme la politique me rappelle à nouveau cette manière très caractéristique que vous avez d'aborder la controverse juridique relative à la crise du 16 mai, et notamment la question de savoir si Mac Mahon pouvait dissoudre la Chambre. Un juriste lambda regardera le texte constitutionnel, l'article 5, l'article 3… Mais vous vous posez une autre question, que je trouve passionnante : pourquoi est-ce que ses opposants ont pu soutenir que c'était contraire au droit ? Ceci est très révélateur de votre démarche. Et à ce titre vous semblez reprocher à Gambetta et Ferry de délaisser trop souvent l'argumentation juridique et de préférer le registre de l'invocation. Vous écrivez ainsi « De Broglie et Paris argumentent, Gambetta et Ferry affirment ». C'est peut-être anecdotique, mais cela témoigne du fait que pour vous, une question ou une controverse juridique ne peut se résumer à déterminer si l'un ou l'autre a raison ou tort.

Jean-Marie Denquin. — Oui, si vous voulez, en lisant exhaustivement, y compris les passages qui ne sont pas reproduits dans le livre, les débats parlementaires de l'époque – je connaissais cela, comme tout le monde, je l'avais appris, je crains même de l'avoir enseigné, mais je n'avais pas lu l'intégralité des débats – j'ai été frappé du faible nombre de références aux textes constitutionnels. On en parle très peu. Ceux qui en parlent du point de vue technique, du point de vue du texte, ce sont les partisans de Mac Mahon. Les autres balaient tout d'un revers de main. Gambetta était un personnage extraordinaire, je ne suis nullement anti-gambettiste, mais là il ne répond à aucun argument. Il dit : « C'est de la métaphysique sophistique ». Vous pouvez dire que *toute* la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans ses aspects les plus positifs – tout à l'heure j'ai volontairement exagéré les aspects négatifs, mais il y a parfois des décisions intéressantes, qui paraissent justifiées. Eh bien l'ensemble de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel

peut être qualifiée de « métaphysique sophistique ». À partir du moment où on dit « c'est comme ça parce que c'est comme ça et pas autrement » toute discussion juridique n'a plus de sens. Le bien, le mal, chacun peut le définir – tout le monde sait ce que c'est *le juste*. Et le gouvernement soviétique doit être assez simple pour être confié à une cuisinière (ma femme apprécie beaucoup cette citation). Donc, le droit est inutile ou néfaste, il n'est au mieux qu'une « métaphysique sophistique ». En revanche, chez Paris et surtout chez de Broglie il y a un véritable raisonnement juridique, qui n'est pas du tout absurde :

> Vous dites que le Président de la République est irresponsable, mais la Constitution lui confère de vrais pouvoirs, il prend des décisions importantes, dont celle de dissoudre la Chambre, on ne peut donc soutenir qu'il est une potiche (le mot n'est pas dans le texte), et donc, s'il a un pouvoir, il a une responsabilité.

C'est un raisonnement qui, dans la logique constitutionnaliste actuelle, semblerait pertinent. Je ne dis pas qu'il entraîne la conviction, c'est une autre question : la conviction est politique, elle est antérieure au débat et ne dépend pas du texte de la Constitution. Mais c'est une vraie question, dont on discuterait aujourd'hui. Les adversaires de Mac Mahon disent : « Tout ça, c'est des histoires, on ne veut pas de gouvernement personnel, on veut que le gouvernement soit collectif, c'est-à-dire parlementaire, par conséquent la décision de Mac Mahon est contraire aux lois constitutionnelles ». On ne discute pas l'argumentation, on se borne à « tout ça, c'est des histoires, circulez, nous avons raison parce que nous avons raison ». Il faut dire aussi que, pour des raisons familiales – ma famille n'était pas d'extrême gauche – je me suis beaucoup soigné mais je n'ai pas hérité cette espèce de mystique républicaine qui règle le problème en le supprimant. Je suis ravi qu'on soit en République et non en monarchie, mais ce genre d'histoire sainte qui a été bâtie à partir de certains moments et personnages fétichisés – notamment autour de la figure de Jules Ferry alors que, quand Jules Ferry a été battu lors de l'élection à la Présidence de la République, la gauche a fait des feux de joie dans Paris, tellement on le détestait – m'agace profondément, comme d'ailleurs toute réécriture bienpensante de l'histoire. J'avais donc vis-à-vis de ce problème une liberté d'interprétation que n'ont pas tous les auteurs, y compris contemporains.

Bruno Daugeron. — Merci. Je souhaiterais évoquer maintenant un autre aspect de votre personnalité intellectuelle sans toutefois rompre avec les questions que nous venons d'aborder. Nous avons parlé d'histoire et de droit, d'une logique propre au raisonnement juridique. Mais pour brosser un tableau complet de votre personnalité intellectuelle, il nous faut aussi évoquer la philosophie. Car une autre de vos spécificités est d'adopter une approche philosophique des phénomènes juridiques, une manière de les lire et de les interroger, en faisant pour le droit ce que Paul Veyne a fait pour l'histoire. Sans donner dans l'interdisciplinarité à la mode vous êtes un des rares à vous appuyer sur d'autres savoirs que le droit pour l'étudier, à commencer par les méthodes de la philosophie analytique, presque complètement inconnues des juristes français qui étudient parfois la philosophie du droit n'étudient pas le droit par la philosophie. Or, ces savoirs périphériques au droit se révèlent pourtant d'une grande richesse – on songe au concept du « mouvement rétrograde du vrai » développé par Bergson dans *La pensée et le mouvant* que vous m'avez fait découvrir ou au concept de généalogie chez Nietzche – pour analyser le droit, ses concepts, son histoire et ses logiques. Comment expliquer une telle défaillance voire une telle défiance de la plupart des juristes français pour le raisonnement philosophique ?

Jean-Marie Denquin. — Je pense qu'il y a une grande différence de ce point de vue entre la France et l'Allemagne. Parce que, ce qui fait la force de la pensée allemande en matière juridique et constitutionnelle en particulier, c'est qu'en Allemagne les juristes faisaient toujours des études de philosophie. En France, c'est beaucoup moins vrai, même si certains en ont fait, d'où une incompréhension fréquente des problèmes théoriques. Les sottises que disent certains juristes éminents en matière de philosophie sont surprenantes. Le cas d'Hauriou est emblématique : il confond transcendant et transcendantal. Dans la pensée allemande il existe généralement un substrat philosophique, par exemple chez Kelsen, qui est un philosophe néo-kantien. Et donc, il y a eu en France, depuis très longtemps, une sorte de découplage de la réflexion philosophique et de la réflexion juridique. Le développement de la théorie du droit a changé les choses, mais il demeure que les juristes français sont en général peu sensibles à une approche philosophique. La singularité de Carré de Malberg tient à ce qu'existe chez lui un substrat philosophique.

Pour ma part, je me suis toujours intéressé à la philosophie. J'aurais pu m'y consacrer, je ne l'ai pas fait pour des raisons contingentes, mais j'ai été très marqué par mes professeurs, Monique Philonenko et Yvon Brès. J'ai lu, et je lis encore aujourd'hui, beaucoup de philosophie. Pour me distraire je lis Kant. La formule qu'a citée Véronique, selon laquelle il n'y a pas de règle pour l'application de la règle, est une formule de Kant. Il le dit deux fois, dans *La critique de la raison pure* et dans l'écrit *Sur le lieu commun*[6]. C'est fondamental : quand on passe de la norme au cas, il y a un saut qualitatif, aucun raisonnement général n'est applicable, il n'y a pas de règle pour l'application de la règle car une règle pour l'application de la règle impliquerait régression à l'infini. Donc j'aime beaucoup le droit et je l'ai un peu enseigné, mais j'aime autant la philosophie. (J'aime beaucoup la peinture aussi et j'ai toujours rêvé d'écrire un texte sur cette magnifique fresque qui est derrière nous – c'est une vraie fresque, alors qu'à l'époque on préférait plutôt les toiles marouflées – il y a plein de choses à en dire. Je ne sais pas si le portrait d'Ulpien est ressemblant, mais j'ai toujours admiré la différence entre la manière dont Louis XIV s'avance, fier et sûr de lui, et celle de Napoléon, un peu réticent, tête baissée, comme s'il n'était pas complètement convaincu de sa légitimité.)

C'est parce que je m'intéressais par ailleurs à la philosophie, que j'ai trouvé chez les philosophes, y compris chez les auteurs contemporains comme Frédéric Nef ou Jocelyn Benoist, des analyses qui me semblaient pouvoir être utilisées par les juristes. Je pense que dans un certain nombre de cas, on doit emprunter à d'autres disciplines des modes de raisonnement qui sont transposables au droit, qui offrent des raccourcis, évitent d'avoir à refaire mal des analyses que d'autres ont depuis longtemps menées à bien. C'est pour ça que j'ai effectivement utilisé des notions philosophiques, vous avez cité le mouvement régressif du vrai. Je le tiens de Monique Philonenko qui, comme son mari, était une grande admiratrice de Bergson. Je crois que, quand on s'efforce de penser des questions juridico-historiques, on peut utiliser des notions très éclairantes et qu'il n'est pas nécessaire d'inventer, puisqu'elles existent déjà. Par exemple j'ai toujours utilisé volontiers des ouvrages de logique. On y trouve des notions utiles, à mon avis, pour décrire la réalité juridique, comme j'essaie de le montrer dans mon livre sur la notion de concept juridique. Refuser toute contamination extérieure au nom de la pureté du droit me semble une erreur. Il existe d'autres disciplines et d'autres sujets auxquels on peut

[6] E. Kant, *Œuvres philosophiques*, t. 1, Paris, Pléiade, p. 881-882 ; *ibid.*, t. 3, p. 251.

emprunter des idées, car des éléments utiles à l'explication des phénomènes ne doivent pas être ignorés.

Vous avez cité Paul Veyne. La lecture de *Comment on écrit l'histoire*[7] fut pour moi une révélation. Plus tard je suis allé le voir au Collège de France. C'est certainement l'un des hommes les plus remarquables qu'il m'ait été donné de rencontrer. Dans *Le pain et le cirque*, il pose à propos d'une affirmation péremptoire d'un jurisconsulte romain cette question mémorable et que l'on devrait toujours se poser à propos de toute certitude juridique et plus généralement à l'égard de toute affirmation péremptoire : « Comment le sait-il[8] ? »

*
**

Olivier Beaud. — À titre liminaire, j'aimerais dire que ce *Penser le droit constitutionnel* de Jean-Marie Denquin est un grand livre. Cela saute aux yeux quand on entreprend de lire à la suite tous ces articles qui sont d'une égale qualité. On a vraiment l'impression d'avoir affaire à un « auteur » (c'est-à-dire un grand auteur) et il n'est pas exagéré de dire, sans vexer trop de monde, que c'est plutôt rare en droit et en droit constitutionnel, en particulier. On pourrait croire que c'est mon amitié pour Jean-Marie qui fausse mon jugement. Mais il m'est facile de réfuter cette objection car j'ai connu l'auteur avant de connaître l'homme et j'ai immédiatement saisi l'importance de l'auteur, notamment lorsque j'ai lu en thèse « sa » thèse.

Venons-en au contenu de ce livre qui est celui d'un recueil d'article. À l'époque, dans les revues de droit public, Jean-Marie Denquin pouvait écrire un article de cinquante pages. C'est un moment où les revues offraient des pages à ceux qui avaient des choses à dire et à écrire, et Jean-Marie Denquin en faisait partie. Aujourd'hui, il y a un formatage des revues qui nuit à la qualité, et il me semble qu'un des gros avantages d'une revue électronique comme *Jus Politicum*, c'est qu'on a enfin renoué avec la possibilité d'offrir à de véritables auteurs, des savants, vingt, trente ou quarante pages, peu importe la longueur dès lors qu'il y a quelque chose de substantiel. Là, dans le présent recueil, on trouve deux articles très longs. Mais l'autre grand intérêt de cet ouvrage est de donner accès à des articles peu connus ou pas du tout connus ; il est probablement très ardu de trouver toutes les *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* alors même qu'il y a, dans ce recueil, deux articles fondamentaux de Jean-Marie Denquin sur la théorie constitutionnelle. Bref, un tel livre constitue, objectivement, un apport considérable pour notre science constitutionnelle.

J'aimerais poser trois questions à Jean-Marie Denquin. La première est assez simple et elle porte sur l'explicitation de sa formule : « je suis un positiviste au sens faible du terme ». J'aimerais bien en savoir davantage sur cette expression.

Et puis la deuxième question : j'ai du mal à comprendre comment il peut concilier à la fois son attrait pour la pensée de Michel Troper et son attrait pour la pensée

---

[7] P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie*, Paris, Seuil, 1971, 349 p.

[8] P. Veyne, *Le pain et le cirque*, Paris, Seuil, 1976, p. 601. Ulpien déclare : « C'est par un abus que les biens d'une cité sont dits publics, car seuls sont publics les biens du peuple romain » (*Digeste*, 50, 16, 15). Plus haut, Paul Veyne observe que « sous la plume des juristes romains, un mot et un concept font deux » (p. 597). On peut en dire autant du Conseil constitutionnel.

de Georges Burdeau. Je ne vois pas comment on peut arriver à le faire et j'aurais besoin d'explications supplémentaires. Il est très étonnant, de le voir pencher tantôt du côté de Burdeau, tantôt du côté de Troper, et cela m'intrigue beaucoup.

Dernière question, une troisième. Dans l'article sur les *Éléments pour une théorie constitutionnelle*, c'est le premier, on lit la chose suivante : « j'ai une théorie incomplète, mais je vais partir d'exemples ». Donc ma question est : comment est-ce qu'on peut avoir une théorie incomplète ?

Jean-Marie Denquin. — Ce sont d'excellentes questions, je te remercie de me les avoir posées. Mais je n'ai pas forcément de réponses, parce que ma théorie est incomplète, justement. C'est pourquoi je n'ai pas répondu immédiatement à la question de Véronique sur le positivisme au sens faible : il y a là quelque chose que je sens mais que je ne parviens pas vraiment à exprimer, du moins en quelques mots. Je vais toutefois essayer d'éclairer un peu cette formule énigmatique. Quand je parle de positivisme au sens faible, je veux dire que je suis, comme l'a dit Véronique, plus près des positivistes que de toute autre école de pensée sans être cependant toujours en accord avec eux. Si je devais vraiment choisir, je dirais que je suis positiviste mais je voudrais ne pas choisir. Par positivisme au sens faible, j'essaie de suggérer quelque chose qui, je le répète, n'est pas complètement pensé, bien que j'aie avancé sur la question en écrivant mon livre sur le concept juridique. Peut-être me reste-t-il quelques années pour y réfléchir, cela dépend de divers paramètres, si Dieu me prête vie, comme le disait le général de Gaulle, si je conserve un minimum de lucidité intellectuelle. Mais pour dire les choses très grossièrement, je considère que le droit positif est une réalité, mais pas qu'il existe une vérité du droit positif. Le droit positif ne constate ni ne crée une vérité. S'il existe une vérité elle est d'une autre nature, mais je n'en discuterai pas : je ne parle jamais de religion. Je veux donc dire que la vérité n'est pas dans le domaine du droit bien que le droit utilise la notion de vérité – les faits allégués sont censés être vrais au sens du critère de vérisimilitude de Tarski – et que l'on ne puisse, selon moi, penser le droit d'une façon cohérente, donc accéder à une vérité de type scientifique, que d'un point de vue positiviste.

Le fait que ma théorie soit inachevée n'est d'ailleurs pas sans rapport avec ce que je disais tout à l'heure : j'ai toujours voulu partir du bas, j'ai toujours essayé de voir à quoi on aboutit en posant des questions concrètes et en leur apportant une réponse qui ne soit pas verbale et stéréotypée. L'inconvénient – ou l'avantage – de partir du bas est que, si l'on part du haut, la théorie peut être achevée avant d'être mise en œuvre puisque l'on n'y trouve que ce que l'on y met. Donc par rapport à la séparation des pouvoirs ou des questions de ce genre, je me suis dit : qu'est-ce qu'on peut en dire, qu'est-ce que c'est ? Mais je n'ai pas de théorie surplombante. Je ne suis ni Burdeau ni Hegel. Cela n'empêche pas qu'à des niveaux divers j'ai beaucoup d'admiration pour Hegel et pour Burdeau. Hegel était un homme d'une intelligence exceptionnelle, ses analyses sont souvent géniales. Ce qui me gêne, c'est l'ensemble, c'est la théorie globale. Et je l'ai dit tout à l'heure, c'est cela aussi qui me gênait parfois chez Burdeau. Sa théorie de l'idée de droit, je n'en ai jamais été fanatique. Par ailleurs, il y a des analyses de Burdeau qui sont extrêmement pertinentes, en particulier sa distinction entre démocratie gouvernante et démocratie gouvernée. C'est très profond, et cela correspond exactement à la problématique que j'ai développée à propos de la majorité apparue en 1962, c'est-à-dire que rien n'a changé, pas une lettre du droit constitutionnel et des lois constitutionnelles de 1875 n'a changé après 1883 jusqu'à 1940. Rien n'a été modifié dans les textes et pourtant le système a changé. Dans un cas comme dans l'autre, il y a une analyse que je crois pertinente, mais c'est une analyse qui traite d'une question circonscrite.

Ce n'est pas déduire des conclusions d'idées générales sur le pouvoir, l'État, etc. Ce que je n'ai pas fait, c'est une théorie globale, un système qui prétend rendre compte de tout. Je ne l'ai pas fait, bien sûr, parce que je n'en étais pas capable, mais aussi parce que je n'y crois pas. C'est pourquoi je préfère l'expression théorisation à celle de théorie. J'ai essayé de faire une théorisation, parce que sinon on se limite à des considérations impressionnistes (plusieurs noms me viennent à l'esprit mais je ne les citerai pas), c'est du bricolage. J'ai essayé de faire autre chose que du bricolage sans commencer par poser une théorie *a priori*. Je ne sais pas si ça répond à ta question, mais comme Thierry Le Luron le faisait dire dans un sketch à Georges Marchais : « C'est ma réponse. »

Olivier Beaud. — Et qu'en est-il de Georges Burdeau et Michel Troper dans ce cas ?

Jean-Marie Denquin. — En effet, ces auteurs n'ont pas grand-chose en commun. Mais je m'y réfère pour des raisons différentes. Burdeau ne s'intéressait guère à la théorie du droit et Michel Troper s'intéresse peu à la science politique. Comme je me suis occupé de science politique et de théorie du droit, j'ai pu les fréquenter sans qu'ils entrent en contradiction. Ils ne se situent pas sur le même plan. D'autre part, et bien que Burdeau ait fondé ses principales thèses de philosophie politique – le pouvoir est l'énergie d'une idée – sur des postulats que l'on peut qualifier d'idéalistes – le mot n'est pas une insulte dans ma bouche – sa vision du droit était, en pratique, d'inspiration positiviste. Il croyait que le droit existe et produit des effets, mais il ne l'idéalisait pas. Il le considérait comme une technique avec sa logique, ses exigences, ses pesanteurs, ses échecs. Si le réalisme l'incitait à demeurer juriste, on pourrait également dire que son réalisme l'incitait à demeurer politiste dans les questions constitutionnelles : il doutait que la politique puisse être saisie par le droit, et doutait sans doute plus encore de ce qu'une telle évolution, si elle s'avérait possible, constituerait un progrès.

Olivier Beaud. — L'idée de droit n'est-elle pas une norme supra-constitutionnelle ?

Jean-Marie Denquin. — Je crois que l'idée de droit n'est pas une norme. C'est la conviction qu'un pouvoir politique répond nécessairement, au moins jusqu'à un certain point, à une attente des gouvernés. C'est sans doute vrai dans certains cas et cela correspond probablement à l'esprit d'une société et d'une période historique. C'est également l'affirmation de valeurs démocratiques : l'idée de droit n'est pas ce que décrète le juge. Mais il me parait problématique de généraliser. D'autre part cette conviction, profonde chez Burdeau, l'a peut-être conduit à des analyses discutables. On l'observe par exemple dans le fait qu'il proposait une analyse assez irénique du régime soviétique. Il croyait que la population de l'URSS soutenait, dans sa majorité, le régime. Certains de ses contemporains, qui n'aimaient pas Burdeau, le considéraient quasiment comme un cryptocommuniste – idée surprenante, quand on l'a connu. Je pense d'ailleurs que son sentiment a évolué : c'est par lui que j'ai entendu parler pour la première fois d'Hannah Arendt. Je ne crois pas cependant qu'il ait renié l'idée selon laquelle il y avait dans le communisme soviétique, au départ, une aspiration du peuple ou au moins du prolétariat russe. La vague antitotalitaire a balayé ce type d'analyse, mais à l'époque c'était une idée très répandue. La volonté de croire que tout pouvoir politique repose, au moins partiellement, sur un consensus explique aussi, me semble-t-il, ce qui demeure l'aspect le plus critiqué et critiquable de sa pensée, c'est-à-dire son adhésion initiale au régime de Vichy. Il a eu le sentiment que les critiques de la III^e^ république conduisaient les gens à vouloir autre chose : il a cru que l'idée de droit avait changé. Ensuite il a probablement pris conscience que les choses évoluaient. Je ne peux pas

fonder ce sentiment sur des textes ou sur des confidences – il ne m'en a jamais parlé – mais j'ai l'impression que c'eût été relativement cohérent avec l'idée que le pouvoir est l'expression de l'idée de droit. Je dirais franchement qu'au-delà même des contre-exemples que je viens de citer, cette idée me paraît une pensée métaphysique. Je n'ai pas insisté sur mes désaccords avec lui, mais je ne les ai pas dissimulés.

*
**

Denis Baranger. — J'ai toujours considéré Jean-Marie Denquin comme un maître, c'est-à-dire un de ceux qui m'ont aidé à discipliner ma pensée en la conservant libre, c'est-à-dire bien sûr *aussi libre que possible*, et, autant que possible, consciente de la part de non-liberté que, comme toute pensée d'homme, elle comportera toujours. Il a été pour moi, selon une formule employée jadis à propos de Barrès (à qui je ne l'appliquerais pas…) un « maître de liberté ». Cela date de son enseignement de science politique en première année de droit à Assas. J'étais encore beaucoup trop jeune pour me rendre compte de l'influence que Jean-Marie Denquin exerçait sur moi, mais elle fut réelle. Sa pensée possédait, et possède encore, une indéniable force transformatrice. Je ne me souviens pas d'avoir lu quoi que ce soit de Jean-Marie Denquin sans avoir été conduit, non pas à changer d'avis, mais plus profondément encore à modifier ma perception des choses. Cela me fait penser à la phrase profonde de Raymond Aron : il ne suffit pas de dire ce que l'on voit, il faut d'abord voir ce que l'on voit. Jean-Marie Denquin vous aide à voir ce que vous voyez. D'où les « automatismes denquiniens » chez ses lecteurs, qui pensent immédiatement à lui quand ils rencontrent en droit constitutionnel une confusion de pensée appelant une forme de clarification. Le droit constitutionnel comporte une dimension exotérique – ce que Bruno Daugeron appelle le « droit constitutionnel médiatique » – mais aussi une dimension de haute intériorité intellectuelle. Ses concepts centraux se caractérisent par un haut degré d'abstraction. Et le lien entre ces concepts fondamentaux et la pratique institutionnelle la plus courante est très délicat à élaborer. Je pense avoir ce point en commun avec beaucoup de personnes présentes aujourd'hui : sur nombre de sujets centraux du droit constitutionnel – et c'est lui qui les a désigné comme tels – ce sont tout de suite les mots, les idées, les clarifications, les boutades riches de sens de Jean-Marie Denquin qui nous « viennent à l'esprit ».

Jean-Marie Denquin s'est présenté lui-même plutôt comme un moderne, quelqu'un qui ne serait pas si loin que cela d'un Michel Troper, par exemple. J'avoue que je n'ai pas compris comme cela son enseignement. Avec Pierre Avril et quelques autres personnes, il a été pour moi un des rares à avoir opposé une résistance au déclin de la science politique, au déclin des idées classiques à propos de *la* politique et *du* politique. Dans ses écrits je trouve quand même toujours, je ne dirais pas comme Hauriou dans la préface du *Précis du droit constitutionnel* de 1929, un projet de restauration des positions classiques en droit constitutionnel. Ce n'est pas son projet non plus : il ne veut rien restaurer, rien du tout, et notamment pas, il nous l'a dit, la monarchie. Mais Jean-Marie Denquin est tout de même à mes yeux un représentant de ce que Strauss appelle la science politique classique. Il pense les problèmes du politique en des termes classiques.

Il les pense aussi avec un style qui lui est propre. Ce style se signale par ce que je serais tenté d'appeler une forme personnelle d'ironie scientifique, un usage signifiant du sarcasme. Il y a une chose qu'on se doit de rappeler lorsqu'on termine

une journée comme celle-ci : c'est combien on rit en lisant et en entendant Jean-Marie Denquin. Cet humour a une authentique profondeur. Il est de l'homme même, et il correspond chez lui à une forme de relation avec son objet, c'est-à-dire avec l'appréhension juridique du pouvoir politique. Il y a eu un moment en droit constitutionnel – et ce moment n'est peut-être pas terminé – où il fallait bien dire que le roi était nu. Il était nécessaire de le dire, face à la cohorte des zélotes en tout genre. Même des intellectuels de haute qualité, des personnages importants dans notre discipline ne le disaient pas toujours, ou pas assez fortement. Ils avaient ce génie de rester toujours « en bons termes », toujours « en bonne entente », avec le pouvoir. C'est un problème sérieux du travail scientifique en droit généralement et en droit constitutionnel en particulier : il faut entretenir une certaine sorte de commerce avec le pouvoir dont on est par ailleurs l'observateur, le théoricien. Personne n'y échappe. Beaucoup viennent à cette discipline par fascination pour le pouvoir, et beaucoup s'y laissent attraper, comme des mouches qui se collent à une ampoule. Il faut y résister, mais cela ne va pas de soi. J'ai eu le grand privilège d'être formé par des maîtres qui m'ont tous donné des modèles à suivre en ce domaine. À qui lui avait demandé un jour quel était le droit de l'homme le plus important, Jean-Jacques Bienvenu, un autre de mes maîtres, avait répondu : « le droit de dire du mal des gens »… Je n'ai jamais eu l'impression que cela dérangeait Jean-Marie Denquin de ne pas être « en bonne entente » (je n'ajoute pas « avec… » celui-ci ou celui-là : je commets volontairement la faute de syntaxe, car cette mésentente, comme l'intranquillité chère à Pessoa, est chez lui une sorte d'état d'être, de rapport au monde). Il était nécessaire, pour faire adéquatement du droit constitutionnel, de commencer par déchirer le voile tissé par le pouvoir. Jean-Marie Denquin est une des rares personnes qui l'ait compris et surtout qui en ait tiré une œuvre scientifique. Je lui suis reconnaissant de m'avoir montré qu'il fallait être éperdument indifférent à la doxa, tout en sachant qu'en droit la doxa et les institutions étaient toujours victorieuses, au moins dans un premier temps. En droit constitutionnel, le ridicule finit bien par tuer, mais cela prend du temps.

Jean-Marie Denquin incarne ainsi pour moi l'indifférence radicale au fait d'être minoritaire. Je ne l'ai jamais vu chercher à se concilier qui que ce soit, même s'il n'est en aucun cas vindicatif ni porté aux excès de parole ou de pensée. Jean-Marie Denquin est un modéré intransigeant. Il est le modèle-même de l'intellectuel que cela ne dérange pas de dire ce qu'il a à dire sans jamais cesser de continuer à le dire. C'est une qualité si extraordinairement rare que je tiens vraiment à lui dire ma profonde admiration pour avoir su l'incarner. On mesurera ainsi – par-delà même tout ce que je crois lui devoir sur le plan intellectuel – qu'il s'agit d'une admiration dont le fond est avant tout moral.

Varia

Thibault Desmoulins

La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale

Aujourd'hui qualifié de « cabinet noir[1] », « comité secret[2] » ou « *war room*[3] », le Conseil de défense et de sécurité nationale (CDSN) est décrit comme la plus récente expression d'un hyperprésidentialisme décomplexé voire d'une conception monarchique du pouvoir[4]. Ses réunions se multiplient à mesure que la « défense » intervient dans de nouvelles matières, tant sanitaire qu'écologique et bientôt peut-être, entre autres possibilités, alimentaire ou numérique. Plus encore, les réunions de cet organe étant couvertes par le secret-défense, elles s'attirent des critiques parfois empruntées à celles de la raison d'État et de la concentration du pouvoir. Pratique présidentialiste, direction de la défense et domaine secret ne sont cependant pas de simples dérives, mais dépendent des choix réalisés dans les dispositions constitutionnelles. En cela, ils s'inscrivent dans le large sillon d'une question ancienne, celle de la « formalisation » du pouvoir Exécutif, entendu comme la détermination juridique et constitutionnelle de l'organisation et du fonctionnement du pouvoir Exécutif. Cette perspective rattache le Conseil de défense à une double genèse, contenant sans doute ses hypothèses d'étude les plus pertinentes si ce n'est les clefs de sa compréhension.

Une genèse parlementaire : la transformation des organes exécutifs. – La première genèse renvoie à l'histoire générale des régimes parlementaires, témoignant de la transformation constante des organes exécutifs selon deux variables politiques : le rôle, prépondérant ou en retrait, des exécutifs monarchiques d'une part et la forme, unifiée ou coalisée, des forces politiques en présence. Ainsi les origines anglaises du parlementarisme[5] ont-elles connu différentes formes de *cabinets*, des plus larges (*Grand Cabinet*) aux plus restreintes (*conciliabulum*), ne rassemblant qu'un petit nombre autour du ministre le plus puissant. Ces dernières étant les moins formali-

[1] F.-X. Bourmaud, « Macron et le Conseil de défense sanitaire dans le collimateur de l'opposition », *Le Figaro*, 7 novembre 2020.

[2] J.-L. Mélenchon, *Journal du dimanche*, 31 octobre 2020.

[3] J.-D. Merchet et I. Trippenbach, « Conseil de défense : la *war room* de Macron », *L'Opinion*, 28 octobre 2020.

[4] C. Morin, « Le conseil de défense traduit une conception monarchique du pouvoir », *Le Figaro*, 28 octobre 2020.

[5] Voir D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, Paris, puf, 1999, p. 84-96, en part. p. 93-96.

sées, elles présentent l'intérêt de s'adapter efficacement à « l'état des forces politiques au niveau de l'Exécutif[6] ». Cet avantage stratégique décisif leur permet de s'imposer comme une instance *efficace* de décision au détriment des instances *officielles* (conseils élargis), reléguées à un rôle plus formel[7], lorsqu'il existe « un degré élevé de connivence et d'informalité[8] » dans l'Exécutif, soit une unité politique certaine en son sein. La France témoigne d'un phénomène similaire aux origines de son histoire parlementaire[9]. L'unité politique de l'Exécutif y résulte toutefois d'une très forte dépendance envers le monarque (qu'il s'agisse de Louis XVIII, Charles X ou Louis-Philippe), dont le rôle prépondérant va jusqu'à empêcher la formalisation d'un *cabinet* ou d'un gouvernement. Là encore, le centre de gravité politique de l'Exécutif nuit à la formalisation des organes Exécutifs, au profit d'un fonctionnement restreint à son centre et essentiellement informel.

Une genèse contemporaine : le présidentialisme sous la Cinquième République. – La seconde genèse renvoie bien sûr à l'histoire de la Ve République elle-même et à l'évolution de son régime politique. Depuis 1958, en effet, l'intention constituante de « rationalisation » du parlementarisme fut très tôt supplantée par un régime présidentialiste[10]. Sans entrer dans le détail de ce dernier, l'on peut néanmoins préciser qu'il repose sur des rapports subtils entre ce qu'exigent des contraintes politiques contingentes et ce que permet le texte constitutionnel. La doctrine y a consacré une attention soutenue, y compris en recourant à des outils d'analyse juridique complexes tels que les conventions, les coutumes ou les changements informels[11]. En revanche, la « formalisation » du présidentialisme, c'est-à-dire la création de dispositions formelles destinées à consacrer ou conforter la pratique présidentialiste, possède une histoire plus modeste. Certes, les deux révisions constitutionnelles de l'article 6 de la Constitution dérogent notablement cette affirmation puisqu'elles ont contribué à fonder ce présidentialisme : celle de 1962, instaurant l'élection présidentielle au suffrage universel direct et celle de 2000, instaurant un mandat quinquennal – *de facto* synchronisé avec les élections législatives. Cependant, l'écrasante majorité des révisions constitutionnelles y est restée formellement indifférente si ce n'est opposée, à l'instar de la révision de 2008 destinée à « revaloriser » le Parlement.

Au regard de cette évolution constitutionnelle, le Conseil de défense présente deux caractéristiques singulières, c'est-à-dire à la fois particulières et remarquables. Premièrement, le Conseil n'étant pas organisé par la Constitution, il permet l'examen d'une voie « extra » et « infra » constitutionnelle de formalisation du présidentialisme. Son étude met donc à l'épreuve la détermination du régime politique *par* et *dans* le texte constitutionnel. Deuxièmement, cet organe étant dédié

---

[6] *Ibid.*, p. 94.

[7] *Ibid.*, p. 85-87.

[8] *Ibid.*, p. 96.

[9] Voir A. Laquièze, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, 2002, p. 236-292, en part. p. 236-256.

[10] Sur cette évolution générale du régime vers « un parlementarisme à captation présidentielle », voir A. Le Divellec, « Vers la fin du parlementarisme négatif à la française ? », *Jus Politicum*, nº 6, 2011, 31 p., [http://juspoliticum.com/article/Vers-la-fin-du-parlementarisme-negatif-a-la-francaise-439.html]. Sur le régime présidentiel et le présidentialisme, voir Ph. Lauvaux, *Destins du présidentialisme*, Paris, PUF, 2002, 138 p. (ou plus généralement : Ph. Lauvaux et A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2019, p. 207-217.).

[11] Voir en part. P. Avril, *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, 1997, 202 p.

à la défense et la sécurité nationales, il permet également d'évaluer l'importance actuelle de ces concepts au sein du droit public et du Gouvernement. Ces domaines régaliens sont en effet censés être délimités et déterminés au cœur de l'État, et non lui fournir une sorte de *modus operandi* utilisé par toute action publique.

La défense représente pourtant, si ce n'est une source historique, du moins un modèle tentateur pour l'action et l'administration de l'État. Les organes collégiaux restreints dans cette matière constituent d'ailleurs, dès leurs origines historiques, l'exact inverse d'un inefficace « comité théodule[12] » suivant la formule du Général de Gaulle. Seule varie leur organisation à travers l'histoire, selon qu'ils furent rattachés à l'Exécutif au Parlement. Durant la Révolution française, la Convention nationale en fournit différents exemples, dont notamment le comité de défense générale, le comité de salut public et le comité de sûreté générale[13]. Plus récemment, l'organisation de la défense en comité se donne à voir au sein du régime parlementaire de la III^e^ République[14]. Apparaissent ainsi progressivement au fil des constitutions et de la pratique[15] des « comités », organes primoministériels, par opposition aux « conseils » présidentiels, et aux « commissions », quant à elles parlementaires. Ce vocabulaire, certes employé de manière insuffisamment rigoureuse, suffit à indiquer la révolution (au sens copernicien) subie par le Conseil de défense et de sécurité nationale depuis ses origines.

Le Comité de défense nationale. – En effet, tandis que les institutions de la France libre sont en exil durant la Seconde Guerre mondiale, c'est à la création d'un « Comité » de la libération nationale que le décret du 16 décembre 1943[16] procède. La nature collégiale de cette institution ne satisfaisant pas le Général de Gaulle, ce dernier le relègue d'abord à un rôle consultatif avant d'y intégrer des ministres ainsi que les commandants en chef des forces armées[17]. La constitution du 27 octobre 1946 conserve un Comité de défense nationale, organisé par décret[18] et présidé par le chef de l'État « en sa qualité de chef des armées » (article 33). Durant cette période originelle, allant de 1943 à 1958, il se réunit irrégulièrement une dizaine de fois par an afin d'évoquer des questions internationales d'ordre militaire,

---

[12] Ch. de Gaulle, *Discours du 25 septembre 1963 à Orange* [https://www.ina.fr/video/I00012370].

[13] Voir en part. R. Matta-Duvignau, *Gouverner, Administrer révolutionnairement : le Comité de salut public (6 avril 1793-4 brumaire an IV)*, thèse de doctorat en droit, Université Paris II, 2010, 682 p. ; O. Aranda, « Les comités de marine de la Législative et de la Convention, au cœur des rapports entre pouvoir exécutif et législatif », *La Révolution française*, n° 17, 2020, [https://journals.openedition.org/lrf/3671].

[14] Voir V. Cattoir-Jonville, *La fonction militaire du Chef de l'État en France de 1871 à nos jours : contribution à l'étude du pouvoir présidentiel en République*, thèse de doctorat en droit, Université de Lille 3, 1995, 2 vol.

[15] Voir en ce sens la réponse précise et explicite de G. Pompidou (Premier ministre) à la question orale de F. Mitterrand, in Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, n° 25, p. 949), dont on sait par ailleurs qu'elle fut décidée et installée par le Général de Gaulle (v. Avis présenté au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées [relatif au projet de loi constitutionnelle n° 820 du 23 avril 2008], n° 883 du 13 mai 2008).

[16] Décret du 16 décembre 1943 (JORF d'Alger n° 5 du 13 janvier 1944, p. 45).

[17] Ordonnance du 4 avril 1944 (JORF d'Alger n° 29 du 6 avril 1944, p. 264) ; Décret n° 46-34 du 4 janvier 1946 (JORF n° 11 du 13 janvier 1946, p. 322).

[18] Décret du 7 février 1947 (JORF n° 34 du 8 février 1947, p. 1294).

nucléaire et politique[19]. Le Constitution de 1958 conserve encore ce comité, dont l'organisation (par l'ordonnance du 7 janvier 1959) témoigne d'une certaine continuité avec celle antérieure. Néanmoins, le changement de constitution intervenu place cet organe au centre d'un régime parlementaire entièrement repensé et rationalisé, susceptible d'en modifier le fonctionnement en profondeur. La pratique gaullienne ainsi qu'un décret de 1964[20] ne tarderont pas à transformer le « Comité » en « Conseil », ce dont témoigne sa forme actuelle.

La Conseil de défense et de sécurité nationale. – À titre liminaire, l'on peut préciser sur ce Conseil méconnu – sans préjudice des développements ultérieurs relatifs à son organisation – qu'il est un organe collégial rattaché à l'Élysée et en cela éminemment exécutif, possédant trois types de formations – plénière, restreinte et spécialisée – et pouvant accueillir toute personnalité convoquée par le chef de l'État (articles R. 1122-1 et suivants du code de la défense). Il est par ailleurs assisté par un service interministériel, le Secrétariat général de défense et de sécurité nationale (SGDSN), quant à lui rattaché à Matignon.

Il faut également préciser que les réunions du Conseil de défense sont couvertes d'un absolu secret-défense pour une durée de 50 ans. Or, la forme actuelle du Conseil de défense étant issue de réformes survenues en 2004 et en 2009, aucune archive ne peut être consultée à son sujet. Par ailleurs, lorsque des archives plus anciennes s'avèrent consultables, elles ne contiennent généralement que des notes préparatoires ou des communiqués de presse[21]. Il faut donc distinguer entre deux périodes : entre 1958 et 1970, les archives du Comité et du Secrétariat général de la défense nationale furent versées au ministère de la défense[22] et peuvent être directement consultées ; en revanche, de 1970 à 2020, il faut se contenter des textes positifs et des débats parlementaires existants, ainsi que des sources indirectes composées de communiqués officiels, d'auditions, d'articles de presse nationale, de témoignages et, enfin, d'une bibliographique dédiée assez rare[23].

Une institutionnalisation problématique. – Malgré le secret qui entoure son activité, les réunions du Conseil sont devenues hebdomadaires et décisives sur de nombreux sujets que les crises militaires, terroristes et sanitaires ont sans cesse contribué à étendre. Tant et si bien que sa compétence a été récemment mise en cause

---

[19] Les rares sources directes à ce sujet et sur cette période se trouvent dans deux fonds complémentaires : Arch. Nat. F/60/3009-3023 (1944–1959) ; Arch. Min. Déf. GR 2 Q (1943–1957).

[20] Décret nº 64-46 du 14 janvier 1964 (JORF nº 16 du 19 janvier 1964, p. 722) ; voir *infra* nos développements relatifs à l'évolution réglementaire du Conseil.

[21] Voir par ex. Communiqués à l'issue des Conseils de Défense du 17 août 1961 (Arch. Nat. AG/5(1)/1434/3) et des 18–19 janvier 1962 (Arch. Nat. AG/5(1)/1435/6).

[22] Arch. Min. Déf. GR 2 Q (1943-1957) ; voir M.-A. CORVISIER DE VILLÈLE, T. SARMANT (dir.), *Inventaire de la série Q : Secrétariat général de la défense nationale : 1944-1978*, Service historique de l'armée de terre, 2000, 159 p. ; T. SARMANT, M. ROUCAUD (dir.), *Répertoire numérique détaillé de la série GR Q (1924-1990)*, Service historique de la défense, juillet 2010, 498 p. Sur le Secrétariat général de la défense nationale, voir T. PROVOST, *Historique du secrétariat général de la défense nationale et des organismes qui l'ont précédé depuis 1921*, Paris, SGDN, 1995.

[23] À l'exception de : Th. MULIER, « La présidentialisation de la Ve République à l'aune de la transformation du conseil de défense et de sécurité nationale », *Le blog Droit administratif*, 9 juin 2020, [https://blogdroitadministratif.net/2020/06/09/la-presidentialisation-de-la-ve-republique-a-laune-de-la-transformation-du-conseil-de-defense-et-de-securite-nationale/]. Pour une approche historique, voir N. ROUSSELIER, « Le Conseil de Défense : dérive autoritaire ou régime de nécessité ? », *Analyse Opinion Critique*, 15 janv. 2021, [https://aoc.media/analyse/2021/01/14/le-conseil-de-defense-derive-autoritaire-ou-regime-de-necessite/].

par des critiques transpartisanes[24]. Derrière cette évolution se joue donc la généralisation de la compétence d'un Conseil restreint dépendant de la présidence de la République. Le « Conseil de défense » est-il devenu le lieu ordinaire des plus hautes décisions politiques, permettant ainsi une formalisation de la pratique présidentialiste ? L'institutionnalisation du Conseil en organe présidentiel efficace témoigne d'un mouvement asymétrique : tandis qu'il traduit la présidentialisation, formelle, d'un organe de défense (I), il n'étend qu'indirectement le domaine présidentiel (II) et procède à une relégation informelle des responsabilités parlementaires (III). La contribution du Conseil de défense à la formalisation du présidentialisme s'avère donc imparfaite ou plutôt volontairement « incomplète », offrant ainsi au chef de l'État de nouveaux moyens d'accentuer un déséquilibre fonctionnel du régime à son profit, ce que le texte constitutionnel *permet* sans toutefois l'*imposer*.

I. La présidentialisation formelle d'un organe de défense

La dépendance organique du Conseil de défense envers la présidence de la République est d'abord historique, puisque les sources de son organisation témoignent d'une forte initiative exécutive (A), largement déterminée par les chefs de l'État successifs. La dépendance envers le Président est également illustrée dans l'actualité par l'ascendant décisionnel du chef de l'Exécutif (B).

A. Une organisation d'initiative exécutive

Les Conseils supérieurs de défense issus de la Constitution du 4 octobre 1958. – La première mention d'un conseil de défense sous la V^e^ République figure dans l'article 15 de la constitution du 4 octobre 1958, investissant le chef de l'État du titre de « chef des armées » et de « président des conseils supérieurs de défense ». Il faut souligner à ce sujet les hésitations présentes dans les travaux constituants quant au rapport entre ces deux titres. D'un côté, les notes préparées pour le comité interministériel affirment qu'être « chef des armées » n'a rien d'honorifique mais incarne, à la différence des régimes passés, une fonction décisionnelle concrétisée par la présidence des conseils : « fonction réelle [dont] il résulte que le président de la République sera le chef de la défense nationale, au même titre qu'il sera, en vertu de l'article 11, le chef de la diplomatie française[25] ». D'un autre côté, le Comité constitutionnel consultatif affirme l'absence de lien causal entre les deux, distinguant avec netteté les domaines de l'armée et la défense. Il obtient leur séparation en deux phrases distinctes[26]. Cette divergence entre le premier Comité, d'obédience gaulliste, et le second Comité d'obédience parlementaire résume presque à elle seule la différence de conception initiale relative à la fonction présidentielle dans la constitution de 1958. Elle se traduit ici concrètement par deux conceptions d'un haut collège de défense, l'une présidentielle et l'autre primoministérielle, néanmoins

[24] Par ex. Jean-Luc Mélenchon (*Journal du dimanche*, 31 octobre 2020), Philippe Bas (*Le Figaro*, 3 novembre 2020) et Xavier Bertrand (*Audition devant la commission d'enquête du Sénat sur la gestion de l'épidémie*, 22 septembre 2020).

[25] Notes préparées pour le Conseil interministériel (10 juin 1958), in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, Paris, La documentation française, 1988, p. 315.

[26] Observation de F. Valentin (8 août 1958), in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, Paris, La documentation française, 1988, p. 325.

« mises en sommeil » dans un texte de compromis, neutralisant cette opposition. Et, puisque la question du rôle exact du conseil exécutif de défense n'est pas explicitée par la constitution, il revenait logiquement aux normes inférieures de la préciser.

Le Comité de défense issu de l'ordonnance du 7 janvier 1959. – La concrétisation de la constitution prit la forme d'une ordonnance portant organisation générale de la défense, préparée par les services de l'État-major et adoptée le 7 janvier 1959[27], faisant partie de cette longue liste des ordonnances « ayant force de loi » prévue par l'article 92 de la constitution. Elle prévoit l'existence d'un « Comité de défense » chargé de prendre les « décisions en matière de direction générale de la défense » (article 7) et ayant pour particularité de ne pas limiter sa composition à des ministres (article 10). Ce comité se réunit « à la diligence du Premier ministre » (article 11, alinéa 2) mais, néanmoins, invariablement sous la présidence du chef de l'État (articles 10 et 11). La « diligence » prévue par le texte semble *a priori* conférer au chef du gouvernement l'initiative des réunions et faire de ce comité un organe gouvernemental, nonobstant la présidence du chef de l'État. L'on sait, bien sûr, la contrainte que la présidence sera amenée à exercer sur les initiatives et les pouvoirs du Premier ministre mais force est d'admettre que la conception originelle du comité dépend des textes initiaux et non de la pratique ultérieure. Or, à ce stade, les comités de défense ne sont pas conçus pour décider mais pour conseiller, le Premier ministre[28]. Pourtant, ni le contexte fondateur des années postérieures à 1958 ni la valeur législative conférée à ce texte ne peuvent effacer son origine politique – gaulliste – et juridique – exécutive : il traduit une organisation spontanée de l'Exécutif[29] ainsi que la volonté du Général de Gaulle, dont on sait qu'elle fut chargée de concessions mesurées au début de la Ve République.

Le Comité de défense issu du décret du 18 juillet 1962. – Sa première réforme, par le décret du 18 juillet 1962[30], ne modifie rien de moins que les compétences *du* Comité et *en* Comité : désormais, la direction de la défense revient aux « conseils ou comités de défense » et non plus au Premier ministre, auquel le décret retire par ailleurs la compétence de réunir les conseils ou comités pour l'attribuer explicitement au Président de la République. Il en résulte une double restriction de la compétence primoministérielle, qui tend à favoriser un ascendant présidentiel nouveau sur le Comité de défense[31], conforme à la pratique gaullienne.

La présidence du Conseil de défense aménagée par le décret du 7 janvier 1964. – Cette construction réglementaire d'initiative gaullienne se vérifie encore lorsque le chef des armées se voit confier la maîtrise de la force de frappe nucléaire par un

---

[27] Ordonnance nº 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense (JORF nº 8 du 10 janvier 1959, p. 691).

[28] B. CHANTEBOUT, *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale* (thèse de doctorat en droit), Université de Paris, 1966, t. 1, p. 342 : « dans l'optique de l'ordonnance du 7 janvier [1959], les Comités de défense ne sont pas des organismes qui décident, mais des organismes qui conseillent et au sein desquels le premier ministre […] prend seul les décisions ».

[29] Les décrets d'application de cette ordonnance sont les suivants : nº 59-262 à 267 du 7 février 1959 (JORF nº 34 du 10 février 1961, p. 1801-1802) ; nº 61-306 à 326 du 5 avril 1961 (JORF nº 81 du 6 avril 1961, p. 3336-3347).

[30] Décret nº 62-808 du 18 juillet 1962 (JORF 19 juill. 1962, nº 169, p. 7115).

[31] Voir M.-T. VIEL, « La répartition des compétences en matière militaire entre le Parlement, le Président de la République et le Premier ministre », *RDP*, 1993, p. 141-195.

décret de 1964[32]. Les décrets ne donnent naturellement pas lieu à un débat parlementaire, mais celui de 1964 fit cependant irruption à l'Assemblée nationale durant une séance de questions au gouvernement. Plusieurs députés – dont François Mitterrand et Paul Coste-Floret – y ont interpellé le Premier ministre – Georges Pompidou –, pour soutenir que les dispositions du décret relevaient des principes généraux de la défense nationale et, au titre de l'article 34 de la constitution, du domaine législatif[33]. Le Premier ministre y répond par une définition des « principes fondamentaux de la défense nationale » à laquelle le législateur aurait déjà satisfait en ratifiant l'ordonnance de 1959, ayant depuis lors valeur de loi :

> Qu'est-ce donc que les « principes fondamentaux de la défense nationale » ? Le premier, c'est de fixer les lignes générales de la mission permanente de nos forces en définissant ce qui doit être défendu et selon quelles grandes options politiques ; le second, c'est l'orientation de notre politique militaire, c'est-à-dire les décisions sur le système d'armes ; le troisième, c'est la définition des grandes structures de défense. Sur tous ces points le pouvoir législatif s'est exercé et continue de s'exercer. […] Quant aux structures générales de la défense, elles ont été arrêtées par un texte à valeur législative, l'ordonnance du 7 janvier 1959 sur l'organisation générale de la défense[34].

Ce décret concerne donc le Conseil de défense à deux titres. Premièrement, en prévoyant que s'y trouvent « arrêtées » les missions, l'organisation et les conditions d'engagement (article 1er) de la défense, il en fait le « lieu » obligé de ces décisions. Deuxièmement, en confirmant que l'ordre d'engagement est donné par le « Président de la République, président du conseil de défense et chef des armées » (article 5), le décret de 1964 achève explicitement la présidentialisation du domaine nucléaire et c'est là l'essentiel. Par ailleurs, ces débats parlementaires soulignent la naissance d'une caractéristique dominante de la défense « suprême » : sa nature régalienne paraît impliquer une initiative exécutive, si ce n'est une organisation réglementaire, dont le Parlement et la procédure législative ordinaire sont généralement tenus éloignés. De manière révélatrice, ce décret est le premier à utiliser le terme « Conseil » de défense.

Le Conseil de défense issu de l'ordonnance du 20 décembre 2004. – Ce changement sémantique lourd de sens sera consacré et codifié par une réforme à nouveau menée par voie d'ordonnance en 2004[35] et complétée par décret. Comme en 1959, 1962 et en 1964, la procédure législative ordinaire est délaissée, cette fois en raison d'un objectif particulier et respecté, puisque cette ordonnance réalise une « simplification » et une « codification à droit constant » de sources jusqu'à présent éparses.

---

[32] Décret nº 64-46 du 14 janvier 1964 relatif aux forces aériennes stratégiques (JORF nº 16 du 19 janvier 1964, p. 722).

[33] Question orale de F. Mitterrand à G. Pompidou (Premier ministre), Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, nº 25, p. 942).

[34] Réponse de G. Pompidou (Premier ministre) à la question orale de F. Mitterrand, Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, nº 25, p. 949).

[35] Ordonnance nº 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense (JORF nº 296 du 21 décembre 2004, texte nº 30), article 1er [v. Loi nº 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et l'autorisant à adopter, par ordonnance, la partie législative du Code de la défense (JORF nº 0152 du 3 juillet 2003, texte nº 2) et Cons. const. nº 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; Loi nº 2005-1550 du 12 décembre 2005 ratifiant les dispositions de l'ordonnance nº 2004-1374 du 20 décembre 2004 (JORF nº 289 du 13 décembre 2005, texte nº 2).] ; Décret nº 2007-583 du 23 avril 2007 (JORF nº 96 du 24 avril 2004, texte nº 2).

Il faut néanmoins préciser ce qui sépare bel et bien cette codification d'une simple compilation : tout d'abord, les anciennes dispositions sont mises en ordre et certaines abrogées, notamment celles restées en vigueur malgré leur contradiction (l'on songe notamment à l'ordonnance de 1959 et au décret de 1962 quant à la compétence du Comité de défense) ; par ailleurs, l'organisation du nouveau Conseil s'insère dans un nouveau titre, à la valeur symbolique même si elle n'est pas normative, relatif au « Président de la République, chef des armées » – ce que prolonge le changement du « Comité » en « Conseil ». Pour ces deux raisons, la codification de 2004 s'avère clarifier et consolider l'ascendant présidentiel sur le Conseil de défense.

Le Conseil de défense et de sécurité nationale issu de la réforme de 2009. – La forme actuelle du Conseil de défense « et de sécurité nationale » résulte d'une réforme engagée en 2009[36], au sujet de laquelle trois observations peuvent être formulées.

Tout d'abord, les dispositions réformant le Conseil de défense sont contenues dans une loi de programmation militaire (2009–2014). En tant que telle, elle a normalement pour finalité la planification pluriannuelle des dépenses liées aux armées et le rappel des orientations stratégiques définies au préalable dans le Livre blanc de la défense (2008). C'est pourtant cette voie qui fut choisie pour réorganiser le Conseil de défense, désormais « Conseil de défense *et de sécurité nationale* » (nous insistons). Ce choix formel expose ainsi la réforme de 2009 à une première critique : celle de constituer une sorte de « cavalier législatif[37] » à l'intérieur d'une loi de programmation militaire, introduisant des dispositions étrangères ou à tout le moins distantes de son objectif.

Par ailleurs, le contenu de ces dispositions prévoit une nouvelle « stratégie » de défense fondée sur le concept naissant de sécurité nationale (article 5 de la loi de 2009), dont la définition paraît refléter les attributions présidentielles prévues par la constitution (article 5 de la constitution de 1958), en correspondance naturelle avec elles : tandis que « la stratégie de sécurité nationale a pour objet d'identifier l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter *la vie de la Nation*, notamment en ce qui concerne la protection de la population, *l'intégrité du territoire* et la *permanence des institutions de la République*[38] », le Président veille quant à lui « au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le *fonctionnement régulier des pouvoirs publics* ainsi que la *continuité de l'État*. Il est le garant de *l'indépendance nationale*, de *l'intégrité du territoire* et du respect des traités ». Plus avant, cette stratégie s'avère confiée au « pouvoir exécutif » (article L. 1111-2) et arrêtée en Conseil de défense, lesquels sont tous deux présidés par le chef de l'État et dominés par son autorité politique. L'on peut donc en conclure que la réforme de 2009, sans procéder à une attribution explicite de nouvelle compétence sécuritaire au Président, organise néanmoins implicitement mais sciemment l'attraction d'un nouveau domaine par le pouvoir présidentiel. Une simple loi ordinaire semble donc prévoir,

---

[36] Loi nº 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (JORF nº 175 du 31 juillet 2009).

[37] P. ADAM, in Compte-rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale du 8 juin 2009 (JORF 2009, nº 70 AN, 9 juin 2009, séance 1, p. 5001) et M. DEMESSINE, in Compte-rendu intégral des débats au Sénat des 15–16 juillet 2009 (JORF 2009, nº 83 S, 15–16 juillet 2009, séance 5, p. 6914). On notera cependant, afin de repousser cette critique procédurale, que les dispositions relatives au Conseil de défense figuraient dans projet de loi et n'ont pas été introduites par un amendement (voir Projet de loi nº 1216 déposé le 29 octobre 2008, art. 5).

[38] Il s'agit de l'article L. 1111-1, alinéa 1er du code de la défense (nous soulignons).

si ce n'est une nouvelle compétence, du moins un nouveau pouvoir d'influence directe et certaine du président. Une telle réforme est-elle pourtant licite au regard de la constitution ? Ne contient-elle pas une ébauche de répartition du pouvoir entre les deux organes principaux de l'Exécutif ? En d'autres termes, l'étendue de la compétence présidentielle appartient-elle au domaine de la constitution ou à celui de la loi ? Certes, l'article 34 de la constitution confie au législateur la détermination des principes fondamentaux de la défense nationale. Néanmoins, la question des pouvoirs présidentiels dans cette matière peut être interprétée différemment en 2009 à la lumière du rapport précédemment rendu par le comité Balladur[39]. Celui-ci a, en effet, déjà affirmé la nature constitutionnelle de ce problème en proposant une révision de l'article 15, d'ailleurs rejetée sur ce point par le Parlement[40]. En d'autres termes, non seulement l'extension du domaine présidentiel semble devoir être réalisée par voie constitutionnelle, mais ce projet a par ailleurs été explicitement écarté en 2009[41]. La loi de programmation militaire commet donc l'exploit de procéder, la même année, à une « déconstitutionnalisation » de cette compétence et à sa réattribution au profit du chef de l'État, ce que l'opposition parlementaire résume : « la Constitution n'est pas officiellement et légalement modifiée, mais sa pratique le sera[42] ». Naturellement, il faut observer que la constitution demeure inchangée et que l'application de la loi pourrait être encadrée et modérée, dans ses effets, par les dispositions constitutionnelles, mais on sait que la pratique ne tiendra pas cette promesse.

Enfin, le recours à cet *instrumentum* législatif peut sembler artificiel au regard de son contenu. La réforme de 2009 entretient en effet l'emprise réglementaire sur l'organisation du Conseil de défense puisque la partie législative – l'article L. 1122-1 – se contente de renvoyer, lapidairement, l'organisation du Conseil à un « décret en conseil des ministres[43] ». Ce renvoi paraît ainsi procéder, à la suite d'une « déconstitutionnalisation » apparente, à une sorte de « délégalisation[44] » au profit du pouvoir réglementaire. En prévoyant seulement l'existence de cet organe et non les principes de sa composition, de sa réunion et de son fonctionnement, la réforme de 2009 s'expose ainsi à une ultime critique : celle d'un « abandon de compétence » ou « incompétence négative » du législateur, laconique dans un domaine attribué par l'article 34 de la constitution. Il en résulte concrètement que l'Exécutif se voit,

---

[39] Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République (JORF nº 252 du 30 octobre 2007), propositions nº 2 et 3.

[40] Voir Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République (projet nº 820 du 23 avril 2008), art. 8 ; Avis présenté au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées (avis nº 883 du 13 mai 2008), défavorable à l'art. 8 ; Loi constitutionnelle nº 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République (JORF nº 171 du 24 juillet 2008).

[41] La résurrection de cette proposition constitutionnelle par voie législative n'a pas échappé aux membres de l'opposition, qui l'expriment également dans les débats parlementaires : voir P. Adam, in Compte-rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale du 8 juin 2009 (JORF 2009, nº 70 AN, 9 juin 2009, séance 2, p. 5038).

[42] B. Piras, in Compte-rendu intégral des débats au Sénat des 15-16 juillet 2009 (JORF 2009, nº 83 S, 15-16 juillet 2009, séance 6, p. 7078).

[43] Voir Décret nº 2009-1657 du 24 décembre 2009 (JORF nº 301 du 29 décembre 2009, texte nº 1).

[44] Nous employons ce terme afin de signifier l'abaissement infra-législatif, dans la hiérarchie des normes, des dispositions fixant l'organisation du Conseil de défense (et non afin d'évoquer la procédure fixée par l'article 37 alinéa 2 de la Constitution de 1958).

à nouveau, confier sa propre organisation interne, dès lors discrétionnaire ou, pour emprunter un vocable au XIXe siècle, « purement administrative ».

L'initiative discrétionnaire des réunions. – En effet, dès 1958, nonobstant la mention de la « diligence » primo-ministérielle, c'est bien le président qui détient en réalité l'initiative discrétionnaire des réunions. Cela conduit le Général de Gaulle à biffer les premiers communiqués de presse du Comité de défense en 1961 afin de signaler explicitement qu'il en est l'autorité convocatrice[45], ce que le décret de 1962 viendra consacrer textuellement[46]. Il est surtout important de souligner que cette initiative est laissée libre – ni obligatoire ni régulière – par les textes, permettant ainsi au président d'y gagner un pouvoir discrétionnaire exercé *ad nutum*, même indépendamment des circonstances. Cette faculté a conduit leur nombre à croître de manière spectaculaire en trois étapes : depuis 1958 jusqu'aux années 2000, on dénombre entre 10 et 15 réunions annuelles, irrégulièrement réparties au fil de l'année ; durant les années 2000 à 2015, leur nombre n'augmente pas mais l'activité de son secrétariat général croît progressivement ; enfin, à partir de 2015, les réunions deviennent hebdomadaires et dépassent même la cinquantaine pour l'année 2020[47]. Elles ont généralement lieu le mercredi, qui voit souvent se succéder un rendez-vous avec le Premier ministre (30 minutes), un Conseil de défense (1 heure) et un Conseil des ministres (1 heure environ). La régularité de cet enchaînement paraît refléter une certaine conception du processus décisionnel, à l'intérieur duquel la décision est d'abord élaborée puis formalisée progressivement dans des cercles de plus en plus larges – bien qu'elle soit parfois politiquement « retenue » dans le premier cercle, présidentiel. L'écart entre les textes et la pratique est ici frappant et, de ce point de vue, le Conseil semblait fournir à l'Exécutif un organe extraordinaire de défense, mais il s'est mué en institution ordinaire. Cette évolution est à situer au cours du mandat de François Hollande, lorsqu'une série d'attentats terroristes a confronté l'Exécutif à une menace considérée depuis comme omniprésente et permanente.

Le choix discrétionnaire des formations. – Les réunions du Conseil de défense ne se reproduisent cependant pas de manière identique, mais selon trois types de formation. Premièrement, la formation plénière comprend le chef de l'État, le Premier ministre et les ministres de la défense, de l'intérieur, de l'économie, du budget, des affaires étrangères (article R. 1122-2 du code de la défense). Deuxièmement, la formation restreinte limite la présence des ministres aux seuls intéressés par l'ordre du jour, aux côtés des chefs militaires d'État-major[48]. Troisièmement, des formations spécialisées permettent de dédier une réunion à un domaine précis (conseil national du renseignement, des armements nucléaires et, plus récemment, conseil de défense sanitaire, écologique…). Il reste surtout à préciser qu'en tous cas et pour chaque réunion, le président de la République dispose de la faculté d'y convoquer

[45] Le Général de Gaulle substitue la mention « Le Président de la République a réuni le Conseil de défense le 17 août [1961] » à celle, biffée, qui lui était proposée par le Secrétariat général : « Le Comité de défense, dans sa réunion du 17 août […] » (Arch. Nat. AG/5(1)/1434/3).

[46] Décret nº 62-808 du 18 juillet 1962, article 1er (JORF 19 juill. 1962, nº 169, p. 7115).

[47] Toutes formations confondues, ces statistiques sont fondées sur les archives ainsi que les agendas présidentiels disponibles.

[48] La formation restreinte est en cela parfois comparée en doctrine à l'ancien Comité militaire permanent de 1948, en ce qu'il serait principalement dédié à la direction militaire de la défense (voir B. CHANTEBOUT, *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, *op. cit.*, t. 1, p. 327).

toute personnalité qu'il estime compétente et qu'il souhaite faire intervenir (article R. 1122-5 du même code). Le Conseil présente ainsi deux caractéristiques décisives : d'une part, il fait l'objet d'une composition à la taille modulable autant que de besoin ; d'autre part, il peut accueillir des personnes extérieures au gouvernement. La pratique a confirmé l'intérêt de ces deux caractéristiques ainsi que la préférence du chef de l'État pour le Conseil restreint, devenu ordinaire, tandis que les formations spécialisées ne sont utilisées qu'occasionnellement et celle plénière exceptionnellement. Cette utilisation asymétrique n'est rendue possible qu'en raison, là encore, d'un silence voulu[49] des textes quant à l'obligation ou la faculté de recourir à telle ou telle formation plutôt qu'à une autre – à l'exception de l'article L. 1111-3 du code de la défense, dont la portée est étudiée *infra*. Il faut en conclure que la formalisation de cet organe n'a pas emporté pas la prévision de formalités supplémentaires, susceptibles de nuire à son utilisation par la présidence.

B. Un ascendant décisionnel du chef de l'État

Dans le texte constitutionnel, tandis que le Président est investi du titre de « chef des armées » (article 15), le Premier ministre est quant à lui « responsable de la défense nationale » (article 21). En quoi consiste le rôle confié au président compte-tenu de celui attribué au Premier ministre ?

Le rôle du « chef des armées ». – Le titre de chef des armées a longtemps été accordé de manière honorifique au chef de l'État[50] afin de traduire la nature exécutive des missions militaires et la soumission des forces armées aux autorités civiles[51]. La Ve République marque-t-elle une rupture à cet égard ? La réponse est incertaine à la lecture de la constitution originelle, dont il faut souligner qu'elle « ne dit pas quelles sont les compétences que le Président exerce à ce titre [de chef des armées][52] ». L'opinion du Général de Gaulle ne laisse pourtant que peu de doute à ce sujet[53] :

> Il va de soi, enfin, que j'imprime ma marque à notre défense, dont la transformation est tracée suivant ce que j'indique et où le moral et la discipline de tous font partie de mon ressort ; cela pour d'évidentes raisons qui tiennent à mon personnage, mais aussi parce que, dans nos institutions, le Président répond de « l'intégrité du territoire » [cf. art. 5, al. 2], qu'il est « le chef des Armées » [cf. art. 15], qu'il préside « les conseils et comités de défense nationale » [cf. art. 15].

[49] Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (nº 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Assemblée Nationale, séance du 8 avril 2009, rapport nº 1615, dir. P. Beaudouin et Y. Fromion, t. I, p. 147).

[50] Voir R. Drago, « Le Chef des Armées de la IIe à la Ve République », *La Revue administrative*, 49e année, nº 292, 1996, p. 377-380.

[51] Voir en part. B. Chantebout, *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, *op. cit.*, t. 1, p. 89-138 ; B. Chantebout, *L'organisation générale de la défense nationale*, Paris, LGDJ, 1967, p. 57-91 ; voir également P. Vial, « Une lente maturation : la dimension politico-militaire de la tradition républicaine », *Casoar*, nº 213, avril 2004, p. 13-16 ; P. Vial, « La fin d'un rôle politique », *Inflexions*, nº 20, 2012/2, p. 29-41.

[52] R. Drago, « Le Chef des Armées de la IIe à la Ve République », art. cité, p. 377-378.

[53] Ch. de Gaulle, *Mémoires d'espoir*, part. 1, chap. 7 (Paris, Gallimard, 2000, p. 1120).

Le titre de chef des armées revêt encore une fonction décisionnelle si l'on en croit la systématique actuelle des dispositions en matière de défense[54], l'opinion majoritaire de la doctrine[55], la jurisprudence du Conseil constitutionnel[56] ainsi qu'une pratique constante des chefs de l'État y compris en période de cohabitation[57]. Il faut néanmoins préciser quelle est la portée de cette fonction décisionnelle. Le code de la défense, en des termes issus de sa codification volontariste de 2004, s'est en effet borné à inclure les dispositions relatives au Conseil dans un titre consacré au « Président de la République, chef des armées », sans expliciter si ce titre lui vaut de *siéger* ou de *présider* le Conseil. Existe-t-il un lien causal et juridique précis entre la qualité de chef des armées et celle de président des conseils supérieurs de défense ? Les travaux constituants le considèrent faible et non causal, la défense étant un « tout autre domaine » – plus large – que celui des armées *stricto sensu* :

> La défense nationale est d'un tout autre domaine que celui des forces armées. Il n'y a donc pas un rapport de cause à effet entre le fait d'être le chef suprême des armées et de présider à ce titre les conseils de la défense nationale[58].

Les armées ne constituent, en effet, qu'une part réduite de la défense ; or, être à la tête d'un domaine restreint ne saurait valoir d'être à la tête d'un domaine (plus) étendu. Ce rapport correspond d'ailleurs à l'inversion hiérarchique de ces domaines survenue depuis la IVe République : en 1946, la défense étant essentiellement conçue de matière militaire, le chef des armées *préside à ce titre* les conseils de défense ; depuis 1958 et *a fortiori* depuis 2009, la défense dépasse les seules armées, ce pourquoi le titre de chef des armées n'est plus le fondement nécessaire de la présidence du Conseil de défense. Néanmoins, il paraît inconcevable d'isoler pour autant le militaire de la défense et d'exclure le Président de ces conseils. En peu de mots, ses compétences ne sont pas connexes mais corrélées et il faut en conclure que, *de jure*, le titre de chef des armées lui vaut de siéger au Conseil de défense mais non de le présider. L'ascendant décisionnel du Président doit donc trouver un autre fondement que celui de la seule autorité militaire.

L'introuvable « chef de la défense » ? – Si le domaine de la défense excède celui des armées, les textes prévoient-ils l'existence d'un « chef de la défense » ? En aucun cas de manière explicite, le rendant *a priori* introuvable. Le Comité interministériel chargé du projet de constitution en 1958 entendait subordonner la défense aux armées, de sorte que :

---

[54] Le code de la défense actuel, dès sa « mise en ordre » de 2004, fait bien participer à la « direction de la défense » (livre Ier) le « Président de la République, chef des armées » (titre II). Voir par ex. R. Drago, « Le Chef des Armées de la IIe à la Ve République », art. cité, p. 379-380.

[55] Voir J. Massot, *Le chef de l'État, chef des armées*, Paris, LGDJ, 2011, 208 p. ; L. Sponchiado, « Le chef des armées et le responsable de la défense nationale », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *Les compétences en matière de défense sous la Ve République*, Paris, Dalloz, 2016, p. 44-45 ; R. Drago, « Le Chef des Armées de la IIe à la Ve République », art. cité, p. 379.

[56] Cons. const. no 2014-432 QPC du 28 novembre 2014, §. 9 (JORF no 285, 10 décembre 2014, p. 20646) ; Cons. const. no 2014-450 QPC du 27 février 2015, §. 6 (JORF no 51, 1er mars 2015, p. 4021) ; RFDA 2015. 608 (note A. Roblot-Troizier) ; LPA 2015, no 142, p. 3 (note T. Mulier).

[57] B. Chantebout, « Le président de la République, chef des armées », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 568.

[58] Observation de F. Valentin (8 août 1958), in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, 1988, vol. II, p. 325.

> Ce titre de chef des armées qui apparaissait en 1946 comme la conséquence de la présidence des conseils intéressant la défense nationale, devient, dans le projet qui nous est soumis, le motif de cette présidence[59].

Or, cette rédaction et cette interprétation furent écartées : ce n'est pas *au titre* de chef des armées que l'on est chef de la défense. Une large doctrine tend dès lors à considérer que l'ordonnance de 1959 confère implicitement cette fonction au Premier ministre, puisque ce dernier exerçait la « direction générale et la direction militaire de la défense » (article 9) et que c'est en Conseil des ministres qu'est « définie la politique de défense » (article 7). Il faut néanmoins remarquer qu'un « titre » ne saurait se présumer ni se reconnaître implicitement, *a fortiori* lorsqu'il revêt une telle importance. C'est dans ces circonstances que la réalité organique prolonge les textes, qui attribuent en 1962 la « direction d'ensemble de la défense nationale[60] » aux conseils ou comités de défense. Si ce texte réglementaire n'a pas été codifié, la pratique ne s'est en revanche pas modifiée. Le Conseil de défense et de sécurité nationale revêt à cet égard une importance décisive : c'est en son sein, dans la personne de son président, que se situe *de facto* le « chef de la défense ». Cette interprétation s'avère bien sûr appuyée sur son propre statut de chef de l'Exécutif et de chef de l'État, mais c'est le titre de président du Conseil qui, augmenté et amplifié, en fait d'abord le chef suprême de la défense et de la sécurité nationale.

Le rôle du président du Conseil de défense. – De manière révélatrice, la présidence du Conseil de défense par le chef de l'État est réaffirmée à six reprises dans l'ordonnance originelle de 1959 (articles 8, 10, 11). Ses pouvoirs ne sont néanmoins pas explicités, à l'exception de sa faculté de convoquer n'importe quelle personnalité compétente en formation restreinte. La seule « présidence » de cet organe ne comporte donc pas d'attributions spéciales mais, en l'absence de dispositions contraires, elle paraît confier la direction des débats au Président et, à avec elle, les facultés de provoquer, de limiter, d'empêcher et d'achever la procédure décisionnelle, fût-elle collégiale. *De facto*, le président acquiert un ascendant décisionnel que le Général de Gaulle a nettement explicité dès ses *Mémoires de guerre* :

> Au cours du débat, j'insiste pour que les opinions soient exprimées sans réserve. En fin de compte, je fais connaître ma propre manière de voir. Souvent, il s'est établi entre les membres une sorte d'accord général. J'en prends acte et tout est dit. Sinon je formule la décision que je crois bonne ; de ce fait, elle est celle du conseil[61].

---

[59] Notes préparées pour le Conseil interministériel (10 juin 1958), in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, 1988, vol. I, p. 315.

[60] Par ex. Décret nº 62-808 du 18 juillet 1962, article 1er (JORF 19 juill. 1962, nº 169, p. 7115) : « les conseils ou comités de défense *réunis et présidés par le Président de la République* [nous soulignons], assurent la direction d'ensemble de la défense nationale » ; consacrant par-là le rôle décisionnel des conseils et de leur président, malgré l'opposition parlementaire (JO AN, 24 avril 1964, nº 25, p. 945).

[61] Ch. de Gaulle, *Mémoires de guerre*, *op. cit.*, part. 3, chap. 4, p. 712.

L'on en trouve par ailleurs la confirmation lors de son deuxième discours à Bayeux en 1952, rappelant que « le président [...] arrête des décisions prises dans les conseils[62] ». Les plus récents livres blancs[63] et témoignages attestent également de l'ascendant présidentiel, voulant que « chacun des participants autour de la table s'exprime, et le président tranche[64] ». Une pratique délibérative et *a fortiori* un vote des participants sont donc très nettement exclus. De manière réaliste, les décisions ne sont pas prises *par* le conseil mais seulement *en son sein* car, de manière connexe, le rôle du président *du* Conseil est indissociable de celui du Président *en* Conseil de défense.

Cette « suprématie » n'est effectivement rendue possible que par le statut exogène du Président qui cumule, en dehors de cet organe, les fonctions de chef de l'Exécutif et de chef de l'État. La concentration de ces rôles apparaît nettement dès l'ordonnance de 1959 : malgré les renvois au Premier ministre mis en exergue par la doctrine, il en est d'autres plus largement en faveur du Président. Ainsi des premiers articles de l'ordonnance, prévoyant que la défense est confiée, dans sa direction et son organisation à « l'Exécutif » (articles 1 et 2), dont le chef n'est autre que le Président de la République ; ainsi des articles évoquant le Conseil des ministres (articles 4, 6, 7), qui renvoient eux aussi à un organe « présidé par le Président » en vertu de la constitution (article 9). Au-delà de ce texte originel, le statut présidentiel a par ailleurs déterminé sa primauté quant à la conduite de la guerre par le décret de 1962[65], puis quant à la force de frappe nucléaire par un décret de 1964[66], que l'on considère depuis, rétrospectivement, comme le paroxysme de la direction de la défense. Ces textes réglementaires ne font en réalité que prolonger la conception gaullienne suivant laquelle :

> L'autorité indivisible de l'État est déléguée tout entière au Président par le peuple qui l'a élu, et [...] il n'y en a aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne puisse être conférée ou maintenue autrement que par lui[67].

La présidentialisation du domaine de la défense. – Cependant, la direction de la défense et de la sécurité nationale étant censée relever de l'Élysée, son domaine est « un de ceux qui font le mieux ressortir la dualité des interprétations possibles de

---

[62] Ch. DE GAULLE, Conférence de presse du 31 janvier 1964 (publiée dans : D. MAUS, *Les grands textes de la pratique constitutionnelle de la Ve République*, Paris, La documentation française, 1998, p. 43).

[63] *Défense et sécurité nationale. Livre blanc* [*de la Défense*]. *Le texte*, Paris, Odile Jacob, La documentation française, 2008, p. 192 : « Au niveau du Président de la République, *dans les conseils qu'il préside* [nous insistons], seront arrêtés les grandes orientations et les plans gouvernementaux. Ces plans seront préparés sous l'autorité du Premier ministre, qui s'appuiera à cette fin sur le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale. Celui-ci en coordonnera l'élaboration et la validation, en associant tous les ministères concernés ».

[64] G. BISEAU et T. HOFNUNG, « Conseil de défense, revue des troupes », *Libération*, 15 janvier 2013.

[65] Question orale de F. Mitterrand à G. Pompidou (Premier ministre), Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, nº 25, p. 945).

[66] Décret nº 64-46 du 14 janvier 1964 relatif aux forces aériennes stratégiques (JORF nº 16 du 19 janvier 1964, p. 722).

[67] Conférence de presse du Général de Gaulle du 31 janvier 1964 (cité dans : JO AN, 1964, nº 25, p. 942).

la Constitution de 1958[68] », pour l'une en faveur du Premier ministre et pour l'autre en faveur du Président. Tant et si bien que l'efficacité des textes est parfois ruinée en pratique, ce que relève Bernard Chantebout au sujet de la défense dès 1966 :

> réglementairement, sous la V^e^ [République] depuis le décret du 18 juillet 1962, c'est le Gouvernement qui définit la politique de défense, et un organisme collégial, le Conseil de défense, qui exerce la direction générale de la défense. Or, ces textes ne reflètent aucune réalité[69].

La modification apportée par la réforme de 2009, semblant à certains égards réduire le Conseil à un *lieu* de décision (voir *infra*, l'article L. 1111-3 du code de la défense à rapprocher de l'article R. 1122-1 du même code, prévoyant encore des attributions propres au Conseil), ne résout pas cet écart entre textes et pratique. Au contraire, elle semble conforter l'ambiguïté de la répartition des compétences au sein de l'Exécutif (articles 15 et 21). Celle-ci avait d'ailleurs retenu l'attention du « Comité Vedel » pour la révision de la constitution en 1993, lequel a proposé sans succès de distinguer plus nettement « direction » présidentielle et « organisation » primo-ministérielle[70]. La proposition du Comité Vedel s'inscrivait en réalité dans le large sillon creusé par la pratique : les affaires militaires, étrangères et intérieures constituent le cœur des missions régaliennes que le chef de l'État entend diriger, créant par là même un domaine « suprême » qui lui est propre selon l'expression du Général de Gaulle[71], si ce n'est « réservé » selon l'expression reniée de Jacques Chaban-Delmas. Si cette dernière expression paraît inadéquate, c'est bien parce que le système de gouvernement de la V^e^ République, fondé sur le fait majoritaire, paraît avoir « envahi la totalité de la sphère d'activité gouvernementale. De manière plus concrète et explicite, il faut en conclure que la pratique a mis à mal les subtiles distinctions constitutionnelles ainsi que les niveaux de décision en matière de défense explicitement prévus par l'article L. 1111-3 du code de la défense qu'il faut citer :

> [Alinéa 1^er^] La politique de la défense est définie en conseil des ministres. [Alinéa 2] Les décisions en matière de direction générale de la défense sont arrêtées en conseil de défense. Les décisions en matière de direction militaire de la défense sont arrêtées en conseil de défense restreint. [Alinéa 3] Les décisions en matière de direction militaire de la défense sont arrêtées en conseil de défense et de sécurité nationale restreint.

Ces dispositions, héritées – intactes – de l'ordonnance de 1959 (article 7) et codifiées par l'ordonnance de 2004, prévoient ainsi trois niveaux de décision distincts : le conseil le plus large se voit confier la décision politique tandis que la formation la plus restreinte est chargé de la direction militaire. Or, ces trois niveaux de décision, ainsi que la correspondance prévue entre conseils et compétence, s'avèrent mis à mal par la pratique politique qui, depuis les origines de la V^e^ République, les rend *de facto* indissociables. Sauf à se satisfaire de distinctions formelles et artificielles, l'article L. 1111-3 paraît donc inefficace et peut-être anachronique, tandis que

---

[68] B. Chantebout, « Le président de la République, chef des armées », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 568.

[69] B. Chantebout, *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, *op. cit.*, t. 2, p. 692.

[70] G. Vedel (dir.), *Rapport remis au Président de la République par le Comité consultatif pour la révision de la constitution*, 15 février 1993, p. 28-29 (JORF n° 39 des 15-16 février 1993, p. 2541).

[71] Conférence de presse du Général de Gaulle du 31 janvier 1964 (cité dans : JO AN, 1964, n° 25, p. 942).

la pratique politique semble s'approcher dangereusement de l'illicéité. L'on se bornera à constater, quant à la détermination de la politique de défense, que le Gouvernement paraît avoir cessé d'exister en tant qu'organisme politique et collégial, car « des comités et conseils restreints mettent au point les décisions à prendre ; le chef de l'état les prend ; le conseil des ministres les entérine[72] ».

Le Conseil de défense contribue ainsi à accentuer l'ascendant décisionnel du président de la République. Il en accomplit une formalisation organique partielle, dont la double particularité est de se situer à un niveau infraconstitutionnel. Néanmoins, cette formalisation reste incomplète : c'est de manière indirecte que le Conseil permet l'extension du domaine des décisions présidentielles (II).

II. L'EXTENSION INDIRECTE DU DOMAINE PRÉSIDENTIEL

Si le Conseil a été formellement rattaché au président de la République, qui en dirige le fonctionnement, il est à craindre qu'il n'étende indirectement sa « magistrature d'influence » jusqu'à l'ensemble des domaines dans lesquels le Conseil est compétent. Et dans cette enceinte furent prises des décisions parmi les plus graves, concernant l'arme nucléaire (le 12 juin 1995, quant à la reprise des essais), mais aussi parmi les plus étonnamment dérisoires (le 20 mai 2020, quant à la réouverture d'un parc d'attraction). Quelle est donc exactement l'étendue de la compétence du Conseil de défense ? Elle s'avère d'une part initialement attribuée en matière de défense et de sécurité nationale (A) et, d'autre part, récemment généralisée de manière opportuniste à toute crise ou menace (B).

A. Une spécialisation initiale : la défense et la sécurité nationale

La spécialisation militaire originelle par l'ordonnance de 1959. – Le Conseil est en premier lieu compétent en matière de défense nationale, afin d'en « fixer les priorités » et de définir « les orientations en matière de programmation militaire, de dissuasion, de conduite des opérations extérieures » (article R. 1122-1 du code de la défense). Il s'agit là de sa compétence originelle mais, au seuil de la Ve République, la conception gaullienne de la défense paraît plus fondamentalement attachée à l'État[73] et singulièrement plus large qu'auparavant. L'article 1er de l'ordonnance du 7 janvier 1959 dispose à cet égard que « la défense a pour objet d'assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population ». Néanmoins, cet élargissement demeure conditionné par une « agression » et une référence au « territoire », dont on sait qu'il s'agit d'éléments centraux pour l'appréhension militaire d'une crise. Par ailleurs, dans la pratique, les sujets de défense sont cantonnés au cœur des activités régaliennes de l'État : les « affaires » étrangères, intérieures et militaires. Jusque dans les années 1990, les réunions du Conseil se consacrent en effet aux questions internationales, liées à l'affrontement des deux « blocs » et à

[72] Question orale de A. Chandernagor à G. Pompidou (Premier ministre), Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, nº 25, p. 954).

[73] Ch. DE GAULLE, *Discours du 14 juin 1952 à Bayeux*, in *Discours et messages*, t. 2. *Dans l'attente (1946-1958)*, Paris, Plon, 1970, p. 527 : « La défense, c'est là en effet la première raison d'être de l'État ».

l'édification de la société internationale, ainsi qu'aux questions nucléaires subséquentes[74]. À partir des années 1990, les Conseils interviennent plus sobrement dans la programmation militaire pluriannuelle, depuis ses orientations fondamentales jusqu'à ses aspects budgétaires. C'est d'ailleurs à ce titre que les interventions militaires à l'étranger ont été décidées en Conseil de défense depuis 1958[75].

La conception française de la sécurité nationale (1994-2008). – Néanmoins, la forme actuelle de cet organe a ajouté la « sécurité nationale » à la défense. Sur un plan doctrinal, cette dernière consiste dans une conception globale de la sécurité en société – aujourd'hui traduite dans le terme de « résilience » – soit *in fine* et *latissimo sensu* : sa capacité de persister dans les caractères de tous ordres qu'elle considère être essentiels[76]. La première étape dans l'élaboration de cette notion fut franchie par le livre blanc de 1994[77], qui n'en prononce pas encore le nom mais prête toutes ses caractéristiques à la défense nationale. L'évolution doctrinale est alors justifiée par celle des conflits contemporains alliant moyens militaires et civils, dilution sociale, coordinations internationale et électronique, autant de caractéristiques qui rendent les distinctions classiques inopérantes et nécessitent une appréhension globale suivant la doctrine des livres blancs. Sa première traduction concrète se trouve dans l'utilisation des armées aux fins de sécurité intérieure à la suite des attentats de 1995, ayant prouvé l'insuffisance des plans « Pirate » (1981) puis « Vigipirate » (1991), tandis d'une nouvelle série d'attentats débutée en 2001 aux États-Unis pressera d'achever un véritable changement du paradigme sécuritaire.

La tentation du modèle américain : le National Security Council. – C'est pour cette raison qu'il est d'abord survenu aux États-Unis, sous l'administration du président républicain George W. Bush, où le *National Security Council*[78] fut mobilisé afin de fournir à l'État américain un instrument de lutte contre le terrorisme idoine, doté d'une correspondance naturelle avec l'objet qu'il doit combattre[79] : si la menace est diffuse, alors son régime juridique ne peut être qu'adaptable et réglementaire ; si le

---

[74] Les archives du SGDN permettent de le conclure indirectement mais fidèlement (Arch. Min. Déf. GR 8 Q ; 1956-1981).

[75] Conseil de défense du 12 janvier 2013 déclenchant l'opération extérieure « Serval » (G. Biseau et T. Hofnung, « Conseil de défense, revue des troupes », *Libération*, 15 janvier 2013).

[76] Voir B. Warusfel, « Les implications juridiques et constitutionnelles de la notion de sécurité nationale », in C. Vallar et X. Latour (dir.), *Le droit de la sécurité et de la défense en 2013*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 17-30 ; B. Warusfel, « Les notions de défense et de sécurité en droit français », *Droit & Défense*, n° 94/4, p. 11-20 ; F. Coste, *L'adoption du concept de sécurité nationale : une révolution conceptuelle qui peine à s'exprimer*, Fondation pour la recherche stratégique, Recherches et documents, 2011/3, 27 p.

[77] Le Livre blanc sur la défense pour l'année 1994 amorce cet élargissement, comme en témoignent sa définition « globale » de la défense (p. 27-29) ainsi que son neuvième chapitre intitulé « Défense et société » (p. 145-160), comme s'il répondait aux questions soulevées la même année par le *Rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État*, dirigé par Jean Picq en mai 1994 (p. 35-40).

[78] Voir J. Gans, *White House Warriors : How the National Security Council Transformed the American Way of War*, Liveright, 2019, 272 p. Pour un aperçu antérieur, voir E.A. Kolodziej, « The National Security Council : Innovations and Implications », *Public Administration Review*, vol. 29, n° 6, 1969, p. 573-585.

[79] Sur ce cheminement, voir J. Tourreille, « L'impossible création d'un conseil de sécurité nationale à la française », in M. Chevrier et I. Gusse (dir.), *La France depuis de Gaulle : La V^e^ République en perspective*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2010, p. 263-284.

risque matériel est mixte, à la fois civil et militaire, alors ses moyens de prévention et de résolution ne peuvent être que mixtes à leur tour ; enfin, si la commission des actes est certaine mais imprévue, alors l'État doit être capable d'une réaction rapide et donc unitaire. Au surplus, le terrorisme contemporain se déployant à l'échelle internationale, les moyens d'y faire face ne sauraient exclure ce niveau de décision : le concept et les principes structurants de la sécurité nationale ont ainsi été importés au sein des organes des Nations-Unies, depuis lesquels ils ont exercé une influence certaine auprès de ses États-membres. En France, cette implantation dut attendre l'achèvement du second mandat de Jacques Chirac, dont la politique internationale rechignait à subir exactement l'influence de l'ONU, et la présidence de Nicolas Sarkozy. Son intégration en droit français a d'abord été envisagée par une réforme du Conseil de défense en 2007[80] suivant la référence – incantatoire – du *National Security Council* américain, lequel incarnait un modèle notoire et tentant de réforme depuis la période de sa direction par l'influent Henry Kissinger (1969-1975). Cependant, prenant acte de l'hostilité parlementaire à l'égard de ce projet, le concept de sécurité intérieure fut versé ailleurs.

La programmation normative de la sécurité nationale (2008–2014). – Le livre blanc de la défense de 2008, explicitement intitulé « Défense et sécurité nationale », procède à la véritable consécration du néo-concept de sécurité nationale. Consécration néanmoins sujette à controverse puisqu'elle s'inscrit dans une « littérature grise » ne bénéficiant ni d'une délibération ou d'un vote parlementaire[81], ni même d'une apparence d'indépendance puisque ses rapporteurs – Patricia Adam pour l'Assemblée Nationale et Didier Boulaud pour le Sénat – ont démissionné en protestant contre l'ingérence présidentielle dans le travail de leur commission[82]. De manière générale, les livres blancs de la défense ne bénéficient par ailleurs d'aucune force obligatoire mais participent seulement à la définition des orientations stratégiques de la défense. En théorie, ils constituent donc de simples documents de travail sans portée normative, proches en cela des rapports parlementaires. Leur invocation insistante durant l'adoption de la loi de programmation militaire (LPM) des années 2009 à 2014 ne va donc pas sans provoquer l'ire parlementaire : d'un côté, ses rapporteurs font valoir la nécessité de « conformer [*sic*] nos institutions avec ce qui a été débattu [*sic*] dans le cadre du Livre blanc[83] » ; d'un autre côté,

[80] Voir A. BAUER et M. ROCARD, « Pour un Conseil de sécurité nationale », *Défense nationale*, 2007/10, nº 701, p. 23 ; S. BATTISS et D. MORIN, « Un Conseil de sécurité nationale à la française : l'Élysée à l'heure de la Maison Blanche ? », *Points de Mire*, nº 8, 2007/6 ; É. DENÉCÉ, « Pour un conseil national de sécurité », *Défense Nationale*, nº 569, 1995, p. 29. Pour une appréciation critique des invocations de ce « modèle » par les auteurs français, voir J. TOURREILLE, « L'impossible création d'un conseil de sécurité nationale à la française », in M. CHEVRIER et I. GUSSE (dir.), *La France depuis de Gaulle : La Ve République en perspective*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2010, p. 263-284.

[81] D. VOYNET, in Compte-rendu intégral des débats au Sénat des 15-16 juillet 2009 (JORF 2009, nº 83 S, 15-16 juillet 2009, séance 6, p. 6933).

[82] Démission présentée le 8 avril 2008 au motif que la commission serait devenue une « simple chambre d'enregistrement » de la volonté présidentielle (voir A. LEONE, « Livre blanc sur la Défense : "Une coquille vide" », *L'Express*, 9 avril 2008 ; A. DE LA GRANGE, « Morin prépare ses troupes à la réforme des armées », *Le Figaro*, 9 avril 2008 ; voir également « Document. Ce que dit le Livre blanc sur la défense », *Le Figaro magazine*, 2 février 2008, p. 40).

[83] Réponse de Y. FROMION (rapporteur), in Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (nº 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Assemblée

certains députés déplorent l'absence d'» un vrai débat démocratique dans le pays, notamment au sein du Parlement[84] » et appellent à repousser une adoption entière et inconditionnelle des principes du livre blanc. En d'autres termes, l'opposition s'élève contre un processus para-législatif, permettant au président d'imposer ses vues au législateur par le truchement d'un livre blanc – pourtant dénué de force obligatoire et en tous cas de caractère délibératif et « consenti ».

L'absorption de la défense par la sécurité nationale. – Le nouveau concept de sécurité nationale emprunte donc un itinéraire long et tortueux mais parvient à l'emporter sur le fond, allant même jusqu'à ignorer les avertissements contenus dans le livre blanc[85]. À titre général, les politistes y voient l'affirmation d'un « continuum[86] » défense–sécurité, qui procède en réalité à une absorption de la défense par la sécurité. En effet, le rapport fait au nom de la commission de la défense affirme que :

> La sécurité nationale s'organise autour des axes suivants : la politique de défense doit répondre à une agression armée et participer à la lutte contre les autres menaces justifiant une contribution des forces armées (terrorisme, crise sanitaire…)[87].

Plus encore qu'une absorption de la défense nationale, désormais conçue comme simple pourvoyeuse de moyens[88], ou qu'une « désectorisation » de la sécurité nationale, la portée de cette dernière semble en autoriser la généralisation, puisqu'elle a désormais « pour objet d'identifier les menaces et les risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation et d'apporter les réponses adéquates[89] ». En peu de mots, à

Nationale, séance du 8 avril 2009, rapport nº 1615, *op. cit.*, p. 154) ; P. Adam, in Compte-rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale du 8 juin 2009 (JORF 2009, nº 70 AN, 9 juin 2009, séance 1, p. 5001) : « Nous respectons les travaux du Livre blanc mais en tant que législateurs nous le prenons pour ce qu'il est : il n'a pas valeur de loi, et fait encore moins partie du bloc de constitutionnalité ».

[84] Proposition d'amendement CD 132 de P. Adam, in Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (nº 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Assemblée Nationale, séance du 8 avril 2009, rapport nº 1615, *op. cit.*, p. 154).

[85] Par ex. « Il faut faire attention à ne pas envisager l'ensemble des questions de défense sous le prisme présidentiel », de même que « la tendance consistant à effacer les frontières entre différents services représente une menace pour notre démocratie » (L. Gautier, in *Défense et Sécurité nationale. Livre blanc* [*de la Défense*] *: Les débats*, Paris, Odile Jacob, La Documentation française, 2008, p. 171-172).

[86] Voir M. Watin-Augouard, « Le continuum défense sécurité intérieure », in : F. Debove et O. Renaudie (dir.), *Sécurité intérieure. Les nouveaux défis*, Paris, Vuibert, 2013, p. 303-318. ; F. Coste, *L'adoption du concept de sécurité nationale : une révolution conceptuelle qui peine à s'exprimer*, Fondation pour la recherche stratégique, Recherches et documents, 2011/3, 27 p.

[87] Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (nº 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Assemblée Nationale, séance du 8 avril 2009, rapport nº 1615, *op. cit.*, p. 22).

[88] Ce qui lui vaut de perdre souvent les arbitrages interministériels au profit d'un autre (face aux affaires étrangères quant aux opérations extérieures ; face à l'intérieur quant à la lutte anti-terroriste ; face à l'éducation nationale quant au service national université ; face à la santé quant à la lutte anti-épidémique Covid-19).

[89] Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (nº 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant

compter de 2009, le cloisonnement entre défense et sécurité n'est plus une réalité fonctionnelle : s'il reste possible de discerner deux domaines d'action dotés d'organes distincts, ils possèdent désormais un centre névralgique et décisionnel unitaire, le « Conseil de défense et de sécurité nationale ».

La compétence en matière de sécurité nationale instaurée par le décret de 2009. – La réforme du Conseil de défense, cinquante ans après sa création, constitue en réalité une révolution quant à sa compétence. Celle-ci n'est pas contenue dans la partie législative de la loi de programmation militaire mais introduite par sa partie réglementaire, au moyen d'un décret d'application du 24 décembre 2009[90] dont il faut citer le premier article :

> [Art. R. 1122-1 du code de la défense] Le conseil de défense et de sécurité nationale définit les orientations en matière de programmation militaire, de dissuasion, de conduite des opérations extérieures, de planification des réponses aux crises majeures, de renseignement, de sécurité économique et énergétique, de programmation de sécurité intérieure concourant à la sécurité nationale et de lutte contre le terrorisme. Il en fixe les priorités.

À la lecture de ce nouvel article, quelle est la compétence *ratione materiae* du Conseil de défense ? Elle s'étend très largement, comme l'avait souhaité leurs rapporteurs de la loi, qui mentionnent tout à la fois : « terrorisme, missiles, cyber-attaques, espionnage et stratégies d'influence, trafics criminels, risques naturels, sanitaires et technologiques[91] ». L'ensemble de ces aspects sont néanmoins rattachés aux risques principaux, « concernant le plus directement la politique de défense, c'est-à-dire le terrorisme d'inspiration djihadiste et le développement de missiles balistiques de longue portée par de nouvelles puissances[92] ». Il en résulte naturellement un « élargissement des thèmes abordés en conseil de défense et de sécurité nationale[93] ».

B. Une généralisation récente : les crises et les menaces

Certaines interventions du Conseil de défense s'étendent néanmoins jusqu'aux domaines écologiques et sanitaires. L'appréhension de ces nouveaux sujets au prisme de la « défense » témoigne d'une volonté mal assurée d'étendre cette dernière, par l'intermédiaire concret de notions indéterminées.

L'indétermination des « crises majeures ». – Au-delà même de toute délimitation matérielle, le Conseil de défense et de sécurité nationale planifie désormais les réponses aux « crises majeures », notion qui menace de réduire à néant la spécialisation accomplie par le reste de l'article et, par là-même, de lui confier une compétence générale. Qu'est-ce, en effet, qu'une crise majeure ? Premièrement, une interprétation volontariste de cette expression, fondée sur l'intention du législateur de 2009 et sur le concept de sécurité nationale, en élargit la portée jusqu'à la rendre

---

diverses dispositions concernant la défense (Assemblée Nationale, séance du 8 avril 2009, rapport nº 1615, *op. cit.*, p. 144).

[90] Décret nº 2009-1657 du 24 décembre 2009 (JORF nº 301 du 29 décembre 2009, texte nº 1).

[91] Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (nº 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Assemblée Nationale, séance du 8 avril 2009, rapport nº 1615, *op. cit.*, p. 12).

[92] *Ibid.*, p. 13.

[93] *Ibid.*, p. 146.

indéterminée par essence. Les crises majeures pourraient alors être de toute nature et il serait vain de tenter d'en dresser une liste exhaustive ou illustrative. Une approche catégorielle sera néanmoins suivie dans la littérature parlementaire ultérieure puisqu'en 2010, un rapport consacré à l'utilisation des réserves militaires en temps de crise en propose une classification quadripartite : les « crises majeures » seraient militaires, terroristes, naturelles et sanitaires[94]. Deuxièmement, l'étude du rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées plonge dans la perplexité lorsqu'on y lit que « la notion de crise majeure est caractérisée par le constat d'un dérèglement important [*sic*] du fonctionnement des pouvoirs publics[95] ». Cette notion ne renverrait donc pas à une situation objective et matérielle, mais à l'appréciation des difficultés qui en résultent *pour* l'État, et *par* l'État lui-même. La qualification stato-centrée de la crise tend ainsi à devenir discrétionnaire même si elle exprimera à chaque fois un aveu de dysfonctionnement, voire d'inefficacité des institutions. Dans cette perspective, l'on ne peut qu'être tenté de voir dans le Conseil de défense un mécanisme de résolution des crises et des services de l'État. De manière paradoxale donc, cet organe permettrait à l'État d'invoquer son propre dysfonctionnement pour hyperfonctionner.

La militarisation des réponses aux crises. – Il faut regretter que ces développements relatifs à la notion de crise ne puissent être précisés et délimités, car il en dépend l'utilisation ordinaire de représentants, d'organes et de moyens militaires tels que le sont respectivement les chefs d'État-Major, le Conseil et les administrations de la défense ainsi que les personnels militaires dans le cadre des opérations de sécurité intérieure. Cette évolution n'est pas sans suggérer une certaine « militarisation » des réponses aux crises, problématique à trois égards.

Premièrement, elle tend à modifier la conception du pouvoir exécutif en y ajoutant une dimension militaire hétéroclite. Nul ne peut nier que le traitement « exécutif » des crises a marqué la naissance de la V^e^ République, concentrée dans ce que le Général de Gaulle a nommé le « pouvoir d'État[96] ». Nul ne saurait nier, non plus, que l'incarnation et l'exercice militaire de ce pouvoir peut constituer un atavisme gaullien. En revanche, la banalisation du recours aux armées s'éloigne du fonctionnement normal des institutions de la V^e^ République, qui en fait encore aujourd'hui seulement un moyen subsidiaire – voire complémentaire en pratique – de maintien de l'ordre[97] et non une partie intégrante de toute action de l'État.

Deuxièmement, l'on peut se demander si l'utilisation de moyens militaires s'avère adéquate aux fins de sécurité intérieure, et si elle a conduit à assouplir le régime juridique applicable à l'usage de la force. Les débats parlementaires relatifs au Conseil de défense sont ponctués de cette inquiétude aux effets trop discrets :

---

[94] Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des formes armées sur l'utilisation des réserves militaires et civiles en cas de crise majeure (Sénat, séance du 14 déc. 2010, rapport n° 174, dir. M. Boutant et J. Garriaud-Maylam, p. 17-29).

[95] Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n° 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Assemblée Nationale, séance du 8 avril 2009, rapport n° 1615, *op. cit.*, p. 146).

[96] Voir G. Burdeau, « La Conception du Pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique*, 1959, n° 9-1, p. 87-100.

[97] L'article D. 1321-6 du code de la défense fait des armées des « forces de troisième catégorie » après la gendarmerie départementale et celle mobile, auxquelles il ne peut être recouru qu'au-delà des moyens civils existants, suffisants, adaptés et disponibles.

ainsi du rappel, entre autres exemples, de la formation inadéquate des armées à une réaction graduelle en milieu civil[98] et de l'inefficacité des moyens militaires envers les origines des crises envisagées[99]. Le droit positif a répondu à ces préoccupations de manière nuancée[100] : d'une part, s'est opérée une uniformisation des règles d'usage de la force sur un mode militaire, reflétée par la création d'une nouvelle excuse pénale pour cause d'état de nécessité[101], afin que l'ensemble des forces de l'ordre puissent affronter efficacement les nouvelles menaces – terroristes notamment, mais non exclusivement ; d'autre part, les dispositions en vigueur conservent au recours aux armées sa spécificité, en étant toujours soumis au principe de réquisition[102] et en maintenant une interprétation stricte des contraintes opérationnelles à l'intérieur du territoire national. Si la spécificité du recours aux armées s'avère donc formellement préservée, leur utilisation croissante entraîne une évolution à surveiller des conditions de maintien de l'ordre.

Troisièmement, sur un plan purement constitutionnel, l'élargissement des compétences du Conseil n'est pas à l'abri des critiques en ce qu'il tend à rapprocher les moyens armés et policiers. La séparation traditionnelle, pour ne pas dire républicaine[103], des forces de l'ordre implique pourtant d'en confier le commandement à des autorités constitutionnelles distinctes. En d'autres termes, la doctrine d'emploi et les conditions de recours aux forces armées tendent à maintenir une distinction qui, du point de vue de leur direction, n'est qu'imparfaitement observée. Et l'opposition parlementaire d'arguer par exemple, durant l'adoption de la loi de programmation militaire de 2009, de l'inconstitutionnalité[104] d'une loi consistant à placer un « Conseil de défense *et de sécurité nationale* » sous la présidence du chef de l'État. Les débats témoignent sur ce point du soutien rétrospectivement étonnant de Bernard Cazeneuve[105], futur ministre de l'Intérieur et Premier ministre, affirmant que : « le fait que deux autorités de sécurité soient sous l'autorité d'un même

---

[98] Y. Fromion (rapporteur), in Compte-rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale du 8 juin 2009 (JORF 2009, nº 70 AN, 9 juin 2009, séance 2, p. 5039).

[99] M. Demessine, in Compte-rendu intégral des débats au Sénat des 15-16 juillet 2009 (JORF 2009, nº 83 S, 15–16 juillet 2009, séances 5–6).

[100] Voir par ex. É. Boz-Acquin, « Le nouveau cadre juridique d'intervention des forces armées en milieu terrestre face au terrorisme », *Fondation pour la recherche stratégique*, Note nº 58/20, 12 p.

[101] Art. L. 1321-3 du code de la défense (renvoyant aux art. L. 211-9 du code de la sécurité intérieure et 431-3 du code pénal) et L. 435-1 du code de la sécurité intérieure.

[102] Article D. 1321-3 du code de la défense : « Les forces armées, à l'exception de la gendarmerie nationale, ne peuvent participer au maintien de l'ordre que lorsqu'elles en sont légalement requises ».

[103] Voir L. Thile, *Pouvoir civil et pouvoir militaire*, Paris, A. Rousseau, 1912, p. 65-71 et 119-139.

[104] Rapport fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Sénat, séance du 1er juillet 2009, rapport nº 513, dir. J. de Rohan), p. 210 et J-P. Chevènement, in Compte-rendu intégral des débats au Sénat des 15-16 juillet 2009 (JORF 2009, nº 83 S, 15–16 juillet 2009, séance 5, p. 6917).

[105] B. Cazeneuve, in Compte-rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale du 8 juin 2009 (JORF 2009, nº 70 AN, 9 juin 2009, séance 2, p. 5039). Durant l'examen du projet de loi constitutionnelle de 2008, Bernard Cazeneuve s'était pourtant opposé à la clarification de compétences proposée par le comité Balladur et figurant dans le projet de loi soumis pour avis à la commission de défense.

ministre alors qu'elles étaient sous l'autorité de deux ministres différents pose un problème de démocratie ». En vain insistent-ils sur ce point à grand renfort d'amendements[106], y compris en soulignant le danger de cette inclination pour « la nécessaire adhésion de la nation à notre politique de défense[107] ».

La normalisation des états de crise. – Enfin, la référence aux crises n'est pas davantage limitée temporellement qu'elle ne l'est matériellement. Sans aller jusqu'à évoquer, à l'instar de certains membres de l'opposition, les risques aggravés de « peur permanente » et de « guerre larvée[108] » déjà véhiculés par chaque évènement traumatique, cette double absence de limites semble permettre au Conseil d'intervenir à titre normal – pour ne pas dire permanent – dans le Gouvernement de la France. La pratique présidentielle des cinq dernières années tend à vérifier cette hypothèse puisqu'au-delà de la périodicité hebdomadaire des réunions, les sujets traités en Conseil « restreint » se sont considérablement élargis. Entre autres exemples, durant le mandat présidentiel en cours, y ont notamment figuré l'incendie et la reconstruction de la cathédrale Notre-Dame de Paris[109], l'épidémie « Covid-19[110] » depuis la carte de circulation du virus[111] jusqu'aux mesures de levée du confinement, en passant par le déclenchement du « plan bleu » pour les EHPAD[112], la réouverture d'un parc d'attraction vendéen[113], des écoles et des plages.

Or, cette liste non exhaustive peut continuer de surprendre le juriste à maints égards. Premièrement, elle contient des décisions particulières, certes rattachées par l'Exécutif à la gestion de la crise sanitaire mais néanmoins adoptées au sein d'un organe normalement limité à des décisions de nature générale. L'adoption de décisions individuelles en son sein ne peut que heurter le fonctionnement normal

---

[106] Rapport fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Sénat, séance du 1er juillet 2009, rapport nº 513, *op. cit.*), p. 210 et J-P. Chevènement, in Compte-rendu intégral des débats au Sénat des 15–16 juillet 2009 (JORF 2009, nº 83 S, 15-16 juillet 2009, séance 5, p. 6917) : « le concept de sécurité nationale tend à confondre action militaire et action policière. Si des domaines de recouvrement existent, comme la lutte contre le terrorisme, le risque d'un glissement visant à substituer l'ennemi intérieur à l'ennemi tout court est important ».

[107] Rapport fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Sénat, séance du 1er juillet 2009, rapport nº 513, *op. cit.*), p. 210.

[108] J.-J. Candelier, in Compte-rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale du 8 juin 2009 (JORF 2009, nº 70 AN, 9 juin 2009, séance 2, p. 5038).

[109] Par ex. Conseil restreint du 17 avril 2020, prévu à 9h avant le Conseil des ministres de 10h (cf. Agenda des services de l'Élysée).

[110] Depuis le Conseil restreint du 29 février 2020, prévu à 10h, avant le Conseil des ministres de 11h (cf. Agenda des services de l'Élysée), les réunions se comptent par dizaines.

[111] Par ex. Conseil de défense et de sécurité nationale du 26 août 2020 (cf. CE, 24 sept. 2020, nº 444743, dont le recours porte seulement sur l'arrêté du préfet de la Guadeloupe du 8 sept. 2020 rendant obligatoire le port du masque, et non sur la décision de la classer en « zone de circulation active du virus »).

[112] Conseil restreint du 8 mars 2020, prévu à 18h (cf. *JCP La semaine juridique. Édition administrations et collectivités territoriales*, nº 12, 23 mars 2020, note 158, p. 1-3).

[113] Conseil restreint du 20 mai 2020, prévu à 9h, avant le Conseil des ministres de 10h (cf. E. Donada, « Le Puy du fou a-t-il eu un passe-droit pour ouvrir en juin ? », *Libération*, 25 mai 2020).

de l'administration. Sous ce premier aspect, la compétence du Conseil paraît critiquable. Deuxièmement, cette liste s'étend de manière continue dans le temps depuis 2015 à un rythme hebdomadaire : faut-il en déduire *a contrario* que la France connaît depuis lors une « crise majeure » ininterrompue, devenue permanente voire définitive ? Sous ce second aspect, la compétence du Conseil paraît encore exposée aux critiques. Troisièmement, ces sujets ont été évoqués au sein de la formation « restreinte » du Conseil, que l'article L. 1111-3 du code de la défense destine normalement à la « direction militaire de la défense ». Sauf à considérer que cette compétence est moins limitative qu'indicative, moins attribuée que mentionnée, elle s'expose donc à une troisième critique.

L'indétermination des « menaces ». – Une telle extension se poursuit partout où apparaît une « menace », notion qui achève de normaliser la désectorisation initiée par la référence aux crises. L'ordonnance originelle de 1959 se montre déjà elle-même ambiguë à ce sujet, puisqu'elle renvoie non seulement à des « agressions » (article 1er), mais aussi à des « menaces » (articles 2 et 6) voire à des « nécessités de la défense » (article 5). La portée juridique des menaces était initialement limitée par leur objet, conçu de manière restrictive en tant que territoire (article 6), ou qu'installations militaires et stratégiques (article 17, alinéa 7)[114]. Si ces termes n'ont pas été codifiés – à l'exception de la « menace terroriste » (article R. 1122-8-1 du code de la défense) –, leur interprétation extensive depuis la réforme de 2009 rend cependant le Conseil théoriquement omnicompétent, en dehors de tout élément matériel et de toute réalisation concrète d'une crise, *a fortiori* compte tenu de l'imprécision des textes quant à l'autorité chargée de déterminer ces menaces : est-ce le Conseil des ministres[115] ? Le Conseil de défense lui-même, ou encore son président ? Rien n'est moins sûr que la réponse du droit à ces questions et, partant, rien n'est plus certain que le bénéfice pratique de ces questions au Conseil et à son président.

Au terme de cette évolution des compétences du Conseil, l'affirmation du Général de Gaulle selon laquelle « la défense, [est] en effet la première raison d'être

[114] Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, modifiant l'article 17 de l'ordonnance no 59-547 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense (Assemblée Nationale, séance du 14 décembre 1972, rapport no 148, dir. P.-C. Taittinger, p. 5-6) : « Le Conseil des ministres sera seul habilité, comme d'ailleurs le prévoit l'ordonnance de 1959, à estimer la réalité de la menace, notion au caractère certes subjectif, [mais] qui ne saurait être renfermée dans un carcan juridique. Une définition trop précise la rendrait inapplicable. D'ailleurs cette notion de menace figure déjà dans les articles 2 et 7 [*sic*] de l'ordonnance du 7 janvier 1959. En période de paix de détente, il reste toujours du devoir du Gouvernement de prévoir une menace éventuelle en dehors de toute déclaration d'hostilité. Il deviendrait alors urgent de protéger par priorité de façon préventive certains secteurs en les plaçant sous l'autorité militaire. Il s'agit là d'une notion nouvelle de menace ponctuelle contre les installations primordiales de la défense, qui sont essentiellement les installations de la force stratégique de dissuasion ».

[115] Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, modifiant l'article 17 de l'ordonnance no 59-547 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense (Assemblée Nationale, séance du 14 décembre 1972, rapport no 148, dir. P.-C. Taittinger, p. 5-6).

de l'État[116] » s'avère prophétique : en tant que *raison*, elle permet d'en justifier l'intervention jusqu'à la prévention de menaces quelles qu'elles soient ; plus encore, en tant que *moyen*, la défense a fourni à l'État son organe décisionnel, en forme de conseil restreint. Et il revient naturellement au chef de l'État d'assurer la détermination de cette raison ainsi que la direction de ces moyens. En cela, le Conseil a permis l'extension indirecte du pouvoir présidentiel jusqu'à la sécurité nationale et aux crises de toutes sortes qui pourraient la menacer. Néanmoins, cette formalisation reste encore incomplète : c'est de manière informelle que l'hyperactivité du Conseil procède à une relégation politique des instances parlementaires (III).

III. La relégation informelle des responsabilités gouvernementales

L'hyperactivité récente du Conseil de défense, motivée par la lutte contre les crises et les menaces de toutes sortes, a contribué à une captation des décisions gouvernementales (A) d'une part et, d'autre part, à un affaiblissement du contrôle parlementaire (B). La formalisation du présidentialisme s'avère ainsi volontairement incomplète, de manière à ne pas heurter textuellement la nature parlementaire de la Ve République.

A. Une prédétermination des décisions gouvernementales

La présidence concomitante, par le chef de l'État, des conseils de défense et des conseils des ministres n'a pas pour seule conséquence de renforcer son « poids » décisionnel, il en résulte également une concurrence fonctionnelle entre organes.

La concurrence des instances interministérielles. – Le Conseil des ministres est bien sûr présidé par le chef de l'État, qui en maîtrise par conséquent l'ordre du jour (article 9), mais présente l'inconvénient d'une composition trop rigide : non seulement il réunit les ministres et les secrétaires d'État – dénombrables par dizaines[117] –, mais il est en principe limité à la réunion de ses membres. À l'inverse, le Conseil de défense possède une composition restreinte et discrétionnaire, laissée entre les mains de son président. Cette souplesse organique paraît susceptible de retenir l'attention du chef de l'État car elle conduit à une prise de décision simplifiée, en même temps qu'elle assure une bonne exécution des décisions. Elle s'inscrit plus largement dans un mouvement d'une institutionnalisation croissante des liens et des services interministériels. Dans cette perspective, le Conseil de défense présente surtout l'avantage d'être soutenu par un très efficace Secrétariat général de défense et de sécurité nationale (SGDSN) rattaché à Matignon. D'une part, les cohabitations lui ont permis de renforcer son rôle de « pont » entre l'Élysée et Matignon, et d'asseoir son expertise au soutien des décisions politiques. D'autre part, à la tête du SGDSN, les hauts fonctionnaires issus du Conseil d'État et de la Cour des

[116] Ch. de Gaulle, *Discours du 14 juin 1952 à Bayeux*, in *Discours et messages*, t. 2, *1946-1958*, Paris, Plon, 1970, p. 527.

[117] Les gouvernements de la Ve République ont oscillé entre 20 (l'éphémère « Fillon 1 », allant de mai à juin 2007 seulement) et 52 (le pléthorique « Rocard 2 », allant de juin 1988 à mai 1991). Le gouvernement actuel « Castex » compte 42 membres : 30 ministres et 12 secrétaires d'État.

comptes ont succédé aux officiers généraux depuis 1995[118], et la réorganisation du Conseil de défense en 2009 a également provoqué celle du secrétariat général. De manière similaire, son domaine compétence s'est accru en même temps que celui du Conseil[119].

Si le SGDSN a prouvé son efficacité en matière de défense et de gestion de crise, son fonctionnement emporte néanmoins trois conséquences sur le plan constitutionnel. Premièrement, le développement de moyens interministériels paraît motivé par des « impératifs gestionnaires[120] », indexés sur la célérité et l'efficacité des décisions qu'une séparation organique des pouvoirs, des directions et des services menace de compromettre. La traduction organique de la « désectorisation » que permet la sécurité nationale réside dans cette instance interministérielle. Deuxièmement, le développement des organes tels que le SGDSN ajoute une strate administrative aux processus de décision – sans préjudice des actions transversales pouvant être considérées comme simplifiées. En cela, les cellules de crise, les comités et les conseils, ainsi que les instances délibératives contribuent à déplacer le lieu de la décision politique[121]. Troisièmement, le déplacement de cette dernière est d'autant plus avéré que les services sont politisés, et les secrétariats généraux sont d'ailleurs emblématiques de cette mutation. Sans évoquer ici celui de l'Élysée ou du gouvernement, l'on se bornera à constater que le SGDSN voit placé à sa tête une personnalité civile « liée » au ministre de la défense (Jean-Claude Mallet à Jean-Yves Le Drian par exemple, de 2012 à 2017) ou au Premier ministre (Louis Gautier à Lionel Jospin par exemple, de 1997 à 2002). Il ne peut donc être épargné ni par la politisation ni, désormais, par la présidentialisation.

La hiérarchie des conseils exécutifs. – Plus précisément qu'une multiplication des instances interministérielles, leur concurrence s'est récemment polarisée entre, d'une part, le Conseil de défense et de sécurité nationale et, d'autre part, le Conseil des ministres. Tant est si bien que leur rivalité a fait irruption dans une commission d'enquête sénatoriale, durant laquelle Xavier Bertrand s'interrogeait avec une fausse naïveté : « le haut conseil de défense [*sic*], c'est ce qui est en train de remplacer le Conseil des ministres, en ce moment, c'est ça[122] ? » De manière prophétique, ce risque de transfert de compétence avait déjà été évoqué dès 1964 au sujet de la défense nucléaire, dont le Conseil des ministres s'était lui-même délesté au profit du Comité de défense[123]. Le paradoxe apparent consiste en effet à ce que le Conseil « s'empare du pouvoir de décision, ou plutôt il s'en trouve naturellement investi par une abdication volontaire de ceux qui en sont légalement chargés, mais

---

[118] G. DAHO, « La désectorisation des politiques de sécurité. Le cas du recentrage interministériel du secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale », *Revue française d'administration publique*, 2019/3, nº 171, p. 660.

[119] *Ibid.*, p. 657.

[120] *Ibid.*, p. 652.

[121] L. GAUTIER, in *Défense et Sécurité nationale. Livre blanc* [*de la Défense*] *: Les débats*, *op. cit.*, p. 172). L'on notera que l'auteur – Louis Gautier – de ce témoignage inséré dans les consultations du livre blanc de 2008 fut à la tête du SGDSN de 1997 à 2002.

[122] X. BERTRAND, *Audition devant la commission d'enquête du Sénat sur la gestion de l'épidémie*, 22 septembre 2020. Il ajoute d'ailleurs : « ça donne le sentiment que le Conseil des ministres n'est plus là et que c'est maintenant le haut conseil de défense [*sic*] qui décide de tout ».

[123] Question orale de F. Mitterrand à G. Pompidou (Premier ministre), Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, nº 25, p. 942).

qui sont impuissants à l'exercer sans son accord[124] ». Et plus récemment, les transferts de compétence se manifestent par sujets et non par matière : terrorisme, écologie, santé ont été évoqués en Conseil de défense restreint, en amont et au détriment du Conseil des ministres. Mais l'apparence d'un transfert consenti ne doit pas tromper : elle masque une volonté politiquement contrainte par le chef de l'État. Tout se passe donc comme si l'Exécutif était organisé sur le modèle d'une hiérarchie de conseils progressivement élargis, à l'image de cercles concentriques[125] placés autour du Président. En cela, la hiérarchisation à l'œuvre serait le symptôme de la pratique présidentielle du pouvoir, répartissant les services de manière verticale en-dessous du chef de l'État et lui permettant, depuis son sommet, de « capter » le pouvoir réglementaire.

La captation du pouvoir réglementaire. – Une vision réaliste du fonctionnement du Conseil de défense conduit à préciser la portée des décisions qui en émanent. D'un côté, en effet, le Conseil de défense est censé « définir des orientations » et « fixer des priorités » (article R. 1122-1 du code de la défense). Il en résulte qu'aucun acte réglementaire ou juridiquement obligatoire n'en dépend. Le Premier ministre demeure titulaire du pouvoir réglementaire général (article 21), et d'éventuelles décisions nécessitent d'être adoptées et formalisées au sein du Conseil des ministres (article 13) rendu incontournable. D'un autre côté cependant, se trouvent réunis au sein du Conseil de défense : le chef de l'État, le Premier ministre ainsi que les ministres chargés de l'exécution des décisions (article R. 1122-2 du même code). Sur la forme, les décisions continuent de devoir et d'être adoptées suivant les procédures ordinaires et le pouvoir présidentiel demeure une magistrature d'influence insaisissable, enracinée dans la structure politique du régime. Les juristes formalistes n'y verront donc aucune gravité, et les constitutionnalistes habitués à l'extension des pouvoirs présidentiels n'y verront aucune surprise.

D'un point de vue plus réaliste en revanche, les conditions d'élaboration des décisions réglementaires s'avèrent matériellement réunies en amont et en dehors du Conseil des ministres. Dès lors, le centre de gravité de nombreuses décisions, allant de futurs projets de lois à des décrets et des nominations[126], s'est déplacé en dehors de l'enceinte prévue par les textes – dans un lieu à l'organisation *a fortiori* discrétionnaire –, et ne laisse au Conseil des ministres qu'un rôle formel, réduit à l'enregistrement d'actes prédéterminés. L'on sait au surplus que, d'une part, le Conseil de défense se réunit durant des crises dont on sait qu'elles nécessitent des réactions plus rapides que celles hebdomadaires. Les annonces gouvernementales ont d'ailleurs suivi avec plus de régularité les conseils restreints que les Conseils des ministres. D'autre part, le Conseil de défense est doté de nombreuses formations spécialisées susceptibles de concurrencer ou déterminer l'action de chaque ministère sous l'autorité directe du Président. En témoigne cette remarque de l'ancien député puis membre du Conseil constitutionnel, Paul Coste-Floret :

> Les affaires ne sont plus soumises, pour être discutées, dégrossies, au conseil des ministres ; elles sont soumises à ce qu'on appelle les comités restreints, qui ne

[124] B. Chantebout, *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, *op. cit.*, p. 692.

[125] D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, *op. cit.*, p. 84-96, en part. p. 93-96.

[126] Par ex. Conseil restreint du 7 juin 2017 (prévu à 9h, avant le Conseil des ministres de 10h), consacré au projet de loi relative à la sécurité intérieure et à la lutte anti-terroriste ainsi qu'à deux nominations au sommet de l'organisation du renseignement (cf. Agenda des services de l'Élysée).

> sont pas prévus dans la Constitution, mais auxquels la coutume a donné naissance. Les comités restreints prolifèrent. J'ai découvert dans la presse l'existence des comités restreints des affaires algériennes, des affaires extérieures, des affaires économiques, des affaires agricoles. Peut-être ne les ai-je pas tous comptés […]. Au surplus, chaque fois que surgit un problème nouveau, un comité restreint est désigné. J'ai pu lire dans l'index de presse du 15 avril 1954 : « Conseil restreint à l'Élysée, sur la préparation du programme spatial français à long terme ». […] Ce sont évidemment des problèmes fondamentaux. Ils sont soumis à un conseil restreint[127].

À titre d'exemple, les dispositions habilitant le ministre chargé de la santé à définir la prévention et l'organisation des réponses en cas de crises sanitaire s'avèrent vidées de leur substance en pratique[128]. La préservation des compétences ministérielles – si ce n'est des compétences ordinaires *latissimo sensu* – ne justifierait-elle pas une limitation des formations spécialisées du Conseil de défense ?

L'absence de décisions formelles. – L'absence de formalisation aboutie de l'activité du Conseil s'avère encore plus manifeste concernant ses décisions autonomes, n'ayant donné lieu à aucun « enregistrement » ministériel. La forme juridique de ces décisions arrêtées en Conseil demeure en effet textuellement indéterminée et leur étude nécessite de s'en remettre à l'étude de la jurisprudence, qui en est parfois saisie *a posteriori* dans ses domaines de compétence : pour n'en donner que deux exemples, les affaires étrangères (dont les essais nucléaires ne sont pas détachables[129]) ainsi que l'engagement militaire à l'étranger ou tout acte se rattachant à la « conduite de la guerre[130] ». Dans le cas de l'arrêt *Greenpeace* de 1995, le juge administratif était saisi d'un recours contre « une décision rendue publique », sans pour autant qu'elle revête une forme juridique précise[131]. Il revenait alors au juge de la « qualifier » en acte de gouvernement, mais cette qualification demeure catégorielle et non formelle. Ce détail confirme la nature purement politique des décisions, prises par le président sur le fondement de sa compétence générale de chef de l'Exécutif. Il reste également possible de souligner que ce dernier reste chef des *armées* et président du conseil de *défense*, ce qui ne va pas sans apparenter ces décisions à des ordres, de conception militaire. Si le chef de l'État avait pu adopter

---

[127] Question orale de P. Coste-Floret à G. Pompidou (Premier ministre), Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, nº 25, p. 947).

[128] Voir Rapport fait au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (nº 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Assemblée Nationale, séance du 8 avril 2009, rapport nº 1615, *op. cit.*, p. 153).

[129] CE ass., 29 sept. 1995, *Greenpeace* (nº 171277, Lebon 347 ; AJDA 1995. 684, chron. Stahl et Chauvaux ; RDP 1996. 256, concl. Sanson ; *ibid.* 1996. 1162, note Sabète ; JCP 1996. 22582, note Moreau ; D. 1996. 205, note Braconnier ; RFDA 1996. 383).

[130] CE, 5 juill. 2000, *Mégret* (Lebon 291 ; AJDA 2001. 95, note Gounin) ; CE, 30 déc. 2003, *Comité contre la guerre en Irak* (nº 255904 ; Dr. Adm. 2004 nº 65) ; CE, 22 nov. 1957, *Murtoon Steamship* (Lebon 632). En sens contraire, voir CE ass., 30 mars 1966 (Lebon 258 ; RDP 1966. 789, concl. Questiaux ; RDP 1967. 143, note Waline).

[131] Ce qui n'est pas sans provoquer l'embarras du commissaire de gouvernement, comme le souligne Roland Drago (v. R. DRAGO, RDP 1996. 1329 – note ss. Conseil d'État Libanais, nº 189, 3 janvier 1995, *FREM c. Président de la République*). Dans ces conditions, la « décision rendue publique » prend la forme de son apparence, plus modeste : une déclaration présidentielle effectuée le 13 juin 1995 lors d'une allocution télévisée (voir *Documents d'actualité internationale*, La documentation française, nº 18, 15 septembre 1995, p. 587-88).

des décrets « présidentiels », ou « en Conseil de défense » et flanqués d'un contreseing primoministériel, les actes de gouvernement auraient eu une forme juridique décrétale[132], mais il n'en est rien. L'on peut à peine présumer qu'un compte-rendu est établi mais on ignore quelles signatures y figurent[133]. Il faut en conclure, *a contrario*, que le Conseil de défense est un lieu de production de décisions informelles et injusticiables, de *purs* actes de gouvernement.

De manière générale, tant les transferts de compétence que les enregistrements des décisions du Conseil ont ceci de singulier qu'ils sont réalisés par un décret adopté en Conseil des ministres, ce qui peut surprendre l'observateur extérieur. Néanmoins, ces derniers sont en réalité politiquement liés au Président, compte tenu de leur appartenance politique et de leur démission hétéronome. C'est la raison pour laquelle la contradiction ne peut émaner que de l'opposition parlementaire *lato sensu* qui possède, quant à elle, ses propres intérêts à la critique. En effet, pourquoi des parlementaires, *a fortiori* membres d'une opposition hétérogène allant de la droite à l'extrême gauche, sont-ils amenés prendre la défense du Conseil des ministres ? Une première raison voudrait que leur critique se concentrât naturellement sur le chef de l'État, tant il est devenu omniprésent mais demeuré irresponsable. Cette explication paraît néanmoins insuffisante seule. De manière plus large, le fonctionnement élargi du Conseil de défense risque de compromettre le contrôle parlementaire de l'action gouvernementale, à la responsabilité dès lors éludée (B). Partant, il en résulterait une fragilisation de la nature même du régime parlementaire de la V^e^ République.

B. Un affaiblissement du contrôle parlementaire

L'organisation autonome de l'Exécutif. – Dans le prolongement d'une analyse formelle, l'on pourrait considérer avec indifférence le développement de conseils et d'organes interministériels en ce qu'ils relèvent tous du pouvoir Exécutif. Dans les termes sans ambiguïté de Georges Pompidou, alors Premier ministre, adressés au député François Mitterrand :

> Je pourrais répondre […] qu'il appartient au pouvoir exécutif d'organiser, à l'intérieur de lui-même, comme il l'entend, le rythme intérieur de ses travaux et que les dispositions qu'il prend ne relèvent que de lui dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux responsabilités constitutionnelles[134].

Cet argument évoque la liberté laissée à l'administration d'organiser ses propres services, de manière autonome et indépendante, ce que l'histoire du droit administratif nomme pour le milieu du XIX^e^ siècle la « pure administration[135] » et, au-delà,

---

[132] Voir les décrets de dissolution de l'Assemblée Nationale (CE, 20 février 1989, *Allain*), de nomination des membres du Conseil constitutionnel (CE ass., 9 avril 1999, *M^me^ Ba*), entre autres exemples.

[133] Cette caractéristique paraît rendre impossible l'invocation de la décision *Hauchemaille* à l'endroit de ce qui pourrait être qualifié d'actes préparatoires (Cons. const. n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000).

[134] Réponse de G. Pompidou (Premier ministre) à la question orale de F. Mitterrand (Séance du vendredi 24 avril 1964 ; JO AN, 1964, n° 25, p. 949).

[135] Sur la généalogie historique et conceptuelle qui suit, nous renvoyons à : Th. Desmoulins, *L'arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours* (thèse de doctorat en droit), Université de Paris II, 2018, p. 412-418.

l'administration « active » puis la fonction gouvernementale pour partie. Le pouvoir réglementaire du chef de service d'organiser ses propres services[136] en constitue une infime part d'héritage désormais soumise au principe de légalité. Aussi l'invocation de cet argument appelle-t-elle deux séries observations. D'une part, affirmer que l'Exécutif tout entier est dominé par un principe de libre organisation peut tendre à le concevoir comme un « service », administratif et hiérarchisé. Or, le chef de l'Exécutif n'est pas un chef de service : l'organisation de ce pouvoir relève bien de la constitution, et non de son pouvoir réglementaire ou de son autorité, fût-elle suprême. D'autre part, sur le plan historique, l'invocation des théories de la pure administration et de la fonction gouvernementale soutenait l'injusticiabilité de certains actes de l'Exécutif. La transposition de cet argument au contexte contemporain ne peut conduire à une immunité contentieuse, mais ne saurait être entièrement étrangère à départir l'Exécutif d'une part de responsabilité politique pourtant elle aussi prévue par la constitution. En d'autres termes, la liberté d'organisation autonome de l'Exécutif ne peut être exercée que dans le respect des dispositions constitutionnelles et, en l'occurrence, à condition de ne pas soustraire tout ou partie de l'Exécutif au contrôle et à l'évaluation parlementaires.

L'intensité réduite du contrôle parlementaire. – Jusqu'en matière de défense et de sécurité nationale, les fonctions gouvernementales sont dominées par la « responsabilité » politique. En témoignent tant la constitution de 1958 (article 20 al. 3 et 21) et l'ordonnance originelle de 1959 (article 1er al. 4, 9 et 10), que le code de la défense actuel (article R. 1122-2). Le fait que l'organisation générale de la défense nationale relève du domaine législatif (article 34) prolonge ce lien politique, et semble induire que les interventions dans cette matière nécessitent l'assentiment des représentants et l'adhésion de la Nation. En d'autres termes, les constituants n'ont pas entendu isoler ce domaine de toute délibération au motif qu'il s'avère régalien ou Exécutif par nature.

Pourtant, le double mouvement étudié *supra,* pour l'un matériel au travers de la sécurité nationale et, pour l'autre, institutionnel au moyen du Conseil, semble avoir progressivement éloigné la défense et la sécurité nationale du contrôle et de l'évaluation parlementaires. En effet, en confiant leur direction et leur organisation au président de la République, politiquement irresponsable, la réforme de 2009 aurait non seulement étendu les pouvoirs de ce dernier mais, surtout, conduit à dissocier sécurité et responsabilité[137]. Ce point a d'ailleurs été explicitement et très tôt évoqué par François Mitterrand, rappelant au gouvernement :

> Nous ne pouvons demeurer indifférent au fait que si le Premier ministre renonce aux compétences que lui accorde la Constitution il n'engage pas que lui-même, il nous engage, nous, Parlement, et il engage avec lui et nous le peuple tout entier, car il fait passer du secteur de la responsabilité qui l'engage au secteur de l'irresponsabilité présidentielle l'essentiel des droits du Parlement[138].

Cette observation ponctue régulièrement les débats relatifs à la défense nationale jusque dans ses aspects les plus concrets, à l'instar – entre autres exemples – de la

---

[136] CE sect., 7 février 1936, *Jamart* (req. 43321 ; rec. 172 ; S. 1937 III 113, note Rivero).

[137] P. Adam, in Compte-rendu intégral des débats à l'Assemblée Nationale du 8 juin 2009 (JORF 2009, nº 70 AN, 9 juin 2009, séance 1, p. 5001) ; J.-P. Chevènement, in Compte-rendu intégral des débats au Sénat des 15-16 juillet 2009 (JORF 2009, nº 83 S, 15-16 juillet 2009, séance 5, p. 6917).

[138] Question orale de F. Mitterrand à G. Pompidou (Premier ministre), Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, nº 25, p. 945).

détermination des installations « prioritaire de défense » dès les années 70[139]. Le déplacement des décisions depuis les lois et la politique gouvernementale jusqu'aux règlements et à la direction présidentielle élude effectivement : *a priori*, l'association du Parlement par une discussion et une délibération, évitées ; *a posteriori*, la soumission à un contrôle politique, quand bien même il ne disposerait plus que d'armes émoussées par le fait majoritaire. Naturellement, il reste loisible aux parlementaires de déposer une motion de censure, d'exprimer leur défiance à l'occasion d'un discours de politique générale, et de soumettre le gouvernement à de nouvelles questions orales ou écrites. Ces démarches se situent néanmoins en aval des décisions gouvernementales et, sur le plan politique, le fonctionnement du Conseil de défense ne peut que provoquer une frustration légitime et l'image décomplexée d'un pouvoir concentré. Il faut par ailleurs préciser, sans développer ici ce point, que l'éloignement du contrôle parlementaire se double d'une mise en retrait du juge constitutionnel en matière de défense et de sécurité nationale, compte tenu de sa nature[140] mais aussi sous le poids de l'urgence.

La complexité de l'architecture institutionnelle de la V^e^ République ne se contente pas de prolonger les conséquences de l'organisation « interne » de l'Exécutif jusque dans ses rapports avec le Parlement. Elles se développent encore de manière presque systémique au sein du régime, dont la nature même est interrogée par les observateurs du Conseil de défense. En rendant plus lâche le contrôle et la responsabilité du gouvernement, ne conduit-il pas à remettre en question la nature parlementaire de la V^e^ République ?

Une distribution fonctionnelle des pouvoirs modifiée. – Cet argument revêt une certaine profondeur juridique, même si ses invocations peuvent être politisées. Les débats parlementaires n'en sont pas avares. En 2009, on a pu y estimer que le nouveau concept de sécurité nationale risquait d'aboutir « à concentrer tous les pouvoirs entre les mains du Président de la République » et à un « déséquilibre institutionnel[141] ». Plus encore, aux origines mêmes de la V^e^ République, l'auteur du *Coup d'État permanent* a pu interpeller le Premier ministre à ce sujet, arguant que :

> Par le transfert continu de vos attributions au Président de la République qui, lui, est irresponsable devant le Parlement, vous [*i.e.* le gouvernement] abandonnez l'essentiel de vos prérogatives, mais [...] ce faisant, vous vous autorisez à priver progressivement le Parlement du droit fondamental de contrôle et de décision politique, hors duquel ce régime parlementaire ne serait plus que l'alibi d'un pouvoir personnel[142].

---

[139] A. Chandernagor, in Séance du 7 décembre 1972 (JO AN, 1972 p. 5980-5982).

[140] Voir K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, Paris, LGDJ, 2012, tome 140, 524 p. ; *Id.*, « Le conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/2, n° 51, p. 37-50.

[141] Rapport fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Sénat, séance du 1^er^ juillet 2009, rapport n° 513, *op. cit.*), p. 210.

[142] Question orale de F. Mitterrand à G. Pompidou (Premier ministre), Séance du vendredi 24 avril 1964 (JO AN, 1964, n° 25, p. 944).

L'évolution du régime serait ainsi présidentielle voire « monarchique[143] ». Par ailleurs, le fonctionnement du Conseil de défense menace également d'affecter l'équilibre constitutionnel entre les pouvoirs exécutif et judiciaire. En effet, le secret défense couvrant les réunions du Conseil a pu être considéré par certains comme une entrave au contrôle juridictionnel des actes Exécutifs, ouvrant ainsi une brèche au sein de l'État de droit[144].

Un changement constitutionnel informel. – L'argument relatif à la « corruption » du régime nécessite néanmoins de souligner l'usage parfois instrumental qui en est fait. Il constitue un *topos* des débats parlementaires de la Ve République, nécessitant de rendre chaque invocation à son contexte historique et politique. À titre d'exemple, dans les débats précités les plus anciens, la responsabilité gouvernementale incarnait pour l'opposition : à la fois une des promesses ayant conditionné l'investiture du Général de Gaulle le 1er juin 1958, une des cinq « bases » de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, un principe fondamental de la constitution approuvée par référendum le 28 septembre et promulguée le 4 octobre de la même année, ainsi que la traduction concrète de la souveraineté nationale issue de la tradition républicaine française. Comment expliquer que ces arguments n'ont emporté ni le Conseil de défense, ni même sa réorganisation ?

Il serait tentant de répondre à cette question en avançant les arguments tirés de du statut présidentiel et de sa légitimité extraordinaire (articles 5 et 6). Plus encore, l'on peut se souvenir qu'il se voit confier le rôle de veiller au fonctionnement régulier des institutions, ce dont il résulte un pouvoir d'interprétation authentique de la constitution, en tant que « gardien politique[145] » de cette dernière. En d'autres termes, tandis qu'aucun texte n'offre de fondement à une délimitation matérielle au pouvoir présidentiel et au fonctionnement du Conseil, aucun organe ne semble en mesure de procéder à un examen fût-il standardisé de ces réunions et de leurs décisions – pas même le Conseil constitutionnel. Il faut donc en conclure que le fonctionnement du Conseil de défense constitue le témoin d'un changement constitutionnel informel que, faute de pouvoir confronter directement à des moyens juridiques, il est peut-être utile d'accompagner en formulant des propositions de changements formels.

Conclusion

Un fonctionnement présidentialiste. – Le Conseil de défense et de sécurité nationale illustre concrètement et évidemment la présidentialisation de la Ve République. Il l'exprime d'abord sur le plan organique, puisque la forme actuelle du Conseil est davantage l'héritière d'initiatives exécutives survenues en 1959 et 2009, toutes présidentielles, que de ses origines historiques antérieures, d'essence parle-

[143] C. Morin, « Le conseil de défense traduit une conception monarchique du pouvoir », *Le Figaro*, 28 octobre 2020.

[144] Rapport fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (Sénat, séance du 1er juillet 2009, rapport no 513, *op. cit.*), p. 210.

[145] Au sens schmittien, voir O. Beaud et P. Pasquino (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle*, Paris, Édition Panthéon-Assas, 2007, 212 p.

mentaire. Plus encore, la pratique présidentielle a progressivement effacé la spécialisation de cet organe afin de le muer en conseil restreint de gouvernement, potentiellement compétent de manière ordinaire et, depuis 2015, permanente.

Plus encore, il faut souligner que cette évolution s'est opérée en quelque sorte « à l'insu » de la constitution de 1958, dont l'interprétation présidentialiste s'est accentuée grâce à de faibles interventions législatives. L'architecture en partie réglementaire de ce Conseil ne doit pas manquer de surprendre à cet égard car les équilibres *externes* à ce pouvoir en dépendent directement. Les exigences du droit constitutionnel et organique sont, à cet égard, largement abandonnées, non seulement aux normes inférieures mais aussi à la sollicitude des acteurs politiques. Il en dépend néanmoins une certaine façon de gouverner que le chef de l'Exécutif a progressivement liée aux formes juridiques de l'urgence et de la défense.

Une formalisation incomplète. – L'institutionnalisation du Conseil restreint en organe de décision présidentiel ordinaire appelle, pour conclure, une série d'observations destinées à parfaire cette évolution sans lui sacrifier les équilibres politiques et juridiques de la V^e^ République.

Tout d'abord, on peut observer que le discours guerrier dont le Conseil de défense a été l'épicentre et la traduction juridique favorise l'utilisation d'organes et de moyens militaires, et accroît la tentation de dispositifs juridiques d'exception. L'étude du Conseil de défense montre que la banalisation de ce discours s'avère juridiquement utile à la Présidence et à l'Exécutif.

Par ailleurs, l'institutionnalisation du Conseil restreint ne saurait suffire à elle seule, même si elle s'inscrit dans le prolongement des pouvoirs et de la pratique des derniers mandats présidentiels. Elle doit s'accompagner des garanties exigibles d'un organe explicitement opérationnel et décisionnel : la suppression du secret défense au profit de comptes rendus ; la délimitation plus précise de ses domaines d'intervention ; la limitation de ses formations spécialisées ; la clarification de son rôle dans le processus décisionnel réglementaire.

Enfin, de même que la gestion des crises contemporaines a déjà provoqué la création de structures interministérielles, il faut s'efforcer de préserver la mission de contrôle parlementaire et d'en améliorer l'information. Clarifier le partage constitutionnel des compétences au sein de l'Exécutif et réformer le Conseil par voie législative reviendrait sur ce point à tirer les leçons du passé. Le contraire rendrait le gouvernement passible de l'accusation renouvelée de « mépris du législateur », de « déni de démocratie » et pourrait contribuer à accroître la judiciarisation de la responsabilité exécutive, une tentation déjà bien assouvie.

Thibault Desmoulins

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), qualifié aux fonctions de maître de conférences en droit public (CNU 02) et en histoire du droit (CNU 03), membre de l'Institut Michel Villey pour la culture juridique et la philosophie du droit. Sa thèse de doctorat consacrée à *L'Arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours* et dirigée par François Saint-Bonnet, a reçu le prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et se trouve actuellement en cours de publication.

Mickaël Lavaine

Du libéralisme au néolibéralisme dans la jurisprudence administrative de l'entre-deux guerres*

> On ne tombe jamais deux fois dans le même abime. Mais on tombe toujours de la même manière, dans un mélange de ridicule et d'effroi.
>
> É. Vuillard, *L'ordre du jour* (2017)[1].

La « Belle Époque[2] » est aussi celle du droit administratif. Des débuts de la Troisième République jusqu'à la Première Guerre mondiale, les grandes « cathédrales[3] » doctrinales du droit administratif sont élevées. La période consacre des architectes, Hauriou, Duguit, Michoud notamment. Elle forge aussi des outils du savoir juridique – revues, format de thèse, notes de jurisprudence, manuels[4] – dont l'hégémonie ne sera jamais vraiment inquiétée au XX^e siècle. Cela dit, cet « âge d'or[5] » connaît ses évolutions internes. La jurisprudence du Conseil d'État devient progressivement l'objet central puis exclusif de la

* Je tiens à remercier les professeurs Clément Chauvet, Mathieu Doat et Benoit Plessix dont les fines relectures et suggestions m'ont permis d'améliorer cette étude.

[1] É. VUILLARD, *L'ordre du jour*, Arles, Actes Sud, 2017, p. 150.

[2] Sur la justification historique de l'emploi de cette expression, voir notamment M. WINOCK, *La Belle Époque*, Paris, Perrin, 2003. Sur sa déclinaison en droit administratif : N. HAKIM et F. MELLERAY, « Présentation. La belle Époque de la pensée juridique française », in N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1.

[3] F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 323.

[4] Sur ces points voir notamment A. LE DIVELLEC, « La fondation et les débuts de la *Revue du droit public et de la science politique* (1894–1914) », *Revue du droit public*, n° 2, 2011, p. 521 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Des premiers ouvrages scientifiques de droit administratif du XIX^e siècle. Éléments de pratistique : des traités aux manuels (1800–1880). Exhumation d'écrits (traités et manuels) trop tôt inhumés par la République scientifique », in A.-S. CHAMBOST (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, LGDJ, 2014, p. 220-233. Et tout particulièrement : F. LARNAUDE, « Le droit public. Sa conception. Sa méthode », in H. BARTHÉLEMY *et al.*, *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1910, p. 1-61.

[5] T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987, p. 38.

science du droit administratif. De proche en proche, l'analyse se technicise jusqu'à en « oublier l'État[6] ».

Cet oubli de l'État qui se dessine dès le début de la Première Guerre mondiale et qui se confirmera après, marquera profondément la constitution du savoir juridique sur le rôle de l'État. La subtile combinaison de différents éléments de la culture juridique d'alors occultera la composition idéologique de la jurisprudence administrative à ce sujet. Non seulement le mythe du juge-automate produit un véritable déni de la création du droit par le juge[7], mais en plus, la prétention à la scientificité conduit à refuser la dimension politique du droit[8]. Si bien que les décisions du Conseil d'État pourront être analysées et décortiquées dans leur moindre détail sémantique sans que ne soit jamais fait explicitement référence à leurs contenus idéologiques.

Pourtant, si les institutions de la Troisième République n'ont pas réellement été remises en cause après la Première Guerre mondiale[9], l'État traverse une véritable crise existentielle quant à son rôle. Si l'on tient l'idéologie pour « l'ensemble des valeurs et des règles qui justifient et/ou dirigent l'activité de création et d'application ou d'interprétation du droit[10] », la guerre a profondément interrogé l'ensemble des valeurs et des règles en ce qui concerne le rôle de l'État. Comme le résument Jean-Jacques Becker et Serge Berstein, « traditionnellement, l'État jouait un rôle assez faible dans la vie matérielle du pays. Les circonstances conduisirent à une

---

[6] Voir sur ce point : O. Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, t. I., Paris, Dalloz, 2011, p. 207. ; O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, nº 11, déc. 2013, p. 1-36 [http://juspoliticum.com/article/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t-elle-un-repli-de-la-doctrine-publiciste-francaise-sur-la-technique-juridique-825.html] ; D. Maslarski, « La conception de l'État de Gaston Jèze », *Jus Politicum*, nº 3, déc. 2009, [http://juspoliticum.com/article/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston-Jeze-147.html].

[7] Sur ce déni, voir parmi une littérature considérable : J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 28-50. ; O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive du droit », in M. de Juglart (dir), *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, Dalloz, 1960, p. 349-377. ; P. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in H. Blaise (dir), *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 603-620. ; P. Hébraud, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329-372. ; S. Bélaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974. ; Ch. Eisenmann, « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in J. Maury (dir), *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477.

[8] Voir notamment G. Jèze, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *Revue du droit public*, t. 34, 1914, p. 311.

[9] Pour une présentation des enjeux juridiques de la Première Guerre mondiale, voir notamment les contributions de la revue *Jus Politicum. Le droit public et la Première Guerre mondiale* (nº 15, 2016, [http://juspoliticum.com/numero/Le-droit-public-et-la-Premiere-Guerre-mondiale-67.html] ; vol. VIII, Paris, Dalloz, 2016, 310 p.).

[10] J.W., « Idéologie », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 282. On pourra citer aussi les travaux de Pierre Legendre au sujet de l'idéologie. Voir en particulier : P. Legendre, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État du droit*, Paris, Fayard, 2005, en part. concernant « la représentation managériale du monde », p. 63.

véritable "exubérance" de l'État [11] ». Le ministre du Commerce et de l'Industrie durant la Guerre, Etienne Clémentel, écrira sans détour en 1931 :

> une des grandes leçons que le monde économique doit tirer de l'histoire de la guerre, c'est que toute crise mondiale entraînera désormais fatalement, en dehors des pertes sanglantes en hommes et des destructions innombrables de richesses de toutes sortes, la mainmise de chaque État sur son activité nationale, la réquisition et la mobilisation de toutes les usines et de tous les ateliers : en un mot cette ingérence de l'État, cette dictature économique qu'industriels et commerçants sont unanimes à combattre pendant les années de paix. […] La guerre moderne n'est plus seulement une catastrophe pour les individus, c'est aussi le bouleversement de l'économie normale […][12].

En effet, les exemples de l'ampleur de l'interventionnisme économique de l'État durant la guerre ne manquent pas : blocage des prix, des salaires, contrôle de la production, etc[13]. Toutes justifiées sur le registre des circonstances exceptionnelles, ces mesures n'en poseront pas moins aux institutions de la Troisième République une question dont la difficulté n'a d'égale que la simplicité : Quel est le rôle normal de l'État auquel il faut revenir ?

Partant, la séquence qui suit la Première Guerre mondiale est celle d'un travail de définition de ce qu'est le rôle de l'État, en fonction de systèmes de croyances et de valeurs au sujet de ce qu'il doit être. Ce travail de définition n'a pas lieu seulement à l'occasion de périodes exceptionnelles. Mais les crises présentent l'immense avantage de reconduire en surface les arbitrages idéologiques qui d'habitude se jouent dans la profondeur silencieuse du fonctionnement institutionnel ordinaire. L'État répond constamment à la question de son rôle par sa pratique de lui-même, mais la crise reporte à sa conscience cette interrogation. La réponse n'est évidemment pas fournie par un seul homme ou même une seule institution. Ce que l'on nomme « État » est en réalité un ensemble d'institutions particulièrement composite dont les options ne sont pas monolithiques et exemptes de contradictions. De ce fait, la réponse au sujet du rôle de l'État est produite dans une interaction systémique qui met en jeu différentes institutions aux missions et intérêts différents. Cette interaction fait toutefois la part belle au Conseil d'État dans la mesure où le rôle de l'État se définit en droit essentiellement en termes de compétences et de pouvoirs. Or, par la multitude de ses décisions rendues en excès de pouvoir, le juge élabore une jurisprudence du rôle de l'État dans le réseau croisé des textes juridiques qu'il interprète et des concepts de la culture juridique qu'il emploie dans ce but. La jurisprudence administrative de l'entre-deux guerres constitue dès lors un poste d'observation particulièrement privilégié d'un travail idéologique qui ne dit pas son nom, mais qui a bien lieu au sein de la technique juridique.

Ce travail idéologique ne dit pas son nom ; c'est sa difficulté et son intérêt. Il ne prend pas les apparences d'une doctrine revendiquée par le Conseil d'État dans une

---

[11] J.-J. Becker, S. Berstein, *Victoire et frustrations. 1914-1929*, Paris, Seuil, 1990, p. 70. L'expression « exubérance de l'État » est empruntée à F. Bock, « L'exubérance de l'État en France de 1914 à 1918 », *Vingtième siècle*, n° 3, 1984, p. 41.

[12] E. Clémentel, *La France et la politique économique interalliée*, Paris, puf, 1931, p. 321.

[13] Pour un panorama de ces mesures, voir notamment R.F. Kuisel, *Le capitalisme et l'État en France. Modernisation et dirigisme au XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1984, en part. p. 73 *sqq.* ; F. Bock, « L'exubérance de l'État en France de 1914 à 1918 », art. cité. ; J.-J. Becker et S. Berstein, *Victoire et frustrations. 1914-1929, op. cit.*, p. 70 *sqq.* ; J.-M. Guieu, *Gagner la paix 1914-1929. Histoire de la France contemporaine*, Paris, Seuil, 2015, en part. p. 69 *sqq.*

ou plusieurs de ses décisions. Ainsi, aucune ne prévoit, figé dans le marbre de sa rédaction, quel est le rôle normal de l'État. Les conseillers d'État et les commissaires du gouvernement n'évoluent pas dans un monde éthéré et statique d'idées pures[14] relatives au rôle de l'État. C'est la raison pour laquelle il serait par exemple grossier – au sens littéral – de prétendre sans précaution que la jurisprudence du Conseil d'État est ou n'est pas libérale. Non seulement, au sein d'une même période la jurisprudence n'est pas un bloc à angles droits, mais en plus, entre périodes successives, elle connaît des inflexions, des écarts, qui peuvent échapper à ceux-là mêmes qui rédigent les décisions. Au surplus, même dans le monde éthéré des idées, il existe au sein d'un même courant idéologique des variations significatives qu'il serait tout aussi illusoire de regrouper abusivement sous un même adjectif qualificatif. Il n'existe pas un libéralisme dont un auteur pourrait s'attribuer la vérité incontestable de la théorie. Si les joutes idéologiques peuvent parfois prendre ce genre d'allures, il n'en demeure pas moins que les idées n'ont d'existence que dans la relativité des hommes qui les élaborent. Quoi qu'il en soit, la composition idéologique d'un système institutionnel n'est jamais la version pure d'une philosophie politique. Elle est toujours une version, unique, située, abâtardie par les compromis nécessaires, les désaccords, et même les malentendus. Les idéologies se frayent ainsi un chemin dans les institutions en se déformant pour en épouser les circonstances au gré des hommes qui les portent, et de leurs positions de pouvoir.

Pour ces raisons, l'analyse du travail idéologique que réalise la jurisprudence administrative durant l'entre-deux guerres au sujet du rôle de l'État ne peut revenir à baliser des périodes strictement définies exprimant des idéologies parfaitement explicitées, cohérentes et assumées. Au contraire, l'analyse de ce travail idéologique, et c'est tout son intérêt, revient à détecter les idées en action[15], à l'œuvre, qui se frayent un chemin, dans la multitude des décisions du Conseil d'État. Ces idées en action n'ont pas le souci du découpage historique, elles n'ont même pas celui de l'absence de contradictions. À cet égard, il semblerait que dans la jurisprudence, il n'y ait pas une idéologie en position, mais des idéologies – parfois contradictoires – en mouvement constant dans l'enchevêtrement des faits et de l'interprétation du droit. Cela dit, la jurisprudence ne s'élabore pas non plus selon un anarchisme qui ne permettrait pas de discerner des lignes qui apparaissent, persistent et parfois disparaissent. Ainsi, ce ne peut être qu'entre l'impressionnisme de la jurisprudence et son souci de cohérence que l'analyse d'un travail idéologique peut naviguer. Modestement, l'ambition de la recherche est d'identifier dans la multitude des décisions, la manière dont certains systèmes de valeurs ou de croyances relatifs au rôle de l'État ont été mobilisés par les membres du Conseil d'État.

Les intérêts d'une recherche de ce type ne sont pas négligeables.

Premièrement, il s'agit de refuser la coupure entre technique juridique et idéologie, non pas seulement du point de vue de la théorie du droit comme cela est admis désormais[16], mais bien du point de vue de la pratique de l'analyse du droit

[14] En ce sens, notamment B. CHENOT, « L'existentialisme et le droit », *RFSP*, n° 1, 1953, p. 65.

[15] À l'image du philosophe G. Chamayou qui entreprend de « rendre compte des pensées au travail, de leurs efforts, des intentionnalités qui les ont orientées, mais aussi des dissensions, contradiction et apories qu'elles ont rencontrées » (G. CHAMAYOU, *La société ingouvernable. Une généalogie du libéralisme autoritaire*, Paris, La Fabrique, 2018, p. 10).

[16] E. Millard note ainsi que « les normes juridiques expriment évidemment des valeurs ». E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 22.

administratif. Replacer l'analyse idéologique au cœur de l'étude de la technique juridique permet d'aller chercher les idées à l'un des endroits où s'élabore la définition juridique du rôle de l'État. Paradoxalement, la technique juridique peut ainsi donner à voir, selon qu'on s'en empare d'une manière ou d'une autre, un droit asséché ou bien un droit richement situé.

Deuxièmement, admettre qu'il n'y a pas d'homogénéité idéologique complète dans la jurisprudence met en mesure de regarder différemment l'objet en étudiant comment se « comportent » ces idées, et pourquoi. Au lieu de rechercher la certitude d'un principe jurisprudentiel, il s'agit de chercher les mouvements, les écarts, les superpositions qui témoignent de la manière dont se définit juridiquement, dans la diversité des affaires, une « manière d'être de l'État[17] », toujours provisoire. Si cette approche contrevient aux impératifs contemporains de la professionnalisation du savoir universitaire, elle formule néanmoins une promesse plus tenable que celle de la certitude d'un droit artificiellement géométrique prêt à l'emploi technique.

Troisièmement, l'entre-deux guerres constitue une période souvent ombragée par cet âge d'or des années 1900. Pourtant, elle est le moment où l'État français recherche douloureusement cette manière d'être qui serait apte à surmonter le terrible choc guerrier infligé à une société désormais traumatisée. Le droit administratif de l'entre-deux guerres est celui de la quête difficile, dos au mur du désastre, d'un nouvel art de gouverner[18]. Léon Aucoc a pu écrire que « les leçons de l'histoire sont trop souvent perdues pour les hommes et pour les peuples [mais] il ne faut pas cependant se lasser de les leur remettre sous les yeux[19] ». Sans doute une période de crise si intense recèle-t-elle de leçons que chacun pourra tirer selon sa lecture. De ce point de vue, l'appellation de la période elle-même donne à réfléchir. Elle est dite « entre-deux guerres ». Si elle est effectivement balisée de deux guerres, elle n'est pas plus entre-deux qu'une autre période de l'Histoire. C'est même sans doute l'éternel glissement du temps que de ne placer le présent qu'entre un passé qui n'est plus vraiment et un futur qui n'est pas encore. Un présent qui articule les deux, une transition continue que le droit imprime inévitablement par son mouvement idéologique permanent.

À cet égard, la jurisprudence administrative de cette période est le puissant reflet de l'entre-deux idéologique qui se joue au sujet de la réflexion sur le rôle de l'État, impérieusement réactivée par la Première Guerre. Dans ses décisions concernant notamment la création de services publics, la gestion du domaine public, les pouvoirs fiscaux des personnes publiques, le Conseil d'État juge pendant deux décennies les pouvoirs dont disposent les personnes publiques et, se faisant, définit par touches jurisprudentielles successives le rôle de l'État. Cette définition relève du mouvement de l'entre-deux, entre un passé qui n'est plus vraiment et un futur

---

[17] M. Hauriou, « Décentralisation », in L. Bécquet (dir.), *Répertoire du droit administratif*, t. IX., **Paris**, Paul Dupont, 1891, p. 482.

[18] M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard, 2004, p. 6 : « L'art de gouverner doit […] fixer ses règles et rationaliser ses manières de faire en se proposant en quelque sorte pour objectif de faire passer à l'être le devoir-être de l'État ».

[19] L. Aucoc, « Les controverses sur la décentralisation administrative : étude historique », *Revue politique et parlementaire*, 2e année, t. IV, no 10, avril 1895, p. 3.

qui n'est pas encore. Dans ce mouvement, se côtoient, se contredisent, et se suivent, à la fois un libéralisme qui persiste (I) et un néolibéralisme qui émerge (II).

I. La persistance d'un libéralisme

En 1919, l'année d'avant est 1913 ; entre les deux, l'exception clôturée de 1914-1918. Kuisel note qu'« une guerre gagnée tend à consolider le *statu quo*, alors que la défaite paraît plutôt stimuler la rénovation[20] ». La France d'après-guerre n'échappe pas à cette inclinaison des vainqueurs. Globalement, le consensus dans l'opinion publique se concentre autour du désir d'un retour à l'ordre normal interrompu en 1914[21], sans en remettre en question ni la structure ni les principes, au contraire. Politiquement les élections législatives de 1919 consacrent, avec 55 % des suffrages exprimés, le « Bloc national », parti de coalition des droites, dont l'unité programmatique est la promesse implicite d'un retour à l'âge d'or de la Belle Époque. Il s'agit ainsi de combattre le Bolchevisme, retrouver la liberté de la presse, de l'enseignement, la laïcité, restaurer la liberté du commerce et de l'industrie, et enfin, soigner les finances publiques en imposant le respect du Traité de Versailles à l'Allemagne, en particulier concernant ses obligations financières envers la France[22].

Institutionnellement, le ton est à la décrue de l'État dans tous les domaines qu'il avait exceptionnellement investis. À cet égard, la théorie des circonstances exceptionnelles bâtie par le Conseil d'État, d'abord en fonction consultative durant la Guerre[23], puis en fonction contentieuse en 1918[24] et 1919[25], confortera cette « approche suspensive » de la normalité de 1914, laquelle devient donc l'objectif politique et juridique de l'immédiat Après-guerre.

Cette approche perdurera tout le long des années 1920 mais devra rapidement se confronter à la réalité dévastée de l'Après-guerre, que le mythe de la « Belle Époque » ne suffira pas à surmonter. Becker et Berstein indiquent que

> c'est dans cette dialectique entre une volonté viscérale de retour au passé pour oublier la guerre et l'impossibilité pratique de ce retour du fait des bouleversements dus au conflit que réside pour l'essentiel, l'histoire de la France des années vingt, et c'est par elle que s'expliquent les aléas de la vie politique comme les transformations de la société et des mentalités[26].

Durant cette séquence où le puissant désir de retour à un supposé âge d'or se confronte progressivement aux irrémédiables effets du conflit, l'attitude du Conseil d'État est particulièrement intéressante. Dans un premier temps, il s'inscrira dans le concert du retour à l'ordre d'antan. Ainsi, massivement, le libéralisme économique d'avant-guerre fera retour dans la jurisprudence administrative (A). Mais

---

[20] R.F. Kuisel, *Le capitalisme et l'État en France*, *op. cit.*, p. 117.

[21] Sur ce point : J.-J. Becker et S. Berstein, *Victoire et frustrations. 1914-1929, op. cit.*, p. 155.

[22] Voir le programme publié dans le journal *La Presse*, samedi 25 octobre 1919.

[23] O. Carton, « Premier regard sur l'activité consultative du Conseil d'État durant la Première Guerre mondiale », in M. de Boisdeffre, *Le Conseil d'État et la Grande Guerre*, Paris, La Documentation française, 2017, p. 170.

[24] CE, 28 juin 1918, *Heyriès, S.*, 1922, III, p .49. Note Hauriou.

[25] CE, 28 février 1919, *Dol et Laurent, S.*, 1918-1919, III, p. 33. Note Hauriou.

[26] J.-J. Becker et S. Berstein, *Victoire et frustrations. 1914-1929, op. cit.*, p. 178.

lorsque, dans un second temps, la pertinence de ce retour à l'ordre d'avant-guerre s'effritera et que les institutions politiques, poussées par les faits, changeront le cap en s'affranchissant progressivement du passé, le Conseil d'État maintiendra sa position conservatrice (B).

A. Le retour jurisprudentiel du libéralisme économique d'avant-guerre

La France d'avant-guerre est traditionnellement présentée comme libérale tant politiquement qu'économiquement[27]. Ainsi, « la France de 1900 était fière de réaliser l'union d'une république libérale et d'une économie libérale. Ordre politique et ordre économique relevaient d'un commun héritage, qui provenait de la Révolution française[28] ». Sans démentir cette affirmation, cette réalité mérite d'être nuancée dans le détail. Si les institutions centrales emploient des catégories de pensée du libéralisme économique, certaines municipalités d'avant-guerre sont le creuset du développement d'une idéologie adverse, le socialisme municipal[29], dont le lieu d'endiguement sera la jurisprudence du Conseil d'État. Et ce sont ces matériaux idéologiques et juridiques du libéralisme économique d'avant-guerre que le Conseil d'État va continuer d'employer pour engager la décrue de l'État après-guerre.

Si le libéralisme économique est composite et variable, suivant les auteurs qui l'ont inspiré jusqu'à nos jours[30], le pivot idéologique reste invariablement la doctrine du laissez-faire établissant les limites de l'action de l'État[31]. « Les particuliers constituent la limite de l'action gouvernementale, puisqu'elle ne doit pas venir entraver ce que les individus entendent réaliser, pas plus qu'elle ne doit faire à leur place ce qu'ils font volontiers par eux-mêmes […][32]. » Une nette coupure et un strict principe de subsidiarité[33] entre l'État et le marché structurent la définition du

---

[27] Par exemple, S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 35. « Le XIXe siècle en France est une période de libéralisme triomphant ».

[28] R.F. Kuisel, *Le capitalisme et l'État en France*, *op. cit.*, p. 27.

[29] Voir sur ce point, parmi une littérature considérable : A. des Cilleuls, *Le socialisme municipal à travers les siècles*, Paris, A. Picard et fils, 1905. ; J.-J. Bienvenu et L. Richer, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *Revue historique de droit français et étranger*, no 2, 1984, p. 205 ; N. Droin, « Aux origines du socialisme municipal : Cesar de Paepe », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, no 2, 2015, p. 167. ; P. Dogliani, *Le socialisme municipal de la Commune à la Grande Guerre*, Nancy, Arbre Bleue, 2018.

[30] Voir notamment : P. Némo, *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, 2e éd., Paris, PUF, 2013, en part. p. 591 *sqq.* « Démocrates et libéraux en France au XIXe siècle » ; J.M. Albertini et A. Silem, *Comprendre les théories économiques*, 4e éd., Paris, Seuil, 2011, en part. p. 133 *sqq.*, « L'économie selon les descendants d'Adam Smith ».

[31] Voir notamment pour des développements substantiels : W. Lippmann, *La Cité libre*, Paris, Les belles lettres, 2011 [1938], en part. p. 295 *sqq.*, « Principes politiques du libéralisme ». ; M. Friedman, *Capitalisme et liberté*, Paris, Flammarion, 2016 [1962], en part. p. 53 *sqq* « Le rôle du pouvoir politique dans une société libre ». À ce sujet, M. Foucault note que « la question de la frugalité du gouvernement, c'est bien la question du libéralisme » (M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 31).

[32] P. Dardot et C. Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La Découverte, 2010, p. 111.

[33] Voir sur ce point, J.-J. Bienvenu, « Art. 23. La subsidiarité de l'interventionnisme public », in B. Seiller *et. al.* (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, 2012, p. 341.

rôle de l'État libéral. En 1891, l'influent Paul Leroy-Beaulieu écrira ainsi, dans un vocabulaire d'une étonnante modernité, que les entreprises privées

> en vertu de la flexibilité dont elles jouissent, de la rapidité aux adaptations successives, de la part plus grande qu'elles font à l'intérêt personnel, à l'innovation, de leur responsabilité mieux définie à l'égard de leur clientèle, de la concurrence aussi qu'elles subissent et qui les stimule, doivent être préférées à l'État pour tous les services qui sont susceptibles d'être défrayés tant par celui-ci qui par celle-là[34].

Selon lui, « l'État est une collectivité rigide, qui ne peut agir qu'au moyen d'un appareil compliqué […]. Une pareille machine ne peut rien inventer. L'État n'a rien inventé et n'invente rien[35] ». Cette position inspirera la décision *Casanova*[36] en ce qu'elle vise les circonstances exceptionnelles de l'absence d'initiative privée pour justifier l'intervention économique d'une commune. Hauriou condense alors en une formule tout ce que cette décision avait de libéral : « la vie et l'activité publiques sont l'exception, la règle c'est la vie privée[37] ». Il ajoute que « les organisations administratives ne doivent se présenter que comme des remèdes aux défaillances ou aux insuffisances de l'initiative privée[38] ». Cette doctrine de non-intervention publique, sa cristallisation dans le rapport communes/Conseil d'État, se redéployera dans de nombreux contentieux après 1918.

Dès une décision du 3 mai 1918, le Conseil d'État réaffirme le crédo libéral. Dans cette affaire, en 1898, la société *Schneider* s'interrogeait sur le lieu le plus approprié pour édifier un établissement métallurgique. Parallèlement,

> à l'époque, l'économie portuaire cettoise[39] est moribonde. Site de transit pour le commerce des vins, Cette décline sous l'effet conjugué des mesures protectionnistes engagées dans le secteur agricole et par le changement d'orientation des vins espagnols dont l'écoulement se fait désormais dans la région parisienne, via le port de Rouen. De la nécessité de renouveler les marchandises naît la volonté de créer un centre d'industries lourdes susceptibles de diversifier l'économie tout en fournissant au port un trafic assuré de matières pondéreuses[40].

Cette volonté se manifestera par une délibération du 19 novembre 1898 par laquelle le Conseil municipal va abandonner à la société Schneider, jusqu'à concurrence de 300 000 francs, des droits d'octroi sur les matériaux des constructions de ladite société. « Cette a été retenue grâce à la politique volontariste menée par les acteurs sociopolitiques locaux. Mise en concurrence avec d'autres cités méditerranéennes,

---

[34] P. Leroy-Beaulieu, *L'État moderne et ses fonctions*, 1891, p. 88.

[35] *Id.*, « État », *Nouveau dictionnaire d'économie politique*, Paris, Guillaumin et Cie, 1891, p. 951. Pour une déclinaison pratique de ce point de vue : H. Fayol, « L'incapacité industrielle de l'État : les P.T.T. », *Revue politique et parlementaire*, t. 106, 1921, p. 365.

[36] CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333.

[37] M. Hauriou, « Note sous CE, 29 mars 1901, *Casanova* », in *id.*, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 237.

[38] *Ibid.*

[39] Il s'agit de la commune désormais nommée « Sète » mais dont le nom était jusqu'en 1927 « Cette ». Par souci d'exactitude historique, l'orthographe alors en usage a été conservée.

[40] J.-P. Passaqui, *La stratégie des Schneider. Du marché à la firme intégrée (1836-1914)*, Rennes, PUR, 2006, p. 285.

elle obtient les faveurs d'Eugène [Schneider] grâce aux importants sacrifices financiers qu'elle consent[41] ». Par la suite, le 2 février 1911, le préfet de l'Hérault déclare nulle de droit la délibération du Conseil municipal de Cette. La société Schneider conteste la décision du préfet devant le Conseil d'État afin qu'il se prononce sur la légalité d'une remise d'impôt en faveur d'une entreprise privée. Une telle appréciation ne pouvait se fonder que sur une doctrine d'intervention économique de l'État par l'incitation fiscale. Or, par sa décision du 3 mai 1918, le Conseil d'État va censurer la délibération cettoise. Il estime qu'

> il est interdit d'accorder à un redevable aucune remise de l'impôt et, par conséquent, aucune remise des droits d'octroi, ni aucun remboursement de ces droits, si ce n'est lorsque ce redevable se trouve associé à un service public : que tel n'était pas le cas de la société Schneider, dont l'entreprise avait un caractère privé[42].

La décision s'inscrit clairement dans la continuité d'une autre décision en date du 6 mars 1914, dans laquelle Conseil d'État avait considéré « qu'il ne rentre pas dans les attributions du Conseil municipal d'allouer des subventions sur les fonds communaux à une entreprise privée, pour la favoriser dans la concurrence qu'elle soutient contre les autres commerçants de la localité[43] ». L'intervention d'une commune ne peut donc avoir lieu que dans le périmètre du service public, et non dans celui de l'entreprise privée. Ainsi, quels que soient les motifs pour lesquels la commune a adopté la délibération litigieuse, l'intervention par l'incitation fiscale était illégale en raison du caractère strictement privé de l'entreprise qui en bénéficiait. Le Conseil d'État rechausse le libéralisme économique du laissez-faire qu'il appliquera à de nombreuses reprises, au-delà du contentieux fiscal, dans les contentieux relatifs à la création et à la gestion des services publics.

Ainsi, en 1921, les juges réactualisent la décision *Casanova* au sujet de la création, par le Conseil général sur le territoire de Belfort, d'une caisse départementale dont l'objet était d'assurer, dans une certaine limite, le tout-venant contre les risques d'incendie. Le syndicat des agents généraux des Compagnies d'assurances du territoire de Belfort s'était pourvu au Conseil d'État. Ce dernier devait donc juger de la légalité d'une telle intervention de l'État dans le champ de cette activité. Dans ses conclusions sur l'affaire, le commissaire du gouvernement Corneille positionne très clairement le fondement même du service public dans la doctrine non-interventionniste. Il écrit :

> si, par suite de l'activité de l'initiative privée, de l'initiative des industriels et des commerçants, chacun de ces intérêts particuliers reçoit satisfaction, et satisfaction dans des conditions (pécuniaires ou autres) qui ne soient pas prohibitives pour aucun membre de ce groupement, il n'y a plus d'intérêt collectif à satisfaire, il n'y a plus de base légale au service public[44].

Le commissaire reprend ainsi à son compte la synthèse d'Hauriou[45] selon laquelle l'intervention privée est de principe, alors que l'intervention publique est l'exception. Le Conseil d'État n'en ajoutera pas plus en jugeant dans cette affaire que :

---

[41] *Ibid.*

[42] CE, 3 mai 1918, n° 59510, *Schneider et Cie*, Rec. 410.

[43] CE, 6 mars 1914, n° 4885, *Syndicat de la boucherie de la ville de Châteauroux*, Rec. 308.

[44] CE, 21 janvier 1921, n° 54413, *Syndicat des agents généraux des Compagnies d'assurances du territoire de Belfort*, Rec. 82. Concl. Corneille, *D.*, 1921, III, p. 37.

[45] Cf. *supra.*

« s'il peut appartenir exceptionnellement aux administrations locales d'intervenir pour la satisfaction des besoins essentiels de la collectivité en cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée, cette circonstance extraordinaire n'est aucunement celle de l'espèce[46] ». Ce principe de subsidiarité appliqué aux domaines de compétences des personnes privées et des personnes publiques sera de nombreuses fois rappelé. Il en va ainsi par exemple en 1924[47], 1926[48], 1928[49].

Parallèlement, ce qui sera plus tard considéré comme l'apparition de la catégorie de « service public industriel et commercial » relève également d'une approche libérale, mais selon un raisonnement renversé. Si une personne publique créée un service qui relève de l'initiative privée, elle ne pourra le mener que selon les règles du jeu des activités privées. P. Matter est clair dans ses conclusions en 1921 :

> cette distinction s'impose : certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique ; il est nécessaire que le principe de la séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun[50].

Francis-Paul Bénoit expliquera plus tard la composition idéologique de la nouvelle catégorie des SPIC qui, selon lui,

> manifestait […] une hostilité de ces juges à l'égard de telles activités. Les magistrats, statuant en 1921, étaient des hommes formés au libéralisme tel que celui-ci était conçu au XIXe siècle : pour eux, les collectivités publiques ne devaient s'occuper que de police, de route, d'assistance, activités qu'ils considéraient comme des activités publiques "par nature" […]. Ne pouvant s'opposer à la création de tels services, ils trouvèrent ce moyen indirect, pour freiner l'évolution en cours d'affirmer que ces services fonctionnaient comme des entreprises privées afin de leur faire application de la compétence judiciaire, et croyaient-ils, du droit privé. Dans leur esprit il s'agissait par-là de limiter la collectivisation de ces activités en les soumettant[51] au droit des entreprises privées[52].

À ce sujet, la défiance des juges à l'égard de l'interventionnisme économique de l'État est particulièrement présente dans la formulation que le Conseil d'État retient lorsqu'il emploie pour la première fois l'expression « services publics industriels et commerciaux » en 1921 : « Considérant que, dans l'exploitation des services publics industriels et commerciaux dont il croit devoir assurer la gestion, l'État se trouve vis-à-vis des usagers dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire […][53] ». Le juge marque nettement une distance vis-à-vis de la pertinence

---

[46] *Ibid.*

[47] CE, 28 mars 1924, nº 70349, *Sieur Genet et syndicat de la poissonnerie en détail*, Rec. 347.

[48] CE, 11 juin 1926, nº 78912, *Sieur Raynaud*, Rec. 591.

[49] C.E., 13 juillet 1928, nº 79729, *Sieur Burgeat*, Rec. 897.

[50] P. Matter, « Conclusions sur TC, 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte-d'Ivoire c/ Société commerciale de l'Ouest africain* », *D*, 1921, III, p. 2.

[51] C.E., 11 juin 1926, nº78912, *Sieur Raynaud*, Rec. 591.

[52] F.-P. Bénoit, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 788.

[53] CE, 23 décembre 1921, nº 66686, *Société générale d'armement* Rec. 1109. Concl. Rivet, *Revue du droit public*, 1922, p. 74.

de l'intervention de l'État à travers la formule : « dont il croit devoir assurer la gestion ».

Qu'on ne s'y trompe pas, le type de libéralisme économique ainsi identifié dans la jurisprudence du Conseil d'État ne saurait être considéré comme un libéralisme économique caractérisant toute la structure institutionnelle française. Le libéralisme français est un libéralisme contrarié par les ilots de colbertisme que même le XIX^e^ siècle n'a jamais réussi à engloutir[54]. Même discutées en doctrine, les interventions monopolistiques de l'État central relèvent peu du Conseil d'État. Si bien que le libéralisme économique de la jurisprudence administrative s'épanouit dans la technique juridique comme une idéologie dominante mais surtout comme un outil de contrôle des autorités décentralisées qui seraient trop nourries de socialisme municipal. À cet égard, l'opinion de H. Berthélémy en 1921 exprime ce mépris du local et, en creux, de la démocratie communale.

> L'"interventionnisme" n'a pas su se borner. L'État fournisseur normal de justice et de sécurité s'est fait en outre commissionnaire, banquier, armateur, constructeur de navires, bibliothécaire, collectionneur, graveur, placier, maître d'école, entrepreneur de spectacles, marchand d'eaux minérales, médecin, philanthrope, imprimeur, tapissier, sylviculteur, éleveur, fabricant de cigares, marchand d'allumettes, assureur, journaliste, bookmaker, etc. Quand l'administration n'agit pas par elle-même, elle contrôle et réglemente l'action privée. Elle se mêle de tout[55].

Il ajoute :

> Nous redoutons bien sans doute l'incompétence, disons même l'incohérence des autorités décentralisées. Nous comptions pour nous en défendre sur l'exercice du contrôle administratif. Or voici que le plus souvent, par indifférence ou par faiblesse inspirée par la politique locale, la tutelle administrative a manqué son but. Elle a toléré le gaspillage des finances municipales ; elle a couvert la tyrannie des "nouveaux seigneurs du village" d'une mansuétude qu'on a pu prendre pour de la complicité… Nous n'avions pas voulu cela ! Nous comptions enfin sur l'organisation d'une justice administrative prompte, économique, dégagée de toutes les subtilités de la chicane… ! – Et voici que le bénéfice nous en est enlevé par l'encombrement du haut tribunal dont les arrêts, trop lents à venir, cessent d'être efficaces[56].

En tout état de cause, cette méfiance de la démocratie locale était déjà au fondement de la juridiction administrative elle-même en 1872. Le rapporteur de la loi du 24 mai explique à l'époque :

> à mesure que nous avancerons dans la voie de la décentralisation, on reconnaîtra qu'il est indispensable de protéger les particuliers contre les pouvoirs locaux, en leur ouvrant des recours devant une autorité qui sera d'autant plus impartiale qu'elle sera plus élevée […]. À l'avenir, les particuliers qui seront opprimés par les autorités sorties de l'élection ne sont pas obligés de garder le silence ; il faut au contraire les armer du recours pour excès de pouvoir[57].

---

[54] Voir sur ce point, notamment F. Démier, « Economistes libéraux et "services publics" dans la France du premier XIX^e^ siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 3, 2005, p. 33.

[55] H. Berthélémy, « Comment reconstituer les services publics ? », *Revue politique et parlementaire*, t. 114, 1923, p. 190.

[56] *Ibid.*, p. 191.

[57] Rapport Batbie à l'Assemblée nationale de la Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État, *S.*, 1872, p. 216 *sqq.*

G. Chamayou a pu récemment démontrer combien le libéralisme économique sur le versant du laissez-faire était un puissant outil de contrôle de la démocratie[58]. Au niveau local, la jurisprudence administrative des années 1920 illustre cette velléité de contrôle, sur fond de morale budgétaire. Cela dit, l'attitude du Conseil d'État ne saurait, encore une fois, être généralisée à toutes les institutions de l'État français. Dès 1919, mais surtout dans la deuxième partie des années 20, certaines autorités publiques évoluent quant à leur perception de l'intervention économique de l'État. À ce moment de fléchissement du libéralisme économique, le Conseil d'État fera preuve d'une incroyable résistance.

B. La résistance jurisprudentielle du libéralisme économique après-guerre

Dès la toute fin de la guerre, des interrogations sur le rôle économique de l'État éclosent dans les institutions centrales, en particulier ministérielles. Ces interrogations surviennent lorsqu'il s'agit d'élaborer un plan de reconstruction. Certains estiment que la reconstruction doit être menée suivant une coordination étatique de la production[59]. D'autres considèrent au contraire que cette reconstruction doit être remise au libre jeu de l'initiative privée qui serait le plus à même d'y parvenir[60], et de restaurer ainsi la richesse de la nation. La victoire du « Bloc national » aux élections législatives donnera faveur aux seconds. « Pour quatre ans, le régime se trouvait aux mains de gouvernants attachés à l'orthodoxie libérale. Leur espoir était de revenir très vite à l'économie de marché [...][61] ». Mais la trajectoire économique du pays résultant de cette politique allait reconduire le gouvernement Poincaré à reposer la question de l'interventionnisme public. Cette question allait prendre la forme technicisée des régies municipales, éloignée du débat idéologique auquel elles se rattachent pourtant[62].

En effet, les régies municipales étaient avant-guerre le levier juridique du socialisme municipal. Une méthode de socialisation de l'offre afin de satisfaire la demande dans des conditions d'intérêt général, à rebours des concessions attribuées à des personnes privées. La technique juridique est si ouvertement socialiste qu'une

---

[58] G. Chamayou, *La société ingouvernable*, *op. cit.*, en part. « Détrôner la politique », p. 235 *sqq.*

[59] Blazeix présente ainsi au Ministre du Commerce un rapport dans lequel il écrit que : « L'individualisme économique de l'avant-guerre doit céder la place aux puissances collectives organisées. Mais aujourd'hui comme hier, l'initiative privée demeure impuissante à s'organiser dans le sens de la subordination au but commun qui s'impose pour le développement économique de la nation. Il appartient aux pouvoirs publics [...] de coordonner tous les efforts individuels vers l'intérêt général ». H. Blazeix, *Rapport à Monsieur le Ministre sur la situation économique de la France*, 20 février 1917. Cité par R.F. Kuisel, *Le capitalisme et l'État en France*, *op. cit.*, p. 96.

[60] Voir par exemple une pétition de la Chambre de commerce de Béziers, 11 février 1919. : « Il n'y plus aucune raison de faire peser sur le commerce et sur la population la gêne considérable résultant des prohibitions, restrictions, taxations, monopolisations, et de la dictature économique des pouvoirs publics et des consortiums. Il faut que toutes ces manifestations du régime étatiste disparaissent peu à peu. Il ne faut pas que les fonctionnaires habitués depuis quelques temps à tout régenter, continuent à entraver l'action commerciale du pays, sous le prétexte qu'ils font ainsi depuis quatre ans. Il est de toute urgence de rendre au commerce la liberté dont il jouissait autrefois et sans laquelle il ne peut pas vivre ». Cité par R.F. Kuisel, *Le capitalisme et l'État en France*, *op. cit.*, p. 105.

[61] *Ibid.*, p. 123.

[62] Voir sur ce point les développements de B. Plessix, *Droit administratif général*, Paris, Lexisnexis, 2016, p. 853 *sqq.*, en part. « Arrière-plan idéologique ».

revue, *Les Annales de la régie directe*, est fondée en 1908 pour la promouvoir. Le programme de la revue alors exposé est particulièrement éloquent :

> Le transfert aux collectivités publiques de la propriété et de l'exploitation d'entreprises industrielles et commerciales est l'un des grands faits sociaux de notre temps. De plus en plus les États et les communes possèdent, produisent, vendent, soit à des particuliers, soit à des collectivités capitalistes, la gestion et même la propriété des services économiques d'intérêt public, et ils en assument eux-mêmes la charge, les gèrent directement, les prennent en régie directe. […] Ce sont d'ordinaire les industries et les commerces constitués à l'état de monopole qui sont nationalisés ou municipalisés : or, il est de l'intérêt évident des masses que les monopoles soient soustraits à la gestion capitaliste et remis à la collectivité[63].

Quoique combattue ardemment avant-guerre par les libéraux, la régie directe se révélera un amortisseur utile de la Guerre et de ses effets. Le conflit avait ainsi conduit de nombreuses municipalités à créer des régies afin d'assurer à la population certains besoins essentiels. Par exemple à Arcueil-Cachan, « dans la première semaine d'août 1914, la mairie fut assaillie par une foule de femmes que le départ de leur mari laissait désemparées et le plus souvent sans ressources, ainsi que par de nombreux chômeurs et chômeuses que l'arrêt de la vie économique privait de tout moyen d'existence[64] ». C'est la raison pour laquelle la municipalité a créé, sous forme de régie directe, un office d'approvisionnement communal qui intervenait sur un secteur d'activité privée, mais en pratiquant des prix bien moins élevés. Par exemple, là où l'office municipal vendait le kilo de pommes de terre à 19 francs, le prix pratiqué par le commerce privé était de 25 francs[65]. Par ailleurs, à Lyon, la municipalité, confrontée à un chômage féminin massif, créa une entreprise municipale en matière de textile. Ladite entreprise avait obtenu les marchés de confection textile avec l'armée, si bien que cette régie

> a enrayé l'exploitation des salaires féminins par les entrepreneurs sans scrupules. Elle a permis aux femmes de mobilisés ou des réfugiés d'ajouter un appoint aux allocations insuffisantes. Elle a donné aux mères de famille le moyen de gagner leur vie et celle de leurs enfants sans quitter le foyer. Enfin, elle a offert le salut à des centaines d'infortunées, privées de toute allocation, victimes de la guerre, par suite de la suppression de leur travail habituel[66].

Après la guerre, non seulement ces régies fonctionnaient toujours, mais en plus d'autres avaient été créées pour continuer à lutter contre L'augmentation continue du coût de la vie. Pour se figurer ce fléau économique infligé à une population survivante et meurtrie, on peut rappeler qu'« en janvier 1924, le coût de la vie est quatre fois supérieur à celui de 1914[67] ». Le journal *Le Petit Parisien*, dans un article titré « Le coût de la vie[68] » explique que sur la période 1914-1920, le prix du sucre a

---

[63] E. Milhaud, « Notre programme », *Annales de la régie directe*, nº 1, 1908, p. 1.

[64] R. Rousseau, « L'office d'approvisionnement communal d'Arcueil Cachan », *Annales de la régie directe*, nº 67, 1914, p. 54.

[65] *Ibid.*

[66] E. Herriot, « Les œuvres de guerre de l'Hôtel de ville de Lyon », *Annales de la régie directe*, nº 99, 1917, p. 167

[67] C. Jamet, « Pourquoi "la vie chère" après la Grande Guerre ? Le regard des français au miroir d'un grand quotidien », *Recherches contemporaines*, nº 1, 1993, p. 61.

[68] (Anon.), « Le coût de la vie », *Le Petit Parisien*, 13 mai 1922, p. 2.

été multiplié par 6, celui du veau par 7, celui des œufs par 7.6. Là encore, de nombreuses régies municipales auront pour fonction d'amortir le choc économique de l'Après-guerre.

Le développement et le maintien de ces régies directes, qui interviennent dans de nombreux domaines d'ordinaire réservés à l'initiative privée, placent le gouvernement Poincaré dans une situation délicate. D'un côté, non seulement ces régies sont utiles socialement mais elles permettent aussi à certaines municipalités de tirer quelques financements. D'un autre côté, elles ne s'élaborent dans aucun cadre légal clair, ce qui se traduit par l'absence de règles budgétaires garantissant le contrôle de la dépense publique. De plus, beaucoup d'entre elles sont contraires à la jurisprudence du Conseil d'État réservant traditionnellement l'activité commerciale aux personnes privées par principe, et ne la permettant aux personnes publiques que par exception.

Dans un contexte politique particulièrement délicat[69], le gouvernement Poincaré entreprit des réformes administratives et fiscales à travers plusieurs décrets. Parmi eux, le décret du 28 décembre 1926 traitait des régies municipales. L'ambition de ce texte était très claire : donner aux régies un cadre légal en en permettant l'existence, tout en encadrant le fonctionnement, notamment budgétaire. Les visées du texte sont suffisamment explicites dans le rapport précédant le décret du 28 décembre 1926 pour ne pas avoir à les paraphraser :

> L'intervention des communes en matière industrielle et commerciale proprement dite, distincte par conséquent du domaine ci-dessus, endiguée jusqu'à ces dernières années à la fois par la tutelle administrative et par la jurisprudence contentieuse, s'est imposée en quelque sorte au cours de la période de guerre, où un très grand nombre de communes ont été amenées à ériger en services municipaux la fourniture au public de diverses denrées ou marchandises nécessaires à ses besoins essentiels tels que l'alimentation, les vêtements et le chauffage. Ces initiatives se sont expliquées soit par la raréfaction des produits, soit par la défaillance du commerce libre, soit enfin par la hausse des prix qui était le plus souvent la résultante de cet état de choses. […] Aucune loi n'est jusqu'ici intervenue et l'on s'en tient dans la pratique aux règles découlant d'une jurisprudence, qui, en dépit de son évolution, demeure encore en arrière des nécessités actuelles[70].

Il s'agit donc de dépasser la jurisprudence administrative pour adapter le régime des régies directes aux *« nécessités actuelles »*. À cet égard, l'article 1er du décret du 28 décembre 1926 dédit le principe jurisprudentiel de non-intervention publique en matière industrielle et commerciale. L'alinéa 1er dispose : « Les communes et les syndicats de communes peuvent être autorisés […] à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial ». L'alinéa 2 précise : « Sont considérées comme industrielles ou commerciales les exploitations susceptibles d'être générées par les entreprises privées […][71] ».

---

[69] Comme le note R. Bonnard, « profitant du désarroi dans laquelle la crise financière avait plongé les milieux parlementaires, le ministère Poincaré a obtenu des Chambres l'autorisation d'opérer par décret des réformes d'ordre administratif et fiscal ». R. Bonnard, « Les décrets-lois du ministère Poincaré », *Revue du droit public*, t. 44, 1927, p. 248.

[70] *Rapport précédant le Décret du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales*, *S.*, 1927, p. 937.

[71] *S.*, 1927, p. 939.

A priori, le décret devait donc considérablement, dans sa lettre comme dans son esprit, dévitaliser la position d'inspiration libérale de la jurisprudence administrative au sujet de l'intervention économique des communes. La requête déposée au Conseil d'État par la Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers allait donner aux juges du Palais-Royal l'occasion de statuer sur cette tentative d'inflexion profonde du libéralisme de sa jurisprudence. En substance, la Chambre syndicale contestait la décision du préfet de refuser de déclarer nulle de droit différentes délibérations du conseil municipal de Nevers prévoyant l'ouverture d'un service municipal de ravitaillement[72]. Pour répondre à cette requête, le juge devait examiner la légalité de la décision du préfet au regard du décret du 28 décembre 1926, et ainsi vérifier qu'il n'avait commis aucune erreur de droit en estimant légale la création du service de ravitaillement. Les conclusions du commissaire du gouvernement Josse comme le texte de la décision elle-même vont illustrer la ténacité du libéralisme économique du Conseil d'État sur ces sujets.

Le commissaire du gouvernement pose clairement la question au sujet du décret de 1926 : « Les décrets de 1926, sur ce point, emportent-ils une modification du principe ? Les droits individuels, la liberté du commerce et de l'industrie subissent-ils une nouvelle atteinte ?[73] ». La réponse est tout aussi explicite : « Nous répondrons : non. Aujourd'hui comme avant, c'est toujours l'intérêt public qui commande, qui conditionne, d'après les circonstances de temps et de lieu, l'intervention des communes ». La position de surplomb, voire le dédain, adoptée par le commissaire du gouvernement à l'égard des auteurs du décret apparaît lorsqu'il reprend les termes même du rapport du décret :

> certes quelques passages des rapports au Président de la République précédant les décrets démontrent que les auteurs de ces textes ont eu de vastes desseins. […] De même, le rapport précédant le décret du 28 décembre déclare que votre jurisprudence "en dépit de son évolution demeure encore en arrière des nécessités actuelles" et que les communes ont vu leur tentative d'intervention quelquefois paralysées[74].

Le commissaire complète par une interprétation neutralisante du décret de décembre 1926 :

> Mais d'une part, l'idée que les auteurs du décret se sont fait de votre jurisprudence n'était peut-être pas très exacte. Ils en sont restés, en effet, à la notion de circonstances exceptionnelles, à coup sûr plus restrictives que vos formules actuelles. D'autre part et surtout, quels que soient les désirs des rédacteurs du décret, les textes ne permettent pas de conclure à une modification profonde, à un bouleversement des principes déjà posés par vous[75].

---

[72] À ce sujet, le point de vue adopté par Georges Vayrou permet de comprendre l'affaire sous un nouveau jour en mesurant les enjeux politiques locaux. Une telle optique – « vu d'en bas » – éclaire significativement les enjeux idéologiques que dissimulait le tour technique de la décision elle-même. G. Vayrou, « La liberté du commerce et de l'industrie, à Nevers au début du XXe siècle : un "Grand arrêt de la jurisprudence administrative" vu d'en bas », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Paris, LGDJ, 2014, p. 257.

[73] P. Josse, « Conclusions sur CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* », *Revue du droit public*, t. 47, 1930, p. 533.

[74] *Ibid.*, p. 535.

[75] *Ibid.*, p. 536.

Josse trouvera dans l'expression « service d'intérêt public » prévue à l'article 1er, le moyen d'introduire dans l'interprétation du texte les outils intellectuels propres à dévitaliser l'intention exprimée par les auteurs :

> la limite de l'activité de la commune [...] c'est l'intérêt public, un mot, mais qui est suffisant. Que l'intérêt public puisse être entendu plus largement qu'autrefois, d'accord, mais nous sommes fondés à conclure des textes que les décrets de 1926 ne dérogent pas aux principes[76].

Partant, l'intérêt public pourra être interprété à l'aune du principe de subsidiarité de l'action publique. Quels que soient les motifs pour lesquels la commune développe une régie directe, cela ne pourra être qu'en cas de carence de l'initiative privée. Le commissaire du gouvernement Josse affirmera alors sans détour que « le désir des municipalités de lutter contre la hausse des prix en faisant concurrence à l'industrie privée n'est pas une de ces circonstances spéciales qui vous font admettre l'intérêt public[77] ». On appréciera qu'il s'agisse d'un « désir » et non d'une nécessité.

Les juges ne retiendront pas une interprétation moins neutralisante du décret du 28 décembre 1926. Ils considèrent que :

> [...] les décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926, par lesquels [le Président de la République] a réalisé ces réformes, n'ont eu ni pour objet ni pour effet d'étendre, en matière de création de services publics communaux, les attributions conférées aux conseils municipaux par la législation antérieure ; que les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, l'intérêt public justifie leur intervention en cette matière[78].

L'application à l'espèce, quoique plus laconique, n'ajoutera pas au raisonnement de Josse :

> Considérant que l'institution d'un service de ravitaillement municipal destiné à la vente directe au public constitue une entreprise commerciale et qu'aucune circonstance particulière à la ville de Nevers ne justifiait la création en 1923 et le maintien, au cours des années suivantes, d'un service municipal de cette nature dans ladite ville.

Le commentaire juridique de l'époque est plutôt technique mais indique toutefois l'attitude du Conseil d'État :

> L'ancienne méfiance que la jurisprudence administrative nourrissait à l'égard des Régies municipales ne disparut en aucune façon ; il advint même qu'à de fréquentes reprises, le Conseil d'État, après avoir rappelé la légalité des décrets réglementant les régies municipales, s'empressât aussitôt après, dans l'espèce particulière qui lui était soumise, d'annuler les décisions portant création de ces régies pour des motifs inspirés de l'examen même de la situation particulière des régies incriminées[79].

---

[76] *Ibid.*

[77] *Ibid.*, p. 535.

[78] CE, Sect., 30 mai 1930, nº 6781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers et sieur Guin*, Rec. 583.

[79] J. Tétreau, *Les entreprises économiques des Communes. Étude sur les régies municipales*, Paris, Sirey, 1935, p. 243-244.

La réaction de la presse économique à la décision suffit, quant à elle, pour révéler la composition idéologique de cette jurisprudence. L'hebdomadaire *Le Réveil économique* titre en première page : « Une victoire du bon sens. Le Conseil d'État condamne le socialisme municipal[80] ». Le ton de l'article est prévenant :

> Nous publions ci-dessous le texte des deux décisions, et nous les recommandons particulièrement à l'attention des présidents de groupements commerciaux. Si certaines municipalités s'avisaient d'outrepasser leurs droits il ne faudrait pas hésiter à se servir des arguments présentés par le Conseil d'État pour les attaquer devant les juridictions administratives[81].

La position du Conseil d'État n'était du reste pas en rupture avec les idées du libéral Clément Colson, son Vice-président de 1923 à 1928. Ce dernier avait pu écrire :

> La science économique enseigne que les États sont impuissants à gérer les entreprises individuelles dans des conditions satisfaisantes [...]. Les expériences tentées dans les domaines les plus variés, flottes d'État, alimentation générale, usines créées par les administrations, entreprises commerciales ont démontré que l'incapacité commerciale de la puissance publique peut être considérée comme une vérité à peu près sans exception[82].

La décision *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* jouira d'une postérité encore intacte[83]. Elle est toujours la matrice intellectuelle d'un principe de subsidiarité de l'action publique au profit de l'initiative privée. Partant, elle participe du maintien de ce principe libéral fondamental du laissez-faire. Resituée historiquement, elle témoigne de la résistance du Conseil d'État aux tentatives de l'exécutif d'infléchir ce libéralisme. Elle en constitue d'ailleurs, durant la période, le point le plus élevé. De multiples raisons peuvent être avancées pour l'expliquer. Parmi elles, on peut noter la trajectoire de l'influent Jean Romieu qui fut Président de la section du contentieux de 1918 à 1933. Or, le brillant juriste écrivait déjà en 1901, alors qu'il était encore commissaire du gouvernement, que :

> Les conseils municipaux ne peuvent « en principe » exercer un commerce ou une industrie : d'abord parce que cela constitue une modification économique au régime de la liberté du commerce et de la libre concurrence, auquel le législateur seul peut porter atteinte ; ensuite parce qu'il n'est pas sans inconvénient d'engager les finances communales dans les hasards d'une entreprise commerciale[84].

La trajectoire de Romieu ne saurait bien-sûr expliquer à elle seule[85] la résistance du libéralisme économique du Conseil d'État. Mais elle invite toutefois à réfléchir sur

---

[80] *Le Réveil économique*, 9 juin 1930.

[81] *Ibid.*

[82] C. Colson, « Les lois économiques et la guerre mondiale », *Revue politique et parlementaire*, t. 135, 1928, p. 184.

[83] Not. *GAJA*, 22e éd., 2019, no 40.

[84] J. Romieu, « Conclusions sur CE 1er février 1901, *Descroix et autres Boulangers* », *S.*, III, 1901, p. 46.

[85] D'autant que Jean Romieu devait également être influencé par la jurisprudence du Conseil d'État. Se pose ainsi la délicate question de savoir si ce sont les institutions qui influencent les hommes ou l'inverse. On ne s'y attellera pas, en se contentant de souligner que si Jean Romieu a évidemment été influencé par l'institution – ne serait-ce que pour l'intégrer –, sa position acquise par la suite lui a très certainement permis de faire valoir ses vues.

le lien entre continuité idéologique et déroulement de carrière au sein d'une institution. Par ailleurs, sans doute, le Conseil d'État avait-il tenu à rappeler à l'exécutif qu'un décret ne suffisait pas à renverser sa jurisprudence. De surcroît, le rapport qui appelait directement à cet objectif a-t-il pu froisser l'orgueil d'une institution encore soucieuse de se justifier au sujet de son indépendance.

Quoi qu'il en soit, si cette décision est le signe indiscutable d'une résistance jurisprudentielle d'un libéralisme économique pourtant de plus en plus critiqué, elle ne peut pas non plus être perçue comme la manifestation d'une immobilité idéologique de la juridiction administrative. La solution fait jurisprudence, mais elle semble pourtant se situer, dans la masse des décisions, au carrefour idéologique de cet entre-deux guerres. Alors même que le libéralisme économique persiste solidement dans la jurisprudence, dans le même temps, de nombreuses décisions permettent de comprendre que la jurisprudence évolue, et adopte des idéologies de substitution ou de compensation. Sans qu'il ne soit pourtant formulé comme tel, la jurisprudence administrative témoigne de l'émergence d'un néolibéralisme qui ne dit pas son nom.

II. L'émergence d'un néolibéralisme

Le néolibéralisme est une subversion conceptuelle du rapport entre État et marché. Tandis que le libéralisme prétend que l'État ne doit pas intervenir dans le marché, le néolibéralisme estime, à l'inverse, que seul l'État peut mettre en ordre le marché[86]. Le laissez-faire n'est plus conçu comme un ordre naturel dans lequel l'État ne doit pas s'immiscer. Il revient au contraire à l'État de construire, par une intervention active, le cadre concurrentiel du laissez-faire[87]. Quelles que soient ses variantes, le néolibéralisme a ainsi rompu avec le mythe de l'état de nature du marché, en en reconnaissant son état de Droit[88]. Dès lors, comme l'explique M. Foucault, pour les néolibéraux,

> il ne va pas y avoir le jeu du marché qu'il faut laisser libre, et puis le domaine où l'État commencera à intervenir, puisque précisément le marché, ou plutôt la concurrence pure, qui est l'essence même du marché, ne peut apparaître que si elle est produite, et si elle est produite par une gouvernementalité active. […] Le gouvernement doit accompagner de bout en bout l'économie de marché. L'économie de marché ne soustrait pas quelque chose au gouvernement. Elle indique au contraire […] la règle qui va définir toutes les actions gouvernementales[89].

---

[86] Selon Oliver Denord, « se qualifier de "néo-libéral", c'est reconnaître qu'il ne suffit pas de laisser faire pour que le marché fonctionne et, du même coup, revendiquer au nom du libéralisme une politique économique » (O. Denord, *Le néo-libéralisme à la française. Histoire d'une idéologie politique*, Marseille, Agone, 2016, p. 149).

[87] Comme le souligne K. Polanyi : « Le laissez-faire n'avait rien de naturel ; les marchés libres n'auraient jamais pu voir le jour si on avait simplement laissé les choses à elles-mêmes. […] Le laissez-faire n'est pas une méthode permettant de réaliser quelque chose, c'est la chose à réaliser » (K. Polanyi, *La Grande Transformation*, Paris, Gallimard, 1983 [1944], p. 204).

[88] Pour une présentation détaillée des différents courants néolibéraux, et surtout pour accéder à un corpus de textes particulièrement riches, voir P. Dardot, C. Laval, *La nouvelle raison du monde*, *op. cit.* et S. Audier, *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2012 ; B. Stiegler, *« Il faut s'adapter ». Sur un nouvel impératif politique*, Paris, Gallimard, 2020, en part. p. 188 *sqq.*, « Réformer l'espèce humaine par le droit ».

[89] M. Foucault, *Naissance de la Biopolitique*, *op. cit.*, 2004, p. 124-125.

Un déplacement conceptuel d'une telle ampleur emporte une restructuration complète du fondement et de la limite de l'action de l'État. Le néolibéralisme déploie « cette idée d'une fondation légitimante de l'État sur l'exercice garanti d'une liberté économique[90] ». Dès lors, « l'économie produit de la légitimité pour l'État qui en est le garant. Autrement dit, […] l'économie est créatrice de droit public[91] ».

L'Histoire de la pensée économique désigne traditionnellement le Colloque Walter Lippmann organisé à Paris du 26 au 30 août 1938[92] comme le « moment fondateur[93] » de cette nouvelle construction idéologique. Enjoués par l'ouvrage *La Cité libre*[94], vingt-six économistes, hauts fonctionnaires, juristes, y ont effectivement élaboré cette nouvelle conceptualité pour rénover le libéralisme pris dans la tourmente de l'Histoire. Plus encore, c'est aussi durant le colloque Lippmann tenu au 2, rue Montpensier, que le terme de « néolibéralisme » prend la consistance idéologique qui fera sa marque de fabrique. Cela dit, à une encablure, la jurisprudence du Conseil d'État avait déjà mené un travail idéologique, certes innomé, mais qui portait en germes et en hésitations, les fondamentaux conceptuels de ce néolibéralisme à venir. Il semblerait que les idées se soient frayées un chemin dans les institutions avant de recevoir leur mise en forme théorique.

Ainsi, alors même que de nombreuses décisions du Conseil d'État marquent son attachement au libéralisme économique traditionnel, d'autres, durant la même période, témoignent de l'émergence d'une nouvelle idéologie que l'on peut qualifier *a posteriori* de néolibérale. L'émergence de cette idéologie n'a pas les allures d'un traité, ou d'actes de colloques. Elle réside dans la multitude des solutions qui convergent progressivement vers la reconnaissance du rôle de l'État dans la construction du marché. En subversion avec le fond conceptuel du libéralisme de sa propre jurisprudence, peu à peu le Conseil d'État admet et justifie non seulement le soutien (A) mais aussi la régulation (B) publics de l'initiative privée.

A. Le soutien public à l'initiative privée

En 1918, la décision *Schneider* marquait le refus sans appel du soutien public à l'initiative privée[95]. Il n'était pas question qu'une commune accorde un avantage public à l'installation d'une entreprise privée. Le développement économique ne relevait d'aucun intérêt public qui aurait justifié un quelconque accompagnement. Le libéralisme du laissez-faire prenait ainsi dans cette décision une forme intransigeante. À l'immédiat après-guerre, les conseillers d'État pouvaient encore croire à l'indifférence de l'intérêt public à la prospérité économique, voire même à l'intérêt public de ne pas intervenir dans le jeu de l'initiative privée. En 1918, les conseillers d'État pouvaient encore, dans le souvenir d'une Belle Époque, reproduire les catégories de pensée qui l'avaient façonnée. Le chômage de masse, l'inflation, la hausse des prix, la crise des finances publiques n'avaient pas encore frappé si dur qu'il faille modifier dans la précipitation les habitudes idéologiques. Mais les crises des années 20 allaient remuer les certitudes. Au niveau collectif, entre 1919 et 1926, la

[90] *Ibid.*, p. 85.

[91] *Ibid.*, p. 86.

[92] Sur ce colloque, voir S. Audier, *Néo-libéralisme(s), op. cit.*, en part. « Un "néolibéralisme" à inventer : du Colloque Lippmann au Colloque d'Ostende », p. 69 *sqq.*

[93] O. Denord, *Le néo-libéralisme à la française, op. cit.*, p. 143.

[94] W. Lippmann, *La Cité libre*, Paris, Les belles lettres, 2011 [1938].

[95] Cf. *supra.*

valeur du franc est divisée par 10. Le nombre de billets en circulation représente en 1919 « 35 milliards contre 6 en 1913[96] ». En 1922, le service de la dette publique est de 2.5 milliards et demi contre 1.3 millions en 1913[97]. Au niveau individuel,

> le charbon est rare, le beurre introuvable, il est difficile de se procurer des œufs ; le sucre est un objet de luxe, la viande renchérit sans cesse et tout est hors de prix. On ne trouve rien ou presque aux Halles. C'est le triomphe du commerce clandestin, de la corruption, de l'accaparement, du péculat. La crise des transports est aiguë à ce point qu'on n'arrive pas à ravitailler les régions libérées. Le désordre règne partout[98] !

Après avoir monté les marches du grand escalier, les membres du Conseil d'État devaient sans doute trouver les journaux le matin dans les salles feutrées de l'institution. Ceux mentionnant « une catastrophe sociale et économique[99] », « une terrible crise de chômage par suite du ralentissement et même de l'arrêt de certaines usines[100] » ou encore « le désastre économique et financier du pays[101] », ont dû infuser dans la manière d'envisager le rapport entre l'intérêt public et le développement de l'initiative privée. À cet égard, loin de l'esthétique de la théorie, les idées ont pu être amendées, sans mot dire, dans le souci d'un pragmatisme opérationnel. C'est en tout cas ce dont témoignent plusieurs décisions du Conseil d'État qui reviennent sur l'impossibilité du soutien public de l'initiative privée.

La première d'entre elles concerne un contentieux noué dans le port du Havre. Au début du XX^e^ siècle, le développement de ce port est tel qu'il sera bientôt l'un des ports les mieux équipés du continent européen[102]. Parmi les entreprises qui y prospèrent, les Chantiers et Ateliers Augustin Normand fondés en 1816 est l'une sociétés les plus liées « aux grandes transformations survenues dans la construction navale au XIX^e^ siècle : substitution du fer au bois, adaptation de la propulsion à vapeur, adoption de l'hélice (mise en chantier en 1841 du premier navire à hélice construit en France) [103] ». En 1914, l'entreprise emploie 1200 ouvriers et ouvrières[104]. Compte tenu de la taille des bâtiments construits, l'activité nécessite un usage élargi des abords des quais. Dans le but de faciliter cette activité, le Conseil municipal du Havre a prononcé le déclassement partiel de certaines voies publiques en vue de les vendre à la Société des Chantiers et Ateliers Augustin Normand. Le sieur Mariole, habitant de l'une des rues concernées, conteste devant le Conseil d'État le refus du préfet de déclarer nulles de droit les délibérations litigieuses. En application d'un libéralisme traditionnel, comparable à celui de la décision *Schneider,* le Conseil d'État aurait dû accueillir le recours en estimant que le développement d'une entreprise privée n'était pas au nombre des intérêts qu'une commune

---

[96] J.-J. Becker, S. Berstein, *Victoire et frustrations. 1914-1929, op. cit.*, p. 182.

[97] F. Jenny, « La situation financière et le budget de 1922 », *Revue politique et parlementaire*, t. 109, 1921, p. 5.

[98] L. Marcellin, *Politiques et politiciens après la guerre*, Paris, Le Renaissance du livre, 1924. Cité par J.-J. Becker, S. Berstein, *Victoire et frustrations. 1914-1929, op. cit.*, p. 182.

[99] *Journal des débats politiques et littéraires*, 21 avril 1922.

[100] *Le Figaro*, 2 février 1925.

[101] *Le Temps*, 28 décembre 1925.

[102] E. Le Lay, « Le port du Havre. Première partie », *Études normandes*, n° 62, 1956, p. 116.

[103] *Id.*, « Le port du Havre. Deuxième partie », *Études normandes*, n° 67, 1956, p. 239.

[104] *Archives municipales du Havre.*

pouvait favoriser dans le cadre de ses attributions. Le dogme du laissez-faire n'aurait pas pu conduire à regarder comme légitime l'avantage d'une décision de déclassement partiel en faveur d'une entreprise clairement identifiée. Pourtant, le Conseil d'État va s'affranchir d'une approche de ce type. Il considère qu'en prononçant le déclassement partiel de certaines rues, « le Conseil municipal du Havre n'a eu en vue que la prospérité commerciale et industrielle de la ville et l'intérêt général de la population[105] ». Il ajoute que « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne s'oppose à ce que le déclassement de rues et places publiques soit prononcé dans un intérêt général autre que celui de la voirie ». En rejetant ce recours au terme de cette argumentation, les juges enrichissent la notion d'intérêt général en y adossant la prospérité commerciale et industrielle. L'intérêt général ne se réduit plus à la seule activité directe ou indirecte des personnes publiques. Il recouvre également les effets positifs résultant exclusivement de l'initiative privée, ce qui justifie qu'une commune puisse adopter des mesures en vue de la soutenir et la favoriser.

En dépit de son apparente modestie, la décision *Mariole* – dont on ne dispose pas des conclusions – constitue un point de bifurcation dans la définition libérale de l'intérêt général. À l'intérêt général du libéralisme qui se tient hors du marché succède un intérêt général de type néolibéral qui comprend le développement du marché. La solution n'avait pas échappé à Hauriou qui aura sur ce point un commentaire à la fois court et clairvoyant : « notre décision est un des multiples symptômes qui prouvent que nous sommes en train d'évoluer de la conception d'utilité publique vers celle d'utilité sociale[106] ». Le soutien à l'initiative privée devenait en effet une affaire d'utilité sociale, dont l'État ne pouvait plus, en l'état actuel de la société, se détourner au nom du laissez-faire. Hauriou s'était montré réservé quant à l'évolution d'une solution ainsi composée idéologiquement. La « grande transformation[107] » ne s'annonçait effectivement qu'à petits pas au détour de ruelles portuaires. Elle s'est pourtant amplifiée dans les forges de Douai en 1927.

En effet, dans le but que la société *Établissements Arbel* édifie des ateliers de forge et d'ajustage sur le territoire de la commune de Douai, le Conseil municipal a voté, premièrement, la cession de terrains, et, deuxièmement, le remboursement à ladite société des sommes qui auront été perçues par le service de l'octroi sur les matériaux employés soit à la construction de l'usine et de ses dépendances, soit, postérieurement, à son entretien. Les terrains ont été cédé pour 50 centimes les 5 hectares alors que leur prix aurait dû être de 1 fr le mètre[108]. Parallèlement, la société s'était engagée à employer rapidement ces terrains en s'interdisant de les vendre tant qu'elle n'aurait pas dépensée 500 000 frs de constructions et d'installations industrielles[109]. Respectant son engagement, pendant trente ans, la société bénéficia d'un système de remboursement des droits d'octroi qui lui permit d'obtenir, durant toute la période, une remise de 219 000 frs. Dans les termes mêmes du

---

[105] CE, 23 mars 1923, n° 73202, *Sieur Mariole*, Rec. 277.

[106] M. Hauriou, « Note sous CE, 23 mars 1923, *Sieur Mariole* », in *id.*, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. III, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 231.

[107] Cf. K. Polanyi, *La Grande Transformation*, *op. cit.*

[108] Ces données sont fournies par Latournerie dans ses conclusions sur CE, 25 novembre 1927, *Société des Etablissements Arbel*, *S.*, 1928, III, p. 17. Concl. Latournerie.

[109] *Ibid.*

contrat conclu avec la société *Etablissements Arbel*, la commune précise qu'elle contracte « dans le but de déterminer la société à s'installer à Douai et de donner ainsi au commerce local l'activité qu'apporte avec elle une grande industrie[110] ». La commission du Conseil municipal qui s'était occupée du contrat avait ainsi présenté le projet en précisant alors qu'elle : « pense qu'une industrie aussi importante employant un assez grand nombre d'ouvriers compensera largement le peu d'élévation du prix offert [et] que ce genre d'industrie sera une occasion sérieuse d'engager d'autres industries similaires à se grouper à Douai et d'augmenter ainsi la prospérité de la ville[111] ». L'un des adjoints déclare à l'époque que « la ville doit accueillir à bras ouverts une industrie qui devra comprendre de 300 à 500 personnes[112] ».

Alors que la convention n'avait posé aucun problème, par un détour institutionnel anecdotique, le préfet prit un arrêté prononçant l'annulation de la délibération qui avait permis ce dispositif. La société É*tablissements Arbel* engagea donc un recours au Conseil d'État afin que soit annulé cet arrêté du préfet.

Les conclusions prononcées par Latournerie sont à n'en point douter un grand moment du droit administratif. Si l'on accepte que le néolibéralisme donne à l'État compétence pour soutenir la constitution du marché[113], ces conclusions constituent un point de passage explicite d'un libéralisme à un néolibéralisme – sans le nommer. Comme le résume le commissaire du gouvernement à l'orée de son raisonnement : « la question touche à celle des rapports que peuvent soutenir les personnes morales de droit public avec les entreprises privées[114] ». Pour y répondre, Roger Latournerie va faire passer la notion d'intérêt public d'une idéologie à une autre. Il commence évidemment par rappeler au Conseil d'État la position initiale :

> Sur l'appui qu'ils trouvaient, d'une part, dans la vieille loi sur la liberté du commerce, de l'autre, dans le principe de spécialité de ces personnes morales de droit public, vos arrêts ont, depuis vingt ans, édifié sur cette question une jurisprudence aujourd'hui classique, et qui peut se résumer ainsi, suivant les termes mêmes de vos décisions : la liberté de s'immiscer dans les activités privées […] n'est reconnue à ces personnes que dans les cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée, sur un point d'intérêt général[115].

Il synthétise le lien de cette jurisprudence avec la notion d'intérêt public :

> jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence donnait à cet intérêt un sens assez strict. […]. La notion d'intérêt public, telle que l'entendait votre jurisprudence jusqu'à une époque toute récente, coexistait nécessairement avec celle de service public : les personnes administratives n'étaient censées, en cette matière, agir dans l'intérêt public que lorsqu'elles pouvaient et devaient le faire, ou lorsqu'elles eussent pu le faire sous la forme d'un service public […] elle excluait dès lors, l'intérêt d'appeler sur le territoire de la commune une entreprise privée[116].

---

110 *Ibid.*

111 *Ibid.*

112 *Ibid.*

113 Cf. *supra.*

114 *Ibid.*

115 *Ibid.*

116 *Ibid.*

Latournerie poursuit ses conclusions en s'appuyant sur la décision *Mariole*. Il la tient pour le premier moment d'inflexion de la jurisprudence sur ces sujets. Il formule la consistance de la décision bien au-delà de ce que le texte même de celle-ci ne l'avait fait :

> Il y a là une notion nouvelle […]. Dans l'organisation des services publics, services par définition destinés à l'usage de tous, normalement créés et entretenus sans aucune acception de personnes, la commune peut cependant favoriser par une mesure individuelle un certain intérêt privé. Elle peut le faire, parce qu'il peut arriver que tel soit le moyen le plus direct et le plus efficace de favoriser l'intérêt public. Et elle a cette faculté – c'est en ce point que réside l'innovation – dans un cas où l'on ne conçoit pas, où il n'est même pas allégué que l'intervention administrative puisse se produire sous la forme et par le procédé du service public, ou plutôt, à l'égard d'une entreprise qui ne peut être érigée en service public. Si bien que l'intérêt public reste la condition nécessaire de toute ingérence directe ou indirecte de la commune dans les activités privées. Mais la notion de cet intérêt déborde maintenant celle du service public[117].

Latournerie cristallise le point de passage : « la commune peut aujourd'hui étendre son intervention sur le domaine d'activités de caractère spécifiquement, obligatoirement privé, mais dont la prospérité individuelle importe essentiellement à la prospérité publique ». Une telle assertion subvertit le libéralisme dans la mesure où la prospérité économique devient un élément de la prospérité publique, ce qui justifie une déformation de la notion d'intérêt public. Latournerie note d'ailleurs le caractère situé de cette évolution : « cette nouvelle conception de l'intérêt public [est] plus réaliste et plus sensible aux nécessités économiques aujourd'hui pressantes[118] ». À travers cette déformation de la notion d'intérêt public, les personnes publiques voient le fondement de leur action déplacé vers des considérations économiques, impliquant désormais une réinterprétation paradigmatique de ce fondement de leur action. Cette réinterprétation est particulièrement éloquente lorsque Latournerie évoque les liens entre la prospérité économique et le développement des villes. Il invite à observer « quel rapport direct de cause à effet peuvent, à l'étage inférieur des personnes morales, exister entre l'intérêt privé et l'intérêt général ». Puis il développe :

> De tout temps, l'histoire de beaucoup de villes se résume souvent dans celle de tel commerce ou de telle industrie qui s'était fixée sur son sol. […] Mais la concentration des entreprises et le développement de l'industrie donnent aujourd'hui à cette liaison une force particulière. Plus-value des immeubles, des loyers, des salaires et des fonds de commerce, accroissement aussi de la fortune publique par le rendement des impôts, l'installation de telle puissante société apporte avec elle tous ces avantages, parfois dans de telles proportions qu'on a vu en France, ou ailleurs, des bourgades promues subitement à la dignité de grandes villes par la grâce d'une industrie privée[119].

Les conclusions Latournerie sont donc aussi celles de l'actualisation en droit administratif de l'industrialisation et de l'urbanisation. L'effet de réinterprétation produit par la déformation de la nouvelle notion d'intérêt public est tel que Latournerie en viendra même à la police :

---

[117] *Ibid.*

[118] *Ibid.*

[119] *Ibid.*

> D'autre part, maintes expériences ont démontré dans quelle étroite dépendance se trouve, par rapport à la prospérité de la communauté des habitants, l'ordre public, devoir essentiel et premier objet de l'administration. Les villes heureuses n'ont pas d'histoires, ni leurs municipalités. Et, peut-être, les conseils municipaux travaillent-ils avec plus d'effet et même plus d'économie à la police de la ville en ouvrant, dans leur budget des dépenses, un chapitre pour subventions aux industries privées qu'en augmentant le crédit prévu pour le traitement de leurs agents et de leurs commissaires, au chapitre du personnel[120].

Dans un contrepoint qui fait l'identité du Conseil d'État, le commissaire du gouvernement propose toutefois de contrôler attentivement les soutiens que les communes sont susceptibles d'allouer selon cette nouvelle approche des rapports entre personnes publiques et marché.

> Peut-être, pour éviter [...] toutes les surenchères entre les communes, convient-il de réserver ces mesures pour certains cas exceptionnels, où, par suite de circonstances spéciales, une commune est en mesure d'établir que l'installation de tel commerce ou de telle industrie sur son territoire présente pour elle un intérêt en quelque sorte individuel, excédant nettement l'intérêt ordinaire que pourrait alléguer l'ensemble des communes, et pratiquement équivalent, à l'égard de cette commune, à une véritable nécessité.

Le juge deviendrait ainsi celui de l'aménagement économique du territoire. Appliqué à l'espèce, le commissaire du gouvernement marque la prudence qui préside en jurisprudence quant à l'innovation. Il conclut au rejet de la requête concernant la réduction des droits d'octroi. Fait notable, il ne dit mot au sujet de la dévaluation des terrains vendus à la société. Le texte de la décision reprendra cette ambivalence.

Le texte de la décision *Établissement Arbel* est délicat à manier et, comme souvent, ne peut s'interpréter qu'à la lumière de ces conclusions. Le Conseil d'État rend une décision à la tradition explicite et à l'innovation discrète. Cette innovation n'en demeure pas moins profonde. Concernant la remise sur les droits d'octroi, les juges n'ont pas dédit la décision *Schneider* en estimant « qu'il est interdit d'accorder à un redevable aucune remise de l'impôt, et, par conséquent, aucune remise de droits d'octroi, ni aucun remboursement de ces droits, si ce n'est lorsque ce redevable se trouve associé à un service public ». La tradition est apparente. Mais la décision ouvre ensuite une discrète exception dont seules les conclusions Latournerie permettent de comprendre l'ampleur du glissement idéologique : « il n'appartient pas aux conseils municipaux d'allouer sur les fonds communaux des subventions aux entreprises privées ». Le libéralisme reste un principe. Puis les juges ajoutent qu'« il peut être dérogé à cette règle dans les cas exceptionnels ou un intérêt public l'exige ». Le sens de la notion d'intérêt public est furtif mais dans la construction du considérant, cela signifie qu'un soutien aux entreprises privées est possible au-delà de la notion de service public à laquelle s'identifiait jusqu'alors celle d'intérêt public. Les mots n'ont pas changé, mais dans l'interstice du texte, l'idéologie qui y est investie a été déplacée. Cette variation est certes bordée par le mécanisme de l'exception. Mais dans toute sa conséquence, en admettant, ne fut-ce qu'à titre exceptionnel, un soutien public aux entreprises privées indépendamment de leur lien avec un service public, la décision *Arbel* reconnaît une forme de néolibéralisme comme une possibilité. Le tuilage des idéologies se bâtit ainsi dans l'articulation du principe et de l'exception. La subversion s'accouche par exception.

---

[120] *Ibid.*

Au surplus, le silence de la décision au sujet des ventes de terrain crédite la reconnaissance du soutien public à l'initiative privée par la décote des prix lors de ventes du domaine. Hauriou ne s'y est pas trompé en commentant la décision :

> Ainsi donc, les exceptions à la catégories primitives de l'intérêt public se sont multipliées. Il n'est cependant pas impossible de les enfermer dans une sous-catégorie, qui est celle des entreprises d'intérêt social susceptibles favoriser la prospérité économique d'une ville, d'une commune, de l'État lui-même. C'est la phraséologie politique officielle qui a créé la formule, mais c'est la pratique qui a créé la sous-catégorie[121].

Sur le fond comme sur la forme, l'ensemble constitué par les conclusions Latournerie et le texte de la décision *Arbel* tient donc une place centrale dans le passage d'une idéologie à l'autre. Les conclusions augurent ouvertement un néolibéralisme qui n'aura que le statut d'exception silencieuse dans le texte de la décision. Le mouvement idéologique se cristallise en un point de bascule où le passé qui n'est plus vraiment et le futur qui n'est pas encore, s'équilibrent dans une tension éphémère. Les silences de la décision *Établissement Arbel* ne vont en effet pas tarder à céder. D'autres décisions, au sujet de la régulation publique de l'initiative privée, glisseront de plus en plus ouvertement vers ce nouveau système de valeurs et de croyances au sujet du rôle économique de l'État.

B. La régulation publique de l'initiative privée

Les années 1930 sont celles de toutes les crises, économique, sociale, diplomatique et idéologique. Les exportations chutent de 60% entre 1929 et 1935. Cette même année, le prix du blé est de 60 frs pour 156 frs en 1927. Pour une population de 41,5 millions d'habitants, on compte un million de chômeurs et la moitié des travailleurs en chômage partiel[122]. Face à cette situation, certains libéraux se débattent encore à l'image de J. Rueff qui publie un article au titre évocateur : « L'assurance-chômage, cause du chômage permanent[123] ». Mais en réalité, la grande question idéologique sous-jacente est : comment dépasser le libéralisme moribond tout en conservant la liberté du commerce mais sans céder au bolchevisme qui terrifie les élites républicaines ? La régulation du marché par l'État s'élabore progressivement comme une réponse possible. Dans un discours prononcé à Alençon, le Président du Conseil André Tardieu explique ainsi : « Pour qu'il y ait régulation efficace, il faut une technique rigoureuse, un bon encadrement, une discipline librement acceptée [...] un contrôle des importations et des exportations, sous la direction libérale de l'État[124] ». La régulation ouvre ainsi la voie idéologique à une direction publique non socialiste de la liberté économique.

---

[121] M. Hauriou, « Note sous CE, 23 mars 1923, Sieur Mariole », art. cité., p. 764.

[122] Ces dernières données sont issues de l'ouvrage D. Borne, H. Dubief, *La crise des années 30. 1929-1938*, 2e éd., Paris, Seuil, 1989.

[123] J. Rueff, « L'assurance chômage, cause du chômage permanent », *Revue d'économie politique*, t. 45, 1931, p. 211. J. Rueff sera d'ailleurs l'un des principaux promoteurs du néolibéralisme après la parution de *La Cité libre*. Voir aussi G. De Leener, « L'économie libérale et l'économie dirigée », *Revue d'économie politique*, 1933, p. 1.

[124] Cité par R. Fabre, « "Front vert" à l'est de l'Europe », *Revue politique et parlementaire*, nº 145, 1930, p. 119.

Si Tardieu évoque « une discipline librement acceptée », la régulation est selon l'indépassable formule du Professeur Jacques Caillosse, une « police de la liberté[125] ». Loin de l'onctuosité de sa sonorité, le mot « régulation » recouvre la réalité d'une capture : celle de la volonté dans une cage faites de possibilités préétablies mais soigneusement indiscutables. L'agent est libre pour peu qu'il choisisse parmi les options qui lui sont proposées. La liberté est conservée par l'existence de possibilités, la police réside dans leur définition préalable. La régulation fabrique ainsi ce monstre politique qu'est la liberté d'obéir[126]. Concrètement, réguler permet ainsi à l'État de répondre à la question : que faire de cette liberté du commerce et de l'industrie ? Au lieu de laisser faire, qu'en faire ?

Dès lors, tandis que le libéralisme du laissez-faire ordonne une abstention normative de l'État, à l'inverse, « le néolibéralisme n'est rien d'autre qu'une couverture pour une intervention généralisée et administrative de l'État, intervention d'autant plus pesante et plus insidieuse qu'elle se masque[127] ». Le passage d'une idéologie à une autre implique de débloquer de solides verrous intellectuels libéraux, notamment en matière de prix. Le prix est en effet la vérité suprême du libre jeu de l'initiative privée. Il s'agit même de l'ambition anthropologique de cette idéologie que de présenter le marché comme le producteur de vérités sur la valeur des choses. Or, après la décennie des années 1920 dont les crises économiques et financières avaient ébranlé les certitudes de la Belle Époque, après les décisions *Mariole* et *Etablissements Arbel*, le Conseil d'État avait déjà franchi des caps idéologiques suffisamment significatifs pour qu'il se décide à approfondir son néolibéralisme, en s'autorisant à toucher à la question du prix. Dans les années 1930, le juge allait ainsi dépasser son libéralisme en dérogeant à son principe le plus fondamental, celui de la juridiction du prix par application de la loi de l'offre et de la demande. Josse avait écrit solennellement en 1930 que « le désir des municipalités de lutter contre la hausse des prix en faisant concurrence à l'industrie privée n'est pas une de ces circonstances spéciales qui vous font admettre l'intérêt public[128] ». Il en ira pourtant tout autrement à partir de 1933, par plusieurs décisions qui relèvent sans hésitation des grands arrêts de la jurisprudence du néolibéralisme.

La première d'entre elles est la décision *Lavabre* en date du 23 juin 1933[129]. Les faits[130] de l'affaire sont particulièrement intéressants parce qu'ils témoignent de la réalité de la lutte politique qui se joue entre l'État et le marché dans le détail de la vie ordinaire. En 1927, de nombreux habitants de la ville de Millau se plaignent auprès de la mairie des pratiques commerciales des bouchers de la ville. Non seulement ils pratiqueraient des prix trop excessifs, mais en plus, ils ne permettraient pas de contrôler le poids et la valeur de la viande servie aux clients. Afin de lutter contre ces pratiques, le maire décide de prendre un arrêté qui n'impose ni plus ni

---

[125] Je tiens à remercier le Professeur Jacques Caillosse de m'avoir communiqué le texte, encore inédit, dans lequel il développe cette notion. J. Caillosse, « La "police de la liberté" selon Michel Foucault », Paris, Mare et Martin, *à paraître*.

[126] Voir J. Chapoutot, *Libres d'obéir. Le management du nazisme à aujourd'hui*, Paris, Gallimard, 2020.

[127] M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 135.

[128] *Loc. cit.*

[129] CE, 23 juin 1933, *Lavabre*, *Revue du droit public*, 1934, Concl. Rivet, note Alibert, p. 280.

[130] Les faits exposés sont ceux détaillés par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions.

moins aux bouchers que l'obligation de délivrer un ticket de caisse détaillant le poids et la valeur de la marchandise achetée. Si le marché calcule la vérité de la valeur, son opération doit être publique. Pour engager un rapport de force avec le maire, les bouchers de la ville décidèrent – tous – de fermer boutique à l'approche des fêtes pascales. Ils pensaient obtenir ainsi le retrait de la réglementation. François Barsalou, le maire, fut plus audacieux. Le 15 avril 1927, les bouchers allaient apprendre que pour compenser la carence de l'initiative privée ainsi constituée, la mairie avait décidé d'ouvrir en régie directe une boucherie municipale. Humiliés par l'échec du rapport du force, les bouchers n'avaient alors pas contesté la délibération portant création de cette boucherie. Ce n'est que deux ans plus tard, que le syndicat des bouchers de la ville de Millau allait demander par l'intermédiaire de son président, Jules Lavabre, la suppression de cette régie. Le 24 mai 1929, le Conseil municipal refuse la demande du syndicat par une délibération que ce dernier s'empresse de contester auprès du préfet, puis du juge administratif. La question posée au juge était particulièrement délicate puisqu'il ne s'agissait pas d'examiner la légalité de la création mais celle du maintien de la boucherie. La carence de l'initiative privée avait bien présidé à la création de la boucherie, mais une fois cette carence disparue, la boucherie municipale demeurait-elle légale ?

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Rivet s'attache en premier lieu à souligner les conséquences financièrement regrettables d'une éventuelle suppression de la régie. Puis, le commissaire du gouvernement ouvre la question en la posant d'une manière habile :

> S'il est réellement établi que ces circonstances ont disparu, devez-vous déclarer la régie désormais illégale, et – quelles que soient les preuves que l'on peut vous apporter de la régularité de son fonctionnement, du bénéfice qu'en retirent les habitants et de l'absence de préjudice avouable, du côté d'une concurrence, simplement un peu assagie par la présence d'un organisme régulateur – devez-vous prendre une décision dont la répercussion risquera d'être lourdement ressentie par l'ensemble des contribuables communaux ? Telle est la question que vous avez à résoudre[131].

La question contient tous les jalons de la réponse. Elle contient aussi une remarquable formulation : « une concurrence, simplement un peu assagie par la présence d'un organe régulateur ». Le commissaire rompt avec le libéralisme le plus traditionnel, celui de *Casanova*, pour affirmer un nouveau rôle économique de l'État, celui de la régulation. Cela dit, le commissaire devait évidemment conclure en droit. Sur ce point, Rivet ne pouvait ignorer la décision *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*. Alors, pour mieux l'atténuer il l'évoque d'emblée :

> Bien qu'elle se soit refusée – par l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers du 30 mai 1930 – à voir dans les décrets de 1926 l'énoncé de principes contraires à ceux qu'elle avait personnellement consacrés, votre jurisprudence n'a pas pu ne pas interpréter ces décrets comme une incitation à élargir au maximum la notion des « circonstances particulières de temps ou de lieu », qui, selon vos dernières formules, étaient susceptibles de justifier la création d'une régie municipale[132].

Et pour mieux déformer le libéralisme de *Nevers*, il va lui aussi travailler la notion d'intérêt public pour justifier une nouvelle manière d'être économique de l'État.

---

[131] *Ibid.*, p. 283.

[132] *Ibid.*, p. 284.

« Que commandait l'intérêt public ? Telle est, selon nous, la question que vous devez-vous poser chaque fois que vous êtes saisis d'un recours, que ce recours vise la création d'une régie normale ou que, comme en l'espèce, il soit dirigé contre le refus de suppression d'une régie déjà existante[133] ». Puis il ajoute, pour filer son raisonnement, « De quels éléments faire état pour rechercher si "l'intérêt public" justifie le maintien ou exige la suppression d'une ancienne régie ?[134] ». Après à nouveau avoir souligné l'intérêt financier, Rivet en vient aux circonstances de 1927 : « le souvenir des incidents de 1927 eût-il été suffisant pour légitimer le maintien de la boucherie municipale de Millau en 1929, alors que, dès le lendemain de la constitution de la régie, le commerce libre avait rouvert ses portes, en se soumettant à la formalité soi-disant intolérable du bulletin de vente ? ». Pour répondre, Rivet développe :

> Mais, si vous faites entrer en ligne la préoccupation d'éviter la fermeture d'un établissement dont les frais d'installation n'étaient sans doute pas encore intégralement amortis, et, dans une certaine mesure aussi, le désir de ne pas rompre un équilibre économique, dont profitait l'intérêt général, et dont les intérêts particuliers parvenaient à s'accommoder, semble-t-il, puisqu'aucune boucherie privée n'a fermé ses portes à Millau, depuis 1927. Si vous appréciez, en un mot la légalité de l'acte attaqué compte tenu de tous les éléments dont le Conseil municipal pouvait légitimement faire état, comme compris, à quelque degré, dans la notion d'intérêt public, vous devez, selon nous arriver à cette constatation que la « nullité de droit » invoquée, n'existait pas dans la délibération du Conseil[135].

Suivant ces conclusions, le rôle de régulateur assuré par le maire en créant la boucherie municipale ne sera pas dénié par le texte de la décision *Lavabre*. Dans un premier temps, le juge, alors que rien ne le lui imposait, estime légale la création de la régie[136]. Dans un second temps, le Conseil d'État considère « que c'est également pour un motif d'intérêt public que, par sa délibération du 24 mai 1929, la Ville s'est refusée à opérer la suppression de ce service légitime dans son institution ». Quoique relativement laconique, la décision n'en comprend pas moins tous les éléments de la recomposition idéologique à l'œuvre. Le déplacement de la notion d'intérêt public permet de dépasser le laissez-faire pour légitimer – le mot légitime est dans la décision – l'État régulateur. Cela dit, si le rubicond néolibéral est franchi, certaines circonstances de l'espèce pouvaient encore laisser planer un doute sur la généralisation de cette approche[137]. La décision d'Assemblée rendue le 24 novembre 1933 allait entériner ce déplacement idéologique.

---

[133] *Ibid.*

[134] *Ibid.*, p. 285.

[135] *Ibid.*, p. 285.

[136] « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la boucherie municipale a été créée à Millau, par délibérations du Conseil municipal en date des 20 mai et 14 juin 1927, pour un motif d'intérêt public, en raison tant de la résistance opposée par les bouchers à l'exercice par le maire des pouvoirs spéciaux qui lui appartiennent en ce qui concerne le début de la viande que de la fermeture des étals qui s'en est suivie ».

[137] La manière de présenter l'attitude des bouchers dans les conclusions comme dans la décision pouvait par exemple laisser penser qu'il y avait dans cette solution une manière de les sanctionner.

Cette deuxième affaire concernait encore les boucheries, mais cette fois-ci à Reims[138]. Pendant la guerre, la municipalité avait créé une boucherie municipale pour permettre l'alimentation de la ville. Puis, après la guerre, cette boucherie a été maintenue afin d'enrayer la hausse des prix mais aussi pour assurer la vente de viande frigorifiée. À cet égard, si ce n'est qu'en 1876 que l'allemand Carl Von Linde invente le réfrigérateur moderne, il deviendra très rapidement un enjeu majeur de l'alimentation générale, notamment après-guerre. Dans un pays en proie à la pénurie, une nouvelle technologie de conservation des denrées périssables ne pouvait que devenir un enjeu stratégique. À l'époque, on écrit :

> Au point de vue général d'abord. Dans un pays comme le nôtre, tant éprouvé par la guerre, et où la cherté de la vie se fait si cruellement sentir, le premier devoir de chacun est d'éviter de perdre ce qu'il est si difficile de produire. Nous avons aussi un autre devoir à remplir, celui de ne se négliger aucun moyen propre à mettre en valeur, sans les épuiser, les richesses de notre sol et à faciliter le développement de notre expansion économique. Or, à ces divers titres, l'industrie du froid peut être un facteur important de notre relèvement national, et un moyen efficace de diminuer la cherté de la vie[139].

Pour autant, à Reims, les bouchers avaient refusé de vendre de la viande frigorifiée. Et la présence de cette boucherie municipale qui en vendait ne pouvait que justifier un recours au juge administratif pour contester l'existence de cette régie, ce que fit le sieur *Zénard*. Sur cette affaire, l'ensemble formé par les conclusions du commissaire du gouvernement Detton et la décision des juges est aussi particulièrement intéressant. Detton va prononcer des conclusions à connotations très libérales en proposant l'annulation des délibérations litigieuses. Et les juges ne suivront pas les conclusions en rédigeant une décision en rupture avec ce libéralisme.

L'argumentation du commissaire du gouvernement consiste à recentrer la jurisprudence du Conseil d'État sur la primauté de l'initiative privée et de la liberté du commerce et de l'industrie. Il écrit : « S'il s'agissait de la création d'une boucherie municipale motivée par l'intention de régulariser simplement les cours, vous annuleriez certainement cette mesure[140] ». Il poursuit : « L'intention de lutter contre la vie chère par l'organisation d'une concurrence est une intention louable, vous ne sauriez l'admettre avec trop de prudence, en tout cas jamais de manière absolue[141] ». Et enfin, pour conclure au rejet, il argumente que :

> Pour autoriser ce maintien, il faudrait, abstraction faite de toute considération d'espèce, reconnaître à toutes les communes et dans tous les cas le droit d'organiser une concurrence permanente destinée à régulariser les cours. Or, nous ne pensons pas qu'une semblable atteinte à la liberté du commerce soit dans l'esprit de votre jurisprudence, ni que cette dernière doive être encore à ce point bouleversée[142].

---

[138] CE, Ass., 24 novembre 1933, nº 21871, *Sieur Zénard*, Rec. 1100., concl. Detton, Note Mestre, *S.*, 1934, III, p. 106.

[139] F. Fredault, « L'industrie frigorifique en France », *Revue politique et parlementaire*, 117, 1923, p. 16.

[140] Conclusions précitées, sur CE, Ass., 24 novembre 1933, nº 21871, *Sieur Zénard*, Rec. 1100., concl. Detton, Note Mestre, *S.*, 1934, III, p. 106.

[141] *Ibid.*

[142] *Ibid.*

Les conclusions sont relativement courtes mais empreintes d'un libéralisme aux connotations d'avant-guerre particulièrement prononcées. L'effet de contraste idéologique n'en est que plus fort à la lecture de la décision *Zénard*.

En effet, dans cette décision, pourtant rendue en excès de pouvoir, le juge va statuer au regard de l'évolution de la situation à Reims en rentrant dans un détail remarquable pour l'époque. Les juges énoncent d'abord que « la ville de Reims a été amenée pendant la guerre à créer un service de boucherie municipale afin de pourvoir, notamment après la fermeture des boucheries privées, à l'alimentation de la population » ; puis « que, toutefois, à raison des conditions particulières de la période de reconstitution, le conseil municipal de Reims a pu légalement maintenir pendant cette période de la boucherie municipale ». Le raisonnement du juge est ensuite celui d'une analyse de concurrence :

> qu'il résulte de l'instruction que le fonctionnement de la boucherie municipale n'a pas eu pour effet de réduire le nombre de boucheries privées, qui au contraire est allé en augmentant ; que le service municipal ne s'est donc pas substitué aux boucheries privées, et que tout en assurant la fourniture au détail de viandes frigorifiées que les boucheries privées ne vendaient pas, il a simplement permis, en ce qui concerne la viande fraiche, une meilleure adaptation des cours du détail aux conditions économiques et, par suite, la régularisation des prix d'une denrée de première nécessité[143].

Ce qui permet au Conseil d'État d'estimer que « le maintien de la boucherie municipale par les délibérations attaquées était justifié par un intérêt public local ». Dans cette décision, le juge évalue les effets nocifs de la présence administrative sur le marché, en l'occurrence au regard du développement des boucheries. Plus encore, le juge administratif admet l'intervention de l'État dans la constitution du prix des denrées de première nécessité. Un maire peut prendre une décision afin de garantir « une meilleure adaptation des cours du détail aux conditions économiques[144] ». L'État n'est plus l'étranger du marché, il en est le régulateur bienveillant tant concernant des marchandises qui y circulent – la promotion de la viande frigorifiée – que des prix qui y sont pratiqués.

Dans la décision *Zénard*, le juge lève ainsi les interdits libéraux pour adopter une approche néolibérale où l'État peut intervenir dans la construction du cadre concurrentiel. A. Mestre notera à l'époque le dépassement des frontières entre l'administratif et l'économique :

> La doctrine classique reposait sur une séparation stricte entre l'ordre économique abandonné en principe à l'initiative privée et l'ordre administratif qui tend à l'intérêt général par des moyens de police. Le bouleversement qui a suivi la guerre et le déchaînement de la crise qui frappe les collectivités publiques au même titre que les individus ont ouvert des brèches dans la muraille qui séparait ces deux domaines[145].

Il explique ainsi que : « l'intérêt public mis au premier plan par l'article 1er du 28 décembre 1926 comprend donc aujourd'hui l'intérêt économique : les citoyens exigeants demandent à l'administration non seulement de l'ordre et de la sécurité, mais encore des facilités pour leur subsistance[146] ». L'État voit donc son domaine

---

[143] Décision Zénard précitée.

[144] Selon les termes de la décision Zénard.

[145] Note précitée sous l'arrêt Zénard.

[146] *Ibid.*

de compétence étendu vers le commerce dont les effets peuvent être considérés d'intérêt public. Par voie de conséquence, les pouvoirs du juge administratif sont aussi considérablement élargis : « Le Conseil d'État, qui voit de la sorte ses pouvoirs de juge du fait s'étendre sur une vaste province nouvelle : l'appréciation du juste prix des denrées, n'a pas manqué d'entourer de toutes les précautions qui s'imposaient la formule singulièrement hardie qu'il a adoptée[147] ».

Adam Smith avait écrit au sujet du prix :

> Le prix de marché de chaque marchandise particulière est déterminé par la proportion entre la quantité de cette marchandise existant actuellement au marché, et les demandes de ceux qui sont disposés à en payer le prix naturel ou la valeur entière des fermages, profits et salaires qu'il faut payer pour l'attirer au marché[148].

Les décisions *Lavabre* et *Zénard* tiennent en échec cette affirmation. Le prix de marché de chaque marchandise est déterminé par la loi de l'offre et de la demande, sous le regard régulateur de l'État. En acceptant que l'État s'empare du fonctionnement du marché, le Conseil d'État a modifié ainsi le rôle économique de la puissance publique en même temps que la physionomie libérale du marché lui-même. Les deux instances ne sont plus prétendument séparées. Le droit public s'exerce aussi économiquement. Un tel déplacement néolibéral réarticule en profondeur la question de la liberté du commerce et de l'industrie et de son rapport à l'État. M. Foucault avait d'ailleurs désigné le néolibéralisme comme « une réorganisation interne qui encore une fois ne pose par l'État la question de savoir : quelle liberté laisser à l'économie ? mais qui pose à l'économie la question : comment est-ce que ta liberté va pouvoir avoir une fonction et un rôle d'étatisation dans le sens où ça permettra de fonder effectivement la légitimité d'un État ?[149] ». R. Alibert qui ne disposait pas encore du mot néolibéralisme faisait donc figure de précurseur dès 1930 en écrivant :

> Si le droit administratif est, au point de vue technique, entièrement soumis à l'idée de puissance publique et à ses dérivés, il doit parfois abandonner un peu de sa hauteur régalienne pour s'adapter aux faits, il le doit, parce qu'il est, dans la nation, non seulement le cadre légal où s'exerce cette puissance, mais encore l'armature juridique de l'organisation économique[150].

Considérer, comme le fait Alibert, le droit administratif comme l'armature juridique de l'organisation économique consacre cette subversion du rapport État/marché que les décisions du Conseil d'État n'auront de cesse d'approfondir au cours des années 1930[151]. Le libéralisme ne cessera certes pas de s'exprimer durant cette décennie. La notion d'intérêt public est suffisamment amphibie pour se déplacer d'une idéologie à l'autre sans que la cohérence jurisprudentielle en paraisse altérée.

---

[147] *Ibid.*

[148] A. Smith, *La richesse des nations*, Paris, Flammarion, 1991 [1776], p. 126.

[149] M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 95-96.

[150] R. Alibert, « Note sous CE, 7 décembre 1928 et 19 juillet 1929, *Chabran c. Pellevoisin* et *Gischia* », *S.*, 1930, III, p. 1.

[151] R. Bonnard notera par exemple en 1936 que : « Actuellement la légalité de n'importe quelle intervention des communes dans un but d'économie dirigée et en matière de commerce d'alimentation ne peut plus être contestée. » CE, 1935, *de Lara*, *S.*, 1936, III, p. 9. Concl. Rivet. Note R. Bonnard.

Néanmoins, la régulation publique de l'initiative privée ne cessera pas de progresser. En 1935, les juges allaient faire prévaloir l'intérêt public, en la forme du droit de l'urbanisme, sur le libre jeu de l'initiative privée en matière de construction de logements[152]. En 1937, la Haute juridiction ira même jusqu'à adosser l'intérêt général à « l'urgente nécessité pour les finances publiques de mettre fin à la concurrence désordonnée des transports[153] ». Joindre les mots « concurrence » et « désordonnée » marquait l'effondrement de la foi en les vertus du laissez-faire. Le libéralisme perdra ainsi progressivement son emprise, à la faveur de cette nouvelle idéologie qui fait la part belle à l'État dans la direction du marché. Le mouvement idéologique se banalisera dans la culture juridique jusqu'à devenir non subversif pour les plus jeunes générations de juristes au seuil de la Deuxième Guerre mondiale.

C'est ainsi M. Debré, jeune auditeur au Conseil d'État qui écrira en 1938, à l'âge de 26 ans : « Il n'est pas douteux cependant que le contrôle général de l'économie soit à notre époque une partie essentielle de la mission de l'État[154] ». Il affirme sans ambages : « Rappelons d'abord que l'attitude qui refuse à l'État le droit d'intervenir, sauf cas très exceptionnel, dans la vie économique est à l'heure actuelle aussi théorique que périmée, n'est-il pas plus satisfaisant d'améliorer sa pensée et son action ?[155] ». La réflexion de M. Debré est dotée d'une puissante résonnance :

> Les régimes démocratiques ne se maintiendront dans les années qui viennent, que s'ils savent adapter l'organisation politique et administrative de la nation à la mission que l'histoire et les circonstances actuelles obligent l'État à accepter. La direction de l'économie entre dans cette mission générale. […] Le problème n'est plus de savoir si l'économie de la France sera dirigée ou ne le sera pas : le choix n'existe qu'entre une direction hésitante, aux mains de nombreux pilotes qui suivent chacun leur voie, et une direction assurée par un seul et bon pilote[156].

Ces mots du jeune M. Debré traduisaient à la fois l'assimilation de cette idéologie mais aussi l'engagement dans une nouvelle séquence, avec de nouveaux dogmes économiques et politiques qui allaient eux aussi être plus tard tamisés par l'Histoire et l'éternel entre-deux qu'elle fait de nos présents. « Adapter l'organisation politique et administrative de la nation à la mission que l'histoire et les circonstances actuelles obligent[157] » ; voilà donc un entre-deux qui s'éternise.

*
**

[152] CE, 22 novembre 1935, *Chouard, Lévy et autres*, *S.*, 1936, III, p. 9. Note R. Bonnard.

[153] CE, 17 mars 1937, nº 41117, *Syndicat des entrepreneurs de transports de marchandises par automobiles de la région parisienne et Sieur Wuscha et autres*, Rec. 338.

[154] M. Debré, « Pour une administration de l'économie française », *Sciences politiques*, nº 8, 1938, p. 246.

[155] *Ibid.*, p. 267. Un tel raisonnement témoigne de la construction conceptuelle qui permettra de bâtir juridiquement l'État providence de l'après Seconde Guerre mondiale. Cela dit, si ces raisonnements émergeant à l'entre-deux guerres ont contribué à rendre possible la pensée des mécanismes de socialisation, ne sauraient être négligées les forces politiques qui ont largement œuvré à les mettre en œuvre à l'immédiat après-seconde guerre mondiale. À cet égard, la rencontre entre les catégories de pensée étatiques d'avant-guerre et les forces politiques de réformes de l'État d'après-guerre mériterait la réalisation d'une autre étude.

[156] *Ibid.*, p. 268-269.

[157] *Loc. cit.*

Pour P. Bourdieu, une « révolution symbolique[158] » est une « révolution de la vision, des principes de vision et des principes de division[159] ». Le passage d'un libéralisme à un néolibéralisme constitue à cet égard une révolution des principes de vision et de division au sujet du rôle de l'État. Principalement, la division entre l'État et le marché n'est plus assurée. Cette révolution fait leçon à plus d'un titre.

Tout d'abord, elle n'a pas les allures d'une révolution. Elle réalise la subversion des choses sous l'apparente immobilité des mots. La notion d'intérêt public a permis un déplacement silencieux, par petits pas, dont chacun est suffisamment léger pour être acceptable mais dont la somme produit la révolution. Chacun de ces petits pas, de ces petits écarts sémantiques, a été aussi décisif que les autres. Et ils ont été également d'autant plus efficaces qu'ils n'annonçaient pas individuellement le déplacement idéologique qu'ils servaient pourtant. F. Hayek proposait d'imaginer la faculté de revivre l'Histoire avec ce que nous savons d'elle une fois qu'elle a eu lieu. « Les choses nous paraîtraient bien différentes. Et des changements que nous remarquons à peine nous sembleraient très importants et souvent très inquiétants[160]. » De ce point de vue, en droit, aucun écart sémantique n'est négligeable, il porte en lui un déplacement possible que l'étude de la technique juridique permet de montrer, et donc de porter à la discussion. Dans son ouvrage consacré au libéralisme économique, G. Chamayou explique que ce dernier se déploie selon une technologie politique qui permet de « faire en sorte que des micro-choix individuels travaillent involontairement à faire advenir au détail un ordre social que la plupart des gens n'auraient sans doute pas choisi s'il leur avait été présenté en gros[161] ». La jurisprudence administrative contribue à façonner au détail un ordre social que l'analyse juridique permet de voir en gros, pour peu que l'on s'intéresse aux mouvements des petits pas langagiers.

Ensuite, le passage d'un libéralisme à un néolibéralisme ne s'est pas fait sous le patronage d'une théorie conceptuellement élaborée. Au contraire, les fondations théoriques du néolibéralisme n'ont été coulées qu'à partir de 1938. À cet égard, cette année marque la formulation conceptuelle du néolibéralisme, mais la réflexion qui en a accouché travaillait le monde libéral depuis l'immédiat Après-guerre. Au cœur de l'État, les acteurs du droit étaient eux-aussi pris dans ce questionnement et y répondaient depuis leurs positions institutionnelles et selon l'outillage langagier dont ils disposaient. Selon Durkheim, « en chacun de nous […] il y a l'homme d'hier […], nous ne le pensons pas, parce qu'il est invétéré en nous ; il forme la partie inconsciente de nous-même[162] ». Les juges ont avancé à notions constantes en partant du passé qui n'était plus vraiment vers le futur qui n'était pas encore. De ce point de vue, le droit voyage dans le temps par la magie de l'interprétation qui articule dans la fugace étincelle du présent, l'avant et l'après.

Enfin et plus profondément, la séquence traduit la recherche d'une nouvelle gouvernementalité dans et par le droit administratif. Il s'est agi d'élaborer par la technique juridique une manière d'être de l'État ajustée aux circonstances de

---

[158] Voir son ouvrage consacré à la question : P. Bourdieu, *Manet. Une révolution symbolique*, Paris, Seuil, 2013.

[159] *Id.*, *Sociologie générale*, vol. 2, Paris, Seuil, 2016, p. 532.

[160] F.A. Hayek, *La route de la servitude*, 6e éd., Paris, puf, 2013 [1946], p. 3.

[161] G. Chamayou, *La société ingouvernable*, *op. cit.*, p. 249.

[162] É. Durkheim, *L'évolution pédagogique en France*, Paris, puf, 2014 [1938], p. 19.

l'époque. Le droit administratif n'y apparait donc pas tant comme le droit applicable à l'administration que la définition même de l'administration en fonction du rôle qu'on lui assigne. Si bien que le critère du droit administratif n'est peut-être pas à rechercher dans une notion juridique, mais plutôt dans l'idéologie de l'État[163] à l'œuvre dans l'interaction des rapports de pouvoir dans et entre les institutions. Cette idéologie demeure située, relative, contingente, compromise, et toujours entre-deux.

Mickaël Lavaine

Maître de conférences à l'Université de Bretagne Occidentale.

[163] Voir sur cette approche J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2017.

Nicolas Thiébaut

La séparation « physique » des pouvoirs sous les régimes préparlementaires

L'analyse des constitutions de la fin du XVIII^e^ siècle laisse apparaître une tendance à vouloir limiter le droit d'entrée et de parole des membres du pouvoir exécutif dans le sein des assemblées parlementaires. La Constitution de 1791 encadre ainsi strictement cette rencontre dans une section relative aux « Relations du Corps législatif avec le roi[1] ». Celle de 1795 va jusqu'à prohiber tout contact direct en prévoyant que les Conseils et les membres du Directoire communiquent par des messages écrits[2]. L'application d'un principe similaire peut être observée dès les premières années d'existence du régime américain[3].

Cette attitude contraste avec celle adoptée dans la plupart des régimes actuels qui s'inscrivent dans le paradigme parlementaire. Au Royaume-Uni, matrice de ce modèle, les ministres ayant la qualité de parlementaire, leur accès à l'hémicycle apparaît comme consubstantiel à la compatibilité de ces deux fonctions. S'ils l'ont parfois fait selon des modalités particulières, les États d'Europe continentale ayant instauré un régime parlementaire ont également reconnu un droit d'accès au Parlement au profit des membres responsables de l'Exécutif[4]. Ainsi, l'octroi au profit des ministres de la V^e^ République d'un droit d'entrée et de parole au Parlement[5] apparaît comme une compensation de l'incompatibilité de ces fonctions avec l'exercice de tout mandat parlementaire[6] : si le constituant de 1958 a fait le choix d'une telle incompatibilité afin de lutter contre l'instabilité ministérielle, cet accès

[1] Section IV du Chapitre III (« De l'exercice du pouvoir législatif ») du Titre III (« Des pouvoirs publics »).

[2] Articles 162 et 163 de la Constitution du 5 fructidor an III.

[3] Voir *infra*.

[4] A. Le Divellec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, p. 29-30, [http://juspoliticum.com/Le-gouvernement-portion-dirigeante,30.html].

[5] Article 31 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les membres du Gouvernement ont accès aux deux assemblées. Ils sont entendus quand ils le demandent. Ils peuvent se faire assister par des commissaires du Gouvernement ».

[6] Article 23 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire [...] ».

à l'hémicycle parlementaire apparaissait indispensable à l'exercice de la responsabilité politique des ministres caractéristique du parlementarisme[7].

Le refus des constituants de la fin du XVIII[e] siècle de reconnaître un droit d'entrée et de parole au profit des membres de l'Exécutif apparaît à cet égard caractéristique du rejet du système anglais du cabinet responsable alors en cours d'élaboration outre-Manche. La majorité des constituants français de l'époque refuse ainsi notamment d'admettre la compatibilité des fonctions de ministre avec un mandat parlementaire dans la mesure où elle est perçue, dans le système anglais, comme un risque de corruption par l'attrait des fonctions ministérielles[8]. Le même type d'argumentation avait pu être observé auparavant chez les constituants américains qui, sur ce point comme sur d'autres, ont entendu se construire par opposition à l'exemple anglais[9]. L'encadrement des contacts entre l'Exécutif et le Parlement institué par ces régimes doit ainsi être replacé dans le cadre d'une conception de la séparation des pouvoirs antérieure à l'arrivée à maturité du paradigme parlementaire.

À la fin du XVIII[e] siècle, l'agencement des pouvoirs est pensé à partir du partage du pouvoir législatif, qui est conçu comme le pouvoir souverain ou, à tout le moins, comme l'une de ses marques essentielles[10]. Dans la typologie des régimes de l'époque, on distingue donc entre ceux qui attribuent ce pouvoir à une seule autorité, et ceux qui le distribuent entre plusieurs. Si le premier système réalise bien une séparation des pouvoirs puisque les différentes autorités instituées sont en charge d'une seule fonction, ce mode de séparation risque selon ses détracteurs de ne pas parvenir à son but. En effet, dès lors que la fonction exécutive – fonction d'application – est subordonnée à la fonction législative, le détenteur de cette dernière se trouverait en mesure de modifier les règles relatives à la répartition des fonctions et de réunir celles-ci. En conséquence, il ne suffit pas de séparer les pouvoirs, encore faut-il mettre en place un système qui assure qu'ils « *restent* séparés[11] ». Aussi, la seule façon d'empêcher leur réunion semble-t-elle consister dans le fait de distribuer la fonction législative entre plusieurs organes capables de se faire contrepoids, le consentement de chacun étant nécessaire pour former un acte législatif.

---

[7] Symétriquement, l'interdiction faite au président de la République de se présenter devant les assemblées – tempérée par la mise en place de la déclaration devant le Congrès depuis 2008 – apparaissait comme le corollaire de son irresponsabilité.

[8] S. RIALS, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs*, n° 50, 1989/3, p. 86. Sur cette question, v. plus largement P.-X. BOYER, *Angleterre et Amérique dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958)*, Paris, CNRS Éditions, 2012.

[9] É. ZOLLER, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2011, p. 19-33.

[10] Sur l'interprétation de la séparation des pouvoirs telle qu'elle était conçue au XVIII[e] siècle, on renverra principalement aux écrits de Charles Eisenmann et de Michel Troper : Ch. EISENMANN, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs » (1933), « La pensée constitutionnelle de Montesquieu » (1952) et « Le système constitutionnel de Montesquieu et le temps présent » (1955), articles réédités dans Ch. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, respectivement p. 565-582, 583-602 et 603-609 ; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980. Pour une synthèse critique, voir M. LAHMER, « Séparation et balance des pouvoirs », in S. RIALS et D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 1406-1411.

[11] A. LE PILLOUER, « Un Président sans "conseil exécutif" : le choix de Philadelphie », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, [http://juspoliticum.com/article/Un-President-sans-conseil-executif-le-choix-de-Philadelphie-731.html], p. 1.

Ce système, qualifié de « balance des pouvoirs », est susceptible d'être mis en œuvre selon différentes modalités que viennent illustrer les constitutions retenues dans le cadre de cette étude. Il est d'abord possible d'associer le pouvoir exécutif à l'élaboration de la loi, par exemple en lui confiant, comme en 1791, un droit de sanction sur les lois. Il est également envisageable de répartir le pouvoir législatif entre différents organes en divisant le Parlement en plusieurs chambres ; c'est le choix réalisé par les constituants de 1795. Il est enfin possible d'associer ces deux systèmes en instituant un Parlement bicaméral et en remettant dans le même temps au chef de l'État un droit de veto, comme l'illustre le régime états-unien.

Or, dans l'esprit des constituants et des acteurs de l'époque, permettre aux membres du pouvoir exécutif de venir s'exprimer devant les parlementaires, c'était prendre le risque de remettre en cause la distribution de la fonction législative, lorsque qu'un membre de l'Exécutif y participait, et celle des fonctions législative et exécutive. En effet, à l'occasion de cette mise en relation, l'une des autorités était susceptible de prendre le pas sur l'autre et de capter son pouvoir. Comme on s'attachera à le démontrer en détail dans cette contribution, l'encadrement de la venue des membres du pouvoir exécutif devant le Parlement visait en conséquence à assurer la pérennité de la séparation des pouvoirs établie par les différents régimes étudiés. Sujet apparemment mineur, la question de la communication entre les autorités est alors conçue comme centrale : on instaurait ainsi une séparation « physique » des pouvoirs.

Dans le cadre de cet article, on se propose à cet égard de contribuer à la connaissance des systèmes de balance des pouvoirs à l'époque préparlementaire en étudiant le rôle qu'y joue la séparation physique.

De ce point de vue, le système adopté en 1791 est intéressant en ce qu'il illustre une différenciation des régimes de communication entre les différents membres de l'Exécutif et les parlementaires fondée sur les rôles respectifs des premiers dans la balance des pouvoirs. Le risque lié à la rencontre de l'Exécutif et du Parlement n'est en effet pas de la même nature selon que le membre du pouvoir exécutif concerné est également organe partiel du pouvoir législatif ou non. En effet, s'il l'est, le risque est de nature essentiellement juridique : on réunit les organes qui possèdent chacun une parcelle du pouvoir législatif. S'il ne l'est pas, le risque est de nature matérielle : les parlementaires peuvent être influencés quant au contenu de leurs décisions. Une telle différence dans la nature du risque encouru va conduire à une différence dans la façon d'encadrer le droit d'entrée et de parole des membres de l'Exécutif à raison de leur participation au pouvoir législatif. Ainsi, en 1791, on observe une différenciation des régimes de communication du chef de l'État et des ministres. Une solution plus simple consiste à interdire toute venue des membres de l'Exécutif dans l'enceinte parlementaire, ce qui dispense de penser la spécificité des risques liés à chacune d'entre elles. Aucune différenciation des régimes de communication n'est alors nécessaire. C'est ce qui explique que l'on puisse trouver ce type de séparation physique des pouvoirs tout à la fois dans les régimes de balance dans lesquels un membre du pouvoir exécutif participe au pouvoir législatif – comme les États-Unis –, et dans ceux dans lesquels aucun membre du pouvoir exécutif n'y participe – comme le Directoire. En effet, l'interdiction de venir permet d'empêcher tout risque et dispense de s'interroger sur sa nature juridique ou matérielle.

Si la différenciation opérée par les constituants de 1791 est intéressante, on observera toutefois qu'elle est essentiellement tournée vers la protection de l'Assemblée. À cet égard, l'intérêt essentiel de l'étude de la séparation physique des pouvoirs sous le régime français de l'an III et le régime états-unien réside pour leur part dans le caractère systématique de son organisation. Contrairement à ce que

l'on observe en 1791, l'organisation de la communication arrêtée témoigne de leur volonté d'assurer tant une protection des parlementaires contre les empiètements des membres du pouvoir exécutif, qu'inversement.

Afin de mettre en lumière les différents intérêts présentés par ces régimes au regard de la connaissance de la séparation des pouvoirs, on examinera d'abord la façon dont les constituants de 1791 ont entendu adapter le régime de communication des différents membres du pouvoir exécutif à leurs rôles respectifs dans la balance des pouvoirs (I). On étudiera ensuite le tour systématique que les constituants de l'an III comme les protagonistes du régime américain ont entendu donner à la protection résultant de l'encadrement de la communication entre les membres de l'Exécutif et les parlementaires (II).

I. 1791 : L'INSTAURATION D'UNE SÉPARATION PHYSIQUE DIFFÉRENCIÉE

En 1791, le roi comme les ministres se voient reconnaître un droit d'entrée et de parole devant l'Assemblée législative. Cette reconnaissance peut étonner dès lors que l'on conçoit l'exercice d'un tel droit comme un risque de compromission de la séparation des pouvoirs. Si les constituants l'ont finalement admis, par respect de la tradition pour le roi, et par souci de réalisme pour les ministres, il faut cependant relever que sa mise en œuvre est encadrée de manière à préserver la distribution des pouvoirs. Plus précisément, cette réglementation est adaptée au risque que comporte la venue des membres de l'Exécutif au sein de l'Assemblée à raison de la fonction qu'ils assurent dans cette répartition. À ce titre, le régime de communication du roi, dont le consentement est nécessaire à la formation des actes législatifs, est différencié (A) par rapport à celui de ses ministres (B).

A. Le droit d'entrée et de parole du roi co-législateur

Si le poids de la tradition paraît amener les constituants à reconnaître assez naturellement la possibilité pour le monarque de venir s'exprimer devant les députés (1), celle-ci est adaptée au rôle législatif du monarque (2).

1. La consécration d'un droit d'entrée et de parole traditionnel

L'emprise que la tradition monarchique exerce sur le premier régime qui émerge de la Révolution pourrait expliquer que la Constituante ne se soit pas posé la question de la suppression de l'accès du roi à l'Assemblée nationale constituante (puis à l'Assemblée nationale législative). Il s'agissait là d'un droit « trop conforme à l'institution monarchique pour être contesté[12] ».

Les relations entre le roi et l'Assemblée s'inscrivaient en ce sens dans le prolongement de celles qu'entretenait le roi avec les États généraux, dans le cadre desquels les États étaient liés au monarque par le devoir de conseil et devant lesquels il intervenait naturellement, étant à l'origine de leur convocation. Le roi venait ainsi ouvrir les États par la cérémonie de l'« *os apertum* » durant laquelle il exposait

[12] L.R. DURAND, *Le droit d'entrée et de parole du gouvernement aux assemblées constituantes et législatives en France, depuis 1789*, Paris, A. Chevalier-Marescq & Cie, 1903, p. 8.

aux députés la raison de leur convocation et venait par la suite clôturer leurs travaux[13]. Ainsi, encore aux États de 1789, Louis XVI était venu ouvrir leur session en personne pour exposer aux députés les raisons de leur convocation[14].

Au moment de l'élaboration de la constitution, ses auteurs estimaient en tout état de cause que le maintien d'un contact direct était nécessaire au fonctionnement harmonieux des nouvelles institutions[15].

C'est donc assez naturellement que les constituants consacrèrent dans le texte même de la Constitution un « discours du trône » permettant au roi de s'adresser en personne aux parlementaires au début de chaque session législative[16]. Il était également prévu que le roi puisse venir « faire la clôture de la session[17] ». Ces occasions ne devaient toutefois pas être entendues de manière limitative. Et le roi vint en personne en dehors de ces habilitations constitutionnelles chaque fois que la solennité de l'occasion le justifiait et sans que cela ne soulevât la moindre objection[18].

Si ces occasions devaient être rares – les relations quotidiennes avec l'Assemblée étant assurées par les ministres, ses agents[19] – les interventions royales n'en étaient pas moins redoutées, notamment du fait du rôle de législateur qu'il partageait avec l'Assemblée. D'où un encadrement spécifique de ses venues à l'occasion des « séances royales ».

---

[13] Même si c'est régulièrement le chancelier ou un représentant du roi qui parlait davantage que le roi, voire à sa place (voir notamment É.-J.-B. Rathery, *Histoire des États généraux de France*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1845, p. 356-357).

[14] Séance du 5 mai 1789, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. I, p. 1-2. Les références à la « Gaz. nat. ou le Monit., réimpr., » renvoient à la réédition suivante de *La Gazette nationale ou le Moniteur universel* : *Réimpression de l'ancien moniteur : depuis la réunion des États-Généraux jusqu'au Consulta (mai 1789-novembre 1799)*, éd. L.-Ch.-A.-G. Gallois, 32 t., Paris, Bureau Central, 1840-1845.

[15] Les députés avaient d'ailleurs déclaré le 13 juillet 1789 qu'il ne saurait y avoir d'intermédiaire entre l'Assemblée et le roi (Séance du 13 juillet 1789, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. I, p. 156).

[16] Titre III, chap. III, sect. IV, art. 1er : « Lorsque le Corps législatif est définitivement constitué, il envoie au roi une députation pour l'en instruire. Le roi peut chaque année faire l'ouverture de la session, et proposer les objets qu'il croit devoir être pris en considération pendant le cours de cette session, sans néanmoins que cette formalité puisse être considérée comme nécessaire à l'activité du Corps législatif. »

[17] Titre III, chap. III, sect. IV, art. 3 : « Huitaine au moins avant la fin de chaque session, le Corps législatif envoie au roi une députation, pour lui annoncer le jour où il se propose de terminer ses séances : le roi peut venir faire la clôture de la session. »

[18] En dehors de sa venue le 7 octobre 1791 (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. X, p. 57) pour l'ouverture de la session législative, il vint ainsi les 14 décembre 1791 (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. X, p. 636-637), 20 avril (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. XII, p. 173-176), 7 juillet (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. XIII, p. 77) et 10 août 1792 (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. XIII, p. 378). Il était aussi venu cinq fois avant l'entrée en vigueur de la Constitution devant l'Assemblée constituante : le 15 juillet 1789 (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. I, p. 161-162), le 4 février 1790 (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. III, p. 297-299) et les 19 avril (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. VIII, p. 176, 178-179), 14 septembre (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. IX, p. 663) et 30 septembre 1791 (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. IX, p. 6-7).

[19] G. Glénard, *L'Exécutif et la Constitution de 1791*, Paris, puf, 2010, p. 423-424.

2. L'encadrement de la venue du co-législateur

Encadrer la procédure législative

La venue du roi dans l'hémicycle parlementaire fait l'objet d'une différenciation de réglementation par rapport à celle de ses ministres que l'on peut imputer à sa fonction de co-législateur. Dans le processus législatif habituel, le consentement du roi est en effet nécessaire dans la mesure où les décrets votés par l'Assemblée doivent être revêtus de la sanction royale[20]. Dans certaines matières pour lesquelles les constituants estimaient que l'initiative devait revenir plus naturellement au pouvoir exécutif, le roi se voit reconnaître celle-ci, mais il ne dispose toujours pas du pouvoir de décider. Il en va ainsi en matière de déclaration de guerre : « La guerre ne peut être décidée que par un décret du Corps législatif, rendu sur la proposition formelle et nécessaire du roi, et sanctionné par lui[21] ».

Dans ces différentes configurations, il s'agit toujours de préserver une balance du pouvoir législatif : il est nécessaire de maintenir le consentement de chacun des organes partiels du pouvoir législatif dans la formation des actes législatifs. À cet égard, la venue du roi devant les parlementaires représente le risque d'abolir ce système : la distinction de l'expression des consentements n'apparaît plus satisfaite dès lors que les deux autorités sont physiquement réunies et peuvent délibérer ensemble. Afin de préserver la balance, les constituants vont ainsi interdire à l'Assemblée d'exercer sa parcelle du pouvoir législatif en la présence du roi, en prévoyant que « [l]e Corps législatif cessera d'être corps délibérant, tant que le roi sera présent[22] ». Ainsi, par exemple, lorsque le 20 avril 1792, Louis XVI vient en personne proposer la guerre contre le roi de Hongrie et de Bohême, le président de l'Assemblée lui répond que celle-ci ne délibérera sur cette proposition qu'une fois que le roi aura quitté l'hémicycle[23].

Antoine de Baecque préfère pour sa part replacer cette disposition dans l'ensemble des « signes traditionnels de la dignité royale » que l'Assemblée reprend à son compte pour assurer un certain équilibre entre deux apparats : l'Assemblée

---

[20] Titre III, chap. III, sect. III, art. 1er : « Les décrets du Corps législatif sont présentés au roi, qui peut leur refuser son consentement. »

[21] Article 2 de la section I du chapitre III du titre III.

[22] Article 8 de la section IV du chapitre III du titre III.

[23] « Sire, l'Assemblée nationale prendra en très grande considération la proposition formelle que vous lui faites. Votre Majesté sera instruite par un message du résultat de sa délibération » (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. XII, p. 176). La mise en œuvre de cette disposition posa néanmoins une difficulté lors de la dernière venue du roi à la Législative. Le 10 août 1792, au moment de la prise du palais des Tuileries par le peuple, le roi était ainsi venu chercher refuge avec sa famille au sein de l'Assemblée. Dans un premier temps, le président de l'Assemblée, assurant le roi de la protection de celle-ci, lui avait proposé de venir s'asseoir à ses côtés. Néanmoins, certains députés faisaient alors remarquer que la Constitution interdisait au Corps législatif de délibérer en la présence du roi. Pour assurer en même temps la protection du roi et de sa famille et le respect de la Constitution, il fut décidé que ces derniers iraient se placer dans la loge du logotachigraphe (réduit, situé derrière le fauteuil du président et séparé de la salle des séances par une grille de fer, où les journalistes prenaient d'ordinaire la séance en note) où ils resteront finalement jusqu'à leur arrestation (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. XIII, p. 378).

« renonce à son droit de parole devant le monarque[24] ». Cette interprétation paraît néanmoins contestable. La notion de « délibération » ne semble en effet pas s'épuiser dans la prise de parole : elle suppose la prise de décision. Dans le vocabulaire d'Ancien Régime, qui a encore cours sous la Constituante, le terme de « délibérer » est pris comme synonyme de « voter[25] ». Dès lors, s'il est admis que la délibération ne se résume pas à la prise de parole, il n'est pas possible de conclure que la finalité de cette disposition résiderait dans le respect de la dignité royale.

Encadrer l'influence législative

Si la Constitution vient empêcher l'Assemblée de prendre toute décision en la présence du roi, sa présence lui permet toutefois de chercher à influencer leurs délibérations ultérieures. La crainte à l'égard de cette influence royale est ainsi en partie à l'origine de vives discussions relatives au cérémonial de réception du roi dans l'Assemblée.

Le choix d'un cérémonial n'est jamais anodin ; quand il organise la rencontre de deux autorités politiques, il « traduit la réalité constitutionnelle[26] ». Une telle question est ainsi d'autant plus sensible dans le cadre d'une révolution politique. À partir de juillet 1789 et de la première venue de Louis XVI devant les députés qui entendent contester son pouvoir, la façon dont cette réception doit être organisée soulève les passions. Ce problème du cérémonial de réception du roi cristallisant l'enjeu de pouvoir entre le roi et l'Assemblée, les révolutionnaires lui donnent une place non négligeable dans leur réflexion sur les relations entre les pouvoirs. À ce titre, plusieurs dispositions relatives au cérémonial figurent dans le texte constitutionnel[27] et, lorsque la Constituante voudra figer celui-ci à l'issue de son mandat, elle estimera que cette question appartient à la matière législative – ce qui suppose donc la sanction du roi – et non de la police intérieure à l'Assemblée – ce qui ne suppose pas une telle sanction[28]. Certains députés avaient en effet tenté de soutenir que le cérémonial relevait de simples questions de convenances qui devaient être laissées à l'appréciation de l'Assemblée[29]. Mais on se rangea à l'opinion de ceux qui

---

[24] A. De Baecque, « De la dignité royale à la sévérité républicaine. Le rituel des venues de Louis XVI dans l'Assemblée nationale française (1789-1792) », in M. Vovelle (dir.), *Révolution et République. L'exception française*, actes de colloque (Paris I, 21-26 septembre 1992), Paris, Éditions Kimé, 1994, p. 339.

[25] A. Castaldo, *Les méthodes de travail de la Constituante. Les techniques délibératives de l'Assemblée nationale (1789-1791)*, Paris, puf, 1989, p. 129. Il faut néanmoins admettre qu'interdire de parler c'est empêcher de voter, mais la finalité de la mesure n'est pas la même.

[26] F. Olivier-Martin, *Les ordres, les pays, les villes et communautés d'habitants*, Paris, Les Cours de droit, 1948-1949, p. 70.

[27] Articles 6 à 8 de la section IV du chapitre III du titre III.

[28] Le décret adopté par la Constituante le 29 septembre 1791 sera sanctionné le 12 octobre 1791 (*Duvergier*, t. III, p. 457). Quant à l'échec de la gauche de la Législative à faire rattacher cette question à la police intérieure de l'assemblée, voir les débats des 5 et 6 octobre 1791 (respectivement *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. X, p. 39-40, v. aussi *Archives parlementaires*, t. XXXIX, p. 80-87 ; et *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. X, p. 47-50, v. aussi *Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 94-104).

[29] Voir par exemple l'intervention de Vergniaud qui opère une distinction entre « relations de pouvoir » et « relations d'égards », le cérémonial relevant selon lui de la seconde catégorie (*Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 96).

soutenaient – tel Vosgien – que les décisions en la matière regardaient « les relations entre le corps législatif et le roi [qui] tiennent à des actes législatifs[30] ».

Si par ces dispositions il s'agit de garantir l'égale « dignité » – pour reprendre un terme souvent utilisé dans les débats – des deux pouvoirs, s'y joue aussi la question de l'influence du monarque sur les parlementaires comme en témoignent les critiques formulées à l'égard du cérémonial adopté le 29 septembre 1791 par la Constituante. Il faut dire que par rapport aux cérémonials adoptés pour les précédentes venues de Louis XVI, celui-ci présentait un caractère particulièrement « conservateur », en ce qu'il prévoyait une déférence marquée à l'égard du roi[31] :

> Art. I[er]. Lorsque le roi se rendra dans le corps législatif, l'Assemblée sera debout ; elle sera assise et couverte lorsque le roi sera assis et couvert.
> [Art.] II. Le roi sera placé au milieu de l'estrade ; il aura un fauteuil à fleur de lis. Les ministres seront derrière lui ; le président sera à la droite, et gardera son fauteuil ordinaire.
> [Art.] III. Personne ne pourra adresser la parole au roi, si ce n'est en vertu d'un décret exprès de l'Assemblée précédemment rendu[32].

Ce cérémonial, suivi dès le lendemain de son adoption pour la clôture des travaux de l'Assemblée constituante[33], était destiné à s'appliquer aux séances royales qui se tiendraient sous les assemblées qui lui succéderaient. L'Assemblée législative le remit toutefois en cause dès les premiers jours de sa réunion, alors que Louis XVI devait se présenter devant elle à l'ouverture de la session. Si finalement la Législative va se raviser et revenir au cérémonial adopté par la Constituante, l'analyse des débats ayant conduit à son remplacement temporaire ne manque pas d'intérêt. Elle illustre en effet l'importance que le cérémonial revêt aux yeux de nombreux députés dans l'encadrement de l'influence royale.

Ainsi, lors de la séance du 5 octobre 1791, au cours de laquelle se manifeste la volonté de revenir sur le décret adopté quelques jours plus tôt par la Constituante, plusieurs députés estiment que le cérémonial tel qu'il ressort de ce texte va conduire à une soumission de l'Assemblée à son interlocuteur. Il ne s'agit pas dans leur esprit d'une simple soumission symbolique mais bel et bien d'une soumission de leurs actions à la volonté du roi. Selon eux, les règles du cérémonial conduisant les parlementaires à suivre les mouvements du roi vont se diffuser dans les relations que les deux autorités entretiennent. En ce sens, Guadet estime que

> dans les rapports qui existent nécessairement entre ces deux pouvoirs, il n'y a rien d'indifférent ; et le roi, qui s'accoutumerait à régler, dans nos séances, le

---

[30] *Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 94.

[31] Le choix d'un tel cérémonial découle de la volonté de la majorité des députés de se « racheter » après qu'un incident a émaillé la séance royale du 14 septembre 1791 à l'occasion de laquelle le roi venait accepter la Constitution et prêter serment. À cette occasion, les députés n'étaient pas parvenus à se mettre d'accord avant l'arrivée du roi dans l'hémicycle sur le fait de savoir s'ils devaient être assis pendant que le roi prêtait serment, et une grande partie d'entre eux se sont effectivement assis pendant que le roi prêtait serment debout, ce qui offusqua le roi et les royalistes (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. IX, p. 662-663).

[32] Séance du 29 septembre 1791, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. IX, p. 807. Le caractère « conservateur » de ce cérémonial transparaît nettement : outre l'interdiction faite aux députés de prendre la parole en présence du roi, ce dernier occupe une place centrale pour délivrer son discours (quand le président de l'Assemblée est relégué sur le côté) et les mouvements des députés doivent suivre l'attitude royale.

[33] *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. X, p. 6-7.

> mouvement de nos corps, pourrait croire bientôt pouvoir régler aussi le mouvement de nos âmes (*Applaudissements*)[34].

Si un tel argument peut surprendre, plusieurs parlementaires estiment de la même façon qu'un tel cérémonial les conduira à devenir des « automates[35] » dans les mains du roi. C'est cette crainte vis-à-vis de l'influence du roi co-législateur sur le Parlement qui va conduire au retrait provisoire[36] du cérémonial adopté par la Constituante et à l'adoption d'un nouveau[37].

B. Le droit d'entrée et de parole des ministres

L'interdiction de délibérer faite à l'Assemblée en la présence du roi ne concerne que celui-ci au sein du pouvoir exécutif car seul lui participe à la fonction législative. L'Assemblée délibère ainsi normalement en la présence des ministres. Ce qui ne signifie pas que l'influence des ministres n'est pas conçue comme un danger pour la séparation des pouvoirs : les ministres sont les agents du roi et s'ils venaient à pouvoir influencer librement les délibérations parlementaires, la balance disparaîtrait. À la faculté d'empêcher du roi, s'ajouterait une faculté de faire captée cette fois à son profit par ses ministres. Les constituants de 1791 vont en conséquence encadrer le droit d'entrée et de parole des ministres de manière à contenir leur influence (1). Dans la pratique, ce mécanisme fera l'objet d'une application très restrictive pour la parole ministérielle (2).

1. La mise en place d'un droit d'entrée et de parole encadré

La volonté des constituants de 1791 d'encadrer l'influence ministérielle sur le Corps législatif les avait déjà conduits à rejeter la compatibilité des fonctions de ministre avec un mandat de député. À cet égard, on peut s'étonner qu'un droit d'entrée et de parole soit reconnu au profit des ministres alors que cette prérogative apparaissait, pour les défenseurs de la compatibilité et de la responsabilité ministérielle, comme une conséquence nécessaire de ce dispositif. Mirabeau, par exemple, prônait la mise en place d'un tel droit d'entrée et de parole au profit des ministres

---

[34] Séance du 5 octobre 1791, *Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 84.

[35] Intervention de Couthon, Séance du 5 octobre 1791, *Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 82.

[36] Selon Antoine de Baecque, les Feuillants, voyant les dommages que le cérémonial pouvait occasionner pour l'autorité royale, se sont rapidement ravisés et ont permis le lendemain le retrait du décret adopté la veille et le rétablissement du cérémonial établir en septembre 1791 par la Constituante (A. De Baecque, « De la dignité royale à la sévérité républicaine. Le rituel des venues de Louis XVI dans l'Assemblée nationale française (1789-1792) », art. cité, p. 351). C'est ce dernier qui est appliqué le lendemain pour la venue du roi et qui sera observé jusqu'à la chute de la royauté

[37] Celui-ci se présentait ainsi : « Article 1er. Au moment où le roi entrera dans l'Assemblée, tous les membres se tiendront debout et découverts ; – Art. 2. Le roi arrivé au bureau, chacun des membres pourra s'asseoir et se couvrir ; – Art. 3. Il y aura au bureau deux fauteuils semblables, placés sur la même ligne, et celui qui sera à la gauche du président sera destiné pour le roi ; – Art. 4. Dans le cas où, soit le président, soit tout autre membre de l'Assemblée, aurait préalablement été chargé par elle d'adresser la parole au roi, il ne lui donnera, conformément à la Constitution, d'autre titre que celui de "roi des Français". La même chose sera observée dans les députations qui pourront être envoyées au roi ; – Art. 5. Lorsque le roi se retirera, les membres de l'Assemblée seront, comme à son arrivée, debout et découverts ; – Art. 6. La députation qui recevra et qui reconduira le roi sera composée de 12 membres. » (*Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 84-86).

dans le cadre de son système d'« harmonie des pouvoirs[38] » au sein duquel le roi devait désigner un ministère ayant la confiance de l'Assemblée.

L'admission finale d'un tel droit d'entrée et de parole par la Constituante apparaît comme une concession faite au réalisme au moment de la relecture finale du texte constitutionnel. Avant cela, la volonté de composer s'était cependant déjà faite sentir lors du débat des 6 et 7 novembre sur l'incompatibilité. Si une motion de Mirabeau visant à faire octroyer aux ministres une voix consultative avait été frontalement rejetée par Lanjuinais[39], Blin et Montlosier étaient favorables à ce que des contacts aient lieu entre les ministres et les comités de l'Assemblée[40]. De même, au moment de la fuite de Varennes, Charles de Lameth estima qu'il était non seulement nécessaire que les comités de l'Assemblée travaillassent avec les ministres mais également que les ministres fussent admis dans le sein de l'Assemblée[41]. Les circonstances n'expliquaient pas tout et traduisaient le souhait d'une partie de l'Assemblée d'accorder une forme de droit d'entrée et de parole aux ministres[42].

Mais ce n'est qu'au moment de la relecture du texte constitutionnel que le Comité de Constitution proposa que les ministres aient libre entrée dans l'Assemblée. Ainsi, au sein de la section IV relative aux « Relations du corps législatif avec le roi », Thouret fit lecture d'un article X ainsi conçu :

> Les ministres du roi auront entrée dans l'Assemblée nationale législative ; ils y auront une place marquée ; ils seront entendus sur tous les objets sur lesquels ils demanderont à l'être, et toutes les fois qu'ils seront requis de donner des éclaircissements[43].

Cette proposition était liée, dans l'esprit de Thouret, à la reconnaissance de la compatibilité des fonctions de ministre avec le mandat parlementaire : le même jour, le Comité avait tenté de faire disparaître cette dernière du texte constitutionnel[44]. Le 6 novembre, Mirabeau avait d'ailleurs lui-même déjà fait une proposition similaire[45] qu'il envisageait comme une première pierre vers la reconnaissance de la compatibilité des fonctions de ministre avec le mandat parlementaire.

Robespierre demanda la question préalable sur cet article inacceptable selon lui puisqu'il méconnaissait la séparation des pouvoirs en octroyant aux ministres « le droit de diriger les délibérations et d'exercer une influence directe sur la formation de la loi[46] ». Si les autres membres de l'Assemblée trouvaient l'article du Comité

---

[38] Séance du 16 juillet 1789, *Archives parlementaires*, t. VIII, p. 242.

[39] Lanjuinais estimait que la voix consultative « t[enait] de bien près à la voix délibérative » (et c'était ce que Mirabeau savait aussi), voix délibérative qu'il ne pouvait accepter car elle conduisait à réunir « dans les ministres le pouvoir législatif au pouvoir exécutif » (Séance du 7 novembre 1789, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. II, p. 153).

[40] Séance du 7 novembre 1789, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. II, p. 153.

[41] Séance du 21 juin 1791, *Archives parlementaires*, t. XXVII, p. 363-364.

[42] En ce sens, G Glénard, *L'Exécutif et la Constitution de 1791*, *op. cit.*, p. 425.

[43] Séance du 15 août 1791, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. IX, p. 407.

[44] G. Glénard, *L'Exécutif et la Constitution de 1791*, *op. cit.*, p. 418-420.

[45] « Je propose donc […] que l'Assemblée décrète : […] 3° Que les ministres de Sa Majesté seront invités à venir prendre dans l'Assemblée voix consultative, jusqu'à ce que la constitution ait fixé les règles qui seront suivis à leur égard » (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. II, p. 151-152)

[46] Séance du 15 août 1791, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. IX, p. 407. Cet article mettait ainsi les constituants « en contradiction avec [eux]-mêmes » après le vote en faveur de l'incompatibilité

excessif, ils n'en admettaient pas moins désormais le principe de la présence des ministres aux séances de l'Assemblée. On souhaitait simplement empêcher que leur influence sur les débats ne mette en danger la répartition des pouvoirs en leur permettant de capter la faculté de faire des députés. Barère proposa ainsi de limiter le droit de parole des ministres aux « objets relatifs à l'exercice de leurs fonctions » qu'ils soient requis de le faire ou qu'ils le fassent de leur propre initiative : leur permettre de participer aux discussions, c'était leur confier l'initiative[47]. Lanjuinais maintenait quant à lui le droit des ministres d'intervenir dans la discussion mais le subordonnait à l'autorisation de l'Assemblée[48]. Camus alla dans le même sens[49]. On entendait ainsi priver les ministres de « voix consultative autonome[50] ». Malgré l'opposition de Beaumetz[51] et de Barnave[52], qui défendaient l'adoption de celle-ci, l'Assemblée finit par se ranger à une rédaction de compromis proposée par Charles de Lameth :

> Les ministres du roi auront entrée à l'Assemblée législative ; ils y auront une place marquée ; ils seront entendus toutes les fois qu'ils le demanderont sur les objets relatifs à leur administration, ou lorsqu'ils seront requis de donner des éclaircissements. Ils seront également entendus sur les objets étrangers à leur administration toutes les fois que le corps législatif leur accordera la parole[53].

Les constituants estimaient ainsi parvenir à un accommodement réaliste entre deux exigences. D'une part, la nécessité d'entendre les ministres pour qu'ils puissent rendre compte de leur action et éclairer les députés sur les lois en débat de leur point de vue d'exécutants. Et d'autre part, le refus de les autoriser à cumuler leur fonction avec celle de député, ce qui leur aurait donné un accès permanent à la Chambre et l'opportunité d'exercer une grande influence sur les délibérations de l'Assemblée. L'article tel qu'il est finalement adopté tend à encadrer l'influence ministérielle que visait le rejet de la compatibilité des fonctions de ministres avec la députation, et ainsi à mettre en cohérence les deux décisions de l'Assemblée. On entend permettre aux ministres de rendre compte de leur action en les empêchant

---

des fonctions de ministre et avec un mandat de député car l'effet est le même selon Robespierre : ce qui importe au ministre ce n'est pas de pouvoir voter grâce à son éventuel statut de député, ce qu'il désire c'est pouvoir diriger les délibérations de l'Assemblée et donc y avoir accès.

[47] *Ibid.*, p. 408. Pétion sera encore plus incisif en demandant qu'on n'autorise les ministres à venir que lorsqu'ils seront appelés par le corps législatif (*ibid.*, p. 411).

[48] *Ibid.*, p. 408.

[49] *Ibid.*

[50] G. Glénard, *L'Exécutif et la Constitution de 1791*, *op. cit.*, p. 425.

[51] Séance du 15 août 1791, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. IX, p. 408, 411.

[52] *Ibid.*, p. 411.

[53] *Ibid.* L'article présent dans la Constitution (article 10 de la section IV du chapitre III du titre III) est identique à quelques différences rédactionnelles mineures près : « Les ministres du roi auront entrée dans l'Assemblée nationale législative ; ils y auront une place marquée. – Ils seront entendus, toutes les fois qu'ils le demanderont sur les objets relatifs à leur administration, ou lorsqu'ils seront requis de donner des éclaircissements. – Ils seront également entendus sur les objets étrangers à leur administration, quand l'Assemblée nationale leur accordera la parole. »

dans le même temps de diriger les débats législatifs, leur intervention « sur les objets étrangers à leur administration » (c'est-à-dire étrangers à la pure gestion[54]) étant soumise à une autorisation de l'Assemblée.

L'efficacité d'une telle mesure semblait devoir être laissée à l'attitude de l'Assemblée en pratique. Or, sous la Législative, le droit d'entrée et de parole des ministres fut encore réduit.

2. Une pratique restrictive du droit d'entrée et de parole

Le caractère restrictif de la pratique de ce dispositif peut s'apprécier à deux égards. D'une part, la possibilité même offerte aux ministres de s'exprimer sur un objet étranger à leur administration fut sévèrement comprise : l'Assemblée fit bien usage du caractère discrétionnaire de son pouvoir en n'octroyant pas systématiquement la parole aux ministres. Ainsi, par exemple, au cours de la séance du 24 novembre 1791, le président Vergniaud s'adressant au ministre de la Justice déclara : « M. le ministre de la justice demande à faire une observation ; mais j'ai l'honneur de lui remarquer [*sic*] qu'il ne peut pas faire une observa- [*sic*] sur la question même qui se discute en ce moment et qu'il ne peut parler que sur un point de fait, ou pour donner des renseignements[55] ».

D'autre part, quand les ministres intervenaient effectivement sur des objets étrangers à leur département en proposant l'adoption de certaines mesures, on faisait en sorte d'empêcher l'influence ministérielle en refusant d'en débattre sur-le-champ. On en voit un exemple dès les premiers jours de la Législative : après que le ministre de la Justice – Duport-Duteurtre – a proposé une dérogation dans l'attribution des affaires aux tribunaux criminels provisoires, Basire demande l'ajournement : « Je demande qu'on ne s'accoutume pas à délibérer sur-le-champ sur les propositions d'un ministre », ajournement qui est décrété[56]. En pratique, l'Assemblée entend donc de manière très restrictive le droit de parole des ministres dont elle souhaite voir l'influence strictement encadrée.

Si l'article finalement adopté par la Constituante tendait à éviter l'influence ministérielle sur les débats parlementaires, et par suite la confusion des pouvoirs au profit de l'autorité exécutive, elle laissait grande ouverte la voie au contrôle de l'action de l'Exécutif par l'Assemblée. Aussi soucieux de se prémunir contre le despotisme des parlementaires que contre celui des membres du pouvoir Exécutif, les régimes de 1787, aux États-Unis, et de 1795, en France, paraissent avoir été plus conséquents dans l'organisation des rapports entre ceux-ci.

---

[54] Barère parle encore d'« objets appartenant purement à l'administration » (Séance du 15 août 1791, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. IX, p. 411).

[55] Séance du 24 novembre 1791, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. X, p. 363.

[56] Séance du 11 octobre 1791, *Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 182. C'était déjà la pratique suivie sous la Constituante : ainsi, le 7 août 1789, lorsque les ministres envoyés par le roi se présentent en corps devant l'Assemblée, Clermont-Lodève est désapprouvé par ses collègues lorsqu'ils proposent de délibérer sur-le-champ sur les propositions qui leur sont faites par Champion de Cicé et Necker (Séance du 7 août 1789, *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. I, p. 309).

II. 1787 et 1795 : l'instauration d'une séparation physique systématisée

Les protagonistes du régime américain, tout comme les constituants de 1795, partagent avec les constituants de 1791 la même volonté d'éviter la confusion des pouvoirs qui pourrait résulter de la mise en contact des membres de l'Exécutif avec le Parlement. Cependant, leur choix d'interdire tout contact les dispense d'opérer la différenciation observée en 1791. C'est davantage par la systématicité du processus institué que ces régimes sont remarquables. En effet, tandis que les constituants de 1791 paraissent avoir avant tout souhaité protéger l'Assemblée législative des empiètements des membres du pouvoir Exécutif, on observe tout autant en 1787 (A) et en l'an III (B) un souci de protection de ces derniers contre les parlementaires.

A. Dans le régime états-unien

L'interdiction faite aux membres du pouvoir exécutif de se rendre devant le Congrès (Chambre des représentants ou Sénat) n'apparaît pas dans le texte même de la Constitution. Elle ressort néanmoins clairement de la pratique des premiers Exécutifs qui a servi de précédent et s'est perpétuée jusqu'à aujourd'hui dans une intention assumée des acteurs. Cette protection contre la confusion des pouvoirs s'observe tant à l'égard du Président (1) que de ses secrétaires (2).

1. L'interdiction à l'égard du Président

La prévention de toute confusion des pouvoirs implique d'abord que le Président ne soit pas à même d'influencer le Congrès. Ainsi, c'est avec beaucoup de réserve que Washington consentit à exercer le devoir de recommander que la Constitution lui impose[57]. Lors de son premier discours inaugural du 30 avril 1789 – discours prononcé au moment de l'investiture présidentielle – devant le Congrès, il estima même cette tâche inutile[58]. La réticence de Washington s'explique essentiellement par sa crainte d'influencer la branche séparée du gouvernement que constituait le Congrès[59], crainte qui était d'ailleurs partagée par les *congressmen*[60].

En retour, le risque de soumission du Président au Congrès a également préoccupé les différents protagonistes. Si en principe le chef d'État d'un régime républicain est responsable[61], la séparation des pouvoirs s'opposait à ce que le président américain le fût devant les Chambres à la manière d'un ministre en régime parlementaire. Son indépendance était en effet nécessaire au bon fonctionnement de la

---

[57] Art. 2, sect. 1 : « *He shall from time to time give to the Congress Information of the State of the Union, and recommend to their Consideration such Measures as he shall judge necessary and expedient* » (« Il informera périodiquement le Congrès sur l'état de l'Union et il recommandera à son attention toute mesure qu'il jugera nécessaire et opportune », notre traduction).

[58] É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 75.

[59] D.P. Currie, *The Constitution in Congress. The Federalist Period (1789-1801)*, Chicago, University of Chicago Press, 1997, p. 30.

[60] *Ibid.*

[61] À cette époque, la typologie des régimes passe alors par la distinction entre les monarchies constitutionnelles, qui sont parlementaires, c'est-à-dire où les ministres sont responsables du fait de l'inviolabilité royale, et les régimes républicains, qui sont présidentiels dans la mesure où la responsabilité sera imputée au chef de l'État (C.-M. Pimentel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, th. dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2000, p. 554-555).

balance des pouvoirs : afin de pouvoir faire contrepoids aux deux chambres du Congrès dans le cadre de l'exercice de la fonction législative, il était nécessaire qu'il puisse recourir librement à sa faculté d'empêcher[62]. Dans le nº 71 du *Fédéraliste*, Hamilton exprime ce principe, selon lequel la balance des pouvoirs suppose ainsi l'indépendance des organes qui y participent, de la manière suivante :

> Le principe d'après lequel nous admettons l'utilité d'un partage entre les diverses branches du pouvoir, nous enseigne également que ce partage doit exister de manière à rendre ces pouvoirs indépendants les uns des autres. À quoi servirait-il de séparer l'Exécutif ou le Judiciaire du Législatif, si l'Exécutif et le Judiciaire étaient constitués de manière à rester absolument soumis au Législatif[63] ?

Cette logique impliquait que le Président ne se présente pas devant les Chambres. On retomberait alors dans les travers déjà mis en lumière à travers l'étude du cas français : soit le Président dominerait le Congrès, soit le Congrès dominerait le Président. Dans les deux hypothèses, comme en 1791, la balance serait ruinée. C'est ce qui explique qu'encore assez récemment le *Speaker* de la Chambre des représentants – M. O'Neil – ait refusé en juin 1986 au président Reagan le droit de s'adresser directement à la Chambre pour défendre son projet d'aide aux *contras* nicaraguayens[64]. Au cours de cette séance le représentant Walker adressa au *Speaker pro tempore* – M. Miller – ses regrets quant au refus d'O'Neil. Il se fonda sur l'article II, section 3 de la Constitution, relatif au message sur l'état de l'Union, estimant que cette disposition autorisait le Président à recommander à l'attention des membres du Congrès toute mesure qu'il juge nécessaire et opportune. Bien qu'il n'existât pas de précédent en la matière il argua de l'importance de l'affaire pour autoriser cette nouveauté, mais sans succès[65]. Le Président fut donc contraint de s'adresser à la Chambre par un message écrit dans lequel il regrettait de ne pas pouvoir s'adresser en personne aux Représentants[66].

Le risque de confusion des pouvoirs apparaît essentiellement lors des débats parlementaires quotidiens où l'Exécutif est susceptible d'influencer le Congrès dans son rôle législatif et où ce dernier est susceptible de contrôler l'action du premier. Cela explique l'admission de deux types de prises de parole exceptionnelles.

---

[62] Sur ce point, voir en part. J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol. 2, Boston, Cambridge, Hilliard, Gray and Cie, Brown, Shattuck and Cie, 1833, § 539-540.

[63] « *The same rule, which teaches the propriety of a partition between the various branches of power, teaches us likewise that this partition ought to be so contrived as to render the one independant of the other. To what purpose separate the executive, or the judiciary, from the legislative, if both the executive and the judiciary are so constituted as to be the absolute devotion of the legislative?* » (A. HAMILTON, J. JAY et J. MADISON, *The Federalist*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 [1788], p. 350). La traduction est de Gaston Jèze : A. HAMILTON, J. JAY et J. MADISON, *Le Fédéraliste*, trad. G. Jèze, Paris, Économica, 1988 [1788], p. 596-597.

[64] L'accès aux Chambres dépendant du bon vouloir de celles-ci, il est arrivé qu'elles accordent, dans des cas exceptionnels comme les périodes de guerre, la possibilité au Président de s'exprimer devant elles. Le président Reagan avait toutefois été autorisé à prendre la parole afin de demander à ce qu'on ne passe pas outre son veto contre la loi sur les transports et la circulation relevant la vitesse maximale sur le réseau fédéral d'autoroute (Ph. LAUVAUX et A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, 4e éd., Paris, PUF, 2015, p. 337-338).

[65] *Congressional record*, June 24, 1986, p. 15186.

[66] *Ibid.*

La première hypothèse correspond à la venue du Président à l'occasion du message annuel sur l'état de l'Union. Adepte – comme Fédéraliste – des traditions anglaises, Washington décida à son arrivée à la présidence de calquer l'adresse sur l'état de l'Union que la Constitution impose au Président de prononcer, sur le discours du trône anglais. Il en fit ainsi un discours annuel prononcé par le chef de l'État en personne aux Chambres réunies en début de session législative. Outre son annualité, Washington inscrivait donc dans la tradition états-unienne le prononcé de ce message en personne. Jefferson rejeta par la suite cette pratique et établit un précédent en adressant son message sur l'état de l'Union par écrit, précédent qui fut remis en cause par Wilson en 1913 et suivi de manière inégale depuis lors[67].

Il n'est pas évident d'établir que le précédent créé par Jefferson contribue dans son esprit à garantir la distribution des pouvoirs établie[68]. Il semble plutôt qu'il faille y voir un rejet de l'aspect monarchique d'une adresse annuelle prononcée par le chef de l'État rappelant trop aux yeux des républicains la pratique anglaise du discours du trône. Dans sa lettre adressée au président du Sénat accompagnant son premier message d'ouverture de session, Jefferson défendit les avantages pratiques de ce nouveau procédé : il devait en résulter un confort accru pour le Congrès dans la mesure où celui-ci pourrait commencer immédiatement son travail sans avoir à élaborer une adresse[69] sur des sujets qu'il ne maîtrisait pas pleinement[70]. Toutefois, il semble que l'abandon de l'oralité pour le message annuel soit aussi – voire avant tout – motivé par un motif idéologique. En effet, cette procédure établie par des présidents fédéralistes[71] était critiquée par les républicains qui y voyaient une réplique inopportune des traditions monarchiques anglaises[72]. Ainsi quand Jefferson – membre du parti républicain – accéda à la présidence, il mit en œuvre la simplicité dont son camp se réclamait[73].

---

[67] C.J. Shogan, « The President's State of the Union Address : Tradition, Function, and Policy Implications », Congressional Research Service, p. 2-3, disponible sur le site de la *Federation of American Scientists* [http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40132.pdf].

[68] Wilson étant un partisan de l'établissement d'un régime parlementaire aux États-Unis, on peut penser que le rétablissement de la pratique ancienne de l'adresse directe auquel il procéda était articulé à sa volonté réformiste. La pratique de ce Président qui se rêvait en Premier ministre de régime parlementaire, et qui détient encore à ce jour le record du nombre d'interventions présidentielles devant le Congrès, visait à injecter un élément du régime parlementaire dans le régime américain (M. Tourbe, *La pensée constitutionnelle de Woodrow Wilson (1856-1924)*, th. dactyl., Université de Cergy-Pontoise, 2009, p. 201).

[69] Toujours en application de la tradition du discours du trône monarchique, le Congrès élaborait à l'origine une Adresse en réponse au discours annuel sur l'état de l'Union. Cette pratique cessa justement avec Jefferson (A.C. Hinds, *Constitution Jefferson's manual and Rules of the House of Representatives of the United States with a digest of the practice*, Washington, Government printing office, 1910, p. 135). Toutefois, on peut observer une trace de cette tradition dans la réponse que l'opposition au Congrès fournit toujours aujourd'hui dans la presse après le discours du Président.

[70] Th. Jefferson, « To the president of Senate (december 8th 1801) », in *The writings of Thomas Jefferson*, t. IV, Washington, Taylor & Maury, t. IV, 1854, p. 423.

[71] John Adams suivra l'exemple de Washington.

[72] D.N. Mayer, *Jefferson's constitutional thought*, Charlottsville et Londres, University press of Virginia, 1994, p. 235-236.

[73] Les opposants de Jefferson estimaient que ce changement de forme était dû aux mauvaises qualités d'orateur de celui-ci (J. Bryce, *The American commonwealth*, 3e éd., t. I, New York, The MacMillan Company, 1903, p. 57).

Le fait que Washington, puis Adams, aient décidé de présenter l'état de l'Union en personne ne remet pour autant pas en cause le principe de l'interdiction. En effet, il semble qu'il faille comprendre ce prononcé direct, au même titre que le désir d'importer le rite du discours du trône anglais[74], comme la volonté d'organiser un moment solennel de rencontre entre les pouvoirs constitués. Le discours a ainsi encore lieu aujourd'hui dans le cadre d'une séance commune des deux Chambres (*joint session*), distincte de la procédure législative habituelle, et à laquelle les membres du Congrès ne sont d'ailleurs pas les seuls à assister : sont également conviés, outre les secrétaires, les chefs de l'état-major interarmées et les juges de la Cour suprême[75]. Tous les autres messages sont par ailleurs transmis par écrit[76], il n'est pas question pour le Président de se présenter régulièrement devant les Chambres. Élisabeth Zoller note ainsi que dans l'esprit de ses concepteurs, ce discours – la partie relative au rapport sur l'état de l'Union tout du moins – avait pour objectif d'éviter le risque de dislocation de la nation[77].

Cette dimension du discours annuel est peut-être de nos jours quelque peu brouillée dans la mesure où le message sur l'état de l'Union est devenu le discours d'ouverture de session législative d'un Président devenu « *chief legislator* ». Toutefois, si les présidents ont trouvé un potentiel dans la Constitution pour se bâtir un rôle législatif, celui-ci n'était pas prévu en tant que tel par le texte constitutionnel[78] et une telle portée ne pouvait à l'origine être prêtée au discours sur l'état de l'Union. Cette disposition est d'ailleurs plus directement inspirée de l'article 19 de la Constitution de l'État de New York[79] que de l'exemple anglais[80]. Outre le fait que la disposition se situe dans l'article relatif au pouvoir exécutif, l'absence d'objection qu'elle paraît avoir suscité chez les anti-fédéralistes, pourtant attentifs à tout risque

---

[74] *Ibid.*, p. 77.

[75] C.J. SHOGAN, « The President's State of the Union Address : Tradition, Function, and Policy Implications », art. cité, p. 4.

[76] *Ibid.*, p. 1.

[77] V. le compte rendu de son audition du 27 mai 2008 devant la commission des lois du Sénat dans le cadre de la révision constitutionnelle : Rapport au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, de modernisation des institutions de la V^e^ République, par M. Jean-Jacques Hyest, sénateur, p. 243 (*Sénat, Document n^o^ 387, Annexe au procès-verbal de la séance du 11 juin 2008*).

[78] En ce sens, M.-F. TOINET, *Le Congrès des États-Unis*, Paris, PUF, 1972, p. 20-22.

[79] Article 19 : « *That it shall be the duty of the governor to inform the legislature, at every session, of the condition of the State, so far as may respect his department; to recommend such matters to their consideration as shall appear to him concern its good governement, welfare, and prosperity* […]. » (cité dans S.G. FISHER, *The evolution of the Constitution of the United States*, Philadelphie, J.B. Lippincott Company, 1897 ; réimp. : Union, N.J., The Lawbook exchange, 1997, p. 170) : « Qu'il est du devoir du gouverneur d'informer la législature, à chaque session, de la situation de l'État dans la limite de ses prérogatives ; de les inviter à prendre en considération les objets qu'il jugera à même de permettre son bon gouvernement, son bien-être et sa prospérité ». La formulation de cet article laisse peu de doute quant aux origines de l'article de la Constitution fédérale.

[80] *Ibid.*, p. 85-86 (v. aussi Thach qui rappelle par la même occasion l'exemple qu'a pu constituer l'Exécutif de l'État de New York pour la Constitution fédérale : Ch.C. Jr. THACH, *The Creation of the Presidency (1775-1789). A Study of Constitutional History*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1922, p. 34-36, 52-54, 116). En réalité, S.G. Fisher trouve même des racines plus anciennes à cet article dans la commission pour le New Hampshire de 1680 mais qui l'ont peut-être moins directement influencé au vu de son ancienneté.

d'empiètement du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif[81], paraît conforter cette interprétation.

Dans la pensée des constituants de Philadelphie, une telle mise en rapport ne pouvait d'ailleurs pas avoir la portée d'une réelle initiative législative que la séparation des pouvoirs américaine ne saurait admettre. S'il est vrai que le Président doit à cette occasion « recommand[er] à [l']attention [du Congrès] toute mesure qu'il jugera nécessaire et opportune », il s'agissait surtout d'offrir la possibilité au Président d'éclairer le Congrès depuis sa position particulière, comme les constituants français l'admettront en 1791 et en 1795[82]. Sa présence régulière dans l'hémicycle n'était d'ailleurs pas envisagée, la Constitution prévoyant simplement qu'il devait s'adresser au Congrès « de temps en temps » (*from time to time*).

La seconde hypothèse concerne la venue occasionnelle des présidents américains devant le Sénat. On ne saurait analyser cette pratique – pas plus que celle du prononcé en personne du message sur l'état de l'Union – comme la négation de l'interdiction faite au Président de venir devant les Chambres. Si certains présidents se sont crus autorisés à venir devant le Sénat c'est que cet organe participe notamment au pouvoir exécutif et ne constitue pas à ce titre l'organe d'une autre fonction[83].

Washington vint ainsi deux fois devant le Sénat en 1789 pour la négociation d'un traité. S'il s'estima autorisé à se présenter devant le Sénat, c'est qu'il avait interprété les dispositions l'obligeant à obtenir l'avis et le consentement de celui-ci – d'ailleurs présidé par le vice-président – dans certaines matières comme faisant de celui-ci un organe quasi-exécutif, « une sorte de conseil d'État[84] ».

L'expérience se révéla néanmoins décevante pour Washington. Se rendant au Sénat le 22 août 1789 pour demander aux sénateurs leur avis et leur consentement sur un projet de traité qui devait être passé avec les indiens, les sénateurs lui répondirent que le traité devait être renvoyé en comité et discuté par la Chambre. Cette réponse déçut Washington qui était venu accompagné de son secrétaire à la guerre – Knox – pour fournir toutes les informations nécessaires et dut revenir quelques jours plus tard pour recevoir la réponse des sénateurs. Ce devait être la dernière fois qu'un président américain s'adressait directement au Sénat au sujet de la passation d'un traité : contrarié par la tournure des événements, Washington ne revint plus devant celui-ci et cet usage acquit valeur de précédent[85].

---

[81] D.R. Hoffman et A.D. Howard, *Addressing the State of the Union. The Evolution and Impact of the President's Big Speech*, Boulder, Col., Lynne Rienner Publishers, 2006, p. 17-18.

[82] Titre III, chap. I, sect. I^re^, art. 1^er^ de la Constitution de 1791 : « La Constitution délègue exclusivement au Corps législatif les pouvoirs et fonctions ci-après : l° De proposer et décréter les lois : le roi peut seulement inviter le Corps législatif à prendre un objet en considération […] » ; art. 163 de la Constitution de l'an III : « Le Directoire peut, en tout cas, inviter, par écrit, le Conseil des Cinq-Cents à prendre un objet en considération ; il peut lui proposer des mesures, mais non des projets rédigés en forme de loi ».

[83] Le Président ne peut en revanche pas se présenter en principe devant la Chambre des représentants (J. Bryce, *The American commonwealth*, *op. cit.*, p. 208-209, note 4) comme l'épisode O'Neil–Reagan l'a rappelé. Il s'y rend toutefois pour le discours annuel sur l'état de l'Union mais il se présente alors devant les chambres réunies.

[84] É. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 84.

[85] A. Tunc et S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, t. 1, Paris, Domat-Montchrestien, 1954, p. 92-93.

2. L'interdiction à l'égard des secrétaires

Si le système de la responsabilité ministérielle n'était pas encore fermement établi en Angleterre à l'époque de la rédaction de la Constitution américaine[86], les conventionnels de Philadelphie n'en avaient pas moins connaissance de ses prodromes[87]. Craignant tout autant que les constituants français la corruption et l'influence ministérielle qu'ils associaient au régime anglais, les constituants états-uniens firent notamment le choix de rendre incompatibles les fonctions de secrétaire avec tout mandat parlementaire[88]. En retour, la nécessité de protéger l'Exécutif contre le Congrès conduisit à la « Décision de 1789[89] » par laquelle le Congrès refusa d'exercer un droit de regard sur la révocation des secrétaires qui devaient être les agents du seul Président.

Il suit de là que les secrétaires n'étant pas responsables des actes du Président, chef du pouvoir exécutif, et les membres du Congrès craignant leur influence, les Chambres refusent de les entendre[90], bien que rien ne soit prévu dans la Constitution en ce sens[91]. Les secrétaires peuvent toutefois être entendus par les comités des Chambres mais cette audition n'a pas la même portée que celle qu'aurait leur intervention en assemblée plénière. En effet, quand un secrétaire est auditionné par un comité, il n'intervient qu'en tant que témoin (*witness*) et non pour défendre sa gestion ou ses idées[92].

Le cas du secrétaire au Trésor constitue une hypothèse distincte dans la mesure où, contrairement à ce qu'il avait décidé pour les autres secrétaires d'État, le Congrès avait prévu qu'il devrait régulièrement le tenir informé soit par écrit, soit en personne – selon ce qui serait demandé – des problèmes soulevés par les Chambres ou relatifs à son département[93].

Sur le fondement de ce texte, Hamilton, secrétaire au Trésor, tenta, notamment sous Jefferson, de présenter son rapport sur les finances en personne. Jefferson voyant dans cette ambition une tentative pour contrôler et diriger la législature s'y opposa. Le Congrès alla dans le même sens[94]. La volonté du troisième président des États-Unis de parer par cette mesure à la confusion des pouvoirs – contraire selon

---

[86] E.S. Corwin, *The President: Office and Powers*, 5e éd., éd. R.W. Bland, Th.T. Hindson et J.W. Peltason, New York, New York University Press, 1984 [1940], p. 14.

[87] En ce sens, Ch.C. Jr. Thach, *The Creation of the Presidency (1775-1789)*, *op. cit.*, p. 17.

[88] J. Bryce, *The American commonwealth*, *op. cit.*, p. 87.

[89] V.L. Fisher, *Constitutional Conflicts between Congress and the President*, 3e éd., Lawrence, University Press of Kansas, 1991, p. 53-83.

[90] S. Rials, « Régime congressionnel ou régime présidentiel ? Les leçons de l'histoire américaine », *Pouvoirs*, no 29, 1984, p. 38.

[91] J. Bryce, *The American commonwealth*, *op. cit.*, p. 87.

[92] *Ibid.*, p. 209.

[93] « [*The Secretary of the Treasure*] *shall from time to time* [...] *make report and give information to either branch of the legislature in person or in writing, as may be required, respecting all matters referred to him by the Senate or House of the Representatives, or which shall appertain to this office; and generally shall perform all services relative to finances as he shall be directed to perform* » (Act of September 2, 1789, c. 12 ; U.S. Code, tit. 5, § 242 ; cité dans E.S. Corwin, *The President: Office and Powers*, *op. cit.*, p. 17).

[94] J. Bryce, *The American commonwealth*, *op. cit.*, p. 208 ; E.S. Corwin, *The President: Office and Powers*, *op. cit.*, p. 17-18.

lui aux principes républicains – ressort clairement de la présentation qu'il en fit à la fin de sa vie :

> En refusant d'entendre le secrétaire d'État au Trésor, le but était de préserver la législature pure et indépendante de l'Exécutif, de l'obliger à respecter les formes et les principes républicains, et d'empêcher que la Constitution ne soit interprétée dans la forme monarchique et déformée en pratique par les principes et les souillures du modèle anglais qui avait les faveurs d'Hamilton et des fédéralistes[95].

Garder la législature « pure » et la préserver des « souillures » impliquait donc l'absence de contact entre le secrétaire au Trésor et le Congrès. Cette pratique initiée sous Jefferson acquit également valeur de précédent. Le secrétaire au Trésor restait comme les autres secrétaires un agent du Président qui se voyait interdire de dialoguer avec les membres du Congrès.

En 1795, les constituants français sont allés jusqu'à consacrer dans le texte même de la Constitution cette séparation physique des pouvoirs.

B. Sous le Directoire

La Constitution de 1795 fait naître une situation unique dans l'histoire constitutionnelle française en prohibant tout contact entre les autorités exécutive et législative[96]. Au-delà de la protection qu'elle procure aux membres des Conseils en obligeant le Directoire à communiquer avec eux par écrit (1), la Constitution de l'an III établit également un rempart contre une confusion des pouvoirs au profit de l'autorité législative en défendant aux Conseils de mander les membres du Directoire (2).

1. L'interdiction pour les membres de l'Exécutif d'entrer dans le sein des Conseils

La volonté des constituants de 1795 de séparer les pouvoirs les conduit à compléter l'incompatibilité des fonctions de membre du pouvoir exécutif et du Corps législatif[97] par une interdiction de communication directe entre eux.

L'interdiction faite au Directoire de se présenter devant les Conseils n'est pas explicitement posée en tant que telle par la Constitution de l'an III mais résulte de plusieurs articles qui organisent sa communication avec eux et prévoient que celle-ci se fera par écrit. Ainsi, au sein du titre IV consacré au « Pouvoir exécutif », l'article 162 prévoit que « [l]e Directoire est tenu, chaque année, de présenter, *par écrit*, à l'un et à l'autre Conseil, l'aperçu des dépenses, la situation des finances, l'état des pensions existantes, ainsi que le projet de celles qu'il croit convenable d'établir » (nous soulignons). De même, l'article 163 prévoit que le Directoire « peut, en tout

---

[95] « *Its [the opposition's] object was to preserve the Legislature pure and independant of the Executive, to restrain the administration to republican forms and principles, and not permit the Constitution to be construed into a monarchy, and to be warped in practice into all the principles and pollutions of their [the Hamiltonian Federalists'] favorite English model* » (*Works* (Ford, ed.), I, 160-165, cité dans E.S. Corwin, *The President: Office and Powers*, *op. cit.*, p. 18).

[96] Sauf pour les accusations pénales portées contre les membres du Directoire (art. 119 et 120 de la Constitution du 5 fructidor an III).

[97] Article 136 de la Constitution : « À compter du premier jour de l'an V de la République, les membres du Corps législatif ne pourront être élus membres du Directoire ni ministres, soit pendant la durée de leurs fonctions législatives, soit pendant la première année après l'expiration de ces mêmes fonctions. »

cas, inviter, *par écrit*, le Conseil des Cinq-Cents à prendre un objet en considération » (nous soulignons).

Afin de démontrer l'existence d'une interdiction pour les membres du Directoire de se rendre dans le sein des Conseils, la doctrine invoque souvent l'institution des messagers d'État chargés par l'article 170 de la Constitution[98] de transmettre aux Conseils toutes les communications du Directoire[99].

Il faut toutefois relever qu'il existe également de tels messagers entre les Conseils qui sont pour leur part insusceptibles de se rattacher à la séparation des pouvoirs[100]. Il semble ainsi difficile de conclure que les messagers du Directoire participent au dispositif visant à établir une séparation physique des pouvoirs. La lecture des travaux préparatoires de la Constitution apprend à cet égard que si les dispositions précitées prescrivant au Directoire de communiquer par écrit avec les Conseils figuraient dans le projet présenté à la Convention par la commission chargée de préparer un projet de Constitution – dite « Commission des Onze » –, celui-ci ne prévoyait pas de messagers d'État attachés au Directoire[101]. Seuls existaient à ce stade des messagers attachés aux deux Conseils pour leurs communications réciproques et pour la transmission des actes législatifs aux membres du Directoire, au titre IV relatif au « Pouvoir législatif[102] ». La mise en place de cet office par les constituants semble résulter d'une volonté d'instaurer davantage de solennité dans le fonctionnement des institutions républicaines, notamment dans le cadre de l'adoption des lois. On en trouve un indice au moment de la présentation de la proposition de loi « concernant l'ordre et la tenue qui devront s'observer dans les délibérations de l'un et l'autre Conseil, dans leurs relations entre eux, et dans leurs relations avec le Directoire exécutif[103] », présentée après l'adoption de la Constitution. Après s'être montré critique à l'égard du « chaos » et des manières des précédentes assemblées, Lareveillère-Lépaux, qui rapporte au nom de la commission des

---

[98] Article 170 de la Constitution de l'an III : « Le Directoire a quatre messagers d'État, qu'il nomme et qu'il peut destituer. – Ils portent aux deux Conseils législatifs les lettres et les mémoires du Directoire ; ils ont entrée à cet effet dans le lieu des séances des Conseils législatifs. – Ils marchent précédés de deux huissiers. »

[99] V. par ex. J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933 (rééd. : Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 146).

[100] En ce sens, M. Troper, « La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III », in G. Conac et J.-P. Machelon (dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, puf, 1999, p. 57-58.

[101] *Projet de constitution pour la République française présenté par la Commission des Onze dans la séance du 5 messidor an III*, Paris, Imprimerie nationale, an III.

[102] « LXVIII. Lorsque les deux Conseils sont définitivement constitués, ils s'en avertissent mutuellement par un messager d'État. – LXIX. Chaque conseil nomme six [ce sera quatre dans le texte définitif] messagers d'État pour son service. – LXX. Les messagers d'État porteront à chacun des Conseils et au directoire exécutif, les actes législatifs ; ils auront entrée dans le lieu des séances des Conseils législatifs et du directoire exécutif. – Ils marchent précédés de deux huissiers. » (*Ibid.*, p. 12-13). Adoptés en l'état, ces articles portent respectivement les numéros 124, 125 et 126 dans la Constitution de l'an III.

[103] Séance du 28 fructidor an III (14 septembre 1795), *Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. XXV, p. 747-749.

Onze, propose un ensemble de mesures destinées à assurer plus d'ordre et de solennité dans le fonctionnement des Conseils, parmi lesquelles un chapitre spécial est consacré aux messagers d'État[104]. Le rapporteur les justifie en ces termes :

> nous avons cru indispensable de régler les formes qui doivent être observées dans le service des messagers d'État. Rien n'étant plus sacré que la loi, tout ce qui concourt, même matériellement, à sa formation ou aux moyens de la mettre à exécution, doit attirer l'attention du législateur et devenir l'objet du respect du citoyen.

La décision finale d'attribuer un corps de messagers au Directoire pour communiquer avec les Conseils ne paraît ainsi pas devoir être comprise comme une tentative de perfectionner une séparation physique des pouvoirs qui pouvait se passer d'eux[105], mais comme une volonté d'assurer également une forme de solennité dans les relations que le Directoire entretient avec les Conseils. Il ne faut toutefois pas se dissimuler que si les messagers du Directoire permettent de conférer une certaine pompe à ces communications, ils viennent se greffer sur l'interdiction du Directoire de se rendre devant les Conseils qui vise à prévenir toute confusion des pouvoirs. Ils constituent un habillage solennel de la communication écrite – qui aurait sinon pu être transmise par un messager sans besoin de créer un corps spécial. En l'absence d'une telle interdiction les agents du pouvoir exécutif se seraient en effet rendus en personne devant les Conseils, ce qui n'était pas envisageable pour les relations entre ces derniers.

Les ministres ne peuvent pas non plus se présenter devant les Conseils. Il faut d'abord relever à cet égard que, contrairement à ce qui a pu être observé en 1791[106], aucune disposition ne vient consacrer le droit d'entrée et de parole des ministres.

Surtout, il faut considérer que l'interdiction organisée par le titre VI de la Constitution et qui vise les membres du Directoire concerne *a fortiori* les ministres qui sont leurs « commis ».

Réciproquement, la Constitution prévoit l'interdiction faite à l'autorité législative de convoquer les membres du pouvoir exécutif.

2. L'interdiction pour les Conseils de convoquer les membres de l'Exécutif en leur sein

Si les membres du pouvoir exécutif ne peuvent pas prendre l'initiative de se rendre devant les Conseils, ces derniers se voient également empêchés de les convoquer. L'article 160 de la Constitution prévoit ainsi : « Hors les cas des articles 119 et 120, le Directoire, ni aucun de ses membres, ne peut être appelé, ni par le Conseil des Cinq-Cents, ni par le Conseil des Anciens[107]. » Il est complété par un article 161 : « Les comptes et les éclaircissements demandés par l'un ou par l'autre Conseil au Directoire, sont fournis par écrit ».

En 1791, l'organisation de la communication entre l'Assemblée nationale et les membres du pouvoir exécutif, et en particulier les ministres, paraissait avoir été pensée à l'avantage de la première : si l'Assemblée pouvait librement entendre les

---

[104] *Ibid.*, p. 751-752.

[105] Ainsi qu'en témoigne le projet de la Commission qui organise une telle séparation sans recourir aux messagers d'État.

[106] Voir *supra.*

[107] Les articles 119 et 120 concernent la responsabilité pénale des membres du Directoire.

ministres, ceux-ci ne pouvaient librement s'exprimer que pour rendre compte de leur action et étaient tenus dans les autres hypothèses d'obtenir l'autorisation de s'exprimer de la part de l'Assemblée. Or la Législative ne se priva pas de recourir à cet outil pour assurer la soumission des ministres[108].

Combinées avec les articles 162 et 163, les articles 160 et 161 font davantage preuve d'un esprit de système dans l'organisation des rapports entre les autorités exécutive et législative que les dispositions correspondantes de la Constitution de 1791. Là où les constituants de 1791 paraissaient surtout soucieux de protéger les députés contre l'Exécutif qu'inversement, ceux de 1795 montrent autant de souci à prévenir les deux types de confusion des pouvoirs. Cette évolution semble traduire une volonté de revaloriser l'Exécutif, notamment après l'expérience récente de la Convention[109]. Ainsi, les débats parlementaires laissent apparaître l'idée selon laquelle la soumission de l'Exécutif à la loi ne doit pas être synonyme d'une soumission au législateur, et qu'à cet égard il est nécessaire de protéger l'indépendance de l'Exécutif, notamment à travers la question de la communication. Boissy d'Anglas intègre ainsi dans son discours l'interdiction faite aux Conseils de mander les membres du Directoire au mouvement de renforcement de l'Exécutif[110]. De la même manière, Thibaudeau peut dire : « Il ne doit exister aucun rapport immédiat entre le corps législatif et les ministres si l'on veut que l'autorité du Directoire ne soit point illusoire et qu'il y ait quelque stabilité dans le gouvernement[111] ».

Réhabilité, le pouvoir exécutif[112] bénéficie ainsi dans le texte final de la Constitution d'une protection comparable à celle de l'autorité législative. Par cette disposition des choses, les conventionnels de 1795 entendent prévenir toute confusion des pouvoirs.

Conclusion

Si les trois régimes étudiés ont chacun formalisé le principe de la balance des pouvoirs de manière différente, ils ont tous recouru à un mécanisme de séparation physique. Celui-ci permet de protéger autant la répartition de la fonction législative entre ses organes partiels, lorsqu'un membre de l'Exécutif y participe, que la répartition des fonctions législative et exécutive. De cette manière, du point de vue de la séparation physique, la différence entre les régimes dans lesquels le pouvoir exécutif participe au pouvoir législatif et les autres n'existe pas nécessairement, comme l'illustre la confrontation des régimes de 1787 et 1795.

L'efficacité de ce dispositif est toutefois limitée. L'influence dont on cherche à se préserver en recourant à la séparation physique s'inscrit dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions par les différents organes concernés. Ce dispositif ne permet

---

[108] Voir *supra*.

[109] Voir, en ce sens, le discours du 5 messidor an III de Boissy d'Anglas présentant le projet du Comité de Constitution (*Gaz. nat. ou le Monit.*, réimp., t. XXV, p. 100-101).

[110] *Ibid.*, p. 101.

[111] De même Mailhe : « Il y aurait despotisme dans le Directoire s'il pouvait influer sur la volonté ; despotisme dans le législatif s'il pouvait influer sur l'action » (cité dans Ch. Morizot-Thibault, *De l'organisation du pouvoir législatif dans la constitution de l'an III*, Paris, Picard, 1887, p. 89-90).

[112] Par un raisonnement *a fortiori* identique à celui tenu précédemment, il faut en déduire que les ministres ne peuvent pas non plus être convoqués par les Conseils.

pas de protéger les protagonistes en dehors de ce cadre formel, et une influence peut naturellement se développer en dehors de ces rencontres institutionnalisées. Barras retrace à cet égard dans ses *Mémoires*[113] les conférences que les membres du Directoire entretenaient en dehors des Conseils avec certains parlementaires, et qui lui permettaient de discuter des affaires en cours et d'orienter l'action législative des Conseils. De même, aux États-Unis, Woodrow Wilson a pu faire état du « parlementarisme de couloirs[114] » qui régnait au Congrès.

Les États-Unis représentent aujourd'hui le dernier régime dans lequel l'absence de droit d'entrée et de parole au profit des membres de l'Exécutif peut s'analyser comme une application de cette séparation physique des pouvoirs. Dans le cadre du développement du paradigme parlementaire, qui a pris son essor au début du XIX^e^ siècle et est aujourd'hui dominant, le principe explicatif de l'absence de droit d'entrée de parole a accusé un déplacement. Dès lors que ce droit est devenu

[113] P. Barras, *Mémoires*, Paris, Mercure de France, 2010.

[114] W. Wilson, *Congressional governement: a study in American politics*, Gloucester, P. Smith, 1973 [1885], p. 189.

consubstantiel de la responsabilité politique des ministres, son absence apparaît comme l'expression de l'irresponsabilité du chef de l'État.

Nicolas Thiébaut

Chercheur post-doctoral au CNRS (Institut des sciences sociales du politique, UMR 7220 : CNRS, ENS Paris-Saclay, Université Paris Nanterre.

Recensions

Olivier Beaud

V. Fritz, *Juges et avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne (1952-1972)* (2018)*

I

Il pourrait paraître singulier que la revue *Jus Politicum*, censée s'occuper principalement de droit constitutionnel, fasse la recension d'un livre dont le titre indique un objet qui en est assez éloigné, à savoir la composition de la Cour de justice « de Luxembourg ». Mais le sous-titre de l'ouvrage qui évoque une « révolution juridique » fait allusion au « "coup d'État" juridique [*sic* pour ce bel oxymore] (c'est-à-dire donner des traits constitutionnels au traité de Rome) » (p. 22). Autrement dit, cette thèse traite des acteurs, les juges et avocats généraux de la Cour de justice, qui ont transformé la construction européenne en voulant *constitutionnaliser* les traités, ou si l'on veut en faisant d'abord « l'Europe du droit », en espérant que les politiques feront l'Europe politique. Elle entend répondre à une question rarement posée en doctrine : qui étaient donc ces juristes ou hommes politiques qui en siégeant dans cette Cour, ont entendu transformer la Cour de justice (de la CECA, puis des Communautés européennes) en une Cour constitutionnelle, voire plus simplement en Cour fédérale, comme le proposait l'un des rares noms connus en France de ces acteurs, Maurice Lagrange, dont le cas sulfureux sera examiné plus loin ?

Il s'agit bien d'une histoire institutionnelle, mais menée non pas à partir des textes, c'est-à-dire, de traités, de loi ou de jurisprudence, mais uniquement des trajectoires individuelles de ces juges et avocats généraux qui ont œuvré à la Cour. L'intérêt de cette entreprise m'avait été signalée par Rostane Mehdi – que je remercie – qui siégeait dans le jury de cette thèse soutenue à Aix et dirigée par Philippe Mioche. Il avait été très intrigué et intéressé par cette manière de faire du droit européen, aux antipodes de la façon des juristes. Cette thèse de droit est donc originale par son objet et sa méthode car l'histoire de l'intégration européenne a été écrite principalement par les historiens, mais qui se sont peu intéressés aux juges, puis par les spécialistes de sciences politiques – qu'ils étudient les relations internationales (Garret *v.* Davies, aurait-on envie de dire) ou qu'ils étudient les acteurs européens, comme l'ont fait en France Antonin Cohen, Antoine Vauchez et, plus récemment, Julie Bailleux. La nouveauté, ici, est qu'une jeune juriste – juriste-historienne aurait-on envie d'écrire – entreprend de se lancer dans une aventure de ce type en « prenant pour objet d'étude les juges et avocats généraux ayant

* V. Fritz, *Juges et avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne (1952-1972). Une approche biographique de l'histoire d'une révolution juridique*, Francfort, Klostermann, 2018, 396 p.

travaillé à la Cour européenne de justice pendant les vingt premières années de son existence (1952–1972) » (p. 20).

La limitation temporelle a une solide justification : outre la facilité d'accès aux archives désormais librement accessibles, le facteur décisif est que cela permet de prendre en compte seulement les acteurs appartenant aux six premiers États fondateurs, avant l'entrée en 1972 de la Grande-Bretagne, du Danemark et l'Irlande dans la Communauté économique européenne.

Quant à la thèse proprement dite, elle entend répondre à une question d'une grande simplicité : « qui sont ces hommes ? ». La seule manière d'y répondre, dit-elle, est de « proposer des biographies historiques critiques » (p. 21). Il est clair que ce travail n'a pu être mené à bien que parce que son auteur a entrepris un travail considérable de recherches dans les archives publiques et privées, auquel se sont ajoutés une série d'entretiens avec les descendants des acteurs et la lecture de la littérature, plus ou moins fournie, concernant ces acteurs et une littérature scientifique, venant pour la plupart des historiens et des politistes anglophones et francophones. Une force de l'auteur est que, étant de nationalité luxembourgeoise, donc de langue allemande maternelle, elle est bilingue, écrivant en français de façon parfaite[1] et comme elle maîtrise parfaitement l'anglais, sa thèse peut prendre en compte une vaste littérature.

Quel intérêt, pourrait penser, en bougonnant, le « positiviste de base », toujours un peu méfiant quand il n'a pas ses sources juridiques sous les yeux ? Laissons ici Vera Fritz énoncer ce qui constitue sa problématique centrale : comment et pourquoi ces juristes, pour la plupart inconnus du grand public, ont-ils réussi ce tour de force, ce « coup d'État » juridique, à savoir faire des Communautés européennes ce qu'elles n'étaient pas censées devenir : une Europe dont le droit s'appliquerait directement et primerait sur les droits nationaux pour paraphraser les arrêts *Van Gend (et Loos*) et *Costa c. Enel*. En réalité, comme elle le reconnaît dans son introduction, elle l'emprunte aux spécialistes de la science politique, mais elle va y répondre à partir de son étude biographique croisée de tous les juges[2]. Selon elle, son enquête lui a permis de donner une réponse à la question générale en dégageant les trois « points-clé » qui sont l'élucidation des questions suivantes.

La première leçon est de proposer une réponse à la nomination des juges (p. 22). « Pourquoi les gouvernements choisissent-ils ces hommes ? Qu'attendent-ils d'eux ? » (p. 22) La deuxième question porte sur le rapport entre les convictions des juges et la jurisprudence de la Cour : peut-on inférer des croyances idéologiques des membres de la Cour une attitude elle-même idéologique de la Cour, ou au moins une ligne de force impliquant des croyances (p. 22) ? Enfin, la troisième interrogation porte sur le gain spécifique contenu dans la démarche biographique qui a pour effet de faire ressortir le « réseau » de chaque juge « dans le monde de la politique et des administrations nationales » (p. 20). Il y aurait eu un dialogue constant entre tous ces juges et leur gouvernements nationaux de sorte que cette politique de communication, officieuse, aurait permis à la Cour d'augmenter son autorité auprès des États.

Pour effectuer sa démonstration, l'auteur procède en trois temps, étudiant tour à tour les « trajectoires professionnelles et personnelles des premiers membres de

[1] Pas tout à fait, elle commet quelques erreurs de langue dont la principale est de traduire les traités par « contrats » à propos des traités fondateurs de l'Union européenne.

[2] Par convention, on écrira ici seulement « juges » pour désigner « juges et avocats généraux ».

la Cour de justice avant leur arrivée à la juridiction européenne » (1re partie). Elle va ici examiner la carrière de ces hommes avant qu'ils ne deviennent juges à Luxembourg, afin de mieux expliquer pourquoi ils sont « arrivés » au Mont Kirchberg[3]. Ensuite, elle examine les « procédures de sélection, de nomination des membres de la Cour de justice » (2e partie) pour, enfin, étudier les « positions idéologiques et réseaux politiques des membres de la Cour de justice » (3e partie). L'ensemble se termine par une longue et précieuse Annexe, qui n'est pas ainsi dénommée mais qu'il ne faut pas négliger tant elle est riche, portant sur les « trajectoires individuelles des premiers membres de la Cour de justice (1952–1972) (p. 197-336). S'y trouvent donc réunies les biographies, de longueur très inégale, des vingt-deux juges et avocats ayant exercé pendant ces années-là[4]. C'est d'ailleurs un peu le charme de cette étude de faire découvrir de parfaits inconnus car très souvent, on ne connait que les « juges » de sa nation, mais très peu les juges des autres nations, sauf quelques exceptions (par exemple, Pierre Pescatore, juge luxembourgeois).

La lecture de cette thèse est aussi agréable qu'instructive. On pourrait croire que cette question des biographies individuelles aurait quelque chose d'anecdotique. Pourtant, il n'est rien. La thèse éclaire utilement cette grande inconnue qu'est la Cour de justice européenne.

II

Parmi les choses les plus intéressantes découvertes ici figure la reconstitution du recrutement de ces juges. Bien que le texte prévoie que leur nomination doit avoir lieu d'un « commun accord », en réalité, la règle diffère assez profondément de cette idée d'une décision conjointe. En effet, la leçon est limpide : la sélection des futurs juges est purement nationale (p. 88-89 et p. 124). Cette nomination apparaît comme un acte de souveraineté car seul l'État décide de proposer aux autres membres « son » candidat. Cette pratique a fait émerger la règle non écrite de la représentation par État pour bâtir la composition des juges (au nombre de sept) et des avocats généraux (au nombre de deux). Rien dans les traités n'indique cette condition qui semble d'ailleurs contraire à ce que voulait Jean Monnet, à savoir une Cour fédérale européenne. Ainsi, les sept juges représentent six États, avec une exception pour les Néerlandais qui ont deux représentants de 1952 à 1957 (Cour CECA) car l'un d'eux est censé représenter les « travailleurs ».

Plus surprenants encore sont les motifs de la nomination de tel ou tel juge qui sont les plus divers, parfois arbitraires, et le plus souvent politiques. Relevons d'abord ici une bizarrerie car l'on pourrait s'attendre à trouver des juristes aguerris dans cette Cour de justice, censée trancher des litiges sur des questions aussi techniques que celles posées par le traité sur le charbon et l'acier. Ce n'est pas du tout le cas, et cela dès le début, dès 1952 ; les deux juges belges et néerlandais sont en réalité des hommes politiques. Ensuite, la France enverra siéger l'économiste Jacques Rueffet, plus tard, Robert Lecourt qui est surtout un homme politique. Les raisons de la nomination ne sont parfois pas bien glorieuses : un gouvernement envoie au Luxembourg siéger quelqu'un dont il veut se débarrasser, soit parce

[3] C'est le nom que l'on donne parfois à la Cour européenne de justice car elle est localisée sur cette colline de la capitale du grand-Duché.

[4] On peut toutefois noter une redondance entre cette Annexe et le corps du texte où l'on retrouve les mêmes informations.

qu'on a besoin de le remplacer, soit parce qu'on n'en a plus voulu comme ministre et qu'on n'arrive pas à le « recaser ». Parfois, le motif est encore plus simple : le juriste allemand Karl Roemer n'avait pas, en 1952, le profil le mieux indiqué pour représenter l'Allemagne, mais il avait un atout majeur : il était marié à la nièce d'Adenauer.

Le plus surprenant, sans doute, est que les États-membres ne sont pas très regardants en ce qui concerne le choix des autres États. Le « *commun accord* » prévu par le texte signifie en pratique que chaque État-membre, dans son intérêt bien compris, renonce à exercer son droit de veto sur le choix des autres États dès lors que cela lui permet de décider qui il choisira à son tour. L'exemple le plus manifeste de cet acte de souveraineté est la désignation par le gouvernement néerlandais du premier président de la Cour de justice des Communauté, après les traités de 1957 : Andreas Donner. Il n'avait aucun titre particulier à siéger à Luxembourg, c'était un professeur de droit public, spécialisé en droit constitutionnel, mais il cochait beaucoup de cases : il était protestant (succédant à un juge néerlandais catholique) mais aussi et surtout, il était le fils de son père, membre important du troisième parti néerlandais, l'ARP, qui n'était pas encore « servi » dans les institutions communautaires. La politique allongeait donc sa longue main pour présider à la sélection des juges et donc à la nomination à la Cour de justice européenne. C'est bien de « cuisine politique » dont il faut parler pour décrire le mécanisme très opaque de ces nominations à la Cour de justice européenne de 1952 à 1972.

L'immixtion de la politique peut aller encore plus loin et c'est un des grands apports de cette thèse que de le démontrer. En effet, un État peut intervenir, de façon indirecte, pour forcer un juge à démissionner afin de le remplacer par un autre juge. Les Italiens ont fait cela à plusieurs reprises. Les Français ont fait presque mieux (ou pire…) puisqu'ils ont nommé un grand économiste et haut fonctionnaire Jacques Rueff, qui a été reconduit dans son mandat de juge en 1957. Quand de Gaulle arrive au pouvoir, en 1958, il lui confie une mission fondamentale pour assainir l'économie française (le fameux rapport Armand–Rueff). Or, contrairement aux textes qui interdisent aux juges d'avoir une activité administrative, il ne démissionne pas et reste en fonction pendant les trois mois, gênant le fonctionnement de l'institution. Il démissionne un peu plus tard mais le gouvernement français ne trouve personne pour le remplacer – les hommes politiques sollicités ne veulent pas y aller – et, finalement, le « renomme » à la Cour pour se remplacer lui-même. On est dans le plus complet bricolage et les États font ce qu'ils veulent, sans trop se soucier des règles de droit ou de déontologie, point que, à notre goût, l'auteur ne souligne peut-être pas assez.

On notera en passant que, de cette série d'études biographiques, on peut déduire sans se tromper que cette Cour n'attire pas les plus grands talents, ni chez les juristes, ni chez les hommes politiques. Ce ne sont pas, pour la plupart, les plus éminents juristes des pays membres (juges ou professeurs) qui vont à Luxembourg. Un fait significatif, du moins selon nous, est le refus de Paul Reuter d'aller y siéger alors qu'il est le légiste du traité de la CECA et probablement le meilleur juriste de droit international de sa génération. Ce grand juriste, doublé d'un fervent européen, ne donne pas suite à la proposition qu'on lui a faite de siéger dans cette nouvelle Cour. Le hasard joue un certain rôle dans la nomination, mais, comme l'on a vu, c'est surtout le réseau politique et familial qui semble le facteur le plus déterminant, ce qui ne surprendra pas beaucoup les lecteurs informés.

La conclusion que l'auteur tire de cette analyse des trajectoires professionnelles et de leur nomination à la Cour est à rebours de ce que l'on pourrait imaginer de la

nomination à un tribunal : « les gouvernements disposent de leur "juge" à Luxembourg. Un État peut ne pas reconduire son "juge" quand bon lui semble et la menace de non-renouvellement de mandat pèse sur les membres de la Cour » (p. 188-189). Cela pourrait conforter la thèse soutenue par certains politistes que la Cour aurait été « l'agent » des États-membres, mais une telle thèse est démentie par l'activité de celle-ci, « pro-intégrationniste », tirant sa jurisprudence dans le sens d'une interprétation téléologique des traités, réduisant donc à néant l'intention des parties aux traités. On en arrive au second intérêt de cet ouvrage.

III

Un deuxième grand apport de cet ouvrage est de mettre en évidence un paradoxe assez étonnant : les États se désintéressent totalement de ce que pensent, politiquement, les membres qu'ils nomment à la Cour. Par « politiquement », on entend désigner la grande question politique qui est sous-jacente à la construction européenne : les personnalités désignées sont-elles « pro-intégrationnistes » – on pourrait dire « pro-européennes » – ou « anti-intégrationnistes » ? La question pourrait se poser à partir de 1963 et de 1964, lorsque la Cour a produit sa double révolution juridique dont on a parlé plus haut. Or, les États ne semblent pas concernés par le fait de savoir ce que pensent les juges en question. Le cas de la France est emblématique : Michel Debré, si farouchement anti-intégrationniste, envoie Robert Lecourt, un démocrate-chrétien dans la lignée de Robert Schuman, siéger à Luxembourg alors qu'il est un fervent partisan de l'intégration européenne. C'est lui qui fit pencher la Cour en faveur de l'effet direct dans l'arrêt *Van Gend* (p. 144). Mieux, plus tard, Lecourt devient président de la Cour et sera avec Pescatore un ardent défenseur de la cause « intégrationniste ». La même chose peut être dite de la nomination d'Adolphe Touffait, le président de la Cour de cassation, dont on sait le rôle qu'il a joué dans l'affaire des *cafés Jacques Vabre*, après que Jean Foyer avait refusé d'y aller, estimant qu'il n'aurait pas assez de pouvoir à lui tout seul pour contrebalancer la tendance intégrationniste de la Cour. L'attitude de Debré et de Gaulle est tout à fait contradictoire parce que, dans le même temps entre 1967 et 1971, la France essaiera avec la Belgique de remettre en cause l'interprétation extensive du renvoi préjudiciel (art. 177) à l'occasion des discussions du protocole de Luxembourg qui débouchent sur la signature de la Conventions de Bruxelles.

Il y a là un motif d'étonnement et de réflexion comme l'indique l'auteur. S'agit-il d'une erreur d'inattention, par exemple du général de Gaulle ou bien d'une tactique ou d'une croyance que le rôle d'une Cour serait toujours négligeable par rapport au pouvoir politique ? Nous serions enclins à penser que le général de Gaulle a sous-estimé le rôle du droit dans l'affaire de la construction européenne, parce qu'il n'avait d'estime ni pour le droit, ni pour les juristes. Mais en l'occurrence, il s'est probablement trompé. En tout cas, l'intérêt de cette thèse est de relever que, en fin de compte, il n'y eut pas dans cette Cour européenne de division marquée et forte entre partisans d'un accroissement de l'Europe et adversaires, ce qui est et reste très singulier. Qu'une inflexion aussi majeure ait eu lieu sans véritable débat entre les juges est étonnant et peut faire méditer sur ce genre d'institutions internationales. Le cas est très différent, par exemple, des États-Unis où la Cour suprême est constamment divisée par cette ligne de frontière entre fédéralistes et anti-fédéralistes. De même, *mutatis mutandis*, on a du mal à imaginer la Cour de cassation ou le Conseil d'État s'infléchir de façon décisive sans aucun débat. On ne saura donc jamais pourquoi les juges de la Cour ont décidé de pousser l'interprétation

dans un sens « téléologique », poussant à l'intégration par le droit. Mais ici, le secret du délibéré est un obstacle majeur à la compréhension de ce qu'a fait cette Cour, d'autant plus qu'il ne semble pas qu'il y ait eu un procès-verbal des délibérations tenu par le greffier.

IV

Enfin, d'un grand intérêt dans cette thèse est l'ensemble des passages dans la première partie, dans la deuxième et dans les annexes sur le parcours accompli par ces juges lors de la Seconde guerre mondiale qui venait presque de s'achever en 1952. Vera Fritz y consacre un paragraphe intitulé de façon neutre « parcours de guerre à la Cour de justice de la CECA » (p. 44-52) où elle nous éclaire sur le parcours parfois surprenant de certains juges. Cela la conduit à titrer le paragraphe suivant : « *une drôle de première Cour de justice* » pour montrer les parcours « antagonistes » (*sic* pour « antagoniques », p. 53). En effet, d'un côté, les « quatre ressortissants des pays du Bénélux (Delvaux, Hammes, Van Kleffens, Serrarens) connaissent l'occupation et la paralysie de l'administration de leur pays pendant la guerre. Tous les quatre sont sur le plan professionnel frappés par les régimes d'occupation » (p. 53). Le moins que l'on puisse dire est que la trajectoire des deux Allemands, de l'Italien et d'un des deux Français diffère beaucoup. Voyons cela de plus près. À tout seigneur tout honneur : commençons par le plus connu d'entre eux, du moins en France : Maurice Lagrange. Cet avocat général français (conseiller d'État) est connu puisqu'il a notamment rendu de très nombreuses conclusions parmi lesquelles figure celle sous l'affaire *Costa c. Enel* – même si ces conclusions paraissent moins révolutionnaires que l'arrêt lui-même. En revanche, à l'époque où il y siégeait, nul ne connaissait son passé vichyste, guère reluisant, qui fut mis en évidence par Marc-Olivier Baruch dans sa thèse marquante sur l'Administration sous Vichy. Lagrange a été un des principaux légistes de Pétain ; non seulement il a contribué à élaborer la grande loi sur la fonction publique de 1942, mais surtout il a supervisé de très près les deux statuts sur les juifs du 4 octobre 1940 et du 26 juin 1941. Son adhésion à la Révolution nationale était patente et son antisémitisme avéré, comme le prouve sa participation active à l'élaboration de cette législation antisémite qu'il a durcie. Il a fait partie de ces conseillers d'État qui ont échappé, presque par miracle, à l'épuration. Certes, il a subi, fin 1944, un blâme de la part de son institution d'appartenance, ce qui prouvait à quel point il était compromis. Mais un an après, il est promu par la même institution conseiller d'État !… Non seulement, il ne fut pas vraiment sanctionné pour son attitude indigne sous Vichy, mais il fut récupéré par les Américains qui avaient besoin de juristes français chargés de mettre en œuvre « techniquement » la dénazification de l'Allemagne occupée. Ainsi, ironie de l'histoire, celui qui aurait dû être épuré en France, contribuait à épurer la fonction publique allemande. Sa carrière prouve que certains hauts fonctionnaires vichystes se sont reconvertis sans état d'âme dans la fonction publique européenne. Elle connut même une accélération lorsque Jean Monnet, peu regardant sur le *pedigree* de son protégé, l'appela pour l'aider à rédiger la partie du traité sur la CECA relative à la Cour de justice. Son nouveau destin professionnel était alors désormais tracé, il allait être nommé avocat général en 1952 et faire deux mandats de six ans. Il allait y retrouver Jacques Rueff, le juge français. Ici, admirons la situation qui est proprement inouïe : se retrouvent côte à côte au Luxembourg, Jacques Rueff, qui, en tant que citoyen juif fut directement visé par la législation antisémite et Maurice Lagrange qui avait contribué à durcir le statut des juifs. Si Rueff a échappé aux mesures discriminatoires, c'est uniquement parce que Pétain

était son témoin de mariage et le parrain de sa fille, de sorte qu'il eut la chance d'être relevé des incapacités prévues par la loi. Mais il est étonnant de penser que siégeaient à la Cour de Luxembourg deux juges français que le destin avait si profondément opposé pendant la seconde guerre mondiale. Le premier savait-il ce que le second avait fait sous Vichy ? On peut supposer que non car il fallait être introduit dans les arcanes du Conseil d'État pour savoir la sanction disciplinaire, le blâme, subie par Lagrange et qui ne l'a d'ailleurs pas beaucoup gêné pour sa carrière ultérieure.

L'ouvrage est encore plus novateur pour ce qui concerne les biographies des trois autres juges allemand et italien qui étaient inconnus des juristes français. Côté allemand, les deux membres de la Cour ont des parcours instructifs. Le premier, Otto Riese, était professeur de droit à Lausanne, mais nazi convaincu, à tel point que, en 1939, il tient à signaler son appartenance au NSDAP aux autorités universitaires lausannoises où il est professeur. Après la guerre, son passé nazi ressurgit et il est suspendu un temps par le Conseil d'État vaudois, sans que la procédure disciplinaire n'aille jusqu'à son terme. Quant à l'avocat général, Karl Roemer, dont les conclusions sont bien connues, il a passé toute la guerre en France de 1940 à 1944 où il a occupé un haut poste dans l'administration d'occupation gérant le domaine des entreprises. L'enquête historique menée par Mme Fritz révèle même qu'il avait acquis des parts d'une société aryanisée. Elle n'en dit pas plus, mais cela suffit à établir qu'il a profité personnellement de l'aryanisation des biens juifs. Après la guerre, il devient en Allemagne, au titre de la Croix Rouge, l'avocat des prisonniers de guerre détenus par les Français soit en zone d'occupation allemande, soit en France. En 1952, quelques mois avant d'être nommé à Luxembourg, il participe de façon active et informelle au procès à Bordeaux des auteurs du massacre d'Oradour sur Glane. Tout est fait pour que cette activité reste discrète car cela aurait compromis sa nomination à la Cour. Enfin, pour finir cette série de portraits, le juge italien Massimo Pilotti ne sort pas tout à fait indemne de la biographie qu'en dresse l'auteur. Il était secrétaire général adjoint à la Société des nations et, contrairement à ce que prévoyait son statut, il n'a cessé dans l'affaire opposant l'Italie à l'Éthiopie d'aider et d'informer le gouvernement de Mussolini en sous-main, de façon officieuse. Il a ensuite servi le gouvernement fasciste en étant procureur général de la Cour de cassation italienne et actif en Slovénie, bien qu'il ait minimisé son rôle pendant cette année 1944.

Le fait que ces juristes, nazis, fascistes et pétainistes – avec des nuances dans leurs convictions – ont pris part à la construction européenne ne laisse pas d'interroger. On aurait aimé, même si la question est délicate, que l'auteur s'engage davantage sur ce terrain périlleux. En effet, Vera Fritz passe sous silence la thèse proposée par Antonin Cohen – alors qu'elle cite pourtant l'article portant sur le sujet même de sa thèse – mettant en parallèle la trajectoire de certaines personnes sous Vichy et celle de ces mêmes personnes dans la galaxie de la construction européenne. La thèse a fait polémique dans le petit milieu européen car elle abîmait sérieusement le mythe de la naissance de l'Europe, puisque celle-ci est considérée comme le lieu de recyclage des idées pétainistes (notamment l'idée de « communauté » développée par Perroux dans les années 1940) et d'acteurs pétainistes, du type de Maurice Lagrange. Elle est probablement excessive car des résistants ont participé à l'aventure européenne, notamment au sein de la Cour de Luxembourg (les Belges et Néerlandais précités et Robert Lecourt), mais on peut s'étonner quand même que l'auteur ne l'ait pas évoquée pour au moins la discuter. Imagine-t-on en effet une Cour constitutionnelle allemande, à la même époque, engagée comme on

le sait pour l'État de droit et la démocratie, qui aurait été composée d'anciens nazis ? Cela aurait été inconcevable. Au contraire la Cour de Karlsruhe fut en 1949 composée en large partie de juristes antinazis dont certains avaient dû se réfugier à l'étranger. Ce que montre bien l'auteur est que cette sorte d'indifférence des États par rapport au passé récent de la guerre ne s'explique pas seulement par la volonté de tourner la page et de regarder vers l'avenir. C'est une illustration marquante de cette sorte d'égoïsme étatique (voir *supra*) en vertu duquel chaque État propose qui il veut, et les autres États ne s'opposent pas à tel ou tel parce qu'il aurait été plus ou moins compromis avec les régimes autoritaires durant la guerre qui venait de s'achever. Faire prévaloir, sur des considérations morales, des considérations d'intérêt, cela porte un nom, et cela s'appelle la raison d'État.

V

Dans les idées originales et contre-intuitives que l'auteur défend, il y a celle selon laquelle la Cour la plus audacieuse du point de vue de l'intégration européenne – l'option « fédéralisante » si l'on veut – n'aurait pas été celle de la deuxième génération qui a produit la révolution juridique de 1963–1964, mais celle d'après, de la « troisième génération » marquée par deux figures bien connues des européanistes : d'un côté, Robert Lecourt, le juge français, homme politique de la démocratie chrétienne qui devient président de la juridiction à partir de 1967, et d'un autre côté, Pierre Pescatore, haut fonctionnaire luxembourgeois, farouchement fédéraliste et aussi homme de doctrine. Vera Fritz réussit à démontrer, grâce à la prolixité doctrinale de ce dernier, qu'il a pu, au sein de la juridiction, faire prévaloir des thèses intégrationnistes qu'il avait défendues dans des articles ou à des colloques. Ce fut le cas pour le fameux arrêt A.T.E.R. (1970) dont il fut le juge rapporteur (p. 156-157). C'est *mutatis mutandis* ce que Georges Vedel a réussi à faire, avec des difficultés, au Conseil constitutionnel lorsqu'il a, en tant que rapporteur, emporté la conviction sur la question du principe d'indépendance des professeurs (décision du 20 janvier 1984 « Libertés universitaires »), principe qu'il avait exposé dans un article de 1960. Ainsi, si l'on suit la thèse de l'auteur, la véritable révolution juridique aurait eu lieu après 1964, c'est-à-dire de 1965 à 1972. Pour l'appuyer, elle relève un fait forcément intéressant : les deux décisions *Van Gend et Loos* et *Costa c Enel*, ont été très discutées et la majorité de la Cour s'est construite laborieusement. Elle montre notamment que le président de la Cour, le néerlandais Donner, était plutôt hostile à la thèse de la primauté (p. 146-147) et qu'il n'a pas hésité à le dire dans des articles ou dans des conférences ultérieures. On est loin de la décision centrale de la Cour Suprême des États-Unis, *Mc Cullough v. Maryland*, où le président, John Marshall, a mis tout son poids dans la balance pour faire prévaloir le droit de l'Union sur le droit des États-membres.

VI

Parmi les autres intérêts de cette thèse, on peut citer aussi qu'elle éclaire utilement la naissance de cette Cour de justice qui est très chaotique. On ne trouve pas d'endroit pour la loger et elle est située dans une villa peu fonctionnelle. Il y a très peu d'affaires entre 1952 et 1957 dans cette cour devant traiter des litiges de la CECA. Certains membres croient assez peu à son avenir, à tel point qu'ils prennent la précaution de demander une garantie de pouvoir être replacé dans leur corps d'origine si l'aventure tourne mal : c'est le cas du juge Otto Riese qui est membre de la Cour

de cassation allemande (*Bundesgericht*). Les juges travaillent assez peu, ne résident pas au Luxembourg et certains ne le feront jamais – les Italiens en particulier – et ils ont de multiples activités annexes qu'ils cumulent sans difficulté. Pendant longtemps, le poste est presque une sinécure. Les choses ont changé, on s'en doute.

Un des intérêts de cette thèse est aussi de découvrir des questions qui sont récurrentes. Ainsi apprend-on que le juge allemand Otto Riese, pourtant parfaitement bilingue car il enseigne le droit aérien à Lausanne, se plaint de la domination de la langue française : il écrit deux articles dans des revues allemandes pour se plaindre de cet état de fait qui pose, évidemment, les juges français en position de force. Aujourd'hui, on pourrait se plaindre de la domination de l'anglais, non pas au sens où le Royaume Uni dominerait, mais parce que c'est un bien pauvre anglais qu'on doit subir pour qu'il existe une langue commune au sein de la CJUE.

On pourrait évidemment adresser quelques critiques à cette thèse. Il manque en introduction des réflexions un peu plus approfondies sur l'usage de la biographie dans l'histoire. On sait que le genre « biographie » a été sévèrement épinglé par l'École des Annales et que le biais biographique, vu comme une étude toujours rétrospective et anachronique, peut être trompeur. Le vrai problème, cependant, est celui de faire une histoire des biographies individuelles alors que c'est l'institution qui agit, la Cour. Par la force des choses, l'appréhension des trajectoires individuelles a pour effet de gommer l'effet institutionnel, le fait que ces juges doivent travailler ensemble, et qu'ils doivent interagir. Mais à la décharge de l'auteur, qui y revient souvent, elle est en quelque sorte prisonnière du secret des délibérés. L'historien ne peut pas pénétrer dans la « boîte noire » du système qui est la délibération des juges, ce que peuvent faire désormais ceux qui étudient le Conseil constitutionnel depuis qu'on a accès au procès-verbal des délibérations. C'est évidemment la limite de cette « approche biographique », mais elle ne doit pas cacher la somme de faits et d'idées qu'on glane en lisant cette thèse intéressante de bout en bout. Elle pourrait donner des idées à d'autres thésards qui voudraient renouveler l'étude des juridictions françaises, étrangères ou internationales.

Le seul regret est plutôt que l'auteur n'a pas suffisamment mis en relation les questions qu'elle étudie avec la question centrale de la nature de l'institution qu'elle étudie. Partant de la thèse de la constitutionnalisation du droit promue par cette Cour, elle aurait plutôt dû se demander si cette juridiction était autre chose, soit une juridiction fédérale soit une juridiction internationale. Elle connaît et cite d'ailleurs l'article de Maurice Lagrange qui défend l'idée selon laquelle cette Cour serait une Cour fédérale, avant que d'autres ne défendent l'idée encore plus audacieuse de la Cour constitutionnelle. Aurait-elle bâti une réflexion relevant davantage de la dogmatique juridique qu'elle eût pu adopter un questionnement moins marqué par l'approche historienne ou politiste qui est intéressante, mais insuffisante pour le juriste. C'est un regret qui n'empêche pas de recommander cette thèse à la fois savante et originale.

Olivier Beaud

Université Panthéon-Assas, Institut Michel Villey.

Lucien Carrier

R. Schütze et S. Tierney (dir.), *The United Kingdom and the Federal Idea* (2018)*

La publication en 2018 de *The United Kingdom and the Federal Idea*, publication dirigée par Robert Schütze et Stephen Tierney, respectivement professeurs de droit à l'Université de Durham et d'Edimbourg, n'aurait pu intervenir à un meilleur moment. L'actualité constitutionnelle européenne est rythmée par les rebondissements d'outre-Manche. L'Écosse fut le théâtre d'un référendum d'auto-détermination en septembre 2014, et quand bien même les électeurs écossais se prononcèrent contre l'indépendance, le scrutin fit croire un temps à la partition possible et immédiate d'une union plusieurs fois centenaire[1]. En juin 2016 ensuite, le Royaume-Uni décida, par référendum encore, de quitter l'Union européenne. Commença ainsi le lent processus de sortie du Royaume-Uni, qu'on abrège communément en *Brexit*. Rarement, dans un Royaume si souvent loué pour sa stabilité et son pragmatisme, des questions constitutionnelles n'ont autant bénéficié de la part du lion. Faisant suite à deux décennies de dévolution, ces évènements forcent le monde de la recherche juridique à réfléchir sur les tenants et aboutissants de ce qui unit des communautés distinctes dans un ensemble juridique unique. Surtout, les évènements récents poussent à repenser la nature même de ces liens, autant que leur solidité.

Alors que le Royaume-Uni est si souvent classé dans la catégorie des États unitaires, est-ce véritablement une hérésie de le qualifier de fédéral ? Surtout, est-ce réellement une nouveauté que de penser le Royaume-Uni en des termes fédéraux ?

Les dix contributions composant cet ouvrage collectif explorent l'influence qu'a eu, et qu'a toujours, l'idée fédérale sur la pensée constitutionnelle britannique, et sur le fonctionnement de ses institutions. Issues initialement d'un colloque à Durham en 2015, ces contributions procèdent d'une intuition de la part des éditeurs selon laquelle il est possible de regrouper des évènements aussi divers que l'indépendance de l'Irlande ou la participation du Royaume-Uni au Conseil de l'Europe sous un oriflamme commun. Le fédéralisme permettrait l'ouverture d'un champ conceptuel capable d'éclairer les zones d'ombres que néglige une analyse institutionnelle classique.

Robert Schütze rappelle judicieusement dans son introduction que le Royaume-Uni a été formé par l'agrégation de nations indépendantes, et que cette genèse n'est pas sans rappeler la naissance d'autres fédérations. David Armitage, professeur

---

* R. Schütze et S. Tierney (dir.), *The United Kingdom and the Federal Idea*, Londres, Ashgate, 2018, 328 p.

[1] Le vote fut beaucoup plus serré qu'attendu [https://ukconstitutionallaw.org/2014/09/19/mark-elliott-scotland-has-voted-no-what-next-for-the-uk-constitution/].

d'histoire à l'Université Harvard, souligne quant à lui dans ses propos conclusifs qu'on ne peut en réalité pas parler d'une seule idée fédérale, mais qu'au contraire il faut y voir une famille de concepts parents, sujets aux contingences du contexte au sein duquel ils se développent[2]. Au fil des pages se dessine un tableau nuancé de la réception du fédéralisme dans l'histoire constitutionnelle britannique, ainsi que la participation du Royaume-Uni dans des projets « proto- » ou « quasi-fédéraux », tels que l'Union européenne ou les Nations-Unies.

Les contributions sont regroupées en deux parties égales. Les éditeurs ont estimé, avec justesse, que l'idée westphalienne d'un État souverain est contestée à la fois à l'extérieur et à l'intérieur. À l'extérieur par la multiplication des organisations internationales, au premier chef desquelles ils identifient, concernant le Royaume-Uni, l'Union européenne. À l'intérieur, la dévolution croissante du pouvoir politique vers des entités infra-étatique remet en cause, selon eux, le « mythe d'un pouvoir monolithique de l'État[3] ». Afin de regrouper ces problématiques diverses, les éditeurs, mais également les contributeurs, adoptent une compréhension très large de ce qu'est le fédéralisme. En l'absence d'un cadre théorique initial strict, c'est par induction que se dégage au fil des lectures cette « idée fédérale ». Elle emprunte les définitions souples de Kenneth Wheare et de Daniel Elazar. Le premier décrit le fédéralisme comme une méthode de division du pouvoir entre deux sphères, indépendantes mais coordonnées ; le second pose comme critère du fédéralisme la présence d'autonomie et de participation. Nous reviendrons sur ces définitions plus loin. En tous les cas, en ne réduisant pas le fédéralisme à des institutions particulières, en le caractérisant plutôt comme un point de vue sur le monde ou comme une sorte d'idéal, les éditeurs s'offrent la possibilité de rassembler une multitude de problématiques. Ensemble, ces dernières offrent une image saisissante de la diversité constituante propre au Royaume-Uni contemporain. Voire même propre à l'État contemporain.

I. Décrire l'état d'un monde complexe – le Royaume-Uni et ses liens avec la diversité

Les différentes contributions composant la première partie de l'ouvrage traitent avant tout de l'organisation interne du Royaume-Uni. Il ne faudrait pas imaginer, cependant, qu'un objet d'étude précis comme celui-ci entraîne de fait une perspective réduite. Les auteurs ne se limitent aucunement au cadre géographique, voire même historique, que représenterait le Royaume-Uni. Bien au contraire, ils puisent des exemples, des techniques et des précédents dans des cas partageant une proximité par leur histoire commune, par leur organisation interne, ou encore par les défis institutionnels qu'ils rencontrent. Les États-Unis, l'Australie ou l'Espagne sont autant de foyers jugés capables d'éclairer notre compréhension du Royaume-Uni contemporain. C'est, après tout, en pensant l'autre que l'on parvient à penser le soi.

Les deux premières contributions, écrites par Alvin Jackson et Peter C. Oliver, respectivement professeur d'histoire à l'Université d'Edimbourg et professeur de

---

[2] D. Armitage, « Conclusion : We Have Always been Federal », *op. cit.*, p 278.

[3] R. Schütze et S. Tierney, « Preface », p. v. notre traduction de « *the myth of monolithic state power has also come under attach from within many states where there has been a concerted move towards ever-greater political and constitutional devolution* ».

droit à l'Université d'Ottawa, évoquent la lutte, perdue, qui a été celle du Royaume-Uni pour le maintien de son empire immédiat et outre-mer. L'un comme l'autre montrent que le fédéralisme s'est présenté aux yeux de l'élite politique comme un compromis entre la perte complète du lien unissant l'autorité impériale et le sujet de cette autorité.

La situation de l'Irlande Victorienne et Edwardienne, celle racontée par Alvin Jackson, est d'une certaine façon similaire, quoique distincte, au parcours qu'ont connu d'autres colonies. Conquis au XVII^e^ siècle mais jamais totalement assimilé, le peuple irlandais s'est vu imposé le joug impérial avant d'être intégré dans le Royaume, sans grand enthousiasme, par un Acte d'Union adopté en 1800. En réponse au nationalisme irlandais grandissant au fil du XIX^e^ siècle, l'élite anglaise hésita, longuement, à savoir s'il était judicieux ou non de concéder aux turbulents voisins gaéliques le « *Home Rule* », c'est-à-dire une autonomie législative et exécutive poussée. Alvin Jackson, au renfort de citations nombreuses, montre éloquemment que la notion même de fédéralisme resta très ambigüe dans l'esprit des contemporains[4], et surtout que ce mouvement fédéraliste ne suscita qu'un engouement marginal. Ceci est dû, explique-t-il, à la nature compromissoire d'un arrangement fédéral. Il y a du côté de l'Angleterre une entorse inacceptable du point de vue de la souveraineté de Westminster[5]. Or, du côté des nationalistes irlandais, les avantages constitutionnels à tirer d'un tel compromis sont décevants.

Dit autrement, aucune partie n'est pleinement satisfaite. Le résultat fut que l'adoption des différents projets de loi de *Home rule* furent repoussés jusqu'après la Grande Guerre, en 1920[6]. La postérité de cette loi se fait encore sentir de nos jours, puisqu'elle scelle la partition de l'île en deux. Le Sud clame son indépendance en 1922, acquérant d'abord le statut de *Dominion* au sein de l'Empire britannique, puis rompant progressivement tout lien de sujétion, quittant le *Commonwealth* et fondant une république en 1949. Le Nord, lui, resta sous le giron britannique. Il profita cependant d'une autonomie unique pour l'époque puisque la province d'Ulster eut ainsi droit à son propre Parlement, jusqu'à ce que ce droit soit suspendu en 1972 en réaction aux *Troubles*. Même dans le cas de l'Irlande du Nord, le propos de Jackson indique qu'il n'existe au Royaume-Uni qu'un attachement pratique à ce qu'il y a de fédéral. Si les circonstances le demandent, l'organisation (proto-)fédérale peut-être tout bonnement suspendue[7].

---

[4] A. Jackson, « The Failure of British and Irish Federalism, circa 1800–1950 », p. 30.

[5] L'influence de Albert V. Dicey a ici été déterminante. Il est important de garder à l'esprit que ces débats se tinrent précisément à l'apogée de ses théories sur la souveraineté du Parlement. Le professeur d'Oxford s'opposa avec virulence à tout fédéralisme britannique, car, il explique, cela reviendrait à l'affaiblissement de l'État britannique et de sa structure constitutionnelle tout en multipliant les sources de conflits entre Londres et Dublin. Voir A.V. Dicey, *England's Case against Home Rule* (Londres, J. Murray, 1886) et l'analyse de John Kendle : J. Kendle, *Ireland and the federal solution : the Debate over the United Kingdom Constitution, 1870-1921*, Kingston, Montréal, McGill, Queen's University Press, 1989, p. 55.

[6] *Government of Ireland Act* 1920.

[7] Ceci va directement à l'encontre de ce qu'Olivier Beaud identifie comme le cœur du fédéralisme : la permanence de l'autonomie. Une Fédération, d'après lui, n'en est pas vraiment une si l'échelon fédéral peut unilatéralement revenir sur les garanties d'autonomie des unités constituantes. Pour cette raison, il est remarquable que le *Scotland Act* 2016 pose la permanence du Parlement écossais, ce qui indique une nette maturation de l'idée fédérale dans l'organisation constitutionnelle britannique. Voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, puf, 2007, p. 259-283.

Concurremment à ces développements, l'Empire britannique fut à la même époque sujet à d'importantes forces centrifuges. Peter C. Oliver montre ainsi comment l'idée d'une souveraineté juridique absolue du Parlement s'est exportée dans certaines colonies telles que le Canada et l'Australie. Il se demande dans quelle mesure ce principe, pourtant si radical, put s'articuler avec des propositions d'apparence antithétiques : en quoi l'indépendance progressive des colonies et le déplacement ontologique de l'Empire vers le *Commonwealth* ont joué dans la réception du *Westminster system* et de ses principes fondamentaux. Peter C. Oliver aborde les deux niveaux de ce problème de la souveraineté.

En premier lieu, il évoque les difficultés que rencontrent les constitutionnalistes canadiens et australiens à penser leur propre fédération – caractérisée par une division de la souveraineté entre l'échelon fédéral et l'échelon fédéré[8] – tout en restant d'orthodoxes Diceyens. La schizophrénie ainsi induite s'estompe peu à peu à mesure que les fédérations en question s'éloignent de la métropole. En second lieu, Peter C. Oliver évoque, du point de vue de Londres cette fois, la perte de souveraineté pratique et, progressivement, juridique du Parlement impérial sur les colonies. Le célèbre *Statute of Westminster* de 1931 mit fin aux hésitations des décennies précédentes en actant définitivement l'incapacité de Westminster à légiférer en dernier ressort pour ses colonies. Les *Dominions* ainsi formés par cette loi sont en tout point indépendants, y compris du point de vue constitutionnel : c'est uniquement à leur invitation et en suivant leur consentement que Westminster peut légiférer pour eux. Le pouvoir de Londres, comme celui de la Reine, n'est alors plus que formel, reliquat d'un passé partagé.

Cette dernière étape, qui constitue une autolimitation du Parlement, est, d'après Oliver, cruciale pour comprendre l'évolution du concept de souveraineté du Parlement au XX^e^ siècle. Celui-ci serait en réalité plus modéré que l'orthodoxie le présente souvent et permettrait alors, suivant une lecture actualisée, d'admettre des liens fédératifs. La comparaison avec le cheminement canadien et australien laisse penser qu'il serait possible pour le Royaume-Uni de suivre une voie similaire. Il n'y aurait pas de choix exclusif à faire, entre fédéralisme et souveraineté du Parlement.

Les trois contributions suivantes ont pour objet ce que l'on pourrait qualifier, peut-être abusivement, d'une lutte pour la survie du Royaume-Uni en tant qu'entité politique (*polity*). Adam Tomkins, professeur de droit à l'Université de Glasgow, cherche dans certains mécanismes propres aux fédérations contemporaines (États-Unis, Canada et Afrique du Sud) des solutions aux problèmes que le Royaume-Uni rencontre dans son processus de dévolution. Il faut noter que Tomkins, qui, en sus d'être enseignant-chercheur, est également un élu conservateur écossais, s'est déjà prononcé à titre personnel pour le maintien de l'Écosse dans le Royaume-Uni. Sa contribution fait ainsi écho aux fédéralistes irlandais du XIX^e^ siècle qu'évoquait Alvin Jackson, puisqu'il plaide pour l'amélioration du système actuel, plutôt que pour sa destruction.

[8] C'est en tous cas l'axiome sur lequel se fonde Peter C. Oliver. Il évoque surtout les travaux d'O'Sullivan tels que son *Manual of Governement in Canada* (Toronto, J.C. Stuart, 1879) et son essai *Governement in Canada : The principles and institutions of our federal and provincial Consitution* (2^e^ éd., Toronto, Carswell, 1887). Voir P.C. Oliver, « Parliamentary Sovereignty, Federalism and the Commonwealth », p. 53.

Reprenant la célèbre définition d'Elazar, Tomkins définit le fédéralisme comme une combinaison de *self-rule* et de *shared-rule*[9], que l'on pourrait traduire en français, le rythme en moins, par l'autonomie et la participation. Il remarque ainsi que le processus de dévolution en Écosse s'est essentiellement limité à augmenter progressivement l'autonomie des autorités écossaises en leur conférant des compétences toujours plus étendues. Cette augmentation n'a pas été suivie, Tomkins remarque, par l'institutionnalisation de moyens de coopération. Si coopération il y a, elle est purement informelle. Ce qui ressort de son étude des mécanismes américains du « *spending power* » et de la « *pre-emption* », du fédéralisme coopératif canadien et de la notion sud-africaine de « *loyauté* », c'est justement qu'à défaut de moyens institutionnels et juridiques capables d'encourager ou de soutenir la coopération, les éléments autonomes composant un ensemble donné risquent, à terme, de s'éloigner. L'institutionnalisation des relations inter-gouvernementales est une étape cruciale, selon Tomkins, afin de maintenir, dans la durée, un Royaume toujours uni quoique dévolu. L'autonomie sans la coopération mènerait, éventuellement, à la sécession, et il est donc nécessaire pour le constituant de trouver un point d'équilibre[10].

Si à ce stade le lecteur ne maîtrise pas encore toutes les subtilités de l'actualité constitutionnelle britannique, il trouvera sans aucun doute une grande utilité dans la contribution de Stephen Tierney. Cet expert réputé des questions de dévolution synthétise les enjeux des dernières étapes de la dévolution écossaise et galloise. Ses premières pages sont consacrées à un exposé bref, mais dense, de théorie(s) fédérale(s). Il pose notamment les questions du « qui », du « quoi » tout à fait pertinentes mais trop souvent délaissées. Peut-on imaginer une fédération avec une constitution non-écrite ? Ou une fédération à l'asymétrie marquée ? Stephen Tierney valide le diagnostic posé par Tomkins en ce que le processus de dévolution a ignoré presque complètement la participation des nations dans le fonctionnement de l'État central. Pour lui, cela témoigne d'un manque de vision fédérale des gouvernants.

Au-delà de cette critique, Stephen Tierney regrette avant toute chose le manque d'intérêt de la doctrine anglo-saxonne pour la production d'une théorie générale du fédéralisme, par opposition à des analyses plus empiriques[11]. Cela étant, il consacre les pages restantes de sa contribution à l'étude minutieuse des deux derniers

---

[9] D. Elazar, *Exploring federalism*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1987.

[10] La conclusion de Tomkins n'est pas sans rappeler celles que tire Olivier Beaud à l'issue de sa *Théorie de la Fédération*. Plus que des mécanismes institutionnels distincts, la spécificité d'une forme politique fédérative, par rapport à d'autres formes politiques telles que l'État, est ce qu'il appelle le *telos* fédéral. Il écrit : « Par *telos* de la Fédération, on désigne sous ce nom la finalité qui lui est spécifique ». Il ajoute plus loin que ce *telos* « se caractérise par cet équilibre qu'il faut maintenir entre les deux fins contradictoires que sont la fin commune et la fin particulariste ». Se concentrer uniquement sur l'autonomie d'une entité fédérée ou quasi-fédérée, c'est oublier l'autre versant du *telos* fédéral, c'est-à-dire la fin commune de la fédération. Voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 273 et 281.

[11] Il écrit : « *most work on federalism has been conducted by political scientists addressing either particular federations or engaging in broader comparative study. There is a strong emphasis upon empirical institutional analyses, attempting to assess what defines a federal state, the political and constitutional structures of particular states, often from a comparative perspective, and assessing how federal relations play out in practice in terms of party politics and political attitudes and identities* » (S. Tierney, « Drifting Towards Federalism ? Appraising the Constitution in Light of the Scotland Act 2016 and Wales Act 2017 », p. 106).

actes de la dévolution, afin de montrer que les obstacles généralement retenus pour écarter l'idée d'un Royaume-Uni fédéral (absence de Parlement anglais ou déficit de représentation dans les institutions) ne sont pas aussi dirimants qu'il n'y parait. Tierney amène élégamment le lecteur à voir dans le processus de dévolution commencé en 1998 les germes d'une fédéralisation progressive du Royaume-Uni, qui, bien qu'incomplète, et dans une large mesure non-intentionnelle, est toujours en bonne voie. En particulier, il affirme que les obstacles liés à l'absence de représentation des unités constituantes peut-être résolu sans grande difficulté. Le statut encore embryonnaire des relations inter-gouvernementales entre Holyrood et Westminster a fait l'objet d'un rapport de la Chambre des Lords en 2015. Tierney, se basant sur l'absence d'un modèle strict de relations inter-gouvernementales, imagine qu'une systématisation des interactions entre les deux échelons de gouvernement permettra d'enrichir et de rééquilibrer la dimension coopérative du fédéralisme britannique naissant.

La dernière contribution de cette première partie risque d'être d'un intérêt plus limité pour le juriste continental, puisque les deux auteurs, Barbara Guastaferro et Lucia Payero, exposent la division territoriale que connaît leur pays respectif, l'Italie et l'Espagne. Ces développements ont une valeur encyclopédique certaine, on nous rappelle ainsi que l'autonomie régionale n'est pas construite, sur aucune des deux péninsules, comme une remise en cause de la nationalité espagnole ou italienne, ou comme une concurrence territoriale au pouvoir de l'État central[12]. Toutefois, ces questions que pose l'État régional sont déjà familières de ce côté de la Manche, en partie sans doute du fait de l'attachement partagé pour une certaine notion de l'État tel qu'on l'entend en France[13].

En revanche, ce qu'il y a d'original dans cette contribution, c'est que chacun des deux auteurs met en lien les difficultés que rencontrent leurs pays dans la gestion des revendications locales avec la crise indépendantiste que connaît l'Écosse. Ce passage a le mérite de montrer la diversité des réponses institutionnelles à apporter à un défi commun, à une lutte pour le maintien de l'unité de l'État face à la désagrégation qui le guette. Avec une certaine ironie, ce sont les yeux tournés vers le continent que s'achève l'introspection « fédérale » du Royaume-Uni. Par introspection, nous entendons le fait que l'attention a jusqu'à présent été tournée vers l'organisation interne du Royaume-Uni. Les exemples étrangers, du Canada à l'Italie, étaient mentionnés dans un but réflexif, à savoir, celui de décrire, de comprendre ou d'améliorer la division territoriale britannique.

La seconde partie du livre se situe davantage dans le temps présent, et s'il est parfois fait référence au passé, c'est toujours en tant que genèse d'un phénomène actuel. Cette seconde partie peut surprendre – doit-on réellement analyser le Conseil de l'Europe ou les Nations Unies comme une fédération ? Ce pari un peu risqué valide implicitement une vision kelsénienne de l'État, où ce dernier serait la forme

---

[12] Ces propos sont controversés, en particulier à la lumière des manifestations catalanes d'octobre 2019 réclamant un droit à l'auto-détermination pour le peuple catalan. Pour l'argumentation concernant l'Espagne, voir B. GUATAFERRO et L. PAYERO, « Devolution and Secession in Comparative Perspective : The Case of Spain and Italy », p. 129. Concernant l'Italie, voir *ibid.*, p. 138-139. Les auteurs expliquent que la Constitution de 1948 prononce l'unité de la République italienne, et celle de 1978 ne reconnait que la « Nation Espagnole ».

[13] En sont témoins, à titre d'exemple, les écrits de Jean Fougerouse sur l'État régional : J. FOUGEROUSE, *L'État régional, une nouvelle forme d'État ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

la plus centralisée d'une entité politique[14]. Il faut voir le fédéralisme comme un spectre, décrivant des liens plus ou moins étroits entre différentes entités, et non comme une catégorie figée, aux bordures claires. La seconde partie de l'ouvrage part ainsi des liens les plus étroits, unissant le Royaume-Uni à ses voisins européens, aux liens les plus distendus, l'unissant à toutes les autres nations du monde. On ressort de cette lecture avec l'idée d'un monde fait de corps imbriqués les uns dans les autres, à l'image de poupées russes. Ici, le fédéralisme n'est plus tant un choix institutionnel qu'une façon de conceptualiser le monde contemporain et les rapports entre communautés politiques.

Les deux premières contributions traitent de l'Union européenne (UE) et de sa relation avec le Royaume-Uni. Sans surprise, surtout à l'aube du *Brexit*, celle-ci est décrite par Jo Eric Khusal Murkens comme « réticente ». Professeur de droit à la *London School of Economics*, il revient sur l'entrée déjà difficile du Royaume-Uni dans la Communauté Économique Européenne (CEE) en 1973. Il tient à exposer le mythe selon lequel le gouvernement britannique fut trompé quant à la construction européenne, que le projet politique que cette construction sous-tend depuis 1958 lui était inconnu et, qu'ainsi, est légitime de quitter un marché économique dévoyé en super-État.

Cette contribution est aussi politique que juridique, dans la mesure où les arguments d'histoire servent à répondre aux interrogations contemporaines. L'émotion de l'auteur est palpable entre les lignes. Le tableau qu'il dépeint est fascinant, ne serait-ce que parce qu'il illumine les coulisses et les arcanes du pouvoir, calculs et conjonctures qui font l'histoire en façonnant le présent. Citant les Premiers ministres MacMillan et Heath, Murkens affirme que c'est sciemment que les parlementaires britanniques des années 1970 ont décrit la CEE comme un projet purement économique, et qu'ils ont volontairement écarté les questions constitutionnelles qu'une adhésion portait en elle[15]. Ces propos informent considérablement la lecture de la contribution suivante, rédigée par Sionoidh Douglas-Scott. Si Jo Murkens s'intéresse à l'entrée, Sionoidh Douglas-Scott écrit, elle, sur la sortie.

Ses propos peuvent sembler très généraux. Elle commence par discuter de la nature potentiellement fédérale de l'UE et conclut que celle-ci peut – ou ne pas – être considérée comme fédérale. Elle analyse par la suite les possibilités juridiques ouvertes à une Écosse qui, à l'heure du *Brexit*, souhaiterait tout de même garder ses liens avec l'UE. Ses mots, tenus en 2017, font déjà office d'histoire du droit tant le débat politique n'a cessé d'avancer depuis. Le Gouvernement écossais de Nicola Sturgeon ne milite plus pour un compromis lui permettant de rester un pied dans l'UE et l'autre au Royaume-Uni. En réponse aux fins de non-recevoir adressées par Londres, Édimbourg réclame aujourd'hui un nouveau référendum d'indépendance[16]. Toutefois, cette contribution a le mérite d'être, de toutes celles contenues

---

[14] Hans Kelsen a caractérisé l'État comme la forme la plus centralisée d'union politique, la confédération ou la simple alliance représentant l'autre extrême d'union, décentralisée cette fois. Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 275 *sqq.*

[15] Murkens écrit « *It is precisely because the European project was a political one from the start that the UK government resorted to economic arguments to sugar the pill* » (J.E.K. Murkens, « The UK's Reluctant Relationship with the EU : Integration, Equivocation, or Disintegration ? », p. 156).

[16] C'est le souhait qu'elle a évoqué lors du débat télévisé du 22 novembre 2019 dans le cadre des élections législatives et qu'elle a depuis répété à plusieurs reprises. Voir, par exemple, l'article

dans cet ouvrage collectif, celle qui s'intéresse le plus à la théorie des formes politiques. Douglas-Scott fonde son analyse sur le constat posé par Neil MacCormick que notre monde politique est entré dans ce qu'il appelle la *post-souveraineté,* et qu'ainsi il ne faut plus conceptualiser les liens étatiques comme des blocs homogènes et hermétiques. Les *federacies* et autres États associés sont autant d'exemples de liens entre collectivités politiques qui défient les classifications classiques[17].

De plus, l'accord péniblement conclu à l'automne 2019 entre le Premier ministre Boris Johnson et la Commission européenne prévoit, entre autres, que l'Irlande du Nord se maintienne dans l'union douanière, alors que le reste du Royaume aura son propre système douanier. Les réflexions de Sionoidh Douglas-Scott n'ont donc pas été menées en vain et permettent de comprendre, au moins en partie et quoique l'objet soit différent, la situation d'aujourd'hui. S'agissant de l'idée fédérale, Douglas-Scott amène le lecteur à réaliser qu'il est question d'un objet protéiforme. La matérialisation institutionnelle du fédéralisme ne se limite pas au modèle de l'État fédéral, à l'allemande ou à l'américaine. Il est possible, bien au contraire, d'imaginer une variété d'organisations en fonction des spécificités d'un contexte politique et culturel particulier.

Pour sa part, Roger Masterman explore une autre « relation fédérale » – moins intense – à laquelle participe le Royaume-Uni, celle qu'il entretient avec la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Dans un premier temps, l'auteur reprend largement des questions déjà largement traitées par la doctrine (articulation entre principe de subsidiarité et marge d'appréciation, jurisprudence audacieuse de la Cour, centralisation du contentieux des droits de l'Homme[18], etc.). Dans un second temps, l'auteur suggère, de manière plus originale, que cette Cour tend à agir comme une Cour de quatrième instance, ce qui validerait l'idée d'une relation quasi ou proto-fédérale. Masterman évoque ainsi la perte du pouvoir de contrôle des États membres du Conseil de l'Europe sur la Convention qui devient le fief exclusif de la Cour, capable d'imposer des obligations aux États, obligations qui étaient absentes des traités originaux – et ce faisant, pour lesquelles les États membres n'ont pas consenti.

Outre que le Royaume-Uni est partie aux traités, il est finalement relativement absent des considérations de l'auteur, si ce n'est pour expliquer la façon dont les juges nationaux reçoivent la jurisprudence de la CEDH. Il évoque aussi, furtivement, la tentation du parti conservateur en 2015 d'édicter un *Bill of Rights* afin de rapatrier le contentieux des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne, mais ne s'étant pas matérialisé, cela est voué à rester, pour l'instant, une simple fiction juridique.

Les deux dernières contributions de cette seconde partie ont sans aucun doute l'objet le plus contestable. Morand Bartels, un internationaliste de l'Université de Cambridge, fait certes preuve d'une très grande érudition lorsqu'il essaie d'identifier le statut (et les obligations afférentes) du Royaume-Uni au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) après le *Brexit*. Vertu indéniable, l'auteur fait

---

suivant : L. BROOKS, « Sturgeon demands independence referendum powers be devolved », *The Guardian*, 19 déc. 2019 [https://www.theguardian.com/politics/2019/dec/19/nicola-sturgeon-requests-independence-referendum-powers].

[17] À ce propos, Léa Havard a publié une thèse sur le lien entre souveraineté et États associés. Voir L. HAVARD, *L'État associé : Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, Aix-en-Provence, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2018.

[18] Sur ces questions, voir notamment F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13e éd., Paris, PUF, 2016.

œuvre d'un discours très technique, contrastant violemment avec l'approche plutôt généraliste que cet ouvrage a prise jusque-là. Malheureusement, il ne justifie aucunement le lien de sa contribution avec l'idée fédérale. Est-ce que toute organisation internationale, aussi squelettique que l'OMC, peut être décodée à travers le prisme du fédéralisme, simplement parce que toute association prévoit obligations et coopération ? Est-ce parce que, dans le cas particulier du Royaume-Uni, son départ de l'UE est assimilé, du point de vue de l'OMC, comme une sécession ? Ceci ne tombe pas sous l'évidence.

Malheureusement, l'auteur fait l'économie de toute explication. Le départ du Royaume-Uni de l'UE crée un problème de droit concernant, entre autres, la répartition des quotas et tarifs douaniers au sein des accords de l'OMC. Ces quotas sont calculés et négociés en fonction du bloc que représente l'UE, et il ne va pas de soi que le Royaume-Uni parte avec un simple pourcentage de cet ensemble. Ce problème de droit doit être résolu, et l'auteur y apporte une réponse juridique argumentée. Cependant, Bartels ne prend à aucun moment une quelconque hauteur quant à ces questions ou ne les intègre dans une problématique plus large du fédéralisme. Ici, l'élément fédéral est au mieux implicite et au pire complètement absent.

Au contraire, Nigel D. White consacre une part importante de son exposé à justifier le caractère fédéral des Nations Unies (ONU), en revenant notamment sur l'histoire de sa formation, ses enjeux et ses objectifs. Toutefois, l'essentiel de son propos tient à démontrer que l'ONU, et en particulier son Conseil de Sécurité, n'est pas fondé sur le principe de l'État de droit. Le fond de l'argumentation de White traite de la primauté du droit issu des résolutions du Conseil de sécurité (article 103 de la Charte des Nations Unies). Il cherche à savoir si ces résolutions devraient être immédiatement supérieures à toute norme interne, y compris aux normes fondamentales telles que les droits et liberté constitutionnellement ou conventionnellement protégés.

À nouveau, le Royaume-Uni ne joue qu'un rôle marginal dans cet exposé, et n'est présent qu'en tant que membre permanent du Conseil de sécurité qui, puisqu'il occupe une place privilégiée, défend le pouvoir du Conseil de sécurité face aux droits de l'Homme. Si l'inclusion d'une contribution ayant les Nations Unies ou l'OMC pour objet est raisonnable par rapport à la perspective choisie par les éditeurs, celle d'un mille-feuille normatif, il eût sans doute fallu que cette contribution soit consacrée précisément à l'aspect fédéral de l'organisation internationale en question pour qu'elle soit pertinente. À défaut de cet ancrage dans la thématique de l'ouvrage, le lecteur est perdu dans des considérations très techniques qui le laissent perplexe.

Ces deux derniers chapitres sont typiques d'une difficulté que l'on rencontre tout au long du texte. La description ainsi faite de la complexité du monde contemporain n'est pas accompagnée d'une conceptualisation qui permettrait de systématiser les phénomènes décrits. C'est peut-être là la grande faiblesse de cet ouvrage, de ne pas porter l'ambition de contribuer à une théorisation de l'unité dans la diversité dans le contexte britannique.

II. Conceptualiser l'état d'un monde complexe – pour une théorisation de l'unité dans la diversité

Nous l'avons vu, Tierney évoque longuement le besoin d'une théorie générale du fédéralisme. Il cite Michael Burgess pour qui « *there is no fully fledged theory of*

federalism. At best there is partial theory based upon rigorous conceptual analysis and the pursuit of terminological precision. At worst there is crass empirism rooted in the failure to develop concepts and define the key terms[19] ». Burgess choisit de considérer avant tout le fédéralisme comme une idée, plutôt qu'un ensemble institutionnel précis[20]. Ce faisant, en dépeignant le fédéralisme non pas comme un concept unique mais comme une constellation de principes, il évite à la fois l'écueil de la définition perpétuellement insatisfaisante[21], tout en gardant ouvertes toutes les possibilités analytiques. En mobilisant Burgess, le but poursuivi par Tierney est clair, puisqu'il s'agit de poser un regard nouveau sur le problème ancien de la diversité constituante du Royaume-Uni. En adoptant une interprétation souple du fédéralisme, il est possible d'importer ces outils analytiques dans le débat britannique, ou plutôt, d'ailleurs, de montrer qu'ils ont toujours été présents. Ce qui frappe, c'est que malgré la conscience de la nécessité d'une théorisation du phénomène fédéral britannique, chaque contribution se contente, si ce n'est d'être complètement empirique, de rester du moins sur un plan tout à fait concret. On peut isoler à cet égard deux problèmes.

En premier lieu, il peut sembler étrange au lecteur continental que l'entreprise de cet ouvrage, qui porte sur la forme politique du Royaume-Uni, ne touche pas explicitement à la question de la classification ou de la catégorisation. Les auteurs font références à des fédérations, des États fédéraux, des États unitaires et des États d'Union (*Union state*), donc à des types, aux caractéristiques préétablies. L'ambition de cet ouvrage, comme l'ont rappelé Robert Schütze en introduction et David Armitage en conclusion, est de renverser l'aversion traditionnelle des analystes d'outre-Manche pour tout ce qui est fédéral. Du moins, lorsqu'il s'agit de leur propre communauté politique. Il s'agit, d'une certaine façon, de dépasser les concepts un peu périmés qui informent la réflexion constitutionnelle en Grande Bretagne depuis plus d'un siècle. Dépasser l'État unitaire, dépasser l'État Westphalien, dépasser la souveraineté absolue du Parlement.

Ainsi, l'ordonnancement des contributions est destiné à renforcer l'idée d'un monde caractérisé par des liens de sujétion pluriels, aux contours vagues et fluides[22]. Pourtant, à la lecture de cet ensemble, on garde l'impression qu'au contraire, l'État reste l'élément structurant de la pensée constitutionnelle. Le découpage en deux parties du livre est lui-même fait depuis la perspective de l'État – son rapport à soi d'abord, puis son rapport à l'autre, au reste du monde, ensuite. De même, la souveraineté, et ce en dépit des incantations contraires de presque chaque auteur, est toujours l'élément clef de leur raisonnement – combien de pages sont ainsi consacrées à démontrer que celle-ci est démodée ? Voilà déjà trente ans au

---

[19] M. Burgess, *Comparative federalism : Theory and practice*, Londres, Routledge, 2006, p. 1 : « Il n'y a pas de véritable théorie du fédéralisme. Au mieux il existe une théorie parcellaire déduite d'une analyse conceptuelle rigoureuse et de la recherche d'une précision terminologique. Au pire, il n'y a qu'un empirisme crasse issu d'une incapacité à développer des concepts et à définir des termes clefs » (notre traduction).

[20] Voir S. Tierney, « Drifting Towards Federalism ? Appraising the Constitution in Light of the Scotland Act 2016 and Wales Act 2017 », p. 106.

[21] Michael Burgess considère lui-même d'ailleurs que ce débat est vain (M. Burgess, *Comparative federalism*, *op. cit.*, p. 106).

[22] C'est un constat aujourd'hui largement partagé s'agissant des formes politiques contemporaines. Voir par exemple P. Popelier, « Subnational multilevel constitutionalism », *Perspectives on federalism,* vol. 6, nº 2, 2014, p. 1-23.

moins que l'on parle de la fin de la souveraineté telle que formulée par Dicey. *Factortame*[23] devait l'avoir enterrée, après que l'UE l'a tuée. Si elle est si dépassée, pourquoi y faire encore et toujours référence ? Sans doute car il n'est pas aisé de passer d'un monde conceptuel à un autre, d'un paradigme ancien à un paradigme nouveau. La critique n'est pas nouvelle, Nietzsche se plaignait déjà que les assassins de Dieu ne soient pas allés jusqu'à écarter son ombre de leurs esprits. En ce sens, et ce malgré les connaissances encyclopédiques dont font preuve les auteurs, cet ouvrage n'apporte qu'une contribution limitée à la pensée constitutionnelle britannique. En se refusant à entrer dans le débat abstrait et théorique, il se contente d'essayer de faire du nouveau avec du vieux. Il bâtit donc son argumentation sur des bases qu'il conteste lui-même. En résulte un besoin, parfois laborieux, pour chaque auteur d'expliquer le sens particulier qu'il compte donner à la souveraineté ou au fédéralisme au début de leur contribution.

Ceci nous mène, en second lieu, au refus de la plupart des contributeurs de définir leur objet, ou de donner un sens précis aux concepts qu'ils manient. Comme noté plus haut, l'on comprend que ceci est fait sciemment, et que l'ambiguïté joue un rôle heuristique important, puisqu'elle permet une multiplicité herméneutique assumée. Toutefois, il peut sembler contre-intuitif de faire reposer une démonstration sur des catégories, et par endroit de militer pour la transition (certes progressive) d'une catégorie à une autre tout en estimant que la classification n'est pas d'un grand intérêt en tant que tel.

Tierney et Schütze, dans leur préface, posent directement la question de savoir si l'État unitaire et souverain du XIX^e^ siècle est adapté à notre XXI^e^ siècle. Leur enquête débute précisément car ils soupçonnent que la catégorie dans laquelle le Royaume-Uni est placé depuis le règne de Victoria n'est plus représentatif de ce qu'est la constitution britannique. Si l'objectif est seulement d'analyser les institutions et les interactions entre institutions au sein du corps politique que forme le Royaume-Uni, c'est-à-dire s'il est seulement question de mécanique et d'archéologie constitutionnelle, pourquoi recourir constamment à des catégories abstraites, à des idées et des concepts tels que ceux de fédération ou d'État ?

« L'idée fédérale », au cœur des réflexions de cet ouvrage, suppose d'une façon ou d'une autre un renvoi à une théorie du droit, ou une théorie politique, particulière. Celle-ci peut d'ailleurs être implicite. En se concentrant presque exclusivement sur l'aspect concret du problème fédéral, les auteurs n'évitent pas une théorisation de la fédération en soi et pour elle-même, car ce faisant ils renvoient implicitement à des postulats qu'ils acceptent sans les interroger. C'est ainsi que l'on retrouve au fil des contributions, en réalité, deux définitions assez sommaires du fédéralisme : celle de Daniel Elazar et celle de Kenneth Wheare, toutes deux citées plus haut.

Par conséquent, si la lecture de cet ouvrage permet d'acquérir une connaissance précise du Royaume-Uni contemporain, il n'est sans doute pas le plus adéquat afin d'avancer l'état de la connaissance quant au fédéralisme lui-même. Un mérite important doit tout de même lui être reconnu. Trop d'ouvrages considèrent qu'ils doivent baser presque exclusivement leurs réflexions sur le fédéralisme sur le droit positif. En général, on entend par là sur les décisions des Cours suprêmes. Il s'en suit une succession d'arrêts décrivant la façon dont une autorité juridictionnelle répartit les compétences entre deux échelons de gouvernement. Une telle approche

[23] Arrêt Factortame – *R (Factortame Ltd) c/ Secretary of State for Transport* [1999] UKHL 44.

est bien entendu très utile, afin de comprendre l'interprétation constitutionnelle faite au sein d'une fédération. Cette utilité ne devrait pas, cependant, étouffer d'autres approches qui peuvent, dans certains cas, être plus pertinentes. Dans le cas britannique, si fédéralisme il y a, il est informel ou en gestation. C'est donc un choix avisé que de s'autoriser une lecture du fédéralisme qui se situe entre les lignes institutionnelles. Une lecture qui insiste sur l'idée de coopération, quand bien même informelle, et sur les différents moyens précisément d'institutionnaliser cette coopération[24].

Le pragmatisme assumé des contributions diminue, comme nous venons de le voir, la portée de cet ouvrage du point de vue de la théorie fédérale. Cela étant, cet empirisme s'inscrit dans la pratique actuelle, et somme toute classique, voulant que les écrits juridiques soient directement « utiles », et que cette utilité porte sur la réforme du droit. Mise à part la première contribution d'Alvin Jackson, toutes les autres apportent plus ou moins directement des solutions juridiques aux problèmes existants. Pour paraphraser Roderick MacDonald, il est ici question d'un « savoir engagé ». D'après MacDonald, celui-ci se définit comme le fait qu'un chercheur utilise son argumentation juridique au soutien d'une pensée politique[25]. Or, dans le cas présent, il est très clair que *The United Kingdom and the Federal Idea* s'inscrit dans le débat politique concernant d'une part l'indépendance de l'Écosse et d'autre part la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne.

En s'inscrivant dans un débat qui, par essence, est éphémère, où les problèmes et solutions sont fluctuantes, les contributions risquent de vieillir à un rythme affolant. Cela est particulièrement évident concernant le *Brexit*, dans la mesure où les termes même du débat ont radicalement changé. Il n'est plus, à l'heure où ces lignes sont écrites, aucunement question d'un maintien dans le marché unique ou d'un autre statut spécial pour l'Écosse. Au contraire, toute l'attention est tournée vers l'Irlande du Nord. Or celle-ci est à peine mentionnée. S'agissant de l'Écosse, la question fédérale semble passée, puisque le débat actuel porte presque exclusivement sur un second référendum d'indépendance. Quant au Pays de Galle, il n'en est question qu'à deux reprises, dans l'introduction et brièvement dans la contribution de Tierney. Ainsi, seulement deux ans après la parution de cet ouvrage, il semble qu'une partie non négligeable des contributions appartiennent déjà à l'histoire du droit, ou au droit-qui-aurait-pu-être. Cet écueil eût été évité – du moins, partiellement – s'il y avait eu un recours actif à l'abstraction.

Il y a ici une difficulté quant au rapport au réel. La situation constitutionnelle du Royaume-Uni est, à l'heure actuelle, particulièrement complexe, et difficile à saisir. Cet ouvrage souhaite alors ouvrir une porte, un accès, afin de donner un sens

---

[24] D'après Roderick MacDonald, cela témoigne d'une certaine vision du fédéralisme. Voir R. MacDonald, « Kaleidoscopic Federalism », in J.-F. Gaudreault-DesBiens et F. Gélinas (dir.), *Le Fédéralisme dans tous ses États : Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruxelles, Bruylant, 2005. Voir également, concernant l'importance de la dimension coopérative du fédéralisme J. Poirier, C. Saunders et J. Kincaid (dir.), *Intergovernmental relations in federal systems : Comparative structures and dynamics*, Don Mills, Oxford Universtiy Press, 2015.

[25] D'après lui, cette méthode suit le schéma suivant : « *A typical "demonstration" of the need proceeds in three stages : (1) the existing body of legal doctrine is a construct of (history, class, gender, race, etc.) ; (2) historical, class, gender or race analysis reveals the hegemony of the privileged ; (3) the existing body of legal doctrine should be changed in order to empower the excluded.* » (R. MacDonald, « Still "Law" and Still "Learning" ? Quel "droit" et quel "savoir" ? », *Revue Canadienne de Droit et Société*, vol. 18, no 1, 2003, p. 8.)

à ce qui apparaîtrait autrement comme une concentration inintelligible de problèmes épars. Toutefois, en restant dans une analyse très concrète, les auteurs prennent le risque de commenter simplement « à chaud » des problèmes de fond qui méritaient une plus grande prise de distance. Dit autrement, une théorisation est un acte nécessaire pour ordonner la complexité du monde afin de lui donner une signification intelligible. Comme mentionné plus haut, *The United Kingdom and the Federal Idea* montre très clairement la complexité du monde contemporain, mais obtient un résultat plus mitigé lorsqu'il s'agit de proposer une conceptualisation, ou une représentation, de cette complexité.

Or, pour reprendre les propos de Michel Villey, « les abstractions sont [...] un moyen d'accéder aux choses, la forme que prend notre esprit afin d'accéder au réel[26] ». Certes, l'ordonnancement des contributions projette une image réaliste du pluralisme normatif à l'œuvre depuis plus d'un siècle autour et au sein de la constitution britannique. En revanche, cette démonstration est incomplète. Ce qu'il manque, c'est la recherche d'un sens au milieu de cette marée d'idées et de phénomènes historiques, juridiques et politiques. Il nous montre qu'il existe une multitude de liens, entre différents pouvoirs, différentes institutions et différents idéaux, mais ne nous explique pas en quoi ces liens obéissent à une logique commune, qui emprunterait au fédéralisme.

Ce qui est d'autant plus regrettable, c'est que même si l'on sent une ouverture sur le monde, cette ouverture reste presque exclusivement cantonnée à l'univers anglo-américain. Les exemples développés sont ceux tirés des anciennes colonies du Royaume-Uni, et s'il est fait mention de la situation espagnole ou italienne, c'est en des termes peut-être un peu généraux. Cet auto-centrisme, revenant à exclure les réflexions allemandes, suisses ou belges, s'explique sans doute par l'aversion stéréotypique des penseurs anglo-saxons, en particulier britanniques, à s'engager dans la théorie fondamentale[27]. Pour considérer l'expérience allemande ou suisse comme pertinente pour l'étude de la forme politique du Royaume-Uni, il faut déjà extraire de ces expériences leurs caractéristiques fondamentales et les mettre en lien, de façon abstraite, avec le contexte britannique. Cela suppose ainsi de commencer par l'abstraction. Or, et cela depuis Hume and Burke, ceci contredirait directement la méthode empirique qui caractérise le *modus operandi* de la pensée britannique[28]. La grande attention portée au cas concret ou à l'empirisme serait donc l'expression d'un choix épistémologique particulier.

Il ne faut pas, néanmoins, exagérer la critique car en l'espèce ce choix méthodologique n'est pas sans avantages. Le fait de privilégier l'expression d'auteurs anglo-saxons ou d'auteurs écrivant dans un cadre de pensée anglo-saxon permet de contourner un des problèmes propre à toute analyse comparative : celui de faire référence à un socle de significations commun. En restant dans un groupe culturel relativement homogène, la question de l'ambiguïté transculturelle du sens des mots est écartée. Ce faisant, il est possible de concentrer toute son attention hors de la

---

[26] M. Villey, *Leçons d'histoire de la Philosohie du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 16.

[27] On peut ainsi être surpris que Schütze n'ait pas apporté cette nuance.

[28] Michel Villey explique, ironique, que « les Anglais prétendent observer dans le droit comme en politique, une attitude pragmatique, ils se défient des théories, et déclarent s'en tenir au fait et à l'expérience; ceci signifie seulement qu'ils appliquent la philosophie dominante dans leur pays, qui depuis la fin du Moyen-âge, Bacon, Locke, Hume, Bentham et Stuart Mill, est une doctrine de l'empirisme, dérivant de la philosophie des nominalistes franciscains » (M. Villey, *Leçons d'histoire de la Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 15).

sémantique[29]. En sus, et quand bien même ce point-là aurait pu être développé davantage, la comparaison avec les cas de l'Espagne et de l'Italie permet, indirectement, d'amener le lecteur à repenser le sens de l'État dans un pays de *common law* et dans un pays civiliste. En effet, parler de la désintégration d'un État ne porte pas la même valeur suivant qu'on s'adresse à quelqu'un pour qui l'État n'est qu'un nom, ou quelqu'un pour qui l'État est une théorie.

Dans sa *Théorie de la Fédération*[30], Olivier Beaud dresse un état des lieux critique de la recherche sur le fédéralisme. Il reproche en particulier aux doctrines française et allemande un intérêt trop prononcé pour une « théorie sans pratique[31] », et citant George Burdeau, il note que « le fédéralisme a moins été étudié en tant qu'institution réelle qu'à titre de vérification de telle ou telle théorie générale[32] ». Il condamne par la suite le problème inverse, qu'il nomme « hypothéorie[33] ». Très clairement, *The United Kingdom and the Federal Idea* s'inscrit dans la continuité des travaux que l'on pourrait qualifier d'hypothéoriques.

Toutefois, il faut, évidemment se garder des simplifications hâtives qui mèneraient à croire qu'un ouvrage, simplement parce qu'il est britannique, ne peut procéder d'une approche théorique. Sur la notion de souveraineté, les écrits de Neil MacCormick[34] sont à ce propos tout à fait éclairants. De même, il n'est aucunement question de sous-entendre qu'il y aurait une approche française ou allemande qui serait supérieure à une approche britannique. Il s'agit de montrer que la volonté de savoir procède de particularités localisées et contextuelles, et que les faiblesses d'une approche peuvent être compensées par une autre. Loin d'opposer et de hiérarchiser des postulats épistémologiques, c'est au contraire l'objectif de ces quelques pages d'appeler à une plus grande collaboration et une plus grande ouverture sur les méthodes de l'autre.

Une telle ouverture est toutefois présente, s'agissant des limites disciplinaires que les éditeurs ont refusé de perpétuer. Quoique la plupart des contributions sont le fruit de juristes, toutes marquent clairement un intérêt pour la science politique. Pour preuve, nombreux sont les auteurs qui citent les travaux de Michael Burgess ou de Daniel Elazar, tous deux politologues. Surtout, c'est l'histoire qui reste centrale aux analyses développées d'un chapitre à l'autre. Histoire du Royaume-Uni d'abord. Histoire des colonies ensuite. Histoire de l'UE et histoire du *Brexit*. Les éditeurs ont perçu que le fédéralisme n'est pas réductible à sa dimension juridique. Que comprendre les tenants et aboutissants de la réception d'une « idée fédérale »

---

[29] Cheryl Saunders et Johanne Poirier écrivent à cet égard, et de façon typique, que les « *scholars of comparative federalism face the perennial challenge of finding and using common vocabulary with shared meaning* » (J. Poirier et C. Saunders, « Introduction: Comparing Intergovernmental Relations in Federal Systems », in J. Poirier, C. Saunders et J. Kincaid (dir.), *Intergovernmental relations in federal systems : Comparative structures and dynamics*, Don Mills, Oxford Universtiy Press, 2015, p. 5).

[30] O. Beaud, *Théorie de la Fédération, op. cit.*

[31] *Ibid.*, p. 14.

[32] *Ibid.*

[33] *Ibid.* Olivier Beaud définit celle-ci comme un « empirisme radical » par lequel le « juriste devrait se borner à "décrire" les institutions fédérales, en particulier étrangères, et il n'aurait pas besoin de perdre son temps à discuter des concepts, une telle discussion étant considérée comme métaphysique ».

[34] Voir, par exemple, N. MacCormick, *Questionning sovereignty : Law, state and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

dans un contexte culturel donné suppose une analyse des processus historiques menant aux particularités institutionnelles observables. Le droit n'est jamais complètement distinguable de l'histoire du droit, qui elle-même se confond avec l'histoire d'un peuple.

Avec raison donc les éditeurs ont su ancrer les contributions dans une perspective holistique du fédéralisme, par laquelle on parvient à comprendre que les particularités britanniques ne sont pas apparues par hasard. Contextualiser l'expérience britannique revient également, par la force des choses, à distinguer ce qu'il y a de propre au cas du Royaume-Uni, et ce qu'il y a d'universel *dans* le cas britannique. La multiplication des liens inter-étatiques au sein d'organisations internationales, les pressions autonomistes locales ou la fragmentation des communautés politiques sont autant de forces centrifuges avec lesquelles tous les États contemporains, ou presque, doivent composer. Cet ouvrage ouvre la voie d'une analyse en des termes fédéraux de ces problèmes partagés.

En guise de conclusion, *The United Kingdom and the Federal Idea* est une excellente introduction aux problématiques constitutionnelles qui animent aujourd'hui le débat politique britannique. Il offre un tour d'horizon qui impressionne par son envergure et son ambition assez unique d'approcher le phénomène fédéral dans sa multitude. Malheureusement, il échoue peut-être dans ses efforts de systématiser cet ensemble complexe. Si à la fin de son étude le lecteur aura une connaissance raffinée des institutions, de l'histoire et des défis du Royaume-Uni, il ne sera sans doute pas beaucoup plus avancé sur sa compréhension du fédéralisme. Il sera cependant amené à percevoir l'omniprésence des liens « quasi- » ou « proto-fédéraux » aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur des États contemporains.

Lucien Carrier

Doctorant en droit public à McGill University et à l'Université de Bordeaux.

Franck Laffaille

L'aube du droit constitutionnel

A. Le Quino et T. Santolini (dir.), *Trois précurseurs italiens du droit constitutionnel* (2019)*

Il est des colloques originaux et (donc) salutaires. Tel est le cas de celui tenu jadis à l'Université de Toulon (2014), colloque dont les actes sont publiés à la fin de l'année 2019. L'idée d'associer ces 3 auteurs que sont Filangieri (1753–1788), Compagnoni (1754–1833) et Rossi (1787–1848) revient à A. Le Quino et à T. Santolini. Mort prématurément, Filangieri ne connaît pas la Révolution française ; Compagnoni, son contemporain, traverse les siècles ; tout comme Rossi qui, né peu avant le décès de Filangieri, survit à Compagnoni. Si Rossi est fort connu et abondamment cité en doctrine (tant publiciste que privatiste-pénale), les deux autres auteurs appartiennent à la catégorie des oubliés de l'histoire juridique et politique, à tout le moins en France. Les noms de Compagnoni et Filangieri sont-ils souvent cités en nos amphithéâtres ? L'intelligence des organisateurs du colloque aura été de regrouper ces trois penseurs pour réfléchir sur l'aube du droit constitutionnel, entendu comme droit politique à même de (re)fonder une cité vertueuse, modérée, pacifiée, unifiée. C'est avec bonheur que s'opère la lecture de cet ouvrage de 700 pages, somme de notable intérêt pour quiconque est avide d'archéologie politico-constitutionnelle.

Voyons comment est enseigné le droit constitutionnel en des temps troublés et comment émerge la notion de constitution dans l'Italie du XVIIIe siècle (*Prolégomènes*). Puis attardons-nous successivement sur les pensées de Rossi (I), Filangieri (II), Compagnoni (III).

Prolégomènes

Dans un texte de plus de 100 pages, J.-L. Mestre nous explique ce que signifie enseigner le droit constitutionnel puis le sens que la notion de constitution peut revêtir au XVIIIe siècle[1].

---

* A. Le Quino et T. Santolini (dir.), *Trois précurseurs italiens du droit constitutionnel : Giuseppe Compagnoni, Gaetano Filangieri, Pellegrino Rossi*, Paris, La Mémoire du Droit, 2019, 703 p.

[1] J.-L. Mestre, « Enseigner la constitution en France dans la seconde moitié du XVIIIe siècle », p. 9-126.

Enseigner le droit constitutionnel en des temps troublés

J.-L. Mestre se penche sur l'enseignement de la constitution en France dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle. Il rappelle les trois sens que revêt l'expression *droit constitutionnel* : droit octroyé à une personne ou une entité en vertu d'une constitution, règles contenues dans ladite constitution, discipline académique[2]. Au sein des universités françaises, le *jus publicum* n'est guère à l'honneur. Et quand il est enseigné – parcimonieusement et fort progressivement – il fait l'objet d'une double lecture. Servile ou dangereuse discipline ? Tantôt il est présenté comme l'indispensable compagnon idéologique du pouvoir, emportant exaltation de la souveraineté royale et de l'État-puissance ; tantôt il est regardé par ce même pouvoir comme une menace, capable de fragiliser les institutions (cf. la méfiance de Maupeou).

Fondamentale interrogation que celle qui parcourt un Ancien Régime hésitant : enseigner le droit politique constitutionnel n'est-il pas le meilleur moyen de former des citoyens acquis à la cause royale ? Enseignement académique et stabilité politique vont alors de concert. Ou n'est-ce pas, au contraire, ouvrir la boite de Pandore que de réfléchir sur le pouvoir, troubler des consciences prêtes à douter de sa légitimité ? Il y a bien là « deux conceptions qui s'opposeront longtemps sur l'enseignement du droit constitutionnel[3] ». Que celui-ci soit perçu comme une utile nécessité stratégique ou un danger institutionnel est révélateur de son statut spécifique : il est la matière historique, philosophique, morale, juridique qui scrute le pouvoir, décrypte la puissance royale, pense la relation État-citoyen. Le droit constitutionnel est une discipline *idéologique*, au sens le plus noble du terme : il renvoie aux valeurs de la *polis* et à la stabilité du pacte social entre prince et sujets.

Le droit public est peu enseigné en un XVIII[e] qui questionne tant la légitimité du pouvoir et entend apposer des limites à sa toute puissance. Aussi voit-on à la fin du siècle, alors que l'esprit révolutionnaire souffle en France, certains cahiers de doléances demander la création d'un cours de droit public. Les Cahiers de doléances de Besançon demandent le rétablissement d'une chaire de droit public ; ceux de Caen demandent que toute faculté de droit comprenne, en pays coutumier, un professeur de droit public[4]. Une demande identique émane du Tiers État de Rennes, peut-être à l'instigation de Lanjuinais (Professeur de droit canonique à la Faculté de droit)[5].

Une fois la Révolution advenue, son message émancipateur ne manque pas d'être porté par nombre de thuriféraires. Le droit constitutionnel politique enseigné est celui du Nouveau Régime, enseigné et exalté. Que l'on lise Thimothée-Arnould Henry, Professeur de droit à Nancy (novembre 1789) : « la plus grande des révolutions […] change les bases de notre législation », en « établissant un nouveau droit politique[6] ». Messager juridique et politique de la Constituante, Henry analyse et légitime les décrets par elle adoptés. C'est une mission religieuse qu'assume ce Professeur de droit : celle de répandre le « nouveau catéchisme » (Talleyrand[7]) qu'est

---

[2] J.-L. Mestre, « Enseigner la constitution en France dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle », p. 9.

[3] *Ibid.*, p. 19.

[4] *Ibid.*, p. 28.

[5] *Ibid.*, p. 28.

[6] *Ibid.*, p. 47.

[7] Cité par *ibid.*, p. 50.

la *Déclaration des droits de l'homme*. On entrevoit combien l'enseignement du droit constitutionnel revêt des atours mystiques tant le droit nouveau est assimilé à la Vérité. Vérité et religion vont de concert ; nul doute, dans l'esprit du Professeur de droit, que la DDHC de 1789 fait désormais office de texte sacré. Commentée, elle ne saurait être critiquée tant elle est porteuse d'une nouvelle conception de l'humanité, d'une société égalitaire et libre centrée sur la notion de justice.

Aussi imagine-ton Henry et ses pairs souscrire pleinement au discours de Talleyrand lorsque ce dernier soutient que « la science du droit (peut) devenir une et complète » ; antérieurement, le droit public n'était que « science mensongère », « science occulte, livrée à un petit nombre d'augures qui la travestissaient[8] ». Le droit se verrait enfin octroyer, par la grâce de la Révolution, un nouveau statut : écartés les obstacles de l'Ancien Régime (occultisme, travestissement), adviendrait le temps de la transparence, du stade véritablement scientifique. Optimistes, ces propos de Talleyrand sont naïfs. Ils renvoient au discours politique du temps, celui d'une exaltation révolutionnaire persuadée que paix, harmonie, justice et science vont régner. Le discours de Talleyrand est classique et excessif. S'agissant du passé, sa critique de la monarchie est logique ; pour autant, est-il nécessaire de ne voir dans le monde ancien que déraison, mensonge et superstition ? S'agissant du temps présent, Talleyrand cède à la facilité de l'aube nouvelle, celle-là même qui ferait émerger une « science du droit […] une et complète ». Les syndromes de *l'unité* et de la *perfection* – thèmes consubstantiels à l'idéalisme révolutionnaire – habitent son discours. Génie magnifique et maléfique, Talleyrand croit-il vraiment en l'édification d'une telle science ? N'a-t-il pas conscience que la recherche d'une science « une et complète » signifie la mort même de tout projet scientifique, le décès de l'esprit de quête et doute devant animer toute œuvre académique ? On entrevoit, dans ce bref extrait, la magnification outrancière de la Raison : l'aube nouvelle ne peut être que fille de la Raison, vecteur conduisant à l'unité et la perfection si recherchées.

On ne peut que louer cette volonté d'asseoir le pacte social sur un fondement humain, sur une logique horizontale, sur un contractualisme qui n'a que faire de Dieu (cf. Grotius et son *etsi deus non daretur* dans les *Prolégomènes* de son *De jure belli ac pacis*). Reste qu'il est frappant de constater que catéchisme et raison se croisent, dans le cadre d'un paradoxe qui n'est qu'apparent : la DDHC de 1789 est le catéchisme de la Raison. Elle sera enseignée sur l'autel d'une Raison devenue dogme officiel. La France révolutionnaire entre en nouvelle religion, sans même s'en apercevoir, avec un culte de la Raison empli de religiosité. Condorcet est – comme souvent – le plus lucide : « Ni la constitution française, ni même la Déclaration des droits ne seront présentées […] comme des tables descendues du ciel[9] ». Il n'est guère entendu, payant de sa vie son manque d'exaltation irénique.

Les facultés de droit sont rapidement confrontées à un dilemme : comment narrer politiquement les temps nouveaux alors que la Révolution n'est que soubresauts ? Comment donner cohérence juridique à une époque qui voit se succéder tant de régimes politiques ? Comment présenter le fait et le droit politiques alors que la Révolution mange ses enfants ? Certains professeurs se réfugient derrière les « Principes éternels du droit naturel, politique et civil[10] » ; quoi de mieux, en

[8] Cité par *ibid.*, p. 51, note 154.

[9] Cité par *Ibid.*, p. 55.

[10] Cité par *ibid.*, p. 57.

effet, que de vanter les mérites des immortels principes de la DDHC ? L'éternité protège des errements et dangers politiques d'une époque qui a certes changé de société mais tarde à trouver sa forme de gouvernement (cf. Royer-Collard). Comme l'écrit J.-L. Mestre, « L'invocation de cette éternité permettait de dissimuler les avatars du droit politique du moment[11] ».

Les temps sont par trop troublés ; la Convention décrète, le 15 septembre 1793, la suppression des facultés de droit. Quand bien même le décret est suspendu le lendemain, l'enseignement supérieur agonise. Et si demeure *un* cours de droit public en France – comme le souligne J.-L. Mestre non sans ironie[12] – il est enseigné au Collège de France, jadis créé par Louis XV. Enseigner le catéchisme des droits de l'homme devient la tâche des instituteurs, ce que rappelle la Convention montagnarde au début de l'année 1794. Unifier le pays implique que chaque élève ingurgite les principes de la DDHC et de la Constitution de 1791… tandis que la Terreur se répand. Un « paradoxe[13] » – ou encore une horrible césure si caractéristique des régimes révolutionnaires – advient : les droits de l'homme sont d'autant plus théoriquement sacralisés par le pouvoir qu'ils sont violés quotidiennement au nom d'un fol arbitraire.

Nous ne pouvons – rétrospectivement – qu'être impressionnés par la volonté des constituants de transmettre les valeurs constitutionnelles[14]. Sans doute faut-il voir là un trait spécifique de l'exaltation révolutionnaire, persuadée que l'éducation politique et/ou juridique ouvre la voie des temps nouveaux. Il s'agit là d'une naïveté dangereuse qui est – peut-être – en partie à la source de la Terreur et du paradoxe évoqué en amont. Les révolutionnaires – persuadés d'avoir fait émerger un système politique parfait – sont obsédés par l'unité et/ou l'unification du pays ; ils récusent les conflits, le pluralisme. Ils n'ont pas compris – ou pas voulu comprendre – qu'une société de liberté est une société d'antagonismes, d'intérêts subjectifs conflictuels. Ils ont pris Rousseau au sérieux, persuadés que la volonté générale ne peut errer ; ils vont donc *forcer les hommes à être libres*.

Ce que l'on peut reprocher aux révolutionnaires – même si nous sommes leurs enfants reconnaissants – est leur simplicité d'esprit : il suffit de *déclarer* des droits et de les *enseigner* pour que règnent mère liberté et père égalité. Or, l'exaltation des textes constitutionnels peut être la matrice de l'arbitraire le plus sanguinaire. Aussi n'est-il guère surprenant que cohabitent enseignement des droits de l'homme et Terreur au sein d'un régime épris de pureté et perfection politiques. Ces notions de *pureté* et de *perfection* – appliquées au politique – s'avèrent d'utiles clés de compréhension de la Terreur et du hiatus entre la déclaration des droits de l'homme et leur négation mortifère. La Révolution est une course à la pureté constitutionnelle, une quête sans relâche de perfection politique. Puisque la proclamation des infaillibles principes immortels – si religieusement enseignés – ne suffit pas pour qu'émerge immédiatement la société du bonheur, il convient d'aller toujours plus loin dans la répression. Dans l'espoir d'atteindre un régime politique pur et parfait en totale et/ou totalisante harmonie avec ces principes…

---

[11] *Ibid.*, p. 57.

[12] *Ibid.*, p. 58 et 59.

[13] *Ibid.*, p. 61.

[14] *Ibid.*, p. 62.

Il n'y a rien de plus dangereux – pour la liberté et les libertés – que de croire en la pureté et perfection d'un projet politique ; se développe alors une pensée historiciste et déterminisme attentatoire aux droits humains. Tous les grands projets révolutionnaires et déterministes se sont traduits par des exactions infâmes. Et quand les révolutionnaires constatent le hiatus entre principes (constitutionnels) et réalité (politique), ils crient au *complot*. Autre thème classique susceptible d'expliquer la Terreur : si la société n'est pas purement une, entité unifiée, c'est parce que rodent les traîtres. Il faut alors davantage enseigner les principes constitutionnels du régime, davantage emprisonner, davantage guillotiner : enseignement des valeurs humanistes et barbarie cheminent de concert.

Faire émerger la notion de constitution dans l'Italie du XVIIIe siècle

L. Mannori s'intéresse à « la naissance du concept de "constitution" dans l'Italie du XVIIIe siècle[15] ». La notion de constitution – qui émerge progressivement – rend possible « l'idée d'une régulation globale du pouvoir politique[16] ». La notion de constitution devient le support d'un pouvoir politique qui entend devenir *un* – souverain dira le juriste – pour concentrer entre ses seules mains les attributs régaliens. Elle permet – dès lors qu'on lui attribue cette vertu – de rompre avec le schéma médiéval des *societates*, schéma éclaté composé d'entités revendiquant autonomie, pouvoir et liberté. La Constitution devient alors inséparable de la construction de l'État moderne (pléonasme), seule entité possédant « la compétence de sa compétence » (Jellinek). Construire l'État et le pérenniser : la constitution est censée être le vecteur de ces deux finalités au cœur de la modernité rationaliste.

Reste que cette quête d'État et d'unité de l'État s'avère fort complexe sur le territoire italien : « en Italie, la nécessité d'utiliser un mot unique pour définir ce qui fonde et assure l'unité de l'État est apparue plus tardivement et difficilement que dans d'autres pays européens[17] ». L'Italie – *les* Italie – ne sont guère pensées en termes d'unité de l'État ; pour qu'il y ait *unité*, encore faut-il qu'il y ait *État*. Histoire communale fragmentée, puissance territoriale du Saint-Siège, prétentions des puissances étrangères voisines : ce n'est que dans la douleur et le temps que l'Italie devient État unifié possédant *une* constitution, forgeant le destin d'*une* nation. Au lendemain de l'unification (1861), D'Azeglio n'affirme-t-il pas que le plus ardu reste à accomplir : faire les italiens (« *Fatta l'Italia, bisogna fare gli italiani* ») ?

À l'aune de ce passé fragmenté politiquement, juridiquement, socialement, c'est un « choc brutal[18] » qui survient en 1796 lorsque « rencontre avec le vocabulaire révolutionnaire[19] » il y a. Brutal, le choc l'est d'autant plus que « jusqu'à la moitié du XVIIIe siècle, la langue italienne ne disposait d'aucun mot susceptible de désigner l'organisation normative fondamentale de l'État[20] ». Entre antiquité tardive et

---

[15] L. Mannori, « Notes sur la naissance du concept de "constitution" dans l'Italie du XVIIIe siècle », p. 127-144.

[16] *Ibid.*, p. 128.

[17] L. Mannori, « Notes sur la naissance du concept de « constitution » dans l'Italie du XVIIIe siècle », art. cité, p. 129.

[18] L. Mannori, « Notes sur la naissance du concept de « constitution » dans l'Italie du XVIIIe siècle », art. cité, p. 129.

[19] *Ibid.*

[20] *Ibid.*, p. 130.

moyen-âge, la notion de constitution ne renvoie aucunement à un acte unique normatif relatif à l'organisation de l'État, aux relations entre le pouvoir et ses sujets. Certes, on trouve des formules expressives telles que « constitution de la cité », « constitution de l'État », « constitution du gouvernement » ; cependant, il ne s'agit là – mimétisme médical oblige – que d'une vague évocation des règles régulant la structure du pouvoir.

L. Mannori va jusqu'à écrire que

> l'horizon mental des juristes italiens apparaît totalement « a-constitutionnel », et cela non parce qu'ils auraient été partisans d'un pouvoir autoritaire ou absolu, mais plutôt parce que les États italiens n'étaient pas encore parvenus à un stade de densité institutionnelle suffisante pour susciter un désir de réformes constitutionnelles[21].

L'Italie connaît encore, au mitan du XVIII^e^ siècle, « un aspect assez proche de celui (qu'elle) avait à la renaissance[22] ». On ne songe guère à borner le pouvoir du prince dans un texte de nature constitutionnelle ; quelques rappels aux génériques notions médiévales de loi naturelle ou de loi divine suffisent. On peut dire qu'« au milieu du XVIII^e^ siècle, l'Italie ne dispose pas d'un terme susceptible de véhiculer le concept de « constitution[23] ».

La seconde moitié du siècle est davantage propice à une réception de la notion de constitution, avec le sens que la modernité politique commence à lui octroyer. La publication de l'ouvrage de Montesquieu – *L'esprit des lois* – semble y contribuer grandement : il appartient à chaque peuple de trouver – au regard de sa nature et de ses caractéristiques – sa constitution, incarnation d'un système politique soucieux de garantir la liberté des citoyens[24]. Fait enfin son chemin l'idée que l'Italie doit posséder – elle aussi – sa constitution pour que règnent justice, ordre, progrès et stabilité. Des hommes comme l'abbé Antonio Genovesi – napolitain de son état et traducteur de *L'Esprit des lois* – contribuent grandement à cette relecture intellectuelle et sémantique.

Pourtant, il ne faut pas tirer de conclusions hâtives. L'œuvre de Montesquieu n'est d'ailleurs peut-être pas la plus adaptée pour changer de paradigme, pour passer de la *politeia* conservatrice de l'ordre institué à un mouvement de codification constitutionnelle réformant le droit et la société. Comme le souligne L. Mannori, la société politique et juridique de Montesquieu repose sur les corps intermédiaires et la présence pérenne d'une noblesse à laquelle il octroie un rôle non négligeable[25]. Althusser n'est pas loin, en sa marxiste – mais pertinente – critique d'un Montesquieu protecteur d'une noblesse dont il est membre. Il n'est pas certain que Montesquieu soit l'auteur de prédilection pour les Beccaria, Verri et autres penseurs soucieux d'abattre l'ordre politique sclérosé de leur temps.

---

[21] *Ibid.*, p. 136.

[22] *Ibid.*, p. 137.

[23] *Ibid.*

[24] *Ibid.*, p. 138.

[25] *Ibid.*, p. 143 et 144.

I. Rossi

C'est un conservatisme politique de bon aloi que promeut Rossi, conservatisme qui se conjugue avec une quête d'égalité (formelle) et d'unité (nationale). Comparatiste, pénaliste, Rossi sait intellectuellement voyager ; cela ne l'empêche pas de faire montre d'une forme de nationalisme juridique.

Du conservatisme politique

Rossi est connu pour être l'homme qui assure le premier cours de droit constitutionnel en France (1835/1836[26]). Pour A. Dufour, ce qui le caractérise est l'esprit de modération : tenant du « juste milieu », il est homme de « mesure[27] » se situant entre les « partisans du mouvement » et les « immobiles ou stationnaires[28] ». Que l'homme ne soit guère un ardent révolutionnaire s'entrevoit aisément à la lecture de sa *Leçon d'ouverture* du *Cours de Droit constitutionnel* donné à Paris en 1835. Il pose des questions qui sont autant de réponses négatives :

> Faut-il, pour complaire à vos désirs, initier la jeunesse dans ces doctrines dont les maximes dangereuses sont dans la bouche de tous les révolutionnaires, des ennemis de tout ce qui est ? […] Faut-il établir des chaires d'innovation, d'insubordination et de désordre[29] ?

Et s'il était besoin de rassurer le pouvoir – nous sommes en 1835 – il ajoute : « Ces déclarations des droits de l'homme, l'une plus absurde que l'autre, qu'on a forgées en France et en Amérique, est-ce dans les écoles de droit qu'on les a apprises[30] ? »

Rossi s'attaque de manière frontale au catéchisme laïque de la France depuis qu'elle est entrée en guerre contre l'Ancien Régime. S'il fallait rassurer les hommes de la Monarchie de juillet sur sa récusation de tout idéal révolutionnaire, il remonte à la source idéologique suprême : Rousseau. De ce dernier, il retient « les principes exagérés qui déparent son contrat social[31] ». Rossi demeure un homme de son temps et de son milieu, effrayé par toutes les conséquences que l'on peut tirer de la pensée de Rousseau. Aussi celui-ci fait-il l'objet d'acerbes critiques : pour être certes « tout admirateur du génie de Rousseau[32] », Rossi voit dans sa pensée les germes de la subversion démocratique. Il ne faut pas distiller au sein de la jeunesse d'indues idées de réformation et changement prévient le prudent Rossi qui file la métaphore botanique : « Les jeunes gens iraient herboriser tout seuls ; et ils finiraient par s'empoisonner eux-mêmes et empoisonner les autres[33] ».

La jeunesse du pays – en réalité cet infime groupe qui prend le nom d'élite – doit être abreuvée de sages paroles juridiques et politiques afin de ne pas dériver vers des sentiers hostiles au régime. Ordre, stabilité, fidélité – bref, conservation et conservatisme – sont les principes devant guider le professeur en chaire. Tout autre

---

[26] A. Dufour, « Sens et méthode de l'enseignement du droit constitutionnel chez Pellegrino Rossi », p. 148.

[27] *Ibid.*, p.149.

[28] *Ibid.*

[29] Cité par *ibid.*, p.150.

[30] Cité par *ibid.*

[31] *Ibid.*

[32] Cité par *ibid.*, p. 151.

[33] Cité par *ibid.*

comportement serait – si l'on comprend bien Rossi – une forme de trahison académique. En répandant le venin de la contestation, un enseignant opère une double trahison : il trahit son pays (qui lui fait confiance en lui attribuant une noble tâche) et sa jeunesse (qui l'écoute avec la naïveté de son âge). Il ne faut pas troubler les juvéniles consciences :

> Peut-être, me dis-je, va-t-il se persuader non seulement que toute souveraineté émane du peuple, mais qu'elle n'est pas transmissible ; les conséquences de cette erreur sont faciles à tirer ; bientôt il sera convaincu qu'on ne peut sans injustice *faire du monde entier* autre chose qu'une *vaste démocratie*[34].

Si « Pondération méthodologique[35] » il y a selon la belle formule d'A. Dufour, elle se traduit par une défense vigoureuse de l'immobilisme politique. Rossi n'est guère homme de progrès, si l'on entend par cette expression dépassement du régime représentatif censitaire. On n'entrevoit pas seulement chez Rossi une hostilité de principe à la notion de souveraineté populaire ; il redoute une vague de conversion à la chose démocratique. La crainte n'est pas infondée tant les temps grondent de colère égalitariste. En 1848, quelques mois avant d'être assassiné (15 novembre), Rossi voit advenir le suffrage universel direct masculin (décret du 5 mars). Son conservatisme bonhomme l'empêche d'entrevoir les mutations en marche, le bousculement et basculement sociétal : s'il observe que le siècle est tumultueux (qui ne le verrait pas ?), il ne pressent pas, comme Tocqueville, la marche inéluctable de la démocratie. Cette dernière – au-delà de la revendication technique électorale – s'avère revendication de l'égalité des conditions, synonyme de dignité. Or, le « juste milieu » de Rossi et sa position académique le conduisent à se faire laudateur des institutions présentes. S'il faut certes les réformer sagement à la marge – quelle institution n'a pas besoin d'être (re)travaillée pour être pérennisée ? – cela ne signifie en rien céder à la tentation du mouvement politique sauvage, celui dont l'ardeur ne signifie rien d'autre que désordre et chaos.

Que l'on lise Rossi pour s'en convaincre. Qu'est-ce qu'un « bon cours de droit public intérieur[36] » ? Tout d'abord – nouvelle métaphore – c'est un « contrepoison »[37] ; le péril révolutionnaire est à ce point dangereux qu'il faut boire – en amphithéâtre – le filtre juridique de la stabilité politique. Dépeindre sans critiquer, décrire pour légitimer : la présentation froide d'un régime politique n'est rien d'autre qu'un exercice de légitimation. Présenter ce qui relève (politiquement et institutionnellement) de l'évidence, évoquer ce qui est et doit perdurer : telle est la tâche académique de Rossi. La jeunesse – saine car ayant bu le filtre salvateur – pourra alors occuper la place qui est sienne au sein de la Monarchie : elle apprendra à « apprécier ses *droits* comme *citoyen* », à « révérer son prince », à « honorer ceux qui ont mérité d'être placés dans les premiers rangs de l'ordre social[38] ». Que l'élite profite du régime censitaire et des droits octroyés ; qu'elle aime son souverain qui la protège ; qu'elle enracine la hiérarchisation sociale. Voici ce que Rossi demande à la jeunesse de son temps : d'être le pôle de stabilité – et non d'horrible contestation – des institutions, de faire corps avec une Monarchie dont les intangibles principes ne sauraient être remis en cause.

---

[34] Cité par *ibid.*, p. 151.

[35] *Ibid.*, p. 149.

[36] Cité par *ibid.*, p. 151.

[37] Cité par *ibid.*

[38] Cité par *ibid.*

La doctrine de Rossi est emplie de bienveillance aristocratique : la destinée d'un « honnête homme », « nourri de saines doctrines » saura « respecter le peuple sans le flatter[39] ». Son discours de la méthode suit les traces de Savigny ; cette lecture historique de la vie politique et juridique est en adéquation avec son message de préservation et/ou conservation. La tâche qu'il s'assigne est de « découvrir les principes dirigeants ou pratiques des lois » : pour ce faire, il convient de « remonter à l'origine de ces mêmes lois, et aux premières causes morales qui les ont produites[40] ». C'est une quête des sources authentiques qu'entreprend Rossi, archéologue du savoir juridique. Il ne dissimule pas l'inspiration qui le guide : « il faut étudier l'histoire du droit selon la méthode de la nouvelle école allemande. Il faut cultiver ce qu'ils appellent la *jurisprudence lettrée*[41] ». En compagnie intellectuelle de Savigny, Rossi arpente son chemin conservateur : enraciner le droit dans le temps, n'est-ce pas là le meilleur moyen d'apaiser les soubresauts de l'histoire et les tensions sociales, de récuser les prétentions au changement ?

Réceptionner la méthode historique présente à ses yeux un immense mérite : elle est la plus à même de permettre de « continuer l'ouvrage des générations précédentes[42] ». Politique et droit ne sont qu'enracinements historiques évitant que le fil du temps ne soit rompu. Burke peut aussi être convié à la table de la tradition : les élans révolutionnaires cassent une société, répudient ex abrupto un passé censé forger le présent. Le droit n'est pas ce que le législateur du moment édicte sur le fondement de son prétentieux volontarisme prométhéen mais un processus d'accumulation sociétal. Selon Rossi, « il n'est point d'événement qui brise d'une manière absolue la chaîne des temps et des faits[43] ». La « chaîne des temps » : comment ne pas songer au Préambule de la Charte de 1814, lorsque Louis XVIII évoque cette « chaîne des temps que de funestes écarts avaient interrompue » ? Que le législateur ne prétende pas naïvement (et prétentieusement) faire œuvre créatrice – à savoir révolutionnaire – tant il s'insère dans une tradition qui l'enserre et le construit : « Nous développons ce dont elles [*i.e.* les générations précédentes] avaient posé le germe ; nous perfectionnons ce qu'elles avaient ébauché[44] ». Telle est la méthode à suivre pour « ramener la science à ses véritables principes[45] ». Le retour à une saine science appuyée sur de sains principes doit advenir pour que règne la raison conservatrice, celle d'une tradition qui aime et respecte un passé dont elle est fille légitime.

La méthode historique ne vaut pas seulement pour ce qu'elle est ; elle vaut encore pour ce qu'elle n'est pas. Elle permet de mettre fin aux élucubrations reposant sur « ces vagues généralités qui se déguisent trop souvent sous le nom de philosophie du droit[46] ». Les philosophes ont par trop divagué depuis quelques décennies selon Rossi, déracinant l'arbre de la tradition avec des promesses venimeuses enflammant le peuple et sa jeunesse. Ayant défini la science comme « la connaissance de tous les principes qui ont droit d'agir dans un système et dans la connaissance

[39] *Ibid.*, p. 151.

[40] Cité par *ibid.*, p. 154.

[41] Cité par *ibid.*

[42] Cité par *ibid.*

[43] Cité par *ibid.*, p. 159.

[44] Cité par *ibid.*, p. 154.

[45] Cité par *ibid.*

[46] Cité par *ibid.*

de leur point d'intersection, c'est-à-dire dans la part légitime que chaque principe a le droit d'exercer[47] », Rossi ajoute aussitôt : « ce point d'intersection, le droit philosophique le cherche hypothétiquement[48] ». Il s'agit là d'une grave erreur selon lui ; la science n'a que faire de « droit spéculatif[49] ». Ce dont a besoin la science – et donc la nation – est un « droit positif [qui] cherche le point d'intersection dans la réalité historique du droit, dans les applications législatives[50] ». Le passé et le droit positif, tels sont les réalités que le scientifique doit appréhender pour mener son travail de manière idoine ; que soient jetées dans les poubelles intellectuelles les réflexions ésotériques et spéculatives des philosophes prétendant réformer le monde à partir de dogmes par eux inventés !

De l'égalité et de l'unité

Pour Rossi, la méthode historique a le mérite de « saisir dans chaque matière les *principes dirigeants*[51] ». Dégager ces derniers est essentiel pour mettre en évidence les traits saillants de l'âme nationale. Rossi en voit deux : « l'égalité devant la loi, en d'autres termes, la liberté pour tous » ainsi que « l'unité nationale, la réunion dans un seul et même Tout des diverses parties de l'État[52] ». L'égalité tout d'abord : présentée de manière fort libérale, elle consiste en la liberté pour tous. Rossi réceptionne la doctrine d'une égalité–liberté limitée(s) aux actions ne nuisant pas à autrui. Son égalité est celle reposant sur la césure inventée par les hommes de la Révolution : citoyen actif et citoyen passif cohabitent au sein d'un ordre reposant sur les mérites de l'intelligence et de la propriété. Si Rossi vante les mérites de l'égalité devant la loi, il est – comme le souligne A. Le Quinio – « anti-égalitariste[53] ». De manière classiquement libérale, l'égalité juridique rossinienne est hostile à toute égalité économique. Lorsque Rossi réalise une recension « De la démocratie en Amérique », il vilipende d'ailleurs une odieuse égalité des conditions qui ne peut apporter que chaos[54]. La consécration théorico-libérale de l'égalité devant la loi va de pair avec une volonté assumée de ne pas bouleverser les hiérarchies sociales, de ne pas améliorer matériellement la condition des pauvres et humiliés. L'aristocratisme sait parfaitement concilier égalité formelle et inégalité(s) substantielle(s) au nom d'un conservatisme qui se veut éclairé et gouverné par le mérite.

C'est par le droit – à savoir l'égalité devant la loi – que l'unité va s'enraciner selon Rossi. L'unité ne peut se comprendre sans l'égalité civile rappelle C. Regad, à condition qu'elle ne conduise pas à la si crainte égalité des conditions[55]. L'égalité devant la loi n'est pas seulement l'un des traits saillants d'une nation civilisée, elle est le vecteur de promotion de l'unité stabilisatrice. On ne peut que louer toute

---

[47] Cité par A. Dufour, « Sens et méthode de l'enseignement du droit constitutionnel chez Pellegrino Rossi », p. 163.

[48] Cité par *ibid.*

[49] Cité par *ibid.*

[50] Cité par *ibid.*

[51] Cité par *ibid.*, p. 155.

[52] Cité par *ibid.*, p. 158.

[53] A. Le Quinio, « Pelegrino Rossi comparatiste », p. 184.

[54] *Ibid.*, p. 185.

[55] C. Regad, « L'unité dans le Cours de droit constitutionnel de Pellegrino Rossi : un appel au sens juridique du terme », p. 232.

pensée éprise d'égalité devant la loi, legs de la Révolution ; reste que celle-ci s'avère mutilée lorsqu'elle refuse de cogiter sur l'égalité matérielle des conditions. Rossi est enfermé dans sa prison libérale-conservatrice : il pense la liberté puis l'égalité formelle sans appréhender le besoin de justice matérielle de l'immense majorité de la population. Aristocrate libéral, il ne comprend pas l'enjeu des décennies à venir (le marxisme en sera le héraut) : intégrer minimalement les masses laborieuses pour acheter la paix sociale. Lorsque l'objectif proclamé est la conservation de la société au profit des élites, il convient de donner son tribut minimal à la plèbe pour éviter le renversement de l'ordre établi. À la fin du siècle, l'intelligence d'un Bismarck sera d'octroyer à son peuple un embryon d'État social pour contrer les visées menaçantes du socialisme. L'aristocratisme formellement égalitarisme de Rossi prétend penser le monde et les institutions sans comprendre les besoins vitaux du peuple. Comment gouverner avec le nombre sans octroyer à ce dernier sa part de pain et de jeux ?

Quant au second *principe dirigeant* – l'unité – il est le socle d'une nation qui a connu jadis les divisions et doit vivre désormais en harmonie. C'est une lecture holiste de la société que semble nous délivrer Rossi dans un premier temps. Il semble incapable de penser qu'un « *E pluribus unum* » puisse conduire à l'unité tant convoitée. À ses yeux, l'unité nationale ne peut être préservée que si tous les membres de la collectivité se fondent en celle-ci, oublient leur *je* individuel et/ou égoïste. Cependant, ce holisme est immédiatement neutralisé par sa quête d'égalité et de liberté. Conscient que la seule sacralisation d'une unité dévorante ne peut conduire qu'au despotisme, Rossi pose les jalons d'une pensée emplie de libéralisme. Parlant du principe d'unité, il déclare :

> prenez ce principe seul, considérez-le comme puissance unique, absorbant toutes les autres, vous arriverez à la plus déplorable tyrannie […]. Il faut donc que d'autres principes arrivent, que les principes de liberté et d'égalité viennent à leur tour […] quand le pouvoir absolu invoquera l'unité, c'est au nom de la liberté et de l'égalité que nous poserons les limites dans lesquelles il doit se tenir[56].

Constant aurait pu écrire une telle phrase.

L'unité est un thème si central chez Rossi qu'il revient à plusieurs reprises sous la plume de différents intervenants du colloque. C. Regad se penche elle aussi sur « L'unité dans le *Cours de droit constitutionnel* de Pellegrino Rossi[57] » : elle insiste sur l'unité « comprise, du moins en partie, comme une notion juridique en ce sens où le droit est la pierre indispensable à l'édifice en construction[58] ». L'unité de la nation et de l'État ne peut découler que des sentiments moraux partagés par une population éprise de la « conservation de l'ordre social[59] ». Unité, rationalité et organisation vont de concert, au point qu'il semble possible à Rossi de dégager une

[56] Cité par *ibid.*, p. 163.

[57] C. Regad, « L'unité dans le *Cours de droit constitutionnel* de Pellegrino Rossi : un appel au sens juridique du terme », p. 209.

[58] *Ibid.*, p. 221.

[59] Cité par *ibid.*, p. 225.

« loi d'évolution de l'État[60] » : d'un État archaïque (par lui dénommé « instinctif[61] »), on arriverait à un « État rationnel[62] ». L'Europe aurait connu l'évolution suivante, si l'on résume schématiquement : la tribu, les confédérations, l'État unitaire[63]. Il est toujours effrayant – selon nous – de constater combien nombre d'intellectuels (dont ici Rossi) sont emplis de rationalité et de déterminisme. Il existerait des lois – inévitables, indiscutables – permettant d'expliquer l'évolution de la société, des institutions et des mœurs. Et ces lois seraient synonymes de progrès, conduiraient progressivement vers une destinée harmonieuse si ce n'est parfaite.

La rationalité – entendue comme support d'une pensée qui croît en l'avènement des choses auxquelles elle aspire – peut aisément être le support d'une démarche scientifique biaisée. Obsédé par le principe d'unité – reflet bienveillant de l'ordre social et de sa conservation – Rossi regarde l'unité de l'État et l'État unitaire comme le destin d'un peuple civilisé. Dogmatique pensée. Prévaut parfois le sentiment qu'il est à ce point en quête d'unité qu'il oublie les vertus de son libéralisme :

> On ne peut pas dire qu'il y ait un État, une nation, un seul et même peuple, si tout l'ensemble ne tend pas vers un seul et même but, s'il n'y a pas unité de tendances dans toutes ses parties […]. Si, au contraire, il y a un but unique et commun à toutes les parties, s'il y a identité ou au moins analogie de tendances, s'il n'y a ni divergence ni lutte dans les moyens, alors il y a unité nationale, et si les conditions que nous avons indiquées sont pleinement accomplies, nous dirons que l'unité nationale est complète[64].

À prendre Rossi au sérieux, il s'agit là de développements plus rousseauistes que libéraux : l'individu libéral est appelé à se sacrifier au nom d'un Grand Tout Organique censé le transcender. La pensée de Rossi est ici emplie d'un anti-pluralisme de mauvais aloi, traumatisé qu'il est par l'émergence de « tendances » et de « divergence ». Il semble oublier qu'une société libérale est pleine, par définition, de contradictions, d'antagonismes, d'intérêts sectoriels qui sont d'autant légitimes qu'ils sont le support même de cette société. À invoquer l'*un* et l'*unité* comme absolus, Rossi récuse les postulats d'un libéralisme qu'il appelle pourtant de ses vœux. Une société au sein de laquelle les individus et les groupes vont vers « un seul et même but » n'existe pas, sauf à instituer ce que le XX^e^ siècle dénommera régime totalitaire. De même, il n'existe pas, au sein d'une société libérale (*a fortiori* lorsque survient un régime libéral-démocratique) un « but unique et commun à toutes les parties » au-delà de ce minimum vital qu'est le vouloir vivre-ensemble cher à Renan. Le besoin d'unité chez Rossi est un besoin d'ordre, de stabilité et de conservation ; il en oublie l'individu en ses prétentions – légitimement – égoïstes. Son libéralisme rime avec aristocratisme.

Du nationalisme juridique

Le mariage de l'unité et de l'égalité fait de la France – à lire Rossi – un pays d'exception. On trouve chez lui une forme de prétention nationaliste : la France serait l'État ayant réussi, plus que tout autre, cette union des deux principes matri-

---

[60] *Ibid.*, p. 225.

[61] Cité par *ibid.*, p. 225.

[62] Cité par *ibid.*

[63] *Ibid.*, p. 225 et 226.

[64] Cité par *ibid.*, p. 227.

ciels forgeant l'identité de notre pays. Ni l'Antiquité, ni les États-Unis, ni l'Angleterre ni même la Suisse n'auraient réussi cette subtile alliance de l'égalité et de l'unité[65]. Il existerait une « supériorité française[66] » qu'il serait possible de comprendre par l'histoire. Rossi se livre à une étonnante reconstruction historique pour expliquer le destin de la France, pour montrer qu'elle ne pouvait que devenir ce qu'elle est. Charlemagne, Louis VII, Philippe-Auguste, Louis IX… sont conviés au banc de l'unité pour assoir une démonstration qui semble trouver en amont ce qu'elle veut poser en aval.

Ce retour en arrière s'inscrit autour d'un principe fédérateur : si l'unité gouverne le tempérament français et la chose publique, c'est en raison de la place de la religion dans notre société. Le christianisme est cet humus fédérateur ayant permis l'émergence de l'unité nationale. La religion est inséparable d'une institution, la monarchie : la pensée de Rossi voit la monarchie catholique comme le lieu de réalisation d'une unité parfaite. Unicité de foi et unicité d'organe vont de concert : une seule religion dans les âmes et un organe monocratique au pouvoir, telles sont les conditions pour que l'unité nationale s'accomplisse progressivement.

Mais cela n'est pas suffisant. Rossi n'est pas un légitimiste nostalgique de l'Ancien Régime : encore fallait-il que survienne une Révolution dont l'enfant juridique serait un code[67]. La codification n'est-elle pas – après une constitution naturellement – *le* processus permettant à un peuple de forger une nation unie ? Rossi :

> Honneur aux auteurs du Code civil ! Ils ont rempli une grande mission. En tant que les mots d'égalité civile et d'unité nationale, c'est-à-dire, de puissance, de prospérité et de justice, auront un sens parmi les hommes, la gloire des auteurs du Code sera impérissable[68].

Tous ces éléments, toutes cette histoire politique et juridique conduit à un constat que Rossi regarde comme relevant de l'évidence et de la Vérité : « la réunion complète de ces deux grands principes est un problème que la France seule a résolu jusqu'ici[69] ». La France, peuple élu ? Selon l'expression de C. Regad, nous sommes en présence d'une « supériorité quasi-messianique de la France dans la réalisation de l'unité[70] ». Chrétienne en sa religion, la France a donné naissance à une « nouvelle religion[71] ».

Revenons quelque instant sur la méthode historique et relions là avec ce qu'il faut bien dénommer une forme de nationalisme juridique. La méthode historique n'est pas seulement pour Rossi une méthode scientifique déroulée dans les amphithéâtres académiques. Elle est un instrument au service de la nation, pour que règnent paix et prospérité :

> c'est par la méthode historique qu'on peut mettre en évidence les principes pratiques du droit, surtout dans la partie non technique de la science, et montrer

---

[65] A. Le Quinio, « Pelegrino Rossi comparatiste », art. cité, p. 185.

[66] C. Regad, « L'unité dans le *Cours de droit constitutionnel* de Pellegrino Rossi : un appel au sens juridique du terme », art. cité, p. 237.

[67] *Ibid.*, p. 240.

[68] Cité par *ibid.*

[69] Cité par *ibid.*, p. 241.

[70] *Ibid.*, p. 242.

[71] Cité par *ibid.*, p. 243.

> qu'ils ne sont qu'une conséquence nécessaire des mœurs, des habitudes, des qualités caractéristiques de la *nation*[72].

La nation est l'objet de toute son attention : Rossi est en quête de l'âme juridique de la nation française, en ce qu'elle se distingue des autres, en ce qu'elle révèle des traits aussi spécifiques que supérieurs.

Le discours de Rossi est un discours académique national et/ou nationaliste soulignant combien la France est un « grand peuple » : « Quand on songe à la place que le peuple français occupe depuis des siècles dans l'histoire de l'humanité[73]… » Le droit et la pensée juridique sont au service de la (re)construction de la France. Chaque nation possède une identité sociale, juridique, politique qui ne doit pas être noyée dans l'évangile révolutionnaire ; hors de question de « *faire du monde entier* » une « *vaste démocratie* ». La méthode historique va permettre de révéler et mettre en exergue les « sentiments nationaux[74] » qui font de la France le grand pays qu'elle est et doit demeurer. Aussi n'est-il pas surprenant de l'entendre ajouter ceci : « C'est donc par la *méthode historique* qu'on peut se flatter de rendre à la science du droit sa qualité de *science nationale*[75] ». À revenir sur certaines expressions employées par Rossi, il appert que la thématique du retour à l'âge d'or est très présente : « ramener la science à ses véritables principes », « rendre à la science du droit sa qualité de *science nationale* ». La véritable science – pervertie par une pensée abstraite non enracinée dans le terreau historique – doit renaître pour servir la nation.

Le nationalisme messianique de Rossi permet de louer un pays, une nation et un régime politique : derrière les analyses historiques et les jugements de valeurs, les comparaisons, il y a volonté manifeste de défendre *la monarchie selon la Charte* (de 1830). Son discours scientifique est tout sauf neutre puisqu'il conduit à l'éloge d'un texte et du régime politique qui en est l'expression[76]. Peut-on d'ailleurs lui reprocher ? Dès la Révolution, décrire les institutions consiste à les encenser ; l'objectif est de propager le nouveau catéchisme juridico-politique. La Révolution loue sa propre œuvre via les intellectuels qui la servent ; la monarchie fait de même et Rossi en est l'habile serviteur. Pourquoi mordre la main qui vous nourrit, *a fortiori* lorsque le régime institué repose sur une idéologie de conservation qui ne peut qu'agréer à l'aristocratie intellectuelle ?

Du comparatisme

Rossi est un homme de la comparaison (cf. son *Traité de droit pénal*)[77]. Il développe un discours de la méthode le regard tourné vers les autres sciences, notamment celles que l'on dénomme (étrangement) exactes : « nous ne pouvons connaître l'homme qu'à la manière du physicien, par l'observation[78] ». Dans son *Cours*

---

[72] Cité par A. Dufour, « Sens et méthode de l'enseignement du droit constitutionnel chez Pellegrino Rossi », art. cité, p. 155.

[73] Cité par *ibid.*, p. 162.

[74] Cité par *ibid.*, p. 155.

[75] Cité par *ibid.*, p. 155.

[76] C. Regad, « L'unité dans le *Cours de droit constitutionnel* de Pellegrino Rossi : un appel au sens juridique du terme », art. cité, p. 244.

[77] A. Le Quinio, « Pelegrino Rossi comparatiste », art. cité, p. 181.

[78] Cité par *ibid.*, p. 181-182.

de droit constitutionnel (XXV[e] leçon), il insiste sur l'impérieuse nécessité d'analyser l'objet-homme à l'instar d'un chimiste ou encore d'un astronome[79]. Fasciné par les sciences exactes, il voit en elles les instruments permettant de dégager des lois au sein des sciences sociales. Si la démarche peut sembler de prime abord louable – elle découle de la volonté de ne point sombrer dans la pensée abstraite, travers français par excellence – elle n'en demeure pas moins dangereuse selon nous. La volonté de calquer les sciences de la société sur les sciences exactes est la manifestation d'une pensée en quête d'objectivité, d'intemporalité. Il y a là une forme de déterminisme qui jure avec les libertés de l'esprit au cœur même des sciences de la société dont le droit fait partie.

Le regard comparatiste de Rossi est tourné principalement vers la Suisse et les pays anglo-saxons. Point ou peu d'Italie dans ses écrits : comment pourrait-il se tourner vers la mère patrie alors même qu'il pense le droit avant tout en termes d'unité ? L'Italie n'est pas un État unifié, l'Italie n'est rien d'autre qu'une « mosaïque d'États indépendants[80] ». Reconnaissant envers l'Angleterre en ce qu'elle a apporté la liberté libérale, Rossi l'est encore envers l'Amérique qui – hors de toute noblesse – a pensé la République. Le comparatisme connaît cependant des limites : Rossi fait montre de confusion dans l'étude de l'État et du régime américains. Au point de ne guère comprendre – semble-t-il[81] – la spécificité et la subtilité du fédéralisme en tant que mode d'organisation de l'État. Cette faible capacité à décrypter ce schéma autre – si troublant pour des européens, *a fortiori* de culture juridique française – s'entrevoit dans son *Cours de droit constitutionnel* : les États-Unis sont étudiés sous le seul angle de la Confédération, à savoir ce qu'ils ne sont plus ! Cette étrange lecture ne serait pas – selon Alfred Dufour – le signe d'une carence intellectuelle. Il s'agit d'un choix idéologique : un antifédéralisme assumé. Rossi adopte une posture politico-constitutionnelle très française : le fédéralisme serait dangereux par nature. Rossi se fait ici l'héritier d'une tradition qui relie unité et centralisation ; nul doute que Rossi – vivant en des temps révolutionnaires – aurait développé une pensée plus jacobine que girondine. De manière classiquement française, il estime incompatibles Unité et Fédéralisme : le second – porteur de forces centrifuges – met à mal l'unité de la nation.

L'expérience démontre qu'un tel raisonnement n'a guère de sens. Il est vrai que Rossi – quand bien même il étudie (sommairement et artificiellement) certains régimes étrangers – est avant tout un penseur du droit entendu comme fait national[82]. À l'aune de ce constat, le droit ne peut être qu'une donnée historico-culturelle ne pouvant guère – voire ne devant pas – transposer en son sein des éléments susceptibles de le dénaturer. Peut-on vraiment parler d'un Rossi comparatiste quand on aborde le champ du droit constitutionnel et des institutions politiques ? Ne devrait-on pas plutôt parler d'un Rossi nationaliste, enraciné dans des certitudes qui ne sont que le reflet d'une incapacité à apprendre d'autrui et d'ailleurs ?

Rossi est-il vraiment comparatiste ? N'est-il pas plutôt *étrangeriste*, terme barbare signifiant qu'il étudie un régime autre sans opter pour la comparaison. Tel est le cas lorsqu'il se penche sur les réformes pontificales entreprises par Pie IX en 1847–1848. Comme le souligne L. Reverso, Rossi ne participe pas à l'élaboration

[79] *Ibid.*, p. 182.

[80] *Ibid.*, p. 186.

[81] *Ibid.*, p. 189.

[82] *Ibid.*, p. 192.

de ces réformes : nommé ministre du Pape en septembre 1848, il meurt assassiné en novembre 1848[83]. Reste que l'analyse de Rossi sur de telles réformes permet de compléter l'étude de sa pensée constitutionnelle, en particulier parlementaire. Le *Statuto fondamentale* de 1848 est réputé établir une « monarchie représentative[84] » avec deux chambres dont l'intitulé (*Consiglio dei deputati*, *Alto consiglio*) appelle à la prudence : le Pape manifeste la claire volonté de conserver son pouvoir. L'organe monocratique en charge du pouvoir spirituel et temporel ne veut aucunement « abdiquer sa souveraineté[85] » ; les chambres ne sont que des *consiglii*.

Rossi est un conservateur, appelant à la stabilité politique. Sa pensée libérale – non démocratique, centrée sur l'unité, l'ordre, la conservation, la religion – ne peut qu'apprécier les réformes réalisées au Vatican. Pourquoi Rossi s'opposerait-il à un texte de nature censitaire, avec des assemblées – *rectius* des conseils – qui ne portent en rien atteinte à l'unité du pouvoir papal ? Le *Statuto fondamentale* établit une politique libérale-conservatrice qu'il appelle, depuis toujours, de ses vœux. Lorsqu'il est nommé ministre, il s'empresse d'incarner ce « juste milieu[86] » qui tient à distance les extrémistes, qu'il s'agisse des « réactionnaires de la Curie » ou des « révolutionnaires[87] ». Cette position – en parfaite adéquation avec ce qu'il a toujours pensé et écrit – lui vaudra les logiques inimitiés des deux bords extrêmes ; ceux-ci se retrouvent dans une haine commune envers cet ami du juste équilibre. Devenu homme de gouvernement, Rossi se fait le chantre d'un constitutionnalisme libéral conservateur soucieux de défendre l'ordre et les libertés individuelles. L. Reverso insiste sur un point de notable importance pour comprendre la pensée libérale : « la forme constitutionnelle de l'État est d'une importance secondaire par rapport à ce que l'on pourrait appeler une sorte de "rationalisme administrateur"[88] ». Les libéraux sont peu sensibles à la nature de la structure institutionnelle dès lors qu'elle véhicule leur idéologie ; comment ne pas se souvenir des orléanistes acceptant *in fine* la création d'une République, III[e] du nom ?

Du droit pénal

C'est peut-être avec son *Traité de droit pénal* que Rossi réfléchit le mieux sur la société de son temps, sur les mœurs des autres nations. Histoire, philosophie et droit se conjuguent pour penser cette matière au cœur de la relation verticale entre l'État et les citoyens. Rossi est hostile à un droit pénal empli de cruauté : aussi réprouve-t-il la « mort civile » qui fait disparaître juridiquement un individu, aussi dénonce-t-il les pratiques de la justice anglaise[89] ; aussi est-il hostile à l'emprisonnement dans les colonies pénitentiaires, à la marque, au carcan[90]… Cette justice pénale plus douce rime avec civilisation.

---

[83] L. Reverso, « Pellegrino Rossi et les réformes pontificales en 1848 », p. 251.

[84] Cité par *ibid.*, p. 258.

[85] *Ibid.*, p. 258.

[86] *Ibid.*, p. 266.

[87] *Ibid.*

[88] *Ibid.*, p. 270.

[89] J. Pradel, « Pellegrino Rossi pénaliste », p. 196.

[90] *Ibid.*, p. 207 et 208.

En phase avec les Lumières, il estime que la finalité première du châtiment n'est pas de punir le corps du coupable ; la justice pénale doit être gouvernée par le principe d'efficacité (d'utilité dira Bentham). Justice et utilité vont de concert[91] ; à défaut, la peine n'est que vengeance, à savoir barbarie. Reste que Rossi est favorable à la peine de mort, légitime lorsqu'il est porté atteinte à la vie d'autrui. Pourtant, sa pensée n'est pas gelée sur cette question en raison de la nature même de la peine de mort, ni « révisable » ni « réparable[92] ». Il est un partisan de son abolition en matière politique[93] (posture libérale qui voit dans la liberté et l'action politiques une source qui ne saurait conduire à l'échafaud). Selon J. Pradel, Rossi semble même envisager la disparition de la peine de mort[94].

Si une peine fait l'objet de l'attention de Rossi, c'est bien l'enfermement, au point que J. Pradel y voit une « véritable déclaration d'amour[95] » : l'emprisonnement est « la peine par excellence dans les sociétés civilisés[96] ». Rossi est en parfaite adéquation avec son temps qui postule cette « évidence de la prison[97] » que Foucault décrypte dans *Surveiller et punir*. La pensée libérale-conservatrice-moralisante de l'époque voit dans l'enferment le grand remède contre « les vices de l'éducation, la contagion des mauvais exemples, l'oisiveté[98] ». L'enfermement carcéral est regardé comme la peine la plus naturelle, logique, nécessaire, utile. Or, cela peut étonner à lire, encore et toujours, Foucault :

> cette colonisation de la pénalité par la prison peut surprendre […] celle-ci n'était pas comme on l'imagine un châtiment qui aurait déjà été solidement installé dans un système pénal […]. En fait, la prison – et beaucoup de pays sur ce point étaient dans la même situation que la France – n'avait qu'une position restreinte et marginale dans le système des peines. Les textes le prouvent […]. Les juristes tiennent fermement au principe que la « prison n'est pas regardée comme une peine dans notre droit civil[99] ». Son rôle c'est d'être une prise de gage sur la personne et sur son corps […]. Par la prison, on s'assure de quelqu'un, on ne le punit pas[100].

Rossi croit en les vertus de l'emprisonnement : il aspire – sur les traces de l'École pénitentiaire de Charles Lucas – à une prison nouvelle, moderne, humaine[101]. Elle n'existe pas.

II. Filangieri

Filangieri pense le monde de l'après-féodalité, seul capable d'éduquer les peuples, d'élever les consciences et d'abattre l'obscurantisme. Réfléchissant sur la

---

[91] *Ibid.*, p. 197.

[92] *Ibid.*, p. 206.

[93] *Ibid.*

[94] *Ibid.*

[95] *Ibid.*

[96] Cité par *ibid.*

[97] M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 268.

[98] *Ibid.*, p.270.

[99] F. Serpillon, *Code criminel* (1767), cité par *ibid.*, p. 139, note 3.

[100] M. Foucault, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 138-139.

[101] J. Pradel, « Pellegrino Rossi pénaliste », art. cité, p. 206 et 207.

nature des régimes politiques, il sacralise l'État-législateur, démiurge de la modernité. Amoureux de la loi, expression de la volonté générale, Filangieri pense une institution novatrice, le « Censeur des lois ».

L'après féodalité

La pensée de Filangieri – porteuse d'une modernité rationnelle qui se veut progrès – constitue une rupture avec les canons juridiques médiévaux. L'époque médiévale – emplie de forces centrifuges – est pour lui synonyme d'une pré-modernité qu'il convient de dépasser, d'une absence d'unité préjudiciable à la (présumée possible et souhaitable) uniformité du droit. Il voit dans la société médiévale une société juridiquement dispersée et éclatée qui ne possède pas les idoines fondements pour émanciper les peuples. Filangieri regarde l'unité comme *la* notion à même de générer la félicité au sein des nations. Dépasser complètement le schéma médiéval lui paraît indispensable pour libérer les peuples de l'oppression : désormais, « le peuple n'est plus esclave, et les nobles ne sont plus des tyrans[102] ». Il faut détruire les féodalités pour que puisse se construire une société nouvelle capable de faire émerger des lois rationnelles en adéquation avec l'esprit du temps.

Dans son article rédigé en italien, F. di Donato qualifie *La Scienza della legislazione* (1780) d'« œuvre fondamentale de la pensée constitutionnelle moderne[103] ». L'ouvrage – qui émane d'un jeune esprit brillant (27 ans au moment de la publication) – est porté par une puissante ambition : rien de moins que « d'exposer une vision systématique et presque complète de la structure socio-institutionnelle[104] ». Filangieri est animé de la foi du progrès, de cette idée que l'homme peut et/ou doit forger un avenir dépourvu de l'obscurantisme des temps passés. Pour ce faire, l'éducation politique et sociale des masses – l'éclairage des mœurs et mentalités – est la matrice de toute chose.

Le droit – à condition qu'il soit appréhendé, enfin, avec les yeux de la raison et de la rationalité – est le vecteur de cette mutation civilisationnelle. Encore faut-il que le droit – pour accomplir cette mission – connaisse une mutation substantielle : qu'il soit conçu comme une *science de la législation* (cf. le titre de son ouvrage) ouverte à tous, et non plus comme « une *Scientia juris* ésotérique et l'apanage exclusif d'une hiératique caste d'initiés[105] ». Filangieri est à la recherche des « bonnes lois[106] », à savoir des lois uniformes, cohérentes ; sa quête juridico-sociale est quête « d'uniformité[107] » émanant de la volonté du législateur. Voilà comment il est possible de quitter définitivement les rives – marécageuses selon lui – du Moyen Âge.

L'éducation du peuple-enfant

Encore faut-il, pour qu'advienne cette société heureuse, que le grand principe au cœur de l'œuvre de Filangieri prenne sens : l'éducation du peuple. Il s'agit là de

---

[102] Cité par F. di Donato, « Rivoluzione costituzionale, moderazione concettuale. *Esprit de société*, civilizzazione statuale e prudenza politica nell'opera di Gaetano Filangieri », p. 287.

[103] *Ibid.*, p. 274.

[104] *Ibid.*, p. 285.

[105] *Ibid.*, p. 287.

[106] Cité par *ibid.*

[107] Cité par *ibid.*

son « idée cardinale », une « vraie obsession » selon F. di Donato[108]. Pour sortir le peuple de sa basse condition, pour qu'advienne une société égalitaire et solidaire, pour que la notion de citoyenneté prenne sens, il convient d'éduquer les masses pour les sortir de leur condition grégaire. Filangieri – comme tant d'autres – s'inspire évidement de Rousseau (cf. *l'esprit de société*). C'est en partant du postulat de l'éducation comme processus premier d'émancipation et de civilisation que Filangieri pense la chose juridique. Sans élévation de la conscience politique et sociale, les lois demeurent un ensemble froid de normes sans guère de résonnance avec la réalité sociale. La mission que se donne Filangieri – convaincu des « prodiges de l'éducation[109] » – est avant tout une mission sociale. Promue l'éducation (religion civile), les lois pourront alors être l'incarnation de la volonté générale et de l'âme collective. Seul un corps social éduqué peut s'émanciper et atteindre le stade d'un corps social uni. Prince napolitain, Filangieri ne peut pas ne pas penser aux masses laborieuses exploitées par les grands propriétaires terriens, maîtres esclavagistes des temps modernes.

S. Scognamiglio s'arrête sur l'éducation morale et l'instruction publique comme vecteur d'une civilisation institutionnelle[110]. Filangieri propose – à des fins éducatives – de diviser le peuple en deux catégories : les travailleurs manuels d'un côté (agriculteurs, artisans), de l'autre ceux qui font profession de médecine, de commerce, d'enseignement[111]. À cette seconde catégorie appartiennent les membres de la cité censés être davantage éclairés que la masse ignare. Est instituée ainsi une forme de ségrégation intellectuelle séparant les classes réputées cultivées des autres classes. Pour réaliser cet apartheid de l'intelligence, une administration spécifique est instituée ; à sa tête figure un organe monocratique, *Il Supremo magistrato dell'educazione*[112]. Filangieri prévoit – c'est à noter car les questions financières sont souvent éludées par les philosophes – une *Cassa pubblica d'educazione* octroyant les fonds nécessaires pour que le système éducatif accomplisse sa mission.

Ce système doit permettre, dans l'esprit de Filangieri, de créer un homme régénéré ; il convient donc de faire disparaître les pensées impropres des temps passés. Pour qu'advienne une société meilleure, encore faut-il que les hommes se débarrassent des scories médiévales qu'ils sont susceptibles de posséder : « Il fallait substituer le système des valeurs ancré dans la tradition juridique et religieuse médiévale avec un nouveau système de valeurs inspiré de la *socialitas*[113] ». Il est un travail d'éducation indispensable à réaliser : éradiquer les remugles de l'antique pensée féodale, celle-là même qui a fait tant de mal selon Filangieri. Comme tout système éducatif qui se veut rupture, celui de Filangieri visa à déconstruire l'idéologie politique et sociale passée pour assoir celle des temps nouveaux. Règne l'idée de la « perfectibilité[114] » de l'homme, capable d'apprendre et de s'élever grâce à l'éducation qu'il reçoit : « L'abandon de l'ontologie et la réception d'une perspective phé-

[108] *Ibid.*, p. 288.

[109] Cité par *ibid.*, p. 289.

[110] S. Scognamiglio, « Educazione morale, istruzione pubblica e civilizzazione istituzionale in Gaetano Filangieri », p. 485.

[111] *Ibid.*, p. 469.

[112] *Ibid.*, p. 569.

[113] *Ibid.*, p. 571.

[114] *Ibid.*, p. 593.

noménologique est donc le fondement de toute la philosophie filangierienne, portée *in re ipsa* à l'exercice de la *fronesis* (modération) et à la répudiation de l'*hubris* (force violente)[115] ». Filangieri – comme la plupart de ses contemporains influencé par le modèle utopique antique – est à la recherche de la vertu ; telle est la finalité de la *padeia*. L'éducation élève la conscience morale des membres de la société pour qu'advienne – enfin – une ère civilisée.

Hostile à la domination d'une classe sociale, partisan de la souveraineté populaire, il « estime néanmoins que le peuple n'est pas à même s'exercer le pouvoir[116] ». De l'assertion théorique à la pratique politique, un gouffre béant surgit à cause de l'absence d'éducation politique et morale des masses laborieuses. Le peuple ne peut pas participer au gouvernement de la cité en raison en son arriération, de son incompétence. Nous voyons là toutes les contradictions des hommes du siècle sacralisant la souveraineté populaire pour immédiatement l'écarter lorsque vient le temps de l'action. À l'instar des hommes de 1789 puis des libéraux du XIX^e^ siècle, Filangieri utilise le régime représentatif comme un utile filtre permettant d'écarter les masses, tant exaltées et tant redoutées. C'est donc un régime représentatif censitaire que Filangieri appelle de ses vœux, une « aristocratie élective fondée sur la raison[117] ». Il ne comprend pas – ou ne veut pas comprendre – que le principe de souveraineté populaire implique une égalité formelle absolue ; or, cette dernière implique d'accepter l'incompétence du citoyen. Si souveraineté populaire effective il y a, tout individu mérite la qualité de citoyen indépendamment de sa culture, de sa formation, de sa position sociale. Nonobstant les assertions de Filangieri, l'inculte doit être citoyen ou citoyenne puisque tous les hommes et femmes sont réputés gouverner sur le fondement de cette fiction qu'est la souveraineté populaire.

Cependant, pour Filangieri, le citoyen ne peut être que membre d'une « élite intellectuelle et morale[118] » capable, grâce à son éducation, de gouverner le pays. La non-éducation des masses devient, une fois de plus, le socle théorique permettant d'écarter l'immense majorité d'une population composée, en effet, d'incultes. Certes, comme le souligne T. Santolini, « l'élitisme de Filangieri n'a pas pour objectif d'instaurer une domination (mais) correspond plutôt à une vision idéalisée du civisme antique[119] ». Les hommes des Lumières n'ont eu de cesse de se tourner vers Spartes, Athènes et Rome en quête d'un pilier mimétique ; le dorique ou l'*opus caementicium* n'ont jamais porté la souveraineté populaire. Chez les modernes, cette dernière notion se conjugue parfaitement avec l'existence d'une majorité d'individus dépourvus de droits politiques.

La masse n'est pas seulement regardée comme incapable, au sens moral et juridique ; elle est cette force dangereuse soumise en permanence à l'*hubris*, à cette démesure destructrice qu'il convient de contenir. La masse – quand bien même elle est présentée comme le souverain – est un torrent politique que l'on redoute et que l'on entend maîtriser en l'écartant du processus électoral. L'argument pharisien ultime consiste à soutenir que cette exclusion vise à protéger le peuple-enfant jusqu'à ce qu'il atteigne la maturité exigée. Un tel raisonnement – l'indispensable

---

[115] *Ibid.*, p. 593.

[116] T. Santolini, « Les idées politiques de Gaetano Filangieri », p. 462.

[117] *Ibid.*, p. 463.

[118] *Ibid.*, p. 466.

[119] *Ibid.*, p. 467.

éducation préventive des masses – représente l'un des obstacles majeurs à l'avènement de la chose démocratique. Pourquoi octroyer le pouvoir au souverain s'il est débile, incompétent, enragé et incapable de comprendre les enjeux relatifs à la destinée du pays ? Filangieri et les Lumières, nonobstant leur discours égalitariste, posent en principe intangible qu'il existe une aristocratie de l'esprit seule capable de gouverner et d'éclairer le chemin d'un peuple abruti. Filangieri appartient à cette « aristocratie naturelle[120] » destinée à gouverner la cité en raison de son intelligence, de son savoir, de sa valeur, de son mérite. La méritocratie n'est point la démocratie quand elle est le prétexte écartant les masses.

De la religion

L'éducation du peuple est – enfin – devenue possible pour Filangieri car le fondement – religieux – de la société ancienne a été abattu : la religion n'est plus – en France à tout le moins – l'idéologie du pouvoir. Le mariage entre pouvoir spirituel et pouvoir temporel s'est dissous depuis que la Révolution française a osé rompre la chaîne du temps. L'Église est réputée assumer sa seule fonction de gouvernement des âmes ; ces dernières – avec l'avènement de la déesse raison – ne sont plus sous l'emprise de la superstition qui « n'existe plus[121] ». L'État « est plus tranquille[122] » : il peut assumer en toute indépendance sa tâche de promoteur et gardien de l'unité nationale.

Quand bien même le mot est porteur d'une ambivalente polysémie, c'est bien de laïcité dont parle Filangieri, laïcité qui instaure cette indispensable césure entre État et religion. Le principe de laïcité est inséparable de la modernité étatique synonyme de progrès ; seule la séparation entre sphère politique et sphère religieuse est de nature à faire entrer les nations dans l'ère d'une civilisation nouvelle. La laïcité est pour lui le contraire de l'obscurantisme et tant l'État que l'Église ont à y gagner. Libéré de toute pression divine, l'État peut conduire – *via* la loi – les hommes vers l'émancipation sociale ; libérée « du fardeau de la responsabilité politique[123] », l'Église peut éclairer les âmes en toute pureté. Indépendance des deux entités il y a grâce à l'émergence du principe de laïcité : la séparation, loin d'être douleur pour Filangieri, est nécessité salutaire. L'État sans Église devient enfin une entité idéologiquement souveraine ; l'Église sans prétention politique redevient pleinement (et seulement) une entité confessionnelle.

Il n'est guère étonnant que Filangieri – appelant au renversement des principes religieux les plus élémentaires[124] – soit perçu par la hiérarchie catholique comme un auteur dangereux. C'est à une mission de désacralisation du politique et du droit que se livre le rebelle Filangieri : le temps des *arcana juris* et des *arcana imperii* n'a plus lieu d'être dans la société nouvelle. Le parallèle ne manque pas d'être opéré entre Machiavelli et Fiangieri[125], même si ce dernier réfute un tel héritage pour ne

---

[120] *Ibid.*, p. 469.

[121] Cité par F. di Donato, « Rivoluzione costituzionale, moderazione concettuale », art. cité, p. 296.

[122] *Ibid.*, p. 296.

[123] *Ibid.*, p. 297.

[124] *Ibid.*, p. 303.

[125] *Ibid.*, p. 334.

pas subir l'opprobre moral frappant le florentin[126] : les deux hommes *oublient* la religion lorsqu'il s'agit de penser l'État, le pouvoir et la société. L'État est une institution gouvernée par les hommes, produisant un droit émanant des hommes et s'appliquant à ces derniers sans que la religion ne puisse prétendre imposer ses commandements. Autonomie du politique, du droit et de l'État il y a. Cela ne signifie pas que Filangieri est ennemi de l'idée même de religion ; il croît en l'existence d'une « religion douce[127] », capable d'apaiser les membres d'une société à condition d'en revenir à ses origines non institutionnelles, à oublier la tentation du pouvoir politique.

L'État-législateur

Dès lors qu'État et religion se séparent, que celle-ci ne peut plus (ou moindrement) faire le droit par le truchement d'un État confessionnalisé, le droit mute : il est l'œuvre de l'État-démiurge dont le décisionnisme politique s'incarne dans la volonté d'un législateur omniscient. L'État-législateur peut modifier *via* sa norme, la loi, la structure juridique et sociale d'un entier pays ; c'est une telle prétention qui horrifiera Burke quelques années plus tard lorsque la révolution aura commencé son œuvre destructrice de l'ordre ancien. Avec la modernité, le droit devient une technique, une norme utile et pratique qui régule la vie des individus pour, en principe, les mener sur les chemins de l'émancipation et de la prospérité. La science juridique s'appréhende comme une science des réalités sociales, comme un ensemble de raisonnements techniques à même de produire des solutions pratiques au profit des individus.

Si religion civile il peut y avoir, c'est parce que cet État – aux antipodes du schéma médiéval – assume sa fonction unificatrice de commandement politique et de production normative. L'État-législateur devient – par son droit – la structure en charge d'émanciper l'humain ; le droit n'est plus un corps de règles immuables et enracinées dans la glaise du temps. La présence d'un État-puissance capable d'unifier, par ses lois démiurgiques, une nation est d'autant plus indispensable pour Filangieri lorsque son regard se tourne vers l'Italie, territoire éclaté en diverses entités prétendant à la souveraineté.

L'époque juridique de Filangieri est celle où « aucun droit ne peut aspirer à l'*aeternitas* ; aucun droit ne peut espérer être définitivement un *Ordo juris*, fixe et immuable[128] ». C'est le triomphe du droit entendu comme la réalité sociale que Filangieri promeut. En un sens, le droit n'est que mutation perpétuelle, à savoir capacité permanente de s'adapter à une société et à des enjeux sans cesse en mouvement. La « décadence des codes[129] » n'est que la conséquence éventuelle de la mobilité du corps social, de ses aspirations changeantes, de ses volitions nouvelles. La *Science de la législation* regarde « l'ordonnancement juridique comme organisme vivant et dynamique[130] ». La métaphore corporelle – si présente dans la littérature de droit politique – jaillit telle une évidence ; on la retrouvera plus tard, à la fin

[126] *Ibid.*, p. 336.

[127] *Ibid.*, p. 347.

[128] *Ibid.*, p. 300.

[129] Cité par *ibid.*, p. 300.

[130] *Ibid.*, p. 300.

du XIX^e^ siècle en Italie, lorsqu'il s'agira de penser, vis l'influence des juristes allemands, l'État (-personne)

Il n'existe plus une Vérité mais des vérités, filles de la volonté législative de l'État-puissance ; c'est cela même que les juristes catholiques s'empressent de condamner, voyant dans ce droit en perpétuel mouvement la décomposition même des valeurs synonymes de justice et stabilité sociale.

Lorsque l'œuvre de Filangieri se répand en France, elle rencontre un écho remarquablement favorable. Filangieri n'est-il pas dénommé « le Montesquieu italien » et *La Science de la législation* présentée comme « le digne parachèvement de *L'Esprit des lois*[131] » ? L'amour de la France n'est pas de peu : la veuve et les enfants de Filangieri sont adoptés par la République[132]. Puis, son œuvre sombre dans l'oubli. Certains auteurs contribuent fortement à ce qu'il connaisse le mépris doctrinal. Le plus connu et critique d'entre eux est Constant :

> il [Filangieri] n'a ni la profondeur de Montesquieu, ni la perspicacité de Smith, ni l'originalité de Bentham. Il ne découvre rien par lui-même, il consulte ses devanciers, recueille leurs pensées […] Filangieri consume un temps inutile à démontrer ce dont personne ne doute ; il consacre des pages entières à exciter dans l'âme du lecteur des sentiments d'enthousiasme ou d'indignation que l'auteur de l'esprit des lois produit en deux lignes[133].

En attaquant ainsi Filangieri, Constant ne vise pas seulement la pensée d'un homme ; il critique la pensée du siècle, le légicentrisme tant honni. Comme l'écrit T. Santolini, « À travers Filangieri, c'est Rousseau et Mably qui sont visés[134] ». Filangieri s'est en effet fait, de manière très classique, le colporteur idéologique de la pensée du Genevois et du Grenoblois. Insupportable relais pour Constant qui redoute tant l'intervention de l'État-législateur dans la sphère privée des citoyens. Le bonheur et la liberté ne découlent pas – pour Constant – dans la production normative de l'État-Léviathan. La loi – loin d'être remède – est poison pour le théoricien de *La liberté des Anciens* versus *La liberté des Modernes* ; aussi la critique visant Filangieri ne peut-elle être que radicale.

Pourquoi Constant s'est-il à ce point acharné sur le Napolitain[135] ? Peut-être par ce que Filangieri « n'a rien d'un utopiste légiférant pour un Salente imaginaire[136] » ; peut-être par ce qu'il prétend ériger une *Science de la législation* se voulant à ce point rationnelle et pragmatique qu'elle constitue un évident danger pour tout penseur libéral. Sa quête de raison et de scientificité s'appuie sur les sciences exactes dont les lois s'imposent par leur présumée objectivité. Dès lors qu'il entend – au-delà des assertions génériques – relier loi et science pour assoir l'efficacité de la norme parlementaire, il n'est guère surprenant que se déchaîne le courroux libéral constantien[137].

---

131 T. Santolini, « Les idées politiques de Gaetano Filangieri », art. cité, p. 422.

132 *Ibid.*, p. 422.

133 Cité par X. Magnon, « Le censeur des lois dans l'œuvre de Gaetano Filangieri », p. 407.

134 T. Santolini, « Les idées politiques de Gaetano Filangieri », art. cité, p. 424.

135 *Ibid.*, p. 427.

136 *Ibid.*, p. 429.

137 *Ibid.*, p. 430.

Loi et liberté cheminent de concert pour Filangieri[138]. Contrairement à Constant, il n'exècre pas l'État mais tente de penser une possible conciliation entre interventionnisme étatique et protection des libertés individuelles. « [n]i rousseauiste, ni jacobine[139] », sa pensée constitue une menace concrète : elle évite l'écueil de l'absolutisme législatif pour choyer les libertés individuelles non sacrifiées sur l'autel d'une totalisante volonté générale. Filangieri pourraît plaire à Constant en raison de sa faible appétence pour un régime politique déterminé ; n'est-ce pas là l'un des axes de la pensée libérale ? Peu importe la forme institutionnelle si les libertés sont protégées de manière idoine ; Filangieri n'est en rien dogmatique sur ce point. République et monarchie lui conviennent tout autant à condition que prévalent un équilibre institutionnel satisfaisant et une saine modération politique.

Le Censeur des lois

Une notion a fait beaucoup pour la renommée de Filangieri : le Censeur des lois. Quatrième pouvoir, celui-ci a vocation à mettre fin à la « décadence de la loi[140] ». Il s'agit d'améliorer la législation, de corriger les défauts des lois, de conseiller le législateur. La création de cette institution apparaît logique au regard des prémisses de la pensée juridique de Filangieri. Puisque le droit moderne est un droit en mouvement, un droit malléable qu'il faut adapter aux réalités mouvantes de la société, un organe spécifique en charge de réfléchir les évolutions nécessaires s'avère indispensable. Il convient de lutter en outre contre un fléau qui ne peut que survenir dès lors que la figure titulaire est celle de l'État-législateur : l'inflation législative. Il faut « remédier à la multiplicité des lois[141] » et à leur imperfection : « une loi commence-t-elle à contrarier les mœurs, le génie, le culte et l'état d'opulence d'une nation, le censeur, chargé du soin de raffermir et conserver ses rapports, fera voir sur le champ la nécessité de la réforme[142] ».

Le Censeur des lois ne saurait avoir d'autres compétences que consultatives. L'assertion est logique pour un auteur qui voit dans le législateur l'autorité suprême et dans la loi la norme suprême. Si une telle institution était investie d'attributions allant au-delà du conseil, il serait porté atteinte à l'indépendance du pouvoir législatif, chose impensable dans le système politico-institutionnel de Filangieri. En un mot, le Censeur des lois ne saurait être un juge de la constitutionnalité des lois. Ni juge de la loi ni entité administrative, le Censeur des lois est un quatrième pouvoir composé de citoyens[143]. La référence aux *thesmothètes* d'athénienne mémoire est évidente[144]. Les archontes de la modernité législative sont censés être choisis parmi les citoyens les plus vertueux et sensibles à l'intérêt général. On entrevoit là cette naïveté propre aux hommes du temps de Filangieri, persuadés que

---

[138] *Ibid.*, p. 431.

[139] *Ibid.*, p. 434.

[140] A. Flückiger, « Histoire de l'évolution législative : originalité et postérité du censeur des lois de Gaetano Filangieri (1752–1788) », p. 387.

[141] *Ibid.*, p. 389.

[142] Cité par X. Magnon, « Le censeur des lois dans l'œuvre de Gaetano Filangieri », art. cité, p. 414.

[143] A. Flückiger, « Histoire de l'évolution législative : originalité et postérité du censeur des lois de Gaetano Filangieri (1752–1788) », art. cité, p. 389 et 390.

[144] *Ibid.*, p. 390.

l'homme nouveau issu des Lumières pourrait activement participer au pouvoir, au point de devenir un acteur actif – *via* le conseil – de la législation. Avec fort optimisme, certains auteurs contemporains voient en Filangieri le père de la notion d'évaluation législative, ce que A. Flückiger nuance fortement[145].

L'appellation *Censeur des lois* peut sembler impropre une fois connue la mission censée échoir à cet organe. Car il ne s'agit aucunement de censurer la loi, d'apporter une pierre nouvelle au constitutionnalisme si l'on entend par ce dernier terme supériorité normative de la constitution. Le Censeur des lois n'est pas un juge constitutionnel en charge d'apprécier la régularité de la loi au regard de la constitution norme suprême[146]. Reste que Filangieri avance aussi l'idée d'une constitution formelle dont la procédure de révision serait spécifique, à savoir différente de la procédure utilisée pour les lois ordinaires. Avec cette dernière idée – et la césure entre loi ordinaire et loi constitutionnelle – Filangieri semble mettre en place les éléments pouvant conduire à la création d'un juge constitutionnel. Si l'on souhaite éviter que la loi ordinaire vienne violer la constitution, il faut bien, en toute logique, instituer un arbitre-censeur, un organe sanctionnateur. Mais Filangieri ne va pas jusqu'au bout de sa démarche puisque son Censeur ne censure pas. Sa vénération de la loi est par trop importante pour qu'il ose proposer qu'un organe extra-parlementaire abatte la loi, expression de la volonté générale. Plus modestement, peut-être Filangieri est-il en quête du mythique régime mixte ? Telle est la thèse de X. Magnon : l'institution du Censeur des lois s'inscrit dans le cadre « d'une espèce de gouvernement mixte[147] » (si l'on entend par cela la mixité inhérente au système britannique).

Quand bien même il n'est pas juge constitutionnel, le Censeur des lois ne se contente pas d'être simple organe de conseil. L'entité imaginée par Filangieri a le pouvoir « de suppléer au silence de la loi en l'appliquant à tous les cas que le législateur n'aurait pas pu prévoir et énoncer, sans en multiplier inutilement le nombre[148] ». Le propos n'est pas de peu : un organe devant suppléer au silence du législateur s'appelle soit le juge ordinaire – en charge de trancher les litiges qui lui sont soumis dans le cadre d'une saine casuistique – soit un organe dont on peine à déceler les attributions de manière précise. S'il n'est ni organe de simple conseil, ni juge constitutionnel, ni juge ordinaire, qu'est-ce donc que ce Censeur des lois ? Un législateur *bis*, non élu, en charge de boucher les trous législatifs que l'inconséquence des représentants du peuple a générés ? Difficile à dire. Il règne une certaine confusion dans la pensée de Filangieri. Comme le souligne X. Magnon, « la mise en œuvre pratique de l'idée de Filangieri semble pour le moins illusoire et rien n'est d'ailleurs explicité en ce sens[149] ». S'il a des « intuitions[150] », Filangieri ne réussit pas à construire un nouveau modèle constitutionnel : « Aucune théorie de la justice constitutionnelle n'est entreprise ni même esquissée[151] ». Peut-on lui reprocher ?

---

145 *Ibid.*, p. 390 et 391.

146 X. Magnon, « Le censeur des lois dans l'œuvre de Gaetano Filangieri », art. cité, p. 409.

147 *Ibid.*, p. 409.

148 Cité par *ibid.*, p. 413.

149 *Ibid.*, p. 413-414.

150 *Ibid.*, p. 409.

151 *Ibid.*, p. 416.

Nous sommes en 1780 et il faudra attendre 1803 pour que Chief Justice Marshall invente le contrôle de la constitutionnalité des lois.

III. Compagnoni

Compagnoni est injustement oublié ; tel est le premier constat opéré par J. Giudicelli[152]. Une centaine de pages et deux interventions seulement lui sont d'ailleurs consacrées dans le cadre de ce colloque. Compagnoni semble moins intéresser que Rossi et Filangieri. On retient principalement de lui qu'il est l'homme du *Tricolore* italien. Compagnoni mérite mieux. Comment oublier qu'il occupait, jadis, la première chaire de droit constitutionnel en Europe et est l'auteur d'un remarqué ouvrage, ses *Elementi di diritto costituzionale democratico* (1797)[153] ? Théoricien, Compagnoni développe une pensée en harmonie avec celle de Rousseau ; homme d'action, Compagnoni s'engage dans la lutte révolutionnaire.

Compagnoni fils de Rousseau

Les *Elementi* ont souvent été présentés comme une pâle reproduction des principales idées de Rousseau[154]. Pour J. Giudicelli, « c'est un mauvais procès qu'on intente au constitutionnaliste[155] ». Que Compagnoni soit inspiré par Rousseau, à l'instar de tant d'hommes de sa génération, nul ne le conteste. De Rousseau, il reprend la notion de loi et celle de perfectibilité qu'il combine avec la notion de conservation (entendue comme « droit de sécurité » et « droit au secours[156] »). Il faut attendre la fin de son ouvrage, estime J. Guidicelli, pour que Compagnoni se démarque véritablement de Rousseau : la division des pouvoirs, la démocratie et le régime représentatif sont alors l'objet de son étude[157].

Reste qu'il semble impossible de ne pas mentionner Rousseau lorsque l'on parle de Compagnoni. Celui-ci regarde la volonté générale et la dimension inaliénable de la souveraineté comme des éléments centraux de sa doctrine. Il existe une spécificité que l'on ne peut enlever à Compagnoni et qui le distingue de Rousseau : sa propension à juridiciser une pensée emplie de seule philosophie chez le Genevois. Tel est notamment le cas lorsque Compagnoni « approfondit une nouvelle forme mixte, la démocratie représentative, tout en conservant le dogme de l'inaliénabilité de la souveraineté populaire[158] ». L'originalité de Compagnoni résiderait dans la distinction qu'il opère entre « énonciation et confection de la loi[159] » : les élus du peuple ne font qu'énoncer la loi mais ne sauraient prétendre en être les auteurs. Seul le peuple – puisqu'il est le souverain – est l'auteur de la loi : cette dernière,

---

[152] J. Giudicelli, « Giuseppe Compagnoni, constitutionnaliste républicain des Lumières », p. 619.

[153] Cf. G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico*, éd. S. Mastellone, Scandicci, Centro Editoriale Toscano, 1988, 256 p.

[154] F. Laffaille, « La première chaire de droit constitutionnel en Europe. Giuseppe Compagnoni, Ferrare, 1797 », *RDP*, 2011, p. 489.

[155] J. Giudicelli, « Giuseppe Compagnoni, constitutionnaliste républicain des Lumières », art. cité, p. 620.

[156] *Ibid.*, p. 624.

[157] *Ibid.*, p. 621.

[158] *Ibid.*, p. 627.

[159] *Ibid.*

norme d'exécution, ne serait pas l'œuvre des représentants de la nation. Compagnoni : « Faire une loi n'est certainement pas créer la volonté générale mais simplement l'énoncer[160] ».

La distinction – pour subtile qu'elle soit – ne manque pas d'interroger tant la fiction énoncée ne trompe personne : le souverain peuple ne possède pas d'autre volonté que celle d'élire ses représentants qui demeurent – tel est le postulat du mandat représentatif – indépendants et libres en leur agir normatif. Énoncer une césure création–énonciation comme support de la distinction peuple–représentants ne change guère la donne : le peuple est muet en sa capacité d'œuvrer par le droit au-delà du simple processus électoral. Rousseau lui-même fait montre de réalisme, avouant dans ses *Considérations sur le Gouvernement de Pologne* que le régime représentatif s'impose dans les États fort peuplés. C'est bien cela la démocratie : le peuple accepte, en toute souveraineté, de se déposséder de sa puissance au profit d'une minorité d'élus. Certes, Rousseau espère éviter la dégénérescence du système en se raccrochant aux branches du mandat impératif qui, concrètement, n'a jamais été mis en pratique.

J. Ruffier-Méray insiste, lui aussi, sur le fait que la pensée de Compagnoni ne doit pas être lue systématiquement à l'aune de celle de Rousseau :

> Compagnoni développe des théories qui concernent à la fois le droit public, l'éducation, la morale, la citoyenneté, la laïcité ou encore l'égalité homme–femme. Il met en évidence les problématiques inhérentes à tout changement profond d'une société : le choix des valeurs présidant au fondement d'un État démocratique représentatif, l'arbitrage entre centralisation et fédéralisme, la place accordée à la religion, l'organisation de l'instruction publique, la question du mariage civil et du divorce, etc. Il contribue ainsi à la réalisation d'un grand nombre d'idées et de réformes qui deviendront les piliers de l'action politique en Italie[161].

Ainsi présentée, Compagnoni semble se dégager de l'encombrant voile tutélaire rousseauiste.

Compagnoni révolutionnaire

Compagnoni est un homme d'action, fasciné par la Révolution française dont il entend importer les idées en Italie. 1789 n'est pas seulement une date marquant une ère nouvelle pour la France ; l'universalisme promu par les révolutionnaires a vocation à se répandre en tout pays, *a fortiori* au-delà des alpes. Or, la France révolutionnaire exporte – en dépit de l'hostilité du Directoire – son modèle institutionnel via (grâce ? à cause de ?) Napoléon. La vie politique de Compagnoni est inséparable des « Républiques sœurs » qui fleurissent en terres étrangères (Républiques batave, cisalpine, ligurienne, helvétique, romaine, parthénopéenne).

C'est dans ce contexte que le théoricien Compagnoni devient homme d'État, lorsque les travaux en vue de créer la République cispadane débutent. Le Gouvernement provisoire de Ferrara fait appel à lui à la fin de l'année 1796 pour occuper un poste de secrétaire au sein de l'administration centrale[162]. Compagnoni assume des fonctions d'organisation fondamentales au sein de l'administration au moment même où il est question de passer de la Confédération à la République cispadane ;

---

[160] Cité par *ibid.*

[161] J. Ruffier-Méray, « Les idées politiques du chevalier Giuseppe Compagnoni : contexte historique et géographique de leur développement », p. 632-633.

[162] *Ibid.*, p. 665 et 666.

l'objectif est même bien plus ambitieux puisqu'il est, à terme, de donner naissance à une République italienne via la fusion avec d'autres entités républicaines[163]. Compagnoni œuvre à la réunion des quatre provinces confédérées pour que surgisse une république nouvelle, éprise de pensées révolutionnaires et solidaire avec la France.

Le 2 janvier 1797, Compagnoni s'adresse, de la tribune du Congrès cispadan, à ses amis révolutionnaires ; il réalise « un discours qui est une véritable leçon de droit constitutionnel[164] ». Il se montre favorable à l'institution d'un gouvernement transitoire, proposition adoptée par ses pairs (Bonaparte y est hostile, voulant la rédaction immédiate d'une constitution)[165]. Cinq jours plus tard, Compagnoni propose l'adoption du *Tricolore* (vert, blanc, rouge), symbole désormais d'une Italie capable de penser son unité. C'est encore lui qui propose l'abolition des privilèges afin que la République ne connaisse plus « ni fiefs, ni noblesse, ni titres[166] ».

La République cispadane se veut naturellement indépendante. Or, elle se trouve dans une situation complexe : son indépendance proclamée avec fierté rencontre les prétentions hégémoniques de la France. Pour être amical en vertu de la solidarité révolutionnaire, l'interventionnisme français, notamment par la bouche de Bonaparte, s'avère fort pressant. Quand la question de l'indépendance de la jeune République vient en débat au Congrès (et que certains membres n'osent s'affranchir de la tutelle de Paris), le discours de Compagnoni est dépourvu d'ambivalence :

> si le Congrès avait l'autorité de former une République une et indivisible, il avait aussi celle de faire exécuter les décrets qui l'établissent ; que la souveraineté du peuple déjà proclamée affranchit les gouvernements provisoires de la dépendance de la France[167].

Et s'il fallait une ultime référence pour convaincre ses pairs, Compagnoni ajoute, non sans stratégie : « Bonaparte est convenu de tous ces principes en félicitant la République sur son indépendance[168] ».

Il est un point sur lequel Compagnoni ne réussit pas à emporter l'adhésion des membres du Congrès, un point qui lui tient si à cœur : la séparation de l'Église et de l'État. Compagnoni plaide avec fougue en faveur d'une telle séparation, arguant que doit prévaloir la liberté des cultes[169]. L'État ne doit pas se mêler de religion et la religion ne doit pas se mêler de l'État ; telle est la position limpide de Compagnoni souhaitant ardemment une constitution silencieuse en la matière. Il possède le sens des réalités : une religion d'État ne peut être qu'une religion dominante, récusant la légitimité des autres croyances. Cela est *a fortiori* vrai quand pèse le poids de l'histoire ; si Rome n'est pas encore la capitale de l'Italie, Rome est le siège du Vatican. La défense de la séparation de l'État et de la religion conduit Compagnoni à demander, en vain, la nationalisation des biens du clergé. Il n'est pas entendu tant – pour la majorité de ses pairs – le terreau catholique est celui sur lequel doit s'ériger la nouvelle République.

---

163 *Ibid.*, p. 666.

164 U. Marcelli cité par *ibid.*, p. 667.

165 *Ibid.*, p. 668.

166 *Ibid.*, p. 670.

167 Cité par *ibid.*

168 Cité par *ibid.*

169 *Ibid.*, p. 671.

Anticlérical, Compagnoni dérange : pour être composé de révolutionnaires, le Congrès est composé majoritairement de catholiques. Le 27 mars 1797, la Constitution de la République cispadane est adoptée, en dépit des critiques virulentes de Compagnoni. Le texte ne lui convient pas en raison de nombreux défauts structurels : « il serait honteux pour le Congrès après tant de constitutions, après tant d'ouvrages sur cette matière, de présenter à l'acceptation du peuple un monstre en politique[170] ». Qu'importe les imperfections textuelles ! La République cispadane ne va guère jouir de longévité ; elle fusionne avec la République cisalpine. Compagnoni s'éteint en décembre 1833.

*
**

Dans ses « Propos introductifs », M. Morabito met en exergue quelques points saillants communs aux trois auteurs : une « vision jacobine de l'unité nationale[171] », un constitutionnalisme « irénique » et « pédagogique[172] », « la formation du citoyen[173] », la défense du parlementarisme. D'un point de vue idéologique, Filangieri et Compagnoni se séparent de Rossi. Ce dernier est un institutionnaliste (un homme au service des institutions monarchiques), un catholique épris d'ordre et de stabilité politique. Son droit constitutionnel n'est guère un droit en mouvement au sens de Filangieri et Compagnoni porteurs, eux, d'un message révolutionnaire émancipateur. Rossi est un homme éclairé de conservation, à la recherche du système politique parfait par l'observation du temps présent. Filangieri et Compagnoni sont eux aussi en quête d'un système politique parfait ; mais celui-ci est à venir et synonyme de révolutionnaire émancipation.

Si le libéral-conservateur-monarchiste-catholique Rossi se méfie de la pensée de Rousseau, ce dernier est regardé comme un père politique spirituel par Filangieri et Compagnoni. Ce qui semble particulièrement plaire chez l'atrabilaire genevois est sa propension à entrevoir la cité comme une construction mécanique. Rousseau est l'homme qui « a tracé une théorie générale de mécanique entre la puissance motrice et le poids qu'il faut mouvoir[174] ». La puissance motrice n'est rien d'autre que la volonté générale capable de faire fonctionner la « machine politique[175] ». C'est là un dangereux discours : la société ne serait rien d'autre qu'une construction mécanique artificielle. Il suffirait d'assembler ses éléments humains de manière rationnelle pour atteindre la société du bonheur. Cette – classique – thèse de la Cité-Machine repose sur un mimétisme malsain élevant les sciences exactes au rang de sciences *parfaites*. Tout comme la loi de la gravitation commande qu'un corps jeté à terre ne peut se relever, la société politique se construirait à partir d'équations synonymes de vérité.

Naïf et dangereux. C'est oublier que le corps d'une nation est animé par le *thymos* platonicien et l'estime de soi hegelienne (sans même parler du désir mimétique

---

[170] Cité par *ibid.*

[171] M. Morabito, « Propos introductifs », p. 7.

[172] *Ibid.*

[173] *Ibid.*, p.8.

[174] Berthelot cité par J.-L. Mestre, « Enseigner la constitution en France dans la seconde moitié du XVIIIe siècle », art. cité, p. 74.

[175] Cité par *ibid.*, p. 74.

et du bouc émissaire chers à René Girard). Il ne suffit pas d'assembler des pièces d'hommes pour construire un corps social minimalement homogène et respectueux des principes du vouloir-vivre ensemble. Il y a un réductionnisme intellectuel stupéfiant chez les penseurs révolutionnaires, toujours en quête de pureté, de perfection, de vérité. Nous avons là une conception organique de la Cité qui ne peut que jurer avec le principe de liberté. Le schéma organiciste et mécanique vanté par ces hommes est antinomique avec la société qu'ils prétendent construire. La quête d'une « âme collective[176] » est le plus court chemin pour que règne le despotisme et que soient sacrifiés les droits individuels sur l'autel du Grand Tout Organique.

Cette volonté de faire prévaloir le Tout sur l'Un conduit encore à croire en la possibilité d'une révolution universelle, sous l'égide bien comprise d'une France éclaireuse de l'histoire : « tous les peuples du monde, en se joignant à la grande nation, ne formeront plus qu'une seule nation[177] ». Autre grand moment de niaise exaltation : une fois la fusion sociale réalisée en France – pureté idéologique et perfection institutionnelle s'accouplant – viendra le temps d'une fusion mondiale, de la Nation Humaine entendue comme un corps qui ne fait qu'un. Amour et prospérité – filles de l'historicisme et du déterminisme – régneront au sein d'une République universelle. Comment ne pas songer – en lisant ces lignes – à l'œuvre de Cloots, celui qui porte à son acmé une telle vision eschatologique du monde ? Cloots s'est fait le héraut d'une « constitution de l'univers » et de la « souveraineté du genre humain[178] » ; son nom repose sur la pierre de la Conciergerie, à l'instar d'autres victimes de la Terreur.

S'il fallait achever cette recension en mentionnant l'un des trois auteurs étudiés dans ce remarquable ouvrage, nul doute qu'il s'agirait, en toute subjectivité laïque, de Compagnoni. Il est celui qui – tant par le verbe que par l'action – exige une séparation absolue de la chose politique et de la chose religieuse. Il comprend, bien avant d'autres, que l'on ne peut éluder ce point lorsque l'on prétend œuvrer pour la liberté.

Franck Laffaille

Professeur de droit public. Faculté de droit de Villetaneuse (IDPS), Université Sorbonne–Paris-Nord.

[176] Berthelot cité par *ibid.*

[177] Berthelot cité par *ibid.*, p. 75.

[178] F. Laffaille, « La (dangereuse) constitution de l'univers. Utopie et souveraineté du genre humain chez Anacharsis Cloots », in F. Laffaille (dir.), *Utopie(s) et droit(s). Première journée du Bulletin annuel de Villetaneuse*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 135.

Éric Thiers

E. Lemaire (dir.), *Les groupes parlementaires* (2019)*

La faiblesse des groupes politiques en France explique pour beaucoup celle de notre Parlement. Cette affirmation peut sembler paradoxale. Les groupes occupent une place centrale dans le fonctionnement des assemblées et ce, depuis longtemps. Le constat de leur importance ne date pas d'hier. Pour preuve, en 1934, Joseph-Barthélemy notait que : « les groupes constituent le véritable système nerveux du Parlement : [ils en sont] à la fois [le] cerveau et [le] nerf moteur[1] ». Avec la révision de 2008, ils sont désormais reconnus par la Constitution et leur statut juridique s'est étoffé subséquemment. Ils sont de plus en plus nombreux, en tout cas à l'Assemblée nationale, témoignant que la création d'un groupe est considérée comme le viatique pour disposer de droits et peser sur le cours de la vie parlementaire. Pourtant cette faiblesse est réelle. En France, les groupes disposent de peu de moyens au regard de ce qui existe dans d'autres démocraties. Ils peinent à assumer le rôle que leur assigne le régime parlementaire rationalisé. Et finalement ils demeurent assez sérieusement méconnus, ce qui contribue à leur faiblesse.

Les groupes parlementaires sont ainsi trop longtemps restés en marge de la recherche universitaire sans doute en raison de leur caractère hybride – entre logique politique et logique institutionnelle –, de la difficulté à en observer le fonctionnement et à en comprendre les véritables ressorts. C'est dire si le colloque qui s'est tenu à Dijon en 2018, sous l'impulsion du Centre de recherches et d'études en droit et science politique (CREDESPO) et de l'Université Bourgogne Franche-Comté a été une heureuse initiative. Plus encore est la publication de ses actes sous la direction scientifique d'Elina Lemaire. Des travaux avaient déjà été consacrés à cet objet. On ne peut, par exemple, que saluer le livre de Damien Connil en 2016 et certaines thèses qui ont abordé la question[2]. Ils ont permis de revenir sur des études plus anciennes comme celle de Jean Waline en 1961, qui, bien qu'importantes, apparaissaient naturellement datées[3]. Reste qu'il y a là un champ à explorer et ce, d'autant plus intéressant qu'il invite différentes disciplines à dialoguer. C'est le cas dans cet

---

* E. LEMAIRE (dir.), *Les groupes parlementaires*, Paris, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019, 306 p.

[1] J. BARTHÉLEMY, *Essai sur le travail parlementaire et le système des commissions*, Paris, Librairie Delagrave, 1934, p. 98, cité par Elina Lemaire dans le présent ouvrage : E. LEMAIRE, « Introduction », p. 12.

[2] D. CONNIL, *Les groupes parlementaires en France*, Paris, LGDJ, 2016, 152 p. ; F. DONAZAR, *Les groupes parlementaires à l'Assemblée nationale sous la Ve République*, thèse en droit public, dir. A. Le Divellec, Université Paris II Panthéon-Assas, 2019.

[3] J. WALINE, « Les groupes parlementaires en France », *Revue du droit public et de la science politique*, 1961, p. 1171-1235.

ouvrage qui donne la parole aux historiens et aux juristes. Il y manque les politistes ; c'est une absence remarquée. Mais on ne saurait en faire le reproche ; le travail présenté ici est déjà important et stimulant.

Les groupes parlementaires, concrétions historiques

Presque une vingtaine de contributions organisées en trois temps – histoire, comparaison, V^e^ République – tentent de cerner l'objet étrange que sont les groupes parlementaires et elles y parviennent de belle manière. Pour être honnête, le droit constitutionnel ne s'est jamais vraiment intéressé aux groupes politiques, préférant s'en tenir aux grands équilibres institutionnels, et pour sa branche strictement parlementaire, aux procédures législatives et aux organes qui y contribuent directement comme les commissions. Didier Maus le montre bien ici en proposant une revue des grands manuels et traités de la discipline[4]. Le chalut qu'il lance est large ; la pêche bien maigre. On sait que le droit parlementaire est, pour beaucoup, le fruit de pratiques, de précédents, d'une sédimentation de règles non écrites qui forment, au fil du temps, un tout assez cohérent et d'une grande souplesse[5]. Ici, comme partout mais peut-être plus qu'ailleurs, l'apport de la discipline historique est alors essentiel. C'est le chemin qu'emprunte la première partie de l'ouvrage. Un chemin simple : celui de la chronologie. Un choix efficace et finalement heureux car il permet de saisir le développement progressif de pratiques politiques qui conduisent à la formation pragmatique d'entités – clubs, factions, réunions et finalement groupes. Ce mouvement témoigne du besoin de constituer la démocratie à travers des clivages politiques, de structurer l'espace parlementaire, d'organiser le travail législatif. La conclusion de tous les auteurs est claire et unanime : sous une forme ou sous une autre, les groupes sont apparus et ont pesé sur le fonctionnement du Parlement bien avant que le Règlement de la Chambre des députés n'en reconnaisse juridiquement l'existence en 1910 et celui du Sénat en 1921.

Dans cette première partie historique, on aurait aimé qu'un chapitre soit consacré aux assemblées de la Révolution française tant il est vrai que l'essentiel s'y est joué et que s'est alors constitué un ADN qui tient toujours une grande place dans le fonctionnement de nos assemblées parlementaires et plus encore dans notre inconscient collectif constitutionnel. On le verra en abordant la question de l'individualisme parlementaire.

Mais sans doute était-il difficile de tout traiter en un colloque et c'est Alain Laquièze qui ouvre le bal des historiens en s'intéressant à la Restauration et à la Monarchie de Juillet[6]. C'est en ce premier XIX^e^ siècle que notre histoire parlementaire a connu une seconde fondation après la Révolution et avant que la III^e^ République n'imprime sa marque. Alain Laquièze montre comment les salons autour d'un Thiers ou d'un Guizot, ou d'autres formes de réunions politiques éphémères, construisent les prémices des groupes parlementaires. Des lieux de sociabilités fondés sur des proximités personnelles ou des positionnements idéologiques apparaissent

[4] D. Maus, « Les groupes parlementaires à travers les manuels de droit constitutionnel », p. 121-135.

[5] É Thiers, « Ontologie du droit parlementaire », in O. Rozenberg et É. Thiers (dir.), *Traité d'études parlementaires*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 165-192.

[6] A. Laquièze, « Aux origines des groupes parlementaires : les réunions politiques sous la Restauration et la Monarchie de Juillet », p. 21-36.

et se projettent dans l'univers parlementaire. Des stratégies parlementaires s'élaborent. Des pratiques délibératives s'ébauchent au moment même où il s'agit d'imposer la fonction du Parlement face à un exécutif monarchique qui accepte ces évolutions de mauvaise grâce. Ces regroupements politiques pragmatiques contribuent d'ailleurs à l'émergence précoce du couple majorité–minorité autant qu'ils en traduisent la montée en puissance naturelle. La logique institutionnelle de distinction des pouvoirs exécutif et législatif se double de cette autre logique de différenciation qui s'opère entre majorité et opposition.

Le mouvement ne faiblit que temporairement sous le Second Empire, alors que le Parlement est mis provisoirement sous le boisseau et ne retrouve une place plus centrale qu'au fur et à mesure de la libéralisation du régime. Éric Anceau le montre de manière éclairante à travers la constitution, par exemple, dès 1859, du Groupe des Cinq, qui forme une opposition parlementaire autour de figures comme Émile Ollivier ou Jules Favre[7]. Mais les groupes plus ou moins structurés se multiplient en phase avec une nouvelle dynamique parlementaire. Ils se créent autour de causes, comme la défense de l'Église ou le libre-échangisme, montrant que la constitution des groupes parlementaires traduit souvent les clivages qui traversent le paysage politique à un moment donné, ce qui est naturel. Sous la plume d'Éric Anceau, on voit bien s'opérer un double mouvement : les groupes naissent du pluralisme qui se fortifie dans la société et contribuent en même temps puissamment à lui donner corps, alors que n'existent pas encore de partis politiques structurés hors le Parlement.

Dans deux contributions qui se complètent parfaitement, Armel Le Divellec et Elina Lemaire abordent les débuts de la III^e^ République[8]. L'Assemblée nationale puis la Chambre des députés voient se constituer des groupes nombreux qui marquent la floraison de courants politiques dans un mouvement ample et accéléré de tectonique des plaques. Le parti républicain est éclaté et cherche les voies de la cohérence alors que, faute de leaders, la droite monarchiste et ce qui reste du bonapartisme se retrouvent orphelines, et s'étiolent. De l'Union républicaine autour de Gambetta et de la Gauche Républicaine – le groupe des quatre Jules (Favre, Ferry, Grévy et Simon) à la délégation des gauches de 1902 à 1905, avec l'ascendant pris par Jaurès, on voit se structurer des forces parlementaires qui expriment un fort désir d'unité et de discipline. Ce n'est pas un hasard si en 1910, les groupes sont enfin reconnus dans le Règlement de la Chambre. Il fallait bien que le droit cède à un moment donné au fait. S'appuyant sur l'étude, maintes fois citée, de Rainer Hudemann, dont il convient de rappeler, au passage, l'importance[9], ces deux chapitres – l'un embrassant un point de vue plus large, celui d'Armel Le Divellec, et l'autre centré autour de la crise du 16 mai 1877, celui d'Elina Lemaire – montrent combien la modernisation de la vie parlementaire française se noue à ce moment précis.

Ce que Elina Lemaire identifie comme une « sorte de résistance du droit, ou plus exactement des normes écrites, à la pratique parlementaire[10] » n'est pas pour nous

[7] É. Anceau, « Les réunions et les groupes parlementaires sous le Second Empire », p. 37-47.

[8] E. Lemaire, « Les groupes parlementaires et la crise du 16 mai 1877 », p. 87-103 ; A. Le Divellec, « L'avènement de véritables groupes parlementaires au début de la III^e^ République et le style particulier du parlementarisme républicain français », p. 49-85.

[9] R. Hudemann, « Les groupes parlementaires dans les stades de la formation du parlementarisme français au XIX^e^ siècle. Méthode d'analyse et typologie », in S. Bernstein et P. Milza, *Axes et méthodes de l'histoire politique*, Paris, PUF, 1998, p. 319-333.

[10] E. Lemaire, « Introduction », art. cité, p. 10.

étonner. Non seulement le droit parlementaire a longtemps été hésitant à « mettre dans le dur » certaines pratiques de nature politique – et les groupes sont des objets très politiques par nature – mais plus encore, il semble qu'il y existe une réticence française assez forte à l'idée même de structuration de l'espace parlementaire en groupes. C'est ici que se pose la question de la discipline parlementaire et de cette tension non résolue entre indépendance des élus et structuration de l'espace parlementaire.

La tension entre individualisme parlementaire et structuration par les groupes

Les études comparées qui forment le deuxième chapitre de cet ouvrage montrent, en creux, à quel point la France est, plus que les autres, marquée par une méfiance de nature culturelle à l'égard d'une structuration de l'espace parlementaire par les groupes. Cette méfiance vient de loin. Des origines mêmes de notre démocratie représentative. Les révolutionnaires de 1789 ont montré un attachement profond à une forme d'individualisme parlementaire qui fait partie de l'ADN de l'institution depuis deux siècles. Cette conception du mandat parlementaire aux termes de laquelle celui-ci ne saurait être en aucune manière contraint par quoi que ce soit trouve son origine dans l'idée même de Nation puis de République. Le mythe rousseauiste de la volonté générale, incroyablement mobilisateur, repose sur un raisonnement simple qui est devenu un *topos* : l'intérêt général est le fruit de la Raison, nécessairement une ; dès lors, toute tentative de partition de la volonté est suspecte. Or, dans ce lieu clos qu'est l'hémicycle, la présence des groupes qui se partagent l'espace traduit de la manière la plus physique qui soit l'impossibilité de fonctionner concrètement en s'en tenant à ce mythe.

Le général de Gaulle qui construit les institutions de la V^e^ République contre « le régime des partis » illustre parfaitement cette pensée selon laquelle l'État dans son unité est le garant des intérêts de la nation. Les formations politiques expriment, pour leur part, des intérêts aussi particuliers qu'abhorrés. Naturellement, la Constitution de 1958, par son article 4, fait une place aux partis en leur assignant une fonction cependant réduite puisqu'ils concourent simplement à l'expression du suffrage alors que parallèlement l'article 27 prohibe tout mandat impératif et que l'article 3 dispose qu'aucune section du peuple ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale qui appartient au peuple.

Longtemps, et aujourd'hui encore pour une large part, est demeurée l'idée que l'exercice du mandat parlementaire ne saurait être autre que personnel. Le fonctionnement du Parlement en ce début du XXI^e^ siècle dément en grande partie ce mythe, puisque désormais, outre la Constitution, les règlements des chambres font la part belle aux groupes pour ce qui est de l'organisation de l'assemblée et de ses travaux. Le mandat parlementaire s'exerce aussi, d'une certaine manière, collectivement. Il n'en reste pas moins que cette dimension demeure dans l'inconscient collectif parlementaire et on le voit régulièrement ressurgir dans les débats sur la liberté de vote des députés, leur caporalisme supposé ou leur dissidence ponctuelle.

Ce substrat s'est traduit par une longue réticence à mentionner les groupes dans les règlements des chambres. Il a également pesé dans l'organisation même des travaux. N'oublions pas que longtemps les membres des commissions examinant un texte étaient désignés par tirage au sort au sein des bureaux des chambres – à

distinguer du Bureau actuel, organe directeur de l'assemblée – eux-mêmes constitués de manière aléatoire, sans considération des appartenances politiques de chaque parlementaire.

Dans ce contexte d'une montée en puissance des groupes et du maintien du principe de l'individualisme parlementaire, la discipline va constituer une pierre d'achoppement. Elle est perçue comme une menace. On évoque la « collectivisation » ou la « mécanisation » du travail parlementaire (p. 147), mêlant à la fois la crainte de la disparition de la liberté individuelle des parlementaires et une rationalisation qui ôte toute vitalité à leur travail. En réalité, c'est un phénomène de bureaucratisation parlementaire qui semble en marche, à rebours de l'idée que l'on se fait classiquement d'un parlement qui fait la part belle à l'effervescence et la spontanéité et porte haut l'idée d'indépendance des élus.

Le problème n'est pas nouveau et on sait qu'il traverse toute la pensée réformiste de l'entre-deux-guerres, alors que les partis politiques sont devenus des organisations puissantes et structurées, en particulier à gauche. Joseph-Barthélemy le mesure bien en 1934 :

> la reconnaissance aux groupes d'un rôle officiel modifie les conceptions traditionnelles du régime parlementaire et du régime représentatif. Elle diminue la règle que l'élu, dans la plénitude de sa liberté et suivant les seuls ordres de sa conscience, exprime son opinion strictement individuelle sur les intérêts généraux du pays[11].

Armel Le Divellec montre d'ailleurs que la volonté de mieux organiser les différentes tendances républicaines au Parlement sous la « première » IIIe République, avant la Grande Guerre, passe par des mécanismes de discipline de vote. Il s'appuie pour cela, là encore, sur les travaux de Rainer Hudemann qui a analysé les résultats d'un certain nombre de scrutins dès 1871–1875. Si les députés ne sont pas des automates, « on constate une réelle tendance au respect des positions collectives[12] », écrit Armel Le Divellec. On le voit aussi par exemple lorsqu'il s'agit d'élire le Président de la République à Versailles, les groupes se mettant d'accord avant la réunion du Parlement en son entier. Si Elina Lemaire semble ne pas être tout à fait convaincue par ce fait (elle cite Robert de Jouvenel dans *La République des camarades*[13] : « Les membres d'un groupe sont-ils tenus de voter ensemble ? Loin de là. On ne cite pour ainsi dire pas un scrutin où le désaccord des individus ne se manifeste avec éclat[14] »), il nous semble qu'Armel Le Divellec a raison de rappeler que

> [c]ontrairement à l'image habituellement véhiculée, le parlementarisme pratiqué à l'aube de la IIIe République ne se jouait pas seulement entre des personnalités et le monde informe, excessivement fluide et mouvant de tendances politiques approximatives[15].

La tardive consécration juridique des groupes parlementaires n'est pas une spécificité française. Si, comme le montre Alexis Fourmont[16], en Allemagne les groupes deviennent prééminents dans le second XIXe siècle alors que le Parlement renforce

---

[11] J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 100 ; cité par E. Lemaire, « Introduction », art. cité, p. 11.

[12] A. Le Divellec, art. cité, p. 75.

[13] R. de Jouvenel, *La République des camarades*, Paris, Grasset, 1914.

[14] E. Lemaire, art. cité, p. 101.

[15] A. Le Divellec, art. cité, p. 68.

[16] A. Fourmont, « Les groupes parlementaires en Allemagne », p. 139-156.

son poids dans les institutions germaniques, la tentative de faire mention dans le Règlement du *Reichstag* échoue en 1912, pour ne finalement aboutir qu'en 1922 sous la République de Weimar. Il n'en demeure pas moins que s'est instituée très tôt une structuration par groupe outre-Rhin à tel point qu'on a pu parler d'un « parlement des groupes », comme le rappellent Alexis Fourmont et Armel Le Divellec. Basile Ridard ne manque pas de constater qu'au Royaume-Uni – on ne s'en étonnera pas – cette inscription dans les textes est encore moins nette[17]. À tel point qu'aucun seuil n'est par exemple fixé pour créer un groupe à Westminster. Cela n'empêche pas que l'organisation de la vie parlementaire soit toute entière axée autour des groupes qui constituent le cœur même du parlementarisme anglais. Quant à l'Italie, étudiée par Franck Laffaille dans une contribution très tonique, elle navigue entre deux eaux[18]. Les groupes y sont si importants que Franck Laffaille estime que l'on peut qualifier l'Italie non seulement de République des partis mais aussi de République des groupes parlementaires. Mais le phénomène très intéressant de *trasformismo* qui consiste, pour des parlementaires, à migrer d'un groupe à l'autre sans autre considération que l'opportunité politique ou la formation d'un groupe mixte qui accueille de plus en plus des élus de tous bords mettent en évidence les limites d'une structuration parlementaire par les groupes.

Ces exemples étrangers, extrêmement instructifs comme toujours, et ce, d'autant plus que les contributions qui leur sont consacrées sont d'une grande clarté, montrent combien les groupes sont globalement les pivots de la vie parlementaire dans les pays en question. Ils permettent de mieux mesurer certaines particularités françaises. Cette persistance et même cette résistance de l'individualisme parlementaire, jugé comme positif, face à l'organisation du travail des assemblées par les groupes dans notre pays a des conséquences très concrètes qui pèsent durablement – et à notre avis beaucoup trop – sur le fonctionnement de l'institution parlementaire. Le débat autour du droit d'amendement et le caractère individuel de son exercice est obscurci par l'attachement à cet individualisme. Non pas qu'il faille imposer aux députés ou aux sénateurs des disciplines telles qu'elles ôteraient toute substance au mandat qu'ils exercent, mais on mesure aisément les dérives d'un système consistant à n'apporter que de maigres tempéraments au droit d'amendement et à laisser ce droit fondamental être dévoyé à des fins d'obstruction ou devenir le prétexte pour évoquer des sujets sans grand lien avec le texte en débat. Les raisons de ce dévoiement sont anciennes. Il traduit le besoin pour les parlementaires de trouver des espaces d'expression dans un système institutionnel où le Parlement n'est plus aussi central qu'avant 1958. Mais à la fin, l'effet boomerang nous semble très préjudiciable. Même si des réformes récentes sont intervenues, comme l'introduction du temps législatif programmé en 2009 à l'Assemblée nationale ou la modification récente du Règlement de cette chambre, ainsi qu'une pratique plus rigoureuse dans le contrôle de recevabilité des amendements – le Sénat ayant eu dans le domaine un temps d'avance, même s'il est moins concerné par l'inflation des amendements –, on se trouve encore loin du compte et le Parlement semble continuer à s'épuiser là où il faudrait du nerf et de la clarté dans les débats. Or, en toute logique, la régulation du nombre d'amendements devrait relever des groupes afin de mieux définir les sujets qu'ils souhaitent portent en priorité en séance plénière.

---

[17] B. Ridard, « Les groupes parlementaire au Royaume-Uni », p. 177-197.

[18] F. Laffaille, « La "souveraineté des groupes parlementaires". L'Italie et le pluralisme partitocratique *désordonné* », p. 157-175.

La question de la discipline est directement liée à celle de la rationalisation du Parlement. Le terme n'est pas neutre et sans doute faudrait-il en changer. Il s'agit moins de rationaliser ou de rendre efficace le Parlement que de permettre au Parlement d'exercer ses fonctions dans une plus grande clarté. En lisant la contribution de Basile Ridard consacrée au Royaume-Uni, on mesure à quelle point la structuration empirique du Parlement autour des groupes a conduit à l'émergence de pratiques qui permettent d'assurer une grande discipline tout en maintenant une liberté notable pour chaque parlementaire. L'institution du *Whip* qui assure le bon fonctionnement du groupe et sa cohésion, littéralement à coup de trique, a rendu possible le développement de modes de coopération entre les groupes comme le *pairing*. Cette pratique consiste, en fonction de l'importance des débats signalée par les *whips*, d'organiser entre gens de bonne compagnie la présence respective des députés de chaque groupe afin que le principe majoritaire prévale toujours.

Dans le précieux chapitre que Jean-Félix de Bujadoux consacre à la large période 1910–1958[19], il est montré qu'à l'apparition de partis de gauche fortement idéologisés au tournant du siècle qui contribuent à l'affirmation des groupes comme fers de lance du parti, s'ajoute un mouvement profond vers une rationalisation du travail parlementaire dans un entre-deux-guerres qui voit des institutions incapables d'assumer leur rôle. Léon Blum développe une nouvelle conception du travail parlementaire qui se fonde sur l'idée de majorité gouvernementale[20]. Ce que Jean-Félix de Bujadoux appelle la « rationalisation camérale du parlementarisme[21] » passait par la reconnaissance du rôle central des groupes. En dépit de tentatives réelles et de résultats parfois tout aussi tangibles sous la IVe République, ces efforts n'aboutirent pas suffisamment pour permettre au Parlement de sortir d'une ornière dans laquelle il s'était maintenu. Il fallut attendre la Ve République qui alla puiser dans les idées largement issues de ce mouvement réformiste pour que s'impose une forme plus « exécutive » de la rationalisation.

Les groupes parlementaires objets – enfin – juridiques

À la lecture de cet ouvrage, on peut s'amuser de la difficulté – et presque à certains moments – de l'agacement qu'éprouvent les juristes à ne pas pouvoir toujours saisir par le droit un objet éminemment politique. Mais la révision constitutionnelle de 2008 – et les textes subséquents, lois organiques, lois et règlements adoptés en 2009 – leur a donné un sérieux grain à moudre avec l'introduction dans notre loi fondamentale des groupes et la création de nouvelles entités : les groupes minoritaires. Soyons clair : la question de la saisie des groupes parlementaires par le droit n'est pas oiseuse. Elle traduit certes le besoin – typiquement français ? – d'encadrer des pratiques, voire de les durcir, en les enserrant dans des normes écrites. Tentatives souvent vaines mais qui ne manquent pas de produire des conséquences

[19] J.-F. de Bujadoux, « L'institutionnalisation et l'affirmation des groupes parlementaires : un révélateur de la mutation du parlementarisme à l'œuvre sous la République parlementaire (1910–1958) », p. 105-119.

[20] Voir L. Blum, *Lettres sur la réforme gouvernementale*, Paris, B. Grasset, 1936 [1918].

[21] J.-F. de Bujadoux, « L'institutionnalisation et l'affirmation des groupes parlementaires », art. cité, p. 108.

parfois inattendues. Elle n'en constitue pas moins une réalité avec le développement de règles qui désormais s'imposent aux groupes dans leur fonctionnement même.

Dans deux contributions très complémentaires, Bernard Quirigny et Anne-Laure Cassard-Valembois traitent du statut des groupes respectivement dans la Constitution et dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel[22]. Si, dans la Constitution de 1946, les groupes avaient fait leur apparition ce n'était que dans l'évocation de leur rôle technique consistant à participer à la désignation de certains organes parlementaires. Rien de tout cela n'apparaît dans le texte initial de 1958 et la jurisprudence du Conseil constitutionnel prend avec de grandes pincettes cet objet qu'elle assimile d'une certaine manière aux partis et groupements politiques dont la liberté de formation et de fonctionnement est protégée par l'article 4 de la Constitution. Il faudra attendre les travaux du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e^ République, présidé par Édouard Balladur en 2007, et la révision inspirée par ses travaux, pour que les groupes apparaissent en quelque sorte en majesté dans la Constitution.

Anne-Laure Cassard-Valembois rappelle que le Conseil constitutionnel veille à l'équilibre entre la structuration du Parlement en groupes et les pouvoirs de plus en plus nombreux qui sont reconnus à ces derniers et le maintien de la liberté du parlementaire et ce, dès les premières années de la V^e^ République (voir Cons. const., décision n° 69-37 DC du 20 novembre 1969). En citant cette décision, elle a la bonne idée de mentionner quelques extraits des délibérations du Conseil. Le rapporteur, Pierre Chatenet, qui se penche sur la réforme du Règlement de l'Assemblée nationale, observe que « [c]ette tendance à l'hypertrophie du groupe soulève un problème très important : la transformation du parlementaire en robot est une déviation grave de l'idée de représentation[23] ». De même le président Gaston Palewski « partage tout à fait les soucis du rapporteur quant au monolithisme des groupes et la nécessité de défendre la liberté individuelle du parlementaire[24] ».

Ariane Vidal-Naquet se penche sur les droits des groupes[25] en reprenant la disposition qui figure donc depuis 2008 à la première phrase de l'article 51-1 de la Constitution, article qui dispose que : « Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires. » Ce qui est devenu la première phrase en question n'avait, à l'époque, d'autre but que de permettre clairement aux règlements des assemblées de surmonter la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 22 juin 2006 (décision n° 2006-537 DC) qui avait censuré une nouvelle disposition du Règlement de l'Assemblée nationale tendant à conférer des droits spécifiques aux groupes d'opposition, dans une logique s'apparentant à une forme de discrimination positive. Cette phrase n'a donc pas entendu globalement traiter les groupes comme des sujets juridiques disposant de droits subjectifs. Il n'en demeure pas moins qu'on ne modifie jamais impunément les textes constitutionnels et que les mots qu'on y introduit

---

[22] B. Quiriny, « Les groupes parlementaires dans la Constitution de la V^e^ République », p. 201-211 ; A.-L. Cassard-Valembois, « Les groupes parlementaires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », p. 225-240.

[23] P. Chatenet cité dans *ibid.*, p. 229.

[24] G. Palewski cité dans *ibid.*

[25] A. Vidal-Naquet, « Le "droit" des groupes parlementaires », p. 275-290.

vivent leur vie au gré de la pratique et de la jurisprudence. La question de l'invocation de tels droits devant le Conseil constitutionnel se pose même si, relevant des Règlements des assemblées, comme en dispose l'article 51-1, ils ne sont pas de rang constitutionnel et que le Conseil se refuse à censurer des textes en se référant à de telles normes règlementaires.

S'il a fallu du temps pour accepter les groupes comme sujets de droit, il en a fallu plus encore pour qu'apparaissent les premières tentatives d'en encadrer juridiquement le fonctionnement. À l'occasion d'une réforme du Règlement de l'Assemblée nationale, cette structuration juridique est passée en 2014 par l'obligation de se constituer sous forme d'association alors que les groupes demeuraient des entités sans personnalité juridique, partie d'un tout institutionnel – l'Assemblée ou le Sénat – lui-même dénué d'une telle personnalité. La question s'est évidemment posée à l'occasion d'une affaire de financement mettant en lumière les liens complexes et parfois opaques entre groupes parlementaires et partis politiques. La question de la nature juridique des groupes ne fait pas l'objet d'une étude spécifique mais elle est évoquée par plusieurs contributions, par exemple celle de Franck Laffaille à propos de l'Italie, avec cette hésitation qui n'est pas totalement résolue : les groupes constituent-ils des entités de droit public ou de droit privé ?

L'organisation interne des groupes est plus ou moins détaillée. Elle épouse souvent celle du Parlement, avec un président, des vice-présidents, un bureau… Dans sa contribution originale, Dorothée Reignier s'intéresse aux secrétaires généraux des groupes[26]. Son travail fondé notamment sur des entretiens avec les secrétaires généraux de plusieurs groupes de l'Assemblée nationale sous l'actuelle législature, montre le rôle éminent qu'ils jouent dans l'animation de cette collectivité humaine. Sans doute, sa conclusion selon laquelle ils joueraient un rôle de *chief whip* comme à Westminster consistant à faire respecter la discipline nous semble excessive. Les secrétaires généraux alertent les présidents de groupe, tentent de concilier les positions quand cela est possible, peuvent convaincre ceux qui le ne sont pas, en jouant en quelque sorte – on nous pardonnera la métaphore – le chien de berger qui ramènent les brebis égarées vers le troupeau. Mais il reste qu'ils ne sont pas des parlementaires et ne disposent pas – ou rarement – du poids politique qui permet de dénouer les conflits les plus aigus. Dorothée Reignier semble d'ailleurs juger favorablement l'idée qu'il faudrait encadrer ou, à tout le moins, reconnaître le rôle des secrétaires généraux pour leur permettre notamment d'assister à la Conférence des présidents, qui n'est aujourd'hui ouverte qu'aux élus membres de la Conférence, à quelques membres du cabinet du Président et aux fonctionnaires parlementaires qui en assurent le secrétariat, ainsi qu'au ministre des relations avec le Parlement et ses collaborateurs. Sans doute, cette solution aurait-elle pour intérêt de fluidifier la circulation de l'information mais à terme n'ouvrirait-elle pas la voie à une représentation des élus par leurs collaborateurs, ce qui n'est pas souhaitable ?

En incise, on signalera le chapitre original proposé par Elsa Forey sur ce qu'elle nomme les groupes transpartisans que sont les groupes d'études ou les groupes d'amitié entre la France et d'autres pays[27]. Ces structures n'ont rien à voir avec les groupes parlementaires au sens strict du terme. Leur évocation dans cet ouvrage peut dès lors paraître un peu incongrue. Il n'en demeure pas moins qu'elle permet

[26] D. Reignier, « Le secrétaire général, doublure administrative du président de groupe ? », p. 241-258.

[27] E. Forey, « Les groupes parlementaires transpartisans », p. 213-223.

de mesurer à quel point les structures parlementaires savent faire preuve d'inventivité mais aussi combien il est difficile d'encadrer des organes qui souvent sont attentifs aux intérêts de tels ou tels secteurs d'activité ou de tels ou tels pays. Le développement récent des règles déontologiques (depuis le début des années 2010) y pourvoit en partie.

Mieux connaître les groupes parlementaires : quelques pistes à explorer encore

Cet ouvrage très complet et stimulant ouvre l'appétit et certains de ses manques ou de ses défauts permettent d'envisager de nouveaux thèmes à explorer.

Les relations entre groupes et partis politiques auraient sans doute mérité un chapitre particulier. Le sujet n'est pas abordé comme tel dans cet ouvrage mais on le voit poindre çà et là dans plusieurs contributions. On mesure à quel point la structuration des partis grâce notamment à l'adoption de lois leur donnant une assise juridique (la loi de 1901 sur les associations en France) est importante. Comme le montre Jean-Félix de Bujadoux, on voit émerger les nouvelles forces politiques qui, à gauche, privilégient l'action collective, fondée sur une idéologie forte, sur la conception classique du parlementaire notable et autonome. L'idée de discipline de groupe est alors beaucoup plus prégnante. Elle s'explique aussi par le travail d'unification qui eut lieu avant 1905 pour aboutir à un seul parti socialiste et la nécessité de maintenir cette unité. Les rapports entre partis et groupes sont complexes et ambivalents. La typologie proposée par Jean-Félix de Bujadoux sur ce point est très éclairante. Il suggère de classer les groupes selon les relations qu'ils entretiennent avec le parti dont ils sont, plus ou moins, l'émanation ou le relais. Certains groupes sont directement liés à un parti comme ce fut le cas, par exemple, du PCF, de la SFIO ou du MRP. D'autres voient leurs élus se disperser entre plusieurs groupes (voir le CNIP sous la IVe République). Certains groupes sont dépourvus de lien avec un parti, comme c'est le cas des députés du Centre républicain proches de Tardieu en 1932–1936. Une deuxième typologie peut se fonder sur la place occupée par le groupe dans la formation de la majorité gouvernementale : hors régime excluant toute participation ou soutien, comme le PCF pendant des décennies ; groupes ayant vocation à former des majorités comme les radicaux ou les modérés sous la IIIe République ou la SFIO et le MRP sous la IVe ; groupes charnières comme l'UDSR sous la IVe République également. Enfin, Jean-Félix de Bujadoux propose une troisième typologie possible en considérant le degré plus ou moins intense de la discipline imposée aux parlementaires : de très forte comme au PCF à très faible chez les radicaux ou les modérés, en passant par une relative discipline avec des accommodements possibles à la SFIO ou au MRP.

On regrettera aussi que le rôle des groupes dans le travail législatif ne soit pas abordé plus longuement. En dépit de sa richesse, la seule contribution de Damien Connil[28], qui conclut l'ouvrage, ne suffit pas à épuiser le sujet qui est pourtant central. Le positionnement respectif des groupes dans la fixation de l'ordre du jour désormais mieux partagé, leurs stratégies dans l'action parlementaire selon la nature des textes, la gestion de la discipline interne et ses ratés… Tous ces sujets constituent en réalité le cœur même de ce qu'est le Parlement. Sans doute est-ce là qu'on

[28] D. Connil, « Les groupes parlementaires et le travail législatif », p. 291-301.

mesure le rôle utile de la science politique à l'appui des analyses historiques et juridiques. On attend avec impatience que le travail puisse être complété de la sorte.

Surtout, le grand absent – et quel absent ! – de cette étude collective passionnante est le groupe majoritaire. C'est un signe des temps. Nous évoluons dans une société qui porte une attention particulière et parfois obsessionnelle au sort des minorités. Juste retour des choses dans un monde qui trop longtemps les ignora. Et il est assez intéressant de constater que même les spécialistes du droit parlementaire se laissent aller à cette pente. Naturellement la création de l'objet « groupe minoritaire » en 2008 justifie qu'on s'y arrête mais de là à laisser de côté ce qui constitue selon nous le nœud du problème parlementaire, on peut s'en étonner. Car la dynamique parlementaire passe nécessairement par la vitalité du groupe majoritaire et sa capacité à faire vivre en son sein des débats et à organiser une relation à la fois confiante et exigeante vis-à-vis du Gouvernement qu'il soutient.

Autre sujet de préoccupation : la scissiparité des groupes à laquelle on assiste et qui cause la plus grande des confusions dans le fonctionnement de l'Assemblée nationale. Elle s'explique certainement par la baisse du seuil pour constituer un groupe, intervenue en 2009, et qui faisait partie de l'accord trouvé avec les parlementaires de l'opposition qui avaient soutenu la révision constitutionnelle l'année précédente. Mais la modification de cette règle et ses conséquences est aussi l'expression d'un phénomène plus profond : la fragmentation de l'espace politique en mille éclats. Sans disparaître dans notre culture politique, le clivage droite-gauche ne structure plus strictement cet espace. Les autres clivages fondés par exemple sur le rapport à l'Europe ou à la mondialisation ne s'y sont pas vraiment substitués. La diffraction à l'infini des forces parlementaires en est la traduction singulière. S'y ajoute la faiblesse des structures partisanes qui ne sont plus à même d'imposer une discipline raisonnée et ce, d'autant plus que cette méfiance à l'égard d'une ligne de conduite collective – qui suppose d'accepter des compromis au regard de ses convictions personnelles – s'appuie sur une tendance postmoderne où les citoyens et désormais certains élus expriment une vision consumériste de l'action politique. En traitant des groupes d'opposition et surtout minoritaires, Jean-Éric Gicquel met le doigt sur l'un des échecs de la révision de 2008[29]. L'objectif du comité présidé par Édouard Balladur qui a pensé la réforme institutionnelle était bien d'organiser un dialogue entre ce que Jean-Éric Gicquel appelle les « astres de masse » que sont le groupe majoritaire et le principal groupe d'opposition. Mais le constituant jugea utile d'introduire la notion de groupe minoritaire non seulement parce qu'il fallait complaire au groupe centriste du Sénat et le convaincre de voter la révision mais aussi parce que, dès cette époque, le schéma bipartisan ou tout du moins bipolaire commençait à sérieusement perdre de sa force. On s'en aperçut un peu moins de dix ans plus tard.

Une voie possible entre un Parlement anarchique et un Parlement bureaucratique

Une voie est possible entre un Parlement anarchique et de ce fait inaudible et un Parlement rationalisé mais robotisé ou bureaucratique. Elle passe sans doute par

[29] J.-É. Gicquel, « Groupes parlementaires d'opposition et groupes parlementaires minoritaires », p. 259-274.

un renforcement des groupes tant en termes de moyens que de poids dans l'organisation des travaux parlementaires. Elle suppose un *aggiornamento* puissant dans la conception que l'on continue à promouvoir du député ou du sénateur. Il faudra bien cesser de considérer qu'un parlementaire qui se soumet à la discipline de vote n'est qu'un godillot, un caporalisé, un lâche, un vendu ou une victime. Cette rhétorique dont certains parlementaires usent parfois malheureusement, que les journalistes utilisent *ad nauseam*, et que la doctrine continue trop souvent de véhiculer dans des termes plus choisis interdit toute réflexion un tant soit peu rationnelle et pesée autour de la question parlementaire.

Naturellement la discipline parlementaire au sein des groupes ne saurait être absolue et surtout elle devrait toujours être précédée de débats clairs, ouverts et même, dans une certaine mesure, publics. L'exercice démocratique s'en trouverait vivifié. Quant à la séance, elle ne serait plus le lieu de débats si longs et si touffus, qu'ils ne peuvent être suivis et même compris par le public le plus attentif. L'hémicycle doit être le lieu des confrontations structurées. À l'évidence, on ne saurait non plus laisser aux groupes le soin de structurer l'ensemble de l'espace parlementaire. La culture politique française est encore marquée par des logiques de confrontation et non de coopération telles que celles qui existent en Allemagne par exemple. Dès lors, il est indispensable que demeurent des lieux « institutionnels » et non purement « politiques » où les idées s'affrontent sous une forme organisée. Ce sont naturellement les commissions. Il faut qu'elle conserve un rôle important car c'est là que publiquement, avec la séance, que majorité et opposition débattent sous l'œil impartial des administrateurs des assemblées qui veillent au respect des procédures. Il y eut parfois des tentations, et elles demeurent vives, de substituer aux organes institutionnels des formations internes aux groupes. Tel fut le cas en 2009 lorsque la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale créa une mission d'information sur le voile intégral (dite improprement « mission sur la burqa »). Jean-François Copé décida de créer, au sein du groupe majoritaire UMP qu'il présidait, sa propre mission avec des auditions et des conclusions, de sorte que les travaux de la mission institutionnelle s'en trouvèrent extrêmement perturbés. Ce genre de siphonage doit évidemment être évité.

Le droit parlementaire est un droit plastique qui naît de la vie des assemblées. Mais les évolutions positives qu'il peut connaître naissent de la prise de conscience par les acteurs des enjeux qui sont devant eux. Cet ouvrage peut y contribuer assurément.

Éric Thiers

Chercheur associé au CEVIPOF (SciencesPo Paris).

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 *(en ligne)*

***Jus Politicum* nº 25** (janvier 2021)

Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel

http://juspoliticum.com/numero/Les-doctrines-autoritaires-et-totalitaires-du-droit-constitutionnel-78.html
http://juspoliticum.com/uploads/jp25_ebook.pdf

Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel

Olivier Jouanjan : *Présentation*
Lucien Jaume : *L'idée de démocratie autoritaire : Quelques réflexions*
Oscar Ferreira : *Un héritage indicible du constitutionnalisme octroyé ? La doctrine constitutionnelle éclectique des cathédocrates sous l'État Nouveau portugais*
Bernardo Sordi : *Droit constitutionnel et droit administratif sous le fascisme*
Louis Terracol : *La doctrine de Vichy. Penser la légalité et la légitimité autour de l'autorité*
Baptiste Bianchi : *Le destin de la théorie du dépérissement de l'État. De la formation du marxisme russe à la dérive totalitaire du régime soviétique*
Olivier Jouanjan : *Dialectique de la concrétude. Doctrine juridique et constitutionnelle en République démocratique allemande*
Gábor Halmai : *Illiberal Constitutional Theories*

***Autour de J.-M. Denquin,* Penser le droit constitutionnel**

Bruno Daugeron : *Présentation*
Jean-Marie Denquin : *Penser le droit constitutionnel ?*
Manon Altwegg-Boussac : *Faire apparaître l'objet constitutionnel. À propos de l'ouvrage* Penser le droit constitutionnel *de Jean-Marie Denquin*
Véronique Champeil-Desplats : *À propos du livre réunissant quelques articles choisis de Jean-Marie Denquin*
Thibault Guilluy : *À propos de* Penser le droit constitutionnel. *L'apport de Jean-Marie Denquin à la doctrine constitutionnaliste*
Frédéric Rouvillois : *Denquin et les idoles*
Alexandre Viala : *Jean-Marie Denquin face aux mutations contemporaines du constitutionnalisme*
Penser le droit constitutionnel. Dialogues

Varia

Thibault Desmoulins : *La formalisation du présidentialisme sous la Vᵉ République : Le Conseil de défense et de sécurité nationale*
Mickaël Lavaine : *Du libéralisme au néolibéralisme dans la jurisprudence administrative de l'entre-deux guerres*
Nicolas Thiébaut : *La séparation « physique » des pouvoirs sous les régimes préparlementaires*

Recensions

Olivier Beaud : *V. Fritz,* Juges et avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne (1952-1972) *(2018)*
Lucien Carrier : *R. Schütze et S. Tierney (dir.),* The United Kingdom and the Federal Idea *(2018)*
Franck Laffaille : *L'aube du droit constitutionnel. A. Le Quino et T. Santolini (dir.),* Trois précurseurs italiens du droit constitutionnel *(2019)*
Éric Thiers : *E. Lemaire (dir.),* Les groupes parlementaires *(2019)*

Mémoires

Loïc Barillot : *Le contentieux constitutionnel de l'état d'urgence*
Joachim Tavoillot : *Constitution et système de gouvernement chez Raymond Carré de Malberg*