Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 26 – 2021

René Capitant (1901–1970)

À l'occasion du 50e anniversaire de sa mort

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), 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)

Jus Politicum – Revue de droit politique
nº 26 (juillet 2021)

Journée d'étude : René Capitant (1901–1970) 3

Olivier Beaud : *Avant-propos* 5

Olivier Beaud : *Le 50e anniversaire de la mort de René Capitant* 7

Yōichi Higuchi : *La théorie constitutionnelle du professeur René Capitant* 15

Benjamin Fargeaud : *René Capitant, un intransigeant face à l'élaboration de la Constitution de 1946* 35

Annexe : *René Capitant, cible des dessinateurs du journal L'Humanité (avril–novembre 1946)* 81

Jean-Félix de Bujadoux : *René Capitant, théoricien constitutionnel du Rassemblement du Peuple Français (RPF)* 97

Nobuyuki Takahashi : *René Capitant au Japon* 129

Jean-Marie Denquin : *L'interprétation de la Constitution de la Ve République par René Capitant* 153

Alain Laquièze : *René Capitant, gaulliste de gauche* 169

Clément Gaubard : *René Capitant et la participation* 199

Varia **223**

Camille Aynès : *Le vote du « fou ». Citoyenneté et capacité à la lumière de la réforme du 23 mars 2019* 225

Olivier Beaud : *Préhistoire législative du délit d'offense en France De l'offense au Roi à l'offense au président de la République (1819–1875)* 257

Éric Buge et Mathieu Mugnier : *Le rapporteur, clef de voûte de la délibération parlementaire* 285

Samuel Marlot : *Les loi révolutionnaires. La systématisation de la Terreur (1793–1794)* 317

Richard Martial Mvogo Belibi: *Covid-19 et décision publique en situation d'incertitude Illustrations et illusion de l'état d'exception en Afrique subsaharienne* 351

Suzie Navot : *L'affaire Netanyahou. Un Premier Ministre accusé et plusieurs dilemmes constitutionnels non résolus* 385

Recensions..... 407

Manon Altwegg-Boussac : *Un appel à la science face aux transformations politiques et sociales de son temps. G. Jellinek,* Révision et mutation constitutionnelles *(2018)*.....409

Renaud Baumert : *B. Fargeaud,* La doctrine constitutionnelle sous la Quatrième République *(2020)*.....425

Jean-Félix de Bujadoux : *A. Le Divellec (dir.),* La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République *(2020)*.....433

Jean-Marie Denquin : *L. Morel,* La question du référendum *(2020)*.....443

Jacky Hummel : O. Ferreira, Le constitutionnalisme octroyé. Itinéraire d'un interconstitutionnalisme au xixe siècle (France, Portugal, Brésil) (2019).....449

Journée d'étude :
René Capitant (1901–1970)

Olivier Beaud

Avant-propos

Pour célébrer le 70e anniversaire de la mort de René Capitant (1901–1970), l'Institut Michel Villey avait voulu consacrer une « Journée René Capitant » qui aurait dû avoir lieu en *décembre 2020*. La situation sanitaire résultant de la pandémie a entraîné son annulation mais les personnes pressenties pour y participer ont eu la grande gentillesse d'accepter de rendre un article pour ce numéro spécial et elles doivent ici en être vivement remerciées.

Dans ce numéro spécial, il n'était pas question de « célébrer » René Capitant uniquement pour le célébrer, mais il s'agissait bien plutôt de faire mieux connaître non seulement son œuvre, mais aussi son action. La conviction sous-jacente à une telle entreprise était celle selon laquelle ce grand juriste, le plus grand « espoir » du droit public d'avant-guerre, avait certes basculé dans la politique en devenant un gaulliste intransigeant, mais sans pour autant renier l'universitaire qu'il était demeuré, le théoricien même qui tentait de penser sa pratique. On dira que c'est bien connu et qu'il n'était pas nécessaire de consacrer un colloque entier et un numéro entier pour répéter ce qu'on savait déjà et ce qui a déjà été constaté par tant d'auteurs (notamment par Léo Hamon ou Gérard Conac). Mais le pari de ce colloque était précisément de montrer d'autres facettes de la vie et de l'œuvre de Capitant en saisissant le 70e anniversaire de sa mort comme une excellente occasion pour signaler à nos lecteurs l'intérêt de son œuvre et de son action.

Il ressort de l'ensemble des contributions ici rassemblées que trois thèmes fort peu explorés jusqu'à présent, ou en tout cas pas de façon aussi approfondie, ressortent clairement.

Le premier est incontestablement l'action de René Capitant sous la IVe République. Certes, on triche un peu avec la chronologie en insérant l'étude – faite par Benjamin Fargeaud – de l'action de Capitant face à l'élaboration de la constitution de 1946. Celle-ci lui a valu, en raison de la vindicte des communistes et des socialistes qui n'ont pas apprécié son opposition irréductible à une telle constitution. Tout aussi important est l'examen, mené par Jean-Félix de Bujadoux de son œuvre de théoricien constitutionnel au sein du Rassemblement du peuple français. On voit ici apparaître l'évolution de la pensée constitutionnelle de Capitant à partir du renouvellement qu'il fait de la notion de régime parlementaire.

Le second thème est ce qu'on pourrait appeler le rapport entre Capitant et le Japon. En effet, la marque laissée par lui lors de ces trois années à Tokyo (1957–1960) a été profonde comme le montre l'émouvant témoignage de son ancien élève, Yoichi Higuchi, devenu depuis lors un des maîtres du droit constitutionnel japonais, dans un article paru en 1972 au Japon et traduit ici en français pour la première fois. En outre, la consultation des archives privées de Capitant et de documents conservés à la Maison franco-japonaise par un jeune chercheur japonais, Nobuyki Takahashi a permis de lever le voile sur la façon dont René Capitant à des milliers de kilomètres a suivi la genèse et les deux premières années de la constitution

de 1958. On retiendra notamment l'effort fait par ce dernier pour réfuter, dans les médias japonais de l'époque, l'idée selon laquelle de Gaulle aurait été un « fasciste ».

Enfin, le dernier thème n'est pas inconnu, bien au contraire, car c'est le volet qui concerne la question sociale chez René Capitant qui était un « gaulliste de gauche ». Les deux études très substantielles d'Alain Laquièze et de Clément Gaubard apportent un éclairage aussi nouveau que riche de cette pensée sociale qui faisait la marque de Capitant et permettent d'expliquer en quoi consistait cette fameuse idée de « participation » que Pompidou exécrait.

Toutefois, il aurait paru un peu curieux que l'on passe sous silence son œuvre de constitutionnaliste sous la V^{e} République. C'est pourquoi la belle synthèse de Jean-Marie Denquin s'imposait.

Ce dernier mot de l'organisateur du « colloque-qui-n'a-pas-eu-lieu » vise à remercier pour leur très beau travail éditorial de Thibault Desmoulins (nouveau Secrétaire général de l'Institut Villey) et de Martin Hullebroek, son « assistant ».

Olivier Beaud

> Professeur de droit public à l'Université de Panthéon-Assas. Directeur adjoint de l'Institut Michel Villey.

Olivier Beaud

Le 50e anniversaire de la mort de René Capitant

Hommage à une grande figure de la République et de l'Université*

Alors que les journaux et les sites internet sont saturés d'interventions d'intellectuels – à la qualité inégale… – sur l'épidémie du Covid-19, on voudrait célébrer, malgré tout, le 50e anniversaire de la mort d'un grand universitaire, doublé d'un homme politique exemplaire, René Capitant (1901–1970). Il nous semble que, dans les circonstances actuelles, sa vie pourrait faire figure d'exemple à suivre, ainsi que donner envie comme dirait Lucien Febvre, de se « retrousser les manches », en participant au débat public sous une forme autre que sous celle de l'excommunication ou du réquisitoire. Retracer son destin permet d'illustrer ce que peut être une vie marquée par une grande cohérence politique, intellectuelle et éthique.

René Capitant est décédé le 23 mai 1970, il y a donc cinquante ans. La mairie de Paris a été un peu chiche en donnant son nom, non pas à une rue ou une place, mais à une simple « promenade » sur les berges de la Seine. Pourtant, lors de sa disparition, les hommages de ses contemporains s'étaient multipliés. Louis Joxe, l'ancien ministre du général de Gaulle, dressa de lui un élogieux portrait dans une page entière du *Monde* : « Une vie bien remplie ». L'hommage est encore plus vibrant dans l'éloge que, devant sa tombe, Jean Foyer fit lors de son enterrement :

> cet homme, qui a été un prince de l'esprit et l'un de ceux qui ont le mieux honoré notre vie publique par sa vertu, garde une place privilégiée dans les mémoires et dans les cœurs de ceux qui ont eu l'honneur de travailler et de se battre à ses côtés pour la France, pour la République et pour la Liberté.

Un an plus tard, préfaçant un recueil de ses articles, Louis Vallon décrivait ainsi son ami et son compagnon politique :

> Âme ardente, cœur pur, intelligence lumineuse, tel fut, toute sa vie durant, René Capitant. […] [Il] n'était pas un homme politique de type courant, semblable à ceux qui, par pur opportunisme ou par ambition, vivent au jour le jour. Il mettait sa haute intelligence et son courage civique au service de la France, de là son attachement profond, sincère, constant à Charles de Gaulle.

---

* Le texte de cette contribution est la version modifiée d'un billet paru le 20 mai 2020 dans le *Blog Jus Politicum* [https://blog.juspoliticum.com/2020/05/23/le-50eme-anniversaire-de-la-mort-de-rene-capitant-hommage-a-une-grande-figure-de-la-republique-et-de-luniversite-par-olivier-beaud/]. Je remercie très vivement Anne Simonin (Directrice de recherche au CNRS et EHESS) pour avoir lu, discuté ce texte et pour m'avoir incité à le publier.

Pourtant, il serait réducteur de décrire René Capitant comme ayant été seulement un homme politique, il fut bien plus que cela, et peut-être davantage encore que « le professeur, le résistant, et l'homme d'État » qu'Alfred Coste-Floret voyait en lui.

I. Un gaulliste, et de gauche…

René Capitant est souvent présenté par ses biographes comme un « gaulliste de gauche ». En effet, il avait rejoint en 1960, à son retour en France, l'Union démocratique du travail (UDT) ce petit mouvement fondé par Louis Vallon, Gilbert Grandval et Léo Hamon, allié de la puissante UNR (Union nationale pour la République). Gaulliste et « de gauche » ? Curieux alliage qui mérite qu'on s'y intéresse, tant ces deux qualificatifs sont rarement associés, ou de façon transitoire, alors qu'ici c'est l'engagement d'une vie qui les sous-tend.

Gaulliste, Capitant le fut très tôt, c'est-à-dire dès sa rencontre avec de Gaulle en 1939 au Ve Corps d'Armée où il était mobilisé. Il le resta sa vie durant avec une fidélité inébranlable : pendant la Résistance qu'il anima à Alger où, en tant que professeur de droit public, il s'était fait muter en 1941 à la demande du mouvement « *Combat* » ; au moment de la Libération où il fut ministre de l'Éducation du Gouvernement provisoire de la République française (1944–1945), puis sous la IVe République, où il fut élu député en 1946. Pendant la traversée du désert du Général, il tenta d'animer le Rassemblement du Peuple Français. Enfin, sous la Ve République, il fut député parisien de 1962 à 1969, battant lors de sa première élection, le député sortant, un dénommé Jean-Marie Le Pen. Brillant président de la commission des Lois à l'Assemblée nationale de 1962 à 1967, il fut un éphémère Garde des Sceaux du 30 mai 1968 à avril 1969, sous les gouvernements Pompidou et Couve de Murville. Cet homme entier n'était pas prêt à tout pour conserver ses mandats. Lors des évènements de mai 1968, il démissionne de son mandat de député pour ne pas à avoir à voter la censure, estimant que le gouvernement n'avait pas su bien protéger le Général. En avril 1969, il démissionne de sa fonction ministérielle, n'imaginant pas rester Garde des Sceaux et devoir cohabiter avec le président par intérim (Poher) qui avait appelé à voter non au référendum ayant provoqué le départ du général de Gaulle. On comprend pourquoi « l'enfant terrible du gaullisme » déplaisait à de nombreux « barons » du régime qui le savaient incontrôlable. Il fait penser à certains égards à Philippe Séguin, l'enfant terrible du chiraquisme.

Mais René Capitant était aussi un homme de gauche. En témoigne d'abord son engagement précoce contre le fascisme et le nazisme. Pendant l'entre-deux-guerres, il présida, en Alsace, le Comité de Vigilance des Intellectuels Anti-fascistes (CVIA), et écrivit des articles éclairés et décisifs sur le danger hitlérien. Il prolongera son combat dans la Résistance. En 1936, au moment du Front Populaire, il fit un bref passage au cabinet de Léon Blum au cours duquel il tenta en vain d'alerter sur le danger hitlérien, mais il eut maille à partir avec le directeur de cabinet Jules Moch, et son expérience tourna court. Cet homme de sensibilité de gauche fut celui qui installa, en novembre 1944, lorsqu'il était ministre de l'Éducation du gouvernement provisoire de la République française (GPRF), la commission Langevin-Wallon (tous deux communistes) qui élabora dans le Plan du même nom les cadres d'un système éducatif démocratique.

Sa sensibilité de gauche le pousse vers un farouche anticolonialisme. La tradition républicaine française prônant une égalité illusoire avec la doctrine de « l'as-

similation » des colonies était, selon lui, une chimère, contraire au sens de l'histoire. Capitant a plaidé sans relâche en faveur de la solution fédérale – une « fédération de nations égales » – qui avait ses faveurs pour remplacer l'empire colonial français et son succédané, l'Union française. Ses lectures de Rousseau et de Proudhon l'ont amené à penser dans ses écrits la conciliation entre démocratie et fédéralisme. Joignant la pratique à la théorie, il milite en faveur de l'indépendance algérienne, déclarant le 26 mai 1957 que « la dépendance est injuste, les Algériens ont le droit d'en sortir, donc ils ont droit à l'indépendance… Il y a là une revendication que la France doit juger légitime ». En mai 1962, il acceptera d'être nommé conseiller juridique de Abderrahmane Farès, président de l'exécutif provisoire algérien, poursuivant ainsi son engagement anti-colonialiste. Plus tard sous la Ve République, il théorisera le droit des peuples à l'autodétermination dans une interprétation audacieuse de l'article 53 de la Constitution, assimilant le mot de « cession » (qui figure dans le texte) à celui de « sécession », et autorisant ainsi la sortie de la République pour les peuples d'outre-mer qui le demanderaient démocratiquement. Cette interprétation audacieuse portera alors le nom de la « doctrine Capitant » et elle fut probablement endossée par le Conseil constitutionnel en 1975 dans l'affaire des îles Comores.

Mais surtout sa fibre progressiste et sociale le fit devenir le théoricien de l'association capital-travail, cette sorte de « troisième voie » en matière économique et sociale, qui aurait été le pendant de la troisième voie prônée par de Gaulle en matière de relations internationales. Il combattit longuement contre Pompidou – Premier ministre de l'époque – pour lui imposer la réforme à laquelle il tenait tant, la *participation*, pour lutter contre les dérives du capitalisme et récompenser les salariés de leurs efforts. Il eut, un court moment après 1968, le soutien du général de Gaulle qui, dans son allocution du 29 juin 1968, déclarait :

> Il s'agit que, dans chacune de nos activités, par exemple, une entreprise ou une université, chacun de ceux qui en font partie soit directement associé à la façon dont elle marche, aux résultats qu'elle obtient, aux services qu'elle rend à l'ensemble national.

Mais les réformes ambitieuses proposées par Louis Vallon et Capitant sur la participation et sur l'intéressement des salariés n'aboutiront jamais, freinées qu'elles seront constamment par Georges Pompidou qui aurait déclaré à Alain Peyrefitte : « les gaullistes de gauche se promènent dans l'économie comme des éléphants dans un magasin de porcelaine ». La haine entre les deux hommes était certaine et elle explique pourquoi, au moment de « l'affaire Markovic », le Premier ministre fut aisément persuadé que le Garde des Sceaux avait joué un rôle trouble en ne le prévenant pas des rumeurs courant sur sa vie privée mettant directement en cause sa femme – ce que les amis et la famille de Capitant ont toujours vigoureusement contesté[1].

La lucidité historique impose de dire que Capitant, comme les autres gaullistes de gauche, n'arriva guère à infléchir dans son sens la politique du Général de Gaulle. Comme l'a ironiquement écrit son récent biographe, Julian Jackson, celui-ci « le laissait s'exprimer avec bienveillance, mais ne l'écoutait que rarement ». Ce qui n'empêcha pas Capitant de lui rester irréductiblement fidèle.

[1] Voir la lettre de sa nièce, Béatrice Didier, au *Monde* du 25 août 1982.

II. Un juriste d'exception

Toutefois, avant d'être un homme politique engagé aux côtés du Général de Gaulle, il fut d'abord un grand juriste. Laissons ici la parole à Alfred Coste-Floret, son collègue résistant dans le bel hommage qu'il lui a rendu :

> René Capitant fut un grand Professeur de Droit, un remarquable juriste. Il réussit à affirmer sa personnalité marquante sans être éclipsé par l'ombre immense d'un père prestigieux, Henri Capitant, peut-être le plus grand civiliste de l'époque contemporaine.

Au début de sa carrière, en tant que professeur agrégé de droit public à Strasbourg (1929–1940), il s'illustra par ses écrits sur le régime parlementaire français et sur le nazisme. Il plaida avec talent la cause d'une réforme profonde du parlementarisme pour le sortir de son impuissance[2]. Quant à l'analyse du nazisme qu'il fit à Strasbourg dans une revue confidentielle, après avoir passé un an à Berlin en 1933–1934, elle fut brillante et – hélas ! – prémonitoire car il pronostiqua avec lucidité la marche vers la guerre. Ce fut et de loin la meilleure analyse contemporaine du nazisme, même si elle fut trop ignorée à l'époque[3]. Ses divers et riches écrits révèlent une conception alléchante du droit constitutionnel, qui, selon un commentateur avisé (Gérard Conac), se caractérise par deux traits. D'une part, Capitant estime que, « entre droit et science politique, il y a […] un trait d'union qu'il serait dangereux de trancher à la manière du nœud gordien ». Par conséquent, il serait dangereux de dissocier dans son analyse, la « réalité juridique » de la « réalité politique ». D'autre part, « il était convaincu qu'à la base de toute organisation politique, il y a des valeurs, une certaine conception de l'homme, il n'excluait pas les idéologies de son champ d'investigation »[4]. Son analyse du nazisme fut brillante et originale car il y mêlait justement l'étude de l'idéologie hitlérienne à celle des données du droit positif, ce que son contemporain, plus âgé et plus « capé », Roger Bonnard, n'avait pas été en mesure de faire, ce qu'on comprend aisément, compte-tenu de son fervent pétainisme ultérieur…

Dès cette époque, ses deux grands amis et collègues de la faculté de droit de Strasbourg, Charles Eisenmann et Marcel Prélot, le tenaient en haute estime. Nul doute que pour eux, et pour les lecteurs avertis, René Capitant était le professeur de droit public le plus brillant de sa génération. Ses successeurs, seront plus « médiatiques », tels Maurice Duverger (au lourd passé vichyste) et Georges Vedel, mais ni l'un, ni l'autre ne produira une œuvre « constitutionnelle » d'une portée comparable.

Mais si Capitant ne devint pas le maître incontesté du droit public français pour la seconde moitié du XXe siècle – ce à quoi tout le destinait –, la faute en est au virus

---

[2] Son œuvre constitutionnelle de l'époque est désormais accessible grâce aux deux ouvrages suivants : R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004. Signalons également la publication d'une thèse récente consacrée à son œuvre constitutionnelle : H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant. Contribution au développement d'une légitimité démocratique*, Paris, Dalloz, 2020.

[3] R. Capitant, *Face au nazisme* (*Écrits de 1933–1938)*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004 (*épuisé*). Ce livre qui était épuisé, connaîtra une seconde édition aux PUS à l'automne 2021, afin de célébrer justement le 50e anniversaire de la mort de René Capitant.

[4] G. Conac, « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », in *Apports de René Capitant à la science juridique*, Paris, Litec, 1992, p. 55-56.

de la politique contracté pendant la Seconde Guerre mondiale qui lui fera préférer l'action à l'écriture. Sa présidence de la commission des lois constitutionnelles de 1962 à 1968 lui donna l'occasion de démontrer ses talents de légiste dans les nombreux domaines où cette commission devait intervenir. Les étudiants en droit apprennent parfois qu'à la tribune de l'Assemblée nationale il s'opposa avec brio à la proposition de Paul Coste-Floret de vouloir introduire en France le régime présidentiel. Son intervention à la tribune mérite d'être lue, et relue encore aujourd'hui, pour comprendre l'inanité de cette vieille lune de réformistes constitutionnels en panne d'inspiration. On n'a pas encore fait le bilan de son activité législative, mais sa notice dans le *Dictionnaire des parlementaires* donne des indications précieuses sur l'importance de sa contribution à la « fabrication de la loi » sous la Ve République gaullienne[5].

Homme à l'énergie inépuisable, il continua à enseigner à la faculté de droit de Paris et à publier. Il enrichira ses étudiants par des cours de doctorat dont la qualité fut marquante, et dont certains furent en partie publiés, et le grand public par ses articles dans *Notre République*[6], cet hebdomadaire des gaullistes de gauche. Un recueil de ses textes de droit constitutionnel[7], témoigne que de 1946 à 1970, il fut à la fois un excellent technicien du droit mais aussi un juriste ayant des idées originales. Son attrait irrépressible pour la démocratie le conduisit, sous la Ve République à proposer une interprétation « hétérodoxe » de la constitution de 1958. Estimant que la constitution avait rétabli les droits du peuple, souverain en dernière instance, il considérait que, sous son empire, le pouvoir du président de la République était contrebalancé par sa responsabilité directe devant le peuple. Le référendum et la dissolution étaient, à ses yeux, des instruments qui permettaient au peuple, d'avoir le pouvoir du dernier mot, ce qui était selon lui, le propre d'une véritable démocratie. Il préférait cet arbitrage populaire à la souveraineté du Parlement qu'il avait déjà pourfendue sous la IIIe République, prenant alors au sérieux les solutions proposées par son maître, Carré de Malberg, pour lutter contre le « parlementarisme absolu ». Il n'aurait pas accepté, ni apprécié, le glissement de la Ve République vers le présidentialisme irresponsable, qu'on connaît aujourd'hui.

La lecture des écrits de Capitant a pour effet salutaire de faire prendre conscience que cette « involution » illibérale du régime de la Ve — « la monarchie aléatoire » (J.-M. Denquin) – n'était pas inscrite dans la lettre de la constitution, mais fut le résultat de pratiques contestables, jamais mises en système et aboutissant désormais à une prépondérance présidentielle sans contrepoids.

III. Un citoyen exemplaire

Homme politique passionné et convaincu, éminent professeur de droit public, René Capitant fut aussi un citoyen exemplaire. Il le fut quand, dans son amphithéâtre à la faculté de droit de Clermont-Ferrand, il exhorta ses étudiants en droit à observer une minute de silence en hommage au Roi de Yougoslavie qui, son pays étant envahi par les nazis, décida de s'exiler et quand il fit aussi, sitôt entré en fonctions à Alger, l'éloge de son prédécesseur à la chaire de droit public, Robert-

[5] Ph. Martial et A. Gavois (dir.), *Dictionnaire des parlementaires français, 1940–1958*, t. 3, Paris, La Documentation française, 1994.

[6] Partiellement republiés dans ses *Écrits politiques* (préf. L. Vallon, Paris, Flammarion, 1971).

[7] R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, préf. M. Waline, Paris, Éd. du cnrs, 1982.

Édouard Charlier, qui fut chassé (« relevé de ses fonctions ») de son poste en raison de son engagement à gauche. Il n'hésita pas non plus à refuser de remplir la fiche exigée par le lycée de son fils pour déclarer s'il était juif ou pas, et la renvoya avec un propos méprisant sur l'Administration qui osait envoyer de tels formulaires. L'affaire remonta jusqu'à Vichy, comme en témoigne son dossier de fonctionnaire conservé aux Archives nationales.

En tant que résistant, il fut encore plus actif au sein du groupe de résistance « *Combat Outre-Mer*[8] ». Il prépara et réalisa un putsch à Alger dans la nuit du 7 au 8 novembre 1942, pour préparer le débarquement des Alliés. Il fut l'ardent combattant des gaullistes contre les giraudistes, lui le farouche républicain qui lutta contre les monarchistes qui avaient profité des circonstances pour imposer Giraud aux Alliés. Il fut révoqué en avril 1943 pour « activités antinationales ». Résistant, Capitant avait su percevoir et analyser, avant tant d'autres, le danger hitlérien qu'il avait pu observer sur place à Berlin en 1933–1934, comme Raymond Aron d'ailleurs. L'un et l'autre en tirèrent des conséquences pratiques qui devaient bouleverser leur vie. Ce n'est pas si fréquent parmi les intellectuels.

Ce tempérament rebelle se manifesta aussi pendant la guerre d'Algérie. En effet, en mars 1957 lorsqu'il apprit la mort de l'avocat Ali Boumendjel, qui fut son élève à la Faculté de droit d'Alger et qui était un membre de l'Union démocratique du manifeste algérien (UDMA) fondé par Fehrat Abbas, il ne crut pas à la fable selon laquelle son ancien étudiant se serait suicidé. Il avait raison car le général Aussarresses, tortionnaire non repenti, raconta plus tard dans ses mémoires (2002) comment il ordonna son assassinat après qu'il eut été torturé sauvagement. Capitant envoya et rendit publique une lettre au ministre de l'Éducation l'informant qu'il suspendait immédiatement son cours, ne voulant pas cautionner un État qui pratiquait la torture en Algérie. Son coup d'éclat eut un grand écho dans la presse française, parce que Jean Daniel, qui fut son condisciple au lycée d'Ali Boumendjel, alerta son patron à *L'Express*, Jean-Jacques Servan-Schreiber. Pour la première fois, les intellectuels français pouvaient mettre un nom et un visage sur l'une des exactions des militaires à Alger. L'affaire prit donc une tournure nationale[9] et déboucha sur la création de la « Commission de sauvegarde des droits et libertés individuels ». Un tel acte aurait pu lui coûter la révocation car c'était un abandon de poste. Mais on ne révoque pas un ancien ministre de l'Éducation ; le gouvernement préféra l'éloigner. Ainsi fut-il nommé directeur de la maison franco-japonaise à Tokyo, fin 1957, où il resta jusqu'en 1960, laissant un souvenir impérissable au Japon. C'est en tout cas pour cette raison, ce départ au pays du Soleil Levant, que, en 1958, ce gaulliste fervent, ne put assister au retour du général de Gaulle. Lui, l'immense constitutionnaliste, fut alors tenu à l'écart de l'élaboration de la constitution de la Ve République à son grand désespoir. Cela ne l'empêcha pas de multiplier, de mai à septembre 1958, ses interventions dans la presse et à la radio japonaises pour expliquer que le général de Gaulle n'était pas un « fasciste » contrairement à ce que les Américains continuaient à penser de lui.

---

[8] Voir le dossier rassemblé par J.-P. Morellou, « Le Gaullisme de guerre de René Capitant » dans la *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique* en 1995.

[9] Elle est copieusement documentée dans l'ouvrage de M. RAHAL, *Ali Boumendjel. Une histoire française, une histoire algérienne*, Paris, Les Belles Lettres, 2010.

*
**

On connaît encore trop peu sur ce grand citoyen et cet immense juriste. Par exemple, le bilan de l'activité de René Capitant sous la Ve République, que ce soit sa contribution à la législation ou bien son action comme ministre en 1968–1969 à la tête de la Justice n'avait pas encore été dressé[10]. Les témoignages de ses plus proches collaborateurs dans la revue *Espoir*, en octobre 1981, démontrent qu'il y fut à chaque fois un grand réformateur. En cela, il était assez proche de Michel Debré par la forme d'esprit réformatrice et on peut comprendre, à travers sa vie et son œuvre, comment la Ve République gaullienne réussit à moderniser la France en la réformant intelligemment. De Gaulle ne suffisait pas à tout ; il lui fallait des brillants subordonnés. Capitant en a fait partie. On a magistralement résumé son apport en écrivant que « de Gaulle bâtissait sur une pierre, la France ; Capitant cimentait l'édifice par la générosité sociale et la confiance en la légitimité populaire[11] ». Il n'y a pas beaucoup d'hommes politiques et d'universitaires qui constituent un tel exemple et méritent un tel respect. On se doit de ne pas oublier René Capitant.

Olivier Beaud

Professeur de droit public à l'Université de Panthéon-Assas. Directeur adjoint de l'Institut Michel Villey

[10] Un colloque international organisé par l'Institut Michel Villey à l'Université Panthéon-Assas, et intitulé *« Journée René Capitant (1901–1970) » à l'occasion du 50e anniversaire de sa mort*, devait se tenir à Paris en décembre 2020. La situation sanitaire a entraîné son annulation mais la majeure partie des invités se trouvent représentés dans ce bouquet, qui en constitue les Actes.

[11] B. Fessard de Foucault, « René Capitant ou l'idéal vaut-il en politique ? », *Le Monde*, 27 mai 1980.

Yōichi Higuchi

La théorie constitutionnelle du professeur René Capitant*

Traduit du japonais par Simon Serverin

Cet article est basé sur une présentation faite à l'Association de recherche de droit franco-japonais [*Nichi futsu hō gakkai*] le 20 décembre 1972. Si l'Association m'a demandé de faire une présentation sur le thème de la théorie constitutionnelle de René Capitant, c'est que depuis que je me suis engagé dans des travaux de recherche sur les Constitutions et le droit constitutionnel français, la stimulation théorique que j'ai reçue des travaux de mon maître Capitant[1] a été extrêmement importante. Et j'ai été infiniment honoré d'avoir la chance de pouvoir payer mon tribut académique à mon professeur au sein d'une association dont il a été le véritable géniteur.

Si vous voulez bien excuser quelques souvenirs personnels, je l'ai rencontré pour la première fois alors que j'étais un étudiant briguant une bourse d'études à l'étranger et lui un examinateur. J'ai, à cette occasion, eu la chance d'être invité, par l'intermédiaire du professeur Ishizaki Masaïchirō (ancien président de l'Association de droit franco-japonais) et de son épouse, à un repas d'adieu donné en son honneur pour son départ en France, alors qu'il venait de terminer son mandat à Tokyo. J'ai ainsi pu m'entretenir avec Monsieur et Madame Capitant et j'ai souvent été invité par la suite à leur résidence de La Tour Maubourg durant mes études en

---

* La traduction de cet article depuis le japonais a été réalisée par Simon Serverin, professeur associé à la faculté des langues étrangères de l'université Sophia, Tokyo. Il a initialement été publié comme : Y. HIGUCHI, « La théorie constitutionnelle du professeur René Capitant », in *La pensée constitutionnelle des démocraties contemporaines : en se référant au corpus des Constitutions et des théories constitutionnelles françaises* [*Gendai minshushugi no kenpō shisō. Furansu kenpō oyobi kenpōgaku wo sozai toshite*], Tokyo, éd. Sōbunsha, 1972, p. 249-275.

[1] Note du traducteur : le Professeur Higuchi utilise en japonais et tout au long du texte, cette appellation affectueuse pour parler de Capitant (*Capitant-Sensei*), une adresse d'un élève à son maître, qui si elle est naturelle en japonais où on désigne systématiquement sa position par rapport à son interlocuteur, sonnerait étrangement en français. Dans la suite de cette traduction, nous utiliserons simplement le nom de Capitant afin d'en faciliter la lecture. Par ailleurs, dans sa version japonaise, le professeur Higuchi cite un certain nombre de concepts en français et les met, dans ce cas, entre guillemets. Nous plaçons ces expressions en italiques et les faisons suivre d'un astérisque (*).

France. Mes deux regrettés maîtres, les professeurs Capitant et le professeur Ishizaki, vivent maintenant dans la « haute tour de Jade blanc[2] », et j'en ressens une profonde tristesse. Que ce texte soit à nouveau l'occasion de prier pour le repos de leurs âmes.

Introduction

René Capitant a travaillé sous des formes variées en tant que constitutionnaliste, et s'est exprimé sur de nombreux sujets, mais dans le cadre de cet article, nous diviserons ses travaux en trois domaines : (1) sa théorie de la validité du droit ; (2) sa théorie du gouvernement ; et (3) sa théorie des organes sociaux et économiques (qui relève d'une problématique des droits de l'homme, si on le voit du point de vue des droits économiques et sociaux). Nous chercherons, en étudiant la théorie constitutionnelle de Capitant dans ces trois domaines, la cohérence fondamentale de celle-ci. Et nous pourrons en dégager les notions clés de *démocratie directe** et de *participation**.

Le premier domaine concerne la position selon laquelle « la loi est la norme telle qu'elle est effectivement appliquée ». Cette position est parfois nommée *positivisme sociologique** par opposition au positivisme juridique. Le fondement d'une telle position est que c'est le consensus du peuple qui détermine l'application de la loi. C'est pourquoi les normes qui sont effectivement appliquées et dont l'effectivité est prouvée forment le droit en tant qu'elles sont l'expression directe de la volonté du peuple à un moment donné. C'est pourquoi lorsque la coutume constitutionnelle entre en conflit avec la loi promulguée, elle est considérée néanmoins comme le droit véritable, qui l'emporte sur la volonté du législateur, et donc sur la volonté du peuple à une époque antérieure.

La théorie constitutionnelle de Capitant dans le second domaine critique le *régime représentatif** du point de vue de la *démocratie directe**, dans une position de condamnation fondamentale de la *souveraineté parlementaire** en ce qu'elle usurpe la *souveraineté populaire**. Si le pouvoir administratif est le pilier du gouvernement, Capitant plaide pour un lien direct entre celui-ci et la volonté du peuple, que ce soit en tant que théorie législative ou théorie de l'interprétation. Ceci a pris la forme d'une typologie des régimes parlementaires mettant l'accent sur le régime parlementaire moniste durant la période troublée du parlementarisme en état de guerre. Après-guerre, ce lien a pris la forme de la défense de prérogatives renforcées du président, d'un système d'élections au suffrage universel direct, et de l'importance accordée à la responsabilité directe du président vis-à-vis du corps électoral par le biais du droit d'initiative référendaire pour le président. Il propose la notion de *régime populaire** comme institutionnalisation de la responsabilité du président vis-à-vis du peuple, en écho au *régime parlementaire** qui désigne sa responsabilité vis-à-vis du parlement.

Enfin si on considère que ce second domaine relève de la *participation politique**, il est question dans le troisième domaine de la *participation économique et sociale**, où Capitant réprouve violemment le régime capitaliste et défend la participation des travailleurs dans les entreprises, et la distribution des bénéfices aux travailleurs.

C'est dans cet ordre que nous mènerons notre étude.

---

[2] Paradis bouddhiste pour les gens de lettres (*NdT*).

I. L'idée de démocratie directe dans sa théorie de la validité du droit

Ces lignes illustrent la position fondamentale de Capitant sur la validité du droit : « Le droit positif n'est pas seulement le droit posé par le législateur […], il est le droit en vigueur, *c'est-à-dire le droit appliqué*, dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée[3] ». Il développe en détail cette position dans l'étude de philosophie de droit qu'il a soumise comme thèse de doctorat *L'illicite*, t. 1, *L'impératif juridique*[4]. Il y cite la définition du publiciste Gaston Jèze du droit positif comme « l'ensemble des règles appliquées par les tribunaux », qu'il élargit en remarquant que « les tribunaux ne sont pas, en effet, le seul organe d'application du droit ; l'administration notamment […] prend, elle aussi, une part très active dans l'application du droit[5] ».

Cette position veut que le droit positif soit constitué des normes effectivement appliquées. Ici *droit positif** doit s'entendre comme le *geltende Recht*[6] : si la *validité** ou *Geltung* est un attribut du droit, il finit par se confondre avec lui et la *positivité** des normes peut être considérée comme dépendante de leur effectivité. Le terme de *positif** est polysémique, mais ici outre qu'il renvoie à *l'effectivité**, il signifie également *promulgué**. Comme on le sait, il existe différentes positions sur « ce qu'est le droit », mais en substance, on peut en distinguer deux : l'une selon laquelle il existe un droit au-delà de la volonté humaine et en dehors d'elle, l'*objectivisme* selon la terminologie de Bonnard, et l'autre qui veut que le droit soit le produit de la pensée humaine, le *volontarisme** selon Bonnard. Du point de vue des sciences constitutionnelles, la première est représentée, entre autres, typiquement par Duguit, qui soutient qu'il existe une loi sociale objective qui peut être reconnue par l'observation sociologique, et Maurice Hauriou qui va jusqu'à reconnaître le droit naturel. Dans la seconde position, il y a le positivisme juridique qui professe que la loi est la loi promulguée, et la position de Capitant, qui contraste avec celui-ci, en postulant que ce sont les normes efficaces et réellement appliquées qui constituent le droit.

Le professeur de droit administratif Marcel Waline a autrefois qualifié, après s'être lui-même rangé dans le *positivisme juridique**, les positions de Jèze et Capitant de « positivisme sociologique », et en effet, la position du professeur Capitant occupe une place importante dans l'histoire du droit constitutionnel français en tant que représentant *typique** de la théorie de la validité du droit[7].

Cependant, le professeur Waline critique ce *positivisme sociologique,* car

> le positivisme sociologique établit une échelle des valeurs juridiques toute différente de celle à laquelle nous sommes habitués, puisque le législateur s'y trouve primé par le juge, et celui-ci à son tour par le gendarme ; et on y arrive à cette

---

[3] R. Capitant, « Le droit constitutionnel non-écrit », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gén*y, t. III, Paris, Sirey, 1934, p. 2 (réédité in *Écrits d'entre-deux guerres*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, p. 297-304).

[4] R. Capitant, *L'illicite*, t. 1, *L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1928.

[5] *Ibid.*, p. 113-115.

[6] En allemand dans le texte (*NdT*).

[7] Voir sur ce point Y. Higuchi, *Le constitutionnalisme moderne et l'État contemporain* [*Kindai rikenshugi to gendai kokka*], Tokyo, Keisō shobō, 1973, p. 22 *sqq.*

> conclusion paradoxale que la plus haute autorité juridique du pays, en définitive, c'est le gendarme, puisqu'il n'y a de règles juridiques, par définition, que celles qu'il veut bien faire appliquer. Rien ne saurait mieux montrer la faiblesse de cette position[8].

En effet, Capitant conçoit le pouvoir administratif comme un organe d'application du droit, en élargissant la définition de Jèze du droit positif comme « l'ensemble des règles appliquées par les tribunaux ». Il prend l'exemple du stationnement illégal toléré par la police : s'il arrive qu'un fonctionnaire « de mauvaise humeur » puisse sanctionner l'auteur du délit, cette exception ne saurait prévaloir contre la règle, et dans ce cas, « nous sommes en présence d'une règle de droit appliquée par la Cour de cassation, mais qui, malgré cela, n'est pas une règle de droit positif[9] ».

Cependant, il y a deux problèmes dans cette interprétation. D'abord, qu'est-ce qu'une « règle de droit effectivement appliquée », qu'est-ce que *l'effectivité d'une norme** ? C'est un problème d'ordre épistémologique. Même si l'on ne peut nier que l'application interprétative du droit par ceux qui se trouvent en bout de chaîne des organes administratifs a un sens important, leur application interprétative du droit est soumise à la possibilité d'une réévaluation par ceux qui se trouvent au-dessus de ces dispositifs d'autorité de l'État, ceux qui au final se trouvent au sommet (ou aux sommets) de la pyramide des interprètes institués par la Constitution : c'est ainsi que se maintiennent l'unité et la hiérarchie de l'interprétation officielle.

Cela soulève un problème du point de vue de la compréhension de l'effectivité des normes, mais surtout, déduire la positivité des normes de leur effectivité crée un second écueil. À vrai dire celui-ci n'est pas strictement d'ordre épistémologique : donne-t-on aux normes effectives la qualité de droit promulgué ou pour le dire autrement, la qualité de *source de droit** ? À cet égard, ce n'est pas seulement une question soulevée par le *positivisme sociologique**, mais également en partie par le positivisme juridique, et même par *l'objectivisme**, qui veut que le droit social latent à une société tout comme le droit naturel latent à un état de nature soient les sources du droit. Ces positivismes possèdent les mêmes similitudes, qui sont de se présenter comme un acte d'identification de sources du droit, lequel va déterminer les sources du droit objectives et effectives, observables par tous, mais qui sont en réalité les sources rendues nécessaires par leur théorie. Pour justifier celle-ci, chacun propose un élément légitimant, la volonté divine pour le droit naturel, l'État de droit pour le « *positivisme juridique** ». Mais qu'en est-il du positivisme sociologique ?

Pour la théorie de Capitant, le critère du droit positif dans l'optique de faire des normes effectives, c'est la volonté du peuple, envisagée comme s'exprimant dans *l'application** des normes, qui joue ce rôle de légitimation. Le professeur Capitant explique l'*application** qui est au cœur du concept de droit positif comme un problème d'*obéissance**, et non de *sanction**. Une norme *positive** serait « la loi qui est généralement obéie » avec pour cela trois arguments :

---

[8] M. Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 528.

[9] R. Capitant, *L'illicite*, *op. cit.*, p. 113-114.

(1) En droit international et en droit constitutionnel, notamment lorsqu'il n'existe pas de système de contrôle constitutionnel des lois, il n'y a pas d'institutionnalisation de véritables sanctions.

(2) Pour qu'une norme soit sanctionnée, il faut que la violation soit exceptionnelle, et donc que la norme soit généralement respectée : le principe de la *sanction** conduit à celui de *l'obéissance**.

(3) La sanction en elle-même est un fait d'obéissance au droit[10].

D'ailleurs, si on entend par *sanction** la coercition exercée par le système judiciaire comme dans le premier point (et même si pour le droit constitutionnel cela présente des contradictions et des insuffisances), comme le récepteur des normes d'une constitution, ou du moins son récepteur principal est les institutions étatiques, la positivité des normes peut être envisagée comme découlant non pas de l'obéissance du peuple, mais de l'obéissance de ces institutions. Pour le deuxième point, il est indéniable que, pour envisager un cas extrême, « les membres du groupe social ne peuvent pas être jetés tous en prison, ni *a fortiori* être tous décapités[11] », mais dans un cadre normal, l'obéissance populaire est une absence passive d'opposition, qui est obtenue par la menace de sanctions.

Pour le troisième point, il est vrai que la sanction est l'obéissance du pouvoir vis-à-vis des règles. Cependant peut-on dire qu'il s'agisse de l'obéissance du peuple ? Capitant lui-même distingue « le temps normal » où les règles imposées par le pouvoir et les règles telles qu'elles sont obéies par le peuple coïncident, créant une unité du droit positif, et le temps révolutionnaire ou de la guerre civile, où deux droits qu'on ne peut considérer comme positifs s'affrontent. Mais en temps normal, l'obéissance du peuple est, comme nous l'avons expliqué plus haut, passive et donc rétroactive. Ainsi, lorsqu'il écrit à propos de l'idée d'obéissance du peuple, que « Ce qui crée la positivité d'une règle de droit idéal, c'est la reconnaissance de cette règle par la masse, c'est le consensus de la généralité des individus. Ou plutôt la positivité est ce consensus même[12] », cette *reconnaissance**, ce *consensus**, doivent être vus comme possédant un caractère passif et rétroactif.

La structure logique de sa théorie de la validité du droit est encore plus claire dans sa théorie de la coutume constitutionnelle. Capitant a publié dans le troisième tome du Recueil d'étude *Les sources du droit* en l'honneur de François Gény, un article intitulé « Le droit constitutionnel non écrit ». Il y reprend la citation précédente voulant que « le droit positif n'est pas le droit posé par un législateur, il est le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué […][13] ». Et il l'explique en notant que si c'est la jurisprudence qui exprime cette distinction dans le droit administratif et privé, c'est la constitution non écrite qui l'élabore dans le droit constitutionnel, affirmant que « [l]e droit non écrit ne peut rester lui-même qu'autant qu'il n'est enserré ni dans des codes, ni dans des recueils d'arrêts, et jaillit directement de la source nationale[14] ». Capitant l'explicite dans une conférence sur la coutume constitutionnelle :

---

[10] *Ibid.*, p. 116 *sq.*

[11] *Ibid.*, p. 117.

[12] *Ibid.*, p. 129.

[13] R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Recueil d'étude « Les sources du droit » en l'honneur de François Gény*, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 2.

[14] *Ibid*, p. 7-8.

> Qu'est-ce que la coutume, sinon la conscience et la volonté nationales ? Et si la nation est souveraine, si elle est le constituant suprême et si tous les autres pouvoirs sont nécessairement constitués par elle, n'est-ce pas la coutume, par quoi elle s'exprime, qui est la base de tout ordre juridique ? […] Ainsi, la force constituante de la coutume n'est qu'un aspect de la souveraineté nationale. […] Ce qu'on appelle la souveraineté, c'est […] la participation de la nation à l'élaboration du droit écrit […]. Lors même qu'elle n'a pas le droit de manifester par écrit sa volonté, elle a néanmoins une volonté et qui s'impose. Elle reste au moins maîtresse de son obéissance, et par conséquent détient la positivité du droit… En cessant d'obéir à une règle, la nation lui retire donc son caractère positif, autrement dit l'abroge ; en la reconnaissant valable et en se soumettant à ses prescriptions. Elle lui confère le caractère positif, autrement dit elle lui donne vigueur… C'est en ce sens que la nation est souveraine et que la coutume, directement créée par la nation, est supérieure au droit écrit. La coutume possède donc la valeur constitutionnelle puisqu'elle s'impose au législateur ordinaire[15].

Ainsi, l'idée de l'approbation et du consensus des masses qui est lue généralement comme relevant de *l'effectivité des normes**, apparaît dans la théorie de la coutume constitutionnelle de Capitant en prenant le sens du *pouvoir constituant de la nation**. En effet, dans la sphère du droit positif écrit, des dispositions au sein de la Constitution déterminent la forme juridique d'une révision constitutionnelle, mais ici, une modification constitutionnelle peut s'opérer grâce à la coutume constitutionnelle, en tant qu'émanation du pouvoir constituant appartenant au peuple. La France a pour tradition de faire du pouvoir constituant de la nation un absolu, comme on peut le lire chez Sieyès, « la nation peut modifier la constitution à tout moment, et ces modifications n'obéissent à aucune injonction de forme : elles peuvent dépasser la forme prévue par la constitution elle-même, et la volonté de la nation est toujours la loi suprême[16] ». Depuis l'avènement du constitutionnalisme moderne, la doctrine dominante de la théorie constitutionnelle, dans la ligne de Sieyès, a retiré le *pouvoir constituant** supérieur au droit écrit, voire potentiel destructeur du droit écrit du champ juridique[17], mais la théorie de la coutume constitutionnelle l'y réinstalle, et reconnaît l'existence d'une catégorie d'une révision constitutionnelle par la bande, au moyen d'une révision sans forme établie.

Une telle coutume constitutionnelle se trouvera légitimée au nom du *pouvoir constituant du peuple**, mais étant donné que les créateurs de précédents constitutionnels, qui constituent l'essence de la coutume constitutionnelle, ne sont autres que les organes de l'État, et en premier lieu le parlement, il est nécessaire, sur le fond, de reconnaître à d'autres organes constitutionnels de l'État le pouvoir qui devrait normalement être réservé au pouvoir de révision spécifique établi par la constitution elle-même. En d'autres termes, cela signifie la reconnaissance juridique, au côté du pouvoir de révision défini dans la constitution, de la capacité des organes étatiques, qui sont la source des précédents constitutionnels, à réviser la constitution sans disposition constitutionnelle, et donc nécessairement sans forme définie. C'est pourquoi il est reproché à la théorie de la coutume constitutionnelle de faire prévaloir les précédents constitutionnels, c'est-à-dire la *volonté souveraine*

---

[15] R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20–21 février 1930, cité dans J. Laferrière, « La coutume constitutionnelle », *Revue du droit public*, 1944, p. 35-36.

[16] Y. Higuchi, *Le constitutionnalisme moderne et l'état contemporain*, *op. cit.*, p. 195 *sqq.*

[17] *Ibid.*, p. 228.

*peu claire et discutable**, sur la constitution promulguée, c'est-à-dire la *volonté souveraine claire**, et par conséquent de « priver la constitution de sa raison d'être[18] ».

Comme on peut le voir dans ce qui précède, le « positivisme sociologique » en général et la théorie de la coutume constitutionnelle en particulier ont deux aspects. Premièrement, ils ont une signification importante en tant que proposition selon laquelle le droit ne devrait pas être indifférent au droit *tel qu'il est réellement appliqué*, le droit mouvant, mais devrait en faire activement un objet de recherche. Une telle exigence évidente pour du *positivisme scientifique** doit être soutenue sans réserve. Mais en second lieu, ils proposent de faire prévaloir la validité de la norme effective reconnue ainsi sur la loi promulguée, et en ce sens, son essence n'est rien d'autre qu'une revendication pratique. Ce *positivisme sociologique**, en tant que revendication pratique, utilise comme argument de justification les notions d'*approbation des masses** et d'expression directe de la volonté du peuple constituant*. Mais ceux qui appliquent la loi, ceux qui créent les précédents constitutionnels, ce sont les organes étatiques, et ces notions sont des idéologies qui légitiment la qualification de ces organes à être source de droit positif.

Tant qu'il s'agit d'une position pratique, il ne faut pas la confondre avec une proposition scientifique, et il faut discuter de sa pertinence au regard de ses effets pratiques. Quelle a été la fonction de la théorie des coutumes constitutionnelles de Capitant, soutenue sous la IIIe République ? Comme le montrent les exemples de coutume constitutionnelle de cette époque, tels que le renoncement au droit de dissolution de la chambre basse par le Président et plus généralement, le passage d'un gouvernement parlementaire bicaméral à un gouvernement parlementaire monocaméral depuis 1877 (et la crise du 16 mai), cette théorie a eu pour rôle de soutenir la poursuite de la direction *républicaine** de l'application de la Constitution, en lieu et place de la Constitution promulguée de 1875 qui était une *constitution républicaine en attente du roi**. En ce sens, sa théorie de la validité du droit a fonctionné comme une excellente idéologie juridique républicaine dans la IIIe République, dans laquelle les concepts de démocratie directe de *consensus populaire** et d'« expression directe de la volonté de la nation en tant que pouvoir constituant » ont joué un rôle majeur. En Allemagne et au Japon, la théorie de la coutume constitutionnelle est discutée en termes de *Verfassungswandlung* de mutation constitutionnelle, et l'argument légitimant en est *la normativité des faits**[19].

> Que la coutume puisse avoir force de loi a son fondement dans les phénomènes psychologiques naturels de l'homme, et nos habitudes peuvent d'elles-mêmes donner naissance à une conscience juridique. Cette disposition naturelle de l'humanité ne peut être supprimée par le pouvoir des lois promulguées [20].

Face à une telle légitimation dans l'Allemagne et le Japon impériaux, il est intéressant de noter que les justifications prises au sein d'une France républicaine, même si elles reposent sur des théories de la validité du droit qui justifient la coutume constitutionnelle, présentent un aspect différent. Et parmi elles, celle du professeur Capitant est la plus complète dans sa construction de l'idée de démocratie directe.

---

[18] G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. IV, 2e éd. Paris, LGDJ, 1969, p. 294.

[19] G. Jellinek, *Théorie générale de l'État* [*Ippan ko' kagaku*], trad. jap. N. Ashibe, Tokyo, Gakuyōshobō, 1974, p. 276.

[20] T. Minobe, « Essai sur les lois non promulguées [*Hiseiteihôshouron*] », *Journal Hōgaku Kyōkai*, vol. 27, nos 2-3, 1909.

II. Le concept de démocratie directe dans sa théorie du gouvernement

Le professeur Capitant n'a plus travaillé sur la théorie de la validité du droit après la Seconde Guerre mondiale, mais il a fait de nombreuses déclarations dans le domaine de la théorie du gouvernement depuis l'avant-guerre jusqu'à récemment. Sa position de base est de critiquer fortement le caractère dit internaliste du système parlementaire français de la III^e^ à la IV^e^ République, dont le principe est qu'un *régime représentatif** induit une *souveraineté parlementaire**. Il prône son remplacement par la *souveraineté du peuple**, c'est-à-dire la *démocratie**. Il est notable que Capitant développe son observation du système parlementaire français autour des travaux de Carré de Malberg qu'il estime hautement. Celui-ci était un grand aîné pour Capitant, mais ils avaient été également collègues à l'Université de Strasbourg, et il a eu une profonde influence sur lui. Dans un essai écrit au moment de la mort de Carré de Malberg il loue l'approche politique de ce dernier qui a su « déchirer la fiction qui voilait la réalité constitutionnelle aux yeux de la majorité des juristes[21] ». Pour ses vues sur cette question, on peut se référer à ses notes de cours de doctorat à l'Université de Paris[22] et de façon plus synthétique, à sa conférence faite à l'occasion du *symposium* pour le centenaire de la naissance de Carré de Malberg ouvert à l'université de Strasbourg en 1961, intitulée « Régimes parlementaires[23] ».

Capitant, en suivant la doctrine de Carré de Malberg, explique que le régime parlementaire français est un croisement du régime parlementaire anglais et du régime représentatif français où le parlement est supérieur au gouvernement, comme dans le régime anglais, mais où les relations entre le corps électoral et le parlement sont en opposition totale avec le modèle anglais, adoptant un parlementarisme héritier de la pensée de la représentation de 1789[24]. Le régime représentatif qui veut que la nation souveraine s'exprime et agisse par le biais de ses représentants est « fondamentalement antidémocratique[25] », non seulement anti-démocratie directe, mais également anti-démocratie indirecte, où le peuple tout en déléguant le gouvernement au Parlement, contrôle celui-ci. Les hommes de 1789, dont Sieyès, « ont eu pleinement conscience de ce caractère antidémocratique du régime qu'ils fondaient[26] ».

Quoi qu'il en soit

> [Les hommes de 1789] ont fondé un régime électif, aboutissant au gouvernement du peuple par les notables, et non une démocratie visant au gouvernement du

---

[21] R. Capitant, « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n^os^ 1-2, 1937, p. 90.

[22] R. Capitant, *Cours de Principes de droit public*, Paris, Les Cours du droit, 1952-1953 ; *Id.*, *Cours de Principes de droit public*, Paris, Les Cours du droit, 1953-1954.

[23] R. Capitant, *Relation des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861–1935*, Paris, Dalloz (*Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg*), 1966. Nous citerons désormais « Centenaire de Carré de Malberg ». [Nous citons les extraits français originaux, depuis R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, Paris, cnrs, 1981. La présentation de Capitant sur Carré de Malberg se trouve p. 254-275 (*NdT*).]

[24] *Ibid.*, p. 256.

[25] *Ibid.*, p. 261.

[26] *Ibid.*, p. 260.

> peuple par le peuple. N'est-ce pas aujourd'hui un fait reconnu par tous les historiens, après avoir été vulgarisé par le marxisme, que la révolution de 1789 a été faite par le Tiers État à son profit et qu'elle a instauré le règne de la bourgeoisie ? L'analyse de Carré de Malberg ne fait au fond que confirmer sur le plan juridique la réalité de cette constatation historique et sociologique[27].

À ce propos, le débat sur la signification du mot *bourgeois** pendant la Révolution française, et ce que signifiaient respectivement les catégories de *grands bourgeois** et de *petits bourgeois**, se poursuit au Japon dans les cercles d'histoire économique et plus récemment, dans celui du droit constitutionnel, grâce au professeur Yasuo Sugihara qui en a fait une de ses problématiques ; mais je me contenterai ici de souligner la difficulté à définir simplement ce qui est *bourgeois**[28]. Quoi qu'il en soit, Capitant suit Carré de Malberg et note avec lui que la *souveraineté du parlement** a bien été poursuivie sous la IIIe République. En outre, Carré de Malberg pose comme défi de cette réforme le fait de faire passer la souveraineté populaire de la fiction à la réalité, « en substituant la souveraineté populaire à la souveraineté parlementaire[29] », ce qui le conduit, afin d'abolir cette souveraineté parlementaire, à promouvoir le référendum, l'élection des préfets, l'équilibre des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité[30]. Et Capitant de considérer que c'est la Ve République qui, bien qu'incomplètement, va réaliser les vues de Carré de Malberg en combinant *démocratie directe** et *régime parlementaire**, comme l'évoque Carré de Malberg dans un texte tardif[31], et Capitant de faire de lui « le véritable doctrinaire de la Ve République[32] ».

Nous faisons une parenthèse, mais Capitant fait remarquer que si Carré de Malberg réutilise le concept de *régime semi-représentatif** d'Esmein dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État* de 1920, 10 ans plus tard, celui-ci ne « se trouve plus guère » dans la *Loi, expression de la volonté générale* de 1931 : « On peut se demander si, au terme de son enquête, le maître strasbourgeois n'estime pas que le droit public français reste toujours et essentiellement dominé par le principe représentatif[33] ».

Je ne jugerai pas ici de la pertinence de cette lecture de la doctrine de Carré de Malberg, mais il me semble qu'il existe des raisons pertinentes d'interpréter le régime parlementaire de la IIIe République comme étant « semi-représentatif », par rapport au *pur système représentatif** de 1791. L'indépendance du parlement vis-à-vis du corps électoral y a été élevée au rang de principe du régime *purement représentatif**. Ainsi, la présence de dispositions contre la réélection dans la Constitution de 1791 a ouvertement été présentée comme un moyen de supprimer l'influence du

---

[27] *Ibid.*, p. 261.

[28] Sur ce point, je renvoie à mon ouvrage Y. Higuchi, *Le constitutionnalisme moderne et l'État contemporain*, *op. cit.*, p. 140-142.

[29] R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 267-268.

[30] *Ibid.*, p. 269 *sqq.*

[31] R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme », *Revue du droit public*, 1931, p. 225-244.

[32] R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 274.

[33] R. Capitant, *Centenaire de Carré de Malberg*, *op.cit.*, p. 274.

corps électoral sur les députés[34]. Mais comme le note Capitant, lorsque « certaines institutions caractéristiques du strict régime représentatif » disparaissent, et qu'« on admet au contraire comme légitime que l'élu soit placé sous le contrôle des électeurs et soit responsable devant eux de ses votes et de son comportement[35] », il faut en conclure qu'il est possible et adéquat de le considérer comme relevant d'un régime *semi-représentatif** et que le régime parlementaire de la III[e] République correspond à cette qualification. Le Parlement de l'époque a été critiqué sur la distance entre un pays légal qui correspondait au parlement et un pays réel qui correspondait au corps électoral, ce qui revient à reconnaître le principe selon lequel, contrairement à un *pur régime représentatif**, le parlement doit se faire porte-parole de la volonté du corps électoral. Mais comme cela est resté au rang de principe, le parlement a pu usurper la volonté du peuple. En d'autres termes, la supériorité du Parlement sur le corps électoral est cohérente avec lui, mais le fondement de cette supériorité était autrefois le principe de « l'indépendance du parlement par rapport au corps électoral », avant de devenir le principe du « parlement, porte-parole de la volonté de l'électorat ». En tout cas, l'expression *souveraineté parlementaire** est une expression qui exprime métaphoriquement la supériorité du parlement, et son principe s'est déplacé de la nation au peuple. Sur les considérations présentées dans cette parenthèse, je renvoie, outre les citations précédentes, à mes travaux précédents[36].

Ainsi, Capitant a été fortement influencé par Carré de Malberg sur les bases théoriques du gouvernement, mais également sur sa typologie des régimes parlementaires, où il s'est opposé comme lui aux conceptions traditionnelles. Ces dernières envisagent le régime parlementaire comme une *séparation souple des pouvoirs**, le chef d'État (originellement un monarque, après un président) et les chambres élues formant une structure à deux niveaux au centre de laquelle se tiennent les ministres, qui ont besoin de la confiance des deux comme condition de leur exercice, permettant un « *checks and balances*[37] » des pouvoirs législatif et exécutif. Robert Redslob était le représentant typique de ce modèle qu'il considérait comme le seul « véritable » régime parlementaire. Carré de Malberg a défini par rapport à cette conception dualiste une conception moniste faisant de la fusion et non la séparation du législatif et de l'exécutif le cœur du régime parlementaire[38]. Dans cette optique, Capitant a finalement divisé le régime parlementaire en trois types selon la place occupée par le chef de l'État, dans un article publié dans les *Mélanges Raymond Carré de Malberg*[39]. Le premier type est celui, correspondant au modèle de

---

[34] Y. Higuchi, *Structure et évolutions du parlementarisme* [*Gikaisei no kōzō to dōtai*], Tokyo, Bokutakusha, 1973, p. 44, n. 5.

[35] R. Capitant, *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 265.

[36] Y. Higuchi, « Notes sur l'idée de "la semi-représentation" : revisite de "Structure et évolutions du régime parlementaire" [*Handaiyo no kannen wo meguru oboekaki. Gikaisei no kōzō to dōtai saisetsu*] », in N. Ashibe (dir.), *Le développement des principes des constitutions modernes* [*kindai kenpō no genri no tenkai*], Tokyo, Daigaku Shuppankai, 1976, p. 55-84.

[37] En anglais dans le texte (*NdT.*)

[38] Sur ce point je renvoie à nouveau à Y. Higuchi, *Structure et évolutions du parlementarisme*, *op. cit.*, p. 7-8.

[39] R. Capitant, « Régimes parlementaires », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1931, p. 33 *sqq.*

Redslob, d'un chef de l'État au pouvoir fort, qu'il nomme *régime parlementaire orléaniste** du fait qu'il a pris place sous la Monarchie de juillet. Dans le second type, le chef de l'État cesse d'être le chef de l'exécutif, le cabinet ne répondant plus qu'au parlement : c'est le *régime parlementaire occidental**, présent en France après 1877, mais qui existe en Angleterre depuis l'ère victorienne et qui correspond à la définition de Carré de Malberg. Dans le troisième type, le chef de l'État n'existe même plus sous ce titre, et Capitant le nomme régime parlementaire prussien parce que c'est le système de l'Allemagne prussienne après la Première Guerre mondiale dans les constitutions des Lands. Il a ainsi présenté une typologie fondée sur une compréhension réaliste de la structure du régime parlementaire en France et en Angleterre de cette époque, et proposé un avis très pertinent pour les débats intenses qui avaient lieu sur une réforme de ce régime. Cette réforme, Capitant la fonde sur le régime parlementaire occidental, en insistant sur le fait que le renforcement de l'exécutif n'est pas celui du chef de l'État (ici le président), mais le renforcement des ministres au sein du gouvernement[40]. Le problème principal du modèle orléaniste est la nécessité de renforcer le président pour éviter l'affaiblissement et l'instabilité de l'exécutif, mais dans le modèle occidental, comme c'est le cabinet qui doit être renforcé et stabilisé, le droit de dissolution peut être octroyé au Premier ministre et non au Président. La position de Capitant a déjà pour cette raison un sens important, mais à cela s'ajoute un sens précurseur de sa proposition de réforme, d'insister sur l'importance d'une réforme du scrutin électoral des députés. Il a abordé cette question en parallèle et antérieurement à celle du droit de dissolution : « En premier lieu, le mode de scrutin doit être tel qu'il favorise la formation d'une majorité gouvernementale au sein du Parlement. En second lieu, la *dissolution** est le corollaire nécessaire de la responsabilité[41] ».

Concrètement, Capitant propose le modèle électoral anglais, dans un contexte où la stabilisation de l'exécutif par l'affaiblissement d'un parlement jugé « trop fort » était généralement défendue. C'était d'une perspicacité extraordinaire que de soutenir que dans un régime parlementaire où le cabinet ne dépend que du parlement, il est essentiel de renforcer la majorité parlementaire, et non de l'affaiblir, afin de garantir la stabilité de ce gouvernement. En pleine crise du système parlementaire à l'échelle paneuropéenne dans les années 1920 et 1930, il est remarquable que Capitant ne considère pas pour renforcer le président le retour au *régime orléaniste**, alors que la structure du régime parlementaire de la IIIe République est celui des *régimes occidentaux** (Capitant jugeait cette voie « *anachronique** »), mais précisément suggère d'aller au bout de la logique des régimes occidentaux, et propose une théorie du système électoral qui renforce la chaîne de solidarité entre le corps électoral, la majorité parlementaire et le gouvernement.

Après-guerre, les attaques de Capitant envers la *souveraineté parlementaire** vont se faire plus virulentes avec l'entrée dans la IVe République. Dans un article de 1945, « Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la Libération[42] », il a repris ses considérations d'avant-guerre, mais en remarquant que désormais la France connaissait une *souveraineté des partis** plutôt qu'une souveraineté parlementaire, sans responsabilité devant le

---

[40] R. Capitant, *La réforme du parlementarisme*, Paris, Sirey, 1934.

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

[42] R. Capitant « Le conflit de la souveraineté parlementaire et de la souveraineté populaire en France depuis la Libération », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, vol. 4, avril–juin 1954, p. 153-169.

Parlement et sans responsabilité devant le corps électoral comme en Angleterre ; et comme les élections ne parvenaient pas à décider d'un gouvernement, il critiquait le fait que les élections elles-mêmes fussent devenues une fiction. Il commente ainsi la loi d'apparentement de 1951 :

> L'apparentement est donc une coalition purement électorale, destinée à se dissoudre dès le lendemain du scrutin, afin de laisser le pouvoir aux combinaisons discrétionnaires des partis. Il s'agit, en un mot, d'éviter que ceux-ci puissent jamais être responsables[43].

En outre, juste avant la tenue du référendum sur la Constitution de la Cinquième République, il a formulé une critique générale fondée sur la réalité du parlementarisme de la IVe République, sous la forme d'une préface au livre de Léo Hamon sur de Gaulle.

Il a souligné que le système de la représentation proportionnelle « laiss[ait] intacte la liberté de manœuvre des partis au lendemain du verdict électoral » et que des gouvernements diamétralement opposés aux résultats des élections étaient souvent formés, et il a amèrement critiqué le jeu des chaises musicales des alliances et scissions des partis au sein du Parlement sous l'appellation d'« indépendance du Parlement français, par rapport au corps électoral[44] ».

René Capitant a fondamentalement considéré la Ve République comme étant la « plus démocratique de notre histoire[45] », répondant à ceux qui l'accusaient d'être le régime plébiscitaire d'un seul homme.

Dans un article pour *Le Monde* d'avril 1962 sur la question de confiance posée par le général de Gaulle sur l'arrêt des hostilités en Algérie, explicitant la signification juridique de l'usage par le Président de la République d'une prérogative dévolue au chef du gouvernement, il note que « [p]ar-là, il manifeste une fois de plus son désir de démocratiser le régime parlementaire en transférant au peuple la fonction d'arbitrage souverain que depuis 1789 une conception étroite du régime représentatif prétend réserver au Parlement[46] », ce qui constitue pour lui un élargissement de la participation politique.

Capitant réitérera avec force cette position à l'occasion de la première élection présidentielle au suffrage universel en 1965, affirmant que la Constitution dans son ensemble, même si elle hérite de défauts traditionnels des IIIe et IVe Républiques, comme le montre l'article 68 de la Constitution sur l'irresponsabilité du président (bien que, comme il le souligne, il s'agisse essentiellement d'irresponsabilité pénale), reste une loi constitutionnelle qui renforce le président tout en le rendant directement responsable devant le corps électoral, et ne peut donc pas être accusé d'être *plébiscitaire** ou d'être une *monarchie électorale**. Selon lui, le président est indirectement responsable devant le parlement par le biais de la responsabilité par-

---

[43] R. Capitant, « Les régimes constitutionnels français », p. 293 [R. Capitant, *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 169 (*NdT*)].

[44] R. Capitant, « Préface », in L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, Paris, Plon, 1958, p. v.

[45] R. Capitant, *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 40.

[46] « Question de confiance », *Le Monde*, 7 avril 1962.

lementaire du Premier ministre qu'il nomme et de plus, il est directement responsable devant l'électorat du fait qu'il dissolve le cabinet en réponse à une motion de censure[47].

Il offre une vision plus systématique de la gouvernance du système constitutionnel de la Ve République dans ce qui sera son dernier ouvrage, la publication de ses notes pour un cours de doctorat dans un livre intitulé *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours* paru en 1972[48]. Il y explique que la volonté du peuple s'exprime dans la Ve République : (1) par l'élection du président de la République au suffrage universel ; (2) par l'élection de l'Assemblée nationale ; (3) par le référendum au sens propre, mais également, (4) par le fait que le corps électoral puisse donner ou retirer sa confiance au président comme à l'Assemblée, concrètement pour le président lors d'un référendum, pour l'Assemblée lors de l'élection suite à une dissolution[49]. Capitant insiste ici sur le fait que le président engage sa responsabilité devant le corps électoral, arguant qu'il vaudrait mieux dire, en créant une expression qui n'a pas encore droit de cité dans notre droit public, qu'il s'agit d'un régime populaire. « De même qu'il y a un régime parlementaire, où le gouvernement est responsable devant le parlement, on pourrait dire qu'il y a un régime populaire où le président de la République est responsable devant le peuple[50]. »

Considérer la constitution de la Ve République sous l'angle de l'élargissement de la responsabilité politique du pouvoir exécutif du Parlement au corps électoral est effectivement une analyse importante qui éclaire un aspect de la Constitution. Cependant, dans un régime parlementaire, une motion de censure, déposée par le parlement peut répondre à une question de confiance venant du gouvernement, et il faut être attentif au fait que dans un tel *régime populaire**, cette réciprocité n'existe pas. Même si le mécanisme de dissolution de l'Assemblée nationale suivi d'un vote électoral qui tranchera entre le Président et l'Assemblée nationale est concevable, dans le cas d'un référendum, seul le Président en a l'initiative. Le professeur Capitant lui-même a souligné qu'il n'y a pas de système d'initiative dans la Constitution actuelle, soulignant seulement qu'il s'agit d'un manque, même si elle suit en cela une ancienne proposition de Carré de Malberg[51].

Mais, en même temps, Capitant insiste sur l'importance de l'exécutif et de son rôle et, du sens essentiel qu'il y a à étendre la participation politique à l'exécutif et non pas seulement au parlement. Par exemple, dans le texte « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État » à l'entrée « État » du dixième volume de l'*Encyclopédie française* de 1964, il distingue le système d'un pouvoir exécutif qui se limite au pouvoir administratif en son sens restreint, de celui qui inclut le pouvoir gouvernemental, participe à la législation et la dirige. Il indique qu'avec l'augmentation de l'engagement de l'État dans la vie économique, il y a

---

[47] R. Capitant, *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 19-36.

[48] R. Capitant, *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bordas, 1972, 192 p.

[49] *Ibid.*, p. 139 *sqq.*

[50] *Ibid.*, p. 162.

[51] R. Capitant, *Centenaire de Carré de Malberg*, *op.cit.*, p.152.

nécessité d'une plus grande planification (ce qui pose le problème du dirigisme), et pour cela l'État contemporain nécessite un pouvoir de gouvernement fort[52].

Quoi qu'il en soit, Capitant qui autrefois imaginait la relation du pouvoir exécutif et du corps électoral dans un régime parlementaire moniste, insiste désormais sur le renforcement du président comme chef de l'État, ce qui exprime sûrement une forme d'acceptation résignée des réformes de l'ancien système. On notera que Mendès France, qui s'oppose à la direction que prend la V^e^ République, cite, pour soutenir sa position, les travaux d'avant-guerre de Capitant[53].

Ces travaux d'analyse sur le parlementarisme français ont d'ailleurs une grande valeur historique, par leur critique idéologique subtile du régime parlementaire de la IV^e^, ainsi que de l'idéologie parlementaire et de son fonctionnement pendant la Révolution qui en constituent le précédent historique, dont il montre clairement le développement à la suite de Carré de Malberg.

Sur la crise du système parlementaire des années 1930, sa proposition pratique était de lutter contre les totalitarismes montants non pas en réformant la démocratie parlementaire, mais en assurant la légitimité démocratique et le renforcement du gouvernement par la réalisation de la logique du régime parlementaire. À la fin de son livre *Réforme du parlementarisme* de 1934, il écrit : « Quoi qu'on dise quoi qu'on prédise, l'État parlementaire peut être l'État du vingtième siècle[54] ». La signification pratique d'une telle affirmation est tout à fait claire si on la compare au sort du système parlementaire dans l'Allemagne de Weimar voisine.

En dehors de ses activités politiques directes en tant que leader du « gaullisme de gauche » après la guerre[55], il a, en tant qu'idéologue de la Constitution de la V^e^ République, contribué au lien direct entre le président et le corps des électeurs, et à la stabilité du gouvernement qui a en été le corollaire. Dans une société où seule la volonté du peuple peut être considérée comme la base légitime du pouvoir de gouverner, le lien direct entre le pouvoir exécutif et le corps électoral devient le fondement le plus pertinent du renforcement du pouvoir exécutif.

Cependant, la Constitution de la V^e^ est inséparable de la figure imposante de de Gaulle, et sa position pratique de gaulliste et d'homme de gauche n'aurait pu être envisagée sans l'existence de Gaulle. S'il avait vécu la période post-gaullienne de la V^e^, quelle évaluation aurait-il faite de la situation de la Constitution de la V^e^ République et du contenu des mesures politiques prises pour stabiliser le gouvernement ? La question reste entière.

III. L'idée de la démocratie directe dans sa théorie de l'organisation économique et sociale

Pour emprunter le vocabulaire de Capitant, la question du gouvernement de l'État est celle de la *constitution politique*, dont la participation politique est le cœur.

---

[52] R. Capitant, *Encyclopédie française*, vol. 10, 1964, p. 150-151.

[53] P. Mendès-France, *La République moderne*, Paris, Gallimard, 1962.

[54] R. Capitant, *La Réforme du parlementarisme*, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 33.

[55] Je me concentrerai uniquement ici sur sa contribution pratique au travers de sa théorie constitutionnelle.

Mais ici il sera question de la *participation politique et sociale* comme problématique de la *constitution sociale*. Dans une conférence réalisée au Japon, « Les enseignements de l'expérience constitutionnelle française [56]», il a soutenu que les réformes sociales et économiques lancées par de Gaulle juste après la Seconde Guerre mondiale ont consisté, premièrement, à développer le secteur des entreprises publiques dans les domaines de l'énergie, des transports et des communications, de la finance, des assurances, des affaires culturelles, etc., et, deuxièmement, à réformer la structure interne des entreprises pour l'orienter vers un système dans lequel les travailleurs participent aux responsabilités et aux bénéfices. Une troisième réforme était le développement d'une économie planifiée, qui conduirait la France au-delà du capitalisme et du communisme vers un « système qui harmoniserait la société et la liberté ».

Auparavant, dans son rapport sur les assises du « Rassemblement du peuple français » (RPF) en 1952, intitulé « La transformation du régime », Capitant critiquait le *régime représentatif** tout en attaquant violemment le *régime capitaliste** affirmant que

> les deux régimes privent le peuple français de sa souveraineté, d'une part en enfermant la prise des décisions politiques dans le vase clos du Parlement, d'autre part en volant au peuple sa liberté et sa propriété par l'intermédiaire du « contrat de travail » qui subordonne le travail au capital eu lieu de les associer comme le RPF l'a longtemps demandé[57].

La série de réformes socio-économiques dont il est question ici fait partie du phénomène connu en France sous le nom de *dirigisme**, qui est associé à l'augmentation spectaculaire du rôle de l'État dans le capitalisme, en remplacement du capitalisme libéral traditionnel. Un tel phénomène est maintenant considéré comme un système d'ordre supérieur, ni capitaliste ni communiste.

Pendant longtemps, notamment en France, le capitalisme a été associé au « laissez-faire », et la droite a considéré le *dirigisme** comme anticapitaliste, tandis que la gauche en a fait son slogan. L'appellation d'*économie mixte** est devenue à la mode, et de Gaulle lui-même a pu dire, en expliquant la nécessité d'une réforme de la France vers un régime qui ne soit ni capitaliste, ni communiste :

> Non, le capitalisme du point de vue de l'homme n'offre pas de solution satisfaisante […] Mais si une révolution consiste à changer profondément ce qui est, notamment en ce qui concerne la dignité et la condition ouvrière […] moi, je ne suis pas gêné, dans ce sens-là, d'être un révolutionnaire, comme je l'ai été si souvent[58]., expliquant la nécessité d'une réforme de la France vers un régime qui ne soit ni capitaliste, ni communiste.

Parmi les trois domaines de réforme économique et sociale que Capitant a mentionnés en 1959, le développement du secteur des entreprises publiques et le développement de la planification économique ont commencé sous le gouvernement de

---

[56] Publiée en japonais dans le journal : *Comparative Law Review* [*Hikakuhō zasshi*], vol. 5, nº 1, 1959 [Par ailleurs republié en anglais comme : R. CAPITANT, « Les enseignements de l'expérience constitutionnelle française », *Comparative Law Journal*, vol. 5, nº 1, 1959, p. 1-26 (*NdT*)].

[57] Sur ce point, voir N. WAHL, « Aux origines de la nouvelle Constitution », *Revue française de science politique*, 9e année, nº 1, 1959, p. 56, et la présentation qu'en a faite le professeur Yoshiyuki Noda en japonais dans *The Journal of the National Association of Japan*, vol. 73, nº 7.

[58] Entretien radiodiffusé et télévisé du général de Gaulle avec Michel Droit, 7 juin 1968.

de Gaulle immédiatement après la Seconde Guerre mondiale et se sont poursuivis sous la IVe République. Cependant, le système de participation des travailleurs dans les entreprises est devenu un problème sous la Ve lorsqu'il a été promu par les gaullistes de gauche. Capitant écrivait en 1965 :

> La Ve République a rendu sa légitimité et sa force à l'État. Il faut maintenant qu'elle rende sa légitimité et sa force à l'entreprise, et par là même, à toute l'économie nationale. Nous n'y parviendrons qu'en démocratisant l'entreprise, comme nous avons démocratisé l'État[59].

C'est dans le cadre de cette revendication que le système de participation des travailleurs aux bénéfices des entreprises fait l'objet d'une législation[60]. Je voudrais noter que si la notion de *participation** n'a été popularisée que plus tard par Mai 68, Capitant l'a utilisée en précurseur comme un concept central pour les questions sociales et économiques. Il suffit de lire le sommaire de ses *Écrits Politiques* pour s'en convaincre. Ainsi, dans un article de janvier 1968, tout en citant un discours de de Gaulle, il écrit « la participation des travailleurs à leurs entreprises devrait revêtir une triple forme : participation aux résultats, participation au capital, participation aux responsabilités[61] » et il donne dès le début des événements de Mai 68 un sens actif au mouvement de revendication à la *participation** des étudiants à l'université[62].

De cette façon, le peuple participe non seulement à la sphère politique, mais aussi à la sphère sociale et donc à la sphère économique. Cette notion de participation économique du peuple donne une légitimité au capitalisme dans sa phase contemporaine, et c'est pourquoi le mouvement syndical lui-même a été critique à son égard. Mais d'un autre côté, cela rend possibles toutes les améliorations qu'une telle légitimité implique, et de fait, en France, la participation économique a été favorisée par la relative neutralité de la bureaucratie et la relative distance du pouvoir politique par rapport au pouvoir économique. C'est pourquoi, lorsque le concept de *participation démocratique directe à la politique** a été sur le point de passer à la participation économique, il est devenu un anathème pour la droite, et ce n'est pas un hasard s'il a conduit à la défaite de de Gaulle lors du référendum de 1964, comme on peut le déduire d'une analyse de la géographie électorale.

Conclusion

J'ai essayé de résumer les enseignements du professeur Capitant dans trois domaines, avec un degré de complexité varié, en utilisant les concepts de *démocratie directe** et de *participation** comme notions clés. À vrai dire, en plus de ce qui précède, le professeur Capitant a proposé l'idée d'une *constitution fédérale** pour la question coloniale, qui était une question extrêmement importante pour les Français de l'après-guerre. Dans un ouvrage de 1946 portant ce titre, il prônait le droit

---

[59] R. Capitant, *Écrits Politiques*, *op. cit.*, p. 310.

[60] Voir l'article du professeur Toshio Yamaguchi : T. Yamagushi, « Arrière-plan juridique de la participation à l'entreprise dans la pensée de de Gaulle » (en japonais), *Quarterly Journal of Labor Law*, nº 69, 1968.

[61] R. Capitant, *Écrits Politiques*, *op. cit.*, p. 334-335.

[62] *Ibid.*, p. 413.

des peuples à disposer d'eux-mêmes et, après que la fin de la guerre d'Algérie a résolu en partie le problème colonial de la France, il a continué à insister sur cette autodétermination comme politique diplomatique internationale. « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comporte évidemment le droit pour un peuple d'opter pour le communisme, si telle est sa volonté[63] », écrit-il ainsi. Selon lui, les trois objectifs du gaullisme sont l'établissement d'une *constitution politique**, la recherche d'une nouvelle *constitution sociale**, mais aussi la définition d'une *nouvelle démocratie internationale**[64]. Il serait ainsi possible d'ajouter un quatrième domaine aux trois que nous avons traités afin d'unifier la pensée de Capitant autour de ses notions clés de *participation** et de *démocratie directe**.

D'ailleurs, dans la société démocratique d'aujourd'hui, tous les gouvernants utilisent en fin de compte la volonté du peuple comme principe de leur propre légitimité, et c'est véritablement une « *vox populi vox dei* ». Par conséquent, il est nécessaire de toujours garder à l'esprit que les concepts de *démocratie directe* et de *participation* doivent être soumis à une critique idéologique rigoureuse. Sinon, il est possible de légitimer l'application de la loi par le pouvoir au nom du *consentement populaire**, de lui donner le statut de source de droit, et de justifier le renforcement de l'exécutif au nom de la « volonté du corps électoral qui a participé à l'élection présidentielle ou à un référendum ». De même, il est possible au nom de la participation à la sphère économique de fermer en réalité les yeux sur les aspects contradictoires de la société économique existante, et de prêter main-forte au maintien du *statu quo* de ces institutions économiques, et au nom du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, de promouvoir le néocolonialisme.

Comme l'a formulé subtilement le professeur Toshiyoshi Miyazawa dans son article classique intitulé « Le concept de représentation nationale », une idéologie qui « dissimule la réalité » est une idéologie qui « sert toujours la classe dirigeante d'une société », et exposer une telle idéologie et « exposer son désaccord avec la réalité » doit être la tâche naturelle d'« une science qui ne sert que la vérité[65] ». Aussi, il est extrêmement important d'aborder de façon critique le fait que la *démocratie directe**, la *participation** et, en fin de compte, la souveraineté populaire ont une dimension d'idéologie juridique finale de la société contemporaine. En particulier, étant donné que la théorie du droit constitutionnel du professeur Capitant peut être lue au prisme de ces notions, lorsque nous exploitons des fruits de ses travaux, il est particulièrement important de nous rappeler quelles limites il leur associait.

Sur le plan théorique, le professeur Capitant a maintenu une forte perspective de critique idéologique, sans pour autant être marxiste, et il a pu même dire que « [l]'analyse juridique, déclare-t-il, ratifie presque intégralement l'analyse marxiste, au moins dans sa partie critique[66] ».

En outre, dans l'arène politique, il était aussi passionné de libéralisme que de socialisme, sans tabous, habité par une colère envers les injustices, anti-munichois,

---

[63] *Ibid.*, p. 205.

[64] *Ibid.*, p. 258-259.

[65] M. Toshiyoshi, *Principes constitutionnels* [*Kenpō no Genri*], Tokyo, Iwanami Shoten, 1967, p. 187-188.

[66] « Justice : M. René Capitant », *Le Monde*, 2 juin 1968.

anti-fasciste, après-guerre anti-IV[e] République (plus précisément anti-régime représentatif, anti-régime capitaliste, anti-colonialiste et anti-diplomatie non favorable à l'autodétermination des peuples) et après 1958, sous ce qu'on a appelé le régime gaulliste, il a continué à se montrer critique envers les gouvernements Debré–Pompidou. Ainsi, lors du débat sur la motion de censure envers le gouvernement Pompidou de Mai 1968, il a déclaré : « Je la voterai en tant que gaulliste parce que le gouvernement… accumulé une série d'erreurs et qu'il est à l'origine des troubles[67] », avant de démissionner finalement de son poste de député avant le vote de motion de censure afin de ne pas être comptabilisé avec la faction anti-de Gaulle. Peu après, à la demande du Président de Gaulle lui-même, il entre au Cabinet pour la deuxième fois puisqu'il avait été ministre de l'Éducation du Gouvernement provisoire, ce que *Le Monde* rapportera ainsi :

> Capitant-la-Fronde, plus gaulliste que de Gaulle lui-même, célèbre par ses colères et ses apostrophes, ne sera pas un ministre commode et docile. […] On va voir maintenant qui, du procureur implacable devenu garde des sceaux et du Premier ministre, avalera l'autre[68].

Le lendemain de sa mort, de Gaulle regrettera son ami et lui rendra ainsi hommage : « Pendant plus de trente ans, il n'y a eu entre lui et moi que confiance, amitié et sincérité[69] ». Je m'abstiendrai de faire le bilan de son activité de politicien, après tout n'existe-t-il pas une science du gaullisme appelée la gaullologie ? Quoi qu'il en soit, il est clair que dans son engagement sincère d'intellectuel militant de gauche, il y avait un extraordinaire sentiment de tension théorique et pratique avec la réalité, et que son implication politique ne signifiait pas un reniement de l'esprit d'indépendance essentiel à la science. Je voudrais souligner en conclusion que les opinions du professeur Capitant dans le domaine de la théorie constitutionnelle ont toujours eu les aspects d'une recherche du réel, mais aussi d'une critique acérée de celui-ci[70].

Yōichi Higuchi

> Yōhichi Higuchi est professeur émérite de l'Université de Tohoku et de l'université de Tokyo et membre de l'Académie du Japon. Parfaitement francophone, il a abondamment contribué à la diffusion de la pensée constitutionnelle française au Japon. Outre sa considérable bibliographie en langue japonaise, il compte plusieurs publications en français et en anglais telles que *Le Constitutionnalisme et ses problèmes au Japon* (avec T. Fukase, Paris, PUF, 1982), *Le constitutionnalisme entre l'Occident et le Japon* (Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2001), *Constitution idée universelle, expressions diversifiées* (Paris, Société de Législation Com-

[67] *Ibid.*

[68] *Ibid.*

[69] Dans l'incapacité de retrouver cette citation, nous traduisons du japonais (*NdT*).

[70] Dans le domaine de la théorie des droits de l'homme, une anthologie de la pensée des droits de l'homme, de Thomas d'Aquin à nos jours, avec de brefs commentaires du professeur Capitant lui-même, a été publiée après sa mort. Cf. *Annuaire français des droits de l'homme*, vol. 1, 1974, Pédone, p. 1-98.

parée, 2006), *Études* (Paris, Société de Législation Comparée, 2021, *à paraître*) et *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society* (dir., Tokyo, University of Tokyo Press, 2001).

Simon Serverin (*traduction*)

Professeur associé, Faculté des Langues étrangères, Université Sophia, Tokyo.

Benjamin Fargeaud

René Capitant, un intransigeant face à l'élaboration de la Constitution de 1946

« Capitant-paillasse[1] », « Capitant-guerre civile[2] », Capitant le « sournois[3] », le « belliqueux bavard[4] », le « dangereux hystérique de l'Union gaulliste[5] » ou encore « l'homme de confiance de la réaction[6] » : voici quelques exemples des qualificatifs associés par la presse socialiste et communiste à René Capitant, qui représente en 1946 l'un de ses épouvantails favoris. Les coups portés n'ont toutefois pas dissuadé le professeur de droit de se lancer dans l'arène politique. Un terrain qu'il ne devait, par la suite, jamais véritablement abandonner.

La Libération marque ainsi une nouvelle étape dans la vie, bien connue et étudiée par la doctrine juridique[7], de René Capitant. Avant-guerre, il y a eu le Capitant

[1] « Comment recrute Capitant-Paillasse », *Gavroche*, 31 octobre 1946, p. 2. « Paillasse » est employé ici pour synonyme de « clown », « Capitant-Paillasse » étant réputé mener le « cirque gaulliste » selon *Gavroche*, qui est alors un périodique parisien d'inspiration socialiste.

[2] « Leurs figures : Capitant guerre civile », *L'Humanité*, 3 novembre 1946, p. 2.

[3] « Le sournois », *Gavroche*, 25 avril 1946, p. 2.

[4] G. Cogniot, « Après la victoire de la démocratie, empêchons la réaction de regagner, le 10 novembre, ce qu'elle a perdu le 13 octobre », *L'Humanité*, 16 octobre 1946, p. 1.

[5] *Ibid.*

[6] « Leurs figures : Capitant guerre civile », art. cité.

[7] Les écrits constitutionnels de René Capitant ont fait l'objet, depuis sa disparition, de plusieurs rééditions. Voir notamment R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, Paris, Éd. du cnrs, 1982, ainsi que les recueils de textes réunis et présentés par O. Beaud : *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004 et *Face au nazisme : écrits 1933–1938*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004. La vie et l'œuvre de René Capitant ont également fait l'objet de plusieurs études parmi lesquelles il est possible de citer : *Apports de René Capitant à la Science juridique*, Paris, Édition Litec, 1992 ; J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, Paris, shfd, lgdj, 1995, p. 9-172 ; O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », *Droits*, 2002/1, n° 35, p. 163-194 ; ainsi que, du même auteur : O. Beaud, « René Capitant et sa critique de l'idéologie nazie (1933–1939) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2001/2, n° 14, p. 351-378 et O. Beaud, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », in C.M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Paris, Éditions Kimé, 2003, p. 147-192. Plus récemment, une thèse a été consacrée à l'œuvre de cet auteur : H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, Paris, Dalloz, 2020.

« théoricien et réformateur du régime parlementaire[8] » qui a étudié l'évolution de cette forme politique et les réformes nécessaires au parlementarisme français. Puis vient le temps du Capitant résistant, qui refuse la défaite de 1940 et obtient une mutation à Alger où il anime le mouvement de résistance Combat en Algérie. La Résistance coïncidant également avec sa conversion au gaullisme, le juriste intègre ensuite le gouvernement provisoire de la République française dirigé par le général de Gaulle, comme ministre de l'Éducation nationale, du 4 septembre 1944 au 21 novembre 1945. Si la formation du nouveau gouvernement tripartite l'éloigne du conseil des ministres, René Capitant ne quitte pas pour autant la scène politique : il siège également comme député du Bas-Rhin à l'Assemblée nationale constituante[9]. C'est à ce titre qu'il prend part au débat constitutionnel qui s'ouvre à la fin de l'année 1945 et dont l'enjeu est de donner à la France libérée une nouvelle constitution.

C'est donc un juriste accompli, un véritable « théoricien du droit constitutionnel[10] » qui a déjà fait tout à la fois la démonstration de la profondeur de sa pensée et de sa force de caractère, qui s'investit dans le débat constituant. L'exercice est d'autant plus délicat que René Capitant constate rapidement qu'il est politiquement minoritaire et amené à lutter contre des projets constitutionnels qui lui paraissent néfastes pour le pays – qu'il s'agisse du projet d'avril ou du second projet adopté en octobre. Se défiant des grands partis (PCF, SFIO et MRP) qui dominent le paysage politique lors de la Libération, c'est en « franc-tireur[11] » gaulliste que René Capitant lutte une année durant sans ménager ses efforts.

Cette entrée en politique n'est toutefois pas décidée à la légère. C'est un homme résolu, mais également « inquiet[12] » et « angoissé[13] », qui prend position dans le débat constituant. Si le professeur de droit s'y engage entièrement, c'est parce qu'il est intimement convaincu de la gravité des dangers qui planent encore sur le pays. Capitant garde à l'esprit l'expérience de l'entre-deux-guerres et c'est de manière constante qu'il invoque l'exemple de l'Allemagne de Weimar au cours des débats. Pour avoir étudié la montée des autoritarismes dans les années 1930, il demeure convaincu que la fin de la guerre n'a pas écarté tous les dangers. Ce n'est donc pas

---

[8] G. Conac, « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », in *Apports de René Capitant à la Science juridique*, *op. cit.*, p. 59.

[9] René Capitant a été élu sur une liste « Union démocratique de rénovation française » soutenue par l'Union Alsacienne de rénovation (UNAR), un mouvement politique de résistants d'obédience gaulliste actif dans le Bas-Rhin. Ce mouvement, malgré la présence du professeur de droit, connaît un déclin inexorable au cours des années 1945–1946. Il dispose néanmoins jusqu'en août 1946 d'un quotidien, *L'Alsace libérée*, sous-titré « organe de la Résistance », dans lequel René Capitant publie de nombreux textes et voit son activité parlementaire amplement relayée. Sur ce sujet, voir notamment J.-L. Clément, « Le gaullisme dans le Bas-Rhin 1945–1953 », in F. Audigier et F. Schwindt (dir.), *Gaullisme et Gaullistes dans la France de l'Est sous la IV^e^ République*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2009, p. 271-284.

[10] O. Beaud, « Préface. Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », in R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 35.

[11] Le qualificatif est déjà employé au sujet de René Capitant par Maurice Aydalot (cf. M. Aydalot, *Magistrat*, Paris, Robert Laffont, 1976, p. 205, cité par O. Beaud, « Préface. Découvrir un grand juriste », art. cité, p. 8).

[12] R. Capitant, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2^e^ séance du 10 avril 1946, p. 1673.

[13] *Ibid.*

sans inquiétude qu'il observe les constituants opter pour des solutions qui lui rappellent les « constitutions de professeurs[14] » adoptées avant-guerre dans les pays d'Europe centrale, ou encore vers un mode de scrutin, la représentation proportionnelle, qu'il associe avant tout à l'échec de la Constitution de Weimar. En 1946, le péril nazi est écarté mais l'expansion de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques donne au communisme un visage particulièrement menaçant, rendant nécessaire l'élaboration d'institutions solides. L'avenir du pays, voire la possibilité d'éviter une nouvelle guerre civile, est alors en jeu aux yeux de René Capitant. C'est en gardant à l'esprit ce contexte et ces inquiétudes qu'il faut apprécier l'intensité de l'engagement du professeur de droit gaulliste et sa conversion à la « religion de l'intransigeance », quand la plupart des autres parties prenantes au débat ont préféré la « religion du compromis[15] ». Cet état d'esprit l'amène, par deux fois, à refuser toute concession, que ce soit au sujet du projet constitutionnel d'avril ou du projet constitutionnel finalement adopté en octobre. Jusqu'au bout, à la différence de ses compagnons d'armes du MRP puis du corps électoral lui-même, l'intransigeant Capitant a donc refusé le compromis constitutionnel de 1946[16]. Il sort ainsi de cette séquence battu mais irrémédiablement transformé : le savant est définitivement atteint par le « virus de la politique[17] », dont il n'a par la suite jamais véritablement guéri.

L'objet de cette contribution est d'apporter un éclairage sur cette partie de l'œuvre de celui qui fut tout à la fois un grand juriste, un militant fougueux et un politique parfois imprudent[18]. À cet égard, il est possible de considérer que 1946 est une année charnière pour René Capitant. Le débat constituant est l'occasion, pour cet auteur, d'une double transformation. D'une part, l'universitaire se mue en parlementaire et en militant politique. D'autre part, le théoricien libéral du régime parlementaire débute l'évolution, appelée à se poursuivre par la suite, qui l'a transformé en un « théoricien et missionnaire de la démocratie ». C'est cette double mutation de l'intransigeant Capitant que le débat constituant de 1945–1946 permet de mettre en valeur.

---

[14] R. CAPITANT, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1337.

[15] A. COSTE-FLORET, « La "religion de l'intransigeance" et celle du compromis », *L'Aube*, 2 octobre 1946, p. 2.

[16] Sur la nature de compromis de la Constitution de 1946, voir G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 313. Les considérations de Jean Rivero sur le projet constitutionnel d'avril sont également, en grande partie, valables pour la Constitution d'octobre (J. RIVERO, « Incertitudes de la Constitution d'avril », *Études*, juin 1946, p. 356-369).

[17] O. BEAUD, « Préface. Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 13. « Définitivement », car il s'agit en réalité d'une rechute dans la mesure où René Capitant avait déjà fait la preuve de son intérêt pour le monde politique en intégrant brièvement le cabinet du président du conseil Léon Blum en 1936.

[18] Il est possible de convoquer ici le jugement de René de Lacharrière sur René Capitant, dont il fut un contemporain : « Juriste véritable, avec de réelles et rares capacités théoriques, tempérament généreux et chaleureux, sans beaucoup de prudence, ni toujours beaucoup d'adresse, celui-ci faisait dans le milieu politique un personnage singulier. Le général de Gaulle le sous-estimait à certains égards mais ne pouvait manquer de reconnaître sa fidélité, sa sincérité et son désintéressement » (R. DE LACHARRIÈRE, *La Ve, quelle République ?*, Paris, PUF, 1983, p. 33-43).

I. Du professeur au politique

Les années 1945 et 1946 voient la transformation du professeur en politique. Les deux phases du processus constituant de 1946 ont toutefois permis à René Capitant d'endosser successivement deux rôles politiques différents. Dans un premier temps, c'est en tant que député et spécialiste de droit constitutionnel que le professeur-parlementaire s'oppose au projet d'avril depuis la tribune du Palais Bourbon. Dans un second temps, son mandat parlementaire ayant pris fin, c'est en tant que chef de parti que le professeur-militant est amené à faire campagne contre le projet d'octobre.

A. Le professeur-parlementaire face au projet d'avril

René Capitant n'inaugure pas le modèle du « professeur-parlementaire » alliant connaissance savante du droit public et action parlementaire. Avant lui Joseph Barthélemy avait déjà incarné cette tentative d'associer les rôles de « juriste-politique » et de « juriste-savant[19] ». Marcel Prélot, par la suite, a pris le relais. C'est toutefois avec une aisance certaine que Capitant endosse les habits du professeur-parlementaire, développant tout à la fois son opposition au projet de Constitution d'avril et son opposition au Tripartisme.

1. La participation aux travaux préparatoires du projet d'avril

En tant que parlementaire, René Capitant s'illustre par la part qu'il prend aux travaux de la commission de la Constitution, mise sur pied pour préparer un projet de texte pour le compte de l'Assemblée nationale constituante. Représentant d'un groupe parlementaire minoritaire[20], il a les coudés franches pour exprimer sa position sur le problème constitutionnel. Son influence est donc limitée, mais il gagne en liberté de parole et de ton ce qu'il perd en influence.

---

[19] O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, nº 32, p. 89.

[20] Le professeur de droit siège au sein de la commission de la Constitution au titre du groupe parlementaire « Résistance démocratique et socialiste », qui rassemble les élus de l'Union démocratique et socialiste de la Résistance (UDSR). Il apparaît toutefois rapidement qu'il représente à la commission davantage ses idées propres que la position hypothétique de son groupe, ce dernier étant traversé par des opinions contraires en ce qui concerne la question constitutionnelle. Le second représentant du groupe à la commission, Robert Salmon (ancien résistant et cofondateur du mouvement Défense de la France), brille d'ailleurs par son absence et son mutisme. Au demeurant, lorsque les titulaires Capitant et Salmon sont absents, ils ne sont que rarement remplacés. Le groupe n'exprimait ainsi ni engouement particulier ni position commune sur la question de la Constitution, ce qui est fidèle à l'image d'un parti où l'unité de vue et la discipline de vote n'étaient pas la norme (cf. É. Duhamel, « L'UDSR, un parti charnière », *Pouvoirs*, 1996, nº 76, p. 81-96). En ce qui concerne l'inscription de l'UDSR dans la division de l'Assemblée entre une majorité et une minorité parlementaires, il faut relever que l'unanimisme de façade autour des partis au pouvoir et du général de Gaulle à la fin de l'année 1945 rend la situation politique confuse. Le départ de Charles de Gaulle et la cristallisation du problème constitutionnel clarifie ensuite les choses. Sur le plan politique, il existe au sein des deux Assemblées nationales constituantes une « majorité » dont le cœur est composé par le Tripartisme PCF–SFIO–MRP. En ce qui concerne plus spécifiquement la question constitutionnelle, il existe également une « majorité » qui se limite rapidement à l'alliance entre la SFIO et le PCF, et une « minorité » qui rassemblent les diverses forces qui s'opposent au projet porté par ces deux partis. À compter

Le professeur de droit compense en effet sa position de minoritaire par une participation aussi assidue qu'active aux travaux de la commission. Durant les premières séances, sa présence demeure toutefois relativement discrète. Laissant les représentants communistes, socialistes et démocrates-chrétiens s'exprimer en premier, il ménage initialement ses efforts en n'attaquant pas de front les conceptions portées par les représentants du Tripartisme. Ses rares propositions concrètes sont pensées pour être recevables par ces derniers, comme l'illustre son projet de deuxième chambre parlementaire consacrée à la défense des libertés[21]. Autrement dit, bien que minoritaire, l'opposition de René Capitant à la commission demeure constructive.

Par la suite, le juriste compense son isolement par son omniprésence – hormis deux semaines durant lesquelles son état de santé ne lui permet pas de siéger[22]. Il est présent dans la plupart des groupes de travail ou sous-commissions formés pour approfondir tel ou tel aspect du projet. Il intègre ainsi la sous-commission chargée de réfléchir au droit de dissolution[23], celle en charge du travail législatif et du rôle du cabinet[24], celle chargée de la rédaction de la Déclaration des droits[25], celle responsable de rédiger les articles relatifs à l'Union française[26] ou encore l'ultime sous-commission chargée de la révision et de la coordination du texte[27]. Le professeur de droit joue ainsi de sa compétence technique, au sein d'une commission qui compte peu de spécialistes de droit public[28], pour compenser son influence politique limitée. Il veille à la rigueur des textes adoptés par la commission et pointe

---

du début du mois d'avril, le MRP rejoint, sur le plan de la politique constitutionnelle, la « minorité ». Il est donc possible, pour évoquer cet aspect de l'activité de l'Assemblée constituante, d'évoquer une « majorité » et une « minorité ». En ce qui concerne l'opinion publique, l'état des forces est plus difficile à appréhender. *L'Alsace libérée* relaie en février, avec une joie non dissimulée, un sondage de l'IFOP selon lequel seul 22 % des sondés approuvent l'action de la Constituante, contre 31 % qui la désapprouve et 47 % sans opinion (« Sondages de l'opinion publique », *L'Alsace libérée*, 26 février 1946, p. 1).

[21] *Séances de la Commission de la Constitution*, Paris, Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946, p. 34-36. L'idée est habile dans la mesure où elle s'adresse tout à la fois aux démocrates-chrétiens (en proposant une seconde Chambre parlementaire à base corporative en charge d'un contrôle de constitutionnalité) et aux socialistes de la tendance d'André Philip (en proposant un contrôle de constitutionnalité s'exerçant par la voie du référendum). La proposition de R. CAPITANT n'est pas retenue, mais elle démontre que l'auteur fait preuve d'un certain pragmatisme en formulant des propositions susceptibles d'être retenues par les commissaires de la majorité.

[22] « René Capitant, député du Bas-Rhin, gravement souffrant », *L'Alsace libérée*, 27–28 janvier 1946, p. 1.

[23] *Séances de la Commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 94

[24] *Ibid.*, p. 145.

[25] *Ibid.*, p. 207 et p. 370.

[26] *Ibid.*, p. 329 et p. 404.

[27] *Ibid.*, p. 544.

[28] Si la commission de la Constitution de la première Assemblée nationale constituante compte parmi ses membres de nombreux enseignants des facultés de droit (comme André Philip, Paul Coste-Floret ou encore François de Menthon), seuls René Capitant et Pierre Cot sont agrégés de droit public. Le second, malgré une première place obtenue au concours d'agrégation de 1921 présidé par Joseph Barthélemy, a rapidement quitté l'enseignement pour privilégier l'avocature (S. JANSEN, *Pierre Cot, un antifasciste radical*, Paris, Fayard, 2002 p. 64).

les imperfections. Il alerte ainsi ses membres quant au fait que le dispositif envisagé pour écarter le spectre des « décrets-lois », ces actes réglementaires pris par le pouvoir exécutif et qui interviendraient pour modifier la loi, ne répond nullement aux objectifs des rédacteurs du texte[29]. Il lui arrive également de présenter des solutions de conciliation permettant de résoudre des situations de blocage, par exemple eu sujet de la validation des élections à l'Assemblée nationale[30]. C'est également à l'initiative de René Capitant que le projet constitutionnel d'avril s'en remet aux dispositions des lois de 1875 en ce qui concerne les immunités parlementaires[31].

Par rapport aux autres commissaires, Capitant incarne ainsi le spécialiste rigoureux. Rappelant la faible autorité des travaux préparatoires[32], il met en garde ses contradicteurs contre l'emploi de formules vagues qui pourraient, par exemple en cas d'instauration d'un contrôle de constitutionnalité, donner lieu à des interprétations constructives[33]. Il s'oppose à la tentation d'amalgamer dans le texte constitutionnel dispositions relatives aux institutions nationales et dispositions relatives à d'hypothétiques institutions internationales à venir[34]. Il s'oppose de même, sans succès, à ce que le détail de l'organisation territoriale soit inscrit dans la Constitution, au motif que celui-ci ne relève pas du domaine constitutionnel[35]. Enfin, il est à noter que René Capitant veille, jusqu'à la fin des travaux de la commission de la Constitution et alors même qu'il est résolu à combattre ce projet, à la précision des termes employés et à la forme du projet de Constitution[36].

Son investissement et sa précision technique ne résument toutefois pas le « style Capitant ». Au fur et à mesure de l'avancement des travaux, il se révèle, malgré son isolement, particulièrement combattif. Il tente, sans succès, de bouleverser le plan de travail élaboré par les présidents successifs de la commission afin de placer au cœur du débat les thèmes qui sont les siens. L'ambiance au sein de la commission est toutefois davantage propice aux compromis de détails inter-partisans qu'aux débats fondamentaux. André Philip, s'adressant indirectement à René Capitant, demande ainsi aux commissaires de « réagir contre le professeur de droit qui est en eux », sans quoi « bien du temps sera perdu dans des débats très intéressants certes, mais sans conclusions pratiques[37] ». Quant à Guy Mollet, qui prend la

[29] *Séances de la Commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 102.

[30] Les représentants du MRP défendaient un contrôle juridictionnel sur les opérations électorales, tandis que les représentants des partis socialiste et communiste défendaient la compétence exclusive de l'Assemblée pour connaître de cette question. René Capitant, reconnaissant que les deux thèses ont leurs avantages et leurs inconvénients, réussit à rassembler les parties en présence autour de la formule selon laquelle l'Assemblée est compétente pour les opérations de validation, mais sous la réserve que la procédure de contrôle des opérations électorales doit être déterminée par la loi. Ce compromis est devenu par la suite l'article 53 du projet constitutionnel d'avril (*Séances de la Commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 433).

[31] *Ibid.*, p. 434.

[32] *Ibid.*, p. 181.

[33] *Ibid.*, p. 158.

[34] *Ibid.*, p. 196.

[35] Outre que ces éléments n'ont pas leur place dans une Constitution, René Capitant fait également observer que cristalliser l'organisation administrative dans ce texte aurait pour conséquence de rendre toute réforme ultérieure complexe (*ibid.*, p. 157, p. 500, p. 505 et p. 512).

[36] *Ibid.*, p. 366, 761 et 770.

[37] *Ibid.*, p. 23-24.

succession de Philip après le départ de ce dernier au gouvernement, il préfère mettre fin au débat opposant Pierre Cot à René Capitant sur le point de savoir si la Constitution limite la souveraineté, au motif qu'un tel débat est « trop philosophique[38] ». Les tentatives des différents présidents pour apaiser le professeur de droit se révèlent toutefois sans effet et la combativité de ce dernier augmente au fur et à mesure que la situation au sein de la commission se tend. À partir du début du mois de février, la perspective d'un accord entre les trois forces du Tripartisme s'éloigne, au détriment des démocrates-chrétiens. À la différence de ces derniers, Capitant n'a aucun intérêt à la défense du Tripartisme et n'hésite pas à hausser le ton, que ce soit en commission ou en séance publique, sans trop d'égard pour la susceptibilité de ses interlocuteurs. Au sein de la commission de la Constitution, il qualifie par exemple la représentation proportionnelle de règne des « bonzes[39] » et souligne les points communs entre l'idéologie animant ses opposants marxistes et celle qui inspirait les nazis[40]. En séance publique, il déclenche une levée de boucliers à l'occasion du débat sur la loi électorale, allant jusqu'à se faire réprimander par le président de l'Assemblée lorsqu'il compare l'atonie des débats au sein de l'Assemblée constituante à celle du Reichstag avant l'accession au pouvoir d'Hitler[41]. Enfin, Capitant n'hésite pas non plus à se faire particulièrement roublard – « sournois » diront ses opposants[42] –, par exemple lorsqu'il profite de la discussion en séance publique d'un amendement d'Alexandre Varenne pour prendre la parole en tant qu'orateur contre celui-ci. Cette intervention lui donne l'occasion de se lancer dans une digression hors-sujet contre la loi électorale, avant finalement de déclencher l'ire de la majorité en votant en faveur de l'amendement[43].

René Capitant ne craint pas non plus de rompre l'unanimisme de façade affiché par la commission en annonçant dès la mi-février, en réponse aux appels à la conciliation du président Mollet, qu'il n'est pas prêt à un compromis à n'importe quel prix et qu'il se réserve la possibilité de voter contre un projet qu'il accuse d'instaurer un « gouvernement d'assemblée » et la « dictature des partis[44] ». Cette détermination lui permet d'acquérir une certaine notoriété : la presse se fait largement l'écho de ses prises de position en séance publique contre la Déclaration des droits accompagnant le projet de Constitution[45]. Le professeur de droit joue ainsi les premiers rôles dans l'opposition au projet de la commission, bientôt rejoint par les

---

[38] *Ibid.*, p. 407.

[39] *Ibid.*, p. 215. René Capitant met ici en cause le poids des dirigeants de parti, assimilés à des mandarins auxquels le scrutin de liste offre une place indéboulonnable.

[40] *Ibid.*, p. 489.

[41] R. Capitant, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1339.

[42] « Le sournois », *Gavroche*, 25 avril 1946, p. 2.

[43] R. Capitant, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 1ere séance du 17 avril 1946, p. 1953.

[44] *Séances de la Commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 401 et 404.

[45] Les interventions en séance publique de René Capitant sont répercutées non seulement par la presse amie (*L'Alsace libérée*, 15 mars, « La bataille de la déclaration des droits. Magistrale intervention de M. René Capitant », p. 1 ; *L'Alsace libérée*, 16 mars, « M. René Capitant à la tribune : "le but de toute société est dans l'homme et non pas dans l'État" »), mais également par la presse nationale favorable (J. Gaugeard, « Le débat à l'Assemblée », *L'Aurore*, 9 mars 1946, p. 1-2 ; G. Altschuler, « La Déclaration des droits », *Combat*, 13 mars 1946, p. 2) ou hostile, comme en

représentants du MRP, une fois la rupture de ces derniers avec les socialistes et les communistes consommée. Celui qui n'était au départ que le représentant isolé d'un groupe parlementaire minoritaire devient ainsi, à la fin des tractations constitutionnelles, l'un des députés conviés aux ultimes réunions autour du président de l'Assemblée constituante, Vincent Auriol, afin de représenter la minorité[46].

Les efforts déployés par René Capitant ne suffisent toutefois évidemment pas à faire obstacle à l'adoption par la commission et par l'Assemblée constituante du projet constitutionnel d'avril, qu'il assimile à une « absence de Constitution[47] ». Le professeur de droit a toutefois réussi à tourner cette séquence à son avantage. Malgré son isolement, il a pris une part active à la rédaction du projet tout en apparaissant comme un opposant de premier plan. Enfin, il se trouve dans le camp des vainqueurs du référendum du 5 mai 1946, par lequel le corps électoral repousse la Constitution d'avril.

Le combat contre le projet constitutionnel n'est toutefois pas le seul que livre René Capitant au cours des premiers mois de l'année 1946. Cette bataille n'est qu'un évènement d'une campagne plus large que le professeur-parlementaire entend mener contre le Tripartisme.

2. Un animateur de l'opposition au Tripartisme

Le combat de René Capitant contre le Tripartisme dépasse l'opposition à un projet constitutionnel qui n'est, à ses yeux, que la façade constitutionnelle du Tripartisme. Au-delà de la Constitution d'avril, c'est la « féodalité des partis », représentée par l'association des « Trois Grands », qu'il faut atteindre. La rhétorique volontiers hostile aux partis retenue par le professeur de droit ne vise donc pas tant le phénomène partisan en général – Capitant connaît l'importance des partis, adhère à un parti, en fonde un autre et accompagne la création d'autres encore[48] – que ce phénomène en particulier.

---

témoigne l'appréciation livrée par Pierre Hervé, député et membre de la commission de la Constitution, dans les colonnes de *L'Humanité* : « Le débat avait gardé une certaine bonhommie cordiale. Avec M. Capitant, il tourna à l'aigre. Le leader de cette UDSR, aujourd'hui promue à la glorieuse mission de rassembler, on ne sait dans quels obscurs desseins, mécontentements et ambitions déçues, a le génie des glapissements revendicateurs. L'ancien ministre du général de Gaulle ceignit la toge du Conventionnel, invoqua l'Éternel, appela la morale à son secours. Le groupe du MRP ne résista pas à ses séductions » (P. HERVÉ, « La Déclaration des droits au Palais Bourbon », *L'Humanité*, 13 mars 1946, p. 1). Le professeur de droit obtient un écho jusque dans d'autres presses régionales, puisque *Le Semeur*, « hebdomadaire catholique d'Auvergne » comme le précise le sous-titre, fait d'une citation de René Capitant la manchette de son édition du 17 mars 1946 : « Nous croyons, nous, que malgré l'évolution des sociétés, il y a des principes permanents qui demeurent et qui marquent une civilisation ».

[46] « Le débat sur la constitution s'ouvrira jeudi au Palais Bourbon. Compte-rendu de séance par Georges Altschuler », *Combat*, 2 mars 1946, p. 2 ; « Vincent Auriol a reçu les représentants des partis, dont MM. Herriot et Capitant », *L'Alsace libérée*, 2 mars 1946, p. 1.

[47] « La vérité, c'est qu'on nous propose non pas une Constitution, mais une absence de Constitution » (R. CAPITANT, « Des "non" expliqués », *L'Évènement*, 27 avril, p. 1).

[48] Voir notamment R. CAPITANT, « La Résistance et les partis », *L'Alsace libérée*, 27 février 1946, p. 1-2 (article également publié dans le journal *Combat–Alger*, voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 129). Dans cet article, le professeur de droit incite les anciens résistants à adhérer au parti politique de leur choix ou à en fonder de nouveaux. Il n'hésite pas à encourager les créations nouvelles et intervient ainsi à l'occasion du congrès fondateur

Élu en novembre 1945 sur une liste « d'Union démocratique de rénovation française », René Capitant est avant tout un fervent partisan du général de Gaulle, avec lequel il a noué des liens à l'occasion de son action dans la Résistance en Afrique du Nord[49]. À défaut de parti « gaulliste », c'est alors l'Union démocratique et socialiste de la Résistance (UDSR) qui abrite, parmi les diverses tendances réunies en son sein, l'un des « premiers foyers du gaullisme[50] ». Le choix de l'UDSR, créée pour devenir le grand mouvement politique issu de la Résistance et destiné à rénover les institutions et la vie politique française[51], apparaît alors naturel. Fruit de l'union politique des résistants, le parti défend un programme de rénovation sociale qui l'ancre à gauche tout en prétendant dépasser la querelle religieuse en rassemblant croyants et laïcs[52]. Au surplus, le parti est l'émanation politique du Mouvement de libération nationale et représente à ce titre le point de chute le plus naturel pour les anciens membres des mouvements de résistance. L'UDSR échoue toutefois rapidement à devenir « l'agent de la transformation et de la rénovation de la vie politique française » et le mouvement de rassemblement de la gauche non-communiste qu'elle avait pour ambition d'être[53]. La rivalité avec la SFIO tourne rapidement au désavantage de l'UDSR et à la marginalisation de cette dernière[54]. La recomposition partisane évolue ainsi, avec les élections d'octobre 1945, au profit des partis historiques que sont la SFIO et le PCF, seul le MRP réussissant à se faire une place auprès des premiers. Si René Capitant n'est pas initialement hostile au Tripartisme[55], il ne pardonne pas aux partis dominants d'avoir poussé le général de Gaulle à démissionner de ses fonctions de chef du gouvernement dès janvier 1946[56].

Lorsque les relations entre Charles de Gaulle et les partis associés au sein du gouvernement se tendent à l'Assemblée constituante, René Capitant prend ainsi naturellement le parti du chef du gouvernement. La démission de ce dernier et son remplacement par Félix Gouin signifient, pour le juriste, la prise de contrôle complète des institutions par le Tripartisme. La mesure de sa colère peut être appréciée

---

du Parti démocrate, rassemblement d'anciens résistants menés par le général Cochet en avril 1946 (*L'Alsace libérée*, 16 avril 1946, « Un nouveau parti de la Résistance. M. René Capitant y expose le problème de la Constitution », p. 1). Cette nouvelle formation connaît une existence brève, ralliant dans un premier temps le RGR puis fusionnant avec l'UDSR.

[49] J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 19.

[50] Ph. WILLIAMS, *La vie politique sous la 4e République*, Paris, Armand Colin, collection Analyse politique, 1971, p. 284-285. Outre René Capitant, André Malraux, Jacques Soustelle ou encore René Pleven rejoignent l'UDSR.

[51] É. DUHAMEL, « L'UDSR, un parti charnière », art. cité, p. 82.

[52] *Ibid.*

[53] *Ibid.*, p. 83.

[54] Cette déception des résistants – qui constatent que ceux des militants socialistes qui ne se sont pas illustrés durant la guerre ne sont pas disposés pour autant à céder leur place – est notamment relatée par Léo Hamon dans ses mémoires (L. HAMON, *Vivre ses choix*, Paris, Robert Laffont, 1991, p. 255).

[55] En novembre 1945, René Capitant accueille favorablement la constitution du gouvernement tripartite – alors même que cette constitution lui a coûté son poste de ministre de l'Éducation nationale – et le rôle joué par les partis politiques, reconnaissant là une transition démocratique souhaitable témoignant du passage du « régime de la Résistance » à la « démocratie renaissante » (R. CAPITANT, « Changement de régime », *L'Alsace libérée*, 28 novembre 1945, p. 1).

[56] R. CAPITANT, « Fidèle à de Gaulle », *L'Alsace libérée*, 30 janvier 1946, p. 1-2.

à l'aune de la vigueur des critiques qu'il adresse alors à Léon Blum. Le professeur de droit apprécie le chef socialiste[57] mais ne lui pardonne pas d'avoir accueilli avec « soulagement » le départ du général ni d'avoir soutenu que ce départ remettait la France sur la voie du régime parlementaire, cela au nom d'une conception « contractuelle » du gouvernement qui opposait déjà Blum et Capitant en 1936[58]. Le professeur craint que la domination du Tripartisme aille de pair avec la consécration de cette conception « contractuelle » du régime parlementaire via la rédaction d'une constitution « sur mesure » entérinant le pouvoir des « Trois Grands ». Pour contrecarrer ces projets, René Capitant ne se limite pas à combattre les projets constitutionnels mais essaie également d'animer un embryon d'opposition parlementaire.

Dès le mois de février, le professeur de droit commence à mettre en scène son opposition au gouvernement[59], tandis qu'une partie de la presse politique spécule sur la possibilité de voir émerger une opposition au Tripartisme[60]. Une provocation de René Capitant accélère alors le cours des choses. Le 25 mars, le chef du gouvernement, Félix Gouin, est en voyage officiel à Strasbourg. René Capitant invite alors, via un article publié dans *L'Alsace libérée*, les habitants de la ville à accueillir Félix Gouin aux cris de « Vive de Gaulle[61] ! ». La presse communiste fustige la provocation[62], tandis que René Capitant ne paraît pas à l'évènement[63]. Il dépose toutefois, dès le lendemain, une demande d'interpellation à l'Assemblée constituante pour prendre à partie le chef du gouvernement au sujet du discours donné à Strasbourg[64]. Si l'orateur échoue à mettre sérieusement en difficulté Félix Gouin[65], il

---

[57] Cette attaque contre Léon Blum est d'autant plus significative que René Capitant, malgré des désaccords importants, apprécie l'ancien président du conseil socialiste, auprès duquel il a travaillé en 1936 (O. Beaud, « Préface. Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », art. cité, p. 48-52).

[58] R. Capitant, « Un lâche soulagement », *L'Alsace libérée*, 6 février 1946, p. 1-2, également publié dans *Combat–Alger*, voir J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 123.

[59] R. Capitant, « Pourquoi j'ai voté contre les projets fiscaux du Gouvernement », *L'Alsace libérée*, 20 février 1946, p. 1.

[60] P. Auscher, « Un front démocratique ? », *L'Évènement*, 9 février 1946, p. 1 ; G. Gombault, « Le gouvernement applique son programme financier », *France*, 15 février 1946, p. 1.

[61] R. Capitant, « Dimanche, en recevant M. Félix Gouin, Strasbourg criera "Vive de Gaulle" », *L'Alsace libérée*, 22 mars 1946, p. 1.

[62] « Tout le monde le pense… L'Huma le dit », *L'Humanité*, 24 mars 1946, p. 1.

[63] D. Pado, « L'Alsace est un coin de chez nous », *L'Aurore*, 26 mars 1946, p. 3.

[64] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 26 mars 1946, p. 1077 et p. 1080-1081. René Capitant met en cause le chef du gouvernement en l'accusant de renoncer à la politique définie par le général de Gaulle au sujet de la question allemande. Il lui reproche notamment de ne pas affirmer suffisamment nettement la nécessité de séparer la Ruhr et la Rhénanie du reste de l'Allemagne.

[65] G. Altschuler, « Au Palais Bourbon », *Combat*, 27 mars 1946, p. 2. Dans les colonnes de *L'Humanité*, on fustige à nouveau « l'équivoque M. Capitant […] ouvrier hypocrite de troubles combinaisons » et on salue sa « sévère remise en place » par le président Félix Gouin (« Au Palais Bourbon : la nationalisation de l'électricité », *L'Humanité*, 27 mars 1946, p. 2).

saisit toutefois l'occasion pour affirmer son appartenance à « l'opposition[66] ». À cette même période, il appelle à la constitution d'un « rassemblement républicain » réalisant l'union, au sein d'un « Front de la République », des partis indépendants du Tripartisme à l'exclusion de la droite rassemblée au sein du Parti républicain de la liberté (c'est-à-dire la partie de l'UDSR qui n'est pas alliée avec les socialistes, le parti radical et les différents groupements politiques centristes[67]). Dans le débat interne à l'UDSR opposant d'une part partisans de l'alliance avec les socialistes et d'autre part partisans de l'alliance avec le parti radical – qui représente pourtant, en théorie, l'antithèse de l'UDSR – afin de poursuivre le combat contre le Tripartisme et le projet constitutionnel d'avril[68], Capitant rejoint sans hésitation le deuxième courant. Ce dernier l'emporte, aboutissant à la formation du Rassemblement des gauches républicaines en prévision des échéances électorales à venir[69]. L'horizon politique de René Capitant dépasse donc la seule bataille constitutionnelle. Le débat relatif à la loi électorale qui se tient au début du mois d'avril lui permet, toujours en vain, de rompre à nouveau des lances contre la représentation proportionnelle et le Tripartisme.

En mai 1946, René Capitant apparaît ainsi non seulement comme un orateur spécialiste des questions constitutionnelles, mais également comme un opposant de premier plan au Tripartisme. Chemin faisant, il s'est fait ses premiers ennemis. La presse communiste fait rapidement de lui un de ses épouvantails de choix et multiplie les griefs contre le professeur-parlementaire. Ces derniers visent en premier lieu son passage au ministère de l'Éducation nationale (pour *L'Humanité*, Capitant est le « saboteur de l'école laïque »)[70] puis son attitude lors des débats constituants (les « sophismes juridiques[71] » et les longs discours du juriste n'étant pas du goût des rédacteurs communistes). Ces attaques ne sont toutefois pas de nature à décourager René Capitant, qui ne se prive pas non plus d'utiliser les communistes

---

[66] R. CAPITANT, « La Ruhr, la Rhénanie contrôlée par Berlin, c'est, comme en 1919, la guerre perdue », *L'Évènement*, 30 mars 1946, p. 1. Voir également R. CAPITANT, « Bilan d'un discours », *L'Alsace libérée*, 27 mars 1946, p. 1.

[67] *Ibid.*

[68] Ph. WILLIAMS, *La vie politique sous la 4e République*, *op. cit.*, p. 284.

[69] É. DUHAMEL, « L'UDSR, un parti charnière », art. cité, p. 84.

[70] Au ministère de l'Éducation nationale, René Capitant tente de faire en sorte que la Libération ne s'accompagne pas d'un retour de la « guerre scolaire » entre partisans de l'enseignement public et partisans de l'enseignement privé. Il est ainsi partisan d'une abrogation progressive de la législation de Vichy et d'un rapprochement entre les deux enseignements qui fait l'objet des réflexions d'une commission présidée par André Philip. Ces projets étaient toutefois de nature à réunir contre eux les éléments les plus radicaux des deux camps en présence. Le PCF, dont l'intérêt est d'alimenter la querelle laïque pour éviter tout rapprochement entre socialistes laïques et démocrates-chrétiens, cible ainsi rapidement la question scolaire en général et l'action du ministre en particulier. Sur ces évènements, voir notamment L. HAMON, *Vivre ses choix*, *op. cit.*, p. 238-239 et J.-M. MAYEUR, « Laïcité et question scolaire en Alsace et en Moselle (1944–1963) », in R. RÉMOND (dir.), *Forces religieuses et attitudes politiques dans la France contemporaine*, Paris, Armand Colin, 1965, p. 235-251. À partir de ce moment, René Capitant sera pour la presse communiste le « saboteur de l'école laïque » (G. COGNIOT, « La réaction n'aura pas le dernier mot », *L'Humanité*, 22 mai 1946, p. 1).

[71] « Le débat sur la Constitution », *L'Humanité*, 17 avril 1946, p. 2.

comme repoussoir lors de la campagne référendaire[72]. Au soir du 5 mai 1946, il se retrouve dans le camp des vainqueurs mais n'a guère le temps de savourer ce succès. La situation politique dans le Bas-Rhin est compliquée pour les éléments gaullistes, pris en étau entre un MRP hégémonique et les différentes listes de gauche. Dans la presse communiste, on s'inquiète faussement de ne plus pouvoir bénéficier « des exposés doctoraux et interminables de M. Capitant[73] ». Pour donner un nouvel élan à sa liste rattachée au Rassemblement des gauches républicaines, Capitant confie la tête de liste au héros de guerre Pierre Clostermann[74]. La manœuvre ne suffit néanmoins pas et seul ce dernier est élu[75]. *L'Humanité* ne boude pas son plaisir au moment de dresser la liste des « laissés pour compte » du suffrage universel :

> M. Capitant, ancien grand maître de l'université, bien connu pour sa tendresse envers les écoles confessionnelles, fit beaucoup parler de lui lors du voyage de Félix Gouin à Strasbourg, au mois de mars dernier. Pas assez, cependant, puisque, second d'une liste du Rassemblement, qui portait en sous-titre : l'Union gaulliste, il a pris une bonne tape dans le Bas-Rhin[76].

L'ascension politique de René Capitant se trouve ainsi brusquement contrariée. Celui qui avait endossé avec aisance les habits du professeur-parlementaire se retrouve privé de tribune alors que s'ouvre une nouvelle étape de la bataille constitutionnelle. Pour continuer la lutte, le « libre citoyen » et infatigable apôtre du « grand Citoyen » doit trouver un nouveau moyen d'action[77].

B. Le professeur-militant face au projet d'octobre

Bien qu'ayant perdu son siège de député, Capitant demeure déterminé à continuer le combat contre les projets constitutionnels du Tripartisme. Le professeur-parlementaire se transforme alors en professeur-militant à la tête d'une organisation politique nouvelle : l'Union gaulliste. Le contexte n'est toutefois plus le même que durant la première Assemblée constituante et les qualités attendues de l'activiste ne sont pas les mêmes que celles du parlementaire. Malgré des débuts encourageants, l'aventure de l'Union gaulliste prend ainsi rapidement un tour embarrassant dont René Capitant ne réussit à se dépêtrer qu'avec peine.

---

[72] René Capitant n'a ainsi pas de mots assez durs pour évoquer le projet constitutionnel d'avril à la veille du scrutin. Le projet ne serait qu'une « constitution truquée » destinée à permettre l'avènement d'une dictature communiste (R. CAPITANT, « Une Constitution truquée », *L'Alsace libérée*, 2 mai 1946, p. 1).

[73] « M. Capitant en difficulté », *Les Lettres françaises*, 24 mai 1946, p. 2.

[74] « M. Capitant s'efface derrière un aviateur », *Combat*, 14 mai 1946, p. 1. Pierre Clostermann, compagnon de la Libération, est alors auréolé de son parcours au sein des Forces aériennes françaises libres au cours de la guerre. Il a poursuivi par la suite une carrière politique au sein des partis gaullistes sous la IVe et la Ve République.

[75] Le MRP est le grand vainqueur des élections dans le Bas-Rhin où il obtient 159 330 voix et 5 élus. La liste de Pierre Clostermann prend la deuxième place avec 55 060 voix mais n'obtient qu'un élu. Viennent ensuite la liste SFIO et la liste PCF, qui obtiennent chacune un élu également. Le PRL, avec 22 615 voix, n'obtient pas d'élu. Cf. *L'Alsace libérée*, 3 juin 1946, p. 1.

[76] « Laissés pour compte », *L'Humanité*, 4 juin 1946, p. 2.

[77] R. CAPITANT, « À mes électeurs, à mes amis », *L'Alsace libérée*, 4 juin 1946, p. 1.

1. Le lancement de l'Union gaulliste, « mouvement constitutionnel »

À défaut de tribune parlementaire, René Capitant se dote d'une tribune politique en lançant au début du mois de juillet un nouveau mouvement, l'Union gaulliste pour la IVe République. Ce dernier est l'héritier de la tentative du professeur de droit de mettre la question constitutionnelle et l'étiquette « gaulliste » au centre de la campagne électorale en vue des élections de juin[78] – la liste présentée par Capitant à cette échéance a d'ailleurs pour sous-titre la mention « Union gaulliste[79] ». Malgré l'échec, le juriste décide d'approfondir sa tentative en vue du référendum futur en lançant une « une grande ligue nationale », dont le programme est « le programme même de Bayeux[80] ».

L'adversaire de la « dictature des partis » se défend bien évidemment de fonder un simple parti politique. Il s'agit de créer un « mouvement constituant[81] » dont l'objectif est de défendre les conceptions présentées en matière constitutionnelle par le général de Gaulle à l'occasion du discours de Bayeux[82], auquel René Capitant a bien entendu assisté[83]. Le projet politique de l'Union gaulliste apparaît clair : il s'agit de peser sur le débat pour éviter que la seconde Assemblée constituante ne s'inscrive dans la continuité de la première et scelle un accord des forces du Tripartisme autour d'une retouche marginale du projet constitutionnel d'avril. Pour atteindre cet objectif, l'Union gaulliste doit faire pression sur le MRP, trop porté sur le compromis aux yeux de Capitant[84], afin de le convaincre de refuser la conciliation avec la SFIO et le PCF au profit d'une défense de la « Constitution de Bayeux ».

---

[78] R. CAPITANT, « Et maintenant, il faut élire une Constituante capable de faire une Constitution », *L'Alsace libérée*, 9 mai 1946, p. 1 ; également dans *Combat–Alger* sous le titre « Le devoir impérieux de la nouvelle Constituante », voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 141 ; R. CAPITANT, « Une constituante de deux mois », *L'Alsace libérée*, 16 mai 1946, p. 1 ; R. CAPITANT, « Pour une constituante neuve », *L'Alsace libérée*, p. 1-2, également dans *Combat-Alger*, voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 142.

[79] R. CAPITANT, « Notre liste », *L'Alsace libérée*, 14 mai 1946, p. 1 ; R. CAPITANT, « L'heure de l'Alsace », *L'Alsace libérée*, 31 mai 1946, p. 1. René Capitant fait également référence à d'autres listes dont le positionnement serait identique à la sienne, comme la liste menée par René Pleven dans les Côtes-d'Armor.

[80] R. CAPITANT, « L'Union gaulliste pour la IVe République », *L'Alsace libérée*, 15–16 juillet 1946, p. 1. Dès son édition des 30 juin–1er juillet 1946, *L'Alsace libérée* se fait l'écho de la création de L'Union gaulliste pour la IVe République. Par la suite, le journal publie successivement le manifeste du mouvement (édition du 17 août), son programme (édition des 18–19 août) puis la composition du « comité exécutif provisoire ».

[81] Selon la formule de Raulin-Laboureur, qui est alors l'adjoint de R. Capitant à la tête de l'organisation (*Union gaulliste pour la IVe République. Bulletin de liaison*, 12 août 1946, Archives Léo Hamon, Centre d'histoire de Sciences-Po, 2 HA 5).

[82] « Sur tous ces points, j'ai la profonde satisfaction de constater que je suis constamment resté d'accord avec le général de Gaulle » (R. CAPITANT, 18 juin, « Le discours de Bayeux », *L'Alsace libérée*, 18 juin 1946, p. 1, également dans *Combat-Alger*, voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 163).

[83] J. CHAUVEAU, « Dimanche à Bayeux », *Combat*, 18 juin 1946, p. 2.

[84] R. CAPITANT, « Un premier échec du MRP », *L'Alsace libérée*, 16–17 juin 1946, p. 1 ; « Les partis devant le discours de Bayeux », *L'Alsace libérée*, 23–24 juin 1946, p. 1, également publié dans *Combat-Alger* sous le titre « La réponse des partis », voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 165.

Le mouvement semble d'ailleurs en partie pensé pour assurer la convergence entre « gaullistes » et démocrates-chrétiens : si René Capitant est délégué général, apparaissent également en tant que délégués des personnalités comme Alfred Coste-Floret, Léo Hamon[85] ou Paul-Émile Viard. Le mouvement tente ainsi de rassembler les adversaires contre la Constitution d'avril dans l'espoir de rééditer cette coalition contre le nouveau projet de constitution à venir.

Le programme en lui-même est simple : l'objectif est de rassembler les « résistants » refusant le Tripartisme et de donner à la France la « Constitution de Bayeux[86] ». Cette dernière s'articule autour de trois principes fondamentaux selon René Capitant mais ignoré par le projet d'avril : la souveraineté populaire, la séparation des pouvoirs et l'arbitrage national du chef de l'État[87]. Au-delà de la question institutionnelle, le programme de l'Union gaulliste reflète les thèmes chers au professeur, comme en témoignent les références aux « principes éternels de la République » proclamés en 1789 et à la lutte contre un capitalisme analysé comme un « régime de féodalité économique[88] ». René Capitant accompagne le lancement du mouvement par la publication d'un essai de circonstances, *Pour une Constitution fédérale*[89], qui reprend le projet qu'il avait exposé dans les colonnes de *L'Alsace libérée* et de *Combat–Alger* en vue des élections de juin[90].

La mise en pratique du programme est plus complexe que son élaboration. Les partis en place regardent avec méfiance le nouveau-venu, tandis que le monde du gaullisme, entendu dans son sens le plus large, n'accorde qu'un soutien limité à

---

[85] Il faut toutefois préciser que Léo Hamon n'a alors pas encore adhéré au MRP, dont il est toutefois déjà sympathisant. L'ancien résistant avait initialement envisagé une adhésion à l'UDSR, mais l'échec de cette formation à concurrencer le parti socialiste l'entraîne à regarder ailleurs. Résistant de gauche et favorable au Tripartisme malgré une admiration intacte pour le général de Gaulle, c'est fort logiquement que Léo Hamon se tourne alors vers le MRP (L. HAMON, *Vivre ses choix*, *op. cit.*, p. 263). Hamon relate également qu'il réalise à l'été 1946 des démarches en compagnie d'Alfred Coste-Floret dans l'espoir de rallier les gaullistes au projet constitutionnel d'octobre. Il n'est donc pas surprenant de le retrouver également dans l'organigramme de l'Union gaulliste. Pour autant, il n'est pas évident qu'il y ait joué un véritable rôle. Ses archives consultables au centre d'histoire de Sciences-Po témoignent bien du fait qu'il a reçu la propagande du mouvement, mais il n'en fait aucune mention dans ses mémoires. Soit son lien avec le mouvement a été si faible qu'il n'y avait pas lieu de l'évoquer, soit l'auteur a préféré écarter cet épisode. On peut imaginer, sans prendre trop de risque, que le jugement porté par Hamon sur l'évolution de l'Union gaulliste ne devait guère être favorable et a laissé des traces. En 1947, Léo Hamon refuse ainsi d'adhérer au RPF au motif que ce dernier pencherait trop à droite (*ibid.*, p. 256).

[86] Le manifeste et le programme de l'Union gaulliste sont notamment reproduits en annexe de l'article de B. LACHAISE, « L'Union gaulliste en 1946 », in G. RICHARD et J. SAINCLIVIER (dir.), *La Recomposition des droites en France à la Libération, 1944–1948*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, p. 217-228, [https://books.openedition.org/pur/16311?lang=fr] (consulté le 6 mars 2021).

[87] Voir « Commentaire du discours de Bayeux par René Capitant, Délégué général de l'Union gaulliste (août 1946) » (J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 166).

[88] Voir le programme de l'Union gaulliste, publié dans le numéro de *L'Alsace libérée* des 18–19 août 1946, p. 1.

[89] R. CAPITANT, *Pour une Constitution fédérale*, Paris, Renaissances, 1946.

[90] Voir la série d'articles intitulés « Pour une Constitution neuve » publiée dans les éditions de *L'Alsace libérée* des 21 et 22 mai, et 24–28 mai 1946. Ils ont également été publiés dans *Combat–Alger*, voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 143-155.

l'initiative de Capitant. Charles de Gaulle ne décourage pas cette dernière, mais ne la soutient pas non plus et les compagnons d'armes d'hier manquent à l'appel[91]. L'Union gaulliste est rapidement renvoyée par ses adversaires aux « ligues » d'avant-guerre, ce qui est une manière de discréditer la nouvelle organisation et de la renvoyer à la droite du spectre politique – c'est-à-dire, en 1946, à la marginalité. Enfin, le nombre de membres revendiqués apparaît sans commune mesure avec la réalité d'un mouvement faiblement implanté localement[92].

L'initiative politique de René Capitant n'est véritablement prise au sérieux qu'à partir d'un coup d'éclat qui intervient en septembre 1946. Les travaux préparatoires de la Constitution d'octobre sont alors bien avancés. Les négociations entre les Trois Grands ne sont pas terminées mais tout indique que le MRP semble, cette fois, décidé à éviter une nouvelle rupture. René Capitant marque alors les esprits en accordant au début du mois de septembre une interview à l'agence de presse *Associated Press*, à laquelle s'ajoute une conférence de presse en date du 12 septembre. La presse française se fait largement l'écho de cette offensive médiatique, qui est pour Capitant l'occasion de prendre des positions fortes de nature à provoquer les acteurs du Tripartisme. Il y présente son intention de défendre de nouveau le « non » au prochain référendum et annonce également la présence aux élections suivantes de listes « Union gaulliste » dans tout le pays pour défendre la « Constitution de Bayeux » au sein d'une troisième Assemblée constituante. Selon Capitant, cette solution est la seule de nature à éviter la « guerre civile » à laquelle mèneraient le Tripartisme et ses projets constitutionnels[93]. Le ton de la campagne de l'Union gaulliste est donné et le professeur de droit se lance dans une série de réunions électorales dans le sud de la France[94]. Cette fois-ci, l'initiative de René Capitant ne fait plus sourire. Georges Cogniot, qui a côtoyé le juriste à la première commission de la Constitution, laisse libre cours à sa colère dans les colonnes de *L'Humanité* contre celui qu'il qualifie « d'homme de la réaction » : « la politique de M. Capitant, c'est celle qui fut autrefois pratiquée par le traître Pierre Laval : elle s'inspire de la haine des partis constitués, de la volonté de tout corrompre pour installer dans les ruines de la démocratie l'arbitraire d'un personnage suprême tout puissant[95] ».

L'espace d'un instant, René Capitant occupe ainsi le devant de la scène et apparaît en mesure de faire pression sur le MRP. La situation de l'Union gaulliste est

---

[91] B. LACHAISE, « L'Union gaulliste en 1946 », art. cité, § 6. L'auteur relève que René Capitant se plaint que des personnalités telles que René Pleven, Jacques Soustelle, Paul Giaccobi ou encore André Malraux ne l'aient pas rejoint.

[92] Selon Georgette Elgey, le mouvement revendique 500 000 membres, dont 22 députés, en septembre 1946 (G. ELGEY, *La République des illusions, 1945-1951*, Paris, Fayard, 1965, p. 214). Les travaux récents sur l'Union gaulliste ramènent toutefois ce chiffre à une dizaine de milliers de membres au maximum. Au demeurant, l'existence même du mouvement à l'échelon local est contesté, hormis dans les régions où des mouvements gaullistes avaient déjà une activité autonome, comme l'UNAR dans le Bas-Rhin (B. LACHAISE, « L'Union gaulliste en 1946 », art. cité, § 2).

[93] G. ALTSCHULER, « Le débat constitutionnel », *Combat*, 13 septembre, p. 3.

[94] « Une mise au point de M. Capitant », *Combat*, 19 septembre 1946, p. 1. L'article évoque un « voyage de propagande » de René Capitant au cours duquel ce dernier a tenu des réunions à Marseille, Nice et Toulon.

[95] G. COGNIOT, « M. Capitant de "l'Union gaulliste" ne doit pas avoir le dernier mot », *L'Humanité*, 10 septembre 1946, p. 1.

toutefois grevée par de trop nombreuses ambiguïtés. Le mouvement se défend d'être un parti, mais prétend présenter des listes autonomes aux prochaines élections. Il assure incarner le gaullisme, mais sans l'appui officiel du général de Gaulle et en provoquant, de fait, la division au sein des anciens résistants. Il se veut au-dessus des partis, mais son personnel et ses soutiens penchent vers la droite de l'échiquier politique[96]. Ces ambiguïtés ont permis à l'Union gaulliste de jouer un rôle dans le débat constituant. Elles se révèlent néanmoins plus lourdes de conséquences sur le long terme.

2. La fin douloureuse de l'Union gaulliste

Après avoir occupé le devant de la scène en septembre 1946, l'Union gaulliste connaît un délitement rapide qui passe par la victoire du « oui » au référendum de septembre et aboutit à l'échec du mouvement aux élections de novembre. Il y avait deux voies possibles pour l'Union gaulliste : soit se limiter à être un « lobby » constitutionnel visant à faire pression sur le MRP pour obtenir le rejet du projet de constitution d'octobre. Soit, prétendre incarner une alternative politique à part entière en vue des prochaines élections législatives. Sur les deux plans, l'aventure s'est révélée être un échec.

Le projet de faire pression sur le MRP pour obtenir une nouvelle rupture avec socialistes et communistes et précipiter une troisième Assemblée constituante permettant à la « Constitution de Bayeux » de triompher se heurte à une difficulté de taille : mis à part René Capitant, peu de monde souhaite réellement rejouer un « troisième tour » du débat constituant. Le professeur de droit est isolé dans son intransigeance et ses imprécations contre le MRP – « le compromis est la maladie du MRP », affirme volontiers Capitant[97] – ne sont pas de nature à faire changer d'opinion les chefs démocrates-chrétiens. L'hostilité contre le missionnaire autoproclamé du gaullisme grandit[98] et *L'Aube* joint ses critiques à celle de la presse socialiste et communiste en évoquant le

> curieux destin que celui de ce professeur de droit, grincheux et claudicant, doté d'une sympathique tête à chahut mais d'un médiocre jugement politique, qu'un échec électoral a jeté sur les routes de la propagande et qui joue maintenant au chef de ligne[99].

Capitant tente d'apaiser les choses en précisant ses projets dans un communiqué de presse du 19 septembre : l'Union gaulliste n'est pas un parti mais un mouvement constitutionnel. Il ne prétend pas bénéficier de l'appui personnel du général de Gaulle et son objectif est de réaliser une « coalition républicaine » la plus large possible, allant des socialistes aux modérés et ayant pour seul programme la « Constitution de Bayeux » et une loi électorale « démocratique[100] ». Le même jour, un conseil national de l'Union gaulliste met toutefois les partisans du soutien au MRP en minorité et affirme solennellement l'indépendance du mouvement et son

---

[96] B. LACHAISE, « L'Union gaulliste en 1946 », art. cité, § 5.

[97] R. CAPITANT, « La déclaration du général de Gaulle », *L'Alsace libérée*, 29 août 1946, p. 1.

[98] G. ALTSCHULER, « Le MRP prend position contre l'Union gaulliste », *Combat*, 17 septembre 1946, p. 1.

[99] LUCIDUS, « Sur l'Union gaulliste », *L'Aube*, 18 septembre 1946, p. 2.

[100] « Une mise au point de M. Capitant », art. cité, p. 1.

intention de présenter des listes autonomes aux prochaines élections[101]. Le lendemain, Charles de Gaulle prend officiellement parti contre le nouveau projet de Constitution[102] et la scission au sein de l'Union gaulliste entre soutiens du MRP et opposants au projet constitutionnel est actée[103].

La présence de membres du MRP au sein du comité exécutif de l'Union gaulliste reposait, au fond, sur un malentendu. Alfred Coste-Floret et Léo Hamon pensaient que le projet constitutionnel d'octobre pouvait obtenir le ralliement du général de Gaulle – ils sont même allés à Colombey-les-Deux-Églises pour plaider cette thèse[104]. René Capitant, de son côté, poursuit une tactique toute différente et veut pousser le MRP à une nouvelle rupture avec les socialistes et les communistes sur la question constitutionnelle. Face à un tel désaccord tactique, la rupture est inévitable. Les cadres du mouvement également sympathisants du parti démocrate-chrétien quittent l'organisation en reprochant à Capitant de transformer l'Union gaulliste en un parti ayant pour objectif de couper la France en deux blocs hostiles selon une logique mortifère[105]. Le délégué général de l'Union gaulliste apparaît comme un boutefeu accusé par François Mauriac, dans les colonnes du *Figaro*, de rallumer le « foyer ligueur du 6 février[106] ». Capitant, de son côté, ne décolère pas face à un projet de constitution qui ne serait qu'un nouveau « compromis boiteux[107] » n'apportant aucun progrès par rapport à la Constitution d'avril. Sur certains points, comme le rôle du référendum, le nouveau projet est même un recul et constitue donc une « véritable escroquerie[108] ». La rupture est consommée et s'affiche dans les colonnes de *L'Aube* qui publie la lettre ouverte d'Alfred Coste-Floret à René Capitant : le premier y accuse le second, au nom de leur ancienne amitié, d'avoir « changé de camp », de pratiquer une « religion de l'intransigeance » et de mener la France sur la voie de la guerre civile[109]. En retour, René Capitant accuse les chefs du MRP d'avoir « sciemment et systématiquement trompé leurs troupes » quant à leurs véritables intentions en matière constitutionnelle et vis-à-vis du général de Gaulle[110]. La campagne de presse continue ensuite par des polémiques aussi âcres que stériles sur le nombre exact de membres de l'Union gaulliste démissionnaires[111].

---

[101] « Scission dans l'Union gaulliste », *Combat*, 20 septembre 1946, p. 3.

[102] « De Gaulle s'élève contre le projet constitutionnel », *Combat*, 20 septembre 1946, p. 1.

[103] « Les chefs de la minorité de l'Union gaulliste expliquent pourquoi ils se refusent à suivre M. Capitant », *L'Aube*, 21 septembre 1946, p. 1.

[104] L. HAMON, *Vivre ses choix*, *op. cit.*, p. 259-261.

[105] « Treize personnalités quittent l'Union gaulliste », *L'Aube*, 27 septembre 1946, p. 1.

[106] LUCIDUS, « Tour d'horizon », *L'Aube*, 28 septembre 1946, p. 2.

[107] R. CAPITANT, « Une fois encore : non ! », *L'Alsace libérée*, 20 août 1946, p. 1.

[108] R. DE SAINT-POURÇAIN, « De Gaulle dira : non, demain, à Épinal », *France-Soir*, 29 septembre 1946, p. 1.

[109] A. COSTE-FLORET, « La "religion de l'intransigeance" et celle du compromis », *L'Aube*, 2 octobre 1946, p. 1.

[110] R. DE SAINT-POURÇAIN, « M. Capitant nous dit : "j'accuse les chefs M.R.P d'avoir trompé leurs troupes" », *France-Soir*, 3 octobre 1946, p. 3.

[111] « Alfred Coste-Floret répond à Capitant », *L'Aube*, 5 octobre 1946, p. 1.

La campagne contre le projet constitutionnel se poursuit dans une atmosphère difficile. Faute de groupe parlementaire, l'Union gaulliste est tenue à l'écart de la propagande électorale officielle[112]. Le 4 octobre, une réunion animée par René Capitant à Lyon dégénère et plusieurs blessés sont à déplorer[113]. Le 8 octobre, un meeting au vélodrome d'hiver se déroule sans encombre, mais le lendemain une réunion publique du juriste à Lille tourne de nouveau à la confusion et à l'affrontement[114]. La presse communiste fait du professeur de droit et de son mouvement l'une de ses cibles favorites : l'Union gaulliste serait une « ligue factieuse », une « ligue des trusts » qui « prêche la guerre civile »[115]. René Capitant a même l'honneur de la Une du quotidien communiste en date du 11 octobre : « S'abstenir, c'est voter Capitant[116] ». Deux jours plus tard, dans le même journal, Georges Cogniot – qui l'avait déjà comparé à Pierre Laval – le compare cette fois au propagandiste collaborationniste Philippe Henriot[117].

René Capitant se concentre toutefois sur le seul combat utile dans l'immédiat, à savoir convaincre les électeurs du MRP de voter contre le second projet de Constitution. Il est ainsi amené à concentrer ses attaques vers les compagnons d'hier, sous la forme d'une série d'articles publiés dans le journal *France libre*[118] quelques jours avant le référendum d'octobre. Le professeur de droit emploie les grands moyens en s'attachant à démontrer que le MRP serait un parti dangereux pour la démocratie française. Il l'accuse notamment d'entraîner la vie politique vers un bipartisme l'opposant, en tant que seul grand parti « anticommuniste », au PCF[119]. Cette perspective satisferait d'ailleurs autant les deux partenaires, chacun espérant à terme triompher de l'autre. Capitant n'hésite pas à diagnostiquer ici une alliance de circonstance, pour adopter une loi électorale qu'il compare au pacte germano-soviétique. Il n'hésite pas non plus à voir un autre fruit de cette alliance dans un projet de constitution qui serait une « constitution de prise de pouvoir ». L'absence de

---

[112] « M. Capitant reproche à M. Bidault d'avoir exclu l'Union gaulliste du micro électoral », *Combat*, 9 octobre 1946, p. 3.

[113] « Des blessés au cours d'une réunion de l'Union gaulliste à Lyon », *Combat*, 5 octobre 1946, p. 3 ; *L'Humanité* livre une lecture différente des évènements, rejetant la faute sur l'Union gaulliste : « on ne peut que trouver scandaleux que ces héritiers de l'esprit du 6 février viennent se livrer à leurs provocations dans une Bourse du travail. On connaît depuis longtemps leurs méthodes, qui consistent à créer le trouble pour se présenter ensuite en partisans de "l'ordre" » (« Les trublions de M. Capitant font des leurs », *L'Humanité*, 6 octobre 1946, p. 2).

[114] « Violents incidents à Lille au cours d'une réunion de l'Union gaulliste », *Combat*, 10 octobre 1946, p. 1. Dans un périodique à destination des jeunes socialistes, on se félicite du fait que des militants aient perturbé la réunion de René Capitant et on prétend interdire à ce dernier de revenir à Lille : « les Jeunesses socialistes de la Fédération du Nord sont bien décidés à l'accueillir plus chaudement encore s'il lui prenait fantaisie de récidiver » (« Les J.S. de Lille bousculent Capitant », *Jeunesse. Hebdomadaire socialiste des jeunes*, 17 octobre 1946, p. 2).

[115] Voir l'allocution radiodiffusée d'André Marty, alors secrétaire du PCF et député, reproduite dans *L'Humanité*, 10 octobre 1946, p. 1.

[116] *L'Humanité*, 11 octobre 1946, p. 1.

[117] G. COGNIOT, « Le clan des NON c'est le gang des corrompus », *L'Humanité*, 13 octobre, p. 1.

[118] *France libre*, sous-titré *Le grand quotidien d'information* en 1946, est le journal héritier d'un périodique clandestin de la Résistance affilié au mouvement de résistance « Ceux de la Libération » (*France libre : organe de « Ceux de la Libération-Vengeance »* étant le titre du périodique jusqu'en août 1944).

[119] R. CAPITANT, « Le plan du M.R.P », *France libre*, 8 octobre 1946, p. 1.

contre-pouvoirs institutionnalisés ferait en effet de ce projet une « Constitution faite pour la révolution légale, bien mieux conçue et organisée à cette fin que ne le fut la Constitution de Weimar[120] ». Dans ces conditions, le plan d'action du MRP à terme serait soit candide soit dangereux. Candide dans l'hypothèse où le MRP escompte l'emporter *ad vitam aeternam* sur les communistes. Un « parti confessionnel » subissant l'usure du pouvoir ne pourra, selon Capitant, que perdre un jour face aux communistes. Ces derniers gagneront alors un pouvoir dont on ne peut être sûr qu'ils le rendent. Mais le plan pourrait également être dangereux dans l'hypothèse d'un MRP conscient du fait que son maintien au pouvoir face au PCF ne pourrait, à terme, que passer par la force. Capitant accuse ainsi directement les dirigeants démocrates-chrétiens, non seulement de vouloir fonder un grand parti confessionnel catholique sur le modèle du *Zentrum* allemand ou des chrétiens-sociaux autrichiens, mais de préparer le terrain à une « dictature à la Dollfuss » afin de barrer la route au communisme[121]. C'est ainsi que, sans guère de nuances, le professeur de droit établit que la stratégie du MRP ne peut mener qu'à la révolution ou à la dictature. Pour éviter cet inexorable destin, la seule voie de salut est celle défendue par les « vrais républicains » et le général de Gaulle. Cela passe par l'adoption d'une Constitution garantissant la démocratie contre le risque de « révolution légale » par la séparation des pouvoirs et par l'adoption d'une loi électorale démocratique sapant le pouvoir des grands partis monolithiques[122].

Ces efforts ne sont cependant pas couronnés de succès et le projet de constitution est adopté par 53,24 % des votants le 13 octobre. Accueillant le résultat, Capitant prédit sombrement à l'AFP que la tyrannie des partis va s'aggraver et que l'anarchie va s'amplifier[123], tandis que dans les colonnes de *L'Humanité,* Georges Cogniot savoure sa victoire en lui promettant à court terme une nouvelle défaite électorale[124]. Capitant n'a en effet guère le temps de s'apitoyer sur cet échec car une dernière épreuve l'attend en cette fin d'année 1946 : les élections législatives de novembre. Cette échéance marque la fin de l'aventure de l'Union gaulliste, qui s'achève dans des circonstances pathétiques – voire confinant au vaudeville.

Il faut trouver un point de chute électoral au professeur-militant. La presse bruisse de rumeurs : René Capitant se présenterait dans la 4e circonscription de la Seine où il défierait Maurice Thorez[125], ou peut-être dans le Bas-Rhin, mais Pierre Clostermann serait peu disposé à lui céder sa place en tête de liste. Au niveau national, l'Union gaulliste peine également à se faire une place : le Parti républicain de la liberté (PRL) se veut conciliant, mais les négociations avec le Rassemblement des gauches républicaines (RGR) échouent et la perspective de présenter des listes

---

[120] R. CAPITANT, « Du tripartisme au bipartisme », *France libre*, 9 octobre 1946, p.1.

[121] R. CAPITANT, « La fin d'une équivoque », *France libre*, 11 octobre 1946, p. 1.

[122] R. CAPITANT, « Deux formes d'anticommunisme », *France libre*, 12 octobre 1946, p. 1.

[123] « Les commentaires des leaders des partis », *L'Aube*, 15 octobre 1946, p. 2.

[124] « M. Capitant fait un tapage infernal. La douche de dimanche ne l'a pas calmé. Il en faudra une plus forte le 10 novembre » (G. COGNIOT, « Après la victoire de la démocratie, empêchons la réaction de regagner, le 10 novembre, ce qu'elle a perdu le 13 octobre », *L'Humanité*, 16 octobre 1946, p. 1).

[125] « Pas de changements notables dans les listes de candidats des trois grands partis », *Combat*, 19 octobre 1946, p. 3.

autonomes dans tous les départements paraît chimérique[126]. Finalement – coup de théâtre – René Capitant décide de mener une liste « Rassemblement républicain et gaulliste » dans la 2e circonscription de la Seine, c'est-à-dire l'ouest parisien[127]. Sur un plan national, l'Union gaulliste n'aurait réussi à présenter de listes autonomes que dans 17 départements, bien qu'il existe des candidats gaullistes isolés sur des listes de l'UDSR ou du PRL[128]. Le juriste n'est toutefois pas au bout de ses peines car sa candidature soulève la réprobation de ses derniers « alliés » politiques, ceux qui ont combattu jusqu'au bout la Constitution d'octobre, à savoir les radicaux. En se présentant dans l'ouest parisien, Capitant met en effet en danger le siège de Paul Bastid, son collègue professeur de droit qui s'est également illustré lors des débats constituants. Le parti radical, l'UDSR et le général François d'Astier de La Vigerie[129] lui-même, président du comité exécutif de l'Union gaulliste, font pression pour que Capitant retire sa candidature[130]. Celui-ci paraît dans un premier temps céder, avant de revenir sur sa décision et de maintenir sa candidature, au motif que la base du mouvement souhaiterait le voir barrer la route à la liste menée dans le même secteur par l'amiral Muselier, adversaire déclaré du général de Gaulle. En réaction à ce maintien, René Capitant est exclu de l'UDSR, le général d'Astier de La Vigerie présente sa démission du comité exécutif[131] et plusieurs sections de l'Union gaulliste affirment prendre leur distance avec le délégué général. De l'avis même de Raymond Aron dans *Combat*, qui demeure l'un des journaux les moins sévères avec le professeur de droit, l'affaire a tourné au ridicule :

> Jusqu'à présent, la campagne électorale n'a fait qu'une victime : l'Union gaulliste de M. Capitant. L'ancien ministre de l'Éducation nationale ayant trop longtemps hésité entre « être ou ne pas être candidat », a définitivement choisi de n'être pas politiquement[132].

---

[126] *Ibid.*

[127] « Quarante-sept listes de candidats dans les six circonscriptions de la Seine », *Combat*, 22 octobre 1946, p. 3.

[128] « Seuls les trois "grands partis" présentent des listes homogènes dans tous les départements », *Combat*, 22 octobre 1946, p. 1. À titre de comparaison, le RGR présente une liste dans 65 départements. Bernard Lachaise, quant à lui, arrive toutefois au chiffre de 38 listes ayant reçu l'investiture de l'Union gaulliste, bien que seule vingt d'entre elles fassent expressément référence à l'étiquette « gaulliste » (B. LACHAISE, « L'Union gaulliste en 1946 », art. cité, § 6).

[129] François d'Astier de La Vigerie, général et compagnon de la Libération, est le frère aîné d'Emmanuel d'Astier de La Vigerie, également compagnon de la Libération, fondateur du réseau de résistance Libération-Sud et élu au sein des deux Assemblées nationales constituantes (où il siège dans le groupe Républicains et résistants, c'est-à-dire le groupe des progressistes et compagnons de route du PCF).

[130] « Sous "la pression de ses amis", M. Capitant retire puis maintient sa candidature à Paris », *Combat*, 25 octobre 1946, p. 3. Dans son édition du 27 octobre, le quotidien démocrate-chrétien *L'Aube* publie quant à la lui la lettre de démission du général d'Astier de La Vigerie de son mandat de président du comité exécutif de l'Union gaulliste (« Les dissensions de l'Union gaulliste », *L'Aube*, 27 octobre 1946, p. 3).

[131] « M. René Capitant exclu de l'UDSR », *L'Aube*, 29 octobre 1946, p. 1.

[132] R. ARON, « Élections et Gouvernement », *Combat*, 29 octobre 1946, p. 1. Le reste de la presse se fait plus dure encore, cf. la revue de presse de l'édition du 27 octobre 1946 du quotidien *Combat* (p. 3).

La campagne s'achève dans des conditions difficiles : le grand meeting parisien de René Capitant tourne au pugilat et à la confusion[133], tandis que *L'Aurore* – qui a la particularité d'être le journal de Paul Bastid, son concurrent direct – publie la veille du scrutin une copie de la lettre par laquelle le délégué général de l'Union gaulliste annonçait renoncer à sa candidature[134]. Malgré ce chemin de croix, Capitant conquiert un siège lors de l'élection du 10 novembre. Quant à l'Union gaulliste, elle ne peut guère revendiquer qu'entre dix et quatorze élus[135]. Le 28 novembre, c'est donc un « capitaine sans troupe » qui retrouve l'hémicycle du Palais Bourbon[136].

Le bilan du professeur-militant apparaît ainsi moins brillant que le bilan du professeur-parlementaire. L'Union gaulliste n'a guère réussi à influencer le débat constituant et se révèle sur le plan électoral un échec, le cas personnel de Capitant mis à part. Sur le long terme, l'héritage du mouvement politique est sujet à caution. D'un côté, il est possible d'y voir la préfiguration du Rassemblement du Peuple Français. D'un autre côté, l'Union gaulliste a creusé le fossé entre le général de Gaulle et les partis politiques, tout en laissant le souvenir d'une « ligue » penchant fort vers la droite de l'échiquier politique[137]. Tout indique également que René Capitant s'est retrouvé isolé dans une aventure où il était bien mal secondé[138]. C'est ainsi que le mouvement initié par l'un des « gaullistes de gauche » les plus célèbres est devenu un repoussoir pour d'autres personnalités pouvant revendiquer cette étiquette[139]. Entraîné par son combat contre la Constitution de la IVe République, le professeur-militant, payant selon la critique acerbe de Georges Izard tout

---

133 P. Bodin, « Clameurs et bagarres à la salle Wagram : Capitant parlait », *Combat*, 5 novembre 1946, p. 1.

134 « M. Capitant s'était désisté », *L'Aurore*, 9 novembre 1946, p. 2.

135 B. Lachaise, « L'Union gaulliste en 1946 », art. cité, § 6.

136 G. Mamy, « La première Assemblée de la IVe République a inauguré hier ses travaux », *L'Aube*, 29 novembre 1946, p. 3.

137 B. Lachaise, « L'Union gaulliste en 1946 », art. cité, § 9-10.

138 Le départ des membres du MRP limite rapidement les cadres sur lesquels René Capitant peut compter. Il est alors principalement secondé par Raulin-Laboureur. De son véritable nom Étienne de Raulin de Gueutteville de Réalcamp, Raulin-Laboureur est un homme politique qui a fait ses classes à l'Action française avant de rejoindre divers partis de droite ou d'extrême-droite. Son activité dans la Résistance au sein du Mouvement de Libération Nationale l'amène à siéger à l'Assemblée consultative provisoire et à être élu aux élections du 21 octobre 1945 à la tête d'une liste d'inspiration gaulliste dans le Maine-et-Loire. Siégeant comme Capitant dans le groupe Résistance démocratique et socialiste, il est également battu, comme lui, lors des élections du 2 juin (Cf. sa notice biographique sur le site de l'Assemblée nationale : [https://www2.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche/(num_dept)/6612] (consulté le 5 mars 2021). Au cours de l'année 1946, Raulin-Laboureur épaule René Capitant à l'Assemblée puis au sein de l'Union gaulliste. Il fait ainsi partie de ces personnalités de l'Union gaulliste qui témoignent de l'ancrage à droite des cadres du mouvement. Dans le même ordre d'idée, *L'Humanité* met également en cause un autre membre du comité exécutif de l'Union gaulliste, Antoine Chalvet de Récy, également ancien résistant dont le journal communiste fait « l'homme des trusts » en raison de l'ascendance familiale de sa femme (G. Cogniot, « Les raisons de la banque Mirabaud », *L'Humanité*, 6 octobre 1946, p. 1). La carrière ultérieure de ces deux cadres de l'Union gaulliste, qui s'arrête rapidement et abruptement à l'occasion d'une affaire de détournement de fonds publics (« l'affaire des bons d'Arras »), illustre les limites de l'entourage qui seconde René Capitant dans cette aventure.

139 Le fait que Léo Hamon passe sous silence son adhésion à l'Union gaulliste a déjà été évoqué. Il est également possible de mentionner le témoignage de Jean Charbonnel, qui a été député UNR-

à la fois son intransigeance et son inexpérience partisane[140], s'est révélé moins à son aise que le professeur-parlementaire.

Durant cette période charnière, René Capitant a donc usé plusieurs rôles, endossant tour à tour les habits du parlementaire technicien et ceux du partisan politique. Cette multiplicité des modes d'action s'accompagne également d'une certaine évolution intellectuelle.

II. Du libéral au démocrate

Au-delà de la combinaison des modes d'action, René Capitant doit aussi concilier son libéralisme et ses convictions démocratiques. Cette problématique ne lui est pas propre et traverse l'ensemble des travaux préparatoires de 1946. Le débat constituant de la Libération diffère des précédents que la France a pu connaître pour le motif suivant : le constitutionnalisme ne peut plus se limiter, conformément à son sens premier[141], à traiter que de la protection de la liberté, il doit également se préoccuper des progrès de l'idée démocratique[142]. Cette nouvelle donne provoque une tension entre deux idées, l'idée libérale d'une part et l'idée démocratique d'autre part, qui inspirent les débats constituants. L'aile droite de l'Assemblée constituante prétend ainsi défendre la liberté contre la majorité, en agitant des projets de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. L'aile gauche de la constituante, quant à elle, prétend assurer la réalisation de l'idée démocratique à travers la mise en œuvre de la volonté populaire, exprimée par la médiation de l'Assemblée nationale. Entre ces deux projets, il existe un tiers parti qui souhaiterait tout à la fois accompagner l'approfondissement de l'idée démocratique sans pour autant affaiblir les garanties constitutionnelles dont pourrait disposer la liberté. Plusieurs

---

UDT sous la Ve République et un des animateurs du « gaullisme de gauche ». Charbonnel a ainsi expliqué qu'il avait, en 1946, préféré adhérer au MRP plutôt qu'à l'Union gaulliste dont certains éléments penchaient excessivement à droite à son goût (A. Dulphy et Chr. Manigand, « Entretien avec Jean Charbonnel », *Histoire@Politique*, 2012/2, no 17, p. 179-197).

140 Le jugement porté par Georges Izard dans les colonnes de la *Nef* sur René Capitant illustre l'animosité que provoquait sa personnalité chez ses contradicteurs : « M. Capitant est le type même du ligueur. Il en a l'âpreté, l'intransigeance et les œillères, et aussi la ténacité et la témérité. Il a découvert le secret de la bombe atomique et celle qu'il vient de lancer est de taille, encore qu'elle soit à retardement et qu'en définitive il puisse lui arriver de ne pas exploser […] M. Capitant n'était bien choisi que si on recherchait une opération fracassante. Il est, dans la vie publique tout au moins, d'une grande violence d'expression. Il a plus le sens de l'invective que de la nuance. Il n'a pas assez d'expérience politique pour avoir acquis, dans une organisation, le sens de la discipline […] Dans tout cela les erreurs de méthode, les improvisations, les initiatives dispersées font apparaitre et l'inexpérience politique de M. Capitant, et la nervosité, la fébrilité qui ont présidé à son rassemblement, et l'hétérogénéité des hommes qu'il a rassemblés » (G. Izard, *La Nef*, no 23, octobre 1946, p. 124).

141 O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in Ph. Raynaud et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3e éd., Paris, PUF, 2008, p. 133.

142 Le progrès de l'idée démocratique et ses conséquences sur l'évolution des formes de gouvernement (avec le passage de la « démocratie gouvernée » à la « démocratie gouvernante ») au sortir de la guerre ont fait l'objet des analyses de Georges Burdeau dans plusieurs volumes de son *Traité de science politique*. Cf. G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 5, *L'État libéral et les techniques de la démocratie gouvernée*, Paris, LGDJ, 1953 ; *Traité de science politique*, t. 6, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, LGDJ, 1956 ; *Traité de science politique*, t. 7, *La démocratie gouvernante, ses structures gouvernementales*, Paris, LGDJ, 1957.

professeurs de droit se retrouvent sur cette ligne ayant pour ambition de concilier constitutionnalisme classique et approfondissement démocratique. C'est tout le sens de la thèse développée par René de Lacharrière dans son essai, *La République*, publié en 1945[143]. René Capitant, qui convoque au cours des débats aussi bien Montesquieu[144] que Jean-Jacques Rousseau[145], fait face à une problématique comparable : au sein d'une Assemblée constituante peu disposée à l'écouter, il souhaite tout à la fois réaliser un certain approfondissement démocratique, sans pour autant abandonner l'héritage du constitutionnalisme libéral.

Le débat constituant de 1946 semble alors marquer une étape dans l'évolution intellectuelle de René Capitant. Le « premier Capitant » – l'auteur d'avant-guerre – était surtout préoccupé de défendre l'individualisme et le régime parlementaire. Le « Capitant d'après-guerre » est appelé à devenir, quant à lui, un théoricien de la démocratie. Le « Capitant de 1946 » se situe dans un entre-deux : il demeure attaché à la défense du libéralisme individualiste, mais commence également à développer le thème de l'approfondissement de la démocratie[146].

A. La défense de l'héritage libéral

Au cours des débats constituants, René Capitant s'illustre par sa défense résolue de l'héritage libéral de la IIIe République. Il faut aussi relever que l'individualisme du juriste rencontre, au cours des débats, certaines limites et que son libéralisme prend parfois des traits particuliers.

1. Le Capitant libéral et individualiste

Si René Capitant est souvent politiquement qualifié de « gaulliste de gauche » au regard de son activité au sein du mouvement gaulliste sous la Ve République, il demeure avant tout un auteur profondément libéral au sens politique du terme[147]. Son libéralisme s'appuie sur un individualisme prononcé[148], lui-même fondé sur le

---

[143] R. DE LACHARRIÈRE, *La République*, Paris, Domat Montchrestien, 1945. Dans cet essai, l'auteur présente l'opposition entre libéralisme et démocratie tout en concluant à l'interdépendance de ces deux principes et à leur nécessaire combinaison, dans ce qu'il présente comme une ébauche de « théorie de la République ».

[144] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1666.

[145] *Ibid.*, p. 1671-1672.

[146] Dans sa thèse, Hélène Truchot s'attache à retracer l'évolution intellectuelle de René Capitant, relevant tout à la fois sa continuité dans la défense du régime parlementaire mais également son évolution avec l'apparition, dans son discours, du thème de la démocratie à compter de la guerre. L'auteure relève toutefois que la doctrine démocratique forgée alors par le professeur de droit demeure longtemps hésitante et n'a donné sa pleine mesure que par la suite (H. TRUCHOT, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 245-247).

[147] Au cours des débats à l'Assemblée nationale constituante, René Capitant prend ainsi la défense de la « démocratie constitutionnelle » fondée sur l'équilibre des pouvoirs, invoque Montesquieu et exprime sa défiance envers la tradition jacobine (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1666 et 1672).

[148] Sur la genèse intellectuelle de l'individualisme philosophique de René Capitant, il est possible de se référer à H. TRUCHOT, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 136 *sqq.*

primat de l'autonomie[149] et de la conscience individuelles[150]. Cette philosophie, inspirée de sa lecture d'Alain[151] et de Bergson[152], représente pour Capitant le cœur de la doctrine républicaine et un rempart face aux idéologies autoritaires ou collectivistes[153]. Le professeur de droit se fait ainsi le défenseur d'un État politiquement libéral où les droits de l'individu – et avant tout le premier d'entre eux, la liberté de conscience[154] – sont garantis contre toutes les idéologies fondées sur un déterminisme social ou historique, qu'elles soient d'inspiration nazie comme hier ou marxistes comme en 1946. C'est à l'aune de ce libéralisme individualiste[155] qu'il faut apprécier sa défense de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que sa défense de l'individualisme sous toutes ses formes, qu'il s'agisse du rapport aux partis politiques ou de l'évolution de l'outre-mer français.

Le libéralisme de René Capitant s'exprime particulièrement, au sein de la première Assemblée constituante, par sa défense de la Déclaration de 1789 à l'occasion du débat sur la nouvelle Déclaration des droits qui doit accompagner le texte constitutionnel. Le professeur de droit s'investit particulièrement dans ce débat, convaincu que la déclaration traduit « l'idéologie » d'un régime et est aussi importante que le texte même de la Constitution[156]. S'il n'est certes pas hostile à ce que la

---

[149] « Si l'État est nécessaire à l'individu vivant en société, comme un protecteur indispensable, il ne se justifie que dans la mesure où il contribue à créer et à maintenir les conditions essentielles à l'épanouissement de l'autonomie individuelle » (R. Capitant, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 8 mars 1946, p. 644).

[150] Le thème de la liberté de conscience comme fondement de la démocratie apparaît nettement dans les cours ultérieurs de René Capitant : « Les dictatures totalitaires, ce sont les sociétés qui se fondent essentiellement sur l'instinct social, qui cherchent à réveiller celui-ci en l'homme, qui n'utilise la morale et la religion qu'en tant qu'instrument de la force sociale, qui réalisent ce que Bergson appelle les sociétés closes, c'est-à-dire les sociétés organiques. La démocratie, au contraire, c'est la société ouverte, qui s'appuient essentiellement sur les forces d'émancipation de l'homme, sur la conscience individuelle » (R. Capitant, *Cours de principes de droit public 1951–1952. Les principes de la démocratie*, Paris, Les cours de droit, p. 73).

[151] Voir notamment R. Capitant, « Les propos d'Alain ou l'idéologie de la Troisième République », in *Écrits d'entre-deux-guerres*, *op. cit.*, p. 209-230.

[152] R. Capitant, *Cours de principes de droit public 1951-1952*, *op. cit.*, p. 67 *sqq.*

[153] Cf. O. Beaud, « René Capitant et sa critique de l'idéologie nazie (1933–1939) », art. cité. Voir également H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 138. Il faut relever que René Capitant n'est pas alors le seul juriste à brandir l'individualisme comme rempart aux régimes totalitaires. C'est également le cas de Marcel Waline dans un ouvrage publié au sortir de la guerre (M. Waline, *Individualisme et droit*, Paris, Domat-Montchrestien, 1946).

[154] « La séparation des églises et de l'État est une simple application d'un principe plus large : la séparation du domaine de l'État et du domaine de la conscience […] Je crois vraiment qu'il y a là un principe incontestable et d'ailleurs incontesté de tout le droit public moderne, de toute doctrine libérale, et même, plus largement, de tout humanisme » (R. Capitant, « Liberté de conscience et liberté des cultes. L'article 13 de la déclaration des droits », *L'Alsace libérée*, 17–18 mars 1946, p. 1).

[155] La notion de « libéralisme individualiste » n'est pas un oxymore, comme le démontre Lucien Jaume dans son ouvrage sur les différentes branches du libéralisme français du XIX[e] siècle (L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 19-20).

[156] R. Capitant, « L'idéologie de la future Constituante », *L'Alsace libérée*, 18 janvier 1946, p. 1, également publié dans *Combat–Alger*, voir J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 122.

déclaration prenne en compte la dimension économique de la démocratie, il lui importe encore davantage que l'essentiel de ce qu'il appelle « les immortels principes de 1789 » soit sauvegardé[157]. Au titre de ces immortels principes, Capitant identifie principalement deux impératifs, qui sont d'une part « le caractère irrévocable de la liberté » et d'autre part la « dignité de la personne humaine ». La déclaration future doit certes être adaptée aux conditions du moment, mais elle doit être fidèle à l'individualisme libéral de la déclaration d'origine en assurant « la sauvegarde sur le plan humain, politique, économique et social, des droits de l'individu contre les abus du voisin ou de la collectivité[158] ». L'appel à 1789 représente donc surtout, pour le juriste, un appel à la défense de l'individualisme libéral contre une lecture plus socialiste ou collectiviste des droits de l'homme.

Les maladresses des rédacteurs du projet de déclaration confortent rapidement René Capitant dans ses préventions à l'égard des intentions de la majorité. Si certains représentants du MRP auraient bien vu le professeur de droit en charge de la rédaction de l'avant-projet de déclaration, c'est finalement au député socialiste Gilbert Zaksas qu'échoit ce rôle. Tout comme René Capitant croise volontiers le fer avec Pierre Cot à la commission au sujet des institutions, il ne laisse guère de répit à Gilbert Zaksas en ce qui concerne la déclaration des droits. Dans un premier temps, le professeur obtient que le projet de déclaration, lequel se contentait de faire référence aux libertés, comporte une définition générale de la liberté inspirée de la Déclaration de 1789[159]. Les discussions achoppent néanmoins au sujet du projet de rapport de Zaksas introduisant la nouvelle version de la Déclaration des droits. Ce projet embarrasse la commission, en raison de sa philosophie marxiste trop visible[160]. L'auteur reprend son travail mais la seconde version n'est pas particulièrement mieux accueillie. Les représentants communistes eux-mêmes semblent embarrassés[161] par les digressions de leur collègue socialiste qui tient à faire figurer dans le rapport que le droit est le produit de l'évolution sociale et qu'il est donc appelé à continuer à évoluer. La formule selon laquelle « ce n'est pas le droit qui crée la réalité sociale et fait l'histoire, c'est l'histoire qui détermine le contenu de la règle juridique » anime particulièrement les débats[162]. Cette profession de foi en faveur du matérialisme historique et de la relativité des principes juridiques n'est pas de nature à apaiser une minorité en quête de principes garantissant le caractère libéral et individualiste du futur régime politique. Pour René Capitant, le sujet est important car l'état d'esprit du rapport Zaksas lui apparaît en rupture avec l'esprit de la Déclaration de 1789[163]. Le progrès technique, les conquêtes du monde matériel et l'évolution sociale ne peuvent pas être confondus avec la conquête de la liberté. Au contraire, cette dernière repose sur un effort de la volonté humaine pour affirmer des « vérités morales » qui prennent la forme de principes permanents. Il n'hésite pas à renvoyer la vision de Zaksas aux théoriciens allemands de

---

[157] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 172.

[158] *Ibid.*

[159] *Ibid.*, p. 372 et 383.

[160] *Ibid.*, p. 479 *sqq.*

[161] Voir l'embarras du député PCF Étienne Fajon, qui encourage son collègue socialiste à demeurer bref, souple et vague pour ne heurter personne (*ibid.*, p. 488).

[162] *Ibid.*, p. 489.

[163] *Ibid.*, p. 489-492.

l'historicisme, pour mieux mettre en valeur en contrepoint la tradition française et républicaine qui affirmerait, dans la continuité de la Déclaration de 1789, le caractère absolu des droits de l'homme. En réponse, Zaksas accepte de procéder à de nouvelles modifications mais sans céder pour autant sur l'idée selon laquelle le contenu des droits est le fruit d'une évolution historique appelée à continuer, ce qui fournit l'occasion à René Capitant de dénoncer un « relativisme inexact[164] ». De manière symbolique, la minorité dépose des amendements au projet de déclaration afin de revenir en partie au texte de la Déclaration de 1789. Si le contre-projet déposé par Édouard Herriot ne récolte qu'un nombre limité de voix[165], l'amendement plus modeste déposé par René Capitant et proposant de reprendre en ouverture de la nouvelle Déclaration des droits les six premiers articles de la Déclaration de 1789 obtient, quant à lui, davantage de voix[166]. Le débat en séance publique n'est guère différent des débats en commission. Le professeur de droit y hausse toutefois le ton et opte volontiers pour un registre polémique en n'hésitant pas à comparer la conception « relativiste » des droits de l'homme qui serait celle de la majorité de gauche à l'historicisme professé par Charles Maurras ou par le nazisme[167]. Quant à l'amendement Capitant proposant de reprendre les six premiers articles de la Déclaration de 1789, il n'est repoussé qu'à une poignée de voix près[168]. Ces critiques n'empêchent toutefois pas l'adoption du projet de Déclaration des droits par l'Assemblée constituante[169].

À court terme, le combat du professeur de droit pour la reprise de la Déclaration de 1789 dans le texte de la Déclaration des droits de 1946 apparaît comme un échec. L'important n'est toutefois pas véritablement là. Le combat de Capitant se situe davantage sur le plan des principes que du texte même de la Déclaration. Sa participation aux controverses sur le détail du texte demeure d'ailleurs limitée[170]. Ce qui intéresse le professeur de droit n'est pas tant le contenu même de la Déclaration de 1789 – dont le sens initial demeure difficile à établir[171] et auquel Capitant a finalement consacré peu d'attention[172] – que la philosophie générale qu'il peut en déduire. En invoquant ce texte symbolique dont il fait le fondement de la doctrine

---

[164] *Ibid.*, p. 503.

[165] *Ibid.*, p. 529 *sqq.*

[166] *Ibid.*, p. 533.

[167] R. Capitant, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 8 mars 1946, p. 644.

[168] R. Capitant, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 12 mars 1946, p. 681 *sqq.*

[169] Il faut toutefois relever que son opposition de principe n'a pas empêché R. Capitant de prendre toute sa part à la rédaction du projet de déclaration. Il est à l'origine de plusieurs modifications du projet, par exemple en ce qui concerne l'encadrement des perquisitions (*Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 373-374). C'est également, en partie, sa formulation qui est retenue pour l'affirmation du principe de laïcité (*ibid.*, p. 543-544).

[170] L'opposition de R. Capitant s'exprime ainsi davantage sur le plan des principes qu'au sujet des détails du projet de déclaration. Il demeure à l'écart de la plupart des controverses importantes, mis à part son opposition constante à l'affirmation du principe de gratuité de la justice (*Ibid.*, p. 182 et p. 540).

[171] Sur la difficulté à définir le sens originel de la Déclaration de 1789, voir Stéphane Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 332 *sqq.*

[172] H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 162.

républicaine[173], c'est le libéralisme individualiste que Capitant entend défendre contre tous les collectivismes et autoritarismes. Ce combat – qui oppose, comme l'a synthétisé Georges Vedel, ceux pour lesquels la liberté est une donnée à préserver, et ceux pour lesquels la liberté est encore à conquérir[174] – est d'ailleurs commun à l'ensemble de la minorité de l'Assemblée constituante, laquelle craint les conséquences d'une alliance des partis d'inspiration marxiste si ces derniers obtenaient une majorité durable. C'est donc sur la philosophie du régime à venir que porte l'opposition. Si cette dernière n'aboutit pas sur un véritable compromis en avril, il en va différemment dans la Constitution d'octobre, dont le Préambule fait directement référence à la Déclaration de 1789. Voici une intégration que René Capitant s'est bien gardé de relever.

Les prises de position de René Capitant au sujet de la Déclaration des droits ne sont toutefois pas l'unique forme d'expression de son libéralisme individualiste. C'est également cette philosophie, ainsi que la conception de la démocratie qui en découle, qui le conduit à se défier du rôle que la majorité de la commission entend confier aux partis politiques[175]. Capitant s'oppose ainsi, non seulement à la représentation proportionnelle, mais également au projet d'insertion d'un « statut constitutionnel des partis[176] » dans la Constitution ou encore à la proposition de consacrer le droit de révocation de l'élu par son parti[177]. Pour le professeur de droit gaulliste, la démocratie est avant tout l'affaire des citoyens libres, tandis que l'élu n'est responsable que devant ses électeurs, et non devant un comité directeur d'inconnus n'ayant pas affronté l'épreuve du scrutin[178]. C'est également cette conception individualiste de la démocratie qui amène le professeur de droit à s'opposer aux visions « contractuelles » du pouvoir qui ont cours au temps du Tripartisme[179] ou encore à l'élection des députés à la représentation proportionnelle. Deux conceptions de la démocratie s'opposent ici, comme le relève Guy Mollet dans une réponse à René Capitant : pour le premier, la démocratie est une affaire d'idées – et donc de partis – tandis que, pour le second, elle demeure une affaire d'individus. Cette divergence

---

[173] *Ibid.*, p. 163.

[174] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 243-244.

[175] Ce lien entre l'individualisme de René Capitant et sa défiance à l'égard des partis a déjà été mis en évidence à la lumière de ses écrits d'avant-guerre (cf. O. Beaud, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », art. cité, p. 173).

[176] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 63 et 425.

[177] *Ibid.*, p. 73. *A contrario*, René Capitant se montre, au cours de ces débats, favorable à une procédure de révocation à l'initiative des électeurs.

[178] *Ibid.* Par la suite, le professeur de droit n'a pas manqué l'occasion d'ironiser sur la mise à l'écart de la délégation socialiste à la commission de la Constitution du député Paul Valentino qui, au sujet de l'évolution de l'outre-mer, s'est révélé trop éloigné de la ligne officielle du groupe (*ibid.*, p. 354 et 474).

[179] Selon cette conception « contractuelle » du pouvoir, ce dernier est exercé par l'exécutif en vertu d'un contrat entre les partis de la majorité. Capitant s'est constamment opposé à cette vision qui diverge de l'opinion qu'il se fait du « leadership » au sein d'un régime parlementaire. Comme l'a souligné Olivier Beaud, cette opposition est à la racine des divergences entre Léon Blum et René Capitant quant au sens du régime parlementaire (O. Beaud, « Préface. Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », in R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 52).

fondamentale oppose résolument, en matière constitutionnelle, René Capitant aux partis de gauche de son époque.

Enfin, il faut relever que René Capitant ne réserve pas son libéralisme individualiste aux citoyens métropolitains. Il lui prête une portée universelle qu'illustrent notamment les débats relatifs à l'Union française. Le juriste plaide ainsi pour l'extension des droits reconnus par la future Constitution à l'ensemble des territoires d'outre-mer, « y compris les pays de protectorat et de mandat[180] ». Plus significatif encore, Capitant plaide au sein de la commission de la Constitution contre l'inscription d'une référence au statut personnel dans la Constitution, lequel conserve aux ressortissants autochtones des pays d'outre-mer un statut incompatible avec les règles du code civil français[181]. Sur ce sujet, la majorité de la commission doit concilier des aspirations contradictoires, dans la mesure où elle voudrait tout à la fois garantir dans l'outre-mer les droits issus de la Déclaration mais sans pour autant apparaître remettre en cause le statut personnel. Il y a là une contradiction qui épargne René Capitant, peu favorable à ce compromis bancal. Si le professeur de droit reconnaît que la prise en compte de ces statuts personnels est une « marque de libéralisme » à l'égard des populations concernées, il s'inquiète du risque inhérent au fait de « cristalliser » ces statuts en les inscrivant dans les textes constitutionnels[182]. Ne pouvant empêcher la référence au statut personnel dans la Constitution, Capitant tente d'en limiter les conséquences en insistant sur la nature législative du statut personnel[183] ainsi que sur sa subordination aux droits et libertés garantis par la Constitution[184]. Il ne réussit toutefois pas à obtenir que soit ménagée l'hypothèse d'une abolition du statut personnel par la voie législative, la disposition finalement retenue consacrant aux « originaires des territoires d'outre-mer » le droit de conserver leur statut « tant qu'ils n'y ont pas eux-mêmes renoncé[185] ».

Lors des débats de la première Assemblée nationale constituante, René Capitant a donc défendu avec constance un libéralisme individualiste qu'il assimile à la doc-

---

[180] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 332. Cette interprétation n'allait toutefois pas de soi, dans la mesure où les États sous protectorat, liés à la République française par un traité international, n'étaient pas réputés avoir perdu leur qualité d'États souverains.

[181] En Algérie, le statut personnel permettait ainsi aux musulmans de conserver leurs coutumes, notamment celles incompatibles avec l'application du code civil français tel qu'il existait à l'époque. Cinq coutumes étaient particulièrement en cause : « la polygamie ; le droit de *djebr*, qui permet à un père musulman de marier son enfant jusqu'à un certain âge ; le droit de rompre le lien conjugal à la discrétion du mari ; la théorie de "l'enfant endormi" qui permet de reconnaître la filiation légitime d'un enfant né plus de 10 mois et jusqu'à cinq ans après la dissolution d'un mariage ; enfin le privilège des mâles en matière de succession » (P. Weil, « Le statut des musulmans en Algérie coloniale », *Histoire de la justice*, 2005/1, nº 16, p. 93-109, § 16, [https://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2005-1-page-93.htm] [consulté le 8 mars 2021]).

[182] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 335.

[183] *Ibid.*, p. 445 et 448.

[184] *Ibid.*, p. 446-447. Cette subordination est une autre manière d'essayer de limiter les effets du maintien du statut personnel dans la mesure où, comme le relève François de Menthon lors des débats, une partie de ce statut est incompatible avec l'égalité homme-femme consacrée par la déclaration des droits.

[185] Cette formule est finalement retenue à l'article 39 de la Constitution d'avril, puis reprise dans une formulation semblable à l'article 82 de la Constitution d'octobre.

trine républicaine authentique. Cette défense est pour le professeur de droit un impératif. Seule cette doctrine permet de maintenir l'attention du citoyen contre les multiples périls qui le guettent, qu'il s'agisse de l'évolution autoritaire du régime politique, de l'emprise excessive des partis politiques sur la vie publique ou encore de l'influence néfaste des coutumes d'outre-mer jugées archaïques. Pour autant, il faut relever que le libéralisme individualiste de René Capitant n'est pas sans limites.

2. Les limites au libéralisme individualiste de Capitant

Le libéralisme individualiste de l'auteur rencontre, au cours des débats constituants, certaines limites. Capitant a certes déjà cette fibre économique et sociale qui a contribué à faire de lui, par la suite, un modèle du « gaullisme de gauche[186] ». C'est au nom du respect de l'individu libre que René Capitant dénonce le capitalisme, analysé comme un régime d'hétéronomie[187]. Au demeurant, l'auteur ne diagnostique aucune contradiction entre les principes de la Déclaration de 1789 et le développement des services publics ou des prestations économiques et sociales assurées par l'État. Les seconds ne viendraient que concrétiser les premiers[188]. Le volet économique de sa pensée ne serait donc qu'une conséquence logique des prémisses de cette dernière. Capitant demeure toutefois en retrait des positions de la gauche de l'Assemblée en matière économique. Il est possible d'illustrer cela par l'interprétation, ramenée une fois encore à la Déclaration de 1789, qu'il donne à la défense du droit de propriété dans la Déclaration des droits de 1946[189]. Par ailleurs, il est également en retrait sur la question du champ des nationalisations : c'est d'ailleurs en réaction à un amendement de Capitant que la notion de « service public national » intègre la Déclaration des droits, et par suite le préambule de 1946[190]. Au-delà de cet aspect économique, il est également intéressant de noter que les débats révèlent tout à la fois certaines caractéristiques du libéralisme de Capitant d'une part, et des limites à ce libéralisme d'autre part.

Tout d'abord, il faut relever que ce libéralisme, bien qu'individualiste par ses fins, demeure très institutionnel par ses moyens. C'est par l'agencement des institutions que la liberté peut être garantie. À la différence d'une majorité des membres

---

[186] Le droit de participation des travailleurs à la gestion des entreprises est ainsi déjà présent à l'article VII du programme de l'Union gaulliste (B. LACHAISE, « L'Union gaulliste en 1946 », art. cité, § 54).

[187] R. CAPITANT, *Cours de principes de droit public 1951–1952*, *op. cit.*, p. 344.

[188] R. CAPITANT, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 8 mars 1946, p. 644.

[189] Dans les débats relatifs à la définition du droit de propriété, René Capitant insiste ainsi sur la référence au droit de propriété au sens de la Déclaration de 1789 afin de conjurer toute interprétation venant réduire la portée de ce droit (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 21 mars 1946, p. 963-964).

[190] Initialement, le projet de la commission disposait que « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité ». René Capitant fait alors remarquer le caractère indéfini de la notion de service public et propose de resserrer le champ de la disposition par l'emploi de la formulation suivante : « Toute entreprise bénéficiant d'un monopole de fait ou de droit doit être exploitée en service public ». La majorité ne reprend pas cette formule mais tient compte de l'argument de René Capitant est décidant que les « monopole de fait » et les « services publics nationaux » doivent faire l'objet d'une nationalisation (cf. l'article 36 du projet de Constitution d'avril et l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution d'octobre) (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 2e séance du 21 mars 1946, p. 968-969).

de l'Assemblée constituante, il ne craint pas de revendiquer et défendre la notion de « séparation des pouvoirs[191] ». Cet aspect de sa pensée se traduit également par son peu d'intérêt pour le contrôle de constitutionnalité lorsque le principe en est débattu au sein de la commission de la Constitution. L'aile droite de la commission souhaite un contrôle juridictionnel de la conformité des lois à la Constitution, tandis que le MRP souhaite un contrôle de constitutionnalité, mais qui ne soit pas confié à un organe assimilable à une « juridiction » afin de parer à tout risque de « gouvernement des juges[192] ». Quant à la majorité de gauche de la commission, elle est dans l'ensemble hostile au principe du contrôle, sauf une minorité menée par André Philip, partisan d'un contrôle non juridictionnel[193]. Cette configuration entraîne la formulation, sous l'égide de Philip, du compromis suivant : le contrôle de constitutionnalité serait exercé directement par le corps électoral sous la forme du référendum, dans l'hypothèse où un organe *ad hoc* aurait décelé, sur saisine d'autres organes constitutionnels, une incompatibilité entre une loi adoptée par le Parlement et la Constitution[194]. Pour une fois, René Capitant se tient en retrait de ce débat. Il semble toutefois adhérer, dans un premier temps, au compromis proposé par André Philip. Celui-ci a en effet l'avantage de marquer la distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant. Il est également cohérent avec le fait que la révision de la Constitution, dans le projet d'avril, devait passer uniquement par la voie référendaire[195]. Cette adhésion et son statut de professeur de droit conduisent d'ailleurs Capitant à se voir confier la charge de rédiger ce qui était alors le Titre IX du projet de Constitution, consacré au contrôle de constitutionnalité. L'auteur s'acquitte de cette tâche, mais selon ses propres termes « sans trop y croire[196] ». Son pessimisme est justifié puisque cette solution de compromis entre l'absence de contrôle de constitutionnalité et un contrôle juridictionnel fait long-feu. L'affermissement de l'alliance SFIO–PCF à la commission et le départ d'André Philip mènent à l'abandon de cette idée, au grand mécontentement du MRP. Capitant, quant à lui, marque peu de regret[197] : en matière de contrôle de constitutionnalité, il fallait choisir entre le système américain reposant sur l'indépendance du pouvoir judiciaire et le système confiant cette tâche à un organisme spécial, « suivant la conception théorique des social-démocrates de Weimar[198] ». On comprend ici que Capitant n'est, à titre personnel, favorable à aucun des deux systèmes. En

---

[191] J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 142 *sqq.*

[192] F. DE MENTHON, « Vers la Constitution de la IVe République », *Cahiers politiques*, août–septembre 1945, p. 6.

[193] A. PHILIP, « Thèses pour servir à l'élaboration sur la future constitution », *Cahiers politiques*, août–septembre 1945, p. 1 *sqq.*

[194] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 133 *sqq.* L'idée du référendum comme moyen d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois écartant tout risque de « gouvernement des juges » est alors en vogue. Elle est même endossée par certains auteurs en doctrine (voir par exemple G. SCELLE et G. BERLIA, *La réforme constitutionnelle, sa préparation, ses bases*, Paris, Bourrelier et cie, 1945, p. 116 *sqq.*).

[195] *Ibid.*, p. 137-138.

[196] *Ibid.*, p. 618.

[197] Au cours des débats en séance publique, René Capitant reconnaît toutefois que cela aurait été un « correctif sérieux » à la souveraineté de l'Assemblée (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1667).

[198] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 620.

séance publique, il affirme plus nettement son rejet du modèle d'une « cour constitutionnelle » au pouvoir politique trop grand eu égard à sa composition[199]. Quant au modèle américain, celui-ci repose sur un pouvoir judiciaire puissant dont la France, en 1946, ne dispose pas pour des raisons historiques[200]. Au demeurant, les objections que fait Capitant aux dispositions relatives au Conseil supérieur de la magistrature démontrent que telle n'était pas la voie qu'il privilégiait[201].

René Capitant marque ainsi peu d'intérêt pour le contrôle de constitutionnalité, quelle que soit la forme que ce dernier pourrait prendre. Selon lui, la garantie de la liberté est à rechercher dans l'équilibre des institutions et dans l'arbitrage du corps électoral : la défense des libertés doit donc être la tâche principale de la deuxième chambre du Parlement, laquelle idéalement devrait bénéficier du pouvoir d'en appeler au référendum afin qu'une éventuelle controverse soit tranchée par le corps électoral lui-même[202]. Cette proposition n'étant pas retenue, le professeur de droit n'a pas ménagé sa peine pour défendre, aux côtés des démocrates-chrétiens, la nécessité d'une seconde chambre parlementaire de plein exercice[203]. À cet égard, le libéralisme de René Capitant demeure très institutionnel et très orthodoxe vis-à-vis de la tradition républicaine française : la garantie de la liberté sera apportée par la généralité de la loi d'une part[204], et par la séparation, et donc l'équilibre, des pouvoirs d'autre part[205]. Tout au plus l'auteur semble-t-il finalement concéder une ouverture vers le contrôle de constitutionnalité dans son essai *Pour une Constitution fédérale*, mais dans la perspective particulière d'une organisation fédérale de l'Union française[206].

Au-delà de l'aspect institutionnel de son libéralisme, il faut également relever que les débats constituants révèlent certaines limites à l'individualisme de René Capitant. Au sein de la commission de la Constitution, le professeur soutient ainsi Jacques Bardoux qui souhaiterait voir consacrés non seulement les droits mais également les « devoirs » de l'individu[207]. Il se retrouve aussi très souvent dans le

---

[199] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1671. Il faut toutefois relever que la présentation qu'il fait du modèle autrichien au cours des débats semble très discutable. Le parallèle que Capitant esquisse entre le mécanisme initialement envisagé dans le projet constitutionnel et la cour constitutionnelle autrichienne apparaît pour le moins difficilement défendable.

[200] *Ibid.*

[201] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 615.

[202] Il se propose de baptiser cette Chambre « Tribunat » (*Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 34). René Capitant reprend, par la suite, cette proposition en séance publique (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1672).

[203] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 345, p. 356 *sqq.* et p. 591-593.

[204] Apparaît ici, via une référence à Jean-Jacques Rousseau (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1671), un thème qui est appelée à jouer un grand rôle dans la pensée ultérieure de Capitant (voir par exemple, R. Capitant, *Cours de principes de droit public 1951–1952*, *op. cit.*, p. 43).

[205] « Ce n'est pas par le contrôle juridique de la constitutionnalité des lois que nous devons essayer de faire respecter la liberté et la justice, c'est par l'organisation des pouvoirs » (R. Capitant, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1692).

[206] R. Capitant, « Pour une Constitution neuve », in J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 154.

[207] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 398.

même camp que les démocrates-chrétiens du MRP, soutenant ces derniers dans leur combat pour la reconnaissance de la liberté de l'enseignement et la défense du « secteur libre[208] ». De manière plus surprenante, Capitant semble parfois s'écarter plus franchement de ses prises de position individualistes pour rejoindre les conceptions corporatistes défendues par le MRP. Lorsque les députés abordent la question des « droits de la famille[209] », il se range dans le camp du MRP en défendant les « droits des associations » tandis que les orateurs socialistes et communistes soutiennent « qu'une déclaration des droits ne doit connaître que des individus[210] ». Cette fois-ci, René Capitant n'est donc pas dans le camp où semble devoir le mener son individualisme et il est surprenant de le voir argumenter aux côtés de Paul Coste-Floret qui dénonce la « conception égocentrique » du « législateur de 1789[211] ». Capitant précise néanmoins le cheminement qui l'amène à prendre position en faveur de la reconnaissance des « droits de la famille ». Si le professeur de droit reconnaît que la logique de 1789 était de diminuer le rôle des groupements et des associations, il relève que le contexte a changé. L'époque n'est plus à la consécration du libéralisme, mais à son recul face à l'expansion du périmètre et du rôle de l'État. Dans ce contexte, la liberté d'association revêt une importance nouvelle, dans la mesure où « c'est seulement dans le groupement que l'individu peut trouver la protection nécessaire contre la toute-puissance monstrueuse de l'État[212] ». La reconnaissance des droits du groupe devient ici une garantie nécessaire pour l'individu[213]. Capitant demeure toutefois sur une position prudente et s'en tient à l'idée selon laquelle « le droit des associations mérite d'être sérieusement étudié[214] ». Il est donc difficile d'établir jusqu'où l'auteur envisageait la reconnaissance des droits des groupements[215]. Il est également difficile de faire la part des choses

---

[208] *Ibid.*, p. 191 et 549.

[209] La proposition d'inscrire dans la déclaration des droits une référence aux « droits de la famille » est une initiative du MRP qui se heurte à l'opposition de la majorité de la commission (*Ibid.*, p. 200 *sqq.*). Derrière la question des « droit de la famille » se cachent plusieurs sujets de désaccord entre socialistes et démocrates-chrétiens, comme le vote familial, la liberté de l'enseignement ou encore les conséquences de la distinction entre enfant légitime et enfant naturel.

[210] *Ibid.*, p. 201.

[211] *Ibid.*

[212] *Ibid.*, p. 203.

[213] René Capitant invoque à cette occasion une référence dont il estime qu'elle pourrait recevoir un écho favorable chez les commissaires socialistes, à savoir un « projet de Constitution » publié par Georges Gurvitch et dans lequel ce dernier prendrait en compte le droit, pour l'individu, d'appartenir à des associations autre que nationales sans pour autant risquer de tomber dans un modèle d'organisation corporative (le terme de « corporatisme » évoquant alors trop fâcheusement les régimes fascistes). Le professeur de droit fait ici vraisemblablement référence à l'ouvrage *La déclaration des droits sociaux* publié par Georges Gurvitch en 1944 aux États-Unis puis republié en France après la Libération (G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946).

[214] *Ibid.*, p. 204.

[215] Il est toutefois possible de relever, dans un ordre d'idées comparable, que René Capitant présente un amendement destiné à assurer la prise en compte des charges de famille dans le calcul de la participation aux charges publiques (*ibid.*, p. 570). Lors du débat en séance publique, il prend soin de disjoindre cette question du débat sur les « droits de la famille » afin d'éviter que son amendement soit trop aisément disqualifié aux yeux de la majorité. C'est néanmoins le groupe MRP qui soutient la proposition de Capitant et sollicite un scrutin public sur cet amendement (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 21 mars 1946, p. 972).

entre ce qui relève de la doctrine personnelle de l'auteur et des enjeux politiques de court terme. Élu dans le Bas-Rhin et entretenant des relations complexes avec le MRP qui est, sur le plan local, son principal rival, Capitant doit veiller à ne pas se couper de la part catholique de l'électorat alsacien[216].

Au sein de la première Assemblée constituante, René Capitant tempère donc quelque peu son libéralisme originel, même s'il demeure ferme sur la défense d'un certain nombre de principes fondamentaux. Cette vigilance ne signifie pas pour autant que le professeur de droit ne milite pas, par ailleurs, pour des changements profonds.

B. La quête d'une avancée démocratique

Au cours des débats constituants, René Capitant ne s'en tient pas à la défense de ce qu'il considère comme la tradition républicaine authentique. Il plaide également, en se plaçant dans la droite ligne de Raymond Carré de Malberg (qui fut son prédécesseur à la chaire de droit constitutionnel à Strasbourg)[217], pour un approfondissement du caractère démocratique des institutions. En théorie, cet objectif est largement partagé au sein de l'Assemblée constituante, mais ses membres divergent sur la manière de l'atteindre. La *doxa* socialiste et communiste propose ainsi la consécration d'une démocratie jacobine organisée autour de la souveraineté d'une assemblée élue à la représentation proportionnelle, l'intégration des pays d'outre-mer étant assurée par une représentation au sein de cette Assemblée. Le professeur de droit, quant à lui, défend une voie radicalement inverse : l'approfondissement de l'idée démocratique ne peut se faire que par la mise en œuvre d'une structure « fédérale » pour remplacer l'ancien Empire colonial, par l'instauration d'un régime parlementaire où le rôle du pouvoir exécutif est pris en compte et par la reconnaissance d'une souveraineté populaire limitant effectivement le pouvoir des élus.

1. La proposition d'une évolution « fédérale » de l'Union française

L'enjeu lié à l'approfondissement de l'idée démocratique ne se limite pas aux institutions métropolitaines et concerne également l'évolution des territoires d'outre-mer de l'ancien Empire. Le rejet du système colonial tel qu'il existait sous la IIIe République ne suffit en effet pas à résoudre la question de l'organisation constitutionnelle de l'outre-mer. Plusieurs thèses s'opposent alors, entre partisans de « l'assimilation » pour lesquels l'avenir de l'outre-mer passe par une inclusion progressive « des pays colonisés et de leurs habitants dans l'État français avec égalité de droits et de devoirs » et partisans de « l'autonomie » pour lesquels l'évolution de l'outre-mer passe par la constitution de « statuts particuliers » entraînant, de manière plus ou moins étroite, leur association avec la métropole[218]. Au sein de la

---

[216] René Capitant est ainsi amené à défendre vigoureusement dans *L'Alsace libérée,* à la suite de polémiques déclenchées par le MRP, son vote en faveur de l'article 13 du projet de déclaration consacrant le principe de laïcité (R. CAPITANT, « Liberté de conscience et liberté des cultes », *L'Alsace libérée*, 17–18 mars 1946, p. 1). Il veille également à se présenter en défenseur des spécificités du droit local contre les éventuelles remises en cause venant du gouvernement (R. CAPITANT, « Un peu de bon sens, M. le ministre de l'intérieur », *L'Alsace libérée*, 24 avril 1946, p. 1).

[217] J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 12.

[218] G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 567.

première commission de la Constitution, ce débat se transforme en une opposition entre partisans de la thèse « unitaire » et partisans d'une thèse d'inspiration « fédérale[219] », le texte de la Constitution d'avril aboutissant à un compromis louvoyant entre les deux thèses[220]. Le projet n'est néanmoins pas dénué d'intérêt et fait l'unanimité au sein de la commission, René Capitant lui-même, une fois n'est pas coutume, saluant le « sérieux » du travail de la commission sur ce point[221]. Pour le professeur de droit, les dispositions du projet constitutionnel d'avril ont alors l'intérêt de consacrer le rejet de la « thèse fédéraliste » au profit de la « thèse unitaire » dans la mesure où l'Assemblée nationale, où sont représentées les populations d'outre-mer, est également « l'Assemblée souveraine de l'Union français » ayant compétence pour l'ensemble de l'Union. Il relève aussi que ce ferment d'unité s'accompagne d'une « large autonomie locale » permettant une décentralisation de nature à satisfaire les aspirations des populations locales[222].

Cette satisfaction devant le travail de la commission est de courte durée. Entre février et mai, les réflexions de René Capitant l'amènent à changer de position vis-à-vis du fédéralisme et de cette partie de la Constitution d'avril. À la veille du référendum, le compromis relatif à l'Union française lui apparaît désormais « simpliste » et « inapplicable ». La Constitution prétend en effet tout à la fois proclamer l'égalité entre tous les citoyens de l'Union française et assurer leur représentation au sein de l'Assemblée nationale, mais réduit dans le même temps les représentants de l'outre-mer à un nombre sans rapport avec l'importance numérique de la population qui les élit. Les motifs politiques de cette sous-représentation destinée à assurer la situation prépondérante de la métropole sont évidents mais ruinent la proclamation d'égalité que porte la Constitution[223]. La thèse unitaire ne pouvant être autre chose qu'un compromis grossièrement biaisé, Capitant change d'opinion[224] et affirme que seul le recours à « l'idée fédérale[225] » peut offrir une solution au problème de l'organisation constitutionnelle de l'Union française.

---

[219] P. Isoart, « L'élaboration de la Constitution de l'Union française : les assemblées constituantes et le problème colonial », in Ch.-R. Ageron (dir.), *Les chemins de la décolonisation de l'empire colonial français*, Paris, cnrs, 1986, p. 25.

[220] G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 567 ; P. Isoart, art. cité, p. 27.

[221] R. Capitant, « La Constitution de l'Union française », *L'Alsace libérée*, 16 février 1946, p. 1, également publié dans *Combat–Alger*, voir J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 127.

[222] *Ibid.*

[223] René Capitant relève que les dispositions de la Constitution d'avril contenaient une autre incohérence au regard du principe démocratique, dans la mesure où ces députés d'outre-mer prenaient part à l'adoption de lois qui ne s'appliqueraient qu'en partie aux populations les ayant désignés, puisqu'une partie des électeurs disposent d'un statut personnel non régis par les règles du droit commun (R. Capitant, « Pour une Constitution neuve », in J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 138).

[224] « Sans doute le fédéralisme représente certains dangers. J'y ai moi-même été sensible et j'avoue que cette crainte m'amène, au sein de la Commission, à me prononcer pour une solution unitaire. Mais j'en appelle au droit de réviser mes propres conclusions quand je me sens mieux éclairé » (R. Capitant, « La Constitution a-t-elle résolu le problème de l'Union française », in J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 139).

[225] R. Capitant, « La Constitution a-t-elle résolu le problème de l'Union française ? », *L'Alsace libérée*, 11 mai 1946, p. 1, également publié dans *Combat–Alger* avec un contenu un peu différent,

Le professeur de droit présente alors son projet de constitution « fédérale » dans une série d'articles de presse en amont de l'élection du 2 juin, réunis par la suite dans un essai de circonstance déjà évoqué – *Pour une Constitution fédérale* – dont le titre insiste particulièrement sur cet aspect du projet. Le fédéralisme apparaît alors aux yeux du juriste comme le principe « le plus important, en tout cas le plus neuf, celui qui doit renouveler le plus profondément notre droit public[226] ». Capitant ne s'attarde toutefois guère sur la définition qu'il prête ici au fédéralisme. Tout au plus précise-t-il que la mise en œuvre du principe fédéral implique de distinguer la législation fédérale de la législation métropolitaine et implique l'existence d'une assemblée où tous les territoires de l'Union seraient représentés proportionnellement à leur importance en termes de population[227]. Délaissant le débat théorique, le juriste préfère se concentrer sur l'architecture générale de son projet. Ce dernier repose d'une part sur la création dans la France d'outre-mer d'entités fédérées, dotées de leur propre législateur et de leur propre gouvernement, et d'autre part sur la création d'un gouvernement fédéral destiné à prendre en charge les intérêts généraux de la fédération[228]. Les « républiques fédérées » seraient appelées à se doter de leur propre constitution, dans le respect de règles communes préalablement fixées[229]. L'unité de la fédération est assurée par le fait que le président de la République est également le président de l'Union française, dont les délégués exercent le pouvoir exécutif au sein des entités fédérées. Quant au gouvernement fédéral, il compte un pouvoir législatif compétent pour adopter la législation fédérale, laquelle s'impose aux législateurs fédérés et peut intervenir en tout domaine[230]. Ce pouvoir législatif est bicaméral. La première Chambre serait une Assemblée fédérale où les républiques fédérées sont représentées à proportion de leur population, tandis que la seconde Chambre est formée par le Parlement métropolitain[231]. Cette solution présente pour Capitant l'intérêt de consacrer tout à la fois l'égalité des citoyens de l'Union au sein de la première chambre et le rôle prépondérant de la métropole – qui ne serait ainsi pas réductible à une simple collectivité fédérée –

---

l'article étant publié avant le référendum, voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 137.

[226] R. CAPITANT « Une Constitution neuve », in J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 145.

[227] R. CAPITANT, « La Constitution a-t-elle résolu le problème de l'Union française », in J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 139

[228] R. CAPITANT « Une Constitution neuve », in J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 145.

[229] *Ibid.*, p. 149. Les règles communes évoquées par René Capitant étant précises en ce qui concerne l'organisation constitutionnelle (présence d'un parlement bicaméral, l'existence d'une deuxième chambre permettant de maintenir un collège électoral distinct favorisant les électeurs d'origine métropolitaine par rapport aux autochtones, pouvoir exécutif confié au président de l'Union française ou à son représentant), la liberté des entités fédérées apparaît restreinte.

[230] René Capitant imagine ainsi une distinction entre législation « fédérale » et législations « fédérées », mais sans pour autant imaginer une distinction des domaines entre la première et les secondes. Le législateur « fédéral » conserve une compétence générale, ce qui distingue le système de Capitant du fédéralisme entendu dans un sens strict. Voir R. CAPITANT, « Pour une Constitution neuve », in J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 152.

[231] *Ibid.*

dans l'Union française par le rôle de la seconde Chambre. Quant au pouvoir exécutif fédéral, en charge de l'exécution des lois fédérales et du fonctionnement des services publics fédéraux, il serait confié à un président de l'Union française qui aurait la particularité d'être également le président de la République française, élu par des délégués des diverses entités fédérées – avec, une fois encore, une prépondérance accordée aux délégués métropolitains[232]. Par voie de conséquence, le gouvernement fédéral et le gouvernement métropolitain seraient largement fusionnés, malgré l'existence de secrétaires d'États fédéraux dédiés. Quant aux rapports entre les pouvoirs exécutif et législatif fédéraux, Capitant précise que le président est indépendant du Parlement fédéral, mais soumis à la loi fédérale qui s'impose à son administration[233]. La source d'inspiration, de l'aveu même du professeur de droit, est cette fois-ci à rechercher du côté des États-Unis d'Amérique et de leur régime présidentiel[234].

Si les projets de René Capitant pour l'Union française n'ont guère de succès auprès des constituants, leur intérêt est de témoigner de l'évolution intellectuelle de l'auteur[235]. D'un modèle unitaire pour l'outre-mer, il en vient à l'apologie du fédéralisme tandis que, sur le plan du régime politique, l'exemple états-uniens supplante ici la référence britannique. La rigueur de l'emploi de la rhétorique « fédéraliste » pour qualifier une organisation constitutionnelle destinée à maintenir, sous une nouvelle forme, la souveraineté française sur les anciennes colonies peut certes être discutée[236]. La différence de nature entre ce projet et celui d'avril 1946, qui combinait déjà autonomie locale et prépondérance de la métropole, peut l'être aussi. Il demeure que le projet de Capitant est autrement plus avancé sur la voie du fédéralisme – que ce soit par la distinction entre lois fédérales et lois fédérées d'une part, ou par la constitution d'une assemblée où la métropole comme les territoires d'outre-mer seraient représentés à proportion de leur population – que les projets finalement retenus en avril ou en octobre.

Plusieurs motifs peuvent être avancés pour expliquer cette « conversion » fédéraliste. Selon René de Lacharrière, le système institutionnel imaginé par René Ca-

---

[232] *Ibid.*, p. 153.

[233] *Ibid. A contrario*, Capitant, qui semble hésiter ici entre modèle présidentiel et modèle parlementaire, n'exclut pas la responsabilité des ministres devant le Parlement, selon une procédure spécifique.

[234] « De toutes façons, le Président fédéral de l'Union française doit être beaucoup plus proche du Président des États-Unis d'Amérique que du Président de la IIIe République française » (R. Capitant, « Pour une Constitution neuve », in J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 154).

[235] Dans sa thèse, Hélène Truchot évoque les motifs pouvant expliquer le « bouleversement doctrinal » que connaît alors René Capitant. L'auteure évoque à ce titre l'influence des positions de Charles de Gaulle, la comparaison de la situation française avec celle des grands ensembles que forment les États-Unis ou l'URSS, ainsi que la redécouverte de la pensée démocratique à travers un approfondissement de l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau (H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 453-454).

[236] Les équivoques de ce « fédéralisme colonial » destiné à maintenir la domination de la France sur ses anciennes colonies et ne pouvant, de ce fait, apporter de solution durable au mouvement de décolonisation, ont été par la suite mises en lumière par les travaux de François Borella. Cf. F. Borella, *L'évolution politique et juridique de l'Union française depuis 1946*, Paris, LGDJ, 1958 ; ainsi que, du même auteur, « Fédéralisme et décolonisation », *Esprit*, février 1958, p. 229-246.

pitant en 1946 a pour objectif principal d'offrir à Charles de Gaulle un rôle constitutionnel à sa mesure et échappant à la tutelle de l'Assemblée nationale[237]. Cette explication n'en exclut pas une seconde, à savoir trouver une voie permettant de donner à l'Union française un cadre propice à une évolution démocratique. Les réflexions ultérieures de l'auteur sur ce thème[238] témoignent du fait que l'invocation du fédéralisme n'est pas ici une simple clause de style, mais le point de départ d'une véritable inflexion de sa pensée en matière de réalisation de l'idéal démocratique. Toutefois, si ce dernier peut progresser en matière d'organisation constitutionnelle de l'outre-mer par la consécration d'un modèle présidentiel, c'est avant tout par la poursuite d'un modèle parlementaire que Capitant espère concrétiser cet idéal dans le cadre métropolitain.

2. La défense du régime parlementaire « véritable »

Les travaux préparatoires de la constitution de la IVe République se caractérisent, en ce qui concerne la qualification du régime mis en place, par une certaine ambiguïté. En théorie, toutes les forces en présence poursuivent le même objectif, à savoir l'instauration d'un régime parlementaire corrigé de manière à éviter l'instabilité gouvernementale qui avait marqué la IIIe République. La difficulté survient néanmoins dès qu'il s'agit de s'entendre sur ce que recouvre l'expression « régime parlementaire ». En 1946, la définition de cette notion demeure l'objet de débats vifs que ce soit en doctrine[239] ou sur un plan plus directement politique. Au sein des Assemblées constituantes, le PCF et la SFIO défendent l'instauration d'une Assemblée toute puissante disposant du pouvoir de se doter de son gouvernement, tandis que les autres partis aspirent à des institutions comportant des contre-pouvoirs à l'Assemblée – même si l'expression de « séparation des pouvoirs » est alors bannie par la plupart des orateurs, le MRP l'évitant, au grand dam de René Capitant[240], pour parler le même langage que ses partenaires de coalition –, que ce soit par convictions libérales ou par inquiétude quant au devenir d'un régime politique

---

[237] R. DE LACHARRIÈRE, *La Ve, quelle République ?*, *op. cit.*, p. 34.

[238] En témoigne la place que prend l'idée fédérale dans les deux cours de doctorat qu'il consacre à ce thème entre 1951 et 1953 (R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public 1951–1952*, *op. cit.* ; R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public 1952-1953*, Paris, Les cours de droit, 1953). Voir également R. CAPITANT, « Fédéralisme et démocratie », *Jus Politicum*, no 16, 2016, p. 209-240.

[239] Boris Mirkine-Guetzévitch défend ainsi un régime parlementaire moniste qui préconise l'oubli des « théories livresques » relatives à la séparation des pouvoirs et soutient l'idée que le régime parlementaire se résume au pouvoir de la majorité, c'est-à-dire à « la prérogative de la majorité parlementaire d'avoir son ministère » (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Le parlementarisme sous la IVe République », *RPP*, février 1948, p. 122). Cette opinion est toutefois loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine, certains auteurs défendant encore une définition du régime parlementaire fortement teintée de dualisme (Cf. J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1947, p. 598 *sqq.*).

[240] « N'a-t-on pas entendu les députés du M.R.P. avouer – à ma stupeur, je dois le dire – que le principe de la séparation des pouvoirs est périmé et concéder, en outre, que la seconde Chambre ne saurait avoir un caractère politique ? » (R. CAPITANT, « Pour une Constitution neuve », in J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 143). Il faut toutefois relever ici que le professeur de droit semble, sur ce point, avoir évolué par rapport à ses conceptions d'avant-guerre. Dans ses écrits antérieurs, il mettait en effet l'accent sur la concentration des pouvoirs entre les mains du gouvernement et considérait la séparation des pouvoirs comme incompatible avec le régime parlementaire (O. BEAUD, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », art. cité, p. 168).

dominé par l'alliance des partis marxistes[241]. C'est ainsi que le débat se focalise autour de l'opposition entre « régime parlementaire » et « régime d'assemblée », épouvantail politique pour les uns[242], véritable écueil pour les autres[243]. Le débat de principe est toutefois largement surdéterminé par les considérations politiques de court-terme : la tradition d'une lecture de la démocratie assimilée à la « souveraineté parlementaire » demeure puissante à gauche et la crainte d'un exécutif dominé par la personnalité du général de Gaulle renforce socialistes et communistes dans leur volonté de marginaliser le rôle du pouvoir exécutif au profit de celui de l'Assemblée. Au demeurant, les constituants n'ont, dans leur majorité, que des vues assez superficielles sur le régime parlementaire et aucune intention de discuter dans l'abstrait de la nature du régime. Il n'y a, au fond, à la première Assemblée nationale constituante, qu'un seul « théoricien du régime parlementaire[244] », qui va s'attacher à se faire « l'avocat » de ce type de régime politique : René Capitant.

Fort de ses travaux d'avant-guerre, le professeur de droit défend avec détermination sa conception du régime parlementaire face à une majorité qui se fait de ce régime une idée bien différente. Le désaccord porte principalement sur la définition de ce que recouvre la notion de « responsabilité politique », analysée par le premier comme une véritable « technique de gouvernement[245] » au profit de l'exécutif tandis que, pour les seconds, la responsabilité n'est que la traduction de la subordination de l'exécutif à l'Assemblée. Dès le début des travaux de la première commission de la Constitution, André Philip propose ainsi de ne pas inscrire le mécanisme de la question de confiance dans la Constitution, arguant du fait qu'un dispositif de motion de censure, couplé à un mécanisme de dissolution automatique au bout de deux crises ministérielles afin d'éviter tout abus de la part des députés, est suffisant pour organiser les rapports entre gouvernement et Assemblée[246]. L'idée défendue par les commissaires socialistes est que l'exécutif ne doit pas disposer de moyen constitutionnel pour faire pression sur l'Assemblée[247]. Au surplus, une approche très théorique des rapports entre exécutif et Assemblée les entraîne à penser que limiter les occasions pour le gouvernement de démissionner revient à lutter contre l'instabilité gouvernementale. Autrement dit, la stabilité gouvernementale est assurée par la subordination du gouvernement à sa majorité parlementaire, l'existence de cette dernière étant garantie par le contrat de gouvernement unissant les

---

241 Ph. Williams, *La vie politique sous la 4e République*, *op. cit.*, p. 310.

242 Pour Boris Mirkine-Guetzévitch, le « régime d'assemblée » n'est qu'une « étiquette polémique » destinée à disqualifier sans rien recouvrir de concret (B. Mirkine-Guetzévitch, « Le parlementarisme sous la IVe République », *RPP*, juin 1947, p. 229 *sqq.*).

243 Voir, pour un exemple parmi d'autres, G. Berlia, « Le projet de Constitution Française du 19 avril 1946 », *RDP*, 1946, p. 209-236.

244 G. Conac, « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », art. cité, p. 59.

245 O. Beaud, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », art. cité, p. 170.

246 *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 86.

247 Voir notamment les interventions de Guy Mollet et Gilbert Zaksas en ce sens à la commission de la Constitution (*ibid.*, p. 88-89). Voir également G. Berlia, « Le projet de Constitution Française du 19 avril 1946 », art. cité, p. 219-221.

forces du Tripartisme[248]. René Capitant s'élève contre cette vision excessivement formaliste du régime parlementaire, en faisant observer qu'il n'y a pas de différence entre la question de confiance et une simple menace de démission destinée à avertir l'Assemblée de l'importance d'un scrutin. Au surplus, il est impossible de refuser à un gouvernement de démissionner[249]. Le débat n'est pas uniquement théorique : il connaît une traduction concrète à l'occasion du conflit entre le chef du gouvernement et l'Assemblée au sujet des crédits militaires inscrits au budget 1946. Refusant une réduction de crédits proposée par l'Assemblée constituante, Charles de Gaulle met sa démission dans la balance lors de la séance du 31 décembre 1945, durant laquelle il demande si le gouvernement a toujours la confiance de l'Assemblée[250]. André Philip, s'appuyant sur le texte de la loi constitutionnelle du 2 novembre, prétend lui contester le droit de poser à l'Assemblée ce qui s'assimile à une question de confiance[251]. René Capitant, quant à lui, intervient en défense du gouvernement, le droit de poser librement la question de confiance lui apparaissant comme inséparable du régime parlementaire[252]. Le débat a deux aspects, politique et constitutionnel, qui sont intimement liés. L'aspect politique, c'est l'affrontement entre le général de Gaulle et les partis. L'aspect constitutionnel, qui est aussi le plus significatif aux yeux du juriste[253], repose sur la volonté de ces derniers d'assurer la primauté de l'Assemblée sur le gouvernement en prétendant priver celui-ci de tout moyen de pression, que ce soit dans l'interprétation de la loi du 2 novembre ou dans l'élaboration en cours du projet de Constitution. Ce sont donc bien deux conceptions du régime parlementaire qui s'affrontent : pour les orateurs socialistes, le rôle du gouvernement est de suivre la volonté de la majorité de l'Assemblée, tandis que pour René Capitant le gouvernement est doté d'un pouvoir distinct et d'une volonté autonome. Il a « le droit et le devoir […] d'apprécier, à chaque instant, quelles sont les conditions qui lui permettent de gouverner, et par conséquent le droit à chaque instant, pour lui, de poser la question de confiance[254] ». Ce droit implique logiquement la capacité de tirer toutes les conséquences d'une perte de confiance en démissionnant. C'est là tout le sens, selon le professeur de droit gaulliste, de la responsabilité politique.

---

[248] L'hypothèse a été démentie par la suite des évènements. Il faut toutefois résister à la tentation de la tenir rétrospectivement pour improbable, l'exemple de la République italienne témoignant du fait qu'un accord durable entre communistes et démocrates-chrétiens était tout à la fois possible et de nature à assurer la stabilité du système constitutionnel.

[249] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 86-88. Cela n'empêche toutefois pas la commission d'adopter dans un premier temps, à une large majorité, le principe selon lequel le gouvernement ne peut être renversé que par une motion de censure (*ibid.* p. 91).

[250] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 31 décembre 1945, p. 729.

[251] *Ibid.*, p. 733.

[252] *Ibid.*, p. 734.

[253] René Capitant s'attache d'ailleurs à donner, par voie de presse, le plus grand écho possible à cet épisode qui éclaire selon lui la « question constitutionnelle ». Cf. R. Capitant, « La crise du 1er janvier », *L'Alsace libérée*, 6–7 janvier 1946, p. 1, également publié dans *Combat–Alger*, voir J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 119).

[254] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 31 décembre 1945, p. 734. René Capitant est ici fidèle à la conception de la responsabilité politique qu'il exprimait déjà avant-guerre, dans sa contribution aux *Mélanges Carré de Malberg* (voir notamment R. Capitant, « Régime parlementaire », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 52-53).

La majorité de l'Assemblée nationale constituante n'entend toutefois pas les avertissements de René Capitant. Le résultat du conflit ouvert avec Charles de Gaulle, à savoir la démission de ce dernier, a révélé le caractère très artificiel de sa conception des rapports entre exécutif et législatif dans le cadre du régime parlementaire. Il n'est pourtant pas de nature à apaiser ses craintes quant au danger que représente un gouvernement doté de velléités d'indépendance. La question de confiance est certes maintenue dans le projet constitutionnel d'avril, mais le mécanisme est vidé de sa substance puisque le texte retenu dispose que la démission n'est obligatoire que si une majorité absolue s'est exprimée contre le gouvernement. Ce formalisme aurait pu être sans conséquence – dans la mesure où le gouvernement peut toujours démissionner s'il est désavoué par une majorité relative – s'il n'avait pas également l'inconvénient de paralyser le mécanisme de dissolution imaginé par les constituants. En effet, une démission du gouvernement en dehors des formes constitutionnelles n'entre pas en ligne de compte pour le calcul des deux crises ministérielles nécessaire pour ouvrir la voie à la dissolution de l'Assemblée. Les mécanismes imaginés pour encadrer les relations entre le gouvernement et l'Assemblée sont donc particulièrement artificiels dans la mesure où ils ignorent le sens du lien de confiance qui unit l'exécutif à sa majorité en régime parlementaire. Pour cette même raison, ils prenaient le risque d'être particulièrement inefficaces, comme le démontre René Capitant en commission[255] et en séance[256]. À cette dernière occasion, le juriste oppose sa définition de la responsabilité « à double sens », selon laquelle le gouvernement est certes responsable devant l'Assemblée mais est également « en droit d'apprécier quelles sont les conditions qui lui permettent de mener à bien la tâche qui est la sienne propre », à la conception de la responsabilité « à sens unique » qui est celle de ses adversaires et qui aboutirait au simple pouvoir d'une assemblée unique[257]. À demi-mot, il oppose ainsi sa conception d'un « régime parlementaire classique[258] » à celle de ses adversaires qui serait plus proche d'un « régime d'assemblée ». Sa démonstration n'empêche pas l'adoption de ces dispositions ni leur reprise dans la Constitution d'octobre, où elles ont d'ailleurs produit les effets délétères annoncés.

Au cours des débats constituants, René Capitant se révèle donc fidèle au modèle britannique du régime parlementaire. Il souhaiterait transformer le titre du président du Conseil en « président du Gouvernement[259] » et la principale solution qu'il préconise pour lutter contre l'instabilité gouvernementale, à rebours des mécanismes alambiqués imaginés par la majorité, repose sur la réhabilitation du droit de dissolution[260]. Il y a toutefois un sujet important sur lequel il s'éloigne de son modèle, dans la mesure où il fait partie de ceux qui se prononcent pour la nomination du président du Conseil par le président de la République. Le professeur de

[255] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 601-602.

[256] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1669.

[257] *Ibid.*

[258] *Ibid.*, p. 1668.

[259] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 101.

[260] *Ibid.*, p. 89. René Capitant propose à la commission de la Constitution que la possibilité de dissoudre l'Assemblée soit ouverte dès la première crise ministérielle, proposition évidemment rejetée.

droit oppose ainsi aux partisans de l'élection du président du conseil par l'Assemblée le fait que la représentation proportionnelle ne peut leur permettre d'espérer une « majorité homogène et stable[261] ». Il convoque, une fois encore, un exemple tiré de l'entre-deux-guerres en évoquant le fonctionnement de la Constitution prussienne de 1919[262] pour illustrer les dangers d'un tel système. *A contrario*, le rôle joué par le président de la République permettrait de résoudre plus facilement les crises en cas de division de l'Assemblée[263]. Cette position n'est toutefois pas originale dans la mesure où elle est largement partagée au sein de la minorité de l'Assemblée constituante[264]. Hormis cet aspect des choses, René Capitant, tout à son modèle britannique, n'insiste guère lors de la première Assemblée nationale constituante au sujet du rôle du président de la République. Son évolution à l'approche des débats de la seconde Assemblée constituante l'amène toutefois à se rapprocher des vues exprimées en matière constitutionnelle par le général de Gaulle. S'il a déjà été relevé que ce rapprochement passe par la conception d'une structure « fédérale » pour l'Union française, il faut également noter que cette structure aboutit à dessiner une présidence de l'Union française inspirée de la présidence des États-Unis d'Amérique et taillée sur mesure pour Charles de Gaulle. À cet égard, René de Lacharrière a pu soutenir que « l'édifice à deux niveaux » présenté par Capitant avait eu sur le général une influence plus importante que celle qui est habituellement prêtée au professeur de droit gaulliste, en convainquant Charles de Gaulle qu'il était possible d'imaginer un système qui, tout en restant formellement parlementaire, réservait une place éminente et une action autonome au chef de l'État[265].

Malgré ces adaptations aux circonstances, le professeur de droit apparaît ainsi, dans l'ensemble, fidèle à ses conceptions d'avant-guerre, lesquelles lui permettent de se présenter en défenseur d'un régime parlementaire authentique face à des parlementaires inexpérimentés ou lorgnant vers le régime d'assemblée. Il n'a toutefois pas convaincu la majorité de l'Assemblée constituante, pas plus d'ailleurs qu'il n'a réussi à la convaincre de l'importance de la souveraineté des électeurs.

3. La défense de la souveraineté populaire

Si l'élaboration d'un régime parlementaire fonctionnel est un pas nécessaire vers la démocratie, ce n'est, aux yeux de René Capitant, qu'un des éléments indispensables à cette dernière. Il est également impératif de s'assurer que la souveraineté ne soit pas captée – comme elle a pu l'être sous la IIIe République – par le Parlement. Il faut donc non seulement réhabiliter le pouvoir exécutif mais aussi éviter le retour à la « souveraineté parlementaire », caractérisée par le fait que le Parlement peut se rendre maître du pouvoir de révision de la Constitution[266]. Au

---

[261] *Ibid.*, p. 83

[262] *Ibid.*

[263] *Ibid.*

[264] Ce point est d'ailleurs l'un des principaux points du compromis consacré, par la suite, par la Constitution d'octobre.

[265] R. de Lacharrière, *La Ve, quelle République ?, op. cit.*, p. 34-35.

[266] R. Capitant, *Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 137. L'auteur reprend ici les analyses de Raymond Carré de Malberg, qui insistait sur le caractère « absolu et à peu près souverain » du pouvoir législatif sous la IIIe République en raison de sa mainmise potentielle sur

sein de la première Assemblée constituante, le professeur de droit ne se présente d'ailleurs pas comme le thuriféraire d'une « souveraineté populaire » qu'il évoque en définitive peu[267]. *A contrario*, il s'élève volontiers contre la « souveraineté de l'élu[268] », la « souveraineté des partis[269] » ou encore la « souveraineté de l'Assemblée[270] ». C'est donc avant tout contre les « captations » illégitimes de souveraineté qu'il s'insurge. Il se fait d'ailleurs de cette dernière une idée bien différente des orateurs de la majorité, comme l'illustre son opposition avec Pierre Cot sur la question de savoir si la Constitution limite la souveraineté ou non[271]. La position de René Capitant semble cependant évoluer à l'approche de la seconde Assemblée constituante. À partir de ce moment, le juriste défend l'adoption d'une constitution qui soit non seulement « républicaine » et « fédérale », mais également « démocratique ». L'accent est alors mis sur le fait que le peuple est le détenteur ultime de la souveraineté et que, dans la droite ligne des idées du général de Gaulle, la « souveraineté populaire » est l'un des grands principes que doit consacrer la future constitution[272]. Qu'il s'agisse de lutter contre une captation illégitime ou de consacrer le pouvoir du corps électoral, les moyens demeurent toutefois identiques : un mode de scrutin qui limite le pouvoir des partis d'une part, et le recours au référendum d'autre part.

René Capitant se révèle ainsi très actif sur le thème du mode de scrutin, qui lui apparaît comme un combat pratiquement aussi important que la Constitution elle-

---

la procédure de révision de la Constitution (R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. 2, Paris, Sirey, 1920–1922, p. 607).

267 Sauf, de manière curieuse, pour la présenter au détour d'un de ces discours comme un leg des « hommes de 1789 » (R. Capitant, *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1339). Ce n'est que par la suite, dans ses cours de doctorat, que l'auteur approfondit la notion (voir notamment R. Capitant, *Cours de principes du droit public 1951–1952*, *op. cit.*, p. 288-303).

268 *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 137.

269 *Ibid.*, p. 73

270 *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1669. La seule hypothèse où René Capitant se fait le défenseur de la « souveraineté de l'Assemblée » concerne les cas de figure intéressant le fonctionnement interne de l'Assemblée ou la situation des parlementaires, comme la fixation de l'indemnité parlementaire (*Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 80).

271 *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 407. La souveraineté n'est donc pas, pour Capitant, un principe aussi absolu qu'il peut l'être chez certains orateurs de gauche, comme le communiste Étienne Fajon qui répond au professeur de droit « qu'au-dessus de cette souveraineté, il n'y a rien » (*Ibid.*, p. 36. L'orateur doit toutefois se reprendre quelques instants plus tard, sentant bien que sa position pouvait passer pour excessive). *A contrario*, René Capitant soutient, pour sa part, que « la démocratie est l'exercice de la souveraineté dans la liberté » (*ibid.*, p. 63).

272 R. Capitant, « Pour une Constitution neuve », art. cité, p. 144.

même[273]. La majorité tripartite consacre en effet à plusieurs reprises une loi électorale proportionnelle[274] qu'il analyse comme étant partie intégrante de la traduction sur le plan constitutionnel du Tripartisme. Capitant ne manque pas une occasion de combattre ces projets que ce soit au sein de la commission de la Constitution[275], lors de l'examen de la loi électorale[276] ou encore lors de l'examen en séance publique du projet de Constitution[277]. Sa thèse fondamentale est que la représentation proportionnelle est incompatible avec le régime parlementaire[278]. Cette thèse s'appuie sur deux séries d'arguments qui relèvent de considérations historiques dans un premier temps et de considérations de principe dans un second temps.

René Capitant mobilise d'abord une série d'arguments historiques qui renvoient au « drame qui s'est déroulé entre les deux guerres[279] ». Il oppose ainsi les constitutions des États d'Europe centrale, « constitutions théoriques » de professeurs n'ayant pas compris « les ressorts profonds de la démocratie » et reposant sur la représentation proportionnelle, aux « démocraties solides » du monde anglo-saxon, reposant sur le scrutin majoritaire[280]. L'expérience historique de l'entre-deux guerres est formelle selon Capitant, qui s'appuie non seulement sur ses tra-

---

[273] « Rien n'a plus d'influence sur le jeu d'une constitution démocratique que le choix du mode de scrutin. Ceux qui ne jugent des régimes politiques que par les textes constitutionnels mesurent mal l'importance de ce problème. Mais ceux qui cherchent dans la réalité politique les véritables ressorts des constitutions savent que le fonctionnement de la démocratie dépend étroitement du mode de scrutin. C'est le mode de scrutin qui détermine dans une large mesure le nombre et la structure des partis politiques. Et c'est le nombre et la nature des partis qui déterminent à leur tour le fonctionnement de la démocratie » (R. CAPITANT, « Le mode de scrutin. Gardons-nous de la RP », *L'Alsace libérée*, 7 mars 1946, p. 1, également publié, sous un titre un peu différent, dans *Combat–Alger* voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 131, ainsi que dans l'édition du 14 mars du journal *Le Monde* sous le titre « Le mode de scrutin et la Constitution »).

[274] Les Assemblées nationales constituantes adoptent chacune une loi électorale destinée à accompagner la future Constitution, une première fois en vain du fait de l'échec du référendum d'avril (loi n° 46-679 du 13 avril 1946 relative à l'élection des députés de la France métropolitaine, des départements de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion, de la Guyane et de l'Algérie, *JORF* du 14 avril 1946, p. 3126) et une seconde fois avec davantage de succès (loi n° 46-2151 du 5 octobre 1946 relative à l'élection des membres de l'Assemblée nationale, *JORF* du 7 octobre 1946, p. 8494).

[275] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 48 et p. 212.

[276] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1337.

[277] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1672. René Capitant revient également à la charge à l'occasion de la discussion des amendements, y compris à l'occasion d'amendement sans rapport apparent avec la loi électorale, au point que le président de séance finit par l'accuser à demi-mot « d'obstruction » (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 1ere séance du 17 avril 1946, p. 1953).

[278] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 48. René Capitant développe également le même raisonnement en séance publique (*JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1337).

[279] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1337.

[280] *Ibid.* R. CAPITANT met nommément en cause Hugo Preuss pour l'Allemagne et Hans Kelsen pour l'Autriche.

vaux mais également sur ceux du politiste allemand expatrié aux États-Unis, Ferdinand Hermens[281] : la différence entre ces deux modèles historiques, et donc l'explication de leur destinée divergente, reposerait sur le mode de scrutin[282]. Dans ces conditions, il s'inquiète, non sans provocation, de voir la majorité de l'Assemblée s'en remettre à la « tradition weimarienne[283] » plutôt que de se tourner vers les modes de scrutin qui ont permis l'enracinement de la démocratie en France ou au Royaume-Uni.

À cette première série d'arguments, Capitant en ajoute une seconde, de principe cette fois. La représentation proportionnelle lui apparaît produire des effets antidémocratiques à deux titres. D'une part, elle a pour conséquence de priver l'électeur du droit de choisir ses élus et confie cette tâche aux partis politiques, ce qui assure le règne des plénipotentiaires partisans[284]. Certes, le professeur de droit n'ignore pas l'importance des partis et des programmes dans le cadre des élections. Sa conception d'une démocratie fondée sur le primat de la conscience individuelle l'amène toutefois à privilégier un mode de scrutin mettant à l'épreuve chaque élu individuellement. Pour Capitant, la politique demeure en fin de compte une affaire d'individualité et de conscience, comme l'illustre l'exemple des accords de Munich, lesquels ont soulevé une opposition qui a traversé les partis politiques et mis chaque élu face à sa responsabilité individuelle et à sa « nature[285] ». C'est donc sa conception de la démocratie qui entraîne l'auteur à refuser absolument « que la considération de l'homme soit absente du mode de scrutin et du fonctionnement de la démocratie[286] ».

---

[281] René Capitant invoque ainsi, devant la commission de la Constitution, un livre « admirable » intitulé « Démocratie et anarchie » qui serait « déjà un classique aux États-Unis » et démontrerait que « la représentation proportionnelle détruit la démocratie et conduit à l'anarchie » (*Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 212). Il s'agit vraisemblablement de l'ouvrage de Ferdinand Hermens publié aux États-Unis durant la guerre (F. Hermens, *Democracy or Anarchy? A Study of proportional representation*. Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1941). Capitant connaît, selon toute vraisemblance, bien les travaux d'Hermens dans la mesure où il avait déjà eu l'occasion de traduire un article de cet auteur pour une publication dans la *Revue politique et parlementaire* en 1935 (F. Hermens, « L'erreur proportionnaliste et le régime parlementaire », *RPP*, juin 1935, p. 429-457).

[282] C'est du moins la présentation que fait, pour les besoins de la cause, René Capitant en 1946. Il est permis de se demander à quel point l'auteur est convaincu par le caractère exclusif du lien de causalité qu'il met en avant. Capitant a en effet lu et apprécié l'ouvrage de Guglielmo Ferrero sur le pouvoir (R. Capitant, « Pourquoi de Gaulle s'est-il retiré ? », in J.-P. Morelou, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 160), dans lequel l'historien soutient la thèse selon laquelle les régimes politiques mis en place en Europe centrale après 1918 ont échoué car les pays en cause n'étaient pas mûrs pour la démocratie, forme de gouvernement dont la mise en œuvre est exigeante et ne peut guère s'improviser (G. Ferrero, *Pouvoirs. Les génies invisibles de la cité*, New York, Brentano's, 1942). Il apparaît, dans ces conditions, que le mode de scrutin n'est qu'une explication parmi d'autre de l'échec de l'enracinement des constitutions démocratiques (l'affirmation qu'un mode de scrutin majoritaire aurait fait mieux étant difficile à démontrer). Pour les besoins de son argumentaire politique, le professeur de droit ne s'embarrasse toutefois pas de ces détails.

[283] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1338.

[284] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 215. C'est la raison de l'hostilité de Capitant envers les listes bloquées et de sa défense du panachage et du vote préférentiel.

[285] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1338.

[286] *Ibid.*

Au-delà du choix individuel des élus, la représentation proportionnelle prive également l'électeur de déterminer la majorité politique et par conséquent l'orientation de la législature et du gouvernement. L'éclatement des candidatures et des partis a en effet pour conséquence que la détermination de la majorité n'incombe pas à l'électeur mais aux tractations entre les groupes parlementaires[287]. Le passage d'un mode de scrutin majoritaire à un mode de scrutin proportionnel aboutit à retirer ce pouvoir à l'électeur pour le confier aux partis politiques. En cela, la représentation proportionnelle favorise la captation de la souveraineté par le Parlement et neutralise tout effet potentiel au droit de dissolution[288]. Ces différents arguments permettent à Capitant de conclure « qu'un mode de scrutin qui ne laisse à l'électeur, ni le choix de son élu, ni la possibilité de déterminer l'orientation du gouvernement et de la législature, au lendemain des élections, n'est pas compatible avec la démocratie[289] ». Le jugement paraîtra peut-être au lecteur contemporain, éclairé par d'autres expériences historiques, trop rapide ou trop radical. Il faut toutefois garder à l'esprit que René Capitant raisonne à partir des exemples historiques qu'il lui a été donnés d'observer. Quant aux arguments de principe qu'il soulève contre la représentation proportionnelle, ils sont cohérents avec la conception libérale et individualiste que l'auteur se fait de la démocratie. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que sa contre-proposition principale soit l'instauration du scrutin majoritaire à un tour dans la droite ligne du modèle britannique, qu'il soumet sans succès à l'Assemblée constituante[290].

La bataille du mode de scrutin étant toutefois un combat perdu d'avance, seul le référendum, qui a l'avantage d'avoir les faveurs du MRP, apparaît comme un moyen d'empêcher la captation de la souveraineté par les parlementaires. René Capitant s'illustre ainsi par une défense constante du référendum. Dans un premier temps, le débat constituant prend d'ailleurs une tournure plutôt favorable aux yeux du professeur de droit. La commission de la Constitution décide initialement, à partir d'un texte à la rédaction duquel Capitant a participé[291], que la révision de la Constitution doit passer par la voie du référendum. Tout à son combat contre le projet constitutionnel d'avril, Capitant se garde bien de relever qu'il obtient satisfaction sur ce point capital à ses yeux, puisque cette modalité de révision constitutionnelle distingue de manière déterminante le pouvoir constituant du pouvoir législatif. Cet acquis est d'ailleurs perdu au cours des débats de la seconde Assemblée constituante. Dénonçant un tel recul[292], Capitant valorise alors fortement, dans la droite ligne de la rhétorique gaulliste, le référendum comme mode d'expression le plus adapté de la souveraineté populaire[293]. Il n'est guère entendu et la marginalisation

---

[287] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 212.

[288] *Ibid.*

[289] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, séance du 1er avril 1946, p. 1338.

[290] *JORF*, Assemblée nationale constituante, Débats, 1ère séance du 2 avril 1946, p. 1358. La proposition de René Capitant demeure originale au sein de la minorité de l'Assemblée constituante, le contre-projet principal étant celui défendu par Édouard Herriot et proposant le rétablissement du scrutin d'arrondissement.

[291] *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 415.

[292] R. DE SAINT-POURÇAIN, « De Gaulle dira : non, demain, à Épinal », art. cité.

[293] Le résultat du référendum de mai est de nature à le renforcer dans cette conviction (cf. R. CAPITANT, « On a toujours raison de faire confiance au peuple français », *L'Alsace libérée*,

du référendum dans la Constitution d'octobre lui permet, par la suite, de présenter cette constitution comme un simple retour au régime représentatif prenant la forme de la souveraineté parlementaire, c'est-à-dire une forme non démocratique[294].

Dès cet instant, l'angle d'attaque que Capitant privilégiera contre la IVe République naissante est ainsi défini : c'est le caractère antidémocratique, voire hobbesien[295], du régime qui sera son défaut le plus impardonnable. Capitant consacrera la suite de ces travaux à ce thème, approfondissant tout à la fois sa théorie de la démocratie et sa critique du régime. Ce faisant, le « virus de la politique[296] » ne l'abandonnera pas pour autant. René Capitant sort ainsi de ce moment constituant profondément transformé : le professeur est devenu, pour la suite de sa carrière, tout à la fois homme politique et « missionnaire de la démocratie[297] ».

Benjamin Fargeaud

Professeur de droit public, Université de Lorraine, IRENEE

7 mai 1946, p. 1, également publié dans *Combat–Alger*, voir J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 140).

294 C'est l'idée que René Capitant développe sous la IVe République, dans ses cours de doctorat, pour mettre en accusation le régime au nom du principe démocratique (voir notamment R. CAPITANT, *Cours de principes du droit public 1952–1953*, *op. cit.*, p. 258-276).

295 *Ibid.*, p. 20.

296 O. BEAUD, « Préface. Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 13.

297 G. CONAC, « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », art. cité, p. 64.

Benjamin Fargeaud

Annexe

René Capitant, cible des dessinateurs du journal *L'Humanité* (avril–novembre 1946)*

Républicain, résistant et connu par la suite pour être un représentant éminent du « gaullisme de gauche », René Capitant n'apparaissait pas prédestiné à devenir une cible de choix pour les dessinateurs de la presse communiste. Pourtant, aussi surprenant que cela puisse rétrospectivement paraître, c'est sous les traits d'un activiste de droite extrême que le professeur de droit est représenté dans cette dernière au cours de l'année 1946.

Membre de la première Assemblée nationale constituante, René Capitant est battu aux élections de juin 1946 et doit trouver un autre moyen d'intervenir dans le débat public. Il lance alors son propre mouvement – l'Union gaulliste – dont l'objectif est de rassembler les partisans du général de Gaulle afin de promouvoir les idées de ce dernier en matière constitutionnelle. Cette initiative visant à provoquer une recomposition du spectre politique est toutefois mal reçue par la plupart des formations politiques déjà constituées. Les démocrates-chrétiens du MRP accueillent ainsi avec méfiance un mouvement qui vient leur disputer l'étendard du gaullisme. Quant aux forces de gauche, elles sont naturellement hostiles à une initiative dont l'objectif est de contrer leurs propositions en matière constitutionnelle.

Dans ce contexte de débat constitutionnel et électoral permanent, René Capitant est une cible récurrente de la presse communiste. Cette dernière lui reproche d'avoir été un ministre de l'Éducation nationale trop conciliant avec l'école privée, puis de s'opposer avec virulence aux projets constitutionnels portés par la gauche. René Capitant devient ainsi une cible récurrente des dessinateurs du quotidien *L'Humanité* et de l'hebdomadaire *Les Lettres françaises*. Ces caricatures, intervenant souvent en première page du journal en ce qui concerne le quotidien, sont la plupart du temps signées « HP. Gassier ». Il s'agit, selon toute vraisemblance, d'Henri-Paul Deyvaux-Gassier, illustrateur communiste célèbre de l'entre-deux guerre qui fut également un fondateur du *Canard enchaîné* en 1915. Certaines caricatures sont signées « J-P. Chabrol », soit Jean-Pierre Chabrol, résistant et écrivain qui fut également dessinateur pour *L'Humanité*.

Si le rôle de René Capitant au sein de la première Assemblée nationale constituante lui vaut une première apparition (dessin n° 1), c'est principalement

* Annexe de l'article de B. FARGEAUD, « René Capitant, un intransigeant face à l'élaboration de la Constitution de 1946 », paru dans ce même numéro 26 de *Jus Politicum*.

avec le lancement de l'Union gaulliste que le professeur de droit apparaît comme un personnage politique de premier plan bénéficiant des honneurs de la Une. Le caractère récurrent et outrancier de ces dessins va alors croissant, accompagnant les évènements politiques de la fin de l'année 1946.

René Capitant est dans un premier temps dessiné en partisan du pouvoir personnel (dessin n° 2) tentant de pousser à l'action Charles de Gaulle (dessins n^{os} 3 et 5), voire de lui faire franchir le Rubicon (dessin n° 4).

La campagne électorale en vue du référendum constitutionnel d'octobre amène les dessinateurs communistes à hausser le ton et à changer de registre. L'objectif est de renvoyer René Capitant, un des opposants les plus en vue au projet de constitution, à l'extrême-droite du spectre politique. Le professeur de droit est ainsi dessiné en marionnette des *trusts* (dessin n° 7) et en fondateur d'une ligue factieuse assimilée à l'organisation d'extrême-droite la Cagoule (dessin n° 6). L'Union gaulliste apparaît alors représentée sous les traits d'un rassemblement de ligueurs d'extrême-droite encadrés par des politiciens rescapés de la III^{e} République (dessin n° 8). Le jour des résultats du référendum adoptant la Constitution de la IV^{e} République, c'est ainsi le maréchal Pétain lui-même qui vient réconforter un René Capitant éploré (dessin n° 9).

La campagne électorale législative qui suit le référendum donne encore l'occasion à René Capitant de bénéficier de l'attention des dessinateurs communistes. Cette fois-ci, c'est le goût du professeur de droit – qui retrouve ici les positions politiques de la droite et du MRP – pour le thème de la révision constitutionnelle qui est moqué (dessins n^{os} 10, 11 et 12).

L'attention semble cesser avec les élections de novembre. L'aventure de l'Union gaulliste a pris fin et René Capitant n'est plus, à nouveau, qu'un député isolé parmi d'autres (dessin n° 13).

Malgré leur caractère outrancier, ces dessins ne manquent pas d'intérêt pour l'observateur contemporain. Ils témoignent ainsi du rôle de premier plan joué par le professeur de droit dans les évènements du second semestre 1946. Ils soulignent également le rôle d'épouvantail qu'a joué, pour la presse communiste, l'Union gaulliste de René Capitant dans le cadre du débat public autour du second projet de constitution.

Benjamin Fargeaud

Professeur de droit public, Université de Lorraine, IRENEE.

Dessin nº 1

H.-P. DEYVAUX-GASSIER, « Do, do, l'enfant do… »,
caricature parue dans *L'Humanité*, jeudi 11 avril 1946, p. 1.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin nº 2

H.-P. Deyvaux-Gassier, « Pour un pouvoir fort »,
caricature parue dans *L'Humanité*, jeudi 19 septembre 1946, p. 1.

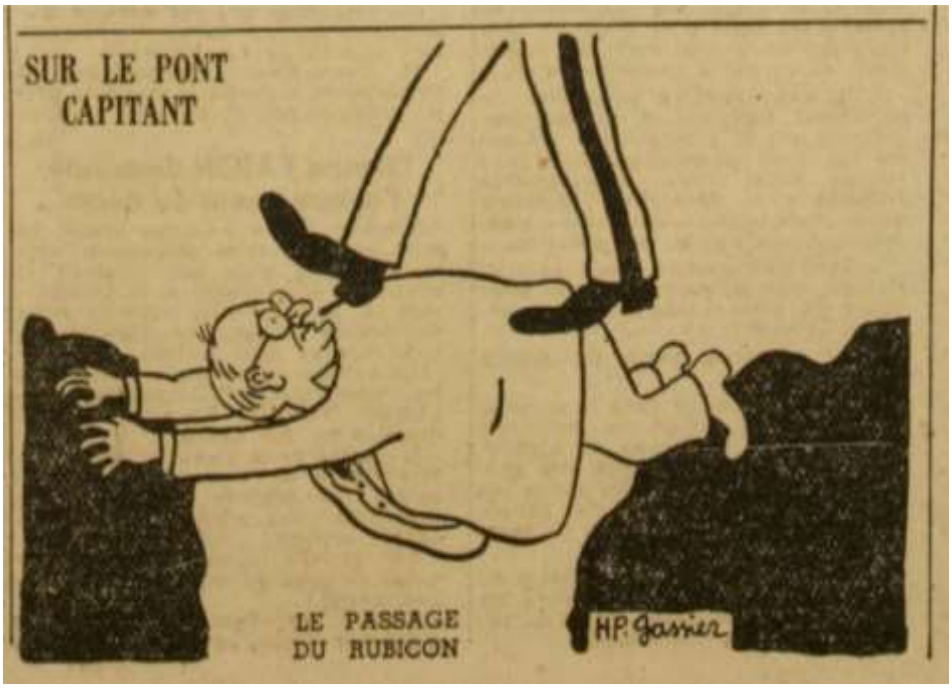
Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin nº 3

H.-P. DEYVAUX-GASSIER, « Le pas de la séduction et l'Union gaulliste », caricature parue dans *Les Lettres françaises*, jeudi 20 septembre 1946, p. 1.

Sur les pieds « en dentelles » du général de Gaulle sont inscrits les noms des dirigeants du MRP Paul Voste-Floret, Maurice Schumann et Georges Bidault.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.



Dessin n° 4

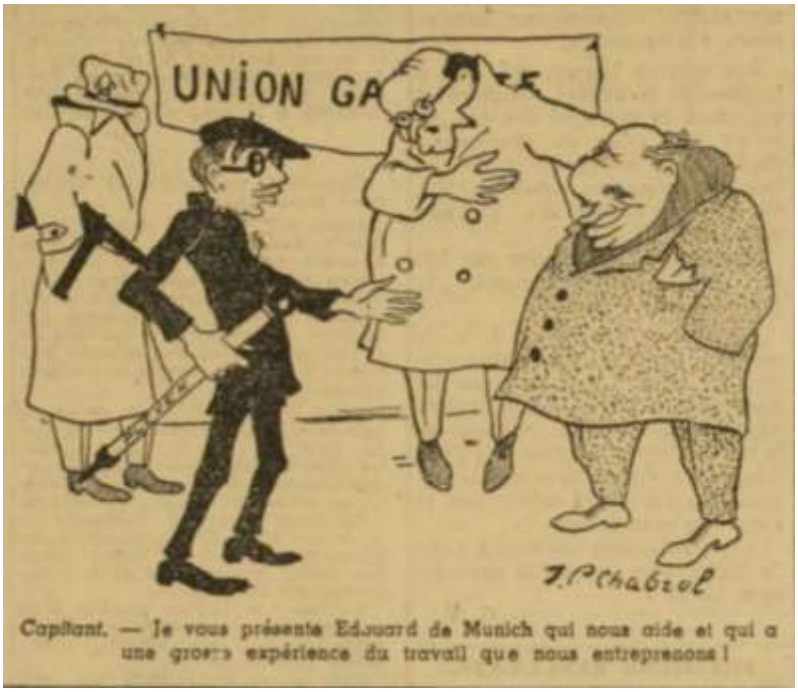
H.-P. Deyvaux-Gassier, « Sur le pont Capitant »,
caricature parue dans *L'Humanité*, samedi 21 septembre 1946, p. 1.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin n° 5

H.-P. DEYVAUX-GASSIER, « Capitant au pays de la quatrième dimension », caricature parue dans *L'Humanité*, jeudi 26 septembre 1946, p. 1.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.



Dessin nº 6

J.-P. CHABROL, « Union gaulliste »,
caricature parue dans *L'Humanité*, jeudi 3 octobre 1946, p. 1.

Sous une banderole « Union gaulliste », le dessin représente ici René Capitant, René Pleven, Édouard Daladier et un homme armé et affublé d'une fleur de lys qui est une référence à la Cagoule.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin n° 7

(ANON.), « Ceux qui votent NON ! »,
caricature parue dans *L'Humanité*, vendredi 11 octobre 1946, p. 1.

René Capitant est dessiné en marionnette de François de Wendel, qui représente ici le patronat (Wendel a été, de 1918 à 1940, le président du Comité des forges, l'organisation patronale du secteur de la sidérurgie).

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin nº 8

J.-P. CHABROL, « École de l'Union gaulliste »,
caricature parue dans *L'Humanité*, vendredi 11 octobre 1946, p. 1.

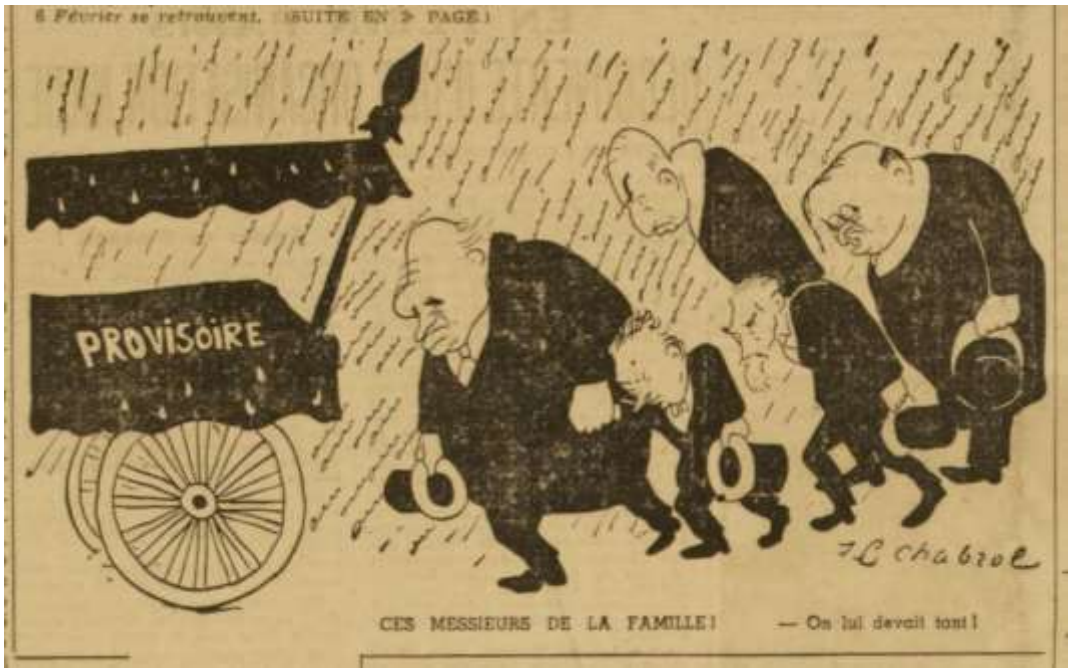
René Capitant est ici représenté comme organisant une école d'extrême-droite (les élèves arborent pour l'un le gamma de la milice, pour l'autre un faisceau fasciste) accompagné d'hommes politiques de droite rescapés de la IIIe République (Paul Reynaud et Édouard Frédéric-Dupont).

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin nº 9

H.-P. GASSIER, « Condoléances »,
caricature parue dans *L'Humanité*, lundi 15 octobre 1946, p. 1.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.



Dessin nº 10

J.-P. CHABROL, « Ces messieurs de la famille ! »,
caricature parue dans *L'Humanité*, mardi 16 octobre 1946, p. 1.

Il est possible de reconnaître, en tête du cortège, Édouard Daladier et Paul Reynaud. René Capitant suit en queue de cortège.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin nº 11

J.-P. CHABROL, « Révision »,
caricature parue dans *L'Humanité*, mardi 22 octobre 1946, p. 1.

Sur un cheval fatigué, Édouard Frédéric-Dupont, Jules Ramarony (portant l'étendard du Parti républicain de la liberté), René Capitant et Paul Reynaud tentent de rompre des lances contre la Constitution. On note que Maurice Schumann, pour le MRP, se joindrait volontiers à l'attelage.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin nº 12

H.-P. Gassier, « Les médecins imaginaires »,
caricature parue dans *Les Lettres françaises*, vendredi 25 octobre 1946, p. 1.

Il est possible de noter ici l'apparition d'un second professeur de droit public, Paul Bastid (au centre), autre adversaire de la constitution et qui a siégé au sein de la seconde Assemblée nationale constituante sur les bancs des radicaux.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Dessin n° 13

DONGA [P. DUFFOURC], « Au nom du MRP »,
caricature parue dans *L'Humanité*, mardi 29 novembre 1946, p. 1.

Ce document est extrait du Site RetroNews *et est accessible à l'adresse [www.retronews.fr]. Toute réutilisation de ce document doit s'inscrire dans les conditions d'abonnement prévues par le site* RetroNews.

Jean-Félix de Bujadoux

René Capitant, théoricien constitutionnel du Rassemblement du Peuple Français (RPF)

Entre son élection à la première Assemblée Constituante, en octobre 1945, et la mise en sommeil définitive du Rassemblement du Peuple Français (RPF) en septembre 1955, René Capitant est un constitutionnaliste qui plonge, avec ardeur, dans la mêlée politique et parlementaire du temps. Il s'agit ici de le saisir dans ce *moment RPF*, d'étudier les idées que Capitant infuse alors dans la doctrine constitutionnelle de la formation gaulliste, la continuité avec ses écrits passés, les éventuels prémisses[1] du « second Capitant », le futur « légiste de la Cinquième[2] ».

Au mitan des années 1930 déjà, René Capitant s'était projeté dans le champ politique, en publiant, au lendemain du 6 février 1934, sa brochure *La réforme du parlementarisme*, en rejoignant, en 1936 et pour quelques mois, le cabinet de Léon Blum président du Conseil[3]. À partir de 1945, cette fois, il devient un acteur à part entière de la vie politique[4], déployant une large activité à l'Assemblée nationale[5] et au sein du RPF. Il va en être « le principal théoricien constitutionnel[6] », selon la formule de

[1] Il s'agit de dégager ces prémisses en se gardant des anachronismes ou d'anticiper excessivement des évolutions dans la pensée constitutionnelle de Capitant qui ne surviendront qu'après 1955. Aussi, on essaiera de *se borner* ici aux écrits antérieurs ou contemporains à son engagement au sein du RPF.

[2] G. CONNAC, « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », in *Apports de René Capitant à la science juridique : théorie générale du droit, droit administratif, droit constitutionnel et science politique, droit privé*, Paris, Litec, 1992, p. 78.

[3] Sur ce premier engagement politique de Capitant, voir tout particulièrement la préface donnée par le Professeur Olivier Beaud in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-Guerres (1928-1940)*, écrits réunis et présentés par Olivier Beaud, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, p. 35-36 et p. 49-53.

[4] Sur l'ensemble de l'action politique de René Capitant de la Résistance jusqu'à sa mort, en 1970, voire tout particulièrement D. Garrigue, Le Temps des gaullistes de gauche, Paris, L'Harmattan, 2018.

[5] Les tables nominatives des interventions de René Capitant au cours de la première législature de la IVe République (1946–1951) témoignent de la grande diversité de ses centres d'intérêt : sécurité sociale, Union française, politique internationale, questions économiques notamment. Voir aussi H. TRUCHOT, *Le droit constitutionnel de René Capitant. Contribution au développement d'une légitimité démocratique*, Paris, Dalloz, 2020, p. 547 *sqq.*

[6] Avec Michel Debré, selon Nicolas Wahl, même si, « tandis que Michel Debré, légiste néo-libéral, recherche finalement en utilitariste les institutions assurant la force de l'État et la grandeur

Nicolas Wahl. Cet emploi est singulier, et même contraignant pour une personnalité aussi affirmée[7] que celle de René Capitant. Certes, il n'est pas le premier professeur à entrer dans la carrière parlementaire. Joseph Barthélémy, par exemple, l'y avait précédé entre les deux-guerres, à la Chambre des députés, entre 1919 et 1928. Pourtant, la particularité de la pensée constitutionnelle du professeur-député Capitant dans ces années d'après-guerre va être de se déployer à l'intérieur d'une formation politique constituée autour de la figure exceptionnelle du général de Gaulle, pour le ramener au pouvoir, et dotée, avec le discours de Bayeux, de véritables tables de la loi dans le domaine constitutionnel[8].

Se posent, dès lors, une série de questions : Au-delà des masses de granit jetées par le général de Gaulle dans le discours de Bayeux, comment évolue, en profondeur, la réflexion gaulliste sur les institutions entre 1947 et 1955 ? Comment le RPF a-t-il travaillé sur ces sujets ? Avec quelle liberté ? Dans quel sens René Capitant pèse-t-il dans la définition de la doctrine constitutionnelle du RPF ? Sur quels aspects principaux ? Dans quel rapport avec ses propres idées, celles d'avant 1939 ou celles de la période 1943–1946 ?

Le *moment RPF* constitue un moment charnière entre le « premier Capitant » et le « second Capitant ». Avant d'étudier les idées du « principal théoricien constitutionnel du RPF », il convient de rappeler, en un bloc, le contexte et le cadre politiques dans lesquels Capitant est, alors, appelé à agir.

De 1947 à 1955, René Capitant est une des principales figures du gaullisme politique. Il en a même été, d'une certaine façon, un précurseur. C'est lui en effet, qui a fondé, durant l'été 1946, la première formation politique se réclamant expressément du fondateur de la France libre, l'Union gaulliste pour la IVe République[9], dont l'objet principal était de peser dans le débat constitutionnel en faveur des idées exposées par le général de Gaulle à Bayeux. C'est pendant l'été 1946 que René Capitant publie sa brochure *Pour une Constitution fédérale*[10] qui reprend pour partie les articles publiés dans *Combat-Alger* au moment des débats de la première Assemblée Constituante[11]. Après le second référendum constituant, alors que le gé-

---

de la France, M. Capitant, issu d'un milieu de démocrate-chrétien, abordait avant tout le problème en moraliste » (N. WAHL, « Aux origines de la nouvelle Constitution », *Revue Française de Sciences Politique*, 1959, p. 49).

[7] Léo Hamon évoquera à propos de René Capitant ce « mélange de forte articulation intellectuelle, de constante hauteur, de fougue, de véhémence, de pugnacité qui le caractérise et qui a marqué ses engagements démocratiques [...] Ceux qui l'ont connu ont au reste personnellement vécu ce combiné de gentillesse humaine, de sollicitude, d'affection – et d'emportements qui n'étaient jamais bas, mais marquaient que la vérité – ou ce que l'on tient pour tel – devient chez les âmes bien nés une passion » (L. HAMON, « Le gaullisme de René Capitant », *Espoir. Revue de l'Institut Charles de Gaulle*, nº 36, *René Capitant (1901–1970)*, 1981, p. 17).

[8] D'autant qu'après les discours de Bayeux et d'Épinal en 1946, le général de Gaulle ne reviendra jamais vraiment précisément sur les questions constitutionnelles avant 1958.

[9] Voir B. LACHAISE, « L'Union gaulliste pour la IVe République », *Cahiers de la fondation Charles de Gaulle*, nº 4, *La genèse du RPF*, 1997, p. 199-226. Précisons ici que les Professeurs Charles Eisenmann et Henri Mazeaud figurent parmi les adhérents de l'Union gaulliste.

[10] Reproduite in R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, Paris, Éd. du CNRS, 1982, p. 304-324.

[11] Plusieurs de ces articles sont reproduits in J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science politique*, nº 16, 1995, p. 9-33.

néral de Gaulle ne s'engage pas directement dans les élections du 10 novembre 1946, destinées à élire la première Assemblée nationale de la IVe République, l'Union gaulliste décide, après beaucoup d'hésitations, de présenter ou de soutenir des listes à l'occasion de cette consultation. Au soir du 10 novembre, l'Union gaulliste obtient 3,1 % des suffrages et neuf élus[12], dont René Capitant lui-même dans le département de la Seine.

Le 16 avril 1947, René Capitant dissout l'Union gaulliste et invite ses adhérents à rejoindre le RPF dont le général de Gaulle vient d'annoncer la création à Strasbourg le 7 avril précédent. Il reste aussi, pour dix-huit mois encore, jusqu'à la fin de 1948, membre de l'UDSR[13]. L'une des particularités du RPF, qui se voulait avant tout un rassemblement et non un parti, était de permettre à ses membres de demeurer au sein de leur formation politique initiale, une double appartenance autorisée par les instances de l'UDSR. Dans son combat contre la IVe République naissante, pour obtenir la dissolution de l'Assemblée nationale et une refonte profonde des institutions, le général de Gaulle se devait de recueillir le soutien de plusieurs des formations politiques représentées à l'Assemblée nationale[14]. En permettant la double appartenance, il tente, ainsi, d'agréger à son action le MRP[15], l'UDSR, le parti radical, les indépendants[16]. Finalement, c'est, en novembre 1948, quand le comité directeur de l'UDSR rejette par 30 voix contre 15 sa motion en faveur d'une dissolution immédiate de l'Assemblée nationale, que Capitant quittera, avec treize autres députés, ce parti et son groupe parlementaire à l'Assemblée pour aller créer un nouveau groupe baptisé Action démocratique et sociale (ADS)[17].

L'objectif d'une révision constitutionnelle est susceptible de cimenter une coalition allant du RPF au MRP En 1946, UDSR, radicaux et indépendants avaient voté

---

[12] B. LACHAISE, « L'Union gaulliste pour la IVe République », art. cité, p. 211.

[13] L'UDSR a été constituée en juin 1945 pour fédérer des mouvements de la Résistance, dont Combat auquel appartenait René Capitant, soucieux d'une rénovation profonde du pays dans tous les domaines au moment de la création d'une République nouvelle. Voir l'ouvrage de référence d'É. DUHAMEL, *L'UDSR, la genèse de François Mitterrand*, Paris, Éd. du CNRS, 2007. Capitant a rejoint le groupe UDSR au sein de la première Assemblée nationale constituante et y siège, comme plusieurs députés « Union gaulliste », à la première Assemblée nationale de la IVe République.

[14] C'est la conséquence du refus du général de Gaulle de créer à la Libération ou après son départ du pouvoir le 20 janvier 1946 une formation politique qui aurait pu relayer son action et présenter des candidats aux élections législatives de juin ou de novembre 1946 une formation. Toute la difficulté des années 1947–1948 pour le RPF est que, malgré son large succès aux élections municipales d'octobre 1947, il n'a pas de véritable relais à l'Assemblée nationale. Le général de Gaulle cherche à obtenir la dissolution par la pression de l'opinion, mais la dissolution est entre les mains des défenseurs du régime à l'Assemblée nationale.

[15] Le MRP politiquement et électoralement directement menacé par la poussée du RPF refusera le principe de la double appartenance.

[16] Ces trois formations autorisaient la double appartenance.

[17] S'il préside le groupe ADS dès sa création, en novembre 1948, ce n'est que le 24 juin 1949 que René Capitant pourra intégrer le comité de direction du RPF. Le général de Gaulle rechigna longtemps à ouvrir le comité directeur du mouvement aux parlementaires avant de céder aux arguments de Capitant et d'André Diethelm, président du groupe ADS au Conseil de la République insistant sur l'importance de mieux associer les parlementaires à l'action du Rassemblement, en particulier pour réaliser la réforme des institutions par la voie légale : J. CHARLOT, *Le gaullisme d'opposition (1946–1958)*, Paris, Fayard, 1983, p. 166.

« non » aux deux référendums constitutionnels et le MRP n'avait finalement soutenu le projet constitutionnel du 13 octobre que pour des raisons d'opportunité politique, en réclamant, dès le lendemain de l'adoption de la Constitution, une révision rapide. Toutefois, cette perspective oblige le RPF à défendre, comme à Bayeux, un projet constitutionnel susceptible de rallier les autres partis, quitte à nuancer certaines divergences, comme par exemple sur le recours aux procédures référendaires. Ainsi, durant cette période, jusqu'aux élections législatives de 1951, René Capitant met surtout l'accent sur l'objectif de réformer le régime parlementaire sans avoir à convoquer une nouvelle assemblée constituante.

Après son semi-échec aux élections législatives du 17 juin 1951, le RPF, traversé de forces centrifuges, abandonné par une partie de son aile droite, ralliée au ministère Pinay en 1952, allait se raidir dans l'opposition au régime. Après sa non-réélection à l'Assemblée nationale, René Capitant durcit, lui-même, la tonalité de ses interventions constitutionnelles pour réclamer un « changement de régime[18] » et l'abolition de la souveraineté parlementaire au profit de la souveraineté populaire. Finalement, le 6 mai 1953, le général de Gaulle coupa le lien entre le RPF et les parlementaires qui avaient été élus sur ses listes aux élections législatives et sénatoriales, en leur donnant leur liberté. Pendant un an et demi, il ne sembla plus savoir que faire de l'appareil militant, maintenu[19], hormis de l'engager dans le combat contre la Communauté Européenne de Défense (CED). Le 13 septembre 1955, le RPF fut définitivement mis en sommeil.

Au sein du RPF, cette réflexion constitutionnelle repose sur trois foyers : les idées du général de Gaulle lui-même d'abord, les assemblées statutaires du mouvement ensuite, composées des Assises et du conseil national, et le comité national d'études enfin.

D'abord et avant tout, c'est au général de Gaulle qu'il revient de fixer la doctrine constitutionnelle du RPF, au moins dans ses principales orientations. Il l'a fait en 1946, à Bayeux et à Épinal. Il n'y reviendra pas, précisément, avant 1958. D'abord, en raison de son appétence limitée pour les questions purement juridiques. Pour le fondateur du RPF, les institutions apparaissent davantage comme un moyen que comme une fin[20]. Ensuite, il faut souligner que le général de Gaulle quand il est amené à s'exprimer sur ces questions avant fin 1958, l'est dans un contexte politique particulier, celui de la conquête du pouvoir. En juin 1946, dans le discours de Bayeux, rien n'était dit pouvant heurter le MRP que le général de Gaulle

---

[18] R. CAPITANT, *Rapport sur le changement de régime*, présenté aux assises nationales du RPF à Paris, les 9–11 novembre 1952, repris in R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 325-352.

[19] À la fin de l'automne 1953, alors que se pose la question de l'avenir du RPF dont Capitant souhaiterait, selon Louis Terrenoire, qu'il « prenne la tête d'un nouveau Front populaire de manière à enlever aux communistes le mérite et l'initiative d'interpréter le profond mécontentement des masses », le général de proteste : « Je ne veux pas être ligoté. En 1946, j'ai refusé d'être ligoté par les partis, je ne veux pas l'être aujourd'hui par le Rassemblement. Les Capitant, les Astoux voudraient que je fasse celui ou cela… Je ne le veux pas… » (L. TERRENOIRE, *De Gaulle, 1947–1954. Pourquoi l'échec ? Du RPF à la traversée du désert*, Paris, Plon, 1981, p. 219 et 235.

[20] Nous nous permettons de renvoyer ici à notre article : J-F. DE BUJADOUX, « Aux sources de la pensée constitutionnelle du général de Gaulle », *Espoir*, nº 186, *Aux racines de la Constitution de la Vᵉ République*, 2017, p. 15-33. Ce numéro de la revue *Espoir* est issu d'un séminaire de recherche organisé par la Fondation Charles de Gaulle en 2014–2015 sous la direction du Professeur Gilles Le Béguec et de Frédéric Fogacci. Toutefois, la communication de David Valence sur les projets constitutionnels du RPF n'y a pas été retranscrite.

entend rallier derrière un contre-projet constitutionnel. À l'été 1958, de Gaulle reste prudent dans l'exposé de ses idées constitutionnelles en réponse aux questions de Guy Mollet et Pierre Pflimlin notamment, car il s'agit de préparer de préparer la plus large adhésion possible aux nouvelles institutions au référendum de septembre.

L'amitié de René Capitant avec le général de Gaulle est ancienne. Il a rencontré ce dernier au cours de l'hiver 1939–1940 sur le front alsacien. Il lui sera, désormais, lié personnellement et politiquement jusqu'à sa mort en mai 1970. C'est sans doute dans l'après-guerre que l'influence de René Capitant auprès du général de Gaulle sur les questions constitutionnelles est à son apogée[21].

> Avec Debré, et peut-être avant lui – il a le bénéfice de l'âge, de la fonction, des titres et de la renommée – il est *le constitutionnaliste*, et de Gaulle le reconnaît volontiers : « Capitant, confie-t-il en juillet 1946, a des idées très saines sur la Constitution » (C. Mauriac, *Un autre de Gaulle*, Paris, Hachette, 1970, p. 216), c'est d'ailleurs à lui qu'il demande, en 1945, de choisir quelques ouvrages fondamentaux[22] pour l'initier à ces questions constitutionnelles. À cette époque cruciale, l'influence de Capitant est sans doute plus grande que sa pensée n'a plus sa rigidité initiale, et pas encore le radicalisme qui la caractérisera par la suite. On observe à ce propos un intéressant phénomène d'influences croisées, ou réciproques[23].

Toutefois, comme l'a très justement souligné Jean-Marie Denquin,

> le gaullisme est certainement la doctrine du général de Gaulle, mais il lui échappe également. (Ce qui ne lui échappe pas est, on l'a vu, gaullien). Il est la pensée d'un groupe d'individus qui le suivent mais aussi qui partagent (parfois à partir de prémisses différents) ses options. Certains sont fascinés par le personnage ou obéissent au chef de parti : ils sont prêts à le suivre même s'il change d'avis ; d'autres sont en phase avec lui – plus ou moins selon les moments. Le gaullisme est donc à la fois discipline et convergence, autonomie et hétéronomie. En outre, cette situation n'aide pas à répondre à une question apparemment simple : qui est habilité à parler au nom du gaullisme ? Ce titre ne s'acquiert par autodéfinition. Mais s'ensuit-il que toute opinion défendue par un gaulliste implique le gaullisme ? Certains auteurs auxquels on ne saurait contester l'épithète de gaulliste ont des idées personnelles dont on ne sait pas exactement jusqu'à quel point elles engagent la doctrine. D'où ce paradoxe : les idées de René Capitant, par exemple, sont dans le gaullisme, mais on en saurait en conclure que le gaullisme contient les idées de René Capitant. C'est là un problème d'orthodoxie : Origène est un penseur chrétien, mais il n'engage pas l'Église puisque celle-ci l'a jugé hétérodoxe. La difficulté dans le cas du gaullisme est qu'il n'y a pas eu de dogme : le parti a eu ses dissidents, la doctrine n'a pas eu ses excommuniés. Le principe

---

[21] C'est, en effet, celui qui est alors ministre de l'Éducation nationale que le président du gouvernement provisoire charge, avec son conseiller Michel Debré, de préparer le texte de la future ordonnance du 17 août 1945, instituant une consultation du peuple français par voie de référendum et fixant le terme des pouvoirs de l'Assemblée consultative provisoire : M. Debré, *Trois Républiques pour une seule France. Mémoires*, t. 1, Paris, Albin Michel, 1984, p. 394-395.

[22] Michel Debré indique que Capitant, à la demande du général de Gaulle, « lui remet deux ouvrages de droit constitutionnel, le "Duguit" et le "Joseph Barthélémy", ce dernier qui garde toute sa valeur malgré la fin malheureuse de son auteur » (*ibid.*, p. 394).

[23] F. Rouvillois, *Les origines de la Ve République*, Paris, puf, 1998, p. 65-66, et plus précisément tous les riches développements consacrés à René Capitant, p. 57-68. Nouvelle édition revue et augmentée, Paris, CNRS Éditions, coll. Biblis, 2018.

> implicite fut plutôt que cent fleurs s'épanouissent : le pragmatisme y gagnait, mais la tâche de l'analyste n'en est pas facilitée[24].

Le deuxième foyer de la réflexion constitutionnelle du RPF, ce sont les deux assemblées créées au sein du mouvement – le conseil national[25] et les assises nationales[26]. René Capitant qui préside la commission du conseil national sur la réforme de l'État, puis le conseil national lui-même après juin 1951, a largement la haute main, en leur sein, sur les orientations du RPF sur les questions institutionnelles. C'est lui qui, aux deuxièmes assises nationales de Lille des 11–13 février 1949, aux troisièmes assises de Paris des 23–25 juin 1950 et aux cinquièmes assises de Paris des 9–10 novembre 1952[27], présentera le rapport sur les questions institutionnelles, établi sur la base des travaux discutés précédemment au conseil national.

Enfin, un autre organe au sein du RPF réfléchit aussi aux questions constitutionnelles. Il s'agit du Comité national d'études constitué à l'initiative de Gaston Palewski[28]. Il est chargé de réunir la documentation concernant les questions d'ordre administratif (réforme de l'État ; organisation du gouvernement ; Union française ; administrations centrales ; administrations locales, etc.) ; d'ordre économique et financier ; d'ordre social ; d'ordre international » et de formuler des propositions concrètes. Ce « véritable *brain trust* du RPF[29] » comprend cinq membres permanents, Gaston Palewski, Georges Pompidou, Michel Debré, André Diethelm et Louis Vallon. C'est Michel Debré qui est plus spécialement chargé des questions constitutionnelles et électorales.

Dans les débats constitutionnels au sein du RPF entre 1947 et 1955, conditionnés pour partie à l'évolution de la situation politique, René Capitant demeure « l'avocat du parlementarisme » qu'il était avant-guerre tout en devenant « l'apôtre de la dé-

---

[24] J-M. DENQUIN, « Gaullisme et décentralisation », in C. BOUTIN et F. ROUVILLOIS (dir), *Décentraliser en France, idéologies, histoire et prospective*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2003, p. 240.

[25] Composé initialement de cent-quarante membres, issus principalement des groupements départementaux et des groupements professionnels, le conseil national du RPF est chargé d'élaborer la politique générale et à long terme du mouvement. Des commissions spécialisées préparent les travaux du conseil avant sa session. Leur rôle est majeur. « En séance plénière les conseillers nationaux qui entendent les rapports (issus des commissions) sont des auditeurs plutôt passifs, sans possibilités réelles d'intervention » (Chr. PURTSCHET, « L'organisation nationale, les rouages du RPF », in Fondation Charles de Gaulle et Université de Bordeaux III, De Gaulle et le R.P.F. (1947-1955), Paris, Armand Colin, 1998, p. 73.

[26] Composées, comme le conseil national, de membres émanant des organisations départementales et professionnelles du RPF, les assises nationales sont chargées d'exprimer l'orientation générale du mouvement. Comme au conseil national, le travail aux assises se réalise principalement au sein de leurs commissions. Il revient aux assises d'adopter des motions exprimant les idées essentielles du Rassemblement.

[27] Il n'y a pas eu de rapport sur les questions constitutionnelles aux premières assises nationales du RPF de Marseille des 16–17 avril 1948. Et c'est Michel Debré qui était en charge du rapport sur ces questions aux assises de Nancy des 23–25 novembre 1951.

[28] Sur les motivations et les circonstances de la création de ce Comité national d'études, voir J. CHARLOT, *Le gaullisme d'opposition*, *op. cit.*, p. 150 *sqq.*

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

mocratie. Non qu'il juge qu'il y ait incompatibilité entre parlementarisme et démocratie, mais parce qu'il perçoit désormais que l'idéal démocratique dépasse la sphère du politique et l'ingénierie constitutionnelle[30] ».

I. « Instaurer un véritable régime parlementaire[31] »

Écartant résolument le modèle du « régime présidentiel[32] », c'est bien à « instaurer un véritable régime parlementaire » que René Capitant appelle dans son rapport sur la révision de la Constitution aux deuxièmes assises nationales du RPF à Lille, les 11–13 février 1949. Pour lui, c'est bien le régime parlementaire, « dans ses véritables principes gravement altérés par la Constitution de 1946 », qui convient à la France et à la République. Il ouvre son rapport par un éloge de

> la Constitution de 1875 [qui] a permis à la République de s'affermir et de durer pendant 65 ans. Elle a permis à la France de se redresser après la défaite de 1870, de fonder un vaste empire colonial et de gagner la première guerre mondiale avec l'aide de ses alliés.

Le révisionnisme constitutionnel de l'entre-deux-guerres est, ainsi, ramené à une entreprise de correction des défectuosités des institutions après 1919, quand

> il apparut vite à tous les esprits clairvoyants que nos institutions politiques avaient cessé de fonctionner de façon satisfaisante et que la troisième République était menacée d'une crise mortelle si elle ne savait réaliser à temps et avec l'énergie nécessaire de profondes réformes de structure.

Mais il ne s'agissait pas alors, selon Capitant, à travers ces « tentatives de réforme [qui] se heurtèrent à la force d'inertie du régime », de mettre en cause l'ensemble de l'édifice de 1875. Faute d'avoir conduit la révision indispensable des institutions,

> la guerre mondiale ne fut ni prévenue, ni préparée. La nation incertaine se divisa profondément. L'ennemi profita de ces fautes pour manœuvrer sur le plan diplomatique, pour nous surprendre sur le plan militaire et pour préparer notre écroulement politique par le travail de sape de sa cinquième colonne. Ainsi, fut rendu possible le vote du 10 juillet 1940, qui marque, non point la défaite de la France, mais l'abdication de la Troisième République.

Cette relecture succincte de l'histoire constitutionnelle de la IIIe République, le lien établi avec le révisionnisme « libéral et conservateur » des années 1930[33], per-

---

[30] G. Connac, « René Capitant et le référendum », in *Rebâtir la République, Colloque d'Épinal des 27 et 28 septembre 1996*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 206.

[31] Archives de la Fondation Charles de Gaulle, R. Capitant, *Rapport sur la révision de la Constitution*, présenté aux Assises nationales du RPF à Lille, les 11–13 février 1949, p. 1. Archives de la Fondation Charles de Gaulle. Carton 214. Les rapports du conseil national présentés aux assises du RPF ont d'abord été présentés au conseil national. Tel est le cas, par exemple, pour ce rapport de René Capitant discuté au conseil national de Levallois-Perret des 27 septembre–2 octobre 1948. Pour plus de commodités, on ne citera que les rapports présentés aux assises.

[32] *Ibid.*, p. 2, ainsi que pour les citations qui suivent.

[33] Sans que soient cités ici ses principaux promoteurs : Tardieu, Doumergue, voire Reynaud. Sur ce révisionnisme de l'entre-deux-guerres, voir la synthèse très éclairante de G. Le Béguec, « La réforme de l'État sous la IIIe République », in *Rebâtir la République*, *op. cit.*, p. 21 *sqq.*

mettent, ainsi, à Capitant de conférer une légitimité républicaine et quasi-historique au révisionnisme du RPF[34], sans doute pour écarter l'accusation portée par Léon Blum notamment d'une « analogie réelle et profonde[35] » entre les mouvements boulangistes et gaulliste[36].

En 1949, le député de la Seine, « restaurer le régime parlementaire, c'est essentiellement : – Assurer l'existence d'un majorité stable et homogène au sein de l'Assemblée Nationale ; – Organiser la séparation des pouvoirs[37] ». Sur le premier objectif, Capitant en revient très largement aux idées défendues en 1934, dans *La réforme du parlementarisme*. Sur le second, au contraire sa pensée constitutionnelle connaît de profondes évolutions par rapport au « premier Capitant[38] ».

A. Des remèdes hérités du « premier » Capitant

En 1934, Capitant avait préconisé d'appuyer l'entreprise de modernisation du parlementarisme de la IIIe République sur le scrutin majoritaire pour l'élection des députés et la dissolution. En 1947, sur ces deux points, la réflexion initiale du R.P.F, est encore en construction. Le discours de Bayeux n'abordait pas, en effet, la question de la loi électorale et restait assez sibyllin sur les mécanismes constitutionnels du recours à la dissolution.

En 1945, pour des raisons d'opportunité politique, le général de Gaulle avait contraint René Capitant et Michel Debré, partisans du scrutin majoritaire, à rédiger l'ordonnance du 17 août 1945 relative au régime électoral applicable aux élections générales de 1945 en prévoyant le recours au scrutin départemental à un tour, avec représentation proportionnelle[39] pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale constituante[40]. À l'inverse, très tôt, le RPF allait, sous l'influence de Capitant, défendre le principe du scrutin majoritaire, aussi bien pour des raisons fonctionnelles que du point de vue démocratique.

---

[34] On retrouve une construction analogue dans le discours du général de Gaulle place de la République, le 4 septembre 1958, qui s'ouvre sur le même éloge de l'œuvre de la IIIe République puis un renvoi à l'échec du réformisme constitutionnel de l'entre-deux-guerres et de ses conséquences. Toutefois, le fondateur de la Ve République ne se prive pas, pour sa part, de faire remonter les « vices de fonctionnement du régime » à l'« époque assez statique » d'avant 1914.

[35] L. BLUM, « Boulangisme et gaullisme », *Le Populaire*, 16–17 novembre 1947.

[36] Voir V. LE GRAND, *Léon Blum (1872–1950). Gouverner la République*, Paris, LGDJ, 2008, p. 172.

[37] R. CAPITANT, Rapport sur la révision de la Constitution *op. cit.*, p. 2.

[38] Voir tout particulièrement O. BEAUD, « Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant (1928–1940) », *Droits*, nº 35, 2002, p. 163-193 et O. BEAUD, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », in C-M. PIMENTEL (dir), *Les Juristes face au politique, le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Paris, Éd. Kimé, 2003, p. 147 à 192.

[39] Selon le témoignage de François Luchaire au colloque organisé le 15 juin 1990 à Bayeux : « En 1945, Capitant est arrivé au Conseil des ministres avec un projet qui comportait le scrutin uninominal d'arrondissement. Le général de Gaulle n'était pas très heureux et dit : "on verra cela la semaine prochaine". Et à la réunion suivante, Capitant est arrivé avec un projet qui portait sur la proportionnelle. Ceci confirme l'interprétation de Léo Hamon et l'influence non pas de Capitant sur le général de Gaulle, mais de de Gaulle sur Capitant ! » (F. DECAUMONT (dir), *Le discours de Bayeux, hier et aujourd'hui, Bayeux, 15 juin 1990*, Paris, Economica, 1990, p. 53.

[40] Voir aussi A. LAQUIÈZE, « De Gaulle et la faillite de la IIIe République : les racine du projet de Constituante », in *Aux racines de la Constitution de la Ve République*, *op. cit.*, p. 61-62.

René Capitant considère que le régime parlementaire « ne peut fonctionner de façon satisfaisante sans une majorité parlementaire homogène et stable[41] ». Il importe, donc, d'en revenir à ce mode de scrutin, qui, « seul », « permet à une majorité électorale de se dégager et d'être représentée par une majorité parlementaire conforme à la volonté des électeurs ». Plus largement, c'est aussi un primat démocratique qui, aux yeux de Capitant, impose le recours au scrutin majoritaire. Pour lui, la représentation proportionnelle « empêche *a fortiori* la majorité électorale de désigner directement la majorité parlementaire. Elle remplace l'élection par un plébiscite au profit des partis et abandonne aux accords arbitraires et incontrôlés de ceux-ci, le soin de former et de défaire des majorités parlementaires de rechange. Ainsi, elle substitue fatalement à la démocratie cette féodalité de partis dont la France fait actuellement l'expérience ». On le constate, « bien avant Maurice Duverger, [René Capitant] a mis en relation système politique, système des partis et systèmes électoraux[42] ». Convaincu de l'importance jouée par la loi électorale dans le fonctionnement des institutions[43], il réclame, même, comme Gambetta en 1881, de l'« inscrire ce principe dans la constitution elle-même afin qu'il s'impose aux futures lois électorales ».

Toutefois, à la fin des années 1940, les modalités de l'application du scrutin majoritaire restent encore en débat au sein du RPF. En 1934, Capitant avait défendu le principe d'un scrutin majoritaire uninominal à deux tours, garantissant « un meilleur contrôle de l'électeur sur l'élu[44] » et ayant « l'avantage de permettre une meilleure élection des élus[45] ». En avril 1946, lors de la discussion d'une proposition de loi de Jacques Bardoux relative à l'élection des députés, il soutient, sans succès, un amendement visant à établir le scrutin uninominal majoritaire à un tour. Les effets attendus du recours au scrutin majoritaire, ont changé. Capitant souligne que ce mode de scrutin permettrait de « réduire le nombre des partis à deux […] un grand parti de gauche et un grand parti de droite, qui alterneraient au pouvoir suivant le verdict du suffrage universel, [permettant] de réaliser vraiment le régime parlementaire[46] ». À Lille, en 1949, il ne tranche pas véritablement entre scrutin à un ou deux tours, ni même entre scrutin de liste ou uninominal, en ne retenant que le seul

---

[41] R. CAPITANT, *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 2, ainsi que pour les citations qui suivent.

[42] O. BEAUD, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », art. cité, p. 172.

[43] Il l'avait rappelé, pendant les débats de la première Assemblée nationale constituante, dans un article « Le mode de scrutin et la Constitution », publié dans *Combat–Alger* le 16 mars 1946 : « Rien n'a plus d'influence sur le jeu d'une constitution démocratique que le choix du mode de scrutin. Ceux qui ne jugent des régimes politiques que par les textes constitutionnels mesurent mal l'importance de ce problème. Mais ceux qui cherchent dans la réalité politique les véritables ressorts des constitutions savent que le fonctionnement de la démocratie dépend étroitement du mode de scrutin. C'est le mode de scrutin qui détermine dans une large mesure le nombre et la structure des partis politiques. Et c'est le nombre et la nature des partis qui déterminent à leur tour le fonctionnement de la démocratie » (repris in J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 131).

[44] R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, Paris, Sirey, 1934, repris in R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 338.

[45] *Ibid.*

[46] JO Assemblée nationale constituante, 1re séance du 2 avril 1946, p. 1358.

principe de « l'élection de l'Assemblée nationale au scrutin majoritaire ». La question semble rester pendante au sein du RPF Michel Debré, dans une note d'octobre 1947[47] au Comité national d'études, avait préconisé un scrutin majoritaire de liste à un tour.

Le débat semble avoir été tranché par la suite, puisqu'en 1951, aux quatrièmes assises nationales de Nancy des 23–25 novembre, Michel Debré, dans le rapport sur la révision constitutionnelle et la réforme de l'État, tout en soulignant l'intérêt du scrutin majoritaire de liste, celui « adopté en 1848 et en 1871, préconisé par Gambetta et par Jules Ferry », reconnaît qu'en « l'état actuel de l'opinion nationale, [le] retour au scrutin majoritaire suppose le retour au procédé traditionnel des deux tours[48] » dans le cadre d'un scrutin uninominal et de circonscriptions redécoupées par rapport à celles d'avant-guerre. Conséquence toutefois de cette prise de position forte du RPF, intervenue sous l'influence de René Capitant, la grande formation située sur le flanc droit de l'échiquier politique défend, désormais, le scrutin majoritaire, pourtant combattu par les droites, par Tardieu et Reynaud[49] avant la guerre. Par la suite, jusqu'à ce jour, toutes les formations néo-gaullistes ont toujours défendu le principe du scrutin majoritaire pour élire les députés sous la V^e^ République.

Le rétablissement effectif du droit de dissolution est l'autre principal remède grâce auquel René Capitant entendait moderniser le régime parlementaire à la fin de la III^e^ République. En 1949, il met l'accent, plus que jamais, sur l'importance de ce mécanisme, en préconisant de « libérer l'exercice du droit de dissolution des entraves et des restrictions qui lui ont été imposées par la Constitution de 1946[50] ». Pour lui, la combinaison du scrutin majoritaire et du droit de dissolution doit permettre « à la majorité électorale d'élire une majorité parlementaire à son image », puis, de « garantir que la majorité parlementaire reste, après son élection, en harmonie avec la majorité électorale[51] ». Cette vision mécaniste du scrutin majoritaire est renforcée par une conception démocratique de la dissolution en tant que forme majeure d'expression de la souveraineté populaire :

> Le système d'après lequel l'Assemblée élue au suffrage universel est souveraine pendant tout le cours de la législature et ne doit pas de compte au pays avant le terme de son mandant est une forme étroite et périmée du régime représentatif. Il faut, au contraire, affirmer que l'Assemblée est responsable devant le corps électoral, comme le Gouvernement devant l'Assemblée. La majorité parlementaire dépend de la confiance populaire comme le Gouvernement dépend de la confiance parlementaire. Ce double degré de responsabilité est la condition de la souveraineté populaire, et par conséquent de la démocratie.

---

[47] Archives de la Fondation Charles de Gaulle. Carton 310.

[48] C'était déjà la position défendue par René Capitant à la tribune de l'Assemblée nationale, le 7 mai 1951, au cours de la discussion de la réforme de la loi électorale sur les apparentements (M. DEBRÉ, *Motion sur la réforme de l'État et la révision constitutionnelle aux troisièmes assises nationales du RPF à Nancy 23-25 novembre 1951*, reproduit in J-L. DEBRÉ, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2015, p. 438).

[49] Voir la critique que leur adresse sur ce point R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, *op. cit.*, p. 335.

[50] R. CAPITANT, *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 2.

[51] *Ibid.*

Pendant les premières années du RPF, la question du titulaire du droit de dissolution et des mécanismes de son déclenchement avait semblé rester en débat. Pour Capitant, avant-guerre, la dissolution qu'il défendait, était dans son essence une dissolution ministérielle, une dissolution gouvernementale[52]. Tout change après le discours de Bayeux. Dans son projet de *Constitution fédérale*, Capitant préconise, désormais, que ce soit le Président de la République qui puisse « dissoudre chacune des deux assemblées » et, ainsi

> faire appel à l'arbitrage du suffrage universel, soit pour résoudre un conflit permanent entre les deux Assemblées, soit pour trancher un conflit entre le gouvernement et elles. La dissolution est, de ce dernier point de vue, le corollaire indispensable de la motion de censure[53].

Dans son rapport de 1949, René Capitant va se faire plus précis sur les modalités de déclenchement de la dissolution. Il conditionne celle-ci à la mise en minorité du gouvernement par l'Assemblée nationale et à ce que le gouvernement propose « au Président de la République un décret de dissolution de l'Assemblée, destiné à provoquer de nouvelles élections qui trancheront souverainement[54] ». Toutefois, pour Capitant, l'exercice même du droit de dissolution doit être à la discrétion du Président de la République. Ce dernier

> doit rester libre d'accorder ou de refuser sa signature au décret de dissolution et d'apprécier ainsi si la gravité du conflit entre le Gouvernement et l'Assemblée, d'une part, l'état de l'opinion publique, d'autre part, légitime le recours à une procédure qui doit rester malgré tout exceptionnelle.

De pleinement gouvernementale avant-guerre, la dissolution devient, en partie, pour Capitant, une prérogative présidentielle, conditionnée, sans doute pour rassurer d'éventuels futurs alliés du RPF[55].

La réflexion de Michel Debré en ce domaine a suivi le même cheminement. En octobre 1947, dans sa note au comité national d'études, il avait proposé que la dissolution soit placée entre les mains du gouvernement[56]. En définitive, son projet de révision constitutionnelle établi en juin 1948[57] confie l'exercice du droit de dissolution au Président de la République. Ce dernier pourrait y recourir au cas où le gouvernement aurait fait l'objet d'une motion de censure ou au cas où l'Assemblée refuse la confiance au gouvernement. Ensuite, en dehors de ces deux situations, le président de la République ne pourrait prononcer la dissolution qu'après avis du Conseil politique[58] et du Conseil de la République[59].

---

[52] R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, *op. cit.*, p. 331.

[53] R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 313.

[54] R. CAPITANT, *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 2, ainsi que pour les citations qui suivent.

[55] Il n'y aura plus de changement, par la suite, en la matière dans la doctrine du RPF.

[56] Comme il l'avait déjà préconisé dans un avant-projet de constitution en janvier 1946, texte reproduit in J-L. DEBRÉ, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, *op. cit.*, p. 403 *sqq.*

[57] *Ibid.*, p. 421 *sqq.*

[58] Le Conseil politique imaginé par Michel Debré devait compter « cent soixante-quinze membres élus par les départements et les communes »

[59] Celui-ci devait regrouper le Conseil politique, le Conseil Économique et Social ainsi que plusieurs Conseils d'Outre-mer.

Nul doute que l'inscription du droit de dissolution parmi les prérogatives du chef de l'État, retenue dans la doctrine constitutionnelle du RPF, corresponde bien à une conception personnelle et même ancienne[60] du général de Gaulle. Pour ce qui concerne René Capitant, elle renvoie, plus largement, à une évolution de sa pensée constitutionnelle quant au rôle du le président de la République au sein d'un régime parlementaire.

B. Les apports du « second » Capitant sur la séparation et l'organisation des pouvoirs exécutif et législatif

Au-delà des solutions préconisées en 1934, d'autres remèdes apparaissent désormais nécessaires aux yeux de Capitant afin d'« instaurer un véritable régime parlementaire ». Ils consistent à « organiser la séparation des pouvoirs[61] ».

Le rapport de René Capitant à cette notion de la séparation des pouvoirs a assez nettement évolué entre l'avant et l'après-guerre. Au début des années 1930, en bâtissant sa théorie du parlementarisme[62], il avait « découpl[é] les notions de régime et de séparation des pouvoirs[63] », en soulignant que le lien entre elles était d'abord « d'ordre historique, et non pas conceptuel[64] ». La vieille notion de la séparation des pouvoirs « fondée sur l'idée de deux pouvoirs qui s'opposent et se font équilibre[65] », était, désormais, dépassée, par l'évolution du parlementarisme vers un régime de *fusion des pouvoirs* exécutif et législatif réunis au sein d'« un pouvoir gouvernemental[66] », à l'instar de celle du parlementarisme britannique.

À la première Assemblée nationale constituante, en 1946[67], René Capitant dégagea l'enjeu principal du débat constituant comme étant l'opposition entre « deux conceptions de la constitution » qui « correspondent à deux notions distinctes de la démocratie[68] ». La première était une « conception absolutiste de la démocratie » dans laquelle doit s'imposer, sans limite, la « volonté de la majorité ». Dans cette

---

[60] Selon René Cassin, le général de Gaulle l'avait particulièrement interrogé pendant la guerre, sur le régime politique américain : « À l'égard de ce pays il était partagé entre l'étonnement et l'envie […] il semblait extrêmement séduit par la conception américaine du gouvernement présidentiel […] La question des conflits éventuels avec les Chambres ne l'intéressait pas moins : il ne trouvait pas satisfaisant que le Président, s'il était républicain, subisse la contrainte de gouverner avec un Sénat en majorité démocrate ou inversement. Il fut manifestement très étonné lorsqu'il apprit que le Président n'avait pas le pouvoir de dissoudre la Chambre des représentants » (R. CASSIN, *Ces hommes partis de rien*, Paris, Plon, 1975, p. 132-133).

[61] R. CAPITANT, *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 2.

[62] Voir R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, *op. cit.*, et particulièrement « Régimes parlementaires », p. 305-324 et « La réforme du parlementarisme », p. 305-342.

[63] O. BEAUD, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », art. cité, p. 153.

[64] *Ibid.*

[65] R. CAPITANT, « régimes parlementaires », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, reproduit dans R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 305

[66] R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, *op. cit.*, p. 327

[67] Voir notamment B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, 2020, p. 106-108.

[68] JO Assemblée nationale constituante, 2e séance du 10 avril 1946, p. 1666, ainsi que pour les citations qui suivent.

hypothèse, le « problème constitutionnel » se réduirait « uniquement à organiser cette volonté, à lui donner les moyens de s'exprimer et de prévaloir ». En effet,

> qu'y a-t-il de plus alors, et quelle meilleure méthode concevoir que celle qui consiste à permettre au peuple d'élire des représentants, c'est-à-dire une assemblée et de donner ensuite tous pouvoirs à la majorité de cette assemblée ? C'est la monarchie absolue de l'Assemblée.

L'autre conception, défendue par Capitant, était celle de la « démocratie constitutionnelle », celle qui « tend, au contraire, à inclure cette assemblée dans un véritable système constitutionnel, lui apportant à la fois le contrepoids d'une Seconde Chambre et le complément de la séparation des pouvoirs ».

Après ces premiers débats constituants, la notion de séparation des pouvoirs revient en leitmotiv dans les principaux textes publiés par Capitant après le premier référendum constituant du 5 mai 1946. Ainsi, dans son projet de *Constitution fédérale*, précise-t-il sa propre définition de la séparation des pouvoirs :

> Quant à moi, je suis tout simplement et bonnement de l'avis que le principe de la séparation des pouvoirs n'a rien perdu ni de sa clarté, ni de sa valeur – si toutefois l'on veut bien se garder des sophismes. La séparation des pouvoirs tel que Montesquieu – et tout aussi bien Jean-Jacques Rousseau – l'ont défini, signifie qu'il faut confier à des organes distincts l'exercice des différents pouvoirs de l'État. En d'autres termes, il faut, dans un État bien organisé, d'une part, un législateur qui ait le pouvoir de faire les lois, d'autre part, un gouvernement qui ait le pouvoir de gouverner, et enfin que des juges qui aient le pouvoir de juger. Il faut que ces trois organes investis chacun d'un des trois pouvoirs de l'État, soient essentiellement distincts et indépendants les uns des autres[69].

En 1949, dans son rapport aux assises de Lille, René Capitant inscrit cette notion de la séparation des pouvoirs au premier rang des remèdes destinés à « instaurer un véritable régime parlementaire ». Cela lui permet de rattacher le combat du RPF au constitutionnalisme révolutionnaire et républicain :

> L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 affirme qu'une société n'a point de constitution si la séparation des pouvoirs n'y est pas déterminée. Ce principe du droit public moderne reste intégralement valable à notre époque et doit donc être appliqué au régime parlementaire comme à tout autre forme de démocratie. Il est donc nécessaire de réviser la constitution de 1946 dans toute la mesure où celle-ci s'en écarte pour imposer un gouvernement d'assemblée[70].

Il s'agit, en suivant le principe de la séparation des pouvoirs, d'organiser les deux pouvoirs, pouvoirs exécutif et législatif, et les rapports entre eux.

Organisation du pouvoir exécutif d'abord : Renforcer l'exécutif, c'est avant tout restaurer la fonction présidentielle pour soustraire l'élection du chef de l'État de l'influence directe des parlementaires et, plus largement, le gouvernement de l'emprise des députés.

La conception de la fonction présidentielle, défendue par Capitant à partir de 1946, tranche avec ses idées d'avant-guerre. Il avait alors qualifié le président de la IIIe République de « rouage accessoire de notre parlementarisme », mais de

---

[69] R. Capitant, « Pour une Constitution fédérale », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 308-309.

[70] R. Capitant, *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 3.

« rouage nécessaire[71] ». Soulignant que « le Président de la République n'est plus le chef du pouvoir exécutif », il lui reconnaissait, cependant, un « rôle triple » : celui d'« accoucheur du Parlement » en cas de crise ministérielle, de « conseil du gouvernement » et de titulaire du droit de grâce[72].

C'est à la fin du printemps 1946, après le discours de Bayeux, que la réflexion de Capitant sur le rôle et les prérogatives du chef de l'État dans le régime parlementaire français allait évoluer en profondeur. Le projet de *Constitution fédérale* promeut, nettement, un modèle parlementaire dualiste[73]. Cette *Constitution fédérale* aura pour objet, tout particulièrement, d'assurer la séparation des pouvoirs. Le pouvoir exécutif ne devra pas y « appartenir aux assemblées législatives, mais au Président de la République. Celui-ci doit être, par conséquent, le chef du pouvoir exécutif[74] ». Au rang des « règles essentielles du régime parlementaire à base de séparation des pouvoirs » qu'il préconise, René Capitant fait figurer la règle selon laquelle « le Président de la République nomme et révoque les ministres[75]. C'est une compétence nécessaire de sa qualité de chef du pouvoir exécutif ». Dans le système envisagé, « le Président de la République peut dissoudre chacune des deux assemblées ». Il doit « pouvoir faire appel à l'arbitrage du suffrage universel, soit pour résoudre un conflit permanent entre les deux assemblées, soit pour trancher un conflit entre le gouvernement et elles[76] ».

Au premier abord, les positions de René Capitant à Lille en 1949 semblaient se situer en-deca du *logiciel* dualiste de 1946. Il met avant tout l'accent sur les prérogatives dévolues au président de la République pour soustraire le gouvernement à l'emprise de l'Assemblée, en indiquant qu'« il importe, surtout, de revenir au parlementarisme pur », en supprimant le système de l'investiture du président du Conseil par les députés ». Dès lors, « les ministres, bien que responsables devant l'Assemblée, doivent être nommés par un pouvoir distinct de celle-ci, qui ne peut être que le Président de la République, chef du pouvoir exécutif[77] ». Et surtout, Capitant souligne bien que « le Président de la République lui-même ne doit pas être l'élu du Parlement. La séparation des pouvoirs exige que les modalités de son élection le rendent nettement indépendant du pouvoir législatif ». Pour autant, Capitant écarte clairement de recourir à l'élection du chef de l'État au suffrage universel, « solution plébiscitaire dont notre histoire politique a révélé le danger ». Ce qu'il réclame, c'est l'élargissement du collège présidentiel, rendu d'autant plus nécessaire que le Président de la République doit être en même temps le représentant de l'Union française. Il encourage à le faire élire comme le « Sénat fédéral » dont il

---

[71] R. Capitant, *La réforme du parlementarisme*, *op. cit.*, p. 333.

[72] *Ibid.*, p. 333-334. Voir aussi, particulièrement, R. Capitant, « La crise et la réforme du parlementarisme en France », *Chronique constitutionnelle française (1931-1936)*, *Jahrbuch der öffendlichen Rechts des Gegenwart*, Tübingen, 1936, repris dans R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 347.

[73] En 1936, Capitant avait écrit que « les deux prérogatives essentielles du chef de l'État, en régime dualiste, sont la révocation des ministres et le droit de dissolution » (*ibid*, p. 348).

[74] R. Capitant, « Pour une Constitution fédérale », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 310.

[75] Des ministres qui ne pourront cumuler la qualité de membre du gouvernement et de membre d'une Assemblée législative.

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

[77] R. Capitant, *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 3.

préconise la mise en place et qui serait composé de membres élus pour moitié par la Métropole, et pour moitié par les territoires d'Outre-mer ».

Dans le même temps, René Capitant ne reprend pas expressément l'idée, défendue en 1946, que le Président de la République puisse révoquer les ministres. Le droit pour le chef de l'État de dissoudre l'Assemblée nationale est, aussi, clairement conditionné, en 1949, à la survenance d'une crise ministérielle. Capitant n'évoque pas d'autre motif de dissolution, à la décision du président de la République. Relevons également, comme on le verra plus loin que René Capitant ne fait pas, non plus, intervenir le président de la République dans la procédure du référendum. Par conséquent, le président de la République imaginé par René Capitant en 1949, n'est pas encore le président d'un régime parlementaire inspiré du « dualisme démocratique[78] » weimarien[79], même s'il n'est déjà plus le président *agent* de la IIIe République. Ce président n'est pas élu au suffrage universel et ne peut solliciter, lui-même, la décision du peuple souverain par la voie du référendum. À ce stade de la réflexion de René Capitant, il reste encore un objet constitutionnel mal identifié, peut-être par tactique politique. Toutefois, il est difficile d'imaginer que ce dernier si attentif à l'expression d'une « personnalisation du pouvoir[80] », à une certaine forme de « leadership politique[81] », entende cantonner le général de Gaulle à cette magistrature présidentielle encore incomplètement fixée.

Organisation du pouvoir législatif ensuite : Réorganiser le pouvoir législatif, ce doit être d'abord définir précisément les compétences de l'Assemblée nationale et, ensuite, rénover en profondeur le bicamérisme, afin d'asseoir le rôle essentiel que doit jouer la seconde Chambre.

Au nom du principe de la séparation des pouvoirs toujours, René Capitant réclame dans son rapport aux assises de 1949, « que soit défini le domaine propre » du pouvoir législatif[82] ». C'est l'actualité immédiate[83] qui motive cette proposition

---

[78] Voir O. Beaud, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », art. cité, p. 158.

[79] Sur le régime de Weimar, voir Ph. Lauvaux, *Destins du présidentialisme*, Paris, puf, 2002, p. 11-14 et A. Le Divellec, « Parlementarisme dualiste : entre Weimar et Bayeux », *RFDC*, 1994, p. 749-758.

[80] O. Beaud, « Préface », in R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres de René Capitant*, *op. cit.*, p. 52.

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

[82] R. Capitant, *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 3.

[83] Il s'agit du débat sur la définition du domaine de la loi et du domaine du règlement ouvert à l'occasion de la discussion de la future loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier, dite loi « André Marie ». Ce texte institue à son article 6, la notion de « matières ayant par leur nature un caractère réglementaire » et autorise le gouvernement, sans limitation dans le temps, à intervenir par décret pris en conseil des ministres, après avis du Conseil d'État et sur rapport du ministre des finances et des ministres intéressés, pour « abroger, modifier ou remplacer les dispositions en vigueur » dans des « matières, ayant par leur nature, un caractère réglementaire ». En séance, René Capitant était longuement intervenu pour s'opposer à la solution finalement retenue (voir JO Débats Assemblée nationale, séance du 9 août 1948, p. 5566 *sqq.*).

de mieux distinguer les compétences de chacun des pouvoirs en matière de législation. Pour Capitant[84],

> le problème de cette délimitation, posé récemment devant le Parlement à l'occasion du projet de loi étendant le pouvoir réglementaire du gouvernement, a reçu alors une solution mauvaise consistant à rendre normale et permanente la pratique des décrets-lois qui avaient jusqu'alors toujours revêtu un caractère exceptionnel et avait d'ailleurs été solennellement condamné par la Constitution de 1946. Cette solution doit être rejetée, mais le problème demeure. On ne peut le résoudre qu'en restaurant le vieux principe tutélaire de la généralité de la loi[85].

Et Capitant de faire référence à Jean-Jacques Rousseau et à Montesquieu, qui avaient, en leur temps, « affirmé la nécessité pour la loi d'être générale. Et, en effet, seule la loi générale est juste. C'est dans la généralité de la loi que la minorité trouve sa véritable protection ». Or, pour Capitant, « les lois sont de plus en plus fréquemment des lois de circonstance ou des lois d'exception. On légifère de façon distincte et discriminatoire pour chaque catégorie de citoyens ». Il préconise donc d'imposer au Parlement « *l'obligation constitutionnelle* de ne faire que des lois générales », en renvoyant « l'application de ces lois générales aux situations concrètes – soit par mesures individuelles, soit par mesures réglementaires – définissant les mesures d'application » à la « compétence propre du pouvoir exécutif » et la fixation des « règles particulières, applicables à une fraction de citoyens seulement », à la compétence exclusive des « Assemblées ou les organes décentralisées[86] ». René Capitant y reviendra, dans des termes similaires, aux assises de Paris en 1950[87] et en 1952[88].

Organiser le pouvoir législatif, c'est aussi, pour René Capitant, rénover en profondeur le bicamérisme.

Avant-guerre, René Capitant n'avait pas proposé de modification substantielle immédiate des prérogatives du Sénat[89]. Soucieux d'associer les forces économiques et sociales à la prise de décision politique[90], il recommandait, toutefois, que le gouvernement s'entoure

> de grands conseils qui guideront et prépareront son activité législative : *Conseil d'État et Conseil national économique* élargi. C'est au sein de ce dernier que pourra se réaliser ce principe de représentation des intérêts et des compétences que tant d'auteurs, tant de syndicalistes, tant de corporativistes cherchent à substituer au principe démocratique. C'est au Conseil économique qu'il conviendra

---

[84] Voir tout particulièrement B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République*, *op. cit.*, p. 204-206 et p. 212-215.

[85] R. CAPITANT, *Rapport sur la révision de la Constitution, op. cit.*, p. 3, ainsi que pour les citations qui suivent.

[86] Voir *infra*.

[87] Rapport de René Capitant : Rapport sur les assemblées législatives, présenté aux Assises nationales du R.P.F. à Paris, les 23-25 juin 1950, p. 1. Archives de la Fondation Charles de Gaulle. Carton 236.

[88] R. CAPITANT, *Rapport sur le changement de régime*, présenté aux assises nationales du RPF à Paris, les 9-11 novembre 1952, repris dans R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 331.

[89] Voir R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, *op. cit.*, p. 340-341.

[90] En 1930, le ministère Tardieu fut le premier gouvernement à saisir, pour avis sur son projet de loi sur l'outillage national, le Conseil National Économique, institué en 1925.

> de représenter les intérêts devant l'État, parce qu'il n'aura qu'un rôle consultatif[91].

Pendant la période du RPF, la réflexion de René Capitant sur la composition et les prérogatives de la seconde Chambre est, là-encore, en construction. Dans son projet de *Constitution fédérale*, en 1946, il avait été assez loin sur la rénovation du bicamérisme, considérant que la deuxième Chambre devait être

> l'expression des grandes forces économiques et sociales qui prennent à notre époque une importance croissante dans la vie nationale : organisations représentatives des différentes catégories de producteurs, collectivités municipales et départementales, associations familiales, enfin, universités et – plus largement – groupement des intellectuels, des écrivains, des artistes, des chercheurs scientifiques surtout, dont le concours est si nécessaire au redressement moral et économique de la France[92].

Cette seconde Chambre participerait directement à la législation et devait pouvoir, en cas de conflit avec la première chambre, faire appel au suffrage populaire – c'est-à-dire pouvoir soit arrêter les lois jusqu'aux prochaines élections, soit provoquer un référendum dans des conditions qui restent à fixer [93].

À Lille, en 1949, René Capitant temporise quelque peu, en particulier sur l'introduction d'une représentation socio-professionnelle au sein de la seconde chambre, faute, selon lui, de procédures démocratiques adéquates pour la désigner. Cette assemblée devra avoir pour mission de « représenter les collectivités décentralisées », c'est-à-dire les collectivités communales et départementales. Mais il n'est pas question d'y introduire « des représentants des forces économiques, sociales, familiales et intellectuelles », en réalisant ainsi « la fusion du Conseil de la République et du Conseil économique ».

> Le seul fondement légitime de la seconde chambre est la représentation de collectivités autonomes. C'est donc à cette notion qu'il faut s'en tenir. C'est donc seulement dans la mesure où apparaîtront, à côté des collectivités locales, des collectivités économiques ou sociales décentralisées, investies de pouvoirs autonomes, dans la mesure également où elles se prêteront à une procédure d'élection démocratique, qu'il sera légitime de les représenter au Conseil de la République. Une telle évolution est souhaitable, nous l'avons dit. Mais elle n'est pas suffisamment accomplie pour que l'on puisse en tirer cette conséquence[94].

Par contre, Capitant réaffirme la nécessité que le Conseil de la République participe « à l'œuvre législative[95] » en particulier « pour y défendre l'autonomie des collectivités locales, qui est à la fois la contrepartie et la condition d'une bonne juste législation[96] ».

---

[91] R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, *op. cit.*, p. 340-341.

[92] R. CAPITANT, « Pour une Constitution fédérale », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 307.

[93] *Ibid.*

[94] R. CAPITANT, *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 4.

[95] On traitera plus loin le « droit d'appel du Conseil de la République » des textes adoptés par l'Assemblée nationale, devant le comité constitutionnel et devant le suffrage universel à travers le référendum.

[96] *Ibid.*

Aux troisièmes assises de Paris, en 1950, René Capitant préconise d'accroître significativement les pouvoirs du Conseil de la République[97]. En regrettant le rôle trop limité, jusque-là, exercé par le Conseil de la République, René Capitant réclame que les projets et propositions de loi soient d'abord discutés et votés par le Conseil de la République et ne viennent qu'ensuite devant l'Assemblée nationale, afin que « le dialogue entre les deux Chambres[98] » puisse s'amorcer dès le début de la procédure législative. Pour vivifier ce dialogue, il suggère aussi « que, pour chaque projet ou proposition, un rapporteur soit désigné dans le Conseil de la République, afin de défendre oralement son avis devant l'Assemblée nationale, en commission d'abord, en séance publique ensuite[99] ». En sus de la présence du « rapporteur sénatorial », il propose, parallèlement, pour mieux valoriser le travail en commission d'introduire en leur sein « un représentant du Gouvernement, lequel pourrait être le ministre lui-même, soit le sous-secrétaire d'État parlementaire, dont l'institution serait ainsi justifiée, soit un fonctionnaire les représentant ». Ce représentant du Gouvernement participerait directement aux travaux de la commission. René Capitant propose d'aller encore plus loin dans le renforcement des prérogatives de la seconde Chambre, en lui accordant « un certain droit d'opposition à un vote de l'Assemblée nationale ». Dès lors, pour surmonter l'opposition du Conseil, il faudrait « une majorité encore plus qualifiée – des deux tiers par exemple » à l'Assemblée nationale. Enfin, il préconise l'établissement d'une « procédure de conciliation, permettant à une Commission mixte de proposer un texte susceptible de faire l'accord des deux Assemblées ». Pour Capitant, de

> tels pouvoirs seraient suffisants pour permettre au Conseil de la République de jouer efficacement son rôle de défenseur des collectivités locales. Il ne serait donc ni nécessaire, ni opportun de rétablir cette Assemblée dans toutes les prérogatives de l'ancien Sénat.

Toujours aux assises de Paris, en 1950, René Capitant soulève, à nouveau, la question de la représentation économique et sociale du pays au sein du Parlement, en proposant, cette fois, des procédures démocratiques pour la désignation de cette représentation. Il s'agit d'assurer, au sein du Conseil Économique institué par l'article 25 de la Constitution de 1946[100], la représentation du « fédéralisme économique dont on a annoncé l'avènement il y a plus d'un demi-siècle[101] », la représentation de ce qu'il qualifie de « collectivités économiques autonomes ».

---

[97] Les gaullistes qui y détiennent une soixantaine de sièges après leurs succès aux élections municipales de 1947, y jouent un rôle plus important qu'à l'Assemblée nationale.

[98] R. CAPITANT, Rapport sur les assemblées législatives, *op. cit.*, p. 3.

[99] *Ibid.*, p. 4., ainsi que pour toutes les citations qui suivent.

[100] « Article 25. – Un Conseil économique, dont le statut est réglé par la loi, examine, pour avis, les projets et propositions de loi de sa compétence. Ces projets lui sont soumis par l'Assemblée nationale avant qu'elle n'en délibère. Le Conseil économique peut, en outre, être consulté par le Conseil des ministres. Il l'est obligatoirement sur l'établissement d'un plan économique national ayant pour objet le plein emploi des hommes et l'utilisation rationnelle des ressources matérielles. »

[101] *Ibid.*, p. 5, ainsi que pour les citations qui suivent.

À la base de ces collectivités économiques autonomes, il y a, selon Capitant, l'entreprise, conçue en tant que « communauté organisée par les Contrats d'association passés entre les différents éléments qui la composent[102] », en tant que « commune économique ». Les entreprises auraient elles-mêmes vocation à se grouper localement et nationalement en collectivités larges, que le législateur a, depuis assez longtemps déjà, commencé à organiser et auxquelles il a reconnu une certaine autonomie. Ce sont les Chambres de Commerce et d'Industrie, les Chambres d'Agriculture, les Chambres des Métiers et enfin, pour les professions libérales, les Ordres dont l'institution devrait être généralisés.

Afin d'élire au suffrage indirect le Conseil Économique, René Capitant propose d'organiser, à la base, l'élection de délégués dans les entreprises, représentant les chefs d'entreprise, les travailleurs, les apporteurs de capitaux. Ces délégués « primaires[103] » éliraient, à leur tour, les membres des chambres consulaires et des conseils ordinaux. Enfin, les membres élus des Chambres et des Ordres procéderaient à l'élection des membres du Conseil Économique. Ainsi, « une Assemblée élue de cette façon serait pleinement représentative et jouirait d'une autorité et d'une légitimité auxquelles ne peut prétendre le Conseil Économique de 1946 ». Après une telle réforme, « il serait souhaitable et possible d'élargir les pouvoirs de celui-ci ». René Capitant propose de donner à ce Conseil Économique refondé les mêmes prérogatives qu'au Conseil de la République, c'est-à-dire la discussion des projets et propositions de loi, préalablement à leur examen par l'Assemblée nationale, la désignation d'un rapporteur du Conseil Économique à l'Assemblée nationale et, même, un droit d'opposition aux textes votés à la majorité simple au Palais-Bourbon.

> Muni de ces pouvoirs, le Conseil Économique deviendrait, au même titre que le Conseil de la République, une assemblée législative. Pour bien marquer la parenté entre les deux assemblées et simplifier l'architecture du Parlement, il serait sans doute bon d'associer les deux Conseils, d'en faire les deux sections d'une même Assemblée. L'expression « Conseil de la République » pourrait, dès lors, désigner leur union, cependant qu'elles revêtiraient séparément les appellations de « Chambre économique » et de « Chambre des Communes ». Malgré cette association, elles continueraient à délibérer séparément les avis qu'elles sont chargées de donner, en revanche, elles exerceraient en commun leur droit d'opposition[104].

Le RPF s'est également penché sur la question, ancienne, d'une représentation politique de la famille. Ne souhaitant pas organiser celle-ci au niveau de l'Assemblée nationale, ni instituer une assemblée spéciale à cet effet, René Capitant propose d'introduire dans le collège des électeurs sénatoriaux, à hauteur d'un tiers, des

---

[102] Le RPF vient, en effet, de concrétiser des travaux de plusieurs années sur sa doctrine sociale à travers la présentation d'un « projet de loi » sur l'Association capital-travail le 15 mars 1950. Ce texte met en avant l'outil d'un contrat d'association passé au sein des entreprises. Voir P. GUIOL, « L'action ouvrière et l'association capital-travail dans la stratégie de conquête du pouvoir », in *De Gaulle et le RPF (1947–1955)*, *op. cit.*, p. 399-428.

[103] R. CAPITANT, *Rapport sur les assemblées législatives*, *op. cit.*, p. 6, ainsi que pour les citations qui suivent.

[104] *Ibid.*, p. 6-7.

délégués familiaux élus par des « électeurs primaires », les chefs de famille (père et mère)[105].

En définitive, les idées de René Capitant sur la réforme du régime parlementaire (scrutin majoritaire, droit de dissolution rétabli, séparation des pouvoirs, arbitrage national du président de la République, bicamérisme rénové), ont largement nourri la doctrine constitutionnelle du RPF. Elles ont, souvent, été reprises *in extenso* dans les motions adoptées par les assises nationales à Lille en 1949, et à Paris en 1950. L'accueil des instances du mouvement fut, toutefois, plus mitigé sur le deuxième grand axe des propositions constitutionnelles de Capitant, celles qui visaient à conduire à son aboutissement « une révolution démocratique », consistant à « proclamer la souveraineté populaire[106] » et à « édifier la démocratie politique[107] ».

II. « Édifier la démocratie politique »

L'échec des élections législatives du 17 juin 1951, échec politique pour le RPF et personnel pour René Capitant qui n'est pas élu député de l'Isère[108], après avoir décidé de changer de département d'élection, marqua une forte inflexion dans leur doctrine constitutionnelle. Jusque-là, Capitant avait mis l'accent sur une révision de la Constitution destinée à « instaurer un véritable régime parlementaire » et pouvant être engagée après la formation d'un nouveau gouvernement constitué autour du RPF. Après les élections de 1951, après que les partis de la Troisième force aient recouru à la technique des apparentements, immorale à ses yeux, celui qui préside maintenant le conseil national du RPF, trace, désormais, la perspective d'un « changement de régime[109] » provoqué par une « Révolution », immanquablement appelée à se produire « lorsqu'un régime a cessé d'être légitime, lorsque les principes sur lesquels il est fondé ont cessé d'être acceptés par le peuple[110] ».

Aux cinquièmes assises nationales du RPF, à Paris, les 9–11 novembre 1952, Capitant le proclame :

> notre but n'est pas de réviser la Constitution, ni même de réformer le régime, il est de le changer […]. C'est le principe du régime actuel que nous tenons pour mauvais. C'est lui que nous voulons abroger. C'est pourquoi ce que nous avons à accomplir n'est ni une réforme, ni un coup d'État, c'est une Révolution[111] […].

---

[105] *Ibid.*, p. 7-8.

[106] R. Capitant, *Rapport sur le changement de régime*, *op. cit.*, p. 331.

[107] *Ibid.*, p. 336.

[108] Alors que le RPF parvient quand même à faire élire 120 députés réunis dans un groupe au sein duquel René Capitant aurait pu jouer un rôle majeur au cours de cette deuxième législature de la IVe République.

[109] R. Capitant, *Rapport sur le changement de régime*, *op. cit.*, p. 326.

[110] Et René Capitant de citer les exemples de l'Ancien Régime à la veille de 1789 (*ibid*, p. 327).

[111] R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 327.

Ou, singulièrement, une « Révolution démocratique[112] », d'inspiration rousseauiste[113].

Après l'échec des législatives, René Capitant reprend son enseignement universitaire, et, cette fois, les passerelles entre son engagement au sein du RPF et sa propre réflexion philosophique vont incontestablement s'élargir, en particulier à travers cette inflexion rousseauiste que Capitant cherche à donner à la doctrine constitutionnelle du mouvement gaulliste. Si, dans ses interventions et ses écrits de l'immédiat après-guerre, il s'était régulièrement appuyé sur les théories du philosophe, c'est véritablement autour des années 1951–1952 que les réflexions du professeur[114] et du « théoricien constitutionnel du RPF » sur l'œuvre de Rousseau se confondent. Ainsi, le contenu du rapport sur « le changement de régime » présenté par René Capitant aux assises de Paris, en novembre 1952, résonne en écho avec celui de son cours *Principes du droit public* à la Faculté de droit à l'Université de Paris en 1951–1952[115] et 1952–1953[116], largement consacré à la pensée politique de celui que Capitant qualifie, au début de son cours de l'année 1952–1953 sur *les principes fondamentaux de la démocratie*, de « fondateur de la démocratie à l'époque moderne[117] ». Ainsi que le souligne bien Gérard Connac, la

> réflexion [de Capitant] sur la démocratie moderne est d'abord un effort de compréhension, d'approfondissement du *Contrat social*. Pour lui, Jean-Jacques Rousseau qu'il avait méconnu – et il le reconnaît injustement jugé – est bien le fondateur de la démocratie[118].

Pour faire aboutir cette « Révolution démocratique[119] », « dépasser le régime représentatif lui-même, et accéder à la démocratie véritable[120] », René Capitant promeut deux outils principaux : le référendum, « expression de la souveraineté populaire[121] » d'abord, le fédéralisme ensuite, décliné dans le champ politique, économique et social, et même, comme il le réclamait dès 1946 pour l'organisation de l'Union française.

---

[112] R. CAPITANT, *Rapport sur le changement de régime*, *op. cit.*, p. 331

[113] En sus de l'ordre politique, Capitant entend, également, changer l'ordre social, qui lui est lié, et développe dans son rapport un véritable réquisitoire contre le régime capitaliste auquel devra se substituer l'Association capital-travail (*ibid.*, p. 333-336).

[114] Sur la théorie démocratique, voir les pages remarquables de Benjamin Fargeaud sur « la démocratie « spiritualiste » de René Capitant » (B. Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République*, *op. cit.*, p. 332-339).

[115] Reproduit in R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, voir particulièrement « Rousseau fondateur de la démocratie moderne », p. 80-146.

[116] *Ibid.*, voir particulièrement « La définition politique de la démocratie selon Rousseau », p. 149-158.

[117] *Ibid.*, p. 149.

[118] G. CONNAC, « L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique », art. cité, p. 67. Voir aussi F. Rouvillois, *Les origines de la Ve République*, *op. cit.*, p. 58-60, qui souligne aussi ce que « la philosophie politique de René Capitant » doit à sa « méditation de l'œuvre de Rousseau ».

[119] R. CAPITANT, *Rapport sur le changement de régime*, *op. cit.*, p. 331.

[120] *Ibid.*, p. 330.

[121] *Ibid.*, p. 332.

A. Le référendum, instrument privilégié de la souveraineté populaire

Alors que le discours de Bayeux n'y faisait pas référence et que le discours d'Épinal mentionnait seulement le référendum en matière constitutionnelle, René Capitant, dans son *moment RPF*, va faire de l'instauration de procédures référendaires plurielles une des principales revendications de son combat pour « rendre la démocratie au peuple »[122].

Dans ce combat, il s'inscrit, dans son projet de *Constitution fédérale*, dans le sillage de son « maître » Raymond Carré de Malberg, qui, en 1931, « dans le dernier article[123] qu'il écrivit avant sa mort, […] indiqua comment la démocratie française devrait un jour se renouveler, grâce au référendum, en restituant au peuple la souveraineté dont celui-ci s'était dépouillé au profit de ses élus[124] ». Capitant donnait, alors, une première définition de la démocratie comme étant « la souveraineté du peuple, du peuple s'exprimant par la voie du suffrage universel[125] », et réclamait que le peuple devienne « l'arbitre souverain de la législation[126] ». Ainsi, la seconde chambre, « l'expression des grandes forces économiques et sociales » devrait, en cas de désaccord sur la législation en cours d'adoption, bénéficier du « droit essentiel […] de faire appel au suffrage populaire – c'est-à-dire de pouvoir soit arrêter les lois jusqu'aux prochaines élections, soit provoquer un référendum, dans des conditions qui seront à déterminer ».

Aux assises de Lille, en 1949, René Capitant proposa de faire figurer un dispositif identique dans le projet constitutionnel du RPF, pour conférer au Conseil de la République

> un double droit d'appel, d'une part, devant le comité constitutionnel, dont les pouvoirs et la composition devraient être renforcées[127], et d'autre part, devant le suffrage universel, par la possibilité de déférer au référendum populaire, dans certaines conditions, un projet ou une proposition de loi adopté par l'Assemblée nationale, mais auquel il entendrait marquer son opposition[128].

Ainsi, dans la motion de la réforme des institutions adoptée à Lille, figure au point 5 « ° [la] reconnaissance de l'initiative législative au Conseil de la République, qui pourra également soumettre au référendum populaire les lois votées par l'Assemblée nationale[129] ».

---

[122] G. Connac, « René Capitant et le référendum », *op. cit.*, p. 209.

[123] R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 224-244.

[124] R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 306-307.

[125] *Ibid.*, p. 305.

[126] *Ibid.*, p. 307, ainsi que pour les citations qui suivent.

[127] Sans que René Capitant précise de quelle manière.

[128] R. Capitant, *Rapport sur la révision constitutionnelle, op. cit.*, p. 5, ainsi que pour les citations qui suivent.

[129] Archives de la fondation Charles de Gaulle. Carton 214.

Avec la césure de 1951, le référendum devint l'outil par excellence de la « Révolution démocratique » prônée par Capitant. Ce qu'il dénonce, c'est la véritable confiscation par les représentants de la souveraineté attribuée au peuple[130].

> Encore une fois, ce n'est point aux modalités, mais au principe du régime représentatif que nous en avons. Nous admettons bien volontiers que le régime parlementaire en soit la forme actuelle et irréversible. Mais nous voulons dépasser le régime représentatif lui-même, pour accéder à la démocratie véritable. C'est au nom de la démocratie que nous nous élevons contre le parlementarisme et que nous lui refusons la légitimité. C'est au profit de la souveraineté populaire que nous voulons abolir la souveraineté parlementaire[131].

Aux yeux de Capitant, c'est d'abord et toujours par la souveraineté populaire que se définit la démocratie. C'est pour la souveraineté populaire que la Résistance s'est « battue[132] » après le « vote du 10 juillet [1940] […] application ultime extrême et rigoureusement logique du principe représentatif » et de la souveraineté parlementaire. Capitant entend bien inscrire le combat constitutionnel du RPF dans le fil « d'une révolution démocratique dont le cours a été provisoirement arrêté[133], mais que nous avons la mission sacrée de faire aboutir ». Cette « révolution démocratique », il la fait débuter avec la proclamation de la « constitution montagnarde de 1793[134] ». La référence à *1793* permet ainsi, tout à la fois, à René Capitant de légitimer sur le plan *républicain* le recours à la consultation populaire, tout en distinguant le référendum, mis en œuvre par le général de Gaulle en 1945, du plébiscite napoléonien « par lequel le peuple est convié à se déposséder de la souveraineté au profit d'un dictateur ou d'une assemblée ».

En conséquence, aux assises de 1952, René Capitant propose d'élargir considérablement le champ du recours au référendum en sus de ce qu'il avait déjà préconisé à Lille en 1949. Il réclame, dorénavant, que le recours au référendum devienne aussi la règle pour « toute révision constitutionnelle » et même « qu'une procédure d'initiative populaire puisse permettre au peuple de réclamer et d'obtenir la révision[135] ». Il demande également que le peuple puisse arbitrer « en matière législative, les conflits qui pourront surgir entre les pouvoirs – soit entre les deux chambres, soit entre l'Exécutif et le Législatif. La loi litigieuse après un délai suffisant de conciliation, lui sera déférée par référendum ».

Contrairement à ce qui s'était passé aux assises du RPF depuis 1949, aucune motion sur la révision constitutionnelle ne fut adoptée à celles de Paris en 1952, comme si la force de la charge de René Capitant avait embarrassé. Déjà, au conseil national de Neuilly, en octobre, les attendus du rapport de Capitant, avaient, selon la relation qu'en a donné le secrétaire général du RPF de l'époque, Louis Terrenoire, fait frémir les derniers de nos conservateurs. L'un d'eux se lamente : « Il veut supprimer la propriété privée ». Le soir, Capitant développe son argumentation avec cette éloquence percutante qui le caractérise. Ce professeur de droit est un passionné,

---

[130] Voir aussi R. CAPITANT, « Le conflit de la souveraineté populaire et de la souveraineté parlementaire », *RIHPC*, 1954, reproduit in R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 275-293.

[131] *Ibid.*, p. 330.

[132] *Ibid.*, p. 331, ainsi que pour les citations qui suivent.

[133] Par l'adoption de la Constitution du 27 octobre 1946.

[134] Référence probablement inattendue pour beaucoup de membres du RPF du général de Gaulle.

[135] *Ibid.*, p. 336.

doublé d'un bretteur, qui accumulerait les touches, en bousculant l'adversaire sans se préoccuper des règles du jeu. En comparaison avec le lyrisme incantatoire de Malraux, il y a chez lui la fougue mordante d'un Clemenceau, qu'on n'appelait pas le Tigre sans raison[136].

Le général de Gaulle lui-même, quelques jours après les assises de Paris, devait s'employer dans une lettre du 15 novembre 1952[137] à calmer les colères de René Capitant :

> Mon cher Capitant, n'exagérez pas ! Aux Assises, vous avez gagné avec votre doctrine dans l'esprit des militants. Je m'en félicite d'autant plus que je n'ai jamais incorporé, ni suivi d'autres principes que ceux que ceux qu'à présent vous doctrinez admirablement. Grâce à vous, qui vous êtes vous-même renouvelé, la direction qui est la nôtre est plus claire qu'auparavant et nous n'avons plus à ménager les détours, puisque n'ayant pu, l'an dernier, renverser le régime par l'intérieur, il nous faut livrer d'autres assauts. Mais c'est moi qui ait la charge de diriger le Rassemblement et, notamment, de régler sa marche. L'ayant lancé vers les conquêtes électorales et organisé en conséquence, je n'entends pas le faire dérailler en renversant d'un seul coup la vapeur. Il y a la manière. Il y a les choses à faire. Parlons-en ! Mais, s'il vous plaît, modérez à mon égard, vos expressions[138]. Je vous verrai, je l'espère, mardi soir à 9h30 à l'hôtel Lapérouse. Croyez, mon cher Capitant, à mes sentiments amicalement dévoués.

Pour autant, l'orientation référendaire du mouvement gaulliste devait s'avérer irréversible. Au conseil national de Levallois-Perret des 27–28 février et 1er mars 1953, le RPF allait adopter une motion de révision constitutionnelle préconisant

> la consultation directe du peuple par voie de référendum : a) dans tous les cas de révision constitutionnelle ; b) avant la ratification des traités entraînant disparition ou diminution d'une prérogative essentielle de la souveraineté française ; c) en matière législative, soit à l'initiative du Conseil de la République lorsque les deux assemblées sont en désaccord entre elles, soit sur l'initiative du Gouvernement lorsqu'il est en désaccord avec les Assemblées, sur un projet de loi d'importance nationale, soit enfin lorsqu'un projet de loi porte atteinte à une liberté publique fondamentale[139].

Un an après les assises de Paris, le conseil national du RPF consacrait en définitive, pour une large part, les propositions de René Capitant, sans toutefois reprendre l'idée d'une initiative populaire sur la révision de la Constitution. Certes, la motion adoptée allait encore plus loin que les propositions précédentes de Capitant sur le champ du référendum. Toutefois, ce dernier avait approuvé et défendait la nécessité d'une consultation populaire pour la ratification de traités d'une importance majeure, idée qui renvoie à l'actualité immédiate du débat sur la CED.

Quant à la consultation populaire sur les projets de loi portant atteinte à une liberté publique fondamentale, c'est une extension du champ référendaire qui n'avait pas été directement envisagée auparavant. Peut-être, faut-il y voir une pro-

---

136 L. Terrenoire, *De Gaulle, 1947–1954, op. cit.*, p. 182.

137 Ch. de Gaulle, *Lettres, notes et carnets, 1942–mai 1958*, Paris, Robert Laffont, 2012, p. 1095.

138 « Deux lettres de M. Capitant reprochent au général « "son inconstance, sa faiblesse et son immobilisme de ligne Maginot" » (*ibid.*, note p. 1095).

139 Archives de la fondation Charles de Gaulle. Carton 297.

position en lien avec la personnalité du rapporteur au conseil national sur la révision constitutionnelle, le professeur Marcel Waline, conseiller national du RPF et proche de René Capitant[140]. Dans son rapport, celui-ci réclame aussi que « le chef de l'État [ait] le même pouvoir de consulter le peuple lorsqu'il l'estimera nécessaire avant de promulguer un projet de loi voté par les assemblées[141] ».

Cette dernière proposition pose la question d'un débat – informel ou souterrain – au sein du RPF sur la nature elle-même du référendum, un débat entre les tenants, avec Capitant, d'une utilisation *démocratique* ou *tribunicienne* du référendum et les tenants d'une utilisation *consulaire*.

Dans toutes ses propositions, René Capitant réserve le déclenchement de la tenue d'une consultation populaire à l'initiative des représentants du peuple[142], voire du peuple lui-même. On l'a noté précédemment, il ne semble pas précisément vouloir faire intervenir le chef de l'État dans le déclenchement de la consultation, tout juste envisage-t-il, en 1952, qu'un référendum puisse se tenir en cas de conflit entre l'Exécutif et le Législatif. Or, dans les travaux conduits par un autre *foyer* de la réflexion constitutionnelle du RPF, le comité national d'études, la possibilité pour le chef de l'État de convoquer un référendum est, elle, clairement et largement évoquée.

Le projet de révision constitutionnel préparé par Michel Debré et validé, en juin 1948, par le Comité national d'études confiait au président de la République la possibilité, en sus du droit de dissolution, d'en appeler au suffrage populaire par la voie du référendum. D'abord, « le président de la République pourrait différer la promulgation des projets ou propositions de loi adoptés par le Parlement dans les matières qui font l'objet de lois organiques[143]. Si, au cours d'une session ultérieure, le Parlement avait voté une nouvelle fois, et dans les mêmes termes, le projet ou la proposition dont la promulgation avait été différée, le président devrait promulguer la loi sans délai, sauf recours au référendum, lequel peut être ordonné sans avis préalable du Conseil de la République ». Ensuite, le président de la République pourrait, dans le cas où l'Assemblée refuse la confiance au gouvernement, soumettre au référendum le projet ou la proposition de loi au sujet duquel le désaccord s'est élevé. Enfin, le président de la République ne pourrait ordonner un référendum, sur un autre texte de son choix, qu'après avis du Conseil politique et du Conseil de la République »[144]. Ce débat restait en suspens au moment de la mise en sommeil du RPF en 1955.

---

[140] En 1948, René Capitant avait préfacé l'ouvrage de M WALINE, *Les partis contre la République*, Paris, Éd. Rousseau et Cie, 1948. Cet ouvrage a pour objet, notamment, de présenter « la rénovation de la démocratie telle que l'entend[aient] les membres du RPF » (« Introduction », p. VIII). Marcel Waline y consacre un chapitre au « rôle des institutions de démocratie semi-directe dans une démocratie moderne » (p. 104-112).

[141] M. WALINE, *Rapport sur la révision constitutionnelle au conseil national des 27–28 février et 1er mars 1953*, p. 5 ; Archives de la fondation Charles de Gaulle, carton 297.

[142] On prendra la liberté ici de qualifier ainsi les membres du Conseil de la République, sans savoir le sentiment de trahir la pensée de René Capitant.

[143] Il s'agit de l'élection du président de la République de l'élection des membres du Parlement, de la liberté individuelle et de la liberté de pensée, des cours et tribunaux, ainsi que du statut de la magistrature, du statut des ministères, départements et communes, de l'organisation politique des territoires d'Outre-mer, de la nationalité et des droits civils, des peines criminelles.

[144] Voir J.-L. DEBRÉ, *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle*, *op. cit.*, p. 421.

B. Le fédéralisme, nécessité démocratique

Comme dans d'autres domaines, le *moment RPF* constitue une période de maturation de la réflexion de René Capitant sur la notion de fédéralisme, en lien direct avec son questionnement sur la démocratie. C'est au début de la décennie 1950, là-encore, qu'il théorisera le plus complètement ses idées et sa pensée sur le fédéralisme, à la fois sur le plan universitaire, dans ses cours de 1952-1953 sur les *Principes du droit public*[145] et dans le cours dispensé pendant l'été 1954 à l'Institut d'études juridiques de Nice sur le thème *Fédéralisme et démocratie*[146], mais aussi sur le plan politique, en tant que « théoricien constitutionnel du RPF », dans son rapport sur le changement de régime aux assises de 1952[147].

Entre 1946 et 1952, René Capitant va conduire sa réflexion sur le fédéralisme dans deux champs différents : l'organisation des territoires d'outre-mer, dès 1946, puis, l'organisation territoriale, économique et sociale de la métropole ensuite.

Le fédéralisme dans l'Union française[148] tout d'abord : c'est à l'occasion des débats, au sein de la première Assemblée nationale constituante, sur l'organisation de l'Union française que René Capitant conduit ses premières réflexions sur la notion de fédéralisme. D'abord favorable au « principe unitaire[149] », il se prononce, rapidement, en faveur de « l'idée fédérale[150] », reconnaissant avoir été « mieux éclairé[151] » sur la question. Il écarte, désormais, au nom de la démocratie, la solution unitaire, « fausse et inapplicable » : d'abord parce qu'il est impossible d'appliquer « le principe d'égalité entre tous les citoyens de l'Union française » en matière de représentation des populations à l'Assemblée nationale », ensuite parce que, pour lui, la démocratie suppose l'unité de législation. Or, les populations d'outre-mer sont appelées à conserver « une législation spéciale », tandis que leurs députés à l'Assemblée nationale vont participer à l'élaboration d'une législation qui ne s'ap-

---

[145] Tout particulièrement dans le chapitre sur « Le fédéralisme démocratique », voir R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 159-165.

[146] R. CAPITANT, *Fédéralisme et Démocratie, cours donné à l'Institut d'études juridiques de Nice du 22 au 24 juillet 1954*, reproduit in *Jus Politicum*, nº 16, *Fondations of Public Law*, juillet 2016., p. 209-240, précédé d'une présentation d'Olivier Beaud.

[147] Dans cette communication consacrée à « René Capitant, théoricien constitutionnel du RPF », nous prenons le parti de nous borner, à propos de la pensée fédéraliste de Capitant, à ses textes de doctrine du RPF. Sur cette pensée fédéraliste de Capitant, il convient de se référer à ses cours sur les *Principes du droit public* à la Faculté de droit de Paris, au cours *Fédéralisme et Démocratie*, extrêmement dense, de 1954 et au riche commentaire qu'en a donné Pierre Avril, « Sur "Fédéralisme et Démocratie" », *Jus Politicum*, nº 16, juillet 2016, p. 241-244. Voir aussi les pages éclairantes de B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République*, *op. cit.*, p. 335-337.

[148] Cette communication sur René Capitant, « théoricien constitutionnel du RPF » nous conduit à résumer ici succinctement ses idées sur le fédéralisme dans l'Union française. Pour une approche globale voir H. TRUCHOT, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 447 *sqq.*

[149] R. CAPITANT, « La Constitution de l'Union française », *Combat–Alger*, 2 mars 1946, reproduit dans J.-P. MORELOU, *Le gaullisme de guerre de René Capitant*, *op. cit.*, p. 127-129.

[150] R. CAPITANT, « La Constitution a-t-elle résolu le problème de l'Union française ? », *Combat–Alger*, 4 mai 1946, *ibid*, p. 137-139.

[151] Dans cet article, il cite notamment Jacques Soustelle et surtout René Pleven, qui a été un des organisateurs de la conférence de Brazzaville, en février 1944, et des promoteurs, alors, d'un éventuel recours à une organisation fédérative de la France d'Outre-mer.

pliquera pas à ces populations. René Capitant conclue donc à la « nécessité d'instituer une Chambre de l'Union française où tous les territoires français seraient représentés proportionnellement à leur importance et qui devra participer au pouvoir législatif », tout comme il faudra « une administration fédérale » spécifique en charge des grands services publics fédéraux, ainsi que du budget fédéral.

Il faut donc à la France une

> Constitution fédérale distincte de la Constitution métropolitaine, distincte mais non séparée ; Car, pour garantir l'unité et la solidarité françaises, il serait nécessaire de lier fortement l'une à l'autre ces deux constitutions. Une certaine prépondérance de la métropole devrait être maintenue dans le cadre de l'Union française. Si la comparaison ne risquait pas de prêter à confusion, je dirais volontiers qu'il faut donner à la métropole la place privilégiée que Bismarck avait su donner à la Prusse dans le cadre du deuxième Reich.

René Capitant n'est pas, dans l'entourage du général de Gaulle, le promoteur initial de l'idée fédérale pour l'organisation de la future Union française. Pourtant, le *légiste* Capitant, soucieux de mettre fin au système colonial, mais désireux de maintenir la puissance française, allait en être le théoricien constitutionnel dans ses articles publiés en juin 1946[152] et repris, ensuite, quasi in-extenso, dans son projet de *Constitution fédérale*[153].

Dès l'été 1946, les grands axes du schéma constitutionnel de l'Union française sont fixés dans l'esprit de Capitant, qui les reprendra dans ses rapports aux assises du RPF, quitte à affiner, alors, certains dispositifs.

Pour constituer la Fédération française, il importe d'abord, selon lui, de créer, dans la France d'Outre-mer, des États et des pays – peu importe le nom – qui auront chacun leur propre législateur et leur propre gouvernement et même leur propre constitution[154]. Devra être, également, formé, au-dessus de ces gouvernements fédérés, un gouvernement fédéral qui les unisse sous son autorité commune et représente les intérêts généraux de la Fédération.

Au sein des républiques fédérées, le pouvoir législatif sera exercé par un Parlement bicaméral, composé d'une chambre élue au suffrage universel par les citoyens de la République fédérée et d'une seconde chambre élue par les citoyens français, européens d'origine ou autochtones ayant acquis la citoyenneté française, avec pour mission d'*équilibrer* la première Chambre. Parallèlement, le pouvoir exécutif dans chacune des Républiques fédérées, sera confié au Président de l'Union française qui exercera ses attributions, soit personnellement, soit à travers un représentant, et nommera les ministres « locaux », responsables devant les assemblées locales. Aux assises de Lille, en 1949, René Capitant préconisera de ne plus avoir qu'une seule Assemblée dans les États fédérés, dont les modalités d'élection dépendront du degré d'évolution du territoire en cause.

Au niveau fédéral, le pouvoir législatif sera confié à une Assemblée fédérale au sein de laquelle le nombre des représentants des États fédérés sera proportionnel à

---

[152] R. CAPITANT, « Une Constitution neuve », *Combat–Alger*, 1er juin 1946, et R. CAPITANT, « Une Constitution neuve (suite) », *Combat–Alger*, 15 juin 1946, reproduits in J.-P. MORELOU, *Le gaullisme de guerre de René Capitant*, *op. cit.*, p. 143-149 et p. 151-153.

[153] Voir R. CAPITANT, « Pour une Constitution fédérale », *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 313-324.

[154] Il n'y aura pas de modèle unique de constitution appliqué à tous les territoires d'Outre-mer, mais les constitutions en cause devront être approuvées par le législateur fédéral.

leur population, en application du principe d'égalité politique. Toutefois, ce législateur fédéral sera bicaméral. Le Parlement métropolitain en formera la deuxième Chambre. Aux Assises nationales de Lille, en 1949, René Capitant se ralliera au principe d'une seule assemblée pour le pouvoir législatif fédéral avec un Sénat fédéral, composé pour moitié d'élus des Territoires d'Outre-mer, et pour moitié des Conseillers de la République. Cependant, les lois fédérales adoptés par ce Sénat fédéral devront être approuvées par l'Assemblée nationale.

L'Exécutif fédéral exercera ses compétences sur l'ensemble de l'Union française, y compris la métropole. Il sera superposé à l'exécutif métropolitain. Capitant insiste sur l'importance de cette présidence fédérale juridiquement distincte de la présidence métropolitaine. Le président de l'Union française, élu par les délégués des États fédérés (avec prépondérance de la métropole), sera chargé de faire respecter les lois fédérales, de gérer les services publics fédéraux, de veiller à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Union française. Il sera assisté par des « secrétaires » ou ministres fédéraux. La responsabilité des « Secrétaires fédéraux » devant le Parlement fédéral sera réglementée et le vote concordant des deux assemblées requis. Des liens devront être établis entre les Secrétaires fédéraux et les ministres métropolitains. Aux Assises nationales du RPF de Lille, en 1949, René Capitant précisera que certains de ces ministres fédéraux (Affaires étrangères, Défense) sont aussi les ministres métropolitains.

Pour cette nouvelle organisation de l'Union française, René Capitant théorise la notion de « législation fédérale[155] », une « législation supérieure », valable pour l'ensemble de l'Union française, au-dessus des lois des Républiques fédérées, au-dessus des lois de la métropole. Il récuse, toutefois, l'idée d'une répartition des compétences en matières législatives, distinguant des matières réservées au législateur fédéral ou aux législateurs fédérés. Le champ de la législation fédérale sera défini par le législateur fédéral lui-même. Il pourra intervenir dans tous les domaines. Car, pour Capitant, le procédé d'une répartition des compétences est « justifié lorsque la fédération est constituée par des États souverains qui s'associent et se soumettent à une entité commune, mais désirent en même temps se garantir une certaine zone d'autonomie contre les extensions possibles du pouvoir fédéral ». Il ne se justifie « nullement » dans le cas des nouvelles Républiques fédérées issues des anciens territoires coloniaux. René Capitant prévoit, enfin, l'établissement d'une Cour de Cassation fédérale, chargée d'assurer l'unité de la jurisprudence, de veiller à la supériorité des lois fédérales ou à la primauté de la Constitution.

Ce sont bien les principes démocratiques d'autonomie et d'égalité qui sont aux fondements de l'organisation fédérale de l'Union française proposée par René Capitant. Pour autant, tout en présentant d'indéniables avancées démocratiques pour les populations d'outre-mer, ce fédéralisme reste, toutefois, un « fédéralisme asymétrique[156] » entre la métropole et les républiques fédérées, par la « prépondérance » qu'il continue d'accorder, sur de nombreux points, à la métropole dans le cadre de l'Union française.

À l'instar de la plupart des autres formations politique de l'époque, le RPF est traversé par des « différences d'approches et de sensibilités[157] » sur la question de

---

[155] *Ibid.*, p. 321, ainsi que pour les citations qui suivent.

[156] H. TRUCHOT, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 468.

[157] Voir *Cahier de la Fondation Charles de Gaulle*, nº 13, *Le Rassemblement du Peuple Français et l'Outre-mer, choix de textes rassemblés et commentés par Frédéric Turpin*, 2004.

l'Union française. Les positions défendues par René Capitant y renvoient à une tendance décentralisatrice, autonomiste, fédérale ou fédérative, ayant émergé dès la conférence de Brazzaville, mais qui n'est pas véritablement majoritaire au sein du mouvement gaulliste, loin s'en faut. Ainsi, après l'adoption par le conseil national de Levallois-Perret des 27 septembre–2 octobre 1948 du rapport de René Capitant sur la révision de la Constitution et avant sa présentation aux assises de Lille, la commission de la France d'Outre-mer, présidée par Jacques Foccart est chargée de dégager un compromis entre les positions de Capitant et celles de la section de l'Union française, présidée par Raymond Dronne, quant à l'organisation constitutionnelle de l'Union française[158]. C'est, en particulier, sur la question de l'attribution aux assemblées locales des pouvoirs législatifs pour le territoire intéressé que portait le désaccord, Raymond Dronne se montrant défavorable à conférer un pouvoir législatif local aux assemblées des Territoires d'Outre-mer, mais plutôt des pouvoirs de gestion très étendus. René Capitant accepta de considérer que la reconnaissance d'un pouvoir législatif propre aux Républiques fédérées ne pourrait être que le résultat d'une longue évolution dans les territoires en cause, prenant en compte le degré de développement des populations concernés. Ainsi, aux assises de Lille, il présenta la structure fédérative de l'Union française qu'il conviendrait de mettre en place à terme, tout en renvoyant à plusieurs reprises, pour des réformes immédiates, au rapport de Raymond Dronne et de la section de l'Union française. C'est d'ailleurs sur la base de ce dernier rapport, que les assises de Lille voteront une motion sur l'organisation de l'Union française.

Aux assises de Paris, en juin 1950, à nouveau, René Capitant, tout en rappelant « l'objectif » de la constitution d'une « République fédérative », formée par la Métropole et les Territoires d'Outre-mer, reconnaitra qu'il n'est pas possible de « l'atteindre sans délai ». Dans l'immédiat, il proposera quelques dispositions ponctuelles destinées à améliorer la prise en compte des attentes des territoires d'Outremer dans la préparation des textes législatifs[159]. En réalité, les idées de René Capitant, « théoricien constitutionnel du RPF » sur l'organisation de l'Union française, essaimeront surtout pour l'avenir, dans les débats relatifs à la formation de la *Communauté* en 1958[160] et dans ceux portant, dans les années 1960, sur la décolonisation des derniers territoires de l'ancien Empire français[161].

Le fédéralisme territorial, économique et social ensuite : en 1949, la réflexion de René Capitant sur le fédéralisme territorial, économique et social, sur ce qu'il qualifie encore, alors, de « décentralisation[162] », part de ses conceptions sur la nécessaire généralité de la loi[163]. Cette généralité ne doit pas conduire, selon lui, à « pros-

---

[158] *Ibid.*, p. 65-67.

[159] R. CAPITANT, *Rapport sur les assemblées législatives*, *op. cit.*, p. 8-11.

[160] Voir les commentaires de René Capitant sur l'organisation de la Communauté, dans sa préface à l'ouvrage de Léo Hamon, *De Gaulle dans la République*, publié en 1958, reproduit dans R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 361-363.

[161] Voir H. TRUCHOT, *Le Droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 469 *sqq.*

[162] R. CAPITANT, *Rapport sur la révision de la Constitution, op. cit.*, p. 3. En ce sens, en 1949, Capitant paraît préférer le terme de *décentralisation* à celui de *fédéralisme* pour présenter ses idées sur l'organisation de la société et des collectivités autonome de l'État.

[163] Voir *supra*.

crire tout espèce de règle spéciale édictée pour une collectivité particulière, territoriale ou économique, au sein de la Nation. La complexité des sociétés modernes exige, au contraire, de telles règles ». Toutefois, « la démocratie exige qu'elles soient votées par la collectivité à laquelle elles sont applicables, et par cette collectivité seulement. Ainsi, le principe de la généralité de la loi entraîne une conséquence nécessaire le principe de décentralisation[164] ». Le procédé de la décentralisation est ici considéré comme instrument mis au service d'un idéal plus élevé, la démocratie, déclinée par les principes d'autonomie et d'égalité.

C'est d'abord au niveau de l'organisation politique et administrative du pays que Capitant appelle à compléter l'œuvre du constituant de 1946 :

> La décentralisation est d'abord territoriale. C'est sous cette forme qu'elle a été d'abord reconnue et se trouve spécialement mentionnée par la Constitution de 1946. Les départements et les communes sont des collectivités décentralisées, qui doivent pouvoir jouir à ce titre d'une certaine autonomie, c'est-à-dire du droit de gérer leurs propres intérêts dans le respect de la loi[165].

René Capitant appelle, ensuite, à « une décentralisation économique et sociale ». Pour lui,

> il existe, en effet, dans les États-modernes, une réglementation économique et sociale de plus en plus complexe que la restauration même du principe de la liberté, essentiel à toute démocratie, ne saurait abolir. La protection de la liberté et même l'organisation de la concurrence exigent, en effet, une réglementation appropriée.

Pour Capitant,

> dans une vraie démocratie, la loi peut évidemment intervenir dans le domaine économique ou social, comme dans tout autre domaine. Mais elle ne doit pouvoir le faire que par des prescriptions générales. Dès qu'il s'agit de prescriptions particulières à un groupe déterminé, c'est à ce groupe à se donner ses propres règles. C'est de cette façon seulement que pourra s'organiser la démocratie économique.

Et l'ancien collaborateur de Blum, sous le Front populaire, de donner l'exemple des « conventions collectives, instituées par les lois sociales de 1936 [qui ont] été une première application de la décentralisation économique ».

Toutefois, Capitant entend borner strictement « le pouvoir de règlementation accordé aux collectivités décentralisées ». Les règlementations particulières ne pourront être contraire à la loi. Elles devront d'abord avoir pour de protéger la liberté et non de la limiter, voire de la supprimer. Elles devront être générales au sein des collectivités décentralisées en cause et respecter l'égalité entre leurs membres. Enfin, le principe de la séparation des pouvoirs devra « s'appliquer au sein des collectivités décentralisés », entre une assemblée élue et un organe exécutif qui ne devra pas procéder de cette assemblée[166].

Aux assises de Lille, en 1949, René Capitant propose, aussi, « d'inscrire dans la Constitution » elle-même le principe de décentralisation, « en laissant à des lois

---

[164] R. Capitant, *Rapport sur la révision de la Constitution, op. cit.*, p. 3-4.

[165] *Ibid.*, p. 4, ainsi que pour les citations qui suivent.

[166] René Capitant en profite pour condamner « le projet actuellement en discussion qui tend à donner au Président du Conseil général le pouvoir de d'exécuter les délibérations de l'assemblée départementale ».

organiques le soin d'en assurer progressivement l'application », ce principe qui « fournit sa justification à la seconde Chambre. La première Chambre élue au suffrage universel représente les individus. La seconde Chambre doit représenter les collectivités décentralisées ». Comme les individus, ces dernières ont vocation à participer à l'élaboration de la législation nationale.

Dans son rapport sur le changement de régime en 1952, Capitant s'emploiera à associer, encore davantage, les notions de fédéralisme et de démocratie[167], décentralisation et souveraineté populaire :

> La centralisation administrative, que nous avons reçue de Bonaparte et que nous subissons encore, est fille du régime représentatif. Que la représentation soit échue au Parlement, après avoir appartenu à l'Empereur, cela n'a pas changé le fond des choses. La nation se soumet toujours à un pouvoir souverain, dans toute autorité découle, de façon que, jusqu'au dernier village ou dans la plus humble profession, il faut toujours attendre que l'ordre ou l'autorisation vienne de Paris[168].

Pour Capitant,

> tant que le Parlement restera souverain, la France restera centralisée. Toutes les concessions que ce souverain pourra consentir aux libertés locales et professionnelles ne seront jamais que des exceptions précaires et révocables au principe centralisateur. Qu'on proclame, au contraire, la souveraineté populaire, c'est-à-dire la souveraineté du citoyen, on renverse du même coup le principe et l'on ouvre la voie au fédéralisme. Car, si le député représente exclusivement l'État, le citoyen, lui, est membre simultanément[169] de sa famille et de sa commune, de son département, de sa profession et des grandes coopératives publiques qui prendront demain en charge la gestion des entreprises nationales. Partout, à tous les échelons, il devient possible d'organiser démocratiquement ces collectivités, dans le respect d'une autonomie qui découlent naturellement de celle des citoyens qui les composent, dans une hiérarchie qui corresponde à celle des intérêts, – divers et pourtant concordants – de leurs membres communs et sous l'autorité de l'État qui les englobe et les contrôle.

Les idées décentralisatrices et fédéralistes de Capitant sont loin, cependant, d'être partagées au sein du RPF La motion sur la réforme des institutions adoptée par les assises de Lille en 1949 ne renvoie pas à ses propositions sur la décentralisation. Il n'y aura pas de motion sur les institutions adoptée aux assises de Paris en 1952 et la motion sur la révision constitutionnelle adoptée par le conseil national en 1953 se réfère seulement à une

> modification de la seconde assemblée, de façon que celle-ci représente les différentes collectivités territoriales y compris celles d'Outre-mer et les travailleurs

---

[167] Dans son cours sur les *Principes fondamentaux de la démocratie*, en 1952-1953, Capitant s'attache à établir précisément un lien entre l'idée fédérale et la pensée de Rousseau : R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 159.

[168] R. CAPITANT, *Rapport sur le changement de régime*, *op. cit.*, p. 338, ainsi que pour les citations qui suivent.

[169] Dans son cours sur les *Principes fondamentaux de la démocratie*, Capitant souligne que « le fédéralisme n'est rien d'autre que la reconnaissance de ces collectivités multiples au sein de la société complète. La notion d'État n'étant qu'une de ces collectivités, au lieu d'être la collectivité unique » (R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 160).

> des différentes professions actuellement représentées imparfaitement au Conseil Économique[170].

Au même moment, un autre « théoricien constitutionnel » du RPF, Michel Debré s'était intéressé, lui-aussi, à la question des conséquences de la centralisation[171], en particulier pour préconiser un redécoupage des départements fixant leur nombre à 40 ou 50 au maximum[172]. Pour le reste, comme le souligne Jean-Marie Denquin,

> Michel Debré manifeste une allergie remarquable à l'idée de fonder la décentralisation sur une quelconque nature historique, géographique ou économique, d'entités supposées. Son idéal demeure le département, non parce qu'il est enraciné dans les mentalités, mais pour une raison inverse : parce qu'il est artificiel, et qu'on peut le refaire autre qu'il n'est. La décentralisation n'est pas un récif corallien où l'animal crée la structure qu'il habite, c'est une ruche que l'essaim va coloniser. D'où il résulte que la décentralisation se fait par en haut : de même que la ruche suppose l'apiculteur, la collectivité locale suppose l'État, auquel elle donne chair mais qui la définit et lui permet d'exister. Elle n'a pas pour fin la satisfaction d'aspirations locales. Elle est un moyen au service de l'État, lui-même tendu vers une fin qui le dépasse, le service de la nation[173].

Il faudra attendre la fin de la présidence du général de Gaulle[174], sous la Ve République, pour les idées de Capitant sur le fédéralisme trouvent, très partiellement, un « écho lointain [...] dans le projet référendaire de 1969 [...] ou encore avec la réforme de l'entreprise chère aux gaullistes de gauche[175] ».

En définitive, pendant huit années, René Capitant a largement contribué, au sein du RPF, à façonner la doctrine constitutionnelle du gaullisme sur beaucoup de questions. Toutes ses idées ne se concrétiseront pas directement en 1958, au travers d'un nouveau texte constitutionnel dont il contestera d'ailleurs, alors, la qualité formelle et plusieurs manques, essentiels à ses yeux. Certaines de ses idées nourriront la pratique, comme les révisions aboutie ou inaboutie, de la première décennie de la Ve République. Quoi qu'il en soit, comme l'a souligné Léo Hamon, par « l'importance de sa contribution [...] dans la construction sans cesse recommencée, reprise et élargie d'une théorie d'ensemble [...] [René Capitant] aura bien été un des maîtres à penser du gaullisme[176] ».

Jean-Félix de Bujadoux

Docteur en droit de l'Université Paris II (Panthéon-Assas).

---

[170] Archives de la Fondation Charles de Gaulle, carton 297.

[171] M. Debré, *La mort de l'État républicain*, Paris, Gallimard, 1947.

[172] Voir J-M. Denquin, « Gaullisme et décentralisation », *op. cit.*, p. 242-244.

[173] *Ibid.*, p. 244.

[174] Sur la réflexion du général de Gaulle sur la décentralisation durant les années soixante, voir *ibid.*, p. 244-247.

[175] P. Avril, « Sur "Fédéralisme et Démocratie" », art. cité, p. 241.

[176] L. Hamon, « Le gaullisme de René Capitant », art. cité, p. 17.

Nobuyuki Takahashi

René Capitant au Japon

Itinéraire d'un légiste de la Ve République au pays du Soleil Levant*

Introduction

Malgré les efforts surhumains de Capitant, le RPF (Rassemblement du peuple français) déclina rapidement et, à la fin de 1953, cessa presque toute activité. De Gaulle se retira alors dans son fief de Colombey, tandis que Capitant se consacra à l'étude et à l'enseignement à l'université de Paris, mais ces jours paisibles n'ont pas duré : peu après cette mise en sommeil du RPF, la crise algérienne éclata, et Capitant fut à nouveau pris dans le tourbillon de l'histoire.

Pour des raisons que l'on détaillera plus loin, Capitant a séjourné à Tokyo, de 1957 à 1960, en tant que directeur de la Maison franco-japonaise, et il s'engagea activement dans différentes activités académiques : il laissa sur place de nombreuses réalisations. Entre-temps, la crise de mai 1958 a reconduit de Gaulle au pouvoir et la naissance de la Ve République a suivi de peu, mais Capitant ne pouvait qu'observer ce processus depuis l'autre côté du continent eurasien.

Pour lui, qui n'avait cessé de prôner la réforme de la IVe République, la crise de mai était une occasion précieuse de changer un système désuet, mais comme la rédaction du projet de constitution a été dirigée par de Gaulle et Michel Debré, Capitant ne fut pas sollicité et fut en quelque sorte « laissé pour compte ».

Bon an mal an, l'absence de Capitant dans la rédaction de la Constitution n'a pas été sans conséquence sur la nature de régime durant les premières années de la Ve République. En effet, les divers éléments de la démocratie directe, tels que l'élection directe du président ou l'utilisation de référendums, ont été minorés dans le projet constitutionnel, au profit d'un système qui met davantage l'accent sur les groupes conservateurs et les élites.

C'est pourquoi, depuis le village de Hirayu dans la région d'Okuhida, Capitant critiqua sévèrement la nouvelle constitution, affirmant que le texte est « le plus mal rédigé » de l'histoire constitutionnelle française.

Pourtant, en ce qui concerne la pratique politique, la solution apportée par De Gaulle au problème de l'indépendance de l'Algérie avec le soutien direct du peuple par le recours au référendum convenait à la théorie de la démocratie directe

* La traduction du japonais de cette contribution originale a été réalisée par Paul de Lacvivier.

défendue par Capitant. Peu après, l'amendement constitutionnel de 1962, prévoyant l'élection du président de la République au suffrage universel direct, a été adopté pour suivre cette pratique politique. C'était exactement la forme idéale aux yeux de Capitant, et à partir de ce moment-là, il donna son plein accord à la Constitution.

Nous présenterons d'abord les réalisations de Capitant au Japon, puis nous étudierons l'évolution des réflexions de Capitant en lien avec l'élaboration constitutionnelle de la Ve République.

I. Le contexte de son départ pour le Japon

Comme Capitant lui-même n'a pas beaucoup parlé des circonstances de son départ, on ne sait pas exactement ce qui l'a décidé à partir pour le Japon, mais il est très probable que la position du gouvernement français sur la crise algérienne ait été le facteur clef.

Il a été en tout cas pris dans les remous de la crise algérienne et dût quitter la France. Notons déjà que ce déplacement n'était pas un choix involontaire pour Capitant, même s'il était inattendu. Nous allons expliciter quelque peu les circonstances de son départ[1].

Tout commença lorsque le gouvernement français a intensifié sa répression du mouvement indépendantiste en Algérie. Dans l'atmosphère tumultueuse de l'époque, les médias ont annoncé qu'Ali Boumendjel, l'un des étudiants de Capitant à l'époque de la Résistance, était mort après avoir été interrogé par les parachutistes de l'armée française. Les autorités ont annoncé que la cause était un suicide, mais des preuves circonstancielles suggéraient une mort accidentelle ou un suicide pour éviter de parler sous la torture.

Cette nouvelle conduisit Capitant à boycotter les cours à l'université pour protester contre la répression exercée par l'armée. Aussi, il n'hésita pas à alerter le ministre de l'Éducation en publiant une déclaration dans *Le Monde*[2].

Cette déclaration, qui se conclut par une provocation – « Révoquez-moi, si vous le voulez, si vous le pouvez » – semble avoir déconcerté le gouvernement de l'époque. Peu de temps après, le gouvernement a créé la « Commission de sauvegarde des droits et libertés individuels » pour tenter de mettre un frein à la répression des indépendantistes. Cette création fut une réponse à la déclaration de Capitant et au changement de l'opinion publique qui en a résulté.

Sur le terrain néanmoins, la crise algérienne ne faisait que s'aggraver, et Capitant semble avoir voulu mettre un terme à sa protestation assez rapidement et sans perdre la face. Il envoya de nouveau un message au ministre de l'Éducation et reprit ses cours, invoquant que « mon geste public a produit les effets que je souhaitais[3] ».

---

[1] « Un gaulliste de toujours », *Le Monde*, 26 mai 1970. R. Decout-Paolini, *René Capitant, homme de gauche et gaulliste*, mémoire en histoire, Université Panthéon-Sorbonne, 1994, p. 37-41. Decout-Paolini analyse que ce transfert a sans doute été « soudain » pour Capitant, mais n'a probablement pas été « contraint » (*ibid.*, p. 38).

[2] *Le Monde*, 26 mars 1957.

[3] *Le Monde*, 17 mai 1957.

On ne sait pas exactement si ce boycott de deux mois a provoqué des changements dans les résolutions de Capitant. La seule chose sûre reste que quelques mois plus tard, à la rentrée scolaire, Capitant quitta la France et se rendit au Japon.

Vue la chronologie des faits, force est d'admettre qu'il y a un lien de causalité entre ce boycott et son départ pour Tokyo. C'est pour cette raison que, bien plus tard, la nécrologie de Capitant dans *Le Monde* a décrit ce départ comme une « sanction[4] ». Le transfert d'un professeur très respecté de l'université de Paris vers un pays d'Extrême-Orient en cours de reconstruction, à l'autre bout du monde, a pu sembler être une sanction pour les Français de l'époque.

Decout-Paolini conteste cependant cette interprétation, en se basant sur des entretiens avec la famille et les amis de Capitant[5]. Pour résumer son propos, il se trouve que la nomination à la Maison franco-japonaise avait été proposée par la partie japonaise depuis longtemps, et ce fut apparemment pour Capitant une bonne occasion de prendre ses distances avec le gouvernement français. Decout-Paolini en conclut qu'il a pris la décision d'aller au Japon sur la forte recommandation de ses amis, et non sur l'ordre unilatéral du gouvernement[6].

Capitant lui-même ne s'est jamais étendu sur les raisons de ce départ, laissant un voile de mystère qui nous empêche de conclure définitivement à ce sujet[7]. Comme nous le verrons plus loin, Capitant fut extrêmement actif pendant son séjour au Japon, ce qui nous permet de conclure qu'il a vécu cette occasion comme un élément positif et précieux. Le fait que René, comme son père Henri, a montré un fort désir d'étudier le droit comparé, comme en témoigne son étude à Berlin dans sa jeunesse, peut être encore cité comme une preuve de son intérêt pour les études comparées[8].

---

[4] « Un gaulliste de toujours », *Le Monde*, 26 mai 1970.

[5] R. Decout-Paolini, *René Capitant, homme de gauche et gaulliste*, *op. cit.*, p. 38-39.

[6] Naojiro Sugiyama, le premier directeur de l'Institut de droit comparé de l'Université Chuo, expliqua également que la visite de Capitant au Japon était fondée sur une « demande sincère » de la partie japonaise (N. Sugiyama, *Allocution d'ouverture de la conférence du Professeur René Capitant* [ルネ・カピタン教授歓迎講演会開会の詞], *Comparative Law Journal* [比較法雑誌], vol. 5, nº 1, 1959, p. 8. En effet, l'Institut franco-japonais avait presque cessé toutes ses activités en raison des ravages de la guerre, et la reconstruction de l'Institut n'avançait pas en raison du manque de soutien du gouvernement français. Afin de résoudre cette situation, René Capitant a été sollicité afin de devenir le directeur de la Maison (R. Capitant, « La Maison franco-japonaise de Tokio », *Revue de l'enseignement supérieur*, nº 3, 1959, p. 77-78).

[7] De façon assez curieuse, Capitant semble n'avoir que rarement parlé publiquement de son séjour au Japon après son retour en France. Pour autant que nous le sachions, ses commentaires sur le Japon n'apparaissent dans aucun de ses articles ou interviews après 1960. Néanmoins, il ne fait aucun doute que Capitant était profondément attaché à la culture japonaise, puisqu'il a exigé que ses propres funérailles soient conduites dans le style shintoïste. Il est à noter qu'à la même époque, de Gaulle, très déçu par le peuple français qui l'a trahi, fit de nombreux séjours hors de France (H. Watanabe, *Charles de Gaulle. La lutte pour devenir chef dans la démocratie française* [シャルル・ドゴール—民主主義の中のリーダーシップへの苦闘], 2013, p. 132-133). Capitant choisit peut-être également de quitter la France parce qu'il était déçu par le gouvernement et le peuple français.

[8] Henri Capitant est également venu au Japon en 1931, et on sait qu'il s'est livré à des activités telles que des conférences ou de l'enseignement pendant son séjour qui dura quelques mois.

II. Activités académiques pendant son séjour au Japon

Pendant son séjour à la Maison franco-japonaise, Capitant produit un certain nombre de publications, dont un rapport à l'Association académique de droit public (公法学会) en mai 1958, diverses conférences académiques et des entretiens dans des journaux. Les sujets abordés étaient divers, mais après l'instauration de la Ve République, sa préoccupation principale s'orienta vers l'analyse et l'évaluation de la nouvelle constitution. Un accent particulier fut mis sur les causes de l'effondrement de la IVe République, les perspectives de réformes dans le cadre de la nouvelle constitution ainsi que l'importance des relations franco-japonaises.

Il est à remarquer que sa critique de la IVe République poursuit essentiellement ce qu'il avait déjà dit auparavant : Capitant continua à critiquer le régime et les partis qui le soutenaient, comme en témoignent son évaluation négative sur le « régime des partis » ou encore de la « féodalité des partis ». Tous ses arguments furent maintenus sans changement après son arrivée au Japon. Aussi, les affirmations de Capitant sur la démocratie et le fédéralisme restaient fondamentalement inchangées et nous n'avons pas repéré d'éléments nouveaux à son analyse de la IVe République qu'aurait pu apporter son séjour au Japon.

Par exemple, lors d'une réunion de l'Association académique de droit public en mai 1958, six mois après son arrivée au Japon, Capitant donna une conférence sur le thème suivant : « Les problèmes de la démocratie et la constitution japonaise », durant laquelle il aborda la question des dommages que produit la règle de la majorité, ainsi que des limites du gouvernement représentatif et de la démocratie sociale. Sa théorie présentée à cette occasion était presque identique à celle décrite dans les *Principes du droit public*[9].

Il est intéressant de noter que Capitant critiqua assez sévèrement la nouvelle Constitution japonaise. Capitant remarque d'une part que la société japonaise était relativement homogène et que les effets néfastes de la règle de majorité étaient atténués par rapport à la France, qui possédait encore des territoires d'outre-mer. Il notait d'autre part qu'en ce qui concerne les pouvoirs du législatif, le système japonais privilégiait la Diète (Parlement japonais), comme dans la IIIe et la IVe République.

Évidemment, Capitant reconnaissait que la souveraineté de l'Assemblée japonaise est quelque peu limitée par le droit illimité du Premier ministre de dissoudre le Parlement et par l'obligation de recourir à un référendum pour modifier la Constitution : c'est toutefois justement cette disposition relative à la modification de la Constitution, prévue à l'article 96, qui fut jugée particulièrement problématique.

Si l'on suit le raisonnement de Capitant, dans la mesure où le peuple n'est pas autorisé à prendre l'initiative d'amender la Constitution, malgré la nécessité du référendum, toute possibilité d'augmenter les prérogatives populaires par voie

[9] R. Capitant, « Les problèmes de la démocratie et la constitution japonaise », *Public law review* [公法研究], nº 19, 1958, p. 1-13. Cet article est un rapport de la réunion de l'Association de droit public tenue en mai 1958. D'après le contenu, nous considérons que l'article avait été rédigé avant que de Gaulle ne prenne le pouvoir.

constitutionnelle est inexistante. Par conséquent, ce système représentatif, de son point de vue, doit être critiqué comme étant « figé[10] ».

En ce qui concerne les problèmes sociaux, il insiste sur le fait que la démocratisation de la sphère sociale doit être encouragée par l'amélioration des contrats de travail, car le « droit à la vie » garanti par l'article 25 de la Constitution ne suffit pas à lui seul à résoudre ces problèmes. Même au Japon, comme dans d'autres pays occidentaux, les contrats de travail sont devenus des contrats de « subordination » et ne répondaient pas aux exigences d'une véritable égalité et liberté[11].

Du point de vue de la théorie de la démocratie de Capitant, les lacunes de la Constitution du Japon ainsi que de la Constitution de la IVe République étaient en effet évidentes[12]. Elles étaient extrêmement réticentes à reconnaître toute forme de démocratie directe et, hormis la reconnaissance de la participation des travailleurs, elles restaient fondamentalement indifférentes à la démocratisation de la sphère sociale.

Pour conclure, disons que Capitant n'hésita pas à tirer la sonnette d'alarme devant ses collègues japonais en rappelant que si les problèmes sociaux n'étaient pas résolus activement, il existait un risque d'« explosion sociale », détruisant toute la démocratie politique.

La lecture de cette conférence permet aisément de comprendre que sa conception de la démocratie n'a pas faibli depuis son arrivée au Japon. Or, il serait utile de se demander comment cette conférence – très stimulante – à l'Association académique de droit public a été reçue par les spécialistes japonais du droit public. Pour autant que nous le sachions, il n'existe malheureusement pas d'évaluation ou de critique de la théorie de Capitant, ce qui nous amène à conclure qu'elle ne semble pas avoir attiré beaucoup l'attention dans les cercles académiques de l'époque[13].

Certes, dans cet archipel de l'Extrême-Orient, où le système parlementaire venait de reprendre racine après avoir émergé de la tourmente de l'après-guerre, il était encore difficile pour cette théorie pionnière de la démocratie d'être comprise et acceptée. Toutefois, si le cercle académique japonaise avait écouté plus sérieusement son argument grave sur les problèmes liés à l'absence d'éléments de démocratie directe, l'histoire constitutionnelle japonaise aurait pu prendre une tournure différente[14].

---

[10] *Ibid.*, p. 11. Capitant estimait que La Constitution du Japon était identique à celle de la IVe République en ce sens qu'elle ne peut pas procéder aux amendements constitutionnels que le peuple souhaite.

[11] *Ibid.*, p. 12-13.

[12] Par souci de bienséance, Capitant évitait de critiquer directement la Constitution japonaise, mais comme il soulignait les similitudes entre les deux Constitutions, nous ne pouvons affirmer sans difficulté que Capitant critiquait indirectement la Constitution japonaise.

[13] Fondé sur un entretien avec Yoichi Higuchi, spécialiste du droit constitutionnel et l'un des rares disciples de René Capitant.

[14] Au début de son discours, Capitant s'est excusé de n'avoir qu'une connaissance limitée de la constitution japonaise, mais a ensuite cité le proverbe français selon lequel « la vérité sort parfois de la bouche des enfants », suggérant ainsi que son analyse, qui n'était que celle d'un « enfant », aurait pu pointer du doigt une certaine part de vérité (*ibid.*, p. 1).

Un an plus tard, en mai 1959, dans une communication dite à l'université de Chuo, il évoqua également les problèmes de la souveraineté parlementaire, les défauts du système de représentation proportionnelle, la solution des problèmes coloniaux par le fédéralisme et la réforme sociale basée sur la participation des travailleurs[15]. Environ dix mois s'étaient écoulés depuis l'établissement de la Ve République en France mais les observations formulées dans cette conférence présentent peu de nouveautés.

Il convient toutefois de noter qu'en ce qui concerne la raison d'être du chef de l'État, Capitant a repris ici son argument d'avant-guerre qui consiste à placer le chef de l'État comme un « contrepoids » au système du multipartisme[16]. Or, l'idée que le chef de l'État – le Président – représente l'unité supérieure du peuple contre la multiplicité des partis politiques a été découverte par Capitant qui avait minutieusement analysé le régime de la République de Weimar, mais après la défaite de 1940, cette théorie de la représentation a été abandonnée. Cela s'explique par le fait que la position du chef de l'État était devenue moins importante à la suite du changement d'orientation de sa théorie vers le renforcement de la démocratie directe.

Il est intéressant de constater que Capitant reprit ici son ancienne théorie : à propos du rôle du Président sous la Ve République, après son retour à la politique, il vantera par la suite les fonctions positives du Président tout en s'appuyant implicitement sur les théories constitutionnelles allemandes de l'époque de Weimar, et nous pouvons voir ici dans cette conférence donnée au Japon le germe de cette nouvelle inflexion dans la trajectoire intellectuelle de Capitant.

Il mentionna également à plusieurs reprises l'importance de la relation franco-japonaise. Par exemple, le 24 juin 1958, juste après le retour de de Gaulle sur la scène politique, Capitant donna une conférence à l'International House of Japan (**国際文化会館**) à Tokyo, qui se termine par un passage sur l'« amitié franco-japonaise[17] ».

Selon Capitant, la France et le Japon, qui ont tous deux traversé une épreuve difficile pendant la dernière guerre, sont appelés à jouer un rôle important dans la construction d'un nouvel ordre mondial dans un contexte où les deux superpuissances – les États-Unis et l'Union soviétique – commençaient à détendre leurs relations. En d'autres termes, il insiste sur le rôle d'une France et d'un Japon dans la construction d'une nouvelle relation avec leurs pays voisins, chacun dans sa géographie, qui auraient vocation à être de différente nature que l'impérialisme et de la conquête, et ainsi créer un « monde plus humain ».

De ce court passage, nous pouvons deviner chez Capitant une sérieuse et forte motivation dans son choix de séjourner au Japon. Non seulement les gaullistes, mais aussi plus largement tous les Français de cette époque sentaient la nécessité de posséder une politique étrangère indépendante et forte, différente et bien distincte des deux superpuissances : ce discours indique que certains voyaient dans le Japon comme un relais pour cette politique en Asie.

---

[15] R. Capitant, « Les enseignements de l'expérience constitutionnelle française », *Comparative Law Journal*, vol. 5, nº 1, 1959, p. 1-26.

[16] *Ibid.*, p. 11-12.

[17] R. Capitant, *Le retour au pouvoir du général de Gaulle, ses causes – ses conséquences*, p. 14-15. Cet article reste inédit et est conservé aux Archives Nationales (an, Fonds René Capitant (1929–2003), 645AP/8).

III. La crise de mai 1958 et l'élaboration de la nouvelle Constitution

La vie paisible de Capitant au Japon ne dura cependant pas longtemps. Les bouleversements successifs en France eurent un impact profond non seulement sur Capitant mais aussi sur la société japonaise en général. En mai 1958, tandis que l'incapacité patente du gouvernement à gérer la crise algérienne ne cessait de s'aggraver, un coup d'État soutenu par le contingent fut réalisé afin d'empêcher l'indépendance de l'Algérie. Le président René Coty, qui a délaissé Pflimlin, proposa de nommer de Gaulle comme Premier ministre pour tenter de désamorcer la situation. Après quelques négociations, de Gaulle accepta cette demande et devint le dernier Premier ministre de la IVe République avec l'approbation de l'Assemblée Nationale, et se vit confier les pleins pouvoirs pour six mois.

Cependant, comme de Gaulle insista sur la nécessité d'une révision constitutionnelle comme condition de son accession au pouvoir, le Parlement vota en outre une loi constitutionnelle pour établir exceptionnellement les procédures et les principes de la révision constitutionnelle. Il s'agit de la fameuse « Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 ».

Il convient de noter que cette loi constitutionnelle elle-même n'a pas établi le contenu de la nouvelle constitution, mais plutôt le processus dérogatoire d'amendement constitutionnel et les principes que la nouvelle constitution devrait respecter. Premièrement, la procédure de révision constitutionnelle prévue au chapitre 11 de la Constitution de la IVe République fut modifiée pour exiger que le projet de constitution soit soumis à un référendum après avoir été formulé par le gouvernement. Antérieurement, les amendements constitutionnels nécessitaient une procédure complexe avec le concours de l'Assemblée Nationale et le Conseil de la République. Cependant, cet amendement a permis au gouvernement et au peuple de modifier la Constitution sans l'intervention du Parlement.

Deuxièmement, afin d'éviter de donner un chèque en blanc au gouvernement, la nouvelle constitution devrait répondre aux cinq principes suivants. À savoir : (1) seul le suffrage universel est la source du pouvoir ; (2) le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés ; (3) le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement ; (4) l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles ; et (5) organiser les rapports de la République avec les peuples de l'empire qui lui sont associés.

On voit ici que, dès son accession au pouvoir, de Gaulle a posé comme condition l'exclusion du Parlement du processus de révision constitutionnelle[18]. La délégation des pouvoirs d'urgence pendant six mois a permis de légiférer par ordonnances, et d'éliminer toute implication du Parlement depuis l'initiation de la proposition constitutionnelle jusqu'à son approbation finale[19].

---

[18] Selon l'analyse de Capitant, la cause de la chute de Mendès France était qu'il a minimisé l'importance de l'amendement constitutionnel. Fort de cet enseignement, de Gaulle présenta la réforme constitutionnelle comme une condition absolue (R. Capitant, *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bordas, 1972, p. 131-134).

[19] Néanmoins, la « loi constitutionnelle du 3 juin 1958 » exigeait que l'élaboration de la Constitution soit soumise à l'examen du « Comité consultatif constitutionnel (CCC) », composé de représentants des deux chambres. En ce sens, la participation du parlement était admise, mais il ne faut pas oublier que la CCC n'avait qu'un pouvoir consultatif. Cette création du CCC était la

De Gaulle et ses proches prêtèrent une attention maximale à ne pas répéter les erreurs passées lors de l'élaboration de la Constitution de 1946. Comme en 1945, les gaullistes étaient largement en minorité au Parlement : si on avait laissé les parlementaires prendre l'initiative de la rédaction, la réforme serait restée au minimum. C'est pour cette raison que de Gaulle a fait en sorte de réaliser les réformes en se fondant sur un lien direct entre le gouvernement et le peuple.

En outre, les cinq principes susmentionnés comprenaient également des mesures visant à restreindre le pouvoir législatif d'une part, tout en maintenant le système de cabinet parlementaire afin de gagner le soutien du parlement d'autre part. En particulier, de Gaulle et ses proches ont privilégié la séparation effective du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, et il n'est pas exagéré de dire que l'essence de la Ve Constitution républicaine réside dans ce principe.

Comme beaucoup l'ont souligné, le défaut majeur des Républiques précédentes était que, le pouvoir du Parlement étant trop fort, le pouvoir exécutif ne pouvait pas mener ses politiques avec suffisamment d'indépendance et de stabilité.

Tadakazu Fukase, qui fut présent lors de cette page de l'histoire pendant ses études en France estima également que la plus grande faiblesse de la IVe République était que le gouvernement n'avait d'autre choix que d'éviter toute action décisive pour pouvoir exister[20]. Aussi, selon Michel Debré, la France d'époque manquait cruellement d'« un pouvoir » et la réduction des pouvoirs du législateur était indispensable pour le faire renaître[21].

Bien sûr, ni Capitant ni Debré ne désiraient un quelconque fascisme ou une dictature. L'une des caractéristiques des gaullistes était leur conviction apparemment paradoxale que l'établissement d'un « exécutif fort » conduirait à la garantie de la liberté. En d'autres termes, ils affirmaient que la condition préalable pour garantir la liberté était de limiter les pouvoirs du pouvoir législatif en respectant strictement le principe de la séparation des pouvoirs, et en même temps de renforcer l'indépendance du pouvoir exécutif[22].

---

concession maximale de de Gaulle au Parlement (Fr. Goguel, « L'élaboration des institutions de la République dans la constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique*, vol. 9, nº 1, 1959, p. 71-72).

[20] T. Fukase, « La formation de la Constitution de la Cinquième République française et sa structure fondamentale [フランス第五共和制憲法の成立とその基本構造] », *Jurist* [ジュリスト], nº 194, 1960, p. 30. D'autre part, Fukase analysa aussi que la crise de 1958 serait plus facile à surmonter une fois le fonctionnement du système de gouvernance rétabli, car alors que la stagnation de la puissance industrielle et le vieillissement de la population avaient aggravé la crise à la fin de la IIIe République, la modernisation industrielle et la croissance démographique étaient au contraire favorable sous la IVe République. En fait, contrairement aux attentes de nombreux experts à l'époque, la France a connu un renouveau rapide sous la Ve République.

[21] M. Debré, « La nouvelle Constitution », *Revue française de science politique*, 9e année, nº 1, 1959, p. 29.

[22] N. Wahl, « Aux origines de la nouvelle Constitution », *Revue française de science politique*, 9e année, nº 1, 1959, p. 59-61. Selon Wahl, après la crise de février 1934, le débat sur la réforme constitutionnelle devenaient de plus en plus actif, et André Tardieu, auteur de « L'Heure de la décision », a joué un rôle central dans ce débat. Tardieu pensait également que l'autorité du pouvoir exécutif serait nécessaire pour restaurer la liberté et la paix, et grâce aux deux disciples de Tardieu, Capitant et Debré, nombre de ses propositions ont été adoptées dans la Constitution de 1958.

Ainsi, la rédaction de la Constitution a commencé, mais comme il existe déjà de nombreuses recherches antérieures sur ce sujet, je limiterai ma description au minimum nécessaire[23]. Comme on le sait, c'est Michel Debré qui joua un rôle central dans la rédaction de la Constitution dans le nouveau gouvernement. Bien que Capitant et Debré fussent tous deux gaullistes et partageassent une même base en termes de vision politique, à savoir la recherche d'un pouvoir exécutif fort, leurs idées différaient très souvent, et en ce sens, Debré était l'adversaire préféré de Capitant. Cependant, malgré leurs différences de tendance, Debré respectait Capitant qui avait 10 ans de plus que lui, et Capitant, de même, estimait les talents de Debré. Ce dernier rappelait qu'il avait été fortement influencé par le plan de réforme que Capitant avait proposé en 1936[24]. Aussi, on peut confirmer dans leurs écrits qu'ils ont continué à soutenir de Gaulle avec dévouement, en coopération l'un avec l'autre[25].

Par contre, dans les années 1950, alors que Capitant commença à aspirer à la démocratie directe, les différences entre les deux gaullistes deviennent plus importantes. Toujours selon Wahl, les différences peuvent être résumées comme suit. Capitant et Debré s'opposaient sur trois points majeurs : la solution à apporter à la question coloniale par l'introduction du fédéralisme, l'expansion de la démocratie directe, notamment par le recours au référendum, et l'application stricte du principe de la séparation du pouvoir.

Alors que Debré, d'un point de vue utilitaire, recherchait un système politique permettant à la France de regagner son pouvoir et sa grandeur, Capitant, d'un point de vue moraliste, était préoccupé par le fait que le peuple retrouve sa véritable souveraineté[26].

La nouvelle constitution a repris un grand nombre des propositions de réforme que Debré avait précédemment défendues. En particulier, les dispositifs détaillés concernant le « parlementarisme rationalisé » étaient l'œuvre de Debré[27]. En outre, le mode d'élection du président, qui consiste à éviter le suffrage universel direct et à adopter un système d'élection indirecte basé principalement sur les membres des conseillers locaux, était également une idée que Debré avait professée au temps de la Résistance.

---

[23] Voir les articles rassemblés dans D. Maus, L. Favoreu et J.-L. Parodi (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1992.

[24] Toujours selon Wahl, c'est l'intervention de Capitant sur Carré de Malberg qui semble avoir inspiré à Debré la réforme constitutionnelle. En ce qui concerne cette intervention de 1936, voir R. Capitant, « L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 259-269.

[25] Pour les efforts continus de Debré en tant que conseiller juridique de de Gaulle, voir, M. Debré, *Trois républiques pour une France*, t. 1, Paris, Albin Michel, 1984, p. 393-395 et p. 400-401. Pour l'appréciation de Capitant sur Debré, voir R. Capitant, « La rentrée politique de Michel Debré », in *Écrits politiques, 1960–1970*, Paris, Flammarion, 1971, p. 389-392. Dans cet article, tout en approuvant les propositions de réforme de Debré, Capitant n'a pas oublié de conseiller qu'elles devraient inclure encore plus des éléments démocratiques.

[26] N. Wahl, « Aux origines de la nouvelle Constitution », art. cité, p. 49-51. La différence la plus significative est que Debré s'était opposé à l'indépendance de l'Algérie jusqu'à la fin, tandis que Capitant a été un partisan actif de l'indépendance de l'Algérie dès le début.

[27] *Ibid.*, p.33-35.

D'autre part, de Gaulle a dû tenir compte des groupes conservateurs et centristes du Parlement qui lui ont accordé leur confiance. Comme on le sait, le projet gouvernemental de Constitution de la Ve République comprenait trois parties : (1) la partie à l'initiative de de Gaulle ; (2) la partie conçue par Debré ; et (3) la partie ajoutée par les ministres d'État[28]. Lors de la discussion au sein du Comité interministériel, tout en maintenant les principes de la restauration de l'autorité et de la stabilité du pouvoir exécutif, les ministres d'État proposèrent un certain nombre d'amendements, qui étaient une série de concessions pour éviter une réaction parlementaire[29]. L'étape suivante consistait à soumettre le projet du gouvernement au Comité consultatif constitutionnel (CCC) pour délibération, mais le CCC, composé en grande partie de parlementaires, était très réticent sur l'idée d'un « système parlementaire rationalisé ». Surtout, l'article 31, qui restreint les questions législatives, suscita de fortes objections, mais le gouvernement, dirigé par Michel Debré, resta ferme et a balayé toutes les objections faites. En conséquence, la contribution de la CCC à la rédaction fut minime, à l'exception d'une révision majeure du chapitre XII, intitulé « De la Communauté », qui régit les relations de la métropole avec les territoires d'outre-mer[30].

Le projet de constitution fut ainsi achevé en trois mois à peine et approuvé par le peuple français à une écrasante majorité lors d'un référendum du 28 septembre 1958. La phase de création étant ainsi terminée, la survie de la nouvelle République naissante dépendait avant tout de la « pratique » consistant à surmonter la crise algérienne et dans sa capacité à réaliser les réformes sociales. Capitant aurait alors une nouvelle chance de jouer un rôle actif dans cette nouvelle phase lors de son retour de Tokyo.

IV. Première bilan de la Ve République

Ironie du sort, le « changement de régime » que Capitant prônait depuis des années est devenu une réalité six mois seulement après son départ de France. Il n'est pas surprenant que Capitant ait été fortement déçu, puisque la mission de rédiger la nouvelle constitution fut confiée à Debré, et que Capitant n'a même pas été consulté.

À cet égard, de Gaulle aurait pu avoir la possibilité de rappeler Capitant pour le faire participer à la rédaction de la constitution. Mais, cette solution alternative aurait été irréaliste étant donné que de Gaulle ne disposait que très peu de temps pour rédiger la constitution et que Capitant aurait pu avoir des difficultés à abandonner subitement la charge de la direction de la Maison franco-japonaise. En outre, il fait peu de doute que le caractère non-conformiste de Capitant fut un facteur non-négligeable dans cette histoire.

Sur ce point, Decout-Paolini émet l'hypothèse que de Gaulle, qui craignait que son caractère intransigeant ne soit un désastre dans l'élaboration de la constitution,

---

[28] Fr. Goguel, « L'élaboration des institutions de la République dans la constitution du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique*, vol. 9, nº 1, 1959, p. 76.

[29] *Ibid.*, p. 79.

[30] *Ibid.*, p. 81-86.

l'a intentionnellement exclu[31]. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, le gouvernement n'était pas monolithique, car des hommes politiques conservateurs et centristes influents, tels que Pflimlin, Mollet et Pinay, y participaient en tant que ministres d'État. Il semble que Capitant, du fait de son intransigeance, manquait de tact pour faire des compromis et parvenir à des accords dans une situation aussi volatile où le temps manquait.

Il ne fait néanmoins aucun doute que de Gaulle attendait beaucoup de lui car il a été choisi par la suite comme président de la « Commission des Lois » après son retour en France. Dans ce rôle qu'il accepta, Capitant joua un rôle décisif dans le développement de la Ve République lors de la réforme constitutionnelle de 1962 et de la réforme du Sénat en 1969. En ce sens, il n'a certainement pas été le « créateur » de la Constitution de 1958, mais on peut lui reconnaître le mérite d'en être le « nourricier ».

Or, la naissance de la Ve République mettait Capitant dans une position difficile. Bien que les dispositions de la nouvelle constitution soient loin de son idéal, la priorité, même pour lui, était d'assurer la prise du pouvoir par de Gaulle et d'apporter une solution à la crise algérienne. De plus, l'opinion publique japonaise d'alors n'étant pas favorable à de Gaulle, Capitant accepta volontairement le rôle de propagateur de la légitimité de la Ve République en tant que porte-parole non-officiel du général de Gaulle au Japon.

En France, en particulier par la gauche, ce dernier était critiqué avec malice au motif que sa prise de pouvoir était similaire à celle du maréchal Pétain environ un quart de siècle auparavant. Au Japon également, il était loin de faire l'unanimité : « De Gaulle est-il vraiment un fasciste ? » était une question courante à l'époque. C'est dans ce contexte que Capitant continua à affirmer, dans des interviews accordées à divers médias, que l'effondrement de la IVe République n'était qu'une conséquence inévitable d'un système désuet et que la nouvelle constitution proposée par de Gaulle permettrait de résoudre le problème colonial et de réaliser les réformes sociales nécessaires.

Pour preuves, nous pouvons citer les documents conservés aux Archives Nationales, des interviews et des brouillons de ses émissions de radio pendant son séjour au Japon [32] . Par ordre chronologique, (1) l'article du *Yomiuri Shimbun* du 29 mai 1958, « M. René Capitant expose. L'essentiel du Général De Gaulle » ; (2) l'article du *Sankei Shimbun* « Le Général de Gaulle et moi » du même jour ; (3) l'interview à la radio TBS du 30 mai 1958 ; (4) l'interview à NHK du 8 juin 1958 ; (5) l'article du *Mainichi Shimbun* du 12 juillet 1958 « De Gaulle contre le fascisme », (6) l'interview à NHK du 30 septembre 1958.

Si l'on fait abstraction des détails secondaires, le contenu de ces articles est en substance le même et peut être résumé comme suit. Capitant commence par rappeler que la chute de la IVe République était inévitable et que de Gaulle a pris le

---

[31] R. Decout-Paolini, *René Capitant, homme de gauche et gaulliste*, *op. cit.*, p. 46.

[32] Les archives dévoilent que Capitant a été inondé de demandes d'interviews. Les médias japonais ont dû être surpris d'apprendre que le fidèle compagnon de de Gaulle séjournait à Tokyo et ont profité de sa présence pour lui demander son analyse. Pour le catalogue des documents relatifs à René Capitant, voir le site suivant : [https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/IR/FRAN_IR_003571]. Les documents relatifs à son séjour au Japon sont conservés, aux Archives nationales, dans le carton 645AP/9.

pouvoir de manière légitime. Il se trouve qu'au Japon, dans un contexte d'un pays qui se relevait à peine de la seconde guerre mondiale et du gouvernement dictatorial subséquent, nombreux étaient ceux qui considéraient de Gaulle comme un fasciste – par projection de la situation japonais récente sur la France. En réaction à cette opinion, Capitant affirma que la mort de la IVe République était principalement due à son manque de légitimité démocratique, et que de Gaulle avait entamé la réforme constitutionnelle en tant que sauveur de la démocratie et leader de l'antifascisme[33].

Ensuite, concernant la question coloniale, de Gaulle promeut l'introduction d'un fédéralisme plus libéral et égalitaire. À cette occasion, Capitant prévoit que le système colonial serait aboli dans sa forme actuelle au profit d'un système fédéral fondé sur la libre volonté des États membres, comme en Suisse ou aux États-Unis. Capitant souligna donc devant les médias japonais que la domination unilatérale de la France devait être remplacée par une nouvelle relation fondée sur la liberté et l'égalité et que cette possibilité avait de fortes chances de se réaliser.

Il est important de noter qu'en ce qui concerne la question algérienne, Capitant ne doutait pas que l'intention de de Gaulle était de reconnaître l'indépendance. En été 1958, de Gaulle n'avait pas encore pris clairement position sur l'indépendance de l'Algérie. Étant un réaliste autant qu'un opportuniste, de Gaulle pensait qu'il était trop tôt pour annoncer la reconnaissance de l'indépendance afin d'étouffer dans l'œuf toute réaction des soutiens de l'Algérie française sur place et en métropole.

Il se trouve qu'en fin de compte le pronostic de Capitant se révéla juste, et de Gaulle semble avoir été déterminé dès le départ à reconnaître l'indépendance de l'Algérie ; en tout cas il s'orientera vers cette reconnaissance dès qu'il aura pris le contrôle de l'armée et mis fin au chaos sur le terrain. L'histoire nous montre que, comme Capitant l'a prédit, de Gaulle entama la négociation avec le FLN tout en continuant la guerre, et l'indépendance de l'Algérie fut confirmée après l'approbation des accords d'Évian par le référendum d'avril 1962.

Nous n'avons aucun moyen de savoir à ce jour à quel point les prévisions de Capitant étaient fondées. Il est probable qu'il essaya de restaurer la réputation de de Gaulle en insistant devant les Japonais sur sa volonté présumée de résoudre le problème colonial par le biais de l'indépendance, abusant quelque peu de sa position de porte-parole. Cette manière d'exagérer est typique chez Capitant.

En outre, pour mieux comprendre ce qu'il pensait à l'époque, il est important d'analyser la conférence intitulée « Le retour au pouvoir du général de Gaulle, ses causes – ses conséquences », qui eût lieu à la Maison internationale du Japon le 24 juin 1958, trois semaines après le retour au pouvoir du général de Gaulle[34]. Dans cette conférence, il explique la raison de la chute du précédent régime ainsi que la position du général de Gaulle sur la nouvelle Constitution. Selon lui, l'essentiel de la pensée constitutionnelle gaullienne était en pratique la négation de la

[33] Dans l'article du *Mainichi Shimbun* (journal quotidien *Mainichi*) du 12 juillet 1958, Capitant répliqua que si de Gaulle n'était pas intervenu, la France aurait pris le même chemin que le Japon vers la dictature militaire après l'« incident de Mandchourie ».

[34] Comme nous l'expliquerons plus loin, la transcription n'a jamais été publiée, et un tapuscrit est conservé aux Archives nationales (AN, Fonds René Capitant, 645AP/9).

IVe république qui portait principalement sur deux critiques des faiblesses du précédent régime : (1) ne pas avoir pu se défaire du problème d'un exécutif faible, complètement subordonné au Parlement ; (2) ne pas avoir su résoudre le problème colonial[35].

Capitant estimait que ces deux problèmes étaient inextricablement liés. Bien qu'il soit évident que l'impérialisme et le colonialisme ne pouvaient plus être soutenus tel quel, le régime instable de la IVe République n'a pu que repousser la résolution de ces problèmes à plus tard. Cette position indécise conduisit au mécontentement général en Algérie et dans le contingent algérien, et le régime, qui avait perdu le soutien populaire, n'a pas pu faire face à cette crise[36]. Ainsi de Gaulle revint au pouvoir, non seulement afin de contenir les militaires mais surtout de gagner le soutien du peuple.

Ensuite, en ce qui concerne la réforme politique, Capitant esquissa le nouveau régime envisagé par le Général en s'appuyant sur le discours de Bayeux et son discours radiophonique du 13 juin 1958. En pratique il explique que d'une part, le pouvoir du Président – en particulier avec le pouvoir de dissoudre le Parlement – serait étendu afin de renforcer le pouvoir exécutif, mais que, d'autre part, le système parlementaire, dans lequel le Premier Ministre est responsable devant le Parlement, serait maintenu.

Cependant, ce dualisme étant similaire au système parlementaire de type orléaniste ou celui de la République de Weimar, Capitant a dû admettre que la critique de Duverger selon laquelle il restait « trop classique » n'était pas sans fondement. Mais en même temps, il répliqua que l'introduction d'un système fédéral était essentielle pour résoudre la question coloniale et que l'adoption du dualisme était un système adapté à ce fédéralisme. En d'autres termes, il fit valoir qu'il serait plus facile de réaliser l'« Exécutif stable et fort » en installant de Gaulle comme président de la Communauté et non comme le chef de cabinet.

Quant à cette question coloniale, nous avons déjà vu que Capitant avait continué à insister sur le fédéralisme, et il profita de cette occasion pour souligner que de Gaulle partageait le même point de vue. En effet, devant l'audience japonaise, il annonça non seulement la reconnaissance de l'indépendance des colonies (y compris l'Algérie), mais aussi l'établissement d'une nouvelle relation dans l'Empire fondée sur les principes du nationalisme et de l'égalitarisme – la fédération franco-africaine.

Or, dans cette conférence, il prétendit présenter l'opinion de de Gaulle, mais nous sommes amenés à estimer que, plus que l'opinion de de Gaulle, il présentait sa propre idée. De nombreuses affirmations du type « De Gaulle devait penser de cette façon… » se trouvaient dans son discours, mais il est peu probable qu'elles correspondaient exactement à la pensée de celui-ci après son retour au pouvoir. En ce sens, Capitant abusait quelque peu de sa position de porte-parole auto-proclamé.

---

[35] R. Capitant, *Le retour au pouvoir du général de Gaulle, ses causes – ses conséquences*, *op. cit.*, p. 5-8.

[36] *Ibid.*, p. 6-8.

Par exemple, en ce qui concerne les relations étrangères, une position pro-communiste fut exprimée et l'adhésion de la République populaire de Chine aux Nations unies fut soutenue. En outre, Capitant exprima une perspective optimiste sur l'indépendance de l'Algérie, bien qu'il faille noter qu'il s'agit de sa propre opinion.

En définitive, le manuscrit de cette conférence n'a pas été publié et resta rangé dans le carton des Archives Nationales. Nous avons pu en prendre connaissance grâce à une lettre privée d'Armand Bérard, l'ambassadeur français au Japon à l'époque[37]. Ce diplomate fit entendre à l'universitaire les considérations suivantes : une critique sévère de la IVe République était contraire aux intérêts de la France. Aussi, diminuer le prestige de la France ou nier la légitimité de la domination française en Algérie rendraient la tâche du nouveau gouvernement dirigé par de Gaulle plus difficile. De plus, l'affirmation de Capitant concernant l'amélioration des relations avec les pays communistes ne correspondaient pas forcément à la vision du Général. Pour finir, Bérard conclut sa lettre par le passage suivant, qui pourrait être pris soit comme un avertissement, soit comme un conseil : « En ce qui me concerne, mon souci serait de ne pas embarrasser le gouvernement par des affirmations dont je ne serais pas absolument certain. C'est évidemment une préoccupation de diplomate. Mais, n'es-tu pas, toi-aussi, dans ce poste de Directeur de la Maison Franco-Japonaise, un Ambassadeur de la France[38] ? »

Il nous est impossible de préciser ce que Capitant écrivit en réponse au conseil de l'ambassadeur. Si l'on juge par son caractère et son passé, il est probable qu'il était contre l'idée de changer quoi que ce soit à son manuscrit[39]. Cependant, il semble que Capitant se soit finalement rendu à la raison en comprenant que des critiques virulentes pourraient mettre en péril la position du général de Gaulle et compromettre la France au Japon. Désormais, Capitant maintint son soutien au nouveau gouvernement en limitant quelque peu ses critiques à l'encontre du nouveau régime comme de l'ancien.

En effet, l'ambivalence de sa première évaluation sur la Constitution naissante est bien connue. Dans la préface de « De Gaulle dans la République » de Léo Hamon, il porta un jugement résolument négatif sur la nouvelle constitution. Toutefois, il exprima à contrecœur son approbation de la nouvelle constitution en arguant que le fédéralisme tel qu'il y était prévu est essentiel pour résoudre le problème colonial et qu'il faudrait éviter à tout prix un retour à la IVe république. Tout d'abord, vérifions le bilan décevant exprimé dans cette préface.

> Il n'est plus de savoir si cette Constitution est bonne : elle ne l'est pas. Mais de savoir si elle est assez mauvaise pour qu'on doive sacrifier la Fédération. En d'autres termes, met-elle la République en danger ? À cette dernière question, je

---

[37] Selon la correspondance privée de Bérard, le manuscrit devrait être publié dans un « Bulletin » (on ne sait pas exactement à quel bulletin il fait référence), mais pour les raisons indiquées ci-après Bérard semble avoir demandé à Capitant de réviser certaines parties de l'article en vue de sa publication.

[38] Correspondance privée de Bérard à Capitant, 30 juin 1958 (AN, Fonds René Capitant, 645AP/9).

[39] Comme le rappelle Olivier Beaud, le manuscrit de sa conférence de 1954 à l'Université de Nice est également resté inédit. Peut-être que, comme dans le cas présent, les personnes concernées, inquiètes des revendications radicales de Capitant, ont mis un terme à sa publication.

> réponds franchement : non. Non elle ne met pas la République en danger. Parce qu'elle ne conduit ni au fascisme, ni à la dictature personnelle[40].

Ce passage nous montre sa déception et sa colère de ne pas avoir pu participer à la rédaction de la constitution. Par contre, il faut noter que c'était le manque de légitimité de la IVe république qui était considéré comme l'origine de la crise de régime. Selon Capitant, la précédente Constitution n'était pas suffisamment démocratique, comme l'illustre l'adoption de la représentation proportionnelle, le rejet des référendums et les restrictions au droit de dissolution de l'Assemblée Nationale, ce qui entraîna la défection du peuple pendant la crise[41]. Aussi, Capitant reprit ici sa critique rigoureuse du colonialisme. La IVe République, qui avait perdu le soutien du peuple, n'était pas en mesure de poursuivre la guerre pour maintenir les colonies. Dans ce sens, il vit son échec comme inévitable[42]. Alors, quel était son bilan de la crise du 13 mai 1958 ? Selon lui, il ne s'agissait pas d'un coup d'État de quelques officiers, mais d'une insurrection de l'armée tout entière, qui résultait du manque de légitimité du régime dans son ensemble.

> La IVe République s'est écroulée comme un vieil arbre vide, qui ne tient plus que par son écorce et que le moindre vent suffit à jeter bas. On a cessé de lui obéir, non seulement les parachutistes d'Algérie, mais les garnisons de la Métropole, les forces de police, les citoyens eux-mêmes, décidés à ne pas lever le doigt, à ne pas risquer un cheveu pour défendre ce qu'ils savaient depuis longtemps être fondé sur l'imposture. Seule la légitimité commande l'obéissance. Si l'obéissance cesse, c'est qu'il n'y a plus de légitimité reconnue[43].

Nous pouvons ici reconnaitre la théorie du « droit positif » élaborée par Capitant dans l'entre-deux-guerres. Puisque la positivité de la loi dépend en définitive de l'obéissance volontaire du peuple, si cette obéissance volontaire cesse, cela signifie la perte de la positivité, et donc la fin du régime. La IVe République n'étant plus qu'un fantôme, Capitant ne ressentait même pas le besoin de la regretter. Logiquement, la crise du 13 mai fut pour lui une occasion de reconstruire cette légitimité. Le projet de nouvelle constitution étant achevé, le référendum sur les amendements constitutionnels était prévu dans les semaines suivantes[44]. En soutenant la nouvelle constitution, Capitant exprima ainsi ses espoirs dans le nouveau gouvernement dirigé par de Gaulle.

Il convient toutefois de noter que son bilan des deux piliers de la nouvelle constitution – l'introduction du fédéralisme pour résoudre le problème colonial et la réforme du parlementarisme pour renforcer le pouvoir exécutif – comportait une nuance importante comparée à son évaluation générale.

D'un côté, Capitant fut résolument en faveur de l'introduction du fédéralisme. En particulier, le droit accordé aux peuples des territoires d'outre-mer de choisir

---

[40] R. Capitant, « Préface à l'ouvrage de Léo Hamon : *De Gaulle dans la République* », in *Écrits Constitutionnels*, Paris, cnrs, 1982, p. 368.

[41] *Ibid.*, p. 356-357.

[42] *Ibid.*, p. 357-359.

[43] *Ibid.*, p. 360.

[44] La préface de « De Gaulle dans la République » a été achevée le 11 septembre 1958 et le référendum était prévu pour le 28 septembre 1958, soit environ deux semaines plus tard.

d'accepter ou non la nouvelle constitution fut considérée comme conforme au principe d'autodétermination fondé sur l'égalité et la liberté[45]. Et, dans la mesure où ce principe fondamental était également suivi en Algérie, il n'y avait aucune raison de s'opposer à cette partie de la constitution[46].

D'un autre côté, Capitant fut très sévère sur l'architecture des instances de pouvoirs en Métropole. Ses critiques furent nombreuses, mais le point essentiel d'achoppement était pour que lui que la nouvelle constitution favorisait en définitive plus fortement le libéralisme que la démocratie. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, les rédacteurs, et avant tout Debré, partageaient l'idée fondamentale d'un pouvoir exécutif fort et du principe du fédéralisme, mais contrairement à Capitant, ils étaient plus modérés et libéraux dans leurs solutions institutionnelles. Ils avaient plutôt choisi la répartition du pouvoir vers les « notables » et l'ancienne élite politique craignant qu'un renforcement de la démocratie directe ne conduise à la « tyrannie de la majorité ».

Bien entendu, Capitant était d'accord pour dire que c'était une bonne chose que la nouvelle constitution ait tenté de contrecarrer la prépondérance absolue de l'Assemblée et les dommages subséquents, ainsi de rationaliser le système parlementaire[47]. Néanmoins, pour atteindre cet objectif, la nouvelle Constitution a commis l'erreur, selon lui, de diviser les institutions représentatives, alors qu'elle aurait dû renforcer la démocratie directe pour mieux se conformer au principe de la souveraineté populaire.

> Il [le système proposé] tend à la division de la souveraineté plutôt qu'à la souveraineté du peuple. Or, je crois qu'au XXe siècle convient l'État fort de la démocratie, plutôt que l'État faible et divisé auquel aspiraient les libéraux[48].

L'idée selon laquelle un État fort est essentiel pour réaliser des réformes sociales est une affirmation que Capitant avait faite à plusieurs reprises depuis les années 1930. Cependant, en 1958, alors que la nécessité de renforcer le pouvoir exécutif était toujours approuvée, l'accent de son discours s'est déplacé vers l'insistance de la nécessité de l'expansion de la démocratie directe.

Ainsi, Capitant ne cessa d'affirmer que « l'arbitrage populaire » déclenché par la dissolution du parlement ou le référendum serait nécessaire pour y parvenir. Mais, comme le prévoit l'article 5 de la nouvelle constitution, cette tâche d'arbitrage fut attribuée au Président, ce qui était également une source d'indignation pour Capitant. Aussi, le référendum sur les questions législatives a été introduit dans la nouvelle constitution, mais le rôle du peuple restait purement passif, ce qui était loin de son idéal. Le peuple n'était pas autorisé à provoquer de son mouvement un

---

[45] Pour ajouter quelques explications, le référendum sur l'approbation de la nouvelle constitution a été organisé non seulement en France mais aussi dans les différentes colonies, dont l'Algérie. Et si la nouvelle constitution était rejetée, cela signifierait l'indépendance et la sortie de la Communauté française. En conséquence, seule la Guinée l'a rejetée et a immédiatement obtenu l'indépendance. La plupart des autres colonies, dont l'Algérie, après avoir rejoint la Communauté, ont ensuite opté pour l'indépendance avant 1962.

[46] R. Capitant, « Préface à l'ouvrage de Léo Hamon : *De Gaulle dans la République* », art. cité, p. 361-363.

[47] Capitant critiqua néanmoins la nouvelle constitution pour avoir limité le champ d'application de la législation (art. 34) et élargi le pouvoir d'exécutif par le biais de l'ordonnance (art. 13), affirmant que ces réformes étaient excessives et causeraient des difficultés dans la pratique (*ibid.*, p. 364-365).

[48] *Ibid.*, p. 366.

référendum et, par conséquent, ce projet fut considéré comme insuffisant pour promouvoir la réforme.

Capitant présenta encore d'autres critiques cinglantes sur cette constitution mais il n'est pas nécessaire de les reproduire ici. Notons simplement qu'il finit par conclure, une fois passées ses réactions à chaud, que la nouvelle constitution devait être approuvée. Après tout, comme nous l'avons mentionné au début de cette partie, sa première priorité était de résoudre la question coloniale, en particulier la crise algérienne, en introduisant le fédéralisme. Selon lui, si le fédéralisme n'était pas appliqué, la guerre civile et l'anarchie seraient devenues inévitables. Aussi, même si la nouvelle constitution présente de nombreux problèmes, elle n'exposerait pas l'État français aux dangers du fascisme ou de la dictature car la nouvelle constitution était suffisamment libérale.

Ce faisant, Capitant réfutait fortement l'idée d'assimiler de Gaulle au fascisme. Selon lui, le « lit de la dictature » fut plutôt les gouvernements anarchiques qui ont eu le tort de perdre leur légitimité : en ce sens, ce fut toujours la faillite du régime précèdent qui a conduit à la crise puis à l'avènement de la dictature[49]. D'où s'ensuit que la restauration d'un gouvernement légitime était une tâche urgente, et que l'approbation d'une nouvelle constitution en était la première étape. Aussi, nous semble-t-il qu'il a bien vu la situation difficile dans laquelle se trouvait les gaullistes à cette époque[50]. Comme nous l'avons déjà dit, bien que De Gaulle et Debré aient pris l'initiative d'élaborer la Constitution, ils ne pouvaient ignorer les volontés de la majorité parlementaire.

En résumé, pour Capitant, la nouvelle constitution étant entachée de ces défauts, une occasion inespérée d'instaurer une véritable démocratie fut perdue. Pourtant, il semble qu'il n'avait pas encore perdu tout espoir dans la possibilité de cette instauration. Le nouveau système encore tout jeune était en pleine évolution et Capitant pensait que le développement du fédéralisme pourrait favoriser des changements majeurs dans les instances de pouvoir de la Métropole[51]. Toutefois, le développement d'un système fédéral, tel qu'il l'espérait, n'a jamais vu le jour. De nombreuses colonies ont accédé à l'indépendance, et l'idée du fédéralisme fut rapidement abandonnée. Mais paradoxalement, la résolution de la question coloniale, aboutissant à l'indépendance de l'Algérie, ouvrit la voie à la possibilité d'une démocratie idéale telle que la concevait Capitant.

V. Le renforcement du régime et les inflexions de sa théorie

Le jugement sévère porté par Capitant dans les débuts de la Ve République est bien connu en France. Il est considéré actuellement comme représentatif de sa théorie à l'époque. Il faudrait toutefois noter que ses idées ont pu changer par la suite. Car le ton de sa critique s'adoucit et une évaluation plus positive fut exprimée dans la conférence de l'université Chuo qui s'est tenue environ un an après la prise de pouvoir du général de Gaulle.

---

[49] *Ibid.*, p. 369.

[50] Capitant constata que la méfiance des « parlementaires chevronnés » impliqués dans le processus constitutionnel a empêché le développement de la démocratie directe (*ibid.*, p. 366).

[51] *Ibid.*, p. 370-371.

Lors de cette conférence organisée par l'Institut japonais de droit comparé, Capitant rappela l'importance de la recherche juridique comparative en accord avec le point de vue de Sugiyama Naojiro[52]. L'objectif principal était d'extraire un fonds commun en comparant divers systèmes juridiques et de découvrir des « enseignements » qui seraient bénéfiques à d'autres systèmes juridiques[53]. Suivant cette orientation, Capitant contribua à tirer des leçons pour la démocratie à partir des turbulences de la politique française vécues dans les années récentes.

Premièrement, il souligna l'importance de changements fondamentaux dans les conditions générales de l'époque qui ont provoqué ces bouleversements politiques. Suivant son analyse, trois facteurs furent le moteur principal de la réforme politique : la croissance démographique due à une augmentation du taux de natalité, le développement de nouvelles sources d'énergie telles que le pétrole et l'énergie nucléaire, et un changement de la conscience politique du peuple déclenché par la Résistance[54].

Deuxièmement, il expliqua que malgré les différences historiques ou géographiques, comme de nombreux pays étaient confrontés à des problèmes communs, l'expérience d'un pays pourrait être bénéfique aux autres. Selon son diagnostic, la cause profonde de ce phénomène fut à rechercher dans l'« irruption de la science et de la pensée modernes ». Le développement de la science et de la technologie ainsi que l'évolution de la pensée ont considérablement accru la puissance de l'homme sur la nature, mais une transformation correspondante du système politique devait encore être réalisée. C'est pour cette raison que chaque pays doit coopérer pour résoudre les problèmes communs de toute l'humanité[55].

Dans sa jeunesse, René Capitant avait déjà prêté attention au développement de la science et de la technologie dans la société moderne. À l'époque, il était l'un des fondateurs du Parti républicain syndicaliste (PRS), dirigé par Georges Valois. Il écrivit alors sur les problèmes de la société moderne dans le journal du parti « Cahiers Bleus ». À l'occasion d'une enquête menée par ce journal et intitulée « Tendances de la génération nouvelle », il y affirma que le développement des sciences et des technologies caractérisait le monde de l'après-guerre, et que, comme l'illustre son programme d'action « Moderniser à outrance ; l'électricité et le ciment armé », l'objectif était de le pousser à l'extrême[56].

Près d'un quart de siècle plus tard, Capitant, qui abordait ses vieux jours, continuait à entretenir cette idée. Toutefois, lors de cette enquête de 1928, si la « confusion des partis » était considérée comme un problème, il n'était pas jugé nécessaire de réformer le système parlementaire lui-même. Mais fortement déçu par les échecs

---

[52] Sugiyama Naojirô (杉山直治郎) (1878–1966) est un spécialiste de droit français et un des fondateurs des études de droit comparé au Japon notamment sous l'influence de René Capitant. Il a également occupé le poste du premier directeur de l'Institut de droit comparé de l'Université Chuo.

[53] R. CAPITANT, « Les enseignements de l'expérience constitutionnelle française », art. cité, p. 1.

[54] Ce qui est caractéristique dans cet article, c'est que l'accent fut mis sur le changement économique et social, car – selon Capitant – les changements de structure politique ne sont qu'un reflet de changements plus profonds dans les sphères économiques et sociales (*ibid.*, p. 2-3).

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

[56] « Réponse de René Capitant », *Cahiers Bleus*, nº 7, 15 décembre 1928, p. 14.

successifs du système parlementaire, il chercha désormais un nouveau système politique plus adapté aux évolutions de la société moderne et il fut convaincu que le système de la Ve République pouvait servir de modèle aux États parlementaires du monde entier :

> il est fort peu probable que les réformes [*i.e.* la naissance de la Ve République] qui y ont été réalisées restent sans effets sur l'évolution des autres démocraties parlementaire au cours des prochaines années[57].

On peut constater aussi que son évaluation de la nouvelle Constitution fut améliorée par rapport à celle exprimée dans la préface de « De Gaulle dans la République ». En effet, l'abolition de la souveraineté parlementaire ainsi que du système de représentation proportionnelle était considérée comme la restitution de la souveraineté populaire. Aussi, quant au rôle du Président, il fut désormais conçu comme un « contrepoids » nécessaire et efficace aux maux du système multipartiste, et comme représentant l'unité de la nation[58].

Capitant affirma de plus que cette réforme pourrait également constituer une référence pour le Japon. Or, bien que la Constitution japonaise accorde au Premier ministre le droit illimité de dissoudre la Chambre basse, ce qui est similaire au système parlementaire britannique à cet égard, le système électoral de l'époque a provoqué des divisions au sein des partis politiques et, en ce sens, il restait entaché des mêmes défauts que ceux du système de représentation proportionnelle. Suivant cette analyse, il alertait ainsi sur le risque que le régime japonais pourrait subir la même crise du parlementarisme que celle de la IVe République.

La lecture de cette conférence l'université de Chuo nous amène à conclure que Capitant avait renoncé à soutenir un système parlementaire de style britannique, qui se caractérisait par le bipartisme et le leadership fort du premier ministre, et choisit un autre système marqué par la prépondérance du Président. Ce faisant, il laissa une prévision très pessimiste à l'égard du régime parlementaire, affirmant qu'il ne survivrait pas s'il ne choisit pas soit le modèle britannique traditionnel, soit le nouveau modèle français[59].

Il faut souligner qu'il exprima pour la première fois des doutes fondamentaux sur la faisabilité d'un système à deux grands partis. Selon lui, dans un pays où le multipartisme s'est enraciné, il serait extrêmement difficile de faire renaître le bipartisme même en modifiant le système électoral. Le seul remède étant de fonder un nouveau système adapté au multipartisme, il fit valoir que la meilleure solution pour éviter le dysfonctionnement du système parlementaire tout en conservant le multipartisme serait un système présidentiel à la française.

Comme nous l'avons déjà évoqué, en septembre 1958, Capitant avait porté un jugement extrêmement sévère sur la Constitution. En revanche, huit mois plus tard, elle fut censée être le modèle des démocraties parlementaires. Que faut-il penser de ce changement radical dans appréciation de la constitution ?

Bien entendu, puisque cette conférence à l'université de Chuo était destinée à un public japonais, on pourrait supposer que Capitant tempéra ses critiques afin de

---

[57] R. Capitant, « Les enseignements de l'expérience constitutionnelle française », art. cité, p. 5.

[58] *Ibid.*, p. 11.

[59] *Ibid.*, p. 10

maintenir le prestige international du général de Gaulle. De plus, le nouveau gouvernement ayant pris un départ satisfaisant, il a peut-être réalisé – bien que tardivement – les avantages de la nouvelle constitution. En particulier, de Gaulle, qui s'est placé au-dessus des partis en tant que chef d'État et a initié diverses réformes, fut considéré comme le successeur du président Hindenburg, qui avait affronté la crise de la République de Weimar[60].

Une autre raison pourrait être que Capitant, après avoir fait l'expérience du parlementarisme japonais, se rendit compte que le système britannique n'était pas nécessairement le « standard » mondiale. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le parti libéral démocrate (LDP) détenait constamment le pouvoir, mais comme il existait de fortes « factions » au sein du LDP, la situation était en fait similaire à un système de type du multipartisme[61]. Capitant nomma cette situation « factionnalisme » et analysa qu'elle avait perduré depuis la période Edo et ne pouvait donc pas être facilement résolu.

Il constata également que, même si la politique japonaise était embourbée dans le copinage et la corruption, les Japonais acceptaient cette situation car le gouvernement, même corrompu, maintenait la paix et la stabilité en évitant les réformes excessives qui pourraient déstabiliser le pays. En d'autres termes, les Japonais – notamment les ouvriers, les jeunes et les pauvres – qui avaient subi les ravages de la guerre souhaitaient avant tout la stabilité et désiraient éviter toutes les réformes radicales que les partis de gauches préconisaient. Il en conclut que le LDP parvenait à rester au pouvoir en acquérant la légitimité de répondre à l'attente du peuple et en préservant ainsi la stabilité et la prospérité du pays[62]. Il qualifia cette mentalité des Japonais de « conservatrice », mais ce jugement n'était pas nécessairement négatif pour lui. Au contraire, il appréciait que cette morale japonaise de « ne pas se révolter » trouvât son origine dans l'éducation morale d'avant-guerre, qui était l'une des plus élevées au monde[63].

Reste à savoir quels enseignements René Capitant a tirés de cette situation entourant le gouvernement de Kishi[64]. Le système politique japonais, qui évite les

---

[60] À noter que Capitant, dans les années 1930, appréciait positivement le rôle joué par Hindenburg en tant que « représentant de la nation » : « On peut dire que le Maréchal Hindenburg, conscient de cette mission [représenter la nation dans son ensemble] dès 1925, on l'a vu, n'y a pas failli un instant au cours de son septennat » (R. CAPITANT, « Le rôle politique du président du Reich » (1932), in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, *op. cit.*, p. 401).

[61] Bien que Capitant ne fût pas capable de comprendre le japonais, il avait une compréhension assez précise de la situation politique au Japon, grâce à la coopération du personnel de la Maison franco-japonaise et d'autres collaborateurs. Pour preuve, il reste un article intitulé « La démocratie japonaise en 1958 » dans le Fonds René Capitant (645AP/9) des Archives nationales (*La démocratie japonaise en 1958. Le gouvernement Kishi à la veille de la dissolution*, Documentation française : Notes et études documentaires du 24 mai 1958, nº 2417, p. 1-16). Ce document est un rapport anonyme, mais on peut déduire d'après le contenu que Capitant a probablement participé à sa rédaction sur la base de journaux traduits par le personnel de la Maison.

[62] *Ibid.,* p. 8 et 12.

[63] *Ibid.,* p. 13.

[64] Nobusuke Kishi (岸 信介) (1896–1987) est un homme politique appartenant au parti conservateur (LDP) et a occupé le poste de premier ministre de 1957 à 1960, à la suite de la maladie du premier ministre précédent, Ishibashi Tanzan. Pendant son mandat, le Japon a connu une rapide croissance économique mais il a été obligé de démissionner en raison de fortes pressions populaires concernant la révision du traité de sécurité entre le Japon et les États-Unis.

réformes excessives et se concentre sur la paix, la stabilité et la prospérité en conservant le régime présent, a dû sembler une nouveauté pour lui. Il nous est permis de supposer que Capitant, qui avait attaqué vigoureusement la IVe République en prônant le « changement de régime », fut influencé par son expérience au Japon et se tourna vers des idées plus modérées vis-à-vis du changement.

Concernant l'autre pilier de la nouvelle constitution – la Fédération –, il était convaincu du succès de sa proposition, qui repoussait le système américain d'alliances ainsi que le système britannique de Commonwealth, mais favorisait une troisième voie française : la Communauté[65]. Dans ce contexte, la Communauté ou la Fédération, comme il l'a suggéré à plusieurs reprises, est une relation entre les différentes nations basée sur l'indépendance et l'égalité réciproque. Après la liquidation du système colonial, il sollicita une organisation fondée sur la « solidarité » et la « fraternité », pour éviter que se dispersent les anciens territoires[66].

Or, la raison pour laquelle il tenait autant à un projet aussi difficilement réalisable est peut-être lié aux problèmes relatifs à l'aide aux « pays sous-développés ». D'après lui, comme le soutien de l'ONU est un acte « unilatéral », il ne pouvait avoir que des résultats néfastes et stériles à long terme. Une relation de coopération plus réciproque – relation dans laquelle la Métropole et les anciennes colonies poursuivent l'intérêt commun en contribuant suivant le degré du développement économique – fut jugée souhaitable et préférable à une action d'une instance mondiale.

> Chacun apporte sa mise, les uns en expérience technique et en capacité de production, les autres en richesses naturelles, en espace stratégique, en énergie vitale ; de cette association surgiront des réalités nouvelles – dans l'ordre matériel et dans l'ordre spirituel – qui leur seront communs[67].

Selon la conception de Capitant, seule une telle relation réciproque pourrait susciter la participation active du peuple – un phénomène surnommé « une mystique collective ». En d'autres termes, pour parvenir à un véritable développement d'un pays, il serait essentiel d'avoir une véritable relation de coopération dans laquelle chaque partie a le sens des responsabilités et remplit ses propres devoirs, et le style français de « Communauté » serait censé incarner cet idéal de coopération réciproque pour le bien commun. Force est de constater néanmoins qu'il y avait encore une certaine conception « hiérarchique » dans son argumentation, qui traitait la France métropolitaine comme « parent » et les anciennes colonies comme « enfants ».

Au regard de la situation politique et économique de l'époque, on pourrait admettre que la vision de Capitant était réaliste, mais le fait que le rôle des anciennes colonies se limitait à la fourniture de matières primaires aurait pu restreindre leur potentiel de développement. En outre, bien que nous ignorions sa véritable intention, il se peut qu'il souhaitât circonscrire les anciennes colonies dans une sphère

---

[65] *Ibid.*, p. 15.

[66] *Ibid.*, p. 16-17. Avec quelques réserves, Capitant cita l'URSS comme modèle de sa théorie de Fédération. Il affirma que malgré les différences de systèmes politiques, la Confédération française devrait, à d'autres égards, suivre l'exemple de l'Union soviétique.

[67] *Ibid.*, p. 17-18. Ici aussi, la dépendance de Capitant à l'égard de la théorie fédérale de P.-J. Proudhon est évidente dans son utilisation de concepts tels que « l'association » ou « la réciprocité ».

d'influence française et éliminer ainsi l'intervention de superpuissances telles que les États-Unis et l'Union soviétique.

En guise de conclusion

En juin 1960, quelques semaines avant son retour en France, Capitant reçut un titre de « *docteur honoris causa* » de l'université de Keio, et tint une conférence à cette occasion[68]. Nous allons ici présenter sa conférence, publié dans la revue *Espoir* après sa mort, afin de conclure notre article. Au début de cette conférence commémorative, il se demande s'il était digne de ce titre. Il expliquait qu'il supputait que ce titre lui avait été accordé non seulement parce qu'il assumait la poste de directeur de la Maison Franco-Japonaise, mais aussi qu'il était toujours fidèle aux principes de la « démocratie » et de l'« auto-détermination[69] ».

Comme le montre cet analyse, Capitant restait profondément attaché à l'idée de démocratie, mais dans cette conférence de l'université de Keio, l'accent fut mis plutôt sur l'idée d'auto-détermination. Néanmoins, en 1960, la question coloniale étant largement réglée, à l'exception de l'Algérie, son regard se tourna naturellement vers les relations avec les deux superpuissances dans le cadre de la guerre froide. Plus précisément, il émit l'idée que les États-Unis et l'Union soviétique devraient abandonner leur politique de domination mondiale au profit de relations internationales fondées sur la liberté et l'égalité. Il souligna aussi que, puisque chaque peuple possède le droit de choisir librement son système politique, les autres pays devaient également respecter la décision des autres peuples quant à leur propre gouvernement.

En effet, à cette époque, ni le gouvernement japonais ni le gouvernement français ne reconnaissaient la République populaire de Chine, mais il n'hésita pas à critiquer sévèrement cette politique. Qu'il s'agisse d'une dictature ou d'un système communiste, le résultat du choix volontaire du peuple constitue une réalité, et les autres pays ne doivent pas nier cette réalité[70].

Il est probable que sa critique sévère de la non-reconnaissance de la Chine populaire a dû déconcerter son auditoire. Ainsi, du début à la fin de son séjour dans cet archipel, il continuait à être à la fois un réaliste et un idéaliste convaincu. Si l'on qualifie la personnalité de Capitant de « non-conformiste », on ne peut que constater qu'elle a été pleinement démontrée lors de son séjour au Japon.

Finissons par un regret : nous n'avons pas eu le loisir de déterminer clairement quel effet ses critiques ont eu sur le monde universitaire ainsi que sur le gouvernement japonais de l'époque. Sa théorie étant extrêmement novatrice en raison de sa fidélité aux principes, peut-être était-il trop tôt pour que le Japon puisse l'accepter. Mais même de nos jours, il nous semble que les spécialistes japonais du droit public n'arrivent pas encore à comprendre sa véritable signification.

À ce propos, quelles leçons a-t-il lui-même tirées de son séjour au Japon ? Comme nous l'avons mentionné au début de cet article, il est très probable que sa

---

[68] R. Capitant, « Discours de Keio », *Espoir*, nº 36, *René Capitant, 1901–1970*, octobre 1981, p. 37-39.

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

[70] *Ibid.*, p. 39.

théorie n'ait pas changé de manière significative après son séjour au Japon. Cependant, nous devons reconnaître que ses arguments tels que l'introduction d'un système bipartite de type britannique ou de la démocratie directe, devinrent plus modérés par la suite.

Après son retour, il retrouva une place importante dans le gouvernement, mais cette fois il s'adapta au nouveau régime et aborda diverses questions, comme l'indépendance de l'Algérie, l'introduction du suffrage universel directe et la participation des travailleurs à la gestion des entreprises. Il ne fait aucun doute que grâce à ces réalisations, la Ve République a pu survivre même après la mort de de Gaulle. On pourrait imaginer que c'est lors de son séjour au Japon que Capitant a acquis cette conviction que la stabilité du système politique constitue une condition de la prospérité et de la croissance économique.

Nobuyuki Takahashi

Professeur à l'université de Kokugakuin.

Paul de Lacvivier (*traduction*)

Doctorant à la faculté de droit de l'université de Kokugakuin.

Jean-Marie Denquin

L'interprétation de la Constitution de la Ve République par René Capitant

Étudier l'interprétation de la constitution de la Ve République par René Capitant semble de prime abord une tâche aisée. Celui-ci, né en 1901, est en 1958 un homme d'expérience. Il a été membre de l'Assemblée consultative provisoire, de la première Constituante élue le 21 octobre 1945, puis député de la première législature de la IVe République. Sous la Ve, il sera député de 1962 à 1968 et ministre de la justice. Mais il est surtout connu pour son œuvre scientifique commencée sous la IIIe République. Son bref article sur « La coutume constitutionnelle[1] » demeure une référence insurpassée : en une dizaine de pages il a montré l'ambiguïté d'un terme sans cesse invoqué mais mal défini et en propose une analyse dont la fécondité demeure aujourd'hui intacte. Il est également connu pour son engagement gaulliste et sa vision très critique des institutions et de la pratique de la IVe République. Politiquement opposé au régime déchu, analyste sans complaisance de la tradition parlementaire française, il n'est pas, à la différence de la plupart des auteurs en vue de l'époque, *a priori* hostile à l'innovation radicale que représente l'élaboration d'une nouvelle Constitution. On pourrait être tenté d'en conclure qu'il en fut un interprète privilégié et en demeure un *grand témoin* – le recours à ce cliché journalistique semble, une fois n'est pas coutume, pertinent.

Pourtant, si l'on y regarde de près, la réalité s'avère plus complexe. Bien que toujours favorable au régime nouveau, il n'a pas caché, notamment au début, ses réserves et son insatisfaction. Si sa fidélité à la personne et son soutien à l'action du général de Gaulle ne se sont jamais démentis, il nourrissait des doutes et des interrogations sur l'agencement des institutions et la pratique du régime. Ses positions ne sont pas demeurées figées : il a toujours souligné les inflexions et les nuances du système qui s'élaborait sous ses yeux. Loin d'être le chantre organique et officiel de la Ve République, il est demeuré dans une certaine marginalité, active et assumée. René Capitant a été, de 1958 à sa mort le 23 mai 1970[2], un témoin paradoxal.

Comment comprendre ce rapport, fort et ambigu, à la Constitution ? Le positionnement politique de René Capitant semble fournir une explication simple :

---

[1] *Gazette du palais*, 20 décembre 1929 ; repris dans R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux guerres*, textes réunis par O. Beaud, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 286-295.

[2] À la première page de sa préface aux *Écrits politiques* (Paris, Flammarion, 1971) de René Capitant, Louis Vallon écrit « 1969 ». Rare exemple d'un *lapsus* simultanément freudien et constitutionnel. La date exacte figure toutefois au revers de la quatrième de couverture.

gaulliste, mais de gauche, n'est-ce pas un oxymore, voire une contradiction dans les termes ? Que l'on partage ou non ce sentiment – la réalité est bien plus complexe, mais ce n'est pas ici le lieu d'en débattre – il serait trop simple de s'y arrêter, car l'œuvre d'un grand auteur n'est jamais réductible à son engagement politique, même jugé paradoxal ou téméraire. La raison de la situation de René Capitant en tant qu'interprète du régime de la Ve République parait plutôt tenir à la diversité des rôles qu'il a été conduit à jouer : il fut, successivement ou simultanément, l'avocat, le partisan insatisfait et le chroniqueur[3] du régime. Or ces divers emplois sont parfois difficiles à concilier. Les deux premiers, à l'évidence, sont divergents. Mais le troisième ne facilite pas les choses. Même si l'audience à laquelle s'adressait René Capitant à travers le journal des gaullistes de gauche, *Notre République*, est demeurée limitée, les écrits restent. Ils ont le mérite de présenter une analyse vivante, attentive à la conjoncture : ils conservent pour ainsi dire le grain de l'événement, significatif d'un climat et de péripéties importantes, inévitablement sacrifiées dans les synthèses ultérieures. Mais traiter hebdomadairement de questions complexes suppose de réagir à chaud, avec les risques toujours menaçants de se tromper dans l'instant et de se contredire dans la durée. À l'inverse ne pas être contraint de traiter chaque événement, jouir d'un délai de réflexion avant de se prononcer constitue parfois un avantage. L'œuvre des auteurs qui ne sont pas obligés de prendre position tout de suite sur tout revêt au regard rétrospectif un aspect plus cohérent et majestueux.

Les choses ont mal commencé. René Capitant, en exil au Japon depuis 1957, a peut-être été déçu de ne pas être consulté sur l'élaboration de la nouvelle Constitution. Il est en tout cas hors de doute que celle-ci ne ressemble pas au projet qu'il avait esquissé à l'époque du RPF[4]. Sa critique s'exprime dans la célèbre préface qu'il rédige pour l'ouvrage de Léo Hamon, *De Gaulle dans la République*[5]. Très sévère sur l'écriture – « le texte le plus mal rédigé de notre histoire constitutionnelle » dont la forme « restera une cause d'humiliation permanente pour ceux qui ont tenu la plume[6] » – Capitant ne dissimule pas ses réserves sur le fond.

Il observe d'abord la dualité de l'objet, à la fois constitution *fédérale*, qui prétend fonder une Communauté française, et constitution *métropolitaine*. Il approuve la première, qui va enfin mettre un terme au « conflit […] entre principe démocratique et principe colonial[7] ». Il ne ménage pas, en revanche, ses critiques à la seconde – la seule qui ait duré.

Le projet lui paraît en effet d'inspiration plus libérale que démocratique. Or « l'État moderne a besoin de souveraineté et la seule souveraineté légitime est celle

[3] Cet aspect n'est pas mis en valeur par la présentation des *Écrits politiques* où les articles sont rangés par rubriques thématiques. Il est préférable de les lire dans l'ordre chronologique indiqué en fin de volume (p. 423-426).

[4] Voir *Le changement de régime* (1952), dans R. CAPITANT, *Écrits constitutionnels*, textes réunis par J.-P. Morelou, Paris, CNRS, 1982, p. 325-351.

[5] R. CAPITANT, « Préface », dans L. HAMON, *De Gaulle dans la République*, Paris, Plon, 1958, p. III-XXIV. Le texte porte la date du 11 septembre : il est donc antérieur au référendum mais postérieur au discours gaullien du 4.

[6] *Ibid.*, p. XIV.

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

du peuple. Voilà pourquoi, au-dessus des organes de représentation, il fallait organiser l'arbitrage populaire ». Certes, le projet remet en honneur la dissolution et le référendum. « Mais la dissolution ne joue pleinement son rôle que dans un système de scrutin majoritaire et de bipartisme, à l'anglaise. Le domaine du référendum n'est que faiblement élargi et « son usage […] ne peut être qu'exceptionnel ». Au total

> l'idée d'arbitrage populaire a été en fait remplacée par celle de l'arbitrage du chef de l'État, mais de façon équivoque, car le président de la République n'est pas chargé, comme le peuple, d'exprimer la volonté populaire souveraine, mais seulement d'arbitrer le fonctionnement de la Constitution.

En ce domaine, il fera « fréquemment double emploi avec le Conseil constitutionnel, organe lui-même bâtard, inspiré du Comité constitutionnel de la IVe République, plus que de la Cour suprême américaine[8] ».

René Capitant reconnaît cependant quelques avantages au nouveau système. Il constate que sont opérées des réformes qui visent à « limiter les pouvoirs, antérieurement souverains, de l'Assemblée nationale, et à renforcer l'Exécutif[9] ». Il approuve le fait que le gouvernement reçoive « les moyens de gouverner, c'est-à-dire de diriger l'activité législative du Parlement[10] ». Sous le IIIe République déjà il observait que l'opposition classique entre le législatif qui légifère et l'exécutif qui exécute était obsolète, car gouverner implique aussi de légiférer. Il juge positivement les dispositions que l'on qualifie, d'un terme d'ailleurs équivoque, de *parlementarisme rationalisé*, mais il réprouve comme legs des « dernières pratiques, les plus dégradées, de la IVe République » le mécanisme des articles 34 et 37 et les décrets-lois, qui font retour sous le nom d'*ordonnances* – sans compter la faculté reconnue au président de la République d'édicter, en vertu de pouvoirs exceptionnels, des mesures ayant valeur législative[11].

Le négatif, cependant, l'emporte :

> Si donc il fallait juger le projet de Constitution métropolitaine pour lui-même, isolé de son contexte et des circonstances dans lesquelles il nous est présenté, il y aurait peu de raisons de l'approuver et tous les motifs de demander sa remise en chantier[12].

« Une occasion a été perdue[13]. »

Cette analyse sans concession ne conduit pourtant pas René Capitant à suggérer un vote négatif. D'une part les circonstances du moment l'excluent : « l'adoption du projet constitutionnel, malgré toutes les insuffisances de celui-ci, marquera le début de cette grande entreprise » qu'est « la reconstitution d'un État légitime » alors que la guerre d'Algérie a conduit la IVe à n'être plus en fait qu'un « fascisme

---

[8] *Ibid.*, p. XVIII-XIX.

[9] *Ibid.*, p. XV.

[10] *Ibid.*, p. XIV.

[11] *Ibid.*, p. XV-XVI.

[12] *Ibid.*, p. XX.

[13] *Ibid.*, p. XXII.

en action[14] ». D'autre part Capitant est convaincu que la Constitution métropolitaine présente un caractère nécessairement provisoire. Prenant au sérieux l'idée de Communauté, il fonde cette certitude sur une anticipation rationnelle mais que l'histoire n'a pas ratifiée : « Si la Fédération se constitue […], un problème capital sera posé : celui de l'intégration de la Constitution métropolitaine dans la Constitution fédérale[15] ». En effet il ne sera pas tenable dans la durée que le président de la République exerce en même temps les fonctions de président de la Fédération et de chef d'État dans la métropole, donc « un gouvernement fédéral apparaitra, nécessairement distinct du gouvernement métropolitain[16] ». Une révision de la Constitution s'avèrera indispensable, et elle ne manquera pas d'influer sur la répartition des compétences au sein de la Constitution métropolitaine.

On sait que le problème anticipé par René Capitant a été réglé d'une toute autre manière, par la disparition rapide de la Fédération présumée. Le pronostic avancé s'est cependant manifesté par un tout autre scénario : la pratique de la Constitution a été fort différente de ce que prévoyait Capitant, comme d'ailleurs la plupart des observateurs, et elle a été révisée.

Il serait réducteur de ne voir dans cette analyse initiale du texte, purement exégétique par la force des choses, qu'une manifestation de mauvaise humeur. L'expérience acquise sous la IIIe et la IVe Républiques ne prédispose pas René Capitant à surestimer le pouvoir démiurgique d'une Constitution. Penseur de la coutume, il sait que celle-ci, faiblement déterminée par des dispositions inévitablement ambiguës, fixe en dernier ressort le véritable sens d'un système politique. Il sait aussi qu'elle peut être évolutive, et même progressiste. Dans la trinité laïque *texte*, *esprit*, *pratique*, il n'est pas douteux qu'il privilégie, préventivement puis pratiquement, les deux derniers termes. Enfin rien ne l'incite à penser que le sens d'un texte constitutionnel puisse dépendre de la décision d'un juge. Pour lui la compréhension et l'analyse d'un système politique commence *après* l'exégèse du texte présumé fondateur. Elles ne peuvent être entreprises qu'à la lumière d'un rapport dialectique de celui-ci et de la pratique effective, médiatisé par l'invocation – peu compromettante – de l'*esprit*.

Dès son retour du Japon en 1960, le témoin critique de 1958 se transforme en avocat des institutions : le régime « a été approuvé par 80 % des Français et représente un progrès évident par rapport aux institutions de la IVe République[17] ». Il va le demeurer jusqu'à sa mort. Une anecdote rapportée par Hélène Truchot dans sa thèse illustre parfaitement ce rôle.

En novembre 1965, René Capitant déclare lors d'un débat que la pratique institutionnelle du général de Gaulle a toujours été conforme à la Constitution. Cette affirmation provoquant des rires, Capitant déclare : « J'en ferai la démonstration

---

[14] *Ibid.*, p. XXIII. Il évoque « l'état d'urgence, la suppression de toutes les garanties judiciaires, la dictature militaire en Algérie, les exécutions sommaires, les massacres collectifs, la torture, dont la responsabilité incombe, non aux soldats jetés dans la plus atroce et la plus difficile des guerres, mais aux gouvernements qui en prescrivaient la continuation, faute de pouvoir s'élever aux vues politiques susceptibles d'y mettre fin ».

[15] *Ibid.*

[16] *Ibid.*, p. XXIV.

[17] R. CAPITANT, « Le ralliement nécessaire », *Notre République*, septembre 1960 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 88).

quand vous voudrez[18] ». Deux convictions s'affrontent ici : pour Capitant, il est hors de doute que de Gaulle respecte la Constitution ; pour ses contradicteurs, il n'est pas douteux qu'il la viole. Aussi il faut-il s'interroger : comment les deux parties savent-elles ce qu'elles savent – ou croient savoir ?

Les adversaires de Capitant ne peuvent à l'évidence s'appuyer sur une interprétation authentique du texte par un juge, puisque celui-ci n'existe pas. S'ils sont juristes, ils se fondent sur une contradiction entre les actes du chef de l'État et le sens qu'ils prêtent à telle ou telle disposition constitutionnelle ; s'ils ne le sont pas, ils répètent ce qu'ils ont entendu dire. Dans les deux cas il s'agit d'un point de vue où thèses juridiques et positions politiques se trouvent mêlées. Les premières sont-elles la cause des secondes ou l'inverse ? Il est impossible d'en décider faute d'un accès direct à la conscience (voire à l'inconscient) des intéressés. Capitant, en revanche, affirme disposer d'une démonstration. Celle-ci doit être générale, puisqu'il ne fait pas référence à une controverse particulière mais à une conformité globale de la pratique gaullienne au texte constitutionnel.

Tel est le cas : Capitant élabore une interprétation d'ensemble de la Constitution. Sa démarche, toutefois, présente un caractère spécifique qui fait à la fois, selon le point de vue adopté, sa force et sa faiblesse. Le nerf de sa démonstration consiste en effet à montrer que la nature du régime est déterminée en fait par sa pratique, puis à prouver que celle-ci n'est pas en droit incompatible avec le texte constitutionnel. Par conséquent ce n'est pas le texte qui détermine la pratique, ce qui permet d'établir la conformité de la seconde au premier ; c'est au contraire celle-là qui confère un sens à celui-ci : toute divergence entre l'une et l'autre est donc *a priori* exclue.

On peut évidemment objecter que le procédé vide la loi fondamentale de sa dimension normative. Mais celle-ci n'est-elle pas, ici comme toujours, problématique ? Même si un juge constitutionnel était consulté sur toutes les mesures prises en application de la Constitution, l'interprétation prétorienne qu'il en donnerait ne revêtirait un caractère authentique que par convention. Il existe à l'évidence une différence certaine entre des dispositions constitutionnelles qui excluent ou rendent absolument obligatoires certains comportements et d'autres où l'ambiguïté propre au langage crée une marge d'incertitude, compatible avec plusieurs interprétations. Dans ce second cas un choix s'avère nécessaire. Il n'est pas inconcevable que la pratique opère celui-ci et détermine le sens des termes, qui est donc susceptible d'évoluer coutumièrement.

En 1958, René Capitant, se fondant sur le texte, estimait que la Constitution fait du président le République un arbitre qui ne gouverne pas : le gouvernement gouverne, le Premier ministre est son chef[19]. Mais il va rapidement défendre la thèse inverse : le Président est bien le chef du pouvoir exécutif. Toutefois

> il ne faut pas s'étonner que l'interprétation de la Constitution qui prévalut dans la doctrine pendant les premières années de la Ve République ait donné de celle-ci une image très proche de la IIIe République. Le président de la République, personnage irresponsable, simple arbitre du jeu constitutionnel, n'était pas habilité à exercer le pouvoir gouvernemental […]. [La majorité des auteurs] ne se trompaient pas car, entre l'Assemblée élue au suffrage universel et le président

[18] H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant. Contribution au développement d'une légitimité démocratique*, Paris, Dalloz, 2020, p. 315.

[19] R. Capitant, « Préface », art. cité, p. xvi.

> élu au suffrage restreint, il y avait un déséquilibre tel que, passée les circonstances exceptionnelles qui avaient imposé l'homme du 18 juin même à ses adversaires, le chef de l'État eût été privé de tout moyen de soutenir [...] sa politique contre celle de la majorité parlementaire [...]. C'est pourquoi la réforme constitutionnelle de 1962 était nécessaire. Elle a donné à la Ve République sa forme cohérente.

L'évolution, dans ce cas, est donc achevée par une révision du texte constitutionnel. La réforme a d'ailleurs une portée plus large, qui transforme moins l'esprit des institutions qu'elle ne le confirme :

> l'élection présidentielle n'a pas seulement pour avantage de donner au chef de l'État la base politique à défaut de laquelle celui-ci serait privé de l'autorité nécessaire pour remplir sa fonction ; elle présente encore l'utilité de permettre au corps électoral d'exprimer plus complètement et plus efficacement sa volonté[20].

Les principes également nécessaires de légitimité et d'autorité convergent ici.

Capitant ne minimise donc pas la portée de la réforme de 1962. Mais il la considère moins comme une innovation radicale, susceptible à elle seule de bouleverser l'économie du système, que comme une mise en conformité de la lettre avec la logique profonde, auparavant inachevée, du régime. La pratique était en avance sur la théorie : elles se rejoignent maintenant. Aussi peut-il sans contradiction montrer que l'évolution constatée n'est pas incompatible avec la lettre des dispositions constitutionnelles dont, à l'exception des articles 6 et 7, rien n'a été modifié. Il est possible de déduire de celles-ci que le Premier ministre est « constitutionnellement responsable devant le chef de l'État[21] », bien que l'expression ne figure pas dans le texte de 1958. La méthode de Capitant vise à concilier deux impératifs qui, pour lui et par postulat, n'impliquent pas contradiction : le respect des textes dont les termes et les dispositions sont pris en compte d'une part, mais aussi, d'autre part, une logique globale des institutions que révèle sa pratique effective, génétiquement issue du texte bien que sous-déterminée par lui. Autrement dit, selon Capitant, elle le met en œuvre mais rétroagit sur lui. Elle constate, mais également crée, sous condition de ne pas entrer frontalement en contradiction avec son modèle, la signification médiate de la Constitution écrite.

Toutefois, quand il discute de l'interprétation du texte constitutionnel, René Capitant ne s'enferme pas dans une vision purement formelle qui déduirait mécaniquement le droit applicable du droit appliqué. Il attache au contraire une importance essentielle à la dimension matérielle de l'action politique : la pratique ne s'impose que si et seulement si elle met en œuvre une action conforme à des valeurs supérieures. La normativité est ainsi réintroduite. Mais elle s'exerce au nom de principes transcendants, non d'un respect fétichisé de la lettre. La légalité formelle importe moins que la légitimité matérielle.

---

[20] R. Capitant, « Élection ou plébiscite ? », *Notre République*, 5 novembre 1965 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 29-30).

[21] R. Capitant, « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du Chef de l'État » (1964), dans *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 393. En 1958 René Capitant parlait, à la seule lecture du texte, du « premier ministre, qui ne pourra être révoqué par le président » (R. Capitant, « Préface », art. cité, p. xvi).

Celle-ci a, comme on l'a déjà observé, deux aspects. Pour René Capitant, la IVe République « était à la fois illégitime et inefficace[22] ». Le nouveau régime doit évidemment faire l'inverse. Il doit être efficace : « au XXe siècle, convient l'État fort de la démocratie plutôt que l'État faible et divisé auquel aspiraient les libéraux[23] ». Mais, comme sa définition l'implique déjà, cet État doit être légitime. Les deux exigences sont inséparables : « L'État moderne a besoin de souveraineté et la seule souveraineté légitime est celle du peuple[24] ». Celle-ci est définie – dans une perspective clairement influencée par Rousseau – comme « le droit pour un peuple, et pour chaque citoyen de ce peuple, de se gouverner lui-même, ou, du moins, de participer à égalité aux mécanismes gouvernementaux[25] ».

René Capitant a toujours insisté sur la nécessité de restaurer l'autorité de l'État. Mais comme d'une part il pense que cet objectif a été pris en compte par le texte constitutionnel de 1958, comme d'autre part ce thème fait à l'époque l'objet d'un consensus assez général, ce n'est pas le point sur lequel il insiste le plus dans ses écrits politiques ultérieurs. En revanche, il développe fréquemment la question de la démocratie. Celle-ci lui sert de pierre de touche pour légitimer l'évolution globale des institutions et certaines interprétations du texte constitutionnel. Mais elle peut aussi justifier des critiques.

Un exemple paradigmatique de la méthode interprétative de Capitant peut être trouvé dans son analyse de la controverse constitutionnelle autour du référendum du 28 octobre 1962. Dans un article publié dans *Notre République* le 4 octobre 1962 et intitulé « Réfutation du "non" », il examine les diverses raisons invoquées par les opposants au projet pour justifier une réponse négative à la consultation référendaire. Sur la question de la constitutionnalité de la procédure – l'article 11 est-il applicable ou la révision constitutionnelle ne peut-elle être opérée que par l'article 89 ? – il observe d'abord que « si l'on devait s'en tenir à la lettre de la Constitution [...] il serait impossible de trancher avec certitude dans un sens ou dans l'autre ». On peut en effet soutenir qu'il existe deux voies différentes pour réviser le texte : un choix doit donc être fait. Mais sur quelle base ? Capitant pose que « derrière la lettre, il faut saisir l'esprit de la loi ». Puis il poursuit :

> « Relisons le texte fondamental : "la souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum". [...] [L]e principe est clairement affirmé : la souveraineté appartient au peuple ; celui-ci ne l'exerce plus seulement par ses représentants ; il peut l'exercer directement par la voie du référendum. »

Comment dès lors admettre une interprétation du texte qui aboutirait à priver le peuple souverain du pouvoir constituant ? « La réponse populaire fera loi », d'autant que le Conseil constitutionnel est « incompétent en cette matière[26] ». Le raisonnement est cohérent : en l'absence d'un juge, qui jouit du privilège de décider

---

[22] *Ibid.*, p. VI.

[23] *Ibid.*, p. XVIII.

[24] *Ibid.*

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

[26] R. CAPITANT, « Réfutation du "non" », *Notre République*, 4 octobre 1962 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 158-160). Dans un second article, René Capitant ajoute que « la question fondamentale que l'on essayait d'éluder » était « à qui appartient la souveraineté, aux citoyens ou à leurs élus ? » (R. CAPITANT, « Oui quant au fond, oui quant à la forme », *Notre République*, 18 octobre 1962, repris (sous le titre « Oui ») dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 161-162).

sans démontrer, il convient d'interpréter le détail par le tout, autrement dit la lettre par les principes. Capitant ne se borne donc pas à évoquer « l'esprit ». Il trouve dans la lettre de la Constitution des arguments textuels – le monopole de l'article 89 n'est pas explicitement posé, la souveraineté du peuple peut emprunter deux voies – qui justifient une herméneutique : la controverse constitutionnelle peut être tranchée à la lumière du principe surplombant que constitue l'expression directe de la souveraineté du peuple.

Il s'agit là d'un débat juridique ciblé, où la question posée est celle de la conformité d'un acte à la lettre constitutionnelle. Mais la réflexion de Capitant porte aussi sur un objet qui, bien que ne figurant pas, et pour cause, dans le texte de la loi fondamentale, influe lourdement sur le fonctionnement du régime : la notion de *majorité*.

En 1958, on l'a vu, René Capitant observe que le scrutin majoritaire ne saurait suffire à créer, comme le croient naïvement certains, un régime parlementaire efficace et stable : il y faudrait aussi une « majorité à l'anglaise[27] ». Il est intéressant d'observer dans la durée l'évolution de sa pensée sur cette question.

En 1960, il estime que le « retour au scrutin majoritaire » constitue « une réforme capitale » car « les élections redeviendront ce qu'elles n'auraient jamais dû cesser d'être : la désignation d'une majorité de gouvernement. […] Le citoyen reprendra conscience de son rôle. L'esprit civique se réveillera ». Il est vrai que la division des partis subsistera. « La droite et la gauche […] ne seront que deux "blocs" […]. Mais ce n'en est pas moins l'arbitrage électoral […] qui aura désigné les représentants de ces deux formations au Parlement et donné la victoire à l'une contre l'autre[28] ».

Pronostic osé à l'époque où il est émis, mais qui se trouve confirmé deux ans plus tard. Pourtant René Capitant n'est pas pleinement satisfait. Le scénario qu'il envisageait supposait en effet rempli un préalable : le *ralliement nécessaire* – qui donne son titre à l'article cité – de la gauche à la Ve République. Or il s'avère, au lendemain des élections de novembre 1962, que la majorité espérée est apparue, mais sans que la condition supposée en ait été la cause ni la conséquence.

En février 1966, un an avant les élections législatives où l'on pressent que le sort du régime va de nouveau se jouer, René Capitant écrit un article très significatif intitulé « La structure de la majorité ». Il pose un constat : « aussi longtemps que la République nouvelle n'aura pas été définitivement consolidée, la vie politique française sera dominée par l'affrontement de ses partisans et de ses adversaires. » Il ne lui parait pas douteux que le pays approuve majoritairement les institutions de la Ve République. Il constate « avec la plus grande satisfaction que les interprétations de la Constitution données par [ses] éminents collègues Georges Vedel et Maurice Duverger sont beaucoup moins éloignées de la [sienne] qu'elles ne l'étaient il y a encore un an ». Mais il observe que lorsque François Mitterrand appelle « coup d'État » ce qui est l'application normale et nécessaire de la Constitution, il fait preuve d'une hostilité au régime que les partisans de celui-ci sont obligés de combattre.

---

[27] R. Capitant, « Préface », art. cité, p. xix.

[28] R. Capitant, « Le ralliement nécessaire », *Notre République*, septembre 1960, (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 88-89).

Il y a donc, pour René Capitant, superposition de deux clivages : une « alternative politique », d'une part, oppose la droite et la gauche ; une « alternative constitutionnelle », d'autre part, met en présence les partisans de la Ve République et ses adversaires[29]. La victoire de 1962 était donc nécessaire mais non suffisante. L'idéal qu'il appelle de ses vœux n'est pas que ces deux clivages se superposent – ce qui signifierait l'identification du régime et de la droite – mais que le second disparaisse sans laisser de trace. Que la question posée soit, en d'autres termes, celle d'une alternance *dans* le régime et non *sur* le régime. Dans la perspective des élections législatives de 1967, il évoque diverses hypothèses : celle d'une majorité ouverte, où devraient être accueillis « tous ceux qui se rallient sincèrement à la Ve République, au fur et à mesure de leur conversion » ; ou bien en revenir au modèle qui avait présidé à la création du RPF « sur la base d'une double appartenance de ses membres, laissés libres de demeurer dans leurs partis respectifs tout en adhérant au Rassemblement[30] ».

On sait que ces spéculations demeurèrent sans suite. La victoire de 1967 est courte, mais suffisante pour que Capitant y voit l'esquisse d'« un mouvement très net vers le bipolarisme » qui est « une des conséquences nécessaires de nos nouvelles institutions ». Cette évolution est en effet le résultat d'une conjonction entre le scrutin majoritaire et la dissolution :

> les partis, contraints de lutter pour la majorité, sont au moment des élections puissamment incités à se grouper en deux blocs opposés. Et, comme la menace de la dissolution fait peser, pendant toute la durée de la législature, la menace de nouvelles élections possibles, l'effet du système majoritaire persiste dans l'intervalle des élections et tend ainsi à maintenir de façon durable la cohésion des blocs.

Sous la IIIe République au contraire, l'existence du scrutin majoritaire ne suffisait pas à garantir un tel résultat car l'éclipse du droit de dissolution aboutissait à ce que « presqu'automatiquement […] les deux blocs se formaient au moment des élections mais se dissociaient dans l'intervalle ». Toutefois ce système se combine, sous la Ve République, avec l'arbitrage du chef de l'État qui « ne veut pas être le chef d'un des partis ou des blocs représentés à l'Assemblée. Il veut être, en face des partis, l'élu de la Nation[31] ».

Le phénomène décrit par Capitant s'est en effet imposé avec la signature du *Programme commun* de la gauche en 1972 puis le ralliement, au deuxième tour, du parti gaulliste à la candidature de Valery Giscard d'Estaing en 1974. Mais l'alternance *dans* le système ne se produira qu'en 1981 : pour que le coup d'État cessât d'être permanent, il fallait que François Mitterrand fût élu président de la République.

---

[29] R. CAPITANT, « Les nouveaux légitimistes », *Notre République*, 10 janvier 1964 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 117).

[30] R. CAPITANT, « La structure de la majorité », *Notre République*, 18 février 1966 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 99-101).

[31] R. CAPITANT, « Bipolarisation », *Notre République*, 22 décembre 1967, repris (sous le titre « Bipolarisme ») dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 62-63). On peut observer à ce sujet que René Capitant ne semble jamais avoir utilisé l'expression « majorité présidentielle ». Celle-ci, quoique déjà connue, ne s'impose il est vrai qu'après 1969. Mais on subodore aussi qu'elle véhicule des connotations que Capitant n'aurait pu approuver.

Il convient enfin d'observer que si, pour René Capitant, l'acceptation du régime par l'ensemble des forces politiques demeure toujours un objectif, à ses yeux sa légitimité se fonde sur un autre postulat. Puisque « le vieux dogme monarchique de l'irresponsabilité présidentielle est périmé[32] », cette légitimité nouvelle se fonde sur le

> grand principe qui fait l'originalité de la Ve République et lui donne sa forme démocratique : « La responsabilité du président devant le suffrage universel ». Cette responsabilité est la clef de voûte de tout le système. Elle exige que le président ait la confiance de la majorité du peuple. Sans cette confiance il ne peut rien et doit se retirer.

Ce principe implique que « le septennat ne dure pas nécessairement sept ans. Le président peut, à chaque instant, poser la question de confiance devant le peuple ou s'y voir contraint par l'opposition[33] ».

Cette déclaration lapidaire mais formelle induit à l'évidence deux interrogations : comment le Président pose-t-il la question de confiance devant le peuple ? Comment l'opposition peut-elle le contraindre – et à quoi ?

Sur le premier point la réponse est connue : il peut organiser un référendum. L'idée se heurte, il est vrai à des objections puissantes. D'une part elle aboutit à inverser la logique de la question de confiance. Celle-ci n'est plus, comme devant une assemblée, un moyen ultime pour obtenir le vote d'un texte ; à l'inverse le texte devient un prétexte puisque la consultation vise à tester l'état de l'opinion. Opération pour le moins problématique, comme l'a montré l'exemple du référendum avorté de 1968[34]. D'autre part on n'a pas manqué d'observer que le chef de l'État n'est jamais obligé de poser cette « question de confiance » : par cette voie, il n'est donc responsable que s'il a choisi de l'être.

C'est ainsi que Capitant interprètera le scrutin du 27 avril 1969. Très significatif à cet égard apparaît le fait qu'il ait protesté véhémentement, dans un article de *Notre République* (qui devait être le dernier), contre un propos tenu par Georges Pompidou et au terme duquel « le général de Gaulle "résilia volontairement ses fonctions" » après sa défaite au référendum. Selon Capitant, « cette affirmation est évidemment contraire à la réalité. Si le général de Gaulle s'est démis de ses fonctions, c'est parce qu'il avait l'obligation de le faire après le scrutin par lequel le peuple français lui avait retiré sa confiance[35] ». La nuance peut, d'un point de vue pragmatique, paraître ténue. Mais aux yeux de Capitant elle est essentielle car, d'un point de vue juridique, elle met en cause un élément fondamental de sa théorie : si le chef de l'État engage sa responsabilité, il a le *devoir*, en cas d'échec, d'en tirer les conséquences.

---

[32] R. Capitant, « Pour une révision démocratique de la Constitution », *Notre République*, 20 septembre 1962 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 172).

[33] R. Capitant, « Un Président responsable », *Notre République*, 14 juillet 1967 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 53-54).

[34] Sur ce point je me permets de renvoyer à mon article : J.-M. Denquin, « Le déclin du référendum sous la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1582-1610 (repris dans *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019, p. 293-321).

[35] R. Capitant, « Une contre-vérité », *Notre République*, 9 janvier 1970 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 384).

Sur le second point, en revanche, la formule de Capitant semble trop elliptique. À quoi l'opposition peut-elle contraindre le président de la République ? À improviser un référendum ? Il faut certainement entendre que l'opposition peut contraindre le Président à démissionner si elle l'emporte aux élections législatives. Dans un texte de novembre 1966, où il dénonce vertement la thèse, évoquée, avec des objectifs différents, par François Mitterrand et par certains gaullistes, selon laquelle le président de la République pourrait, en cas de défaite électorale, mettre en vigueur l'article 16, il s'exprime sans ambiguïté :

> en cas de conflit entre [le chef de l'État] et la majorité parlementaire, l'arbitrage est donné au peuple, statuant par voie de référendum ou d'élections générales [...]. C'est pourquoi, assurés que nous sommes d'être dans la ligne tracée par le général de Gaulle, nous disons : le peuple français a le droit de renverser le président de la République au cours du septennat[36].

Cette analyse exclut donc l'idée de cohabitation. Il va de soi que René Capitant n'a connu ni le mot ni la chose. Il ne peut donc envisager cette réponse. Mais l'hypothèse qui conduit à poser la question, espoir ou hantise selon le bord politique considéré, est connue dès le lendemain des élections victorieuses de 1962 : *quid* si le miracle ne se renouvelle pas, si une majorité oppositionnelle sort des urnes ? Dans l'article qui vient d'être cité, René Capitant y répond sans ambiguïté. Mais il semble avoir envisagé d'autres cas de figure. Le caractère purement spéculatif de l'exercice suffit à expliquer ces tâtonnements : divers scénarios étaient concevables. Il paraît néanmoins probable que les fluctuations de la conjoncture politique expliquent aussi ces nuances : les considérations théoriques et tactiques étaient étroitement mêlées.

En 1965 René Capitant, observe que

> si le verdict populaire avait été différent et si, comme la majorité parlementaire l'escomptait, le suffrage universel avait désavoué le chef de l'État [en 1962], celui-ci aurait été, comme son lointain prédécesseur de 1877, dans l'obligation de se soumettre ou de se démettre[37].

Au lendemain des élections de 1967, il écrit :

> Sans doute le régime fonctionne-t-il mieux s'il existe, au sein de l'Assemblée, une majorité élue pour soutenir la politique présidentielle [...]. Toutefois une telle majorité n'est pas imposée par la Constitution et le régime n'en continuerait pas moins d'exister si l'Assemblée se trouvait épisodiquement privée de majorité gouvernementale. [...] Dans le régime présidentiel qui est le nôtre [...] c'est au Président, appuyé sur des ministres personnellement choisis par lui, qu'il appartient de prendre et de conserver l'initiative politique, sans trop se préoccuper de l'accueil que la majorité parlementaire fera à ses projets, sans préjuger non plus de l'attitude de l'opposition[38].

---

[36] R. Capitant, « Une erreur monstrueuse », *Notre République,* 25 novembre 1966 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 420).

[37] R. Capitant, « Élection ou plébiscite ? », *Notre République*, 5 novembre 1965 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 24).

[38] R. Capitant, « Une grave confusion », *Notre République*, 24 mars 1967 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 51-51). L'expression « majorité gouvernementale » mérite d'être notée au passage.

Plus tard, comme on l'a vu, il estimera qu'une semblable hypothèse doit être considérée comme une mise en cause de la responsabilité politique du Président et implique donc sa démission. L'opinion émise en 1967 est donc conjoncturelle. La majorité sortante l'a emporté d'extrême justesse, une motion de censure paraît à court terme peu probable, d'où une tranquillité relative bien que précaire, qui explique sans doute l'euphémisme « épisodiquement[39] ». Des manœuvres dilatoires, des majorités de rechange pourraient être envisagées. Face à une majorité nette et déterminée, comme dans l'hypothèse d'une question de confiance explicite, le président de la République se trouverait dans l'obligation de démissionner. Jamais Capitant n'a pu concevoir l'hypothèse d'un compromis constitutionnel, fondé sur un accord d'arrière-pensées, entre ennemis politiques. L'idée, invraisemblable à l'époque, était destinée à le rester jusqu'en 1986.

On voit ainsi comment l'interprétation de la Constitution que présente René Capitant suit et légitime l'évolution du régime. À partir d'un texte sans grâce, s'élabore, autour de la personne du général de Gaulle et sous son action, un régime politique nouveau qui, sans violenter la lettre du texte adopté par référendum, développe sa logique propre. En devenant progressivement ce qu'il est, le régime se rapproche peu à peu, selon Capitant, de ce qu'il doit être. Le Président n'est plus cantonné dans le rôle, ambigu et réducteur, d'arbitre. Il devient le chef de l'exécutif. Il n'est plus l'élu d'« un collège réduit de notables, très semblable au collège chargé d'élire les sénateurs[40] » et « d'où sont pratiquement exclus les femmes et les jeunes[41] », mais l'élu du suffrage universel. Le référendum n'est plus circonscrit à quelques domaines limitativement définis : il permet au chef de l'État de s'assurer périodiquement de la confiance du pays. L'existence d'une majorité suscite et constate l'existence d'une authentique « volonté politique du peuple[42] ». La responsabilité du chef de l'État est effective. Elle est garantie par la possibilité qui lui est offerte de poser, par la voie du référendum, une question de confiance, mais aussi par le renouvellement périodique de l'Assemblée nationale : en cas de désaveu massif de la majorité parlementaire qui soutient le chef de l'État, celui-ci est contraint de démissionner. Certes le système demeure imparfait, des progrès pourraient être mis en œuvre. Mais l'idéal rousseauiste qui est celui de Capitant demeure asymptotique : la démocratie parfaite est inaccessible. Il n'y a donc aucune contradiction dans le fait d'affirmer du régime de la Ve République « qu'il n'en existe pas de plus démocratique dans le monde[43] ».

En résulte-t-il que René Capitant s'estime entièrement satisfait ? Non. En 1958 il constatait « que le système proposé est d'inspiration libérale plus que démocratique. Il tend à la division de la souveraineté plus qu'à la souveraineté du peuple[44] ». Selon son analyse, l'évolution du régime est heureusement allée en sens contraire.

---

[39] La suite lui a d'ailleurs donné raison puisque, de 1988 à 1993, François Mitterrand a gouverné en s'appuyant sur une majorité seulement relative.

[40] R. Capitant, « Élection ou plébiscite », art. cité (*Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 29).

[41] R. Capitant, « Oui quant au fond, oui quant à la forme », art. cité (*Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 161).

[42] R. Capitant, *Démocratie et participation politique*, Paris, Bordas, 1972, p. 145.

[43] R. Capitant, « Les ennemis de la démocratie », *Notre République*, 3 décembre 1965 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 38).

[44] R. Capitant, « Préface », art. cité, p. xviii.

Le référendum est en effet « l'institution par excellence de la démocratie directe » et s'oppose au plébiscite qui est « l'instrument du césarisme[45] ». Il regrette toutefois que le domaine du référendum n'ait pas été élargi par rapport à la définition restrictive qu'en donne, contrairement au désir du général de Gaulle, le texte constitutionnel. Il appelle également de ses vœux la création d'un mécanisme d'initiative populaire. Son grand regret demeure l'absence des réformes profondes destinées à créer une véritable démocratie économique et sociale, qu'il appelle et parfois annonce. Mais ce n'est pas le lieu de développer cet aspect de sa pensée, qui – bien qu'il implique l'usage du référendum – excède à l'évidence l'objet de cet article.

On peut observer, en revanche, que l'évolution ultérieure du régime n'a que partiellement confirmé les thèses de René Capitant. Certes le rôle prépondérant du président de la République n'a pas été remis en cause. Il s'est même encore développé. Le ralliement des partis de gauche au système s'est affirmé dès lors qu'ils ont eu accès au pouvoir. La bipolarisation s'est imposée et a permis d'atteindre l'idéal jadis inaccessible d'une alternance « à l'anglaise » – infléchie d'ailleurs par le cadre institutionnel instauré en 1958 – même si l'évolution de la conjoncture politique a singulièrement compliqué les choses.

La vision des questions constitutionnelles s'est trouvée d'autre part entièrement modifiée par l'affirmation du contrôle de constitutionnalité. René Capitant ne fondait guère d'espoir sur ce mécanisme, et moins encore sur l'organe censé l'exercer. Son expérience politique comme sa pensée juridique ne le prédisposait pas – autre euphémisme – à nourrir de grands espoirs à ce sujet. Non, comme on l'a vu, qu'il ait ignoré les textes. Mais d'une part il était enclin à penser que ceux-ci s'avèrent toujours ambigus, donc faiblement contraignants ; d'autre part il n'aurait ni compris ni accepté que des juges, mêmes compétents, puissent constituer « l'organe de la volonté générale[46] ». Le développement de la jurisprudence constitutionnelle a suscité un mouvement de retour au texte, souvent ambigu, portant sur des détails plutôt que sur l'équilibre global du système et les rapports de force qui le déterminent, mais qui a conduit à s'intéresser moins aux aspects institutionnels et politiques du droit constitutionnel qu'à sa dimension étroitement contentieuse.

Mais c'est évidemment sa théorie de la démocratie qui s'est trouvée la plus délaissée. L'idée même de démocratie a perdu l'importance politique, idéologique et affective qu'elle connaissait encore dans les années soixante. Elle n'est plus, comme à l'époque, un idéal, un étendard et un enjeu. Ce n'est pas ici le lieu de se demander pourquoi, mais il faut enregistrer le fait : le regard porté sur l'œuvre de René Capitant ne peut qu'en être transformé.

Aussi n'est-il pas surprenant que sa vision institutionnelle, entièrement structurée par l'impératif démocratique, ne soit plus qu'un objet d'histoire. On peut même dire qu'elle a été minutieusement déconstruite.

---

[45] R. Capitant, « Nécessité et légitimité du référendum », *Notre République,* 22 décembre 1960 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 65). René Capitant s'inscrit ici dans la tradition du *Traité de droit constitutionnel* de Duguit et de l'œuvre tardive de Carré de Malberg. L'expression « démocratie directe » – dont l'usage pourrait être discuté – est récurrente chez l'auteur : voir par exemple R. Capitant, « Réfutation du "non" », *Notre République*, 4 octobre 1962 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 153) ou « Les ennemis de la démocratie », *Notre République*, 3 décembre 1965 (repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 39).

[46] R. Capitant, « Élection ou plébiscite ? », art. cité (*Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 31). Il est ici question de Parlement, mais il est peu douteux que René Capitant n'aurait pas consenti au Conseil constitutionnel le pouvoir que celui-ci s'est conféré à lui-même.

Le référendum, dont on pouvait déjà observer le déclin en 1998, paraît de fait abandonné. Lors de deux dernières consultations, en 2000 et 2005, il avait été préalablement convenu qu'un résultat négatif serait sans influence sur le maintien au pouvoir de ses organisateurs – précaution qui s'est avérée utile dans le second cas.

Les projets d'instauration d'un mécanisme d'initiative populaire, rebaptisé référendum d'initiative citoyenne, partent d'une toute autre logique. Il est d'ailleurs fort probable qu'ils n'ont aucune chance d'aboutir en raison de l'hostilité, proclamée ou silencieuse, des responsables politiques mais aussi des multiples activismes minoritaires et sectoriels qui craignent, sans doute à juste titre, d'être moins populaires auprès des électeurs que des médias.

Se retirer après des élections législatives perdues par son camp ? Deux présidents de la République ont vertueusement résisté à cette tentation.

Plus généralement, la pertinence du clivage majoritaire, qui a fonctionné quelques temps, s'est trouvée ensuite brouillée sous l'influence conjuguée de deux facteurs.

Le premier, interne, provient des transformations du système des partis. À droite puis à gauche, l'essor de partis extrémistes a d'abord réduit l'audience des partis de gouvernement. Puis ceux-ci, autour desquels se groupaient traditionnellement les coalitions potentiellement majoritaires, se sont effondrés. D'où un retour en grâce de coalitions centristes, laminées auparavant par la bipolarisation, qui l'emportent par défaut. Mais, assumant un pouvoir sans alternative, elles subissent de plein fouet les aléas de la conjoncture, y compris les plus imprévus, et additionnent tous les mécontentements, globaux ou sectoriels, légitimes ou non.

D'autre part la conjonction du quinquennat et de la priorité des élections présidentielles sur les élections législatives, posée par la loi organique du 15 mai 2001, crée – a jusqu'ici créé – une majorité automatique à l'Assemblée nationale. Conjugués – car il est simpliste de faire porter l'entière responsabilité des déboires actuels sur le seul quinquennat – ces deux phénomènes confrontent un mécontentement général et l'irresponsabilité systémique d'un pouvoir inamovible pendant cinq ans. C'est le contraire exact du schéma décrit par Capitant : une alternative claire entre les termes de laquelle la majorité des citoyens choisit et manifeste ainsi, faute d'unanimité, « la volonté politique du peuple[47] » tout en gardant le pouvoir de mettre en cause la responsabilité politique des gouvernants.

Il ne faut pas toutefois perdre de vue que le système actuel a été bricolé, sans que ses conséquences aient été anticipées, dans un but précis : empêcher la cohabitation. Ainsi l'évolution du régime a imposé un choix entre deux cas de figure que Capitant récusait également : la cohabitation, qui paralyse l'État, et l'hyperprésidence qui confère au chef de l'État, pour la durée de son mandat, un pouvoir irresponsable et sans partage. Certes il n'est pas exclu que l'élection au suffrage universel – seule survivante – désigne un « bon » Président[48]. Mais, outre que ce caractère est par nature subjectif, l'inverse peut aussi se produire, ou la conver-

[47] R. Capitant, *Démocratie et participation politique*, *op. cit.*, p. 145.

[48] « De même que, dans la série des présidents des États-Unis, il y eut beaucoup d'hommes moyens, de même il y aura des médiocres parmi les successeurs du général de Gaulle » observait Capitant (R. Capitant, « Institutions », *Notre République*, 10 février 1967 ; repris dans les *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 72-73). Sur ce point sa prophétie s'est trouvée confirmée.

gence des oppositions peut retourner du pour au contre une opinion d'abord favorable. On parvient ainsi à cumuler tous les inconvénients. La vision de Capitant était peut-être un rêve. Il est peu douteux que son contraire soit un cauchemar.

René Capitant a compris la Ve République à partir d'un savoir théorique qu'il avait élaboré sous les Républiques antérieures. Il était donc intellectuellement préparé d'une part à mettre en lumière les avantages qu'offrait la Ve – qui avait été explicitement conçue de manière à pallier les défauts de celles-ci –, d'autre part à développer les arguments en défense susceptibles d'être opposés à ses adversaires – la pratique du système, légitime car plus efficace et plus démocratique, détermine l'interprétation de la lettre des textes, non l'inverse. Mais la pertinence de sa réflexion a été dans une certaine mesure occultée par son engagement politique : il était facile de réduire ses analyses à son militantisme gaulliste – d'autant plus facile que ce positionnement demeurait, chez ses pairs, nettement minoritaire. Il est plus facile aujourd'hui de comprendre son point de vue, non que ses thèses l'aient emporté – sur des points qu'il tenait pour essentiel, c'est l'inverse qui est vrai – mais parce que les choix collectivement effectués par les dirigeants politiques de tous bords, qui sont allés très généralement à rebours de ce que souhaitait Capitant, ont révélé leurs effets pervers. En outre, le changement radical de problématique en matière constitutionnelle permet de regarder les débats des années soixante avec la distance qu'introduit le temps. Le témoin paradoxal est devenu un témoin historique.

Demeure une question : la transformation, voire la transfiguration rétrospective du sens imputé au texte constitutionnel par la logique de sa mise en œuvre, dont René Capitant a été le plus éloquent avocat, est-elle réversible ?

La pratique, qui détermine la signification du texte sans le contredire formellement, suscite une nouvelle normativité, distincte de celle qu'une lecture prospective du texte semblait annoncer sans l'établir, *a fortiori* la garantir, comme la suite l'a prouvé. Cette lecture rétrospective modifie à la fois le sens général de la Constitution, donc du système politique considéré globalement, et le détail de ses dispositions, qui sont maintenant interprétées à la lumière du premier.

Mais si la configuration initiale fait retour et invoque des textes inchangés, quelle option choisir ? René Capitant ne s'est pas posé la question : il en est resté à l'idée de *constitution coutumière*, telle qu'il l'avait élaborée en analysant le régime impulsé plutôt que déterminé par les lois constitutionnelles de 1875. Il avait de bonnes raisons de ne pas envisager l'hypothèse d'un *retour au texte*. D'une part il considérait l'évolution du régime de 1958 comme la manifestation, progressive mais logique et nécessaire, du véritable sens de celui-ci. Comment un tel progrès pourrait-il être réversible ? D'autre part l'auteur est mort avant que se manifestent les signes d'une régression *institutionnelle*, bien que la régression *politique* ait été, pour lui, accomplie déjà en la personne de Georges Pompidou. L'optique actuelle est différente puisque l'idée d'un *conflit des normativités* n'est pas, pour nous, une hypothèse d'école. Aussi improbable qu'il soit le phénomène a eu lieu et possède un nom : c'est la cohabitation.

Le conflit en question oppose en effet deux normes : celle qu'a imposée la pratique du régime, celle que l'on peut, pouvait ou pourrait induire du texte fondateur de celui-ci. Il est évident qu'une telle confrontation ne saurait être et n'a pas été tranchée sur la base de critères purement juridiques. Le point de vue qui l'emporte est déterminé par un rapport de forces politique : le cas pratique de la cohabitation l'a montré sur le tas. L'idée de constitution coutumière est ici dépassée, puisque l'on ne forge pas coutumièrement une norme nouvelle mais que l'on choisit, pour

des motifs qui n'ont par hypothèse aucun caractère normatif – le contraire supposerait une métanorme : or celle-ci, précisément, n'existe pas – entre deux normes possibles. Ne serait-on pas en présence d'une, ou deux, constitutions politiques[49] ?

Dans une telle problématique, une absence doit être notée : celle du juge constitutionnel. Celui-ci, en effet, n'agit, au mieux, qu'à la marge. Il tranche, de manière plus ou moins convaincante, des différends ponctuels, relatifs à des normes particulières. Quelle que soit l'importance, parfois considérable, des solutions qu'il dégage, la question de la signification globale du système n'est jamais posée en termes contentieux et ne peut l'être. Le droit définit et répartit des *compétences*, c'est-à-dire des domaines où les personnes habilitées sont autorisées à décider *conformément* aux règles qu'il édicte. Mais où se situe le véritable *pouvoir* ? Qui décide *en fait* ? Si les *formes* sont respectées, comment apprécier le contenu des consciences ? Comment un juge pourrait-il empêcher un Premier ministre de démissionner à la demande du chef de l'État, malgré le sens apparent du premier alinéa de l'article 8 de la Constitution, ou garantir le respect de la lettre du premier alinéa de l'article 20, c'est-à-dire *imposer* que le gouvernement *détermine et conduise*, *en pratique* et exclusivement *motu proprio*, la politique de la Nation ? Pour le meilleur et pour le pire, le régime politique, résultante de l'interprétation globale du texte constitutionnel, est hors de portée du juge. C'est un drame politique, dont le juge est acteur, mais dont il n'est pas l'auteur, pas même le metteur en scène.

Jean-Marie Denquin

Professeur émérite de l'université Paris Nanterre, est l'auteur de plusieurs ouvrages en droit constitutionnel et théorie du droit, parus notamment dans *Jus politicum*. Un recueil de ses textes a été publié chez Dalloz en 2019.

[49] Sur cette notion je me permets – à nouveau – de renvoyer à l'un de mes articles : J.-M. Denquin, « Constitution politique et fait majoritaire », *Jus Politicum*, vol. XI, *Le droit politique face à la Cinquième République*, 2020, p. 203-214.

Alain Laquièze

René Capitant, gaulliste de gauche*

> « Sans lui, il eût manqué beaucoup au gaullisme de gauche, sans lequel il eût manqué beaucoup au gaullisme tout court. »
>
> L. Hamon, « Le gaullisme de René Capitant » (1981)[1]

René Capitant a été à la fois un savant juriste et un homme politique engagé dans les combats de son siècle. Les années passant, le politique a semblé prendre le pas sur le savant, sans que le premier n'oublie ce qu'il devait au second. Le professeur de droit public qu'il était a été le principal théoricien du gaullisme de gauche, ce petit groupe de militants qui a toujours exprimé sa fidélité au général de Gaulle, tout en se situant à la gauche du parti gaulliste dominant, qu'il s'appelle le RPF, l'UNR, l'UDR ou même plus tard le RPR[2]. Pour Léo Hamon qui fut un de ses compagnons de route, il aura même été « un des maîtres à penser du gaullisme[3] », l'originalité de son gaullisme tenant « à l'importance de sa contribution théorique, toujours ardente, toujours "bien à lui" [...] dans la construction sans cesse recommencée, reprise et élargie d'une théorie d'ensemble[4] ».

On peut également ajouter que René Capitant a été un gaulliste de la première heure. Il avait d'ailleurs rencontré de Gaulle avant même l'appel du 18 juin. Les deux hommes avaient eu en effet l'occasion d'échanger avant le début de la guerre et ont surtout appris à se connaître au quartier général de la 5e armée, basée en

* Je tiens à remercier Frédéric Fogacci, directeur des études de la Fondation Ch. de Gaulle, et Clément Gaubard, doctorant à l'Université de Paris. Leur connaissance de l'action politique de René Capitant et des débats sur la participation m'a été d'un grand secours pour la rédaction de ce texte. Je remercie aussi vivement M. Michel Couderc, ancien Secrétaire général à la Questure de l'Assemblée Nationale, qui m'a apporté de précieux témoignages sur René Capitant, lorsqu'il était président de la Commission des lois de l'Assemblée entre 1962 et 1968.

[1] L. Hamon, « Le gaullisme de René Capitant », *Espoir*, nº 36, octobre 1981, p. 17.

[2] Sur les gaullistes de gauche, on lira en priorité l'ouvrage de Daniel Garrigue, *Le temps des gaullistes de gauche* (Paris, L'Harmattan, 2018). Voir aussi Y. Billard, « Les gaullistes de gauche », in J.-J. Becker *et al.* (dir.), *Histoires des gauches en France*, Paris, La Découverte, 2005, p. 190-196 ; J. Pozzi, *Les mouvements gaullistes*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2011, p. 205-224.

[3] L. Hamon, « Le gaullisme de René Capitant », art. cité, p. 17.

[4] *Ibid.*

Allemagne, durant l'hiver 1939–1940. Des préoccupations communes ont pu les rapprocher : un même intérêt pour la culture allemande classique, une inquiétude similaire face à la montée du nazisme, un constat semblable sur l'impuissance du régime de la III^e^ République à répondre aux défis que la France rencontrait alors[5]. Ils éprouvèrent du reste la même déception, lorsqu'ils furent en contact en 1936 avec l'homme fort du moment, Léon Blum. De Gaulle raconte, dans ses *Mémoires de guerre*, comment son entrevue avec le Président du Conseil sur la stratégie à adopter face à une Allemagne agressive est maintes fois interrompue par des appels téléphoniques sur de menues questions parlementaires ou administratives assaillant son interlocuteur ; cette discussion n'aboutit à aucune inflexion de la politique en la matière[6]. Capitant qui éprouvait une véritable admiration pour le chef du Front populaire fut pour sa part un épisodique membre de son cabinet, avant que des désaccords politiques, sur la non-intervention en Espagne ou sur l'absence d'autonomie du Président du Conseil par rapport à la ligne de son parti, ainsi que des différends personnels, avec le directeur de cabinet Jules Moch en particulier, ne le conduisent rapidement à s'éloigner[7]. La rencontre avec de Gaulle fut assurément déterminante dans l'engagement politique de Capitant, dont la fidélité à l'égard de l'homme du 18 juin ne devait jamais se démentir. « La politique, c'était pour Capitant, lutter et militer auprès de lui[8] » a pu écrire son ami Philippe Serre qui ajoutait joliment : « Que de fois, lui ai-je dit sans qu'il protestât autrement que par un sourire : "tu es un agnostique qui a trouvé Dieu". Au milieu de tant de courants gaullistes, il y a un gaullisme religieux et c'est lui seul, je crois, qui a dû l'incarner[9] ».

Une autre personnalité a exercé une influence importante dans le parcours politique de René Capitant. Il s'agit de Louis Vallon, un polytechnicien qui avait été, dans les années 1930, un des fondateurs du groupe X-Crise et qui était également dans l'entourage de Léon Blum en 1936. C'est d'ailleurs à cette occasion que Capitant fit sa connaissance. Les deux hommes devaient s'imposer comme les principaux leaders des gaullistes de gauche, alors même qu'ils ne partageaient pas exactement les mêmes convictions. Louis Vallon était un militant socialiste, proche des idées de Jaurès et marqué par l'enseignement de Marx. Sa fidélité à l'idéal socialiste ne se démentira jamais. René Capitant était pour sa part proche de la gauche républicaine[10], attaché en disciple de Rousseau à la démocratie parlementaire, mais appelant très tôt à une réforme du parlementarisme de la III^e^ République en s'inspirant par exemple des techniques constitutionnelles britanniques, tels que le droit de dissolution et le scrutin majoritaire à un tour[11]. Il était également favorable à

---

[5] Comme a pu le relever Jean-Pierre Morelou (J.-P. Morelou, « René Capitant, le dernier Garde des Sceaux du général de Gaulle », in *Mélanges Otmar Seul*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, p. 331).

[6] Ch. de Gaulle, *Mémoires de guerre*, t. 1, Paris, Plon, 1954, p. 28-31.

[7] Sur Capitant et Léon Blum, voir la préface d'Olivier Beaud aux *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)* de René Capitant (Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 48-52).

[8] Ph. Serre, « Souvenirs personnels », *Espoir*, n° 36, 1981, p. 15.

[9] *Ibid.*

[10] Un « républicain quarante-huitard » dira de lui Edmond Michelet dans *La querelle de la fidélité. Peut-on être gaulliste aujourd'hui ?* (Paris, Fayard, 1971, p. 59).

[11] On lira en particulier ses textes d'avant-guerre « La crise et la réforme du parlementarisme en France. Chronique constitutionnelle française (1931–1936) » et « les leçons de la démocratie anglaise : pour un "*two party system*" » (*ibid.*, p. 341-380 et p. 425-429).

une intervention plus forte de l'État pour répondre aux effets de la crise économique et pour préparer le pays à la guerre. La complicité entre les deux hommes fut manifeste au temps du RPF, au moment de l'Union démocratique du travail, le rassemblement des gaullistes de gauche fondé en 1959, et de *Notre République*, le journal dans lequel ils devaient exprimer leurs idées politiques sous la Ve République. Elle fut également très étroite à l'Assemblée Nationale au cours des années 1960, alors que Capitant était président de la Commission des lois et Vallon, rapporteur général du budget.

Capitant et Vallon illustrent assez bien la diversité des sensibilités politiques des gaullistes de gauche. Un Louis Joxe, un Georges Gorse viennent, tout comme eux, de la gauche. Mais il y a également des personnalités issues de la démocratie chrétienne, telles que le syndicaliste Yvon Morandat, Francisque Gay, François Mauriac et Edmond Michelet. D'autres proviennent de milieux conservateurs, comme le général Pierre Billotte ou l'entrepreneur Gilbert Grandval. Un Léo Hamon a, pour sa part, suivi un parcours complexe, du parti communiste au MRP, avant de rejoindre les gaullistes de gauche[12]. Il n'en demeure pas moins que ces hommes d'origines diverses se retrouvent dans une fidélité portée jusqu'à la ferveur au général de Gaulle et dans un passé commun au sein de la Résistance et de la France libre. Pour René Capitant, le thème majeur de la politique gaulliste est, ce n'est pas un hasard, celui de la libération : libération du territoire, libération des citoyens enserrés dans un régime, la IIIe République, insuffisamment démocratique, libération des femmes qui n'obtiennent le droit de vote qu'en 1944, libération des peuples colonisés, libération de l'économie asservie par des intérêts capitalistes et libération de la politique étrangère, désormais fondée sur l'indépendance réciproque et de la coopération des nations[13]. C'est d'ailleurs ce thème qui était au cœur du discours prononcé par le général de Gaulle le 25 novembre 1941 à l'université d'Oxford, dans lequel il y dénonçait l'hitlérisme, vu comme un produit de la civilisation moderne dominé par la machine et le conformisme collectif. De Gaulle appelait alors à une « rénovation spirituelle, morale, sociale autant que politique[14] », afin de lutter contre la « mécanisation générale[15] » et l'uniformisation des vies et des esprits, propices aux dictatures de toutes sortes.

Certains discours du général de Gaulle ont été des sources d'inspiration importantes pour les gaullistes de gauche et pour René Capitant en particulier. Outre le discours d'Oxford, il faut citer l'important discours prononcé par le général le 4 janvier 1948 à Saint-Étienne. Il y esquisse un nouveau modèle de société qui dépasserait l'opposition entre le capitalisme et le communisme et qui permettrait à la fois la rénovation économique de la France et la promotion ouvrière. Le mot d'ordre de de Gaulle est « l'Association[16] », c'est-à-dire que tous les salariés des entreprises, des cadres dirigeants aux ouvriers, fixeraient ensemble les conditions de leur travail, notamment leurs rémunérations. La mise en place de ce nouveau monde du travail devrait s'accompagner d'une représentation des salariés au sein

---

[12] Comme le rappelle D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 21.

[13] R. CAPITANT, « 1er juin 1961. L'idée de libération », in *Écrits politiques*, Paris, Flammarion, 1971, p. 254-255.

[14] Ch. DE GAULLE, *Discours et messages*, t. 1, Paris, Plon, 1970, p. 145.

[15] *Ibid.*, t. 1, p. 144.

[16] *Ibid.*, t. 2, p. 167.

de l'État. Pour de Gaulle, le Conseil de la République ne devrait pas seulement représenter les assemblées locales, mais également les professions. Il reprenait ainsi une idée déjà lancée lors de son discours de Bayeux[17]. En 1966, et alors que le débat fait rage chez les gaullistes sur l'orientation sociale à donner à la politique du gouvernement Pompidou, Capitant rappelait, dans *Notre République*, que

> Transformer dans l'entreprise le salarié en associé, telle est la promesse que fit le général de Gaulle, à Saint-Étienne, en 1947 [*sic*], devant les mineurs, qui en masse, étaient venus l'entendre. Cette promesse, quoi qu'on en dise aujourd'hui, eut un immense retentissement et l'écho n'en est pas encore éteint dans les consciences ouvrières. C'est parce qu'ils s'en souviennent et qu'ils croient à sa réalisation que tant d'ouvriers mettent encore leur espoir en de Gaulle[18].

La question sociale est au cœur de l'engagement politique de Capitant et des gaullistes de gauche, même si elle n'est pas l'objet exclusif de leurs préoccupations. Leur ambition est en effet de fonder une démocratie politique et sociale qui trancherait avec le régime purement représentatif et parlementaire de la IVe République et avec l'économie capitaliste. Ils vont donc militer pour un changement de régime politique qui soit plus démocratique et qui respecte la liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes. Leur projet vise également à une réforme profonde du système capitaliste, en transformant les salariés en associés au sein des entreprises. Sous la Ve République, Capitant assigne aux gaullistes de gauche la mission de « comprendre, préparer et revendiquer la réforme qui fera de notre pays une véritable démocratie sociale[19] ». En théoricien soucieux de fonder son action politique et celle de ses amis, Capitant édifie, au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, le programme d'une démocratie politique et sociale qu'il souhaite voir mise en place (I). Ce programme, qu'il n'a cessé d'enrichir par la suite, a servi de ligne directrice à ses combats politiques menés sous la IVe et la Ve République, en faveur d'un gaullisme progressiste et émancipateur (II).

I. La construction d'une doctrine : l'édification d'une démocratie politique et sociale

Universitaire engagé dans l'action publique, René Capitant est sans doute « l'homme qui s'est le plus profondément attaché à donner au gaullisme de gauche, et plus largement au gaullisme, le caractère d'une doctrine politique[20] ». Il a commencé à forger ses idées, à partir des années 1930, en procédant à une analyse critique du régime parlementaire de la Troisième République. Mais c'est surtout au sortir de la Deuxième Guerre mondiale qu'il va développer les éléments de ce qui

---

[17] À Bayeux, de Gaulle évoque la deuxième chambre en suggérant d'y introduire, aux côtés de représentants des assemblées locales, « des représentants des organisations économiques, familiales, intellectuelles, pour que se fasse entendre, au-dedans même de l'État, la voix des grandes activités du pays » (discours du 16 juin 1946, *ibid.* t. 2, p. 9). Il convient toutefois de noter que cette idée ne se retrouve pas dans l'autre grand discours sur le programme institutionnel du général, celui d'Épinal du 29 septembre 1946, où le Conseil de la République n'est plus qu'élu par les représentants des conseils généraux et municipaux (*ibid.*, t. 2, p. 30).

[18] R. Capitant, « 14 janvier 1966. Nouveau gouvernement nouvelle politique ? », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 318.

[19] R. Capitant, « 17 avril 1967. Le gaullisme de gauche », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 263.

[20] D. Garrigue, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 22.

peut apparaître comme un programme politique, correspondant en réalité à sa vision du gaullisme.

> Le gaullisme, écrit-il, n'est pas une obéissance, ni une acclamation, ni même un sentiment de confiance passive, mais une volonté civique de concourir à l'œuvre de redressement national. De là découle la nature essentiellement démocratique du gaullisme. Qu'est-ce en effet que la démocratie, sinon la participation du citoyen à la chose publique[21] ?

Prenant comme boussole l'idée démocratique en s'inspirant du *Contrat social* de Rousseau, Capitant ne s'est pas contenté, en simple constitutionnaliste, de proposer une refondation du régime républicain prenant la forme de ce qu'il considérait être une véritable démocratie politique (A). Il a également proposé une nouvelle société du travail qui devait avoir but de parachever la démocratie politique qu'il appelait de ses vœux. C'est ce qu'il a appelé la démocratie sociale (B).

A. Une véritable démocratie politique

René Capitant a d'abord été un observateur critique du fonctionnement de la Troisième République dans les années 1930. Prolongeant les analyses de son maître Carré de Malberg, il a stigmatisé les faiblesses d'un régime parlementaire dans lequel « la Chambre est devenue comme une baraque foraine où les députés massacrent des silhouettes ministérielles[22] » et où « la France est un pays sans gouvernement[23] ». Pour conjurer une instabilité ministérielle, vue comme un poison des institutions républicaines, Capitant propose des pistes de réformes qui empruntent au parlementarisme britannique : rétablissement du droit de dissolution de la chambre des députés, mode de scrutin majoritaire à un tour pour obtenir une structuration partisane permettant de dégager une majorité parlementaire cohérente, réduction des pouvoirs du Sénat qui ne devrait plus pouvoir être autorisé à engager la responsabilité des ministres. Il suggère également une réorganisation interne du gouvernement qui passe par l'institutionnalisation de la présidence du conseil, la création d'un secrétaire général au sein de chaque ministère et une assistance à sa fonction d'initiative de la loi par le Conseil d'État et le Conseil national économique élargi, indice déjà de sa sensibilité aux sujets économiques et sociaux.

Ces propositions ne sont pas en elles-mêmes originales. Elles s'inscrivent dans le vaste mouvement de réforme de l'État de l'entre-deux-guerres et reprennent des idées chères à Léon Blum et à André Tardieu. Capitant souhaite une inflexion des institutions républicaines qui aille dans le sens d'une meilleure gouvernabilité. Mais il n'est pas encore question, comme il le soutiendra après 1946 d'un changement de régime politique. Entretemps, il y aura eu la guerre et les combats menés dans la Résistance, notamment à Alger, en faveur de la France libre. Capitant est alors accaparé par la lutte avec les alliés contre l'Allemagne nazie et la libération du territoire national. Les textes qu'il publie dans *Combat–Alger* à partir de 1943 le montrent soucieux avant tout de soutenir l'action du général de Gaulle. La réflexion constitutionnelle n'est pas alors sa priorité, même s'il est convaincu qu'il faut se débarrasser au plus vite du régime de Vichy et bien qu'il estime que le retour

---

[21] R. Capitant, « 15 juillet 1961. La force du gaullisme », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 10.

[22] R. Capitant, *La réforme du parlementarisme*, Paris, Sirey, 1934, repris dans *Écrits d'entre-deux-guerres*, *op. cit.*, p. 325.

[23] *Ibid.*

à la légalité républicaine ne sera pas nécessairement synonyme de rétablissement des institutions de la IIIe République[24]. Les derniers mois de la guerre seront surtout l'occasion pour Capitant de se consacrer à la réorganisation de l'administration de l'éducation nationale. Il sera du reste titulaire de ce portefeuille ministériel dans le gouvernement provisoire dirigé par le général de Gaulle[25].

C'est après que ce dernier eut quitté le pouvoir en janvier 1946, que Capitant, parallèlement à son mandat de député à la Constituante, puis de membre de la première Assemblée Nationale de la Quatrième République, va proposer un programme ambitieux qui s'éloigne progressivement du réformisme pour aboutir à une rupture politique et sociale. Certaines de ses propositions institutionnelles avaient déjà été présentées au moment de la difficile gestation de la nouvelle constitution de la Quatrième République[26]. Après l'échec du premier projet de constitution, Capitant lance un mouvement, l'Union gaulliste, qui a pour but de défendre les thèses du discours de Bayeux[27] et le mode de scrutin majoritaire. Devant l'insuccès de ses entreprises, il reprend et développe ses idées en faveur de la démocratie politique et de la démocratie sociale dans des rapports présentés au conseil national du RPF entre 1948 et 1952[28].

On trouve aussi des échos de ses préoccupations politiques dans les enseignements de doctorat qu'il dispense à la Faculté de droit de Paris au début des années 1950 et qui sont consacrés à la démocratie[29]. Dans ces cours, la figure de Jean-Jacques Rousseau occupe une place majeure. Rousseau est présenté comme le fondateur de la démocratie moderne et c'est à l'aune de la théorie rousseauiste que Capitant dégage ce qui lui paraît être la voie authentique de la démocratie qu'il

---

[24] Voir sur ce point l'étude de J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, nº 6, p. 9-171. Cette contribution comporte en annexes les articles de Capitant publiés dans *Combat–Alger* entre 1943 et 1946.

[25] Sur René Capitant ministre de l'Éducation nationale à la Libération, voir le témoignage de Jean Thomas dans la revue *Espoir*, nº 36, octobre 1981, p. 22-27 ; voir aussi les mémoires de Jean Foyer qui était alors à son cabinet : J. FOYER, *Sur les chemins du droit avec le Général. Mémoires de ma vie politique (1944–1988)*, Paris, Fayard, 2006, p. 15-32.

[26] Voir le discours de René Capitant à l'Assemblée Nationale constituante, 2e séance du 10 avril 1946, *JO Débats de l'Assemblée Nationale constituante* du jeudi 11 avril 1946, p. 1665-1672, dans lequel il dénonce le « système de fausses barbes » créé par le premier projet de constitution, puisque la deuxième chambre est remplacée par deux assemblées consultatives, que le président n'a pas le choix de son président du conseil et que la question de confiance, telle qu'elle est conçue, n'est pas une arme de contrainte de l'assemblée aux mains de ce dernier.

[27] Si René Capitant a été un soutien inconditionnel des propositions exposées par le général de Gaulle dans le discours de Bayeux du 16 juin 1946, il n'est pas exclu de penser qu'il en ait été aussi l'un des principaux inspirateurs. Ses articles publiés dans *Combat Alger* de mai à août 1946 montrent en tout cas une similarité de points de vue avec le général sur les questions institutionnelles : voir ces textes reproduits dans J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre de René Capitant », art. cité, p. 137-169.

[28] Voir *Rapport sur la révision de la Constitution*, Conseil national du RPF, mairie de Levallois-Perret, 27 septembre–2 octobre 1948 ; Rapport *Des assemblées législatives*, RPF, Assises nationales de Paris, 23–25 juin 1950 ; *Le changement de régime*, Conseil national du RPF, mairie de Neuilly, 10–12 octobre 1952 ; sur le même thème, Assises Nationales du RPF, 9–11 novembre 1952. Ces rapports sont disponibles dans les archives du RPF conservées par la Fondation Charles de Gaulle.

[29] Voir en particulier *Les principes fondamentaux de la démocratie*, Paris, Les Cours de droit, 1952-1953, republié dans les *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 147-232.

décline selon le triptyque suivant : démocratie politique, démocratie fédérale, démocratie sociale. Son projet est justement de permettre à la France qu'elle se dote d'un régime politique et social qui se conforme à cette triple exigence. Sa contribution au programme du RPF qui part d'une critique sans concessions du fonctionnement de la IVe République obéit à cette préoccupation.

Intervenant au Conseil national du RPF à l'automne 1948, Capitant tire les leçons de deux ans d'application de la Constitution du 27 octobre 1946. Avec des accents très gaulliens, il stigmatise l'action des partis politiques qui, dès la Constituante, ont perverti le régime parlementaire. À une période où le retour du général de Gaulle au pouvoir apparaît proche, il ne propose alors qu'une révision du texte constitutionnel. Mais le contenu de cette révision est d'une grande ampleur car elle vise à « restaurer le régime parlementaire dans ses véritables principes[30] », à introduire une décentralisation à la fois territoriale et économique et sociale permettant de fonder une démocratie locale et une démocratie économique, complémentaire de la démocratie politique et à organiser l'Union française sur une base fédérative, donnant ainsi une dimension fédérale à la République française. Capitant propose en particulier que le Président de la République, élu par un collège plus large que le Parlement, puisse nommer les ministres, sans investiture de l'Assemblée Nationale et dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la signature du décret de dissolution de celle-ci. Au nom de la séparation des pouvoirs, il souhaite également que soit défini un domaine propre du pouvoir législatif. Défenseur du bicaméralisme, il se prononce pour que le Conseil de la République voit ses prérogatives normatives étendues, sans retrouver tous les pouvoirs dont disposait le Sénat de la IIIe République. Il envisage encore qu'il puisse y avoir dans l'avenir une fusion du Conseil de la République et du Conseil économique et milite pour que l'Assemblée de l'Union française, dont les missions sont purement consultatives dans la Constitution de 1946, puisse adopter les lois concernant les territoires d'outre-mer.

Le projet de réforme institutionnelle défendu par Capitant ne porte pas seulement, comme on le voit, sur le renforcement du pouvoir exécutif, dont bénéficiera à la fois le chef de l'État et le gouvernement qui disposera d'une majorité parlementaire stable, ce que le mode de scrutin majoritaire pour l'élection des députés doit notamment lui conférer. Il vise aussi à une démocratisation des institutions républicaines qui, dans son esprit, passe en particulier par l'affirmation d'une république fédérale.

L'idée fédérale est importante dans la pensée politique de Capitant. Elle a commencé à apparaître dans ses écrits, peu de temps avant le discours de Bayeux[31] et elle est exposée dans sa brochure *Pour une constitution fédérale*. « Seul le fédéralisme peut nous permettre de résoudre le problème capital de l'Union française[32] », écrit-il alors. L'idée fédérale obéit à la préoccupation qu'ont les gaullistes de gauche, très favorables au processus de décolonisation, de défendre les droits des peuples d'outre-mer qui ont vocation à être des nations susceptibles de se gouverner démocratiquement. Elle est pour Capitant intrinsèquement liée à l'idée démo-

[30] *Rapport sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 2.

[31] Voir H. TRUCHOT, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, thèse de droit, Université de Bourgogne, 2018, p. 469 *sqq.*

[32] R. CAPITANT, *Pour une constitution fédérale*, Strasbourg, Renaissances, 1946, dans *Écrits constitutionnels, op. cit.*, p. 313.

cratique. Elle constitue une des réponses au régime représentatif de la IVe République, accusé à la fois de méconnaître les droits du peuple français en accordant l'essentiel du pouvoir législatif à une Assemblée Nationale élue à la représentation proportionnelle et de ne pas accorder d'autonomie aux populations d'outre-mer. Il regrette en particulier que la Constitution de 1946 accorde le pouvoir de légiférer sur les départements et territoires d'outre-mer, ainsi que sur les États associés, à la seule Assemblée Nationale et que l'Assemblée de l'Union française, composée pour moitié de représentants de ces territoires, n'ait qu'une fonction consultative. Ces dispositions accréditent sa conviction que les institutions de la IVe République ne sont pas démocratiques.

Dans son cours de doctorat sur *Les principes fondamentaux de la démocratie*, René Capitant voit dans l'enseignement de Proudhon la principale source d'inspiration pour l'analyse du fédéralisme démocratique. Le penseur socialiste est celui qui a conçu « la société comme formée par une série de groupes sociaux, de collectivités territoriales et professionnelles, dont l'État n'est qu'une des variétés[33] ». Au sein de ces groupes concentriques que sont respectivement la famille, la profession, la commune, la nation et la société universelle, les êtres humains seront au centre du système fédéral. Il est en cela le plus démocratique car il « confie le pouvoir politique au sein de chacun des groupes aux citoyens qui les forment[34] ». Capitant retient de l'idée fédérale de Proudhon que l'individu est souverain dès lors que tous les groupes auxquels il appartient fonctionnent de manière démocratique. Il relativise par là même l'importance de l'État qui ne peut revendiquer d'avoir le monopole des règles démocratiques.

> […] une démocratie centralisée est une démocratie mutilée, écrit-il. Une démocratie limitée aux frontières d'une nation est une démocratie fractionnée. La démocratie, pour être intégrale, exige d'être à la fois locale, économique, nationale et internationale[35].

L'État n'est en effet qu'une entité parmi d'autres du fédéralisme. En cela, ce dernier est un pluralisme social mais qui ne peut être qualifié *stricto sensu* de néo-féodalisme car il est conçu démocratiquement. Il postule en effet non seulement le pluralisme des collectivités juridiques, mais aussi l'organisation démocratique de l'ensemble de ces collectivités.

Cette réflexion théorique sur le fédéralisme démocratique trouve une déclinaison politique dans la proposition de Capitant, formulée à la même période, de créer une assemblée législative qui voterait les lois fédérales communes à la métropole et à l'outre-mer. Elle serait élue au suffrage universel direct ou indirect par l'ensemble des citoyens de l'Union. Elle serait distincte des assemblées qui voteraient les lois propres à la seule métropole. Conscient toutefois que cette solution de l'assemblée fédérale est prématurée, il suggère, en attendant, d'introduire à l'Assemblée Nationale et au Conseil de la République des représentants d'outre-mer qui ne participeraient au vote que des lois applicables Outre-Mer[36].

---

[33] R. Capitant, « Les principes fondamentaux de la démocratie », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 161.

[34] *Ibid.*

[35] *Ibid.*

[36] Voir le rapport *Des assemblées législatives, op. cit.*, p. 9-10.

Le concept de fédéralisme oppose les deux principaux théoriciens du droit constitutionnel du gaullisme que sont René Capitant et Michel Debré. S'ils se retrouvent sur l'idée d'instituer un véritable régime parlementaire, mot d'ordre que l'on retrouvera dans le discours de Michel Debré au Conseil d'État du 27 août 1958, ils s'opposent en revanche sur le contenu de l'Union française. Debré est en effet hostile à l'idée d'une fédération, potentiellement porteuse selon lui de sécession et préfère le concept plus vague de « Communauté[37] ». En 1958, c'est lui qui sera à la manœuvre pour rédiger l'avant-projet de constitution, Capitant étant alors au Japon. Ce dernier, critique sur certains points, notamment formels du texte[38], applaudira néanmoins les dispositions concernant « la Constitution fédérale » qui permettent en particulier aux territoires d'outre-mer de « choisir ou de rester dans la République française […] ou de s'en détacher […][39] ».

Ce désaccord entre les deux hommes sur la création d'une république fédérale permet déjà d'identifier, au sein du gaullisme, deux interprétations du droit constitutionnel : une vision progressiste et décentralisatrice portée par Capitant et une lecture conservatrice et centralisatrice, celle de Michel Debré. Elle traduit aussi une opposition politique majeure sur le dossier majeur qu'est le rattachement de l'Algérie à la France. Capitant est favorable à l'autodétermination de l'Algérie, tandis que Debré est un fervent partisan de l'Algérie française.

La démocratie politique selon Capitant consiste donc en l'énoncé d'un certain nombre de principes : la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs, la responsabilité des pouvoirs appréhendée à la fois devant le parlement – c'est la responsabilité ministérielle propre au régime parlementaire – et devant le peuple grâce au droit de dissolution, un bicaméralisme égalitaire et une décentralisation qui doit aller jusqu'au fédéralisme[40]. Mais la défense d'une démocratie intégrale passe aussi par l'instauration d'une démocratie sociale, ce qui est une marque distinctive de cette sensibilité du gaullisme de gauche, dont Capitant est un des principaux représentants.

B. La défense d'une démocratie sociale

Pour René Capitant, il ne suffit pas de réformer l'État dans un sens démocratique. Il convient également de démocratiser la société. C'est ce qu'il explique dans une intervention importante au Conseil national du RPF en octobre 1952 intitulée « le changement de régime », avant d'être présentée aux assises nationales du mouvement en novembre. Son discours aura un grand retentissement parmi les militants et sera même repris, avec des nuances il est vrai, par le chef du RPF, le

---

[37] Comme le souligne Nicholas Wahl dans son article « Aux origines de la Nouvelle Constitution », *Revue française de science politique*, 1959, nº 1, p. 57.

[38] R. CAPITANT, « Préface », in L. HAMON, *De Gaulle dans la République*, Paris, Plon, 1958, p. XIV : « […] je conçois qu'on ait des réticences, devant le texte le plus mal rédigé de notre histoire constitutionnelle, inférieur même à la Constitution de 1946. Mais ne nous arrêtons pas à la forme qui restera une cause d'humiliation permanente pour ceux qui ont tenu la plume ». La formule sonne comme une vive critique de Michel Debré, sans doute teintée d'un dépit de ne pas être en France pendant l'été 1958.

[39] *Ibid.*, p. XI.

[40] Ces principes de la démocratie politique sont énoncés par Capitant dans son rapport sur *Le changement de régime*, *op. cit.*, octobre 1952, p. 10-11.

général de Gaulle[41]. Pour Capitant, la révision constitutionnelle ne suffit plus. Il faut désormais faire une révolution, c'est-à-dire « changer à la fois d'ordre social et d'ordre politique[42] ». Il entend ainsi remplacer la constitution politique, celle de 1946 et changer ce qu'il appelle « la constitution sociale », ce qui correspond dans son esprit au système capitaliste.

Sa critique de la constitution sociale est en quelque sorte symétrique de celle de la constitution politique. Il reproche à l'une et à l'autre d'introduire de grandes inégalités et d'être contraires à l'idée démocratique. La constitution politique, en consacrant le régime représentatif, attribue la souveraineté aux représentants, tandis que le peuple en est privé. Le capitalisme tend pour sa part à subordonner les ouvriers aux entrepreneurs : « il est un système d'oligarchie, où le pouvoir social est réservé au patronat et où les salariés sont privés de leur liberté sociale[43] ». La révolution que Capitant appelle de ses vœux tend donc, au nom de la légitimité démocratique, à changer le régime représentatif et le régime capitaliste, afin d'établir l'autonomie individuelle et l'égalité entre les citoyens et entre les travailleurs.

La critique du capitalisme comme étant antidémocratique est étroitement liée à la présence du salariat et du contrat de travail. « Le capitalisme, écrit-il, est le régime social où les ouvriers sont liés aux entrepreneurs par un contrat de travail[44] ». Or, le contrat de travail méconnaît les exigences de la démocratie car « l'ouvrier *aliène sa liberté* pour se mettre aux ordres du patron. C'est, selon la définition légale et jurisprudentielle, *un contrat de subordination*. Quant au salaire, il est le prix de cette aliénation[45] ». Au-delà de l'exactitude de la définition juridique du contrat de travail qui met l'accent sur le lien de subordination, critère toujours d'actualité, on relève l'utilisation du terme politiquement connoté d'« aliénation ». Capitant n'hésite d'ailleurs pas un peu plus loin à qualifier ce type de contrat de « monstrueux », avant d'ajouter : « toute la critique marxiste, dirigée contre l'aliénation ouvrière et l'illégitimité du profit résultant de cette aliénation, est rigoureusement juste[46] ». Cela ne signifie pas pour autant un ralliement au communisme qui ne trouve pas davantage grâce à ses yeux car loin de vouloir supprimer le salariat, ce dernier entend le maintenir en le soumettant à un seul patron, l'État.

Capitant entend par conséquent la démocratie sociale comme la recherche d'une voie nouvelle qui dépasse l'opposition entre le capitalisme et le communisme. Dans son cours de doctorat sur les *Principes fondamentaux de la démocratie* qui est dispensé au même moment, il définit la démocratie sociale comme « un régime où les

---

[41] Dans son allocution prononcée au Conseil national du RPF du 12 octobre 1952, de Gaulle déclare notamment : « Indépendamment d'une foule de transformations matérielles et morales, les conditions extérieures exigent un changement de régime. […] Qui peut nier qu'il soit, en conséquence, nécessaire de rénover le régime politique, économique et social par rapport à ce qu'il était il y a cinquante ans et plus ? » (*Discours et messages*, *op. cit.*, t. 2, p. 544).

[42] R. CAPITANT, *Le changement de régime*, *op. cit.*, p. 2.

[43] *Ibid.*, p. 9.

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

[45] *Ibid.*, p. 8 (emphase d'origine).

[46] *Ibid.*

contrats, par lesquels les individus règlent leurs relations, sont conclus en conformité aux principes démocratiques, et notamment au principe d'égalité[47] ». Le contrat de travail qui introduit une profonde inégalité entre le patron et le salarié ne peut être retenu dans le cadre de la démocratie sociale. À la place, Capitant propose « le contrat d'association du capital et du travail[48] ».

Présentant son rapport *Le changement de régime* au conseil national du RPF à l'automne 1952, il envisage ce contrat d'association selon les modalités qui avaient été déterminées dans une proposition de loi longuement débattue deux ans auparavant par le conseil national du parti gaulliste, puis déposée sur le bureau de l'Assemblée Nationale[49]. Louis Vallon et René Capitant avaient participé à l'élaboration d'un texte qui leur paraissait une bonne base de départ pour faire évoluer le système économique et social, mais que la pratique devrait selon eux amplifier, l'association n'étant pas considérée comme une obligation légale dans l'avant-projet[50].

L'idée du contrat d'association est d'intéresser les ouvriers à la productivité de l'entreprise, c'est-à-dire le produit de celle-ci en proportion de leur contribution. Il n'est pas question en revanche de leur confier une part du capital qui doit rester la propriété des épargnants.

> Le contrat d'association a justement pour but, écrit-il, de déterminer concrètement, pour chaque entreprise, quelle est cette quote-part de copropriété attribuée au travail sur la production et, finalement – puisque cette production est destinée à la vente – sur le profit. Elle doit varier pour chaque ouvrier, pour chaque équipe, suivant des critères objectifs, tenant compte de l'efficacité de chacun des facteurs en cause et de leur contribution réelle à la production[51].

En faisant des ouvriers des copropriétaires de l'entreprise, intéressés aux résultats de l'entreprise, le contrat d'association vise à les libérer de la subordination vis-à-vis de leur employeur et à transformer des salariés en associés. C'est en même temps désamorcer la critique des communistes qui avaient beau jeu de dénoncer le salariat comme un instrument de domination. Louis Vallon l'avait d'ailleurs bien expliqué lorsqu'il écrivait que « *le but fondamental de l'association est la suppression du salariat, dont la disparition libérera les travailleurs de leur sentiment collectif d'infériorité sociale, fondement psychologique de la séduction qu'exerce sur eux le communisme stalinien*[52] ».

---

[47] R. CAPITANT, « Les principes fondamentaux de la démocratie », art. cité, p. 182. Pour Capitant, la démocratie sociale ne s'applique pas à l'ensemble des relations humaines, mais à l'ensemble des relations dans l'entreprise, ce qui la rapprocherait de la démocratie industrielle : voir H. TRUCHOT, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 515.

[48] R. CAPITANT, *Le changement de régime*, *op. cit.*, p. 13.

[49] Le RPF a publié en mars 1950 le texte d'un « avant-projet de loi cadre relatif au contrat d'association capital-travail » qui prévoyait, sous une forme facultative, l'adoption d'un contrat d'association dans toute entreprise industrielle ou commerciale. L'association devait comporter l'intéressement à la production de l'entreprise, la participation des co-contractants aux bénéfices de l'exploitation et l'établissement d'un conseil d'exploitation comprenant les représentants élus des personnels. Ce texte est publié et commenté par Louis Vallon dans son livre, *Le dilemme français* (Paris, Denoël, 1951, p. 203-220).

[50] Ce que Louis Vallon regrettait visiblement (*ibid.*, p. 206-207).

[51] R. CAPITANT, *Le changement de régime*, *op. cit.*, p. 16.

[52] L. VALLON, *Le dilemme français*, *op. cit.*, p. 184-185 (emphase d'origine).

Dans son enseignement sur les *Principes fondamentaux de la démocratie*, Capitant suggère que tout en maintenant la société de capitaux, il serait possible de constituer une ou plusieurs associations de travailleurs qui se fédéreraient contractuellement avec cette société pour son exploitation. La solution retenue permettrait, estime-t-il, d'aller au-delà de la répartition du profit entre les associés pour permettre à ces derniers de contrôler également la direction de l'entreprise[53]. Il suggère également une autre formule qui serait le contrat de louage d'ouvrage. Ce type de convention, caractéristique de la condition d'artisan, pourrait, selon lui, prendre la forme de contrats collectifs conclus par l'entrepreneur avec des groupes d'ouvriers car il ne lui paraît pas possible de répliquer des contrats de louage d'ouvrage à titre individuel.

> Chacun de ces groupes de *salariés* peut être transformé en un groupe d'*artisans* associés, formant une coopérative de production au sein de l'entreprise, s'engageant à accomplir une transformation déterminée, sous sa responsabilité et contre un prix fixé par la convention. Un tel système d'ateliers « autonomes » a déjà été expérimenté. Il constitue une des formes possibles de la démocratie sociale[54].

La démocratie sociale suppose donc pour Capitant une démocratie contractuelle, « c'est-à-dire l'application de la démocratie aux contrats, au contrat de travail, sans doute, mais aussi à tous les contrats[55] ». Sa conviction est fondée sur plusieurs sources d'inspiration. Il constate d'abord que les progrès du contrat dans l'histoire récente du droit privé français traduisent une démocratisation de ce droit. Citant l'ouvrage de Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit privé*[56], il montre comment l'autonomie de la volonté, qu'elle concerne les enfants majeurs par rapport à l'autorité paternelle, l'émancipation politique et privée de la femme ou la suppression des corporations d'Ancien Régime, s'est étendue, faisant progresser les procédures contractuelles et traduisant ainsi un progrès de la démocratie au sein du droit civil.

Par l'intermédiaire de la doctrine civiliste, Georges Ripert et Emmanuel Gounot en particulier, Capitant se réfère également au philosophe solidariste, Alfred Fouillée[57]. Il a pu trouver chez ce dernier l'idée selon laquelle la démocratie ne doit pas se contenter d'être politique, mais doit également être sociale, afin d'améliorer notamment « la situation matérielle, intellectuelle et morale de ses membres »[58]. Cette démocratie sociale, marquée par la place accordée aux associations et à l'État, ne

---

[53] R. Capitant, « Les principes fondamentaux de la démocratie », art. cité, p. 183.

[54] *Ibid.* Souligné dans le texte. Lorsque Capitant fait allusion à des ateliers autonomes qui ont déjà été expérimentés, il songe sans doute à un industriel rémois, Léon Harmel, qui transforma à partir de 1880 son usine de filature en communauté. Dans une note préparatoire à un cours, on trouve la mention de ce « patron social » (AN, Fonds René Capitant, 645AP4). Il doit également faire allusion au familistère de Guise. Louis Vallon donne pour sa part des exemples de ces coopératives au XIXe siècle et note qu'en 1914, il y avait quatre cent cinquante sociétés ouvrières et trois mille sociétés de production agricole (*Le dilemme français*, *op. cit.*, p. 186-188).

[55] R. Capitant, « Les principes fondamentaux de la démocratie », art. cité, p. 184.

[56] *Ibid.*, p. 174.

[57] *Ibid.*, p. 175 et 189.

[58] A. Fouillée, *La démocratie politique et sociale en France*, Paris, Félix Alcan, 1910, p. 4.

doit toutefois pas aboutir au collectivisme[59]. Capitant a pu également retenir de Fouillée la conviction que la démocratie doit être un organisme contractuel.

> La démocratie a pour but la réalisation de la société idéale, écrit Fouillée ; or toute société est un ensemble de liens offrant un caractère à la fois *vital* et *volontaire* […] Ce qui même, au sein du corps social, est purement organique ne laisse pas de devenir contractuel par l'acceptation implicite des membres de ce corps. L'idéal d'une société digne de ce nom est que la conscience et la volonté du tout pénètrent dans chaque partie de l'organisme, que la vie du tout soit, pour la plus large part, l'expression de la libre volonté de chaque individu. Or, c'est là l'idéal même de la démocratie. Celle-ci, en conséquence, doit être à la fois très *organisée* et très *libre*[60].

Toutefois, Capitant ne suit pas la fameuse formule de Fouillée, selon laquelle « qui dit *contractuel* dit *juste*[61] ». Il n'admet pas que tout ce qui est consenti est juste car il peut y avoir des conventions, comme le contrat de travail, qui introduisent une inégalité entre les parties et qui ne peuvent pas être considérées comme justes. Une situation dans laquelle règnerait le tout contractuel et où toute réglementation légale serait supprimée, ce qui est la tendance libérale qu'il voit à l'œuvre chez un auteur comme Wilhelm Röpke[62], lui paraît tout aussi critiquable qu'une société dominée par ce qu'il appelle « le dirigisme autoritaire[63] ». On retrouve chez Capitant ce souci de trouver une voie moyenne entre le libéralisme et le socialisme étatique. C'est pourquoi le modèle de la démocratie économique défini par Proudhon lui paraît le mieux convenir à son idéal de démocratie sociale[64]. Au-delà de Proudhon, c'est chez les premiers théoriciens socialistes, Saint-Simon, Victor Considérant notamment, qui ont pensé l'association et les coopératives, mais aussi au sein du catholicisme social qu'il trouve son inspiration. Dans les années 1960, lorsqu'il militera en faveur de la participation, Capitant en appellera encore à « Saint-Simon, le prophète de l'industrialisme moderne, Buchez, le fondateur de la démocratie chrétienne et Proudhon, le théoricien obscur, mais génial de l'autogestion sociale[65] ». Et il puisera dans la doctrine sociale de l'Église des arguments supplémentaires pour justifier sa défense de la participation des travailleurs aux fruits de l'activité de l'entreprise[66].

---

[59] *Ibid.*, p. 202 *sqq.*

[60] *Ibid.*, p. 3-4 (emphase d'origine).

[61] A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 2e éd., Paris, Hachette, 1885, p. 410 (emphase d'origine).

[62] Voir *Les principes fondamentaux de la démocratie*, dans *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 184-187.

[63] *Ibid.*, p. 188.

[64] « Le socialisme proudhonien est parfaitement conforme à la démocratie, précisément parce qu'il bâtit la démocratie économique sur le contrat » (*ibid.*, p. 187).

[65] R. Capitant, « 21 janvier 1966. La participation », dans *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 329.

[66] R. Capitant, « 11 mars 1966. La politique sociale de l'Église », dans *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 393-399.

Il ne faut pas négliger non plus l'intérêt de Capitant pour la pratique de l'autogestion en Yougoslavie et pour la mise en place de la cogestion dans les entreprises allemandes[67]. Comme a pu l'écrire un de ses amis yougoslaves,

> combattant pour la libération nationale et sociale, conscient de la nécessité de donner leurs droits aux producteurs, c'est-à-dire à la classe ouvrière, Capitant acceptait, sans réserve, l'idée de l'autogestion et reconnaissait son importance pour la libération de l'homme, la stabilité du pays et du monde dans leur ensemble[68].

L'autogestion est sans doute le terme qui permet le mieux de résumer les engagements sociaux de René Capitant qui, de l'association capital-travail au début des années 1950 à la participation à la fin des années 1960, n'a cessé de la défendre.

Il est en tout cas significatif que René Capitant ne conçoit pas son engagement politique, sans l'accompagner d'une réflexion sur le sens de cet engagement. Cela tranche avec beaucoup de compagnons du gaullisme qui voient ce dernier comme « une manière d'agir », « un état d'esprit » ou le « sens de l'intérêt général[69] ». L'effort de mise en perspective et de cohérence doctrinale qu'il a entrepris pour définir ce qui était pour lui l'essence du gaullisme a été un guide constant dans les combats politiques qu'il a menés.

II. Les combats politiques de René Capitant en faveur d'un gaullisme émancipant les peuples et les hommes

En rendant hommage à René Capitant, Léo Hamon a confié que « son gaullisme n'était que l'expression de son combat pour l'émancipation des peuples et des hommes[70] ». Son admiration pour de Gaulle n'empêchait pas son intransigeance, voire son impatience à voir ce dernier adopter des positions politiques plus progressistes (A). Cela devait le conduire, en particulier sur la question de la participation, à s'affronter avec les tenants d'un gaullisme plus conservateur, et notamment à Georges Pompidou, qui devient, à la fin de sa vie, son principal adversaire politique (B).

---

[67] On trouve dans ses papiers personnels des marques de son intérêt pour les expériences étrangères d'autogestion : voir notamment la correspondance contenue dans les cartons se trouvant aux Archives Nationales (AN, Fonds René Capitant, 645AP12, 645AP14 et 645AP16. Elle porte, pour une large part, sur la législation allemande relative à la cogestion des entreprises dans les années 1960.

[68] J. Djordjevic, « Un défenseur de l'autonomie de la personne humaine », *Espoir*, nº 36, octobre 1981, p. 41.

[69] Comme le note D. Garrigue, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 19.

[70] L. Hamon, « Le gaullisme de René Capitant », art. cité, p. 20.

A. Une volonté de donner une inflexion progressiste à la politique gaullienne

Des liens étroits d'amitié et de fidélité ont uni, pendant plus de trente ans, le général de Gaulle et René Capitant[71]. « Il y a des visages que j'aime regarder. Arrangez-vous que je puisse voir des hommes comme Capitant », avait dit de Gaulle à Gaston Palewski, lorsque ce dernier lui avait proposé un placement à la table du Conseil des ministres au moment du départ de Capitant du gouvernement en novembre 1945[72]. Les tensions ont néanmoins pu exister entre eux. Le général a parfois dû tempérer l'ardeur d'un Capitant, plus gaulliste que de Gaulle lui-même. À l'automne 1952, au lendemain des assises nationales du RPF, où Capitant avait brillamment plaidé pour « le changement de régime » et où il avait remporté un grand succès parmi les militants, de Gaulle lui rappelle que tout en partageant ses idées, il ne souhaite pas, en tant que dirigeant du parti, aller à l'affrontement avec le régime de la IVe République[73].

Leurs relations politiques étaient étroitement dépendantes de l'attention chaleureuse que de Gaulle portait aux gaullistes de gauche, dont Capitant était l'une des principales figures. « Ce sont, disait-il, mes meilleures bouteilles ; il est dommage qu'il n'y en ait pas davantage[74]… » C'est d'ailleurs le général qui à propos de Capitant et de Vallon aurait, pour la première fois en 1943, évoqué l'expression de « gaullistes de gauche »[75]. Il les a toujours soutenus, y compris en finançant leur journal *Notre République*, alors même qu'ils constituaient une petite minorité par rapport au parti gaulliste dominant. Il n'est pas déplacé de les qualifier de grognards du gaullisme, Capitant le premier[76].

L'attachement du général de Gaulle pour le petit groupe des gaullistes de gauche était d'abord lié à une vision partagée du gaullisme originel : le combat pour la libération de la France, puis pour sa reconstruction qui les a conduits à défendre le bilan du gouvernement provisoire, dont les avancées sociales étaient importantes. Au-delà de cette fraternité d'armes forgée par la guerre, de Gaulle a vu tout l'intérêt

---

[71] Selon les propres mots du général, lorsqu'il apprit le décès de René Capitant qui lui causa un vif chagrin : voir sa lettre adressée à sa femme, le 24 mai 1970, *Espoir*, nº 36, octobre 1981, p. 42. La lettre est également reproduite dans les *Lettres, notes et carnets, juin 1958–novembre 1970*, Paris, Robert Laffont, 2010, p. 1142-1143.

[72] G. PALEWSKI, « Voici dix ans qu'il nous a quittés », *Espoir*, nº 36, octobre 1981, p. 4.

[73] À René Capitant qui reprochait au général « son inconstance, sa faiblesse et son immobilisme de ligne Maginot », de Gaulle lui répond dans une lettre en date du 15 novembre 1952 en faisant visiblement allusion au rapport de Capitant, *Le changement de régime* : « N'exagérez pas ! Aux Assises, vous avez gagné avec votre doctrine dans l'esprit de nos militants. Je m'en félicite d'autant plus que je n'ai jamais incorporé, ni suivi, d'autres principes que ceux qu'à présent vous doctrinez admirablement […] Mais c'est moi qui ai la charge de diriger notre Rassemblement et, notamment, de régler sa marche. L'ayant lancé vers les conquêtes électorales et organisé en conséquence, je n'entends pas le faire dérailler en renversant d'un seul coup la vapeur. Il y a la manière. Il y a des choses à faire. Parlons-en ! Mais s'il vous plaît, modérez, à mon égard, vos expressions […] » (Ch. DE GAULLE, *Lettres, notes et carnets*, 1942–mai 1958, Paris, Robert Laffont, 2010, p. 1095).

[74] Cité par J. CHARBONNEL, *À la gauche du Général*, Paris, Plon, 1996, p. 168-169.

[75] Selon D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 30.

[76] Éric Roussel parle de Capitant et Vallon comme des « deux enfants terribles de la gauche gaulliste » (*Charles de Gaulle*, Paris, Gallimard, 2002, p. 812 et 849).

de se servir des gaullistes de gauche pour contrebalancer le courant conservateur du gaullisme et pour lui permettre de préserver ses marges de manœuvre dans les politiques qu'il souhaitait mener. C'est ainsi qu'il n'a pas hésité à s'appuyer sur eux pour contrebalancer l'influence des tenants de l'Algérie française, tels que Jacques Soustelle[77]. Appréhendant un éventuel éclatement de l'UNR après les accords d'Évian, il a veillé à ce que l'Union démocratique du travail (UDT), le parti des gaullistes de gauche, ne manque de rien. Il obtient aussi qu'une trentaine de ses représentants recueillent la double investiture UNR–UDT aux élections législatives de novembre 1962, afin cette fois de faire contrepoids aux républicains indépendants de Valéry Giscard d'Estaing. Cela permettra à quinze d'entre eux d'être élus députés, dont Capitant dans la 3e circonscription de la Seine (Quartier latin) et Louis Vallon en Seine-et-Oise. Il s'appuie à nouveau sur eux après l'élection présidentielle de 1965, lorsqu'il veut faire avancer l'important sujet de la participation. Tirant les conséquences de la crise de mai 1968, il nomme René Capitant Garde des sceaux, afin de donner une teinte plus sociale au gouvernement remanié de Georges Pompidou et le confirme à son poste, lorsque Maurice Couve de Murville est nommé à Matignon en juillet 1968.

Au sein des gaullistes de gauche, René Capitant est davantage à l'aise dans l'habit du théoricien que dans celui du stratège électoral. Ses tentatives de structuration partisane de ses amis politiques qui ont pourtant commencé tôt, n'ont pas été couronnées de succès. C'est le cas de l'Union gaulliste, mouvement qu'il avait fondé le 29 juin 1946 pour promouvoir la constitution de Bayeux et qui est le premier mouvement gaulliste, avant même le RPF. Cette première initiative suscita des controverses parmi les gaullistes qui se divisèrent sur la dénomination – fallait-il utiliser le terme « gaulliste » ? – et sur la démarche qui faisait rentrer le gaullisme dans le jeu des partis. De Gaulle ne soutint que mollement l'initiative qui devait rapidement échouer, les élections législatives de novembre 1946 n'apportant que dix sièges à l'Union gaulliste. Ses cadres et ses réseaux aideront toutefois au démarrage du RPF en 1947[78]. En février 1955, Capitant fonde avec Louis Vallon la première UDT. Seize signataires venant de l'aile gauche du RPF et de la démocratie chrétienne appellent à l'indépendance nationale en rejetant la logique de l'affrontement entre les blocs, dénoncent le « réarmement de l'Allemagne », veulent « abolir le capitalisme en libérant la classe ouvrière de la condition salariale » et le remplacer par une « démocratie où les travailleurs participeront à la gestion et à la planification de l'économie[79] ». Ils souhaitent également la liquidation du colonialisme et « l'organisation de la souveraineté effective du peuple, par l'initiative populaire et le référendum législatif[80] ». La première UDT s'intègre rapidement dans le mouvement uni de la Nouvelle Gauche qui vise à fédérer tous les hommes de progrès, fidèles aux idéaux de la Résistance, refusant la dépendance à l'égard des États-Unis et rejetant le jeu des trois grands partis, le PCF, la SFIO et le MRP. Mais

---

[77] *L'Express* du 23 avril 1959 publie un dessin dans lequel on voit de Gaulle avec trois minuscules personnages sortant de sa poche et dont la légende dit : « Attention, ou je lâche mes gaullistes de gauche ». Cité par J. JACKSON, *De Gaulle. Une certaine idée de la France*, Paris, Seuil, 2019, p. 764.

[78] Sur Capitant et l'Union gaulliste, voir D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 58-65.

[79] *Ibid.*, p. 115.

[80] *Ibid.*

cette tentative rencontre à nouveau l'échec, à l'occasion des élections législatives de janvier 1956, survenues après la dissolution du 2 décembre 1955, qui sont une déroute générale pour les hommes de la Nouvelle Gauche[81].

Lorsqu'est envisagée la refondation de l'UDT au début de 1959, René Capitant est alors au Japon. C'est Louis Vallon qui est à la manœuvre, mais c'est le général de Gaulle qui a été cette fois à l'initiative de la structuration politique des gaullistes de gauche[82]. Ce sera également à sa demande que l'UDT sera intégrée à l'UNR à la fin de 1962[83]. Capitant qui avait rejoint l'UDT à son retour du Japon a également accepté l'intégration du parti des gaullistes de gauche dans l'UNR deux ans plus tard. Il l'a justifiée d'abord par la survenance de l'indépendance algérienne qui ne nécessitait plus d'avoir un mouvement concurrençant, au sein des gaullistes, les partisans de l'Algérie française. Il a également pu expliquer que le rapprochement entre UNR et UDT avait permis la victoire aux législatives de novembre 1962[84], puis avait contribué à la formation d'une majorité de gouvernement cohérente, sur le modèle anglais. Enfin, il voyait dans l'intégration de l'UDT au sein de l'UNR un apport nécessaire au mouvement gaulliste pour mener à bien son programme de réforme, mais n'excluait pas que l'UDT puisse reprendre son indépendance, au cas où la réforme sociale qu'il appelait de ses vœux n'aboutirait pas[85].

René Capitant a espéré, à plusieurs reprises, que les gaullistes de gauche puissent être le pivot d'une restructuration politique autour des hommes de progrès. Il a souhaité, au début des années 1950, au moment de la discussion du projet d'association capital-travail, que de Gaulle puisse prendre la tête d'un nouveau Front populaire. C'était une idée similaire qui le guidait au moment de la Nouvelle gauche en 1954, même si le général s'était cette fois mis à l'écart de la vie politique active. On retrouve de sa part un espoir semblable, lorsque Gaston Defferre, « Monsieur X », est pressenti pour être candidat à l'élection présidentielle de 1965. Il voit dans la candidature Defferre la possibilité de rallier la gauche aux nouvelles institutions et estime même que ce dernier pourrait, tout en fédérant l'aile gauche du gaullisme et les socialistes, devenir l'héritier du général de Gaulle[86]. Mais ces multiples tentatives de rapprochement se soldèrent toutes par un échec cuisant. Cela tient en particulier à ce que les gaullistes de gauche, en nombre trop réduit, étaient vus par

---

[81] *Ibid.*, p. 117-119.

[82] Voir L. HAMON, *Vivre ses choix*, Paris, Robert Laffont, 1991, p. 398. À Léo Hamon qui exprimait son scepticisme face à la création de l'UDT, alors que le pays lui semblait avoir voté à droite et non pour les gaullistes de gauche à la fin de 1958, le général de Gaulle lui répondit : « Vous vous trompez […] Il n'a pas voté contre la gauche, il a voté contre des choses qui lui déplaisent et qu'il a identifiées à la gauche. Mais l'avenir vous appartient. […] Quand nous aurons résolu les problèmes urgents qui nous assaillent […] il faudra bien aborder d'autres tâches, faire les grandes réformes sociales nécessaires. Ce sera votre heure » (*ibid.*). Selon L. HAMON, la création de l'UDT a moins été pour le général une volonté de contrebalancer une UNR éventuellement récalcitrante, qu'un souci d'« assurer une expression à l'électorat de gauche qui lui faisait confiance » (*ibid.*).

[83] Voir J. POZZI, *Les mouvements gaullistes*, *op. cit.*, p. 205 *sqq.*

[84] Voir R. CAPITANT, « 4 février 1966. UNR et UDT », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 320. Cette dernière explication de Capitant apparaît moins convaincante. Les hommes de l'UDT qui ont été élus aux législatives de 1962 l'ont été généralement, non pas parce qu'ils étaient gaullistes de gauche, mais parce qu'ils étaient candidat sous une étiquette gaulliste.

[85] *Ibid.*, p. 321-322.

[86] Voir D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 185.

la gauche traditionnelle comme de simples « alibis d'un système foncièrement conservateur[87] ». Il y eut en outre, du côté des partis de gauche, des désaccords persistants avec les gaullistes sur les institutions de 1958, sur la réforme de 1962 et sur le style de gouvernement du général qui empêchaient un rapprochement[88].

Capitant eut davantage de satisfaction dans les politiques qu'il souhaita voir adopter par de Gaulle. En matière institutionnelle, il a vu une large partie de ses souhaits exaucés, qu'il s'agisse du renforcement du pouvoir exécutif ou d'une démocratisation du régime républicain, notamment par l'adoption de l'outil référendaire. En 1945, il est l'un des principaux artisans de l'ordonnance du 17 août 1945 qui organise la consultation du peuple, afin de déterminer s'il souhaite revenir aux lois constitutionnelles de 1875 ou changer de constitution[89]. Il est un fervent soutien des thèses constitutionnelles du général, exposées en 1946 dans les discours de Bayeux et d'Épinal. Il est certes nettement plus réservé sur le texte constitutionnel de 1958 qui propose un système « d'inspiration libérale plus que démocratique [et qui] tend à la division de la souveraineté plutôt qu'à la souveraineté du peuple[90] ». Mais il va être rapidement rassuré par la pratique gaullienne des institutions qui accorde au Président une véritable responsabilité politique devant le peuple, alors que la constitution, décidément mal rédigée, semblait opposer l'irresponsabilité présidentielle à la responsabilité ministérielle, sur le modèle de la III^e^ et de la IV^e^ Républiques[91]. Et il applaudit à la réforme constitutionnelle de 1962, y compris dans le recours au référendum en application de l'article 11 et non de l'article 89[92]. Sur le fond, cette réforme lui paraît d'autant plus nécessaire qu'« elle a donné à la V^e^ République sa forme cohérente. Du régime bâtard institué en 1958 elle a fait une République équilibrée et démocratique[93] ». Pour Capitant, ce qui donne sa force démocratique au régime fondé par le général de Gaulle, c'est « la responsabilité du président devant le suffrage universel [...] clé de voûte de tout le système[94] ».

Capitant fut également un grand soutien de la politique étrangère du général de Gaulle, dont le mot d'ordre était la défense de l'indépendance nationale. En 1954, avant même l'accession au pouvoir du général, il bataille contre le projet de Communauté européenne de défense et n'hésite pas, aux côtés de Louis Vallon, à participer à de nombreux meetings, y compris en compagnie des communistes, pour le

---

[87] J. Charbonnel, *À la gauche du Général*, *op. cit.*, p. 115.

[88] *Ibid.*, p. 114-115.

[89] Jean Foyer considère que l'apport de Capitant a été prédominant dans la rédaction de l'ordonnance (*Sur les chemins du droit avec le Général*, *op. cit.*, p. 29). Voir aussi le témoignage de M. Debré, *Trois républiques pour une France. Mémoires*, t. 1, Paris, Albin Michel, 1984, p. 395.

[90] R. Capitant, « Préface », in L. Hamon, *De Gaulle dans la République*, *op. cit.*, p. xviii.

[91] Voir R. Capitant, « 5 novembre 1965. Élection ou plébiscite », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 22.

[92] Il sera l'un des rares à soutenir la constitutionnalité de cette procédure : « 4 octobre 1962. Réfutation du "non" » (in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 157-160).

[93] R. Capitant, « 5 novembre 1965 Élection ou plébiscite », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 30.

[94] R. Capitant, « 14 juillet 1967. Un président responsable », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 54.

dénoncer[95]. À partir de 1958, il sera un fervent soutien du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de la politique de non-alignement. Il reconnaît ainsi le droit d'un peuple à opter pour le communisme, si telle est sa volonté, et admet que la coexistence pacifique des régimes communistes et des régimes capitalistes est une réalité en Europe[96]. Il est très critique à l'égard du « protectorat américain[97] », notamment en Asie, où les États-Unis sont accusés de mener une politique impérialiste, en soutenant le gouvernement nationaliste de Formose contre la Chine communiste de Mao Tsé-Toung et en intervenant au Vietnam. Il applaudit en revanche la décision de de Gaulle d'engager des relations diplomatiques avec celle-ci, puis de sortir de l'OTAN. Il envisage également une « grande Europe » composée de nation indépendantes, allant de l'Atlantique à l'Oural, et bien différente de la « petite Europe », celle de Jean Monnet et de Robert Schuman[98]. Pour lui, la France gaulliste, en refusant l'allégeance aux États-Unis ou à l'URSS et en ayant la prétention de mener une politique étrangère indépendante est en accord avec ses principes fondamentaux de 1789 qui mettent en avant l'idée démocratique : « la démocratie internationale, écrit-il, repose sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme la démocratie interne repose sur l'autonomie des individus[99] ».

Une des grandes revendications de Capitant et de ses amis fut la décolonisation et en particulier, la reconnaissance des droits du peuple algérien. Capitant s'est intéressé très tôt au problème algérien, dès son arrivée à Alger en 1941. Il a soutenu les revendications en faveur de l'autonomie de l'Algérie et de l'égalité politique de tous ses habitants. Au lendemain du discours de de Gaulle à Constantine le 12 décembre 1943 qui annonçait l'attribution à plusieurs dizaines de milliers de Français musulmans de la pleine citoyenneté et l'augmentation de la proportion des Français musulmans dans les assemblées locales, il pouvait écrire : « Il y a désormais, pleinement et complètement, une France musulmane, comme il y a une France catholique ou une France protestante. Un grand acte vient de s'accomplir, non seulement dans l'histoire de l'Algérie, mais dans l'histoire de la France[100] ». Lors de la discussion à l'Assemblée du statut de l'Algérie en août 1947, Capitant réclame la citoyenneté pour l'ensemble des ressortissants algériens et propose que l'assemblée algérienne, au lieu d'avoir des compétences budgétaires et un simple rôle de transposition des lois votées par le Parlement métropolitain, puisse voter des « lois algériennes » réglant « les matières proprement algériennes ». Il demande en outre que le titre relatif à l'Assemblée algérienne s'intitule « De l'autonomie de l'Algérie[101] ».

---

[95] Voir D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 106-107 ; voir aussi le témoignage de Jean Charbonnel qui assista à une réunion publique tenue par Capitant à Grenoble au cours de l'hiver 1954 (J. CHARBONNEL, *À la gauche du général, op. cit.*, p. 86).

[96] R. CAPITANT, « 3 septembre 1965. Le droit des peuples au communisme », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 205-208.

[97] R. CAPITANT, « 22 avril 1966. Le protectorat américain », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 209-210.

[98] Voir R. CAPITANT, « 27 octobre 1967. L'unanimité nationale », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 212-214.

[99] R. CAPITANT, « 3 septembre 1965. Le droit des peuples au communisme », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 205.

[100] R. CAPITANT, « La France musulmane », *Combat–Alger*, nº 89, 19 décembre 1943, reproduit dans J.-P. MORELOU, « Le gaullisme de guerre », art. cité, p. 94.

[101] *JO Débats de l'Assemblée Nationale*, 25 août 1947, p. 4621, cité par D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 142.

Bien que n'étant que partiellement suivi, il soutient le statut organique de l'Algérie régi par la loi du 20 septembre 1947, avant de déplorer, quelques années plus tard, que ce statut ne soit pas appliqué avec sincérité par les autorités françaises.

Un tournant majeur dans la position de Capitant sur l'Algérie intervient à partir de l'éclatement de l'insurrection algérienne, le 1er novembre 1954. Comme de nombreux anciens résistants, il se reconnaît dans la volonté de libération des indépendantistes. Il dénonce dès lors sans relâche la politique de répression menée par le gouvernement français et réclame l'indépendance pour l'Algérie, préalable avant une éventuelle association avec la République française[102]. Lors de la bataille d'Alger, il est profondément ému par le sort de son ancien étudiant, Ali Boumendjel, qui est torturé puis défénestré le 23 mars 1957, alors que la version officielle avance la thèse du suicide. En protestation, il décide de suspendre son cours à la Faculté de droit de Paris[103]. Dans la préface qu'il rédige, au même moment, sur le livre de Louis Vallon, *L'histoire s'avance masquée*, il assimile la « politique de passivité[104] » du régime de la Quatrième République à la « philosophie de l'attentisme et de l'irresponsabilité[105] » incarné par Vichy. Il reproche en particulier au gouvernement les promesses non tenues, celle de de Gaulle lors du discours de Constantine, puis du statut de 1947. Il ne mâche pas ses mots :

> Les musulmans ont été maintenus injustement dans une situation de dépendance juridique, politique et morale qui traduisait un racisme français, auquel devait nécessairement répondre un jour le contre-racisme qui se déchaîne aujourd'hui contre nous. Mais le racisme n'est pas la France ; c'est même l'anti-France. Son masque hideux doit être arraché du visage de la patrie[106].

Lorsque le général de Gaulle annonce, le 4 novembre 1960, un « chemin nouveau […] [qui] conduit, non plus à l'Algérie gouvernée par la métropole française, mais à l'Algérie algérienne[107] », Capitant salue, dans *Notre République*, « les principes du 4 novembre[108] ». Il s'agit, selon lui, du « principe des nationalités[109] », c'est-à-dire la reconnaissance que l'Algérie est une nation distincte de la nation française, et du « principe démocratique[110] », puisque ce sera au peuple algérien de se doter de ses institutions et de son gouvernement. Capitant y voit là les principes qui inspirent la politique gaullienne depuis 1940, soucieux qu'il est de théoriser une

---

[102] *Ibid.*, p. 144.

[103] Sur cet épisode, voir O. Beaud, « Préface », in R. Capitant, *Écrits constitutionnels d'entre-deux-guerres*, *op. cit.*, p. 9-10 ; Voir aussi, l'article de blog du même auteur : O. Beaud, « Le 50e anniversaire de la mort de René Capitant. Hommage à une grande figure de la République et de l'université », Blog *Jus Politicum*, 23 mai 2020 [https://blog.juspoliticum.com/2020/05/23/le-50eme-anniversaire-de-la-mort-de-rene-capitant-hommage-a-une-grande-figure-de-la-republique-et-de-luniversite-par-olivier-beaud/].

[104] R. Capitant, « Préface », in L. Vallon, *L'histoire s'avance masquée*, Paris, Julliard, 1957, p. 11.

[105] *Ibid.*, p. 9-10.

[106] *Ibid.*, p. 12.

[107] Ch. de Gaulle, « Allocution au Palais de l'Élysée le 4 novembre 1958 », in *Discours et messages*, t. 3, *op. cit.*, p. 258.

[108] R. Capitant, « 25 novembre 1960. Les principes du 4 novembre », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 215.

[109] *Ibid.*

[110] *Ibid.*, p. 217.

décision qui n'échappe pourtant pas au poids des circonstances. Il approuve ensuite les accords d'Évian qu'il analyse comme une victoire de la démocratie car « il n'y a rien qui soit plus contraire à la démocratie que le régime colonial[111] ». La cohérence est pour lui totale entre le de Gaulle, adversaire irréductible du fascisme, rénovateur de la démocratie française et liquidateur du colonialisme : « Le gaullisme décolonisateur de 1962 est dans la droite ligne du gaullisme libérateur de 1944[112] » peut-il conclure, d'autant plus satisfait que la Cinquième République, contrairement à la précédente, a montré qu'elle était capable de résoudre la crise algérienne.

Outre la décolonisation, la question sociale fut, on le sait, l'un des grands combats politiques de René Capitant et de ses amis gaullistes de gauche. Au début des années 1950, ils militaient pour l'adoption de l'association capital-travail. Mais la sensation produite au Conseil national du RPF par le discours révolutionnaire de Capitant sur « le changement de régime » se dissipe rapidement, du fait de la prudence de de Gaulle et du scepticisme de l'opinion. Au milieu des années 1960, Vallon et Capitant reprennent leur cheval de bataille, en tentant d'imposer leur projet de participation. Mais ils se heurtèrent aux réticences des gaullistes conservateurs, en particulier de celles du Premier ministre du général de Gaulle, Georges Pompidou.

B. Le combat pour la participation

Une fois la question algérienne réglée, René Capitant annonce « le temps de la réforme sociale[113] ». De Gaulle, note-t-il, a institué une constitution démocratique, il a transformé la diplomatie de la France, en la faisant reposer sur les principes de libertés et d'égalité des peuples, il a même institué un nouveau type d'économie, à la faveur de la planification. Il faut désormais poser « les principes d'un nouvel ordre social[114] ». Ce constat de l'inachèvement de la politique gaullienne, en l'absence d'une grande réforme sociale, Capitant le rappellera à de nombreuses reprises dans ses articles de *Notre République*. En 1966, il indique ainsi que l'objectif du gaullisme est « de doter la France d'une nouvelle constitution sociale[115] ». Et il précise en utilisant des formules qu'il employait déjà dans ses textes politiques et ses cours du début des années 1950 :

> […] dans notre siècle, on ne saurait concevoir une constitution politique sans le complément d'une constitution sociale. À la démocratie politique fondée en 1962 doit correspondre une démocratie sociale, dont le gaullisme a l'obligation de jeter les fondements pendant le second septennat[116].

La réforme qu'il appelle de ses vœux s'inscrit en droite ligne de ce qu'il défendait au temps du RPF. Ainsi, le 8 mars 1963, peut-il écrire :

---

[111] R. CAPITANT, « Mars 1962. Une victoire de la démocratie », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 227.

[112] R. CAPITANT, « 19 juillet 1962. La mystique d'Évian », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 232.

[113] R. CAPITANT, « 8 mars 1963. Le temps de la réforme sociale », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 282.

[114] *Ibid.*, p. 283.

[115] R. CAPITANT, « 9 septembre 1966. Le troisième objectif », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 259.

[116] *Ibid.*

> Le gaullisme n'est-il pas porteur d'un message social ? N'a-t-il pas défini depuis longtemps les réformes par lesquelles la classe ouvrière peut être libérée du salariat et promue à l'égalité sociale, c'est-à-dire au rang d'associée, au sein de l'entreprise comme à tous les échelons de la décision économique[117] ?

Quelques semaines plus tard, il ajoute : « Notre doctrine se résume en un mot : l'association. Il faut associer la classe ouvrière aux responsabilités de l'entreprise comme aux responsabilités de l'économie nationale (autant dire de la planification). Voilà le message dont nous sommes porteurs[118] ». Trois ans plus tard, il observe qu'« il est aussi nécessaire aujourd'hui de réformer le régime capitaliste qu'il était hier nécessaire de réformer le régime représentatif[119] ».

René Capitant a pris, aux côtés de Louis Vallon, une part importante dans la bataille en faveur de la mise en place de la participation dans les entreprises. Tout a véritablement commencé avec le § 4 de l'article 33 de la loi du 12 juillet 1965, issu d'un amendement déposé par Louis Vallon à l'Assemblée qui disposait : « Le gouvernement déposera avant le 1er mai 1966 un projet de loi définissant les modalités selon lesquelles seront reconnus et garantis les droits des salariés sur l'accroissement des valeurs d'actifs des entreprises dû à l'autofinancement ». Cette disposition programmatique n'était pas, il faut l'avouer, d'une grande clarté. La commission Mathey, mise en place par le gouvernement Pompidou pour donner une suite à cet amendement, l'avait d'ailleurs souligné[120]. S'agissait-il uniquement de redistribuer une partie des bénéfices aux salariés ou fallait-il envisager en outre l'attribution à ces derniers de droits de propriété sur leur entreprise ? Dans le premier cas, on privilégiait, par une mesure financière, une hausse des revenus des salariés ; dans le second, on accordait des droits à ces derniers de participer à la direction de l'entreprise, ce qui équivalait à s'engager dans la voie de la cogestion[121]. Du fait de l'ambiguïté des objectifs de l'amendement Vallon et des réticences, voire de l'hostilité des partenaires sociaux, la commission Mathey avait conclu à l'impossibilité d'une telle réforme, ce qui n'était pas sans satisfaire le gouvernement, mais avait fortement irrité les gaullistes de gauche[122]. Pour ces derniers, la participation

---

[117] R. Capitant, « 8 mars 1963. Le temps de la réforme sociale », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 284.

[118] R. Capitant, « 29 mars 1963. Le rapport Massé », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 286. Voir dans le même sens R. Capitant, « 5 avril 1963. La condition ouvrière », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 282 : « Ce programme, c'est celui de l'association (l'association de la classe ouvrière aux décisions économiques dont elle est exclue par le régime actuel). C'est donc le nôtre, c'est celui du gaullisme ».

[119] R. Capitant, « 9 septembre 1966. Le troisième objectif », art. cité, p. 260.

[120] Voir J.-Cl. Casanova, « L'amendement Vallon », *Revue française de science politique*, 17e année, no 1, 1967, p. 105-106.

[121] Comme le note le gaulliste de gauche Jean Charbonnel, « c'était aborder le problème du pouvoir dans l'entreprise, bien que le mot de cogestion, hantise du patronat, n'ait pas été prononcé » (J. Charbonnel, *À la gauche du Général*, *op. cit.*, p. 137).

[122] Capitant note à son propos : « Il y a deux sortes de commissions : celles dont le but est de faire aboutir une réforme en déterminant ses modalités les meilleures et celles qui ont pour mission d'enterrer la réforme. La commission Mathey rentrait dans la deuxième catégorie. On s'en doutait dès sa création. Mais on en a maintenant la preuve : celle-ci se trouve dans le rapport de la commission » (R. Capitant, « 30 septembre 1966. La suite du discours », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 372).

n'avait pas seulement une signification économique, mais également une signification sociale. René Capitant devait le souligner dans ses articles de *Notre République*. L'autofinancement, c'est-à-dire l'épargne des entreprises, doit appartenir autant aux salariés qu'aux actionnaires. S'appuyant sur les calculs du polytechnicien Marcel Loichot issus de son livre *La réforme pancapitaliste*, Capitant estime qu'en accordant chaque année aux salariés la moitié de l'accroissement de capital de l'entreprise, sachant que cet accroissement était de l'ordre de 6 à 7 % par an à l'époque, les salariés posséderaient la moitié du capital de l'entreprise au bout de vingt-cinq ans et les trois-quarts après quarante-cinq ans. Pour compenser en particulier l'absence de hausse de salaires, il serait accordé chaque année aux salariés des actions de l'entreprise avec tous les droits associés, à savoir le versement d'un dividende et le droit de vote à l'assemblée générale. Une telle réforme conduirait selon lui à

> un type nouveau de régime social [qui] s'opposerait clairement au capitalisme actuel, ou « oligocapitalisme », dans lequel les entreprises appartiennent à une minorité d'hommes et où, par voie de conséquence, la majorité composée des travailleurs est exclue de cette propriété[123].

C'est à l'initiative du général de Gaulle qui, à deux reprises au cours de l'année 1966, demanda que les travailleurs aient leur part des résultats et des responsabilités dans le progrès des entreprises[124], que fut adoptée l'ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises[125]. Elle prévoyait l'intéressement des travailleurs aux résultats des entreprises qui n'était obligatoire que pour les entreprises de plus de cent salariés. Les sommes dégagées étaient affectées à une réserve spéciale de participation, mais les droits constitués au profit des salariés ne pourraient être exigibles que dans un délai de cinq ans à compter de l'ouverture de ces droits. Ces sommes étaient exonérées de l'impôt sur les sociétés et de l'impôt sur le revenu. Il n'était donc question ici que d'une redistribution financière aux salariés qui ne pouvait être assimilée à la grande réforme sociale que les gaullistes de gauche appelaient de leurs vœux. Louis Vallon l'interpréta ainsi, en qualifiant la réforme de « trompe l'œil[126] » et en constatant qu'« il ne s'agit que d'un fort modeste intéressement converti en salaire différé pendant cinq ans, sans aucune participation des salariés au capital ou aux responsabilités[127] ». De Gaulle lui-même n'était que partiellement satisfait par une réforme qui n'allait pas assez loin à son goût. Sa volonté avait été clairement contrecarrée par Matignon[128]. Il relancera le chantier de la participation après mai 1968, mais le cœur du projet, celui relatif aux entreprises, ne sera pas inclus dans le référendum qui ne portera que sur la fusion du Sénat et du Conseil économique et social, ainsi que sur la création des régions en tant que collectivités territoriales,

---

[123] « 21 janvier 1966. La participation », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 329. Voir aussi « 7 octobre 1966. La portée de l'article 33 », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 333.

[124] Conférence de presse du 28 octobre 1966 et allocution prononcée au Palais de l'Élysée du 31 décembre 1966 dans *Discours et messages*, t. 5, *op. cit.*, p. 112 et 129.

[125] Voir *JORF*, 18 août 1967, p. 8289.

[126] L. Vallon, *L'anti de Gaulle*, Paris, Seuil, 1969, p. 40.

[127] *Ibid.*, p. 42.

[128] Voir J. Jackson, *De Gaulle*, *op. cit.*, p. 769.

ces dernières comprenant également une représentation socio-professionnelle[129]. Au sein du gouvernement Couve de Murville, le Garde des Sceaux René Capitant fut néanmoins invité à proposer des modifications de la législation commerciale, afin d'informer les travailleurs à la marche de leur entreprise et aux problèmes les concernant directement, tels que l'emploi et la durée du travail[130]. En novembre 1968, il exprimait encore sa confiance dans la réalisation prochaine de la réforme, assurant que « l'arbitrage du chef de l'État avait joué en sa faveur[131] ». Mais le départ du général de Gaulle devait mettre fin à ce projet.

Dans le débat sur la participation, les gaullistes de gauche[132] eurent un allié, le président de la République, et un adversaire, le Premier ministre Georges Pompidou. La proximité qui existe entre le général de Gaulle et René Capitant tient non seulement à un compagnonnage qui date de 1940, mais aussi à une fibre sociale partagée, puisée à des sources communes, le catholicisme social et le socialisme français pré-marxiste, Proudhon en particulier. Il ne faut pas exclure non plus des influences réciproques. Car si Capitant et Vallon se sont réclamés des discours de de Gaulle sur l'association – discours de Saint-Étienne du 4 janvier 1948, déclaration du 17 août 1950 … – il est fort possible qu'ils aient suggéré au général les idées de coopération et d'harmonie sociale, en lui parlant des premiers théoriciens socialistes[133]. Au moment de la discussion sur la participation, de Gaulle se réfère, tout comme Vallon et Capitant, au livre de Marcel Loichot et se déclare « fort impressionné[134] ». De son côté, Capitant affirme publiquement qu'il a la caution personnelle du général de Gaulle pour faire aboutir le projet de participation des salariés à l'autofinancement des entreprises[135]. Lorsque le général souhaite relancer le chantier de la participation après mai 1968, il n'hésite pas à rendre hommage à René Capitant qui avait été à l'initiative de l'ordonnance de 1945 sur les comités d'entreprise[136].

Toutefois, il ne faudrait pas en tirer la conclusion que de Gaulle est pleinement d'accord avec Capitant sur le contenu de la réforme de la participation. Ses prises de position publique sont en effet nettement plus prudentes que les interprétations qu'en donne Capitant. Ainsi, lorsque de Gaulle annonce le 28 octobre 1966 que les travailleurs auront leur part et leur responsabilité dans les progrès des entreprises,

---

[129] Sur le débat concernant la participation après mai 1968, voir A. Teyssier, *De Gaulle, 1969. L'autre révolution*, Paris, Perrin, 2019, en part. p. 137-156.

[130] Voir H. Maynier, « René Capitant, Ministre de la Justice », *Espoir*, nº 36, 1981, p. 32.

[131] « M. Capitant : la participation augmentera la prérogative des syndicats », *Le Monde*, 16 novembre 1968 [https://www.lemonde.fr/archives/article/1968/11/16/m-capitant-la-participation-augmentera-les-prerogatives-des-syndicats_2486471_1819218.html].

[132] Parmi les gaullistes de gauche, Léo Hamon est pour sa part nettement plus réservé sur la réforme de la participation, constatant que les travailleurs restent indifférents aux avantages promis : L. Hamon, *Vivre ses choix*, *op. cit.*, p. 399.

[133] Julian Jackson évoque le rôle du socialiste Louis Vallon auprès de de Gaulle, au temps du RPF. J. Jackson, *De Gaulle*, *op. cit.*, p. 443-444.

[134] Ch. de Gaulle, Lettre du 11 avril 1966, dans *Lettres, notes et carnets*, t. 3, *op. cit.*, p. 809.

[135] À une question d'un journaliste qui lui demande s'il a la caution personnelle du général pour faire aboutir le projet, Capitant répond « Je l'ai depuis vingt ans et je ne suis pas le seul à l'avoir » (AN, Fonds René Capitant, 645AP11, interview à *Europe*, nº 1, 27 juillet 1966 à 19h30).

[136] Ch. de Gaulle, « Conférence de presse du 9 septembre 1968 », *Discours et messages*, t. 5, *op. cit.*, p. 328.

il précise néanmoins que « cette réforme doit s'accomplir sans ébranler les autres piliers, qui sont d'une part l'investissement des capitaux pour l'équipement des entreprises et, d'autre part, l'initiative et l'autorité de ceux qui ont à les diriger[137] ». Capitant cite cette conférence de presse en expliquant qu'« il s'agit de réformer le régime capitaliste en transformant les travailleurs de salariés qu'ils sont en associés qu'ils doivent devenir, dans les entreprises d'abord et ensuite, par voie de conséquence, dans l'ensemble du processus économique national[138] » ! De même, lorsqu'à l'automne 1967, de Gaulle souhaite la participation directe du personnel aux résultats, au capital et aux responsabilités des entreprises[139], Capitant proclame : « C'est l'autogestion ouvrière qui est ici visée[140] » et propose d'organiser, à côté de l'assemblée des actionnaires, l'assemblée des salariés devant laquelle la direction de l'entreprise serait également responsable. Il est clair que Capitant allait bien au-delà de ce que souhaitait de Gaulle qui n'avait pas l'intention de remettre en cause l'autorité du chef d'entreprise[141].

En privé, de Gaulle ne manquera pas de prendre ses distances avec Capitant sur le dossier. En juin 1968, au lendemain du deuxième tour des législatives, de Gaulle demande à Georges Pompidou s'il souhaite faire la réforme de la participation avec lui. Celui qui est encore son Premier ministre lui répond alors : « Mon Général, je ne pourrais vous répondre que si je savais ce que c'est que la participation. Si j'en crois Capitant, c'est, soit la soviétisation, soit l'établissement dans les entreprises du régime d'assemblée. Si c'est cela, je ne suis pas d'accord ». Et de Gaulle de répliquer : « Mais il ne s'agit pas de cela. Capitant est fou. Il s'agit d'associer les travailleurs à l'activité des entreprises, de leur fournir des informations sur cette activité. Mais nous en reparlerons[142] ».

Georges Pompidou fut pour sa part toujours réservé sur la question de la participation et fit son possible, lorsqu'il était Premier ministre, pour limiter les effets d'une réforme qu'il appréhendait[143], suscitant la colère de de Gaulle et de Capitant. Une fois élu président de la République, il devait dire publiquement ce qu'il avait déjà confié au général, à savoir sa crainte que la participation se traduise soit par la soviétisation, soit par le régime d'assemblée et donc l'anarchie, et qu'elle aboutisse finalement à une dilution de responsabilité dans l'entreprise[144]. Il ne percevait pas en tout cas la participation comme « un grand mythe social mobilisateur[145] » et lorsqu'il utilisait le terme, il l'entendait dans le sens de l'intéressement, c'est-à-

---

[137] Ch. de Gaulle, « Conférence de presse du 28 octobre 1966 », in *ibid.*, p. 113.

[138] R. Capitant, « 17 avril 1967. Le gaullisme de gauche », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 263.

[139] Ch. de Gaulle, « Conférence de presse du 27 novembre 1967 » et « Allocution du 31 décembre 1967 », in *Discours et messages*, t. 5, *op. cit.*, p. 230 et 252.

[140] « 12 janvier 1968. Triple participation », dans *Écrits politiques, op. cit.*, p. 336.

[141] Voir E. Michelet, *La querelle de fidélité. Peut-on être gaulliste aujourd'hui ?*, Paris, Fayard, 1971, p. 131.

[142] G. Pompidou, *Pour rétablir une vérité*, Paris, Flammarion, 1982, p. 204.

[143] Voir le témoignage d'Alain Peyrefitte relatant des propos acerbes que lui tient Pompidou sur les gaullistes de gauche et leur projet de participation : A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, t. 1, Paris, éditions de Fallois, Fayard, 1994, p. 442-443.

[144] Conférences de presse du 22 septembre 1969 et du 21 janvier 1971, citées par S. Rials, *Les idées politiques du Président Georges Pompidou*, Paris, puf, 1977, p. 89.

[145] *Ibid.*, p. 91.

dire d'un avantage matériel accordé à la classe ouvrière, afin de permettre sa meilleure intégration dans la société. Dans *Le nœud gordien*, ouvrage dont le manuscrit avait été rédigé avant le référendum du 27 avril 1969, Pompidou reconnaît qu'

> il est bon que la loi encourage et, dans certaines conditions, impose certaines modalités d'intéressement. De même, la législation doit-elle encourager l'actionnariat ouvrier [...] de même peut-on inviter, et s'il le faut, obliger les chefs d'entreprise à un plus large effort d'information et de concertation, tant d'ailleurs vis-à-vis des actionnaires que des salariés, afin que tous se sentent associés, réellement aux progrès, aux profits, aux difficultés aussi de l'entreprise. Mais, là encore, je suis convaincu que le rôle de l'État doit être d'exemple et d'incitation plus de contrainte [...][146].

On mesure par ces lignes ce qui sépare le réalisme de Pompidou de l'idéalisme de Capitant, ou pour le dire autrement ce qui distingue le réformisme conservateur du premier à la volonté de rupture par rapport à la société capitaliste du second. Les deux hommes qui se connaissaient depuis la Libération étaient de toute façon trop différents, par leur tempérament, par leur parcours, par leurs idées également pour s'entendre. Le caractère passionné et entier de Capitant, peu enclin aux concessions[147], tranchait avec la modération et le sens du compromis de Pompidou. Ce dernier, membre du cabinet du général de Gaulle, a laissé un témoignage de leurs relations tendues au temps du gouvernement provisoire :

> À l'Éducation nationale, j'avais affaire à René Capitant, dont le gaullisme était notoire, mais chez qui je discernai assez vite un penchant à la mégalomanie. Il avait imaginé une « réforme » de son administration qui comprenait, je crois, quelque vingt directions. J'essayai avec succès de limiter les dégâts. Il est possible que René Capitant en ait, dès cette époque, conclu que j'étais un faux gaulliste[148].

Au moment du RPF, Capitant reproche à Pompidou de rester dans l'ombre et de ne pas s'engager dans une campagne électorale[149]. Mais c'est surtout après l'élection présidentielle de 1965 que le conflit entre Capitant et Pompidou s'envenime pour deux raisons essentielles : la réforme de la participation et l'avenir des institutions, lié en réalité à la définition de l'après-gaullisme[150].

Sur la participation, Capitant reproche au Premier ministre de freiner la réforme souhaitée par de Gaulle. Il l'accuse d'être trop prudent, voire de reculer[151]. Mécontent du manque d'ambition de l'ordonnance du 17 août 1967, il finit par dire de

---

[146] G. POMPIDOU, *Le nœud gordien*, Paris, Plon, 1974, p. 155-156.

[147] On lira sur ce point les témoignages concordants de Louis Joxe, Jean Foyer et Léo Hamon dans la revue *Espoir*, nº 36, octobre 1981, p. 9, 11 et 17. Président de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, Capitant n'hésitait pas à rappeler à l'ordre un député trop bavard à son goût ou à inviter sans ménagement un ministre à sortir de la salle, une fois son audition achevée. Il pouvait être en revanche très aimable avec un député communiste dont il appréciait la pertinence des remarques.

[148] G. POMPIDOU, *Pour rétablir une vérité*, *op. cit.*, p. 35.

[149] « À noter qu'à propos d'élections, Vallon propose ma candidature pour le Cantal. Capitant déclare que cela me ferait du bien de sortir des antichambres. En tout cas pas pour la Chambre ! [...] » : carnet de Georges Pompidou à propos du conseil de direction du RPF du 7 décembre 1950, dans : G. POMPIDOU, *Lettres, notes et portraits 1928–1974*, Paris, Robert Laffont, 2012, p. 218.

[150] Comme l'indique D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 213-214.

[151] R. CAPITANT, « 21 avril 1967. Un discours prudent », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 375-377.

Pompidou que « son nom est devenu un symbole du capitalisme[152] », propos qui suscite l'irritation de de Gaulle[153]. Quant à la question des institutions, Capitant s'oppose à Pompidou, accusé de vouloir construire une majorité parlementaire sur un seul parti, dont le programme serait de droite, alors qu'il défend pour sa part l'idée d'une majorité élargie à d'autres forces politiques et qui ne serait pas figée. Lorsqu'est annoncée la convocation des assises nationales de l'UNR–UDT à Lille en novembre 1967, l'éditorial de *Notre République* annonce « Nous n'irons pas à Lille[154] », afin de contester la mainmise de Pompidou sur le parti et l'inflexion conservatrice et anticommuniste donnée au gaullisme. La guerre de succession paraît alors engagée, Pompidou et dans une moindre mesure Capitant, pouvant être des prétendants possibles.

La première déclaration de Capitant, à peine nommé Garde des Sceaux fin mai 1968, traduit l'animosité qu'il éprouve : « J'avalerai la couleuvre Pompidou. Je ne dis pas que cela sera agréable mais c'est mon devoir[155] ». Après le retrait du général de Gaulle, Capitant, poussé par certains de ses amis, envisage même de se présenter à l'élection présidentielle. Il s'agit en particulier de combattre Pompidou, pour lequel les hommes de *Notre République* éprouvent une « hostilité viscérale[156] ». Mais Capitant, sous la pression des principaux barons du gaullisme, dont Gaston Palewski et Jacques Chaban-Delmas, mais aussi du gendre du général, Alain de Boissieu, finit par renoncer. Il déclare dans un meeting le 19 mai que la candidature de Pompidou est « le moindre mal », avant d'annoncer quelques jours plus tard que, s'il fera campagne contre Alain Poher, il n'est pas certain de voter Pompidou[157]. Entretemps, l'affaire Markovic aura éclaté qui, en compromettant la femme de l'ancien Premier ministre, conduira celui-ci à chercher des responsables, au premier rang desquels il placera le Garde des Sceaux, René Capitant[158]. Pour autant, aucune preuve formelle de l'implication de Capitant n'a été établie[159] et c'est bien plutôt l'embarras qui l'a semble-t-il emporté chez lui[160]. Le 12 mars 1969,

---

[152] R. CAPITANT, « 9 février 1968. Gaullisme et capitalisme », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 381.

[153] Dans une lettre à François Mauriac du 8 mars 1968, Pompidou écrit : « Or, ne croyez pas que si j'aide puissamment *Notre République*, ce soit sur l'ordre du Général. D'abord, en cette matière peu noble, je suis mon maître. Ensuite je peux vous confier qu'irrité par certains articles de R. Capitant (particulièrement celui qui me dépeignait comme incarnant le capitalisme), le Général m'a spontanément dit qu'il commençait à en avoir assez et "qu'il allait falloir leur couper les vivres". Je n'ai pas relevé le propos, dont je suis convaincu d'ailleurs qu'il l'aurait regretté par la suite, et me suis gardé d'y chercher l'occasion d'une vengeance personnelle. Rien n'est changé et rien ne sera changé » (G. POMPIDOU, *Lettres, notes et portraits*, *op. cit.*, p. 395-396).

[154] *Notre République*, nº 283, 10 novembre 1967, cité par D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 225.

[155] Cité par É. ROUSSEL, *Charles de Gaulle*, *op. cit.*, p. 882.

[156] L. HAMON, *Vivre ses choix*, *op. cit.*, p. 446. Léo Hamon fut de ceux qui déconseillèrent à Capitant de s'engager dans une campagne qui leur paraissait hasardeuse.

[157] Voir D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 268.

[158] « Ni place Vendôme, chez M. Capitant, ni à Matignon, chez M. Couve de Murville, ni à l'Élysée, il n'y a eu la moindre réaction d'homme d'honneur », déclara Georges Pompidou au général de Gaulle : G. POMPIDOU, *Pour rétablir une vérité*, *op. cit.*, p. 260.

[159] Comme le note É. ROUSSEL, *Georges Pompidou*, Paris, Perrin, 2004, p. 266.

[160] Voir le témoignage du Secrétaire général de l'Élysée, Bernard Tricot dans ses *Mémoires* (Paris, Quai Voltaire, 1994, p. 347).

il publiera un communiqué dénonçant dans cette sordide affaire « des rumeurs mensongères [...] afin de nuire à certaines personnalités[161] ».

Les derniers mois de la vie politique de René Capitant sont consacrés à une opposition sans concession au nouveau Président de la République, accusé de vouloir brader l'héritage gaulliste et d'ignorer en particulier sa dimension sociale. Avec Louis Vallon, il fait renaître l'UDT le 19 septembre 1969 et redonne vie à *Notre République* qui avait cessé de paraître en avril 1969. Le nouveau numéro du journal paraît en octobre 1969 avec une photographie du général de Gaulle et un titre sans équivoque, « Résister ». Il apporte également son soutien à Louis Vallon, exclu de l'UDR le 28 octobre, en raison de la parution de son pamphlet *L'anti de Gaulle*. Dans *Le Monde* du 3 novembre 1969, il déclare que « l'UDR n'a pas qualité pour exclure Louis Vallon du gaullisme », signifiant ainsi que le gaullisme ne se réduit pas à un parti politique[162]. Son décès, le 23 mai 1970, qui survient quelques mois avant celui du général de Gaulle, marque symboliquement la fin de l'âge d'or des gaullistes de gauche. Il y aura certes encore des gaullistes de gauche, mais nombre d'entre eux, de Louis Vallon à Léo Hamon, après avoir soutenu la politique de Chaban-Delmas à Matignon, se rallieront à François Mitterrand, lors des élections présidentielles suivantes. Ils ne parviendront par la suite, malgré les efforts d'un Jean Charbonnel, à occuper une influence politique significative.

*
**

Peut-on dire, pour résumer l'action politique de René Capitant, que « le gaullisme de gauche n'est au fond que le gaullisme véritable ; rien de plus, rien de moins ! », ainsi que l'écrivait Louis Vallon[163] ? S'il faut comprendre le « gaullisme véritable » comme celui du général de Gaulle, il est frappant de constater que les hommes de *Notre République* défendaient des thèses souvent très proches de celles du fondateur de la Ve République. Qu'il s'agisse de la conception des institutions ancrées dans l'idée d'un chef de l'État fort responsable directement devant le peuple, de la politique étrangère de non-alignement, de la vision d'une Europe de la coopération, de la décolonisation appliquée partout, y compris en Algérie ou de la politique économique de planification, les convergences idéologiques sautent aux yeux. Le vif intérêt pour les question sociales, appréhendées en toute indépendance par rapport au patronat, est aussi un indéniable point commun, même si de Gaulle, en restant flou sur le contenu de l'association capital-travail puis sur la participation, n'était sans doute pas prêt à assumer une réforme en profondeur du système capitaliste, comme la souhaitait René Capitant, dont le discours radical a souvent heurté les consciences dans son propre camp.

On mesure en tout cas ce qui sépare le gaullisme de gauche du gaullisme social. Le gaullisme du général de Gaulle est assurément social, par l'intérêt qu'il porte à la condition des travailleurs et aux politiques qu'il tente de mettre en place pour l'améliorer. Le gaullisme fut également social au temps de la « nouvelle société »

---

[161] Cité par D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 263.

[162] Voir sur ce point, J. POZZI, *Les mouvements gaullistes*, *op. cit.*, p. 205 *sqq.*

[163] L. VALLON, *L'anti de Gaulle*, *op. cit.*, p. 71.

de Jacques Chaban-Delmas, où la politique contractuelle fut mise en avant, notamment dans le secteur public[164]. Le gaullisme fut encore social, lorsque Philippe Seguin apportait, dans les années 1980 et 1990, une attention particulière aux droits des salariés et à la solidarité, au sein d'un parti clairement orienté à droite[165]. Mais, quelle que soit sa déclinaison, il ne peut être assimilé au gaullisme de gauche qui visait, par l'association, puis par la participation, à une transformation profonde du capitalisme[166].

Une autre leçon de René Capitant est que le gaullisme n'est pas réductible à un camp politique, et surtout pas à la droite conservatrice ou nationaliste, comme on a pu l'écrire[167]. Le gaullisme occupe pour lui une place centrale, certains diraient centriste[168], sur l'échiquier politique car il montre qu'une troisième voie est possible entre capitalisme et marxisme du point de vue économique, entre fascisme et communisme du point de vue politique[169]. Le gaullisme a pu d'autant plus assumer cette position centrale qu'il était en étroite résonance avec les réalités de son temps, marquées par l'exigence démocratique. « La conjonction [...] entre de Gaulle et la démocratie, c'est le secret même du gaullisme, écrit Capitant, le secret qui explique sa force de rayonnement dans le peuple et permet de comprendre son importance historique.[170] »

Alain Laquièze

Professeur de droit public, Université de Paris.

[164] Voir le témoignage de L. HAMON, *Vivre ses choix*, *op. cit.*, p. 460-461 ; voir aussi J. DELORS, *Mémoires*, Paris, Plon, 2004, p. 78 *sqq.*

[165] Voir A. TEYSSIER, *Philippe Séguin. Le remords de la droite*, Paris, Perrin, 2017, p. 137 *sqq.*

[166] Voir sur cette distinction D. GARRIGUE, *Le temps des gaullistes de gauche*, *op. cit.*, p. 277.

[167] Voir J. TOUCHARD, *Le gaullisme 1940–1969*, Paris, Seuil, 1978, p. 296 : « le gaullisme du général de Gaulle est avant tout un nationalisme ».

[168] Voir J. CHARBONNEL, *À la gauche du Général*, *op. cit.*, p. 120.

[169] Dans *Le Monde* du 30 mars 1965, Capitant écrit : « Pour être gaulliste, il faut se sentir et se proclamer l'adversaire du fascisme au moins autant que celui du communisme » (*Le Monde*, 30 mars 1965 [https://www.lemonde.fr/archives/article/1965/03/30/m-capitant-le-gaullisme-n-aurait-plus-d-avenir-s-il-s-identifiait-a-la-droite_2174828_1819218.html]).

[170] R. CAPITANT, « 15 juillet 1961. La force du gaullisme », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 11.

Clément Gaubard

René Capitant et la participation

L'échec d'une ambition sociale*

Ainsi que le souligne Marcel Waline dans sa préface aux *Écrits constitutionnels*, le mot de participation évoque immanquablement René Capitant[1]. Il s'agit en effet d'une « préoccupation[2] » centrale qui imprègne la pensée et l'action politique du « juriste militant[3] » jusqu'à sa mort. Promouvoir « le lien entre la démocratie et la participation politique[4] » constitue d'abord la « raison de l'engagement[5] » de René Capitant en faveur d'une vaste réforme du parlementarisme, notamment durant les premières années de sa carrière[6]. Au-delà

* Cet article trouve son origine dans un mémoire dirigé par le Professeur Alain Laquièze avec pour titre « René Capitant et la participation des travailleurs dans l'entreprise ». L'auteur de cette contribution souhaite également remercier le Professeur Michel Degoffe pour ses précieuses remarques formulées au cours de la soutenance de ce mémoire.

[1] R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, préf. de M. Waline, Paris, CNRS, 1982, p. 10-11.

[2] « Ce qui ressort de son œuvre écrite, c'est la volonté de décrire les conditions d'une véritable démocratie, et celle de promouvoir la participation, deux préoccupations si voisines qu'il est presque impossible de ne pas les confondre, car, pour lui, la démocratie ne peut se concevoir sans participation » (*ibid.*, p. 10).

[3] Formule que nous empruntons à Nicole Catala pour désigner le fait que René Capitant est à la fois un éminent professeur de droit et un homme politique de premier plan (N. Catala, « L'apport de René Capitant au droit privé », in *Journées (1990). Apports de René Capitant à la science juridique*, Paris, Litec, 1992, p. 89). Sur les liens entre la doctrine et la politique, voir C.-M. Herrera, « Le droit, la gauche, la doctrine », in C.-M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Paris, Kimé, 2003, p. 8-12.

[4] G. Le Brazidec, *René Capitant, Carl Schmitt, crise et réforme du parlementarisme, de Weimar à la Cinquième République*, préf. de J. Chevallier, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 276.

[5] *Ibid.* René Capitant consacrera d'ailleurs son dernier ouvrage à cette question. Voir R. Capitant, *Démocratie et participation politique. Dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bordas, 1972, p. 31-38.

[6] S'agissant des écrits et de l'engagement du « jeune » René Capitant en faveur de la réforme du parlementarisme nous renvoyons aux travaux d'Olivier Beaud. Voir O. Beaud, « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », in C.-M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, *op. cit.*, p. 147-192 ; O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », in R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940), Textes réunis et présentés par Olivier Beaud*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2004, p. 7-53.

de l'élection, la dissolution et le référendum doivent permettre aux citoyens de concourir, dans le cadre d'un régime parlementaire renouvelé, à l'élaboration de la législation et au nécessaire contrôle des gouvernants[7].

Par ailleurs, l'association de René Capitant au mot de participation renvoie aussi à son engagement politique auprès de de Gaulle, pour tenter, au courant des années soixante, d'améliorer le sort des travailleurs. Le Général lui apparaît d'ailleurs comme « le seul homme politique qui ait la capacité et la volonté de libérer l'homme par une transformation de la condition de salarié en celle d'associé[8] ». La participation désigne dans ce cadre, plus largement, la doctrine sociale des gaullistes dont René Capitant contribuera à la conception et à la promotion. Celle-ci fut relativement peu étudiée. Son « imprécision[9] » supposée est souvent évoquée pour le justifier. Aussi, elle ne s'inscrirait dans la filiation d'aucun courant politique ou idéologique. La participation serait une « troisième voie[10] », c'est-à-dire, dans cette conception, une idéologie réputée entre le communisme et le capitalisme visant de manière inédite « à associer le capital et le travail » dans l'entreprise[11]. Ces interprétations peuvent être critiquées[12]. D'une part, cette formule « d'association capital/travail », bien qu'elle fut employée par les gaullistes[13], apparaît quelque peu réductrice pour saisir le sens précis ainsi que les véritables fondements de la doctrine de la participation. D'autre part, l'idée d'une participation des travailleurs à l'entreprise est en réalité largement ancrée dans la pensée politique, notamment au

---

[7] Voir principalement à propos, R. Capitant, « La crise et la réforme du Parlementarisme en France (1931-1936) », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 350-354 ; R. Capitant, *Démocratie et participation politique*, *op. cit.*, p. 150-160.

[8] J. Foyer, « Présentation de René Capitant », in *Journées (1990). Apports de René Capitant à la science juridique*, *op. cit.*, p. 5.

[9] Selon le jugement d'Alain Chatriot : A. Chatriot, « La réforme de l'entreprise, du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire*, vol. 2, nº 114, 2012, p. 188.

[10] Selon l'historien Jean Touchard : J. Touchard, *Le gaullisme (1940–1969)*, Paris, Seuil, 1978, p. 266.

[11] Voir par exemple, le commentaire d'Alain Blondy : A. Blondy, *Nouvelle histoire des idées. Du sacré au politique*, Paris, Perrin, 2018, p. 475.

[12] Pour une introduction à l'étude de la doctrine gaulliste de la participation, voir P. Guiol, « Le enjeux de la participation », *Esprit*, vol. 3, mars 2018, p. 75-82 ; P. Guiol, « La participation, le gaullisme et le rpr », *Autogestions*, nº 23, 1986, p. 13-45 ; A. Teyssier, *De Gaulle, 1969 l'autre révolution*, Paris, Perrin, 2019, p. 134-157.

[13] Par exemple pour René Capitant la doctrine de la participation consiste à créer un « contrat d'association du capital et du travail » (R. Capitant, « Le changement de régime, rapport présenté aux Assises Nationales du rpf, 1952 », in *Écrits Constitutionnels*, *op. cit.*, p. 339). Le général de Gaulle utilise également cette formule. Il déclare à titre d'exemple en 1963, « l'association capital-travail peut se faire à trois niveaux. D'abord, l'intéressement aux bénéfices de l'entreprise. […] Ensuite, la participation à la plus-value du capital […]. Enfin, il faut explorer dans quelle mesure les cadres et le personnel peuvent être associés à la gestion des entreprises, en contrepartie de la diminution du rôle des conseils d'administration » in (G. Bardy, *De Gaulle avait raison. Le visionnaire*, Paris, SW Télémaque, 2016, p. 95-96.) Il s'agit d'un ouvrage de compilation des citations de de Gaulle.

sein du socialisme et du catholicisme social. Elle est à ce titre défendue par l'industriel Jean-Baptiste André Godin[14], par Pierre-Joseph Proudhon[15] et aussi, au siècle suivant par l'Église catholique à travers l'encyclique *Mater et Magistra*[16]. Ainsi, pour René Capitant, la mise en œuvre de la participation « réaliserait pour la première fois le socialisme démocratique auquel aspiraient les réformateurs français du XIXe siècle, Saint-Simon le prophète de l'industrialisme moderne, Buchez, le fondateur de la démocratie chrétienne et Proudhon[17] ». De plus, le principe de participation des travailleurs à l'entreprise est dans les années soixante, au moment où les gaullistes entreprennent de réformer l'entreprise moderne, déjà inscrit dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Son article 8 dispose que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

Également selon Jean Foyer, il serait particulièrement difficile de savoir si c'est le Général lui-même ou bien les gaullistes de gauche[18] qui ont « lancé en premier le mot de participation[19] ». Bien que la question soit complexe, car il y a eu assurément un jeu d'influences réciproques entre la pensée des gaullistes sociaux et celle du général de Gaulle, il apparaît toutefois que ce terme de participation fut d'abord utilisé par ce dernier[20]. Au cours de son célèbre discours d'Alger prononcé le 3 novembre 1943 le Général déclare :

> La France aura subi trop d'épreuves et elle aura trop appris sur son compte et sur le compte des autres pour ne pas être résolue à de profondes transformations… Elle veut que cesse un régime économique dans lequel les grandes sources de la richesse nationale échappaient à la nation, où les activités principales de la pro-

---

[14] J.-B. André Godin, *Mutualité sociale et association du capital et du travail ou extinction du paupérisme par la consécration du droit naturel des faibles au nécessaire et du droit des travailleurs à participer aux bénéfices de la production,* Paris, Guillaumin, 1880.

[15] « Par la participation aux charges et bénéfices, par l'échelle des salaires et l'élévation successive à tous les grades et emplois, la force collective, produit de la communauté, cesse de profiter à un petit nombre de capacitaires et spéculateurs ; elle devient la propriété de tous les ouvriers » (P.-J. Proudhon, *Idée générale de la révolution, au XIXe siècle, 1851–2000*, Antony, Tops H. Trinquier, 2000 [1851], p. 240).

[16] « Les ouvriers et les employés sont appelés à participer à la propriété de l'entreprise, à sa gestion et, en quelque manière, aux profits qu'elle apporte » (*Mater et Magistra, l'Église mère et éducatrice, texte intégral de l'encyclique*, intro. et éd. P. Haubtmann, Paris, Fleurus, 1961, p. 97-98).

[17] R. Capitant, « La participation (1925) », in *Écrits politiques (1960–1970)*, préf. L. Vallon, Paris, Flammarion, 1971, p. 329.

[18] Sur le gaullisme de gauche et les liens de René Capitant avec ce mouvement, voir la contribution d'Alain Laquièze à ce numéro.

[19] J. Foyer, « Présentation de René Capitant », in *Journées (1990). Apports de René Capitant à la science juridique*, *op. cit.*, p. 15.

[20] Avant-guerre, René Capitant n'a pas encore consacré d'écrits au problème du contrat de travail ou à l'idée de participation des travailleurs dans l'entreprise. Cependant, son engagement social n'apparaît pas subitement à la Libération. En 1930, dans une note sous l'arrêt du Conseil d'État « de Lara (1930) », René Capitant prend position pour le courant du socialisme municipal, voir R. Capitant, « Note sous l'arrêt du Conseil d'État "de Lara" », in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928–1940)*, *op. cit.*, p. 541-550. Voir aussi, à propos, J. Morand-Deviller, « L'apport de René Capitant au droit administratif », in *Journées (1990). Apports de René Capitant à la science juridique*, *op. cit.*, p. 36.

> duction et de la répartition se dérobaient à son contrôle, où la conduite des entreprises excluait *la participation* des organisations des travailleurs et de techniciens dont cependant elle dépendait[21]…

Ce discours présente un important intérêt historique. Il témoigne de l'enracinement au sein de la pensée du Général, d'une critique du salariat en raison du fait que celui-ci écarte les employés de la direction et des résultats de la société[22]. De Gaulle esquissera quelques années plus tard, à Strasbourg en avril 1947, les premiers principes de ce qui doit constituer la réponse gaulliste à la problématique du salariat.

> La solution humaine, française, pratique est l'association digne et féconde de ceux qui mettraient en commun, à l'intérieur d'une même entreprise, soit leur travail, soit leur technique, soit leurs biens, et qui devraient s'en partager en honnêtes actionnaires les bénéfices et les risques[23].

L'idée « d'association » est utilisée ici comme synonyme de celle de « participation ». Ce choix montre que la pensée sociale gaulliste est déjà formulée dans ses grands axes par le Général dès les années quarante, mais qu'elle ne s'est pas encore cristallisée et systématisée autour du mot de participation. René Capitant va jouer un rôle majeur en la matière. Il est selon les termes d'Alain Kerhervé « l'architecte[24] » de cette idée de participation. Il va de toute évidence déterminer le Général à tenter, une fois arrivé au pouvoir, de la mettre en œuvre[25]. Par conséquent, explorer l'apport de René Capitant à la formulation ainsi qu'à la mise en œuvre de la participation permet de souligner la place importante qu'il occupa dans le courant gaulliste et plus largement, au sein de l'histoire politique et sociale des années soixante.

Les fondements de la participation sont théorisés par René Capitant au courant des années cinquante, lorsque celui-ci entreprend d'étudier les « principes de la démocratie[26] » et surtout les conditions de leur concrétisation dans la société in-

---

[21] Ce discours est retranscrit ici dans les *Mémoires de guerres*, Ch. De Gaulle, *Mémoires de guerre, l'Unité (1942–1944)*, Paris, Plon, 1956, p. 546.

[22] De Gaulle déclare aussi en août 1948 aux comités professionnels qui le soutiennent : « nous ne considérons pas que le salariat, c'est-à-dire l'emploi d'un homme par un autre homme, doit être la base définitive de l'économie française ni de la société française, nous ne l'admettons pas » (G. Bardy, *De Gaulle avait raison*, *op. cit.*, p. 91).

[23] *Ibid.*, p. 93.

[24] Ce rôle est joué également par Louis Vallon selon Alain Kerhervé : A. Kerhervé, *Une révolution en héritage. La politique sociale de Charles de Gaulle*, préf. M. Anfrol, Paris, Regain de Lecture, 2016, p. 182.

[25] *Ibid.* Cette influence de René Capitant sur le Général au courant des années soixante est soulignée par Georges Pompidou. Alain Peyrefitte relate cette déclaration de Georges Pompidou au cours d'une séance du Conseil des ministres le 12 décembre 1962, « Capitant, Vallon et *tutti quanti*, ce sont des gens fumeux. Il n'y a rien à en tirer. Malheureusement, ils ont farci la tête du Général de leurs rêveries. Il faut mettre le Général à l'abri de ces billevesées. C'est une façon de lui rendre service ». Cette déclaration est retranscrite dans L. Lasne, *De Gaulle, une ambition sociale foudroyée*, Clamecy, Le Tiers Livre, 2009, p. 139. Cette influence est également évoquée par Michel Debré, voir M. Debré, *Trois républiques pour une France. Mémoires. Gouverner autrement (1962–1970)*, Albin Michel, Paris, 1993, p. 119.

[26] Il s'agit d'une étude émanant principalement des cours de droit donnés par René Capitant entre 1950 et 1957. Ils sont retranscrits dans les *Écrits Constitutionnels*, (p. 19-235) à l'exception

dustrielle moderne. Le principe fondamental sur lequel repose « l'idée démocratique » est celui d'autonomie. Le juriste le définit à la manière de Rousseau, comme le consentement d'un individu à une obligation qui lui a été imposée[27]. Ce principe doit s'appliquer « aux divers degrés de l'ordre juridique[28] ». En effet pour René Capitant, le principe démocratique ne se rattache pas uniquement à l'ordre politique. Il convient d'adopter une acception extensive de la notion de démocratie. Celle-ci vise en réalité de manière plus large à

> associer les individus, sur un pied d'égalité, à l'élaboration de l'ensemble des règles auxquelles ils sont soumis – règles législatives et contractuelles – dans l'État, mais aussi dans les autres collectivités publiques, territoriales ou corporatives, dont ils sont membres[29].

René Capitant souligne ici, comme Kelsen – dont il faut rappeler qu'il est l'un des premiers juristes français à avoir réceptionné l'œuvre[30] – que la démocratie « ne concerne pas seulement l'État, mais également les entreprises économiques[31] ». En conséquence, elle est tout à la fois « politique, fédérale et sociale[32] ».

Cependant juge René Capitant, si l'idéal démocratique progresse inexorablement au sein de l'ordre politique depuis le XVIIIe siècle, celui-ci stagne dans l'ordre social. Il est loin de s'appliquer aux relations juridiques qui sont nouées au cœur de l'entreprise moderne en raison du contrat de travail. Le juriste écrit en ce sens :

> Nous pouvons tirer du principe d'égalité cette conséquence très large et très banale pour les institutions de notre époque, à savoir que tout contrat qui aurait pour objet de réaliser la supériorité d'une des parties sur l'autre, d'accorder à l'une des parties un droit de domination sur l'autre, même consenti, est en réalité injuste, illégitime parce qu'il viole l'égalité. Et alors ceci s'appliquerait à beaucoup de choses, ceci permettrait de comprendre pourquoi la démocratie moderne a aboli le contrat féodal : c'est un contrat de subordination d'un individu à l'autre. Mais cela permettrait aussi de comprendre pourquoi la question sociale à notre époque et depuis plus d'un siècle revêt une telle importance, car nous découvrons alors l'institution fondamentale qui dans nos institutions occidentales détermine l'ordre social, le contrat de travail, c'est en vertu même de la définition que nos tribunaux en donnent chaque jour, un contrat qui réalise la subordination d'un travailleur au patron. Tout contrat de subordination est illégitime en vertu du principe de la démocratie. Notre ordre social, fondé sur le contrat de travail est

---

du cours de 1956–1957, R. Capitant, *Principes du droit public : doctorat 1956–1957*, Paris, Les cours de droit, 1957. Un autre texte de la même époque au caractère plus « politique » aborde également cette question de la démocratie sociale et de la réforme de l'entreprise. C'est le rapport de René Capitant présenté aux Assises Nationales du RPF des 9–11 novembre 1952, voir R. Capitant, « Le changement de régime », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 340-345.

[27] R. Capitant, « Principes du droit public (1952–1953) », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 194.

[28] *Ibid.*, p. 172.

[29] *Ibid.*, p. 173.

[30] Voir à ce sujet, C.-M. Herrera, « Théorie et politique dans la réception de Kelsen en France » in C.-M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 19.

[31] H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1929, cité dans C.-M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. Paris, Kimé, 1997, p. 128.

[32] R. Capitant, « Principes du droit public (1952–1953) », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 173. Sur la notion de démocratie sociale voir A. Laquièze, « La démocratie sociale à la française : quelle autonomie par rapport à la démocratie politique », *Cités*, nº 77, 2019, p. 124.

> une violation des principes de la démocratie, et c'est la question sociale aujourd'hui qui menace la démocratie. Comment pourrions-nous nous en étonner ? Il y a dans ces principes une contradiction qui tôt ou tard ruinera ce régime[33].

René Capitant met ici en évidence une contradiction essentielle et trop souvent ignorée par la plupart des théoriciens de l'État et de la démocratie. Comment les nations occidentales modernes peuvent-elles se définir comme démocratiques alors que l'écrasante majorité des individus qui les composent se retrouvent dans leur quotidien, en raison du contrat de travail, dans une position juridique de subordination à un tiers[34] ? Cette objection est capitale pour tout théoricien de la démocratie qui adopte comme René Capitant, une acception large de celle-ci autour des principes d'autonomie et d'égalité. « À travers la technique du louage, c'est le problème – pour tout juriste – de la liberté individuelle qui se dresse[35] » résume en ce sens Raymond Saleilles. René Capitant inscrit donc son étude du contrat de travail et des solutions de démocratisation de l'entreprise moderne, dans une perspective de recherche de droit public intéressant la question de la démocratie.

Pour le juriste, si le contrat de travail apparaît ainsi comme la négation du principe d'autonomie, c'est parce qu'il ne permet pas à l'ouvrier de participer aux résultats ainsi qu'aux responsabilités de l'entreprise[36]. À travers, les individus s'engagent d'une part, à se soumettre à des obligations dont ils ne prendront pas part à leur formulation, et également, à ne toucher qu'un salaire en contrepartie du lien de subordination qui les lie au patron. Les salariés n'ont en effet, dans le contrat de travail, aucun droit à percevoir une partie des bénéfices réalisés par l'entreprise.

Pour démocratiser les relations sociales, René Capitant reprend l'idée déjà défendue quelques années plus tôt par le général de Gaulle de participation des travailleurs aux résultats et aux responsabilités de l'entreprise. Il entend néanmoins la préciser davantage. Pour cela, il va caractériser rigoureusement les incidences juridiques de cette participation sur la condition salariale et esquisser les réformes qu'il conviendrait d'adopter pour y parvenir.

> On peut concevoir que les ouvriers soient liés à l'entreprise par des contrats d'un autre type, par des contrats-loi, c'est-à-dire, par des contrats d'association. L'entreprise devient alors une association d'hommes collaborant par des contributions diverses à une tâche collective, en vue d'un profit commun. […] Il suffit d'y faire pénétrer les ouvriers pour que la démocratie sociale trouve une seconde forme de réalisation. […] Or, aucune difficulté technique ni juridique – en dehors de la résistance des habitudes et du privilège patronal – n'empêche de faire de l'ouvrier au lieu d'un fournisseur de travail – étranger à l'entreprise – un associé

---

[33] R. Capitant, « Fédéralisme et démocratie », *Jus Politicum*, nº 16, juillet 2016, p. 219.

[34] La Cour de cassation a depuis longtemps consacré le lien de subordination comme l'élément essentiel et déterminant de qualification du contrat de travail dans son célèbre arrêt « Bardou » : voir Cass. Soc. 6 juillet 1931 (D. 1931, 1, 131). Alain Supiot rappelle par ailleurs que le droit romain estimait que le travailleur lié à autrui par un contrat devait en réalité être considéré comme son propre esclave (A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, puf, 1994, p. 9).

[35] R. Saleilles, *Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ?*, Paris, Dalloz, 2012 [1903], p. 10. Aussi, sur la perception du caractère antidémocratique du contrat de travail par la doctrine, notamment publiciste voir J. Le Goff, « Juristes de gauche et droit social dans les années 1880–1920 », in C.-M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique*, *op. cit.*, p. 15-29.

[36] Sur l'analyse du contrat de travail par René Capitant, voir R. Capitant, « Principes du droit public (1952–1953) », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 178-186.

> de celle-ci. L'actionnariat ouvrier prévu par une loi en 1917 ébauchait une première solution, qui, il est vrai, ne s'est pas répandue. Mais d'autres modalités de la même idée peuvent être envisagées et ont été proposées. On peut notamment laisser subsister la société de capitaux existante et constituer, en face de celle-ci, une ou plusieurs associations de travailleurs, qui se fédèrent contractuellement, avec la première pour l'exploitation de l'entreprise. Toute solution sera valable, dès lors qu'elle transformera les salariés en associés, titulaires d'une part, représentant leur apport de travail et leur donnant droit à une *participation* correspondante dans le contrôle de la direction et dans la répartition du profit[37].

La participation consiste ici en un processus visant à transformer la condition juridique du salariat. En prenant part aux bénéfices ainsi qu'à la direction des sociétés, les employés ne sont plus dans une situation de subordination à un tiers. Ils deviennent à l'inverse de véritables associés, car, en application du principe d'autonomie, ils participent à la détermination des règles qu'ils doivent respecter. Les travailleurs sont dès lors qualifiés par René Capitant de « *participants*[38] » à l'entreprise et celle-ci, par cet acte de participation, se transforme mécaniquement en une structure démocratique. « Pour être légitime, l'autorité dans l'entreprise doit être exercée dans l'intérêt commun de tous ceux qui y *participent* et en vertu de leur volonté commune[39]. » Ici se manifeste assurément l'influence de Jean-Jacques Rousseau[40]. Le philosophe utilise également le nom de « participant » pour caractériser les individus ayant, dans l'ordre politique, pris part à l'élaboration de la législation. Ainsi, ils ne sont plus de simples « sujets » et deviennent de véritables « citoyens[41] ».

La réforme évoquée ici par René Capitant sera détaillée tout au long des années cinquante et soixante[42]. Elle consiste alors, plus précisément, à attribuer aux salariés un droit de participation aux bénéfices de l'entreprise qui doit prendre la forme d'actions. Il s'agit ensuite de modifier la structure des sociétés anonymes pour séparer les fonctions de direction et de contrôle. Les actions obtenues par les salariés leur permettront subséquemment d'intégrer l'organe de surveillance de l'entreprise, et ainsi, par ce biais, de participer au contrôle de la direction. René Capitant souhaite également associer le comité d'entreprise à la fonction de contrôle des entreprises.

---

[37] *Ibid.*, p. 183.

[38] R. Capitant, « Le changement de régime (1952) », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 334.

[39] *Ibid.*, p. 340.

[40] Sur l'influence de Jean-Jacques Rousseau sur la pensée de René Capitant, voir J.-M. Denquin, « Jean-Jacques Rousseau vu par René Capitant et Georges Burdeau », in C.-M. Herrera (dir.), *Rousseau chez les juristes. Histoire d'une référence philosophico-politique dans la pensée juridique*, Paris, Kimé, 2013, p. 97-111.

[41] J-J. Rousseau, *Du contrat social (1762)*, Paris, Flammarion, 2012, p. 54.

[42] Il s'agit dans ce cadre, principalement d'articles de nature plus « politique » parus dans le journal des gaullistes de gauche *Notre République*. Voir principalement, les articles suivants dans ses *Écrits politiques* (*op. cit.*) : « La condition ouvrière (5 avril 1963) », p. 280-282 ; « Le temps de la réforme sociale », p. 282-285 ; « Le plan Chalandon (24 mai 1963) », p. 287-290 ; « Doctrine sociale (2 août 1963) », p. 290-293 ; « Nouvelles structures démocratiques (23 novembre 1963) », p. 294-296 ; « Coopération dans les entreprises (8 mai 1964) », p. 303-308 ; « La réforme de l'entreprise (21 mai 1965) », p. 309-314 ; « La participation (21 janvier 1966) », p. 325-332.

La doctrine de la participation est donc systématisée et développée par René Capitant, notamment dans ses travaux de recherche des années cinquante. Elle va pénétrer le gaullisme. Pour Michel Debré, la volonté résolue du général de Gaulle de réformer l'entreprise moderne au cours des années soixante s'expliquerait principalement en raison de l'influence manifeste des idées de René Capitant[43]. Également selon Georges Pompidou, Louis Vallon et surtout René Capitant auraient « farci la tête du Général de leurs rêveries[44] ». Ces témoignages de personnalités politiques de premier plan sont importants pour souligner les liens profonds qui unissent la pensée de René Capitant à celle du général de Gaulle.

Il n'est pas surprenant que René Capitant ait activement participé à la tentative de mise en œuvre de la participation dans les années soixante. René Capitant est en effet un « juriste-législateur[45] ». Son engagement politique intervient toujours après un intense processus d'analyse et de théorisation amorcé à l'Université. René Capitant diagnostique d'abord les lacunes d'un régime juridique et imagine ensuite des solutions afin de les corriger. Une fois ce processus accompli, il s'inscrit enfin en politique pour défendre ses pistes de réforme. René Capitant s'est sans cesse employé de la sorte. Le « jeune René Capitant[46] » consacre ses efforts à réformer le régime parlementaire, le second, celui qui intéresse cette contribution, tente de transformer l'entreprise moderne.

Dès lors, il s'agira dans cet article d'étudier l'action du député René Capitant en faveur de l'idée d'une participation des travailleurs aux résultats et aux responsabilités de l'entreprise. Nicole Catala conclut à un échec s'agissant de la volonté de René Capitant de métamorphoser en profondeur la condition salariale[47]. Il appartient à cette contribution de le vérifier en opérant une comparaison entre le résultat des réformes qui émanent pour partie de l'œuvre politique de René Capitant, et les ambitions initiales du juriste formulées dans ses écrits théoriques sur la démocratie sociale. Cet article exposera par ailleurs quelques pistes qui peuvent expliquer les raisons de ce qui apparaîtra comme un revers. René Capitant a-t-il failli dans la détermination précise des modalités de participation des travailleurs à l'entreprise, ou s'est-il heurté à un environnement politique et social hostile à l'association capital-travail[48] ?

---

[43] M. Debré, *Gouverner autrement*, *op. cit.*, Paris, Albin Michel, 1993, p. 199.

[44] Citation prélevée dans L. Lasne, *De Gaulle, une ambition sociale foudroyée*, *op. cit.*, p. 138. Il s'agit d'une déclaration de Georges Pompidou prononcée lors du Conseil des ministres du 12 décembre 1962. Cet épisode est relaté par Alain Peyreffite. Laurent Lasne le commente dans l'ouvrage précédemment cité.

[45] Formule que nous empruntons au Doyen Carbonnier voir A. De Vita, « Entretien avec Jean Carbonnier : passion et légèreté dans le sentiment du droit », in R. Verdier (dir.), *Jean Carbonnier : l'homme et l'œuvre*, Paris, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 647-676.

[46] Pour reprendre la formule d'Olivier Beaud (voir O. Beaud. « La crise de la IIIe République sous le regard du jeune René Capitant », in C.-M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique*, *op. cit.*, p. 146).

[47] N. Catala, « L'apport de René Capitant au droit privé », in *Journées (1990). Apports de René Capitant à la science juridique*, *op. cit.*, p. 97.

[48] Dans son ouvrage, Hélène Truchot consacre de nombreux et intéressants développements aux écrits de René Capitant à propos de la démocratie sociale. Cet ouvrage aborde également l'ambition réformatrice de René Capitant, son apport à la création de la société anonyme à directoire

Si René Capitant ne hiérarchise pas l'importance des deux domaines de la participation, il convient cependant d'aborder en premier son apport à la mise en œuvre de la participation aux bénéfices de l'entreprise (I). Celle-ci, selon son plan, conditionne le succès de la participation aux responsabilités (II).

I. René Capitant et la mise en œuvre de la participation aux résultats de l'entreprise

Pour René Capitant, la participation du travailleur aux profits de l'entreprise doit être distribuée sous la forme d'actions. L'action correspond à un titre de propriété qui confère à celui qui la possède une capacité de participer aux décisions de l'entreprise en intervenant dans le choix de ses principales orientations. Il s'agit donc à la fois de consacrer un droit inédit pour les salariés d'obtenir une part des bénéfices de l'entreprise, et de leur donner ensuite les moyens de participer à ses responsabilités.

Au courant des années soixante, René Capitant soutient la réforme suivante. L'autofinancement doit devenir « la règle des entreprises[49] ». La majeure partie des profits doit alors être ajoutée au capital des sociétés et donner lieu ainsi à la création d'actions nouvelles. René Capitant souligne que celles-ci doivent être « incessibles pendant dix ans[50] ». Les nouvelles actions doivent en second lieu être réparties entre les actionnaires antérieurs et les salariés. Dès lors, le conseil d'administration procèdera à la fois du capital et du travail. René Capitant s'inspire ici du Rapport Massé paru en 1963[51] ainsi que des idées de Marcel Loichot, un polytechnicien proche du général de Gaulle[52] avec qui il est en correspondance[53].

---

et à l'amendement Vallon–Capitant, H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant. Contribution au développement d'une légitimité démocratique*, préf. P. Charlot, Paris, Dalloz, 2020, p. 485-535. Par sa problématique, cet article issu d'un mémoire dirigé par le Professeur Alain Laquièze et soutenu en juin 2018, s'inscrit dans une perspective complémentaire et distincte de l'ouvrage d'Hélène Truchot. Nous invitons par ailleurs le lecteur à lire cet ouvrage pour ses très riches analyses.

[49] R. Capitant, « La participation (21 janvier 1966) », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 325.

[50] *Ibid.*

[51] R. Capitant, « Le rapport Massé (29 mars 1963) », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 285-287. Voir P. Masse, *Rapport sur la situation des salaires du secteur nationalisé, présenté par MM. Pierre Massé, François Bloch-Lainé, Pierre Masselin*, Paris, La documentation française, 1963, 18 p.

[52] Ainsi que le souligne Bruno Lavillatte, Le général de Gaulle et Marcel Loichot correspondent régulièrement. Au courant des années soixante, le Général de Gaulle demande à Marcel Loichot de traduire en termes économiques ses idées sociales. Voir B. Lavillatte, « Un gaullisme intransmissible », *Médium*, vol. 2, nº 7, 2006, p. 103. Voir aussi, Y. Billard, « Les gaullistes de gauche », in J-J. Becker *Histoire des gauches en France*, Paris, La Découverte, 2005, p. 191. Sur les idées de Marcel Loichot, voir M. Lachot, La réforme pancapitaliste, Paris, Robert Laffont, 1966.

[53]Archives Nationales, Fonds René Capitant (1929–2003), 645AP/18, Participation. Ouvrages et opuscules imprimés. L'on retiendra notamment que Marcel Loichot a dédicacé son ouvrage à René Capitant. Il indique dans cette dédicace que René Capitant est un « propagandiste » du « pancapitalisme » et que ce dernier a « le premier, publié une synthèse de l'ouvrage » (*Dédicace de Marcel Loichot à René Capitant, à propos de l'ouvrage « La réforme pancapitaliste »*, 24 mars 1966).

Une fois la V^e République consolidée par la révision constitutionnelle du 6 novembre 1962, le général de Gaulle se consacre davantage à son programme social. Il indique à l'occasion d'une conférence de presse du 29 juillet 1963 vouloir réaliser une série de réformes en faveur de la « coopération du travail, du capital et de la technique à l'intérieur des entreprises[54] ». Dès lors pour René Capitant, le temps est venu d'apporter son aide pour mettre en œuvre la doctrine de la participation[55]. Le député va prendre part de manière active et décisive à l'action parlementaire (A) à l'origine des ordonnances du 17 août 1967 (B).

A. L'action parlementaire de René Capitant et Louis Vallon en faveur de la participation aux bénéfices

Les ordonnances du 17 août 1967 trouvent leur origine dans un amendement à la loi du 12 juillet 1965 (1). Le gouvernement est tenu de soumettre au Parlement un projet de loi visant à consacrer un droit des travailleurs à participer à l'expansion des entreprises. L'hostilité politique et syndicale à cet amendement va largement impacter la rédaction du projet de loi final (2).

1. L'amendement à la loi du 12 juillet 1965

Le contexte économique de l'été 1965 semble propice à René Capitant et aux gaullistes de gauche. L'ouverture récente du pays à la concurrence étrangère a entraîné des difficultés de financement pour les sociétés[56]. L'idée d'un développement de l'actionnariat ouvrier pourrait ainsi apparaître comme une réponse adéquate à cette problématique. Valéry Giscard-d'Estaing, alors ministre des Finances, soumet au Parlement une loi qui vise à modifier l'imposition des sociétés et des revenus de capitaux mobiliers pour favoriser l'investissement et l'épargne[57]. Louis Vallon rédige un amendement à l'article 33 de celle-ci. Il prévoit que « le Gouvernement déposera, avant le 1^er mai 1966, un projet de loi définissant les modalités selon lesquelles seront reconnus et garantis les droits des salariés sur l'accroissement des valeurs d'actif des entreprises dû à l'autofinancement[58] ». Il s'agit en réalité d'une initiative conjointe de René Capitant et de Louis Vallon. Michel Debré le confirme dans ses mémoires[59]. Aussi, un autre indice en témoigne. C'est René Capitant lui-même qui se charge de défendre à la radio cet amendement. À ce titre, il est intéressant de noter que les journalistes lui imputent la parenté de ce projet visant à

---

[54] Ch. De Gaulle, « Conférence de presse, Paris, 29 juillet 1963 », in *De Gaulle au présent*, éd. H. Guaino, Paris, Éditions Cherche Midi, 2015, p. 180.

[55] Sur le commentaire et la réception de cette importante conférence de presse sur René Capitant, voir R. Capitant, « Une doctrine sociale », *Notre République : organe de l'Union démocratique du travail*, vendredi 2 août 1963. *Notre République* avait pour directeur politique, Léo Hamon, Jean Poilvet comme directeur de la publication et Pierre Sandhal comme rédacteur en chef.

[56] Voir à ce sujet le témoignage de de Gaulle dans ses *Mémoires d'espoir. L'effort (1962)* (Paris, Plon, 1971, p. 120-122).

[57] Voir J.-C. Casanova, « L'amendement Vallon », *RFDC*, 17^e année, n^o 1, 1967, p. 7.

[58] *JORF*, Lois et décrets, 13 juillet 1965, p. 6007.

[59] M. Debré, *Trois républiques pour une France*, *op. cit.*, p. 119-121.

consacrer un droit de participation des travailleurs aux profits des entreprises par la généralisation de l'autofinancement[60].

Cet amendement à l'article 33 de la loi du 12 juillet 1965 est accepté par le gouvernement. Le Parlement le vote à une large majorité sans qu'il ne donne lieu à un débat[61]. Bien qu'elle semble *a priori* modeste, la portée de cet amendement s'avère en réalité extrêmement importante. En effet, l'amendement ne précise ni la forme ni le degré de la participation des salariés aux bénéfices dus à l'autofinancement que le gouvernement doit, dans un projet de loi, soumettre au Parlement. Aussi, il laisse en suspens la question de la place que doit prendre l'actionnariat ouvrier dans la réforme du financement des entreprises.

Le fait que René Capitant et Louis Vallon se soient, par la formulation de ce texte, dessaisis de la rédaction finale du futur projet de loi ne doit rien au hasard. La détermination juridique et économique des notions « d'autofinancement » et « d'accroissement des valeurs d'actifs » s'avère particulièrement difficile. René Capitant admet d'ailleurs dans un article du 7 octobre 1966, qu'il comptait initialement sur le Gouvernement pour définir avec plus d'exactitude ces différentes notions[62]. René Capitant a donc pour des raisons techniques, volontairement confié au pouvoir exécutif la mise en œuvre de la réforme qu'il prône depuis de nombreuses années. L'article évoqué laisse en effet transparaître la difficulté de René Capitant à déterminer avec plus d'exactitude les notions « d'autofinancement » et « d'accroissement des valeurs d'actifs ». Assez curieusement, René Capitant assimile l'autofinancement à « l'épargne des entreprises[63] ». Cela signifie-t-il que toute l'épargne des sociétés anonymes doit donner lieu à l'émission de nouvelles actions pour financer leur développement ? D'autre part, il ne caractérise pas ce qu'il entend par « l'accroissement d'actif qui résulte de l'autofinancement ». Par ailleurs, René Capitant n'a jamais précisé dans quelles proportions les travailleurs devaient participer aux bénéfices des entreprises. C'est toute l'ambiguïté du mot de participation qui se joue ici. Participer c'est prendre part, mais dans quelle mesure ? En échouant à imaginer avec exactitude les modalités de la participation des travailleurs aux bénéfices de l'entreprise, René Capitant prend une part de responsabilité dans son échec. Il a assurément sous-estimé le problème de la mise en œuvre de la participation dans ses écrits théoriques. En 1953, il soutenait que son projet n'engendrerait « aucune difficulté technique ni juridique[64] ».

---

[60] Par exemple, dans une interview qu'il accorde à Europe 1, René Capitant défend lui-même l'article 33 de la loi du 27 juillet 1966. Un journaliste l'interroge à ce titre : « on dit que vous avez la caution personnelle du général pour votre projet ? ». Et le député de répondre, « je l'ai depuis 20 ans ». Voir Archives Nationales, Fonds René Capitant (1929–2003), 645AP/11, Préparation de l'amendement Vallon : brochures, correspondance, coupures de presse, notes, rapports (1966–1967), *Texte écrit de l'interview de René Capitant à Europe 1*, 27 juillet 1966.

[61] *JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 13 mai 1965, p. 1295-1296.

[62] R. Capitant, « La portée de l'article 33 (7 octobre 1966) », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 332.

[63] *Ibid.*

[64] R. Capitant, « Principes du droit public (1952–1953) », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 183.

2. L'hostilité politique et sociale

Cependant, la mise en œuvre manquée de la participation aux bénéfices procède également du climat politique et social particulièrement tendu de l'époque[65]. L'amendement en question va en effet, par la suite, provoquer de vifs débats et cristalliser diverses oppositions.

D'abord, la réaction de ceux que Louis Vallon qualifie de « forces d'argent[66] » sera extrêmement violente. Le patronat va manifester son désaccord en publiant une brochure alertant des dangers de l'amendement « Capitant/Vallon[67] ». Les syndicats patronaux agitent « le spectre d'une soviétisation des entreprises[68] ». Raymond Aron écrit dans *Le Figaro* que cet amendement « obsède les chefs d'entreprise et empoisonne le climat des affaires[69] ». Le philosophe y défend également l'idée que la participation des travailleurs aux bénéfices constitue « la mort de l'entreprise privée[70] ». Dans ce contexte troublé, René Capitant reçoit personnellement les lettres de dirigeants de société l'invitant à abandonner son aspiration réformatrice[71]. Assurément, il ne s'attendait pas à une telle réaction. Dans son discours prononcé devant les membres du RPF de 1952, René Capitant faisait part de son optimisme concernant le ralliement des syndicats patronaux à la participation. « Le patronat intelligent ne peut pas manquer à la longue de faire la même constatation et d'être ainsi amené à saisir que son intérêt bien compris est lié à l'association plutôt qu'au maintien d'un capitalisme stérile et ruineux[72] ». René Capitant indique d'ailleurs que l'adhésion du patronat est indispensable au succès de son ambition sociale. De plus, il supposait que le projet « d'association capital-travail » serait encouragé par un vaste mouvement ouvrier, y compris par les syndicats. En réalité,

---

[65] De Gaulle commente ainsi, dans ses mémoires, le climat social des années soixante : « les préventions des patrons et celles des salariés sont figés dans un état d'opposition réciproque, où les premiers pensent pouvoir grâce à leur résistance éprouvée se maintenir [...], et ou les seconds trouvent la justification de leur action exclusivement revendicative » (Ch. De Gaulle, *Mémoires d'espoir. Le renouveau (1958–1962)*, *op. cit.*, p. 124).

[66] L. Vallon, *L'anti de Gaulle*, Paris, Seuil, 1969, p. 13

[67] J.-C. Casanova. « L'amendement Vallon », art. cité, p. 103.

[68] M. Despax, « La participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises en France : (ordonnance du 17 août 1967 et Décret du 19 décembre 1967) », *Les cahiers de droit*, vol. 9, n° 3, septembre 1968, p. 375.

[69] R. Aron, « Remarques sur les ordonnances », *Le Figaro*, 14 septembre 1967 (R. Aron, « Remarques sur les ordonnances (*Le Figaro*, 14 septembre 1967) », in R. Aron, *Articles 1944–1977*, Paris, Éditions de Fallois, 2016. Nous informons le lecteur que ce recueil d'articles est, en raison de sa taille, uniquement disponible au format numérique. Néanmoins, le lecteur pourra aisément retrouver l'article en question – moins de 5 pages – par sa date, dans le glossaire du recueil).

[70] *Ibid.*

[71] Par exemple, dans une lettre personnelle envoyée à René Capitant, Jean Chaffot (entrepreneur), fait savoir à quel point un tel projet pourrait « spolier » les chefs d'entreprise. En raison des risques pris de manière unilatérale par ces derniers, il serait injuste ajoute-t-il, que les salariés puissent recevoir dans d'importantes proportions les résultats de l'expansion de l'entreprise. Voir Archives Nationales, Fonds René Capitant (1929–2003), 645AP/15, Participation et intéressement dans l'entreprise. Participation. Dossiers thématiques et projets divers : brochures, correspondance, coupures de presse, rapports. Lettre de Jean Chaffot à René Capitant, 13 avril 1966.

[72] R. Capitant, « Le changement de régime (1952), *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 343.

son initiative parlementaire ne sera pas soutenue par les groupements de travailleurs. Par ailleurs, en 1966, le journal *L'Humanité* entre en campagne contre l'amendement Capitant/Vallon[73].

L'opposition est aussi politique. Michel Debré qui succède à Valery Giscard d'Estaing au poste de ministre de l'Économie et des Finances se montre particulièrement hostile au projet. Il précise qu'il ne s'agit pas d'un rejet total de la doctrine de la participation. Michel Debré craint plutôt la radicalité que celle-ci pourrait revêtir si jamais elle devait être mise en œuvre directement par René Capitant et Louis Vallon[74]. L'amendement à l'article 33 de la loi du 12 juillet 1965 lui semble alors dangereux. Il viserait en réalité à « exclure les chefs d'entreprise et les actionnaires de leur propriété[75] ». Michel Debré prend dès lors l'initiative de créer une commission chargée d'étudier pour le compte du gouvernement le bien-fondé de l'amendement « Capitant-Vallon[76] ». L'ambition affichée est de freiner le projet et de démontrer qu'il est irréalisable et nocif pour l'économie. Michel Debré place Raymond Mathey, conseiller-maître à la Cour des comptes à sa tête. Georges Pompidou, qui ne cache pas son hostilité aux idées sociales de René Capitant[77], jouera un rôle important dans la sélection des autres membres de cette commission. Selon Louis Vallon, Georges Pompidou s'arrange pour nommer en son sein des personnalités proches des milieux d'affaires[78]. Sur le conseil de la commission Mathey, le gouvernement indique que toute réforme visant à permettre aux travailleurs de participer aux bénéfices réalisés par l'autofinancement des sociétés devra respecter une série de principes particulièrement restrictifs[79]. Le projet se retrouve par conséquent bloqué. Le gouvernement et la commission font savoir que l'article 33 de la loi du 12 juillet 1965 n'est pas conforme à ces objectifs[80]. Il ne pourra donc pas donner lieu à un projet de loi à la date convenue. Par ailleurs, ce projet de partici-

---

[73] J. KAHN, « Non, M. Vallon n'est pas Karl Marx », *L'Humanité*, 16 avril 1966.

[74] M. DEBRÉ, *Trois républiques pour une France*, *op. cit.*, p. 119-121.

[75] *Ibid.*, p. 119.

[76] *Ibid.* Voir aussi, J.-C. CASANOVA. « L'amendement Vallon », art. cité, p. 104.

[77] Voir à ce propos, le témoignage d'Alain Peyrefitte. Le 20 août 1963, George Pompidou confie à Alain Peyreffite les mots suivants au sujet du projet de la participation des travailleurs aux résultats de l'entreprise : « il est même dangereux : que se passera-t-il si pour supprimer l'inflation, on bloque les salaires ? C'est du Capitant ! […] Les salaires différés, les comptes d'épargne, l'emprunt forcé, c'est bon pour Moscou ! Ça suppose un régime totalitaire, ou ça y conduit ! » (A. PEYREFITTE, *C'était de Gaulle*, *op. cit.*, p. 404).

[78] L. VALLON, *L'anti de Gaulle*, *op. cit.*, p. 21.

[79] « 1° Ne pas remettre en cause les modalités de gestion des entreprises. 2° Ne pas s'effectuer aux frais du budget de l'État ; 3° Faire en sorte de ne pas affecter les capacités de financement de l'ensemble des agents économiques pour ne pas réduire le niveau des investissements ; 4° Considérer que le fait générateur des droits accordés aux salariés ne peut être que l'accroissement d'actifs dus à l'autofinancement ; 5° Laisser les fonds créateurs de droits pour les salariés à la disposition des entreprises pour leurs investissements ; 6° Ces fonds pourraient être, au moins en partie, gérés par une instance extérieure à l'entreprise » (J.-C. CASANOVA, « *L'amendement Vallon* », art. cité, p. 105).

[80] *Ibid.*

pation des travailleurs aux bénéfices, par son inexorable technicité, risque de déconcerter fortement à la fois les parlementaires et les chefs d'entreprise[81]. Cet épisode souligne que la division des cadres gaullistes s'agissant de la participation a joué historiquement un grand rôle dans l'échec de son application.

B. Le résultat jugé décevant des ordonnances du 17 août 1967

Cependant, René Capitant et Louis Vallon peuvent compter sur un soutien de taille : celui du général de Gaulle. Lequel, rappelle Alain Peyreffite « a toujours tout cédé aux gaullistes de gauche[82] ». À l'occasion de sa conférence de presse du 28 octobre 1966, le général de Gaulle indique que la réforme prévue par l'article 33 de la loi du 12 juillet 1965 sera bel et bien mise en œuvre par le gouvernement[83]. Aussi, il écrit le 13 mai 1967 une lettre à Georges Pompidou pour influencer la rédaction du futur projet de loi. Le président demande à son Premier ministre d'aller « le plus loin possible[84] » dans la reconnaissance d'un droit des travailleurs à participer aux bénéfices des entreprises.

Selon Jean-Claude Casanova, le soutien du président de l'automne 1966 est le résultat d'une intense campagne de promotion de René Capitant et de Louis Vallon au profit de leurs idées. Les recherches d'Hélène Truchot l'ont confirmé[85]. Les deux députés ont envoyé au président une note de synthèse l'invitant à prendre position en faveur de leur amendement. Dès lors, dans un article du 14 avril 1967, René Capitant revendique être à l'origine de l'action politique et parlementaire qui conduira aux futures ordonnances d'août 1967[86].

Toutefois, c'est Édouard Balladur, membre du cabinet de Georges Pompidou qui sera chargé de la rédaction de ces textes. René Capitant et Louis Vallon ne semblent pas avoir été consultés[87]. René Capitant a simplement soutenu en tant que député[88] la proposition du gouvernement de recourir aux ordonnances pour consacrer un

---

[81] *Ibid.*

[82] A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, *op. cit.*, p. 403.

[83] Ch. De Gaulle, *Discours et messages*, t. 5, *Vers le terme : janvier 1966–avril 1969*, Paris, Plon, 1970, p. 97.

[84] Dans une lettre à Georges Pompidou datant du 13 mai 1967, soit, deux mois avant la rédaction de l'ordonnance du 17 août 1967, à propos de l'intéressement, de Gaulle écrit à Georges Pompidou : « Le projet, qui m'a été montré hier, de ce que vous aviez l'intention de déclarer au Parlement ne va pas assez loin, à beaucoup près » (Ch. de Gaulle, « Lettre à Georges Pompidou (13 mai 1967) », in *De Gaulle au présent*, *op. cit.*, p. 188).

[85] H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 518.

[86] R. Capitant, « Le gaullisme de gauche », *Notre République*, 14 avril 1967.

[87] Édouard Balladur raconte qu'il a rédigé cette ordonnance lorsqu'il travaillait au cabinet de Georges Pompidou. Il ne fait nulle mention d'une participation quelconque de René Capitant et Louis Vallon à la rédaction du projet de loi (É. Balladur, « Élaboration de l'ordonnance du 17 août 1967 sur la participation aux fruits de l'expansion dans l'entreprise », *Cahiers de la Fondation Charles De Gaulle*, nº 5, *La participation dans l'entreprise*, 1998, p. 11-16).

[88] *JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 20 mai 1967, p. 1116. Nous renvoyons sur le très court débat parlementaire et l'intervention de René Capitant aux développements d'Hélène Truchot : H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 519.

« droit à la participation des travailleurs aux fruits de l'expansion des entreprises[89] ».

L'ordonnance principale qui en découle, adoptée le 17 août 1967, a un caractère énigmatique[90]. Son préambule tient à l'inscrire dans la perspective des grandes conquêtes sociales issues de la Libération, car, pour la première fois est reconnu un droit inédit conféré aux salariés de participer aux résultats des entreprises[91]. Pourtant, l'analyse juridique de ce texte conduit à relativiser sa véritable portée, notamment si on la compare aux ambitions de René Capitant telles qu'elles furent formulées dans ses écrits théoriques.

D'abord, le régime de participation des travailleurs aux fruits de l'expansion des entreprises institué par l'ordonnance ne concerne de manière obligatoire que les sociétés de plus de cent salariés[92]. Pour les autres, la réforme ne prévoit qu'un système facultatif d'incitations fiscales par des plans d'épargne dont l'application se retrouve donc laissée à la discrétion du chef d'entreprise[93]. Or en 1967, les sociétés qui comptent plus de cent salariés sont très peu nombreuses[94]. René Capitant souhaite par conséquent réviser l'ordonnance. Le droit de participation aux bénéfices qui est ici accordé « laisse de côté la majorité des travailleurs[95] ».

Aussi, l'ordonnance n'impose pas aux patrons de redistribuer la participation des salariés à l'expansion de l'entreprise sous la forme d'actions[96]. Cette possibilité n'est reconnue qu'à titre facultatif[97] ce qui soulage considérablement les opposants de la participation[98]. René Capitant avait pourtant sans cesse réaffirmé la nécessité

---

[89] Loi nº 67-482 du 22 juin 1967 autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution à prendre des mesures d'ordre économique et social par ordonnances jusqu'au 31 octobre 1967 (*JORF*, Lois et décrets, 23 juin 1967, p. 6211).

[90] Voir Ordonnance nº 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises (*JORF*, Lois et décrets, 18 août 1967, p. 8288).

[91] *Ibid.* Dès lors, le préambule souligne que l'ordonnance d'août 1967 va bien au-delà de l'ordonnance du 7 janvier 1959 (Ordonnance nº 59-126 du 7 janvier 1959, Association ou intéressement des travailleurs à l'entreprise, *JORF*, Lois et décrets, 9 janvier 1959, p. 641). Dans l'ordonnance de 1959, la participation en question pouvait prendre la forme de primes ou d'actions. Elle était cependant facultative. Elle donnait lieu en contrepartie, pour le chef d'entreprise qui décidait de l'appliquer à des exonérations fiscales.

[92] Art. 1er.

[93] Ce système est institué par les ordonnances nº 67-694 (*JORF*, Lois et décrets, 18 août 1967, p. 8290) et nº 67-695 du 17 août 1967 (*JORF*, Lois et décrets, 18 août 1967, p. 8291).

[94] Selon les statistiques de l'INSEE, ¼ seulement des entreprises comptent plus de 100 salariés. Voir M. DESPAX, « La participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises en France (Ordonnance du 17 août 1967 et Décret du 19 décembre 1967) », art. cité, p. 386.

[95] R. CAPITANT, « Triple participation (12 janvier 1968) », in *Écrits Politiques*, *op. cit.*, p. 335.

[96] Article 4 de l'ordonnance nº 67-693 du 17 août 1967.

[97] Voir l'article 4 de l'ordonnance. Deux autres formes de redistribution peuvent être choisies après concertation entre le chef d'entreprise et les représentants des travailleurs. D'abord, cette participation peut prendre la forme de « droits de créances » sur les investissements réalisés par l'entreprise. Par ailleurs, cette participation peut également prendre la forme de sommes investies pour le compte des salariés sur des « placements étrangers à l'entreprise ». Ces sommes peuvent aussi être directement distribuées sur des « comptes ouverts par les intéressés ».

[98] De cette manière, Raymond Aron écrit, « telle qu'elle a été finalement rédigée cette ordonnance ne comporte pas de danger pour l'économie dans l'immédiat ».

que le projet de loi qui émane de son amendement conduise à l'attribution gratuite d'actions pour les travailleurs[99]. Il évoque alors une « substitution[100] » des modalités initiales de participation aux bénéfices.

Également, soucieux d'apporter des garanties au patronat, le gouvernement a accordé de nombreuses exonérations fiscales aux entreprises concernées par la participation aux bénéfices[101]. Cette exonération contrebalance la totalité des sommes que les sociétés doivent redistribuer aux salariés au titre leur participation aux profits réalisés. Par ailleurs, les sommes en question sont modestes. Elles correspondent environ à 5 % des bénéfices opérés durant une année[102]. Dès lors comme le note Michel Despax, les fondements de la doctrine de la participation s'en trouvent complètement bouleversées[103]. En effet, ce n'est plus l'entreprise elle-même qui partage, au nom d'une meilleure répartition des richesses, ses bénéfices avec les travailleurs. C'est alors à la Nation tout entière, par ses contribuables, de compenser les nouvelles obligations qui pèsent sur les entreprises concernées par la participation des travailleurs aux profits. Pour ces raisons, l'ordonnance du 17 août 1967 sera particulièrement dénoncée par l'opposition, notamment par le parti communiste[104]. Étonnamment sur ce point, René Capitant ne relève pas la contradiction qui existe entre l'ordonnance en question et l'idée de participation telle qu'il la défend s'agissant du partage des bénéfices.

Enfin, l'ordonnance prévoit que les sommes allouées à la participation des travailleurs aux bénéfices sont calculées et réparties uniquement en proportion de leur salaire[105]. La solution retenue en définitive revient donc, en quelque sorte, à déterminer la participation d'un salarié aux bénéfices de l'entreprise en fonction du seul coût qu'il représente pour cette dernière. Là encore, le texte s'éloigne considérablement des souhaits initiaux de René Capitant. Celui-ci a toujours estimé que la part que prend l'ouvrier dans les résultats de l'entreprise ne pouvait correspondre à son salaire[106]. Pour autant René Capitant n'aura jamais dans ses écrits déterminé de

---

[99] Voir par exemple, R. Capitant, « La participation (21 janvier 1966) », in *Écrits Politiques*, *op. cit.*, p. 325-332. Ce texte est rédigé entre l'été 1965 et 1967. Il vise donc à influer sur la rédaction du futur projet de loi.

[100] R. Capitant, « Triple participation », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 327.

[101] Il s'agit du deuxième article de l'ordonnance nº 67-693 du 17 août 1967.

[102] *Ibid.* La formule pour calculer les droits des salariés sur les bénéfices réalisés est particulièrement technique.

[103] M. Despax, « La participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises en France (Ordonnance du 17 août 1967 et Décret du 19 décembre 1967) », art. cité, p. 387.

[104] L'on retiendra notamment l'ouvrage de Jacques Kahn, journaliste à *L'Humanité* et membre du Parti communiste. Celui-ci est très critique envers la participation. Il accuse cette doctrine d'être un prétexte pour accorder des exonérations fiscales aux chefs d'entreprise (J. Kahn, *La participation, ce que de Gaulle cache*, Paris, Éditions Sociales, 1969). L'auteur assimile la participation, parce qu'elle vise à réconcilier le capital et le travail aux doctrines économiques de Pétain et de Mussolini (p. 57-60). Cette comparaison n'a bien entendu aucun fondement. Elle est pourtant relativement fréquente, ainsi que le souligne Alain Supiot : « Tout projet visant à organiser une certaine collaboration entre employeurs et employés expose ses auteurs au risque d'être perçu comme les petits-enfants du maréchal Pétain » (A. Supiot, « Actualité de Durkheim. Note sur le néo-corporatisme en France », *Droit et Société*, 1987, nº 6, p. 177).

[105] Article 3 de l'ordonnance nº 67-693 du 17 août 1967.

[106] René Capitant reprenant la théorie de la valeur de Marx, écrit au sujet du salaire : « Sans doute l'ouvrier perçoit-il un salaire et l'on raisonne parfois comme si ce salaire représentait sa

critères permettant de calculer précisément l'apport effectif du facteur travail sur les bénéfices réalisés[107].

Pour toutes ces raisons, l'ordonnance du 17 août 1967 va largement décevoir René Capitant. Il suggère en conséquence de la réviser entièrement, ne pouvant s'accommoder d'un résultat si limité[108]. Pour lui, c'est à Georges Pompidou qu'il faut en attribuer la faiblesse. En 1969, pour justifier son opposition à la candidature de ce dernier à l'élection présidentielle, René Capitant, devant de jeunes sympathisants gaullistes, accuse l'ancien Premier ministre « d'avoir éliminé la participation des salariés aux résultats, au capital et aux responsabilités de l'entreprise[109] ».

II. René Capitant et la mise en œuvre de la participation aux responsabilités de l'entreprise

L'entreprise coopérative représente pour René Capitant la forme idéale de société permettant de faire pleinement participer les travailleurs à ses bénéfices et à ses responsabilités[110]. Il s'intéresse d'ailleurs de très près au socialisme yougoslave. Il correspond avec quelques-uns de ces dirigeants[111] et vante ses « mérites démocratiques » au sein du journal *Notre République*[112].

Cependant, pragmatique, René Capitant est bien conscient que le type coopératif ne peut s'appliquer qu'à de petites structures. Ce modèle ne peut être universel.

---

part dans la production de l'entreprise. Mais cela ne correspond nullement à la réalité juridique de l'ordre capitaliste. Le salaire est le prix du travail, le loyer de la force de la capacité que l'ouvrier a donnés à bail […]. Si le salaire est actuellement la contrepartie d'une aliénation, c'est de l'aliénation de sa personne et non de l'objet qu'il produit » (R. Capitant, « Le changement de régime, rapport présenté aux Assises Nationales du RPF (1952) », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 341).

[107] René Capitant se contente en effet d'écrire que « le contrat d'association a justement pour but de déterminer concrètement, pour chaque entreprise, quelle est cette quote-part de co-propriété attribuée au travail sur la production et, finalement – puisque cette production est destinée à la vente – sur le profit. Elle doit varier pour chaque ouvrier, pour chaque équipe, suivant des critères objectifs, tenant compte de l'efficacité de chacun des facteurs en cause et de leur contribution réelle à la production » (*ibid.* p. 342). Le contrat d'association est un terme utilisé à cette époque par le juriste pour renvoyer à une forme de contractuelle inédite qui réalise la participation des travailleurs à l'entreprise.

[108] R. Capitant, « Triple participation (12 janvier 1968) », in *Écrits Politiques*, *op. cit.*, p. 335.

[109] Il s'agit d'un tract diffusé par « L'union des jeunes pour le progrès – mouvement des jeunes gaullistes » qui cite directement des propos et déclarations de René Capitant tenus devant eux. Ce tract est retranscrit en annexe dans l'ouvrage d'Alain Kerhervé : A. Kerhervé, *Une révolution en héritage*, *op. cit.*, p. 329.

[110] Voir R. Capitant, « La coopération dans les entreprises », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 303.

[111] Marcel Waline dans sa préface aux *Écrits constitutionnels* raconte qu'une délégation de dignitaires yougoslaves a notamment rencontré René Capitant dans les années 1950 (p. 13). Une lettre, non signée, envoyée de Bucarest le 3 juillet 1968, nous informe que René Capitant est en correspondance avec des intellectuels roumains. Voir : Archives Nationales, Fonds René Capitant (1929–2003), 645AP/1, Correspondance diverse (1966–1968). Lettre du 3 juillet 1968, non signée, Bucarest.

[112] Voir, par exemple, R. Capitant, « L'évolution du socialisme roumain », *Notre République*, 12 avril 1968 ; R. Capitant, « Une participation collective (Décembre 1969) », in *Écrits Politiques*, *op. cit.*, p. 340.

Dès lors, pour réformer l'entreprise moderne, René Capitant compte plutôt sur une généralisation et une transformation de la société anonyme[113]. Ce choix ne doit pas étonner. Au sein d'une société anonyme note René Capitant, « les actionnaires ne sont pas propriétaires des biens de production collective. Ils ne sont pas davantage propriétaires de l'entreprise. Bien qu'ils élisent la direction, celle-ci n'est pas leur mandataire, mais l'organe de la personne morale[114] ». Par sa nature la société anonyme lui semble donc permettre de déconcentrer et de désincarner le pouvoir à l'œuvre dans l'entreprise en lui conférant un caractère plus collectif. De ce fait, « la société par actions change tout[115] ». Elle présente un aspect plus institutionnel et offre la possibilité de séparer en son sein la fonction de contrôle de celle de direction. René Capitant souhaite ensuite intégrer les ouvriers à la fonction de contrôle de l'entreprise[116]. Il n'est d'ailleurs pas le seul à penser que la société anonyme puisse être l'outil d'une profonde rénovation sociale. Jean Jaurès par exemple a également soutenu cette idée[117].

René Capitant va durant l'été 1965 tenter d'initier une profonde réforme de l'entreprise dans le but de faire participer les travailleurs à son contrôle (A). L'opposition parlementaire va considérablement freiner ses ambitions. S'il réussit en compagnie de son collègue François Le Douarec à introduire en droit français une nouvelle forme d'entreprise, la société anonyme à directoire, René Capitant ne parvient pas à généraliser la cogestion (B).

A. Une tentative de mise en œuvre par la création d'une nouvelle forme de société anonyme

L'action parlementaire de René Capitant en faveur de la participation des travailleurs aux responsabilités de l'entreprise intervient au cours de l'été 1965. L'Assemblée nationale discute d'un projet de loi du Gouvernement visant à réviser considérablement le droit des sociétés[118]. Le mardi 8 juin 1965, René Capitant et François Le Douarec déposent une série d'amendements destinés à consacrer une forme inédite de société[119]. Celle-ci doit constituer la pierre angulaire d'un projet plus large de réforme de l'entreprise[120]. L'idée de créer au sein du droit français un nou-

---

[113] René Capitant souligne dès 1953 que la société anonyme pourra permettre une profonde réforme de l'entreprise, voir R. CAPITANT, « Principes du droit public (1953) », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 183.

[114] R. CAPITANT, « La coopération dans les entreprises », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 308.

[115] René Capitant cite ici le Doyen Ripert (*ibid.*).

[116] Différents textes des années soixante développent cette idée, voir *ibid* ; R. CAPITANT, « La réforme de l'entreprise (21 mai 1965) », in Écrits *politiques*, *op. cit.*, p. 309-312 ; R. CAPITANT, « Triple participation (12 janvier 1968) », in Écrits *politiques*, *op. cit.*, p. 335-337.

[117] J. JAURÈS, *Études socialistes. Quatrième cahier de la troisième série*, 1er juillet 1901, Paris, s.éd., 1901, p. 257.

[118] Ce débat va déboucher sur la loi nº 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (*JORF*, Lois et décrets, 26 juillet 1966, p. 257).

[119] Le projet présenté comporte en tout 28 amendements, voir *JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 8 juin 1965, p. 1866-1872.

[120] Dans son discours de présentation, René Capitant déclare « On peut penser – et si nous avions été entièrement libres dans nos propositions, peut-être nous serions-nous engagés dans cette voie – qu'une telle réforme devrait être réalisée par voie impérative, de telle sorte que

veau type de société n'était pas initialement prévue dans le projet de loi de l'exécutif[121]. Il s'agit donc d'une initiative personnelle des deux députés. René Capitant se chargera seul de défendre dans l'hémicycle le bien-fondé de ce projet.

Le premier objectif soutenu est d'introduire une structure dans laquelle les fonctions de direction et de contrôle sont distinguées et séparées. Cette idée d'une séparation effective des pouvoirs dans l'entreprise émerge dans les cours du professeur René Capitant sur la démocratie sociale[122]. Il insiste sur le fait que celle-ci est un préalable indispensable à toute tentative de démocratisation de l'entreprise. Elle permet de répartir de manière plus égalitaire les obligations et responsabilités en son sein, en évitant que celles-ci se concentrent entre les mains d'une personne ou d'un organe unique. La première prise de parole de René Capitant devant l'Assemblée vise alors à dénoncer la confusion des pouvoirs qui règnent au sein des sociétés anonymes traditionnelles[123]. Il souligne en ce sens que le président-directeur général est seul à la tête d'un organe, le conseil d'administration, chargé de sa nomination de son contrôle et de sa potentielle révocation.

Aussi, René Capitant veut par cette réforme prendre part à l'uniformisation du droit européen en matière de droit des sociétés. L'objectif est de rapprocher le droit français du droit allemand dans lequel l'idée de cogestion commence à émerger[124]. René Capitant s'intéresse de très près à la progression du paritarisme outre-Rhin[125].

En conséquence, René Capitant témoigne à l'Assemblée de son souhait de faire participer le comité d'entreprise à la fonction de contrôle de cette nouvelle forme de société.

> Le comité d'entreprise n'est pas fait pour diriger l'entreprise, ni même pour partager cette direction. Mais on peut concevoir qu'il contrôle la direction au nom du travail, comme le conseil de surveillance le fera au nom du capital. Progressivement, il sera possible de donner au personnel des droits juridiquement égaux à ceux des actionnaires[126].

---

toutes les sociétés anonymes répondent désormais à ce type d'organisation » (*JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 8 juin 1965, p. 1866).

[121] Sur ce point, voir les explications de Paul le Cannu : P. Le Cannu, *La société anonyme à directoire*, préf. J. Derrupé, Paris, LGDJ, 1979, p. 23.

[122] R. Capitant, « Les principes de la démocratie (1953) », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 180-182. Pour René Capitant le fait que, le patron possède un « pouvoir législatif, disciplinaire et de direction » donne à l'entreprise un caractère « féodal, en contradiction évidente avec l'esprit de la démocratie » (p. 180).

[123] *JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 8 juin 1965, p. 1865.

[124] *Ibid.*, p. 1866. Sur la progression du principe de cogestion et de paritarisme en Allemagne au courant des années soixante, voir F. Gamillscheg, « La cogestion des travailleurs en droit allemand, bilan à la lumière du jugement du Tribunal constitutionnel fédéral du 1er mars 1979 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 32, no 1, janvier–mars 1980, p. 61.

[125] Les archives personnelles de René Capitant l'attestent. L'on y retrouve par exemple une copie de la déclaration de la Confédération des syndicats allemands du 8 octobre 1965 (Archives Nationales, Fonds René Capitant (1929–2003), 645AP/14, Réalités de la participation à l'étranger, principalement en Allemagne et en Italie : brochures, bulletins, correspondance, coupures de presse, journaux, livres, rapports (1960-1969). Extraits d'une déclaration de la Confédération des syndicats allemands du 8 octobre 1965.

[126] *JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 8 juin 1965, p. 1866.

Pour autant, malgré l'ambition affichée, le député reste muet s'agissant de la question des pouvoirs qu'il souhaite conférer au comité d'entreprise au sein de sa réforme. Pour connaître la volonté de René Capitant en la matière, il faut se référer à un article qu'il a écrit quelques mois auparavant[127]. Deux organes doivent alors assurer la mission de contrôle. Le premier est composé par les actionnaires de l'entreprise et donc, dans la logique du plan de René Capitant, par une partie des salariés ayant obtenu des actions par leur participation aux bénéfices. L'autre organe doit être formé par les délégués du comité d'entreprise. Il représente à ce titre l'ensemble des travailleurs. À propos, il convient de rappeler que c'est René Capitant lui-même, à la Libération, qui a suggéré au général de Gaulle de créer des comités de salariés au sein des entreprises[128]. Cette idée d'une division en deux organes de la fonction de contrôle doit alors permettre de matérialiser le concept de « l'association capital-travail ». En effet, pour éviter les blocages, les actionnaires et les travailleurs sont dans le système promu par René Capitant mécaniquement poussés à collaborer[129]. Ainsi que le souligne Hélène Truchot, la réforme prônée par René Capitant s'inspire très largement du fonctionnement du régime parlementaire. « L'organe directeur et décisionnel de l'entreprise s'apparente à un gouvernement chargé de conduire la politique de l'entreprise, sous le contrôle de deux assemblées[130]. » En prenant part au contrôle de l'organe directeur, les travailleurs peuvent de cette façon participer indirectement à la direction et à la gestion de l'entreprise.

B. L'échec final de la participation aux responsabilités de l'entreprise

René Capitant ne parviendra pas à consacrer et à généraliser la cogestion au sein de l'entreprise (2). Cet échec découle de l'hostilité du Parlement à l'égard de la doctrine de la participation (1).

1. Maladresse politique et hostilité parlementaire

Les objectifs prévus par les amendements « Capitant–Le Douarec », dans leur grande majorité, vont « s'enliser dans les sables parlementaires[131] ». Pour Paul Le Cannu, cela trouve d'abord son origine dans « l'excessive timidité[132] » et « l'autocensure[133] » de leurs auteurs. « Proposant peu ils ont obtenu moins encore, tout en donnant l'impression qu'ils allaient bouleverser les assises du capitalisme[134] ». L'exemple évoqué précédemment de la place du comité d'entreprise au

---

[127] R. Capitant, « La réforme de l'entreprise (21 mai 1965) », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 313.

[128] Ainsi que le rappelle le général de Gaulle lui-même dans une conférence de presse de 1968 : « En ce qui concerne les rapports entre la direction et le personnel, l'ordonnance de 1945 – c'est M. Capitant qui me l'avait proposé à l'époque – a créé les comités d'entreprise » (*De Gaulle au présent*, *op. cit*, p. 186).

[129] Paul Le Cannu souligne que la société anonyme à directoire repose dans ses fondements et ses mécanismes sur l'idée de collégialité et de collaboration (P. Le Cannu, *La société anonyme à directoire*, *op. cit.*, p. 36).

[130] H. Truchot, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, *op. cit.*, p. 527.

[131] P. Le Cannu, *La société anonyme à directoire*, *op. cit.*, p. 151.

[132] *Ibid.*

[133] *Ibid.*

[134] *Ibid.*

sein de la société anonyme à directoire est à ce titre frappant. À ce sujet, si le discours de René Capitant à l'Assemblée est particulièrement ambitieux au point d'effrayer de nombreux parlementaires, le projet effectivement soumis au vote du Parlement est en réalité très modeste. En effet, les amendements ne retiennent pas la forme dualiste de la société anonyme. Il est prévu que le conseil de surveillance exerce seul la fonction de contrôle[135]. De plus, ils proposent seulement la possibilité que les sociétés anonymes adoptent, si elles le désirent, la forme à directoire[136]. S'agissant du comité d'entreprise, les amendements prévoient simplement l'éventualité que celui-ci puisse, avec le conseil de surveillance, former périodiquement « des commissions paritaires mixtes pour examiner toutes les questions relatives à la marche de l'entreprise et tenir des réunions communes[137] ». Sur ce point, ces prérogatives restreintes accordées au comité d'entreprise trouvent peut-être également leur origine dans l'optimisme de René Capitant concernant la future mise en œuvre de la participation aux bénéfices. En juin 1965, le député compte probablement sur son succès pour permettre aux salariés d'intégrer la fonction de contrôle de l'entreprise en guise d'actionnaires. Dès lors, l'hypothèse d'une participation additionnelle des travailleurs au contrôle de l'entreprise par l'intermédiaire du comité d'entreprise revêt sans aucun doute moins d'importance aux yeux du député. Quoi qu'il en soit, le décalage entre le discours prononcé et le projet effectivement soumis au vote va avoir de profondes répercussions. Il va assurément semer le doute au sein du Parlement, quant à la nature et à la portée du projet présenté par René Capitant et François Le Douarec.

Pour autant, il serait largement excessif d'attribuer cet enlisement uniquement à la prudence de René Capitant et François Le Douarec, voire, à une certaine forme de maladresse politique de leur part. Les deux députés vont surtout se heurter à l'hostilité du Parlement à l'égard de l'idée de participation. Celle-ci se manifeste l'année suivante lors de la seconde lecture du texte à l'Assemblée et au Sénat. La chambre haute envisage d'ailleurs dans un premier temps la suppression de l'ensemble des amendements déposés[138]. Dans son discours, Étienne Dailly soutient que les amendements ne trouvent leur cohérence que dans un programme plus vaste de réforme de l'entreprise propre au gaullisme social[139]. Ils ne sont alors que la première étape d'un plan qui vise en réalité à généraliser petit à petit la société anonyme à directoire, pour ensuite limiter le pouvoir des actionnaires au profit des salariés en leur sein. Pour illustrer son propos, le sénateur cite directement les mots prononcés par René Capitant à l'Assemblée un an plus tôt, lorsque celui-ci annonçait vouloir étendre progressivement les prérogatives du conseil d'entreprise[140]. Il évoque également la volonté affichée par René Capitant, dans ses écrits et autres paroles politiques, de promouvoir l'actionnariat ouvrier. Ces arguments seront repris par l'Assemblée. Le député Henri Colette déclare par exemple que « l'insertion du comité d'entreprise telle qu'elle est prévue est à proscrire. Son maintien aurait

---

[135] *JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 8 juin 1965, p. 1869.

[136] *Ibid.*, p. 1867.

[137] *Ibid.*, p. 1869.

[138] *JORF*, Débats, Sénat, 14 avril 1966, p. 123. Voir aussi, P. Le Cannu, *La société anonyme à directoire*, *op. cit.*, p. 24.

[139] *JORF*, Débats, Sénat, 14 avril 1966, p. 123.

[140] *Ibid.*

d'ailleurs pour effet de rendre suspect ce nouveau type de société[141] ». Dès lors, c'est plus largement les ambitions mêmes du projet gaulliste de participation des travailleurs à l'entreprise qui sont ici récusées.

La réaction contre l'idée d'une participation des travailleurs au contrôle de la société, y compris par la modalité restreinte de commissions paritaires mixtes entre le comité d'entreprise et le conseil de surveillance, n'est pas seulement de nature conservatrice et libérale. Elle concerne également le courant socialiste. André Méric profite du débat pour fustiger l'esprit de la doctrine de la participation dont procèdent les amendements proposés par René Capitant et François Le Douarec.

> Arrêtons là toutes ces contradictions toutes ces hypothèses, toutes ces intentions, tous ces propos inutiles. Toutes ces recherches pour éviter de modifier la structure de l'entreprise, mais pour donner l'illusion aux travailleurs qu'ils participeraient à la gestion de la firme, prouvent que l'association capital-travail reste une contradiction dans un régime économique au sein duquel la propriété est sacrée[142].

Cette prise de parole d'un cadre politique important du socialisme, vice-président du Sénat, présente un grand intérêt. Elle souligne que la vigueur de l'idéologie de la lutte des classes a joué historiquement un rôle considérable dans l'échec de la mise en œuvre de la participation.

2. La généralisation manquée de la cogestion

Malgré l'hostilité parlementaire, René Capitant et François Le Douarec parviendront tout de même à introduire en droit français un nouveau type de société anonyme qui sépare de manière effective les fonctions de contrôle et de direction[143]. La société anonyme à directoire est consacrée par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales[144]. La doctrine saluera d'ailleurs l'efficacité de la solution proposée qui met fin à la confusion des pouvoirs observée au sein des sociétés anonymes traditionnelles[145]. Pour autant, la création de la société anonyme à directoire n'a pu être réalisée qu'au prix de considérables renoncements.

Premièrement, toutes les modalités spécifiques qui auraient pu permettre aux salariés de participer à son contrôle et donc à la gestion de l'entreprise ont été rejetées et supprimées par les parlementaires. Non seulement la société anonyme à directoire ne recouvre pas une forme dualiste afin de faire du comité d'entreprise

---

[141] *JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 10 juin 1906, p. 1941. Henri Molette de la même manière qu'Étienne Dailly soutient que les amendements de René Capitant et François Le Douarec s'inscrivent dans une perspective bien plus large et ambitieuse visant à accorder plus de poids aux travailleurs dans la gestion de l'entreprise.

[142] *JORF*, Débats, Sénat, 22 avril 1966, p. 259.

[143] Voir les articles 124 et 128 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. Ils définissent chacun les pouvoirs distincts du directoire puis du conseil de surveillance (*JORF*, 26 juillet 1966, p. 6411).

[144] *Ibid.*

[145] Jean Derrupé souligne par exemple, dans sa préface à l'ouvrage de Paul Le Cannu que « la structure nouvelle est pourtant rationnellement beaucoup plus séduisante que l'ancienne » (P. Le Cannu, *La société anonyme à directoire*, *op. cit.*, p. 17). Voir aussi, N. Catala, « L'apport de René Capitant au droit privé », *Journées (1990). Apports de René Capitant à la science juridique*, *op. cit.*, p. 93.

un de ses organes de contrôle, mais aussi, la simple possibilité d'établir des commissions mixtes paritaires entre le conseil de surveillance et le comité d'entreprise fut définitivement exclue. En conséquence, Étienne Dailly salue l'efficacité du jeu parlementaire qui a réussi à donner un « habit à la française[146] » à la société anonyme à directoire. Il s'agit là d'un témoignage important. Le sénateur souligne ici la crainte éprouvée par la majorité des parlementaires de voir la France suivre le même chemin que l'Allemagne[147].

Celle-ci a parfaitement exploité les perspectives participatives offertes par la séparation au sein de *l'Aktiengesselschaft*[148] des fonctions de contrôle et de direction. La pratique de la cogestion commence à s'y développer[149]. Les salariés intègrent progressivement les organes de contrôle et de direction des sociétés anonymes allemandes.

Aussi, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ne prévoit la possibilité que les sociétés anonymes puissent adopter la forme à directoire qu'à titre facultatif, ce qui rassura considérablement le Parlement[150]. Louis Vallon avait d'ailleurs soumis au Gouvernement l'idée d'accorder des bénéfices fiscaux aux sociétés anonymes choisissant la forme à directoire dans son rapport à la loi de finances de 1965[151]. Cette proposition ne fut pas acceptée.

Il serait proprement injustifié d'imputer directement à René Capitant l'échec de la mise en œuvre d'une participation des travailleurs au contrôle de l'entreprise. L'exemple allemand en la matière le souligne rétrospectivement. La consécration législative de la cogestion en Allemagne en 1976 est le fruit d'un vaste mouvement syndical. Lequel, au courant des années soixante, a fait de cette question de la participation des travailleurs au contrôle de l'entreprise une de ses principales revendications[152]. Cet élan a ensuite entraîné l'union du SPD et de la CDU au sujet de la place des salariés au sein des entreprises. À l'inverse, René Capitant et plus largement les gaullistes sociaux, n'ont pu bénéficier du soutien des syndicats ou de la formation d'une sensibilité politique transpartisane favorable à la participation.

*
**

146 *JORF*, Débats, Sénat, 14 avril 1966, p. 123.

147 *Ibid.* Nous faisons référence à l'Allemagne de l'Ouest.

148 Il s'agit de la forme de société anonyme la plus courante en Allemagne.

149 Sur l'émergence de la cogestion en Allemagne voir F. GAMILLSCHEG, « La cogestion des travailleurs en droit allemand, bilan à la lumière du jugement du Tribunal constitutionnel fédéral du 1er mars 1979 », art. cité, p. 376. L'idée de cogestion ne sera véritablement consacrée qu'en 1976, mais l'auteur souligne que dès les années cinquante, le paritarisme s'instaure progressivement notamment dans les sociétés industrielles. Voir aussi, P. LE CANNU, *La société anonyme à directoire*, *op. cit.*, p. 165.

150 Il s'agit de l'article 118 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (*JORF*, 26 juillet 1966, p. 6410).

151 *JORF*, Débats, Assemblée Nationale, 7 octobre 1965, p. 3357. Voir à ce sujet P. LE CANNU, *La société anonyme à directoire*, *op. cit.*, p. 25.

152 F. GAMILLSCHEG, « La cogestion des travailleurs en droit allemand, bilan à la lumière du jugement du Tribunal constitutionnel fédéral du 1er mars 1979 », *op. cit.*, p. 60.

René Capitant a joué un rôle important et méconnu dans l'histoire politique et sociale des années soixante. Sa tentative de mise en œuvre de la doctrine du gaullisme, la participation, a cependant échoué. Cette défaite doit-elle lui être imputée ? René Capitant a indubitablement rencontré des difficultés à définir précisément par quelles modalités les travailleurs devaient, selon son plan, participer aux bénéfices et aux responsabilités de l'entreprise. Pour autant, il s'est surtout heurté à une opposition politique et sociale particulièrement hostile. La division des gaullistes au sujet de la participation a joué un grand rôle dans son échec. Le climat social également. René Capitant était parfaitement conscient des limites du politique dans un tel contexte. En 1952, il déclarait devant les militants du RPF :

> Les privilèges n'ont jamais été abolis que par la révolte de leurs victimes. La victime du capitalisme, c'est la classe des salariés [...]. Il faut donc que les salariés s'affranchissent eux-mêmes du contrat de travail. Ni la démocratie politique, ni la démocratie sociale ne seront octroyées. Et si elles devaient l'être, elles seraient condamnées dès leur naissance. Le rôle du RPF apparait alors clairement : il est d'organiser cette double conquête, ouvrière et populaire ; de grouper et d'entrainer la classe ouvrière sur la voie qui doit la conduire du salariat à l'association ; et simultanément de faire naitre et éclore en chaque électeur la conscience et la revendication de leur pleine citoyenneté[153].

Clément Gaubard

Clément Gaubard est doctorant contractuel à l'Université de Paris. Il rédige une thèse sous la direction du Professeur Alain Laquièze qui s'intitule « La représentation des intérêts socioprofessionnels en droit constitutionnel ».

[153] R. CAPITANT, « Le changement de régime. Rapport présenté aux Assises Nationales du RPF à Paris les 9-10-11 novembre 1952 », in *Écrits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 347.

Varia

Camille Aynès

Le vote du « fou »

Citoyenneté et capacité à la lumière de la réforme du 23 mars 2019

À la veille du second tour des élections municipales de 2020, la presse s'est faite l'écho d'une cinquantaine de procurations de vote qui auraient été établies à l'insu de leurs supposés mandants, tous résidents d'un EHPAD de la ville de Marseille et souffrant pour beaucoup d'entre eux d'une maladie dégénérative[1]. Au-delà de la question de l'existence d'une véritable fraude, de nombreux Français ont appris, étonnés, que des personnes dont les facultés cognitives sont fortement altérées peuvent voter.

Tout au long de l'histoire du suffrage, la figure du « fou[2] » a exprimé, avec l'enfant, « ce qui apparaissait comme la *limite radicale* de l'extension des droits politiques[3] ». La doctrine constitutionnaliste tant classique que contemporaine n'a jamais véritablement remis en cause cette exclusion. Pour Duguit, elle relèverait de l'« évidence ». Selon lui, la question de savoir si le principe de souveraineté nationale implique pour tous les membres de la Nation le droit de faire partie du corps des citoyens ne s'applique pas, « *bien entendu*, [aux] individus incapables ou indignes[4] ». Pour Jean-Marie Denquin également, cette « idée [qui] prévaut depuis longtemps qu'un individu auquel on a retiré le droit de gérer ses propres affaires ne saurait conserver celui de participer à la gestion des affaires publiques, n'appelle pas de critique particulière[5] ». Parce qu'elle n'appelle pas de critique particulière, tout comme la radiation des listes électorales des criminels « ne dérange guère[6] », la notion de « capacité électorale » est demeurée une question sous-théorisée. On

[1] Sur cette affaire, que l'on nous permette de renvoyer à notre billet « Le vote des résidents d'un EHPAD manipulé lors du premier tour des élections municipales ? Retour sur la question de l'accès aux urnes des personnes dont les facultés intellectuelles sont altérées », *Blog Jus Politicum*, 26 juin 2020.

[2] Voir N. ROBATEL (dir.), *Le citoyen fou*, Paris, PUF, 1991.

[3] P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, p. 416 (nous soulignons).

[4] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. 2, Paris, Fontemoing, 1928, p. 579 (nous soulignons).

[5] J.-M. DENQUIN, *Les droits politiques. Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 134. Quelques pages sont consacrées aux majeurs sous tutelle dans J.-L. HÉRIN, « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, vol. 120, no 1, 2007, p. 98-100 et dans P. ARDANT, « Les exclus », *Pouvoirs*, no 7, 1978, p. 53-56.

[6] O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 5e éd., Paris, Le Seuil, 2020, p. 597.

peut à cet égard appliquer aux « incapables[7] » la remarque faite par Gérard Soulier à propos des condamnés :

> Les traités et manuels de droit constitutionnel évoquent, en général, le problème de la capacité électorale comme une question purement technique, un aménagement du suffrage universel qui va de soi dans la mesure où le suffrage universel ne signifie pas que tout le monde ait le droit de vote[8].

Qu'aussi la privation des droits politiques « est généralement donnée comme une simple information, sans étayage théorique[9] ».

À la suite du Royaume-Uni, des Pays-Bas, de la Suède, de l'Italie, de l'Autriche ou encore de l'Espagne et de l'Allemagne, la loi française n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018–2022 et de réforme de la justice[10] a balayé cette évidence partagée. Comme s'y était engagé le Président de la République devant le Parlement réuni en Congrès le 9 juillet 2018[11], le législateur a octroyé le droit de vote à tous les majeurs sous tutelle, c'est-à-dire aux personnes qui, en raison d'une altération de leurs facultés mentales ou corporelles « de nature à empêcher l'expression de [leur] volonté » (C. civ., art. 425), sont placées sous la mesure de protection juridique la plus forte qui soit[12]. L'article L. 5 du Code électoral, qui permettait au juge de supprimer le droit de vote de ces derniers à l'occasion de l'ouverture ou du renouvellement d'une mesure de tutelle, est abrogé. Si les majeurs protégés restent privés des droits politiques et civiques que sont l'éligibilité[13] et le droit d'être juré[14], tous peuvent désormais voter[15]. Cette évolution, qui n'était

---

[7] Le terme d'« incapable » a été supprimé par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

[8] G. Soulier, « Citoyenneté et condamnation pénale : l'incapacité électorale », in D. Colas, C. Emeri et J. Zylberberg (dir.), *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 343.

[9] *Ibid.*

[10] *JORF* n° 0071, texte n° 2.

[11] Débats parlementaires, Congrès du Parlement, séance du 9 juillet 2018, *JORF* p. 9.

[12] Les autres majeurs protégés (sous curatelle ou sous mesure de sauvegarde de justice) ont toujours conservé leur droit de vote.

[13] C. élect., art. L. 200 et L. 230 (qui ne concernent que les majeurs sous tutelle et sous curatelle). Pour Jean-Pierre Camby, cette question mériterait d'être précisée (J.-P. Camby, « Les majeurs en tutelle peuvent-ils voter ? », *LPA*, 2020, p. 4).

[14] C. proc. pen., art. 256, al. 8.

[15] Concernant le droit d'égal accès à la fonction publique, la mise sous mesure de protection n'a jamais en elle-même constitué une cause d'empêchement ou de radiation de la fonction publique. C'est la perte du droit de vote résultant de la mise sous tutelle qui entraînait le cas échéant l'interdiction d'occuper un emploi public. Les articles 5-2° et 24 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut des fonctionnaires disposent en effet que nul ne peut avoir ou conservé la qualité de fonctionnaires s'il ne jouit de ses droits civiques. Par un arrêt du 22 février 2002 (CE, 22 février 2002, n° 219.259, *Mutualité de Meurthe et Moselle*, Lebon p. 56), le Conseil d'État a établi que ces articles ne s'appliquent qu'à la privation des droits civiques intervenue en raison d'une condamnation pénale. D'après l'esprit de la loi de 1983, il est clair que « le législateur n'a entendu proscrire l'occupation d'un emploi public qu'à raison du déficit de moralité » de l'individu (concl. S. Austry, *BJCL* 2002, p. 38).

pas prévue dans le projet de texte initial, a été adoptée en dernière lecture par l'Assemblée après deux votes de rejet du Sénat. Ce rejet s'explique moins toutefois par une opposition de principe à la citoyenneté des personnes vulnérables que par les discussions beaucoup plus approfondies au Parlement qu'une modification du code électoral portant « sur un enjeu fondamental[16] » aurait nécessité. Nombre de sénateurs regrettent que le gouvernement ait proposé un « amendement un peu "fourre-tout"[17] », autorisant dans un même texte les personnes sous tutelle à voter, mais aussi à se marier, à se pacser ou à accepter le divorce sans autorisation préalable du juge.

L'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral, qui peut à première vue apparaître comme une réforme marginale au regard du nombre de personnes actuellement concernées[18], soulève des questions majeures. Cet argument du nombre, tout d'abord, doit être nuancé. Les mesures de protection prononcées ont fortement augmenté ces dernières années. Le vieillissement s'associe à une augmentation prévisible de la prévalence des maladies dégénératives avec, en France, un nombre de majeurs protégés en 2040 estimé à deux millions[19]. Le vote des personnes sous tutelle pourrait donc à l'avenir avoir une incidence sur l'issue de certaines élections, d'autant plus que l'on sait que la participation aux scrutins électoraux est la plus forte dans la tranche d'âge des plus de 60 ans. On ajoutera, ensuite, qu'une réforme ne s'évalue pas seulement à l'aune de ses conséquences, mais aussi à la lumière de ses principes et des difficultés de sens qu'elle peut poser. On entend mettre en évidence à cet égard que l'octroi du droit de vote à tous les majeurs sous tutelle ne « rétablit [pas] la citoyenneté dans ses principes fondamentaux[20] » – la citoyenneté étant comprise dans notre article comme l'appartenance à une communauté politique, qui confère le droit de participer à l'exercice du pouvoir et se concrétise par la jouissance des droits civiques et politiques. La réforme implique, au contraire, de la repenser.

Nous démontrerons que plus qu'une simple évolution, l'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral s'apparente à une petite révolution. Elle modifie en profondeur les conditions d'accès à la citoyenneté moderne, que le Constituant subordonne depuis la Révolution française à une exigence de moralité et à une exigence de capacité. On fait l'hypothèse qu'en généralisant le droit de suffrage à tous les majeurs sous tutelle indépendamment du degré d'altération de leurs facultés cognitives, le législateur a non seulement délié la citoyenneté de la *capacité juridique*, c'est-à-dire de « l'aptitude juridique à l'exercice d'une fonction ou d'un droit »,

---

[16] Débats parlementaires, Sénat, séance du 9 octobre 2018, *JORF*, p. 13508.

[17] *Ibid.*

[18] En 2019, le nombre de majeurs protégés s'élève à 730 000 personnes, un peu plus de la moitié étant sous tutelle (Sénat, Rapport général nº 140 sur le projet de loi de finances 2020, 21 novembre 2019, t. III, p. 41).

[19] Étude ANCREAI 2015. Voir aussi A. BOSQUET *et al.*, « Le vote des sujets ayant des altérations des fonctions cognitives : aspects législatifs et éthiques », *Psychologie & NeuroPsychiatrie du Vieillissement*, vol. 8, nº 1, 2010, p. 34.

[20] CNCDH, *Avis sur le droit de vote des personnes handicapées. Citoyenneté et handicap : « le droit de vote est un droit, pas un privilège »*, 26 janvier 2017, p. 6.

mais aussi de la *capacité réelle* ou *naturelle*[21], c'est-à-dire de l'« aptitude intellectuelle ou mentale à exercer ses fonctions et ses droits[22] ». À la différence de ce que l'on a observé pour les femmes, pour les domestiques ou encore pour les indigents, l'extension du droit de vote à tous les majeurs protégés ne résulte pas de l'abandon de l'idée qu'ils ne disposeraient pas d'une volonté libre et indépendante telle qu'elle est nécessaire à l'exercice du droit de cité. En d'autres termes, la réforme ne naît pas d'un élargissement, aux personnes sous tutelle, de la présomption de capacité. Elle témoigne d'un renoncement à cette condition, *quel que soit le contenu que l'on donne à la notion.*

Cet abandon est corrélatif d'une évolution de la nature même de la citoyenneté. L'étude des fondements de la réforme révèle que l'on est passé d'une citoyenneté pensée comme une fonction publique de participation à la vie de la cité à une citoyenneté qui renvoie à un individu titulaire de droits fondamentaux et revendiquant son inclusion au sein de la société. En vertu de cette conception, la citoyenneté ne peut plus être conçue avec des exclus. Si ce changement était déjà en cours, l'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral en accuse les traits. Le citoyen tend à se confondre avec l'homme, l'appartenance au corps politique avec l'appartenance à la société.

C'est ce que l'on développera en deux temps. Après avoir donné une mise en perspective de la réforme qui permet de la situer dans le temps long de l'histoire et de la théorie du suffrage (I), on s'attachera à expliquer sa genèse et à exposer les difficultés qu'elle peut soulever (II).

I. La déliaison du droit de vote de toute condition de capacite : une évolution des conditions d'accès à la citoyenneté

Pendant deux siècles, la jouissance et l'exercice du droit de vote sont subordonnés à la *capacité civile* : la mise sous tutelle des personnes qui, en raison de l'altération de leurs facultés intellectuelles, ne sont pas en mesure de pourvoir à leurs intérêts patrimoniaux, entraîne systématiquement la perte des droits politiques. L'incapacité civile résultant de la mise sous mesure de protection judiciaire conduit *ipso facto* à la perte de la capacité électorale (A). Fort du constat que la gestion du patrimoine peut difficilement être assimilée à l'acte de voter, qu'il est possible que des personnes incapables de gérer leurs biens soient suffisamment lucides pour faire un choix politique, le législateur, à partir de 2005, décide de tenir compte de la *capacité réelle* des majeurs sous tutelle en matière électorale.

En octroyant le droit de vote à l'ensemble de ces derniers, la loi du 23 mars 2019 s'inscrit tout à la fois dans la continuité et en rupture par rapport à cette évolution : si elle parachève le mouvement de généralisation du suffrage initié en 2005, elle

---

[21] Nous employons le terme de « capacité naturelle » pour désigner les aptitudes personnelles (voir F. Betaillole-Gonthier, *La capacité naturelle*, th. dactyl., Bordeaux IV, 1999). Notre usage de la notion ne recouvre donc pas exactement celui qu'en fait la doctrine civiliste. Pour celle-ci, la capacité naturelle désigne dorénavant essentiellement la parcelle de capacité redonnée au majeur protégé lorsque l'acte en cause est trop personnel pour être accompli par une autre personne. La capacité naturelle dans ce sens renvoie à l'idée qu'il y a un minimum de droits liés à la personnalité dont l'individu ne peut être privé.

[22] Sur cette double signification de la notion de capacité, voir É. Maulin, « Compétence, capacité, pouvoir », in *La compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Paris, Litec LexisNexis, 2008, p. 33.

prend à revers la tradition consistant à lier l'exercice du suffrage à la capacité. En élargissant l'électorat à tous, sans évaluation individuelle du médecin et du juge, elle dissocie la participation au vote de *toute* condition de ce type (B).

A. La subordination de la capacité électorale à la capacité civile au détriment de la capacité réelle

Avant 2005, le législateur ne tient pas compte du fait que certains incapables ne sont pas « fous ». Inversement, il ne considère pas qu'il existe de nombreux « fous » qui, ne faisant l'objet d'aucune mesure de protection judiciaire, conservent leur droit de vote. Ce n'est qu'*indirectement* que le droit électoral français prend en considération l'altération des facultés mentales et/ou physiques de la personne, qui l'empêche d'exprimer sa volonté (1). Pour des raisons historiques et théoriques tenant notamment à la conception de la citoyenneté issue de la Révolution, la jouissance et l'exercice des droits politiques dérivent pendant deux siècles de la capacité juridique – et exclusivement d'elle (2). Cette conception trouve sa traduction dans l'article 3 al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui lie l'électorat à la « jouissance des droits civils[23] ».

1. Un droit à l'électorat non directement corrélé aux facultés cognitives des personnes

La France, dès la Révolution[24], exclut de la citoyenneté moderne ceux que le code civil de 1804 qualifiera de majeurs en état « d'imbécilité, de démence ou de fureur ». Pour être plus précis, les Constitutions et les lois électorales qui se succèdent à partir de 1849 privent de leurs droits politiques ceux d'entre eux qui sont placés en état d'*interdiction judiciaire*[25]. Depuis le décret du 28 octobre 1964[26], cette disposition est inscrite à l'article L. 5 du code électoral.

L'interdiction judiciaire est une mesure prise par le tribunal judiciaire à raison de l'état mental de la personne. À défaut de définition légale, et en l'absence de certificat médical obligatoire jusqu'en 1968, il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement les manifestations caractéristiques de l'« imbécilité », de la « démence » et de la « fureur[27] » (C. civ. 1804, art. 489). Dans ces trois hypothèses, il y a privation de la faculté de comparer et de juger. Du défaut de cette faculté dérive

---

[23] L'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose dans son alinéa 4 que « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ».

[24] La Constitution de l'an III est la première à indiquer que l'« exercice des droits de citoyen est suspendu par l'interdiction judiciaire pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité » (art. 13). Pour une étude approfondie du traitement de la folie dans les différentes Constitutions révolutionnaires, voir J. BART, « Le vote du fou », in N. ROBATEL (dir.), *Le citoyen fou*, *op. cit.*, en part. p. 30-35.

[25] Les faibles d'esprit et les prodigues ne sont pas interdits. Ils sont assistés d'un conseil judiciaire, mesure plus légère qui, à l'instar de la curatelle instaurée en 1968, ne prive pas la personne de son droit de vote.

[26] Décret n° 64-1086 du 27 octobre 1964 portant révision du code électoral, *JORF*, p. 9596.

[27] Cette terminologie du Code napoléon est abandonnée par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968. « L'imbécilité, la démence ou la fureur » sont remplacées par une explication médicale et sociale : l'altération des facultés mentales causée par la « maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge ».

l'impuissance d'administrer, d'agir, d'exprimer une volonté éclairée sur les choses qui intéressent les personnes concernées. D'où la nécessité de remettre à un tuteur la gestion de leurs biens et de leur personne. C'est ce à quoi pourvoit l'interdiction. L'interdiction, d'une part, prive l'individu de l'administration de son patrimoine et même quelquefois de sa personne : elle le rend *incapable* juridiquement. Les actes passés par l'interdit après l'ouverture de la mesure sont par conséquent nuls de droit (art. 502). Elle entraîne d'autre part la désignation d'un tuteur nommé pour le représenter dans ses actes. L'interdit est ainsi réduit à l'état de mineur. C'est du reste ce que signale en 1804 l'article 509 du Code civil selon lequel « les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ».

Plus que la personne, ce sont les intérêts patrimoniaux de la famille du dément que l'interdiction judiciaire, jusqu'en 1968, vise à protéger[28]. Barthélémy et Duez relèvent dans leur *Traité de droit constitutionnel* que « la demande d'interdiction est, en fait, une procédure à l'usage des riches, maniée par des héritiers qui veulent protéger contre les extravagances de leur parent frappé d'aliénation mentale, un patrimoine qu'ils sont appelés à recueillir par succession[29] ». Si la grande réforme du droit des incapacités du 3 janvier 1968[30] déplace le centre de gravité de la protection sur la personne elle-même, la mesure intéresse toujours le domaine des relations privées. On comprend dès lors que l'interdiction, comme la tutelle aujourd'hui, ne puisse être mise en œuvre qu'à la demande de la famille ou de l'entourage proche de l'insensé : « on a pensé que la famille devait rester l'arbitre du sort de celui dont l'état n'intéressait, strictement parlant, que la famille[31] », déclare le conseiller d'État Emmery en présentant en 1803 l'article 490 du Code Napoléon. Le ministère public ne peut intervenir qu'en cas de trouble à l'ordre public ou quand la famille est inexistante[32]. Si l'on met à part ces interventions exceptionnelles du parquet, la constatation de l'incapacité et ses conséquences sur le plan juridique, y compris dans le domaine du droit public, appartiennent donc à la sphère du privé : « c'est seulement par ricochet que cette restriction de la capacité civile rejaillit sur l'exercice des droits attachés à la citoyenneté[33] ».

Dès lors qu'ils ne troublent pas l'ordre public et que « [leurs] familles, [parfois] jalouses de cacher avec soin les infirmités de ce genre[34] », n'ont pas demandé l'ouverture d'une mesure de protection dont elles redoutent la publicité, les « fous » conservent leur capacité. Ils peuvent ce faisant voter. C'est notamment le cas des « aliénés », c'est-à-dire de ces personnes enfermées à des fins thérapeutiques dans

---

[28] Les débats sur les travaux préparatoires du Code civil au Conseil d'État et au Tribunat montrent bien que ce sont les préoccupations d'ordre patrimonial qui l'emportent. Sur l'évolution des différents projets de code civil quant à l'interdiction judiciaire, voir J. Bart, « Le vote du fou », art. cité, p. 35 *sqq.*

[29] J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 318.

[30] Loi nº 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, *JORF*, p. 114.

[31] Commentaire du Code civil des Français, séance du 19 mars 1803, in *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaires et complément des Codes français,* par M. le Baron Locré [désormais « *Locré* »], Treuttel et Würtz, t. VII, 1827, p. 352.

[32] Aujourd'hui encore, sont susceptibles de solliciter l'ouverture d'une mesure de protection le majeur lui-même, ses proches, et le ministère public.

[33] J. Bart, « Le vote du fou », art. cité, p. 29.

[34] 26 mars 1803, *Locré*, p. 368.

des structures asilaires. Auparavant abandonnés dans des centres de détention, dans des couvents et autres structures inadaptées, sans aucune surveillance de la part de l'autorité publique [35], ces malades bénéficient depuis la loi nº 7443 du 30 juin 1838 d'un statut propre, distinct de l'interdiction. Le rapport présenté à la Chambre des Pairs par M. le marquis de Barthélemy[36] précise au demeurant que si l'on fait une loi spéciale sur le régime des aliénés, c'est notamment pour éviter l'interdiction, qui risquerait d'aggraver leur santé mentale[37]. « Loi d'assistance », la loi de 1838 pourvoit simplement l'aliéné d'un administrateur provisoire[38]. Ces aliénés *non interdits* – l'immense majorité – ne sont pas privés à proprement parler de leur droit de vote. Le décret organique du 21 février 1852 dispose qu'il est simplement « suspendu » pendant la durée de leur enfermement. Ils en retrouveront même le plein exercice bien avant que la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux n'abroge et ne remplace la grande loi de 1838[39].

Pendant longtemps, les « imbéciles », « déments » et « furieux » privés du droit de vote restent donc peu nombreux. Quelques centaines à la fin du XIXe siècle, ils sont 5700 en 1989. La même année, 222 533 personnes sont déchues de leur capacité électorale du fait d'une condamnation pénale : « 39 fois plus de crapules que de déments[40] ». Et comme l'a spécifié la jurisprudence[41], les commissions municipales ou les juges de paix ne peuvent suppléer la loi en retranchant un électeur de la liste à laquelle il appartient, sous le prétexte qu'il serait insensé. Trois hommes « atteints d'idiotisme et incapables de discernement » ont ainsi pu, grâce à la Cour de cassation, être inscrits parmi les électeurs, attendu « que la faiblesse d'esprit, lorsqu'elle n'a pas motivé l'interdiction, n'est pas une cause d'incapacité électorale[42] ». Pour

---

[35] Dans l'ancien droit français, le traitement des aliénés est à peu près complètement négligé. L'intérêt du fou, interné la plupart du temps par lettre de cachet, n'y est traité que d'une manière incidente. Grâce à l'initiative de Pinel, grand précurseur avec Esquirol de la psychiatrie (de l'« aliénisme »), l'aliénation mentale est désormais perçue comme une maladie que la société doit prendre en charge. Voir P. GARNIER, *Internement des aliénés (thérapeutique et législation)*, Nancy, Impr. A. Crépin-Leblond, 1896.

[36] Chambre des Pairs, Rapport de M. le marquis de Barthélemy, au nom de la commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi sur les aliénés, *Procès-verbal des séances de la Chambre des Pairs*, 1837, p. 3162.

[37] Sur les risques et les inconvénients résultant de la mesure de l'interdiction, voir C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. 8. *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 2, Paris, A. Durand, Hachette, 1874, p. 522-523.

[38] Demolombe parle à propos de ces malades de « demi-incapacité » : voir C. DEMOLOMBE, *op. cit.,* p. 536. Là où « l'interdit est un mineur en tutelle, l'aliéné pourvu d'un administrateur provisoire est un mineur émancipé » (H. LEGRAND DU SAULLE, *Étude médico-légale sur l'interdiction des aliénés et sur le conseil judiciaire ; suivie de Recherches sur la situation juridique des fous et des incapables à l'époque romaine*, Paris, A. Delaye & Lecrosnier, 1881, p. 372).

[39] Loi nº 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation », *JORF*, nº 150 du 30 juin 1990. Voir É. PÉCHILLON et S. RENARD, « Le droit de vote des personnes hospitalisées en psychiatrie », *Santé mentale*, nº 216, 2017, p. 12.

[40] O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 5e éd., Paris, Le Seuil, 2020, p. 597.

[41] Cass., 26 avril 1870, *Ferroni*, *D.* 1972, I, 29.

[42] Cass., 8 avril 1910, *S.* 1911, I, 63.

la même raison, le Conseil d'État a refusé d'annuler l'élection comme conseiller municipal d'un indigent « atteint de crétinisme et d'imbécillité[43] ». Pas plus qu'ils ne peuvent être radiés des listes électorales ou empêchés de voter le jour des élections, les fous non interdits ne peuvent voir leur vote ou leur élection être annulé pour cause de démence, par différence avec les actes juridiques qu'ils passeraient[44].

La « capacité électorale » ne coïncide donc pas avec la « capacité naturelle [qui] résulte de la nature[45] » et « est liée à la raison du sujet[46] ». La France se distingue sous ce rapport de ces États[47] qui radient des listes électorales les personnes hospitalisées dans des services psychiatriques ou présentant des troubles mentaux, indépendamment de leur capacité juridique. Contrairement à ces pays, le droit électoral français n'a pas une acception *clinique*, mais *juridique* de l'aliénation mentale : « les données cliniques sont en quelque sorte absorbées et effacées par le critère juridique de la capacité civile : l'inégalité politique est déplacée et refoulée dans la sphère des droits civils[48] ».

2. Un droit à l'électorat dérivé de la capacité juridique des personnes : l'autonomie de la volonté, notion commune au droit civil et à la citoyenneté

Cette dérivation du droit de vote de la capacité civile puise ses racines en France dans la conception de la citoyenneté issue de la Révolution. Ainsi que Kant l'a parfaitement noté, la citoyenneté moderne est indissociable de l'autonomie, laquelle

> consiste à ne devoir son existence et sa conservation qu'à ses propres droits et à ses propres forces comme membre de la république et non à l'arbitre d'un autre dans le peuple[49].

Selon le philosophe de Königsberg, la

> « qualification [de citoyen] présuppose l'autonomie au sein du peuple de quelqu'un qui n'est pas seulement une partie de la collectivité, mais également

---

[43] CE, 9 déc. 1971, *Él. de Mazères*, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 1871, t. 41, p. 271 : « considérant qu'il n'est point contesté que le sieur Bertrand Villeneuve jouisse de ses droits civils et politiques […], il n'y a pas lieu de rechercher quel peut être l'état intellectuel dudit sieur Villeneuve ».

[44] Un majeur même non interdit ne peut faire un acte juridique valable lorsqu'il est sous l'empire d'un « trouble mental » : cette inaptitude résulte d'un principe général des actes juridiques relevant du droit commun que la loi de 1968 sur les incapacités a explicitement rappelé : « pour faire un acte juridique, il faut être sain d'esprit » (C. civ., art. 489, al. 1er).

[45] P. Malaurie, « Capacité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, puf, 2003, p. 161.

[46] G. Raoul-Cormeil, « La protection des malades mentaux par le droit civil », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, no 12, 2014, p. 70.

[47] Pour une approche comparée de ces mesures dans diverses législations étrangères, voir A. Amiable, *De la capacité électorale en France et des restrictions nouvelles à y apporter : avec un aperçu des législations étrangères*, thèse de doctorat, Université de Paris, Impr. Recueil Sirey, 1911. Cette approche clinique est celle qu'ont retenue, entre autres, un certain nombre d'États fédérés aux États-Unis. Voir R. Plotkin, « Too Crazy to Vote. Disenfranchisement of the Mentally Handicaped Citizen », *Mental Health Law Project Newsletter*, vol. 2, no 3, 1976, p. 11.

[48] P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 416.

[49] E. Kant, *Métaphysique des mœurs. 1re partie : Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 196.

> un membre de celle-ci agissant à partir de sa propre *Willkür*, de son propre libre choix volontaire en communauté avec d'autres[50].

Loin de ne rendre compte que de la radiation des listes électorales des « incapables » au sens strict, cette vue qui lie la citoyenneté à la notion d'autonomie est historiquement à l'origine de nombre des restrictions au droit de vote qui ont presque toujours été liées (hypothèse de l'indignité mise à part) à l'idée « qu'il devait être réservé aux seules personnes jugées compétentes pour décider du bien commun[51] » : « les exclusions qui jalonnent l'itinéraire du suffrage et dont la plupart a aujourd'hui disparu, répondent à plusieurs motifs, les deux premiers se recoupant partiellement : l'absence d'autonomie, l'absence de discernement[52] ». Ainsi, ce n'est pas le degré des richesses ou des revenus, mais la dépendance économique qui est à l'origine, pour Kant, de la distinction entre citoyens actifs et passifs[53]. Plus encore que les citoyens passifs, les principaux « êtres aliénés[54] » pour ce dernier sont les domestiques, toute personne attachée au service personnel et individuel étant supposée redoubler le droit de suffrage de son maître[55]. La reconnaissance tardive des droits politiques des femmes mariées et des indigents[56] qui dépendent respectivement de leur mari et des secours publics participe de la même logique.

Cette notion d'autonomie explique que l'on ait pu appréhender le citoyen en partie à partir du droit civil[57]. On sait en effet que la doctrine juridique, à la même époque, élabore de façon conjointe les concepts de capacité juridique et d'autonomie de la volonté. L'exercice des droits civils – la capacité – peut alors être envisagé

---

[50] *Ibid.*

[51] M. Eudes, « Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote ? Étude des frontières du corps électoral », *RTDH*, n° 67, 2006, p. 579.

[52] J.-Y. Vincent, « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », in G. Koubi (dir.), *De la citoyenneté*, Litec, Lexis Nexis, 1995, p. 106.

[53] Les textes de référence sur cette question sont la seconde partie de *Théorie et Pratique*, trad. L. Guillermit, Paris, Vrin, 1977 [1793], p. 9-59 et le paragraphe 46 de la *Doctrine du Droit*. Voir C. Colliot-Thélène, « Le citoyen et l'étranger », in O. Beaud, F. Saint-Bonnet (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2021, p. 65 *sqq.*

[54] O. Le Cour Grandmaison, *Les citoyennetés en révolution, 1789-1794*, Paris, puf, 1992, p. 56.

[55] Barère affirme en octobre 1789 à l'Assemblée que « l'état de serviteur à gages comprend […] la classe des individus qui doivent être exclus de la représentation politique, parce que les serviteurs à gages n'ont pas une volonté propre, libre et indépendante, telle qu'elle est nécessaire pour l'exercice du droit de cité » : *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 (1re série de 1787 à 1799)*, tome IX, p. 590. Sur le sujet, voir également R. Sarti, « Débats parlementaires sur la domesticité pendant la Révolution française », *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines*, vol. 131, no 1, 2020, p. 39-52.

[56] Sous la Troisième République encore, la loi municipale du 5 avril 1884 prévoit que les individus « qui sont secourus par les bureaux de bienfaisance » ne peuvent être élus conseillers municipaux (art. 32). Voir J. Bardoux, *Vagabonds et mendiants devant la loi*, thèse de doctorat, Paris, A. Rousseau, 1906, en part. p. 41.

[57] Sur cette idée selon laquelle « les fondements du droit civil et ceux du droit politique se recoupent » puisque « dans les deux cas, on trouve le même principe de l'autonomie de la volonté comme alpha et oméga de la philosophie juridique », voir P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen*, *op. cit.*, p. 108.

comme un indice de l'indépendance que requiert la citoyenneté. *A contrario*, l'incapacité civile ou l'inégalité civile traduit une situation de dépendance qui empêcherait l'accès à la citoyenneté. Ainsi des femmes notamment, dont Pothier rappelle que « nos coutumes [les] ont mises en une telle dépendance de [leur] mari, qu'elles ne peuvent rien faire de valable, et qui ait quelque effet civil, si elles n'ont été habilitées et autorisées par lui à le faire[58] ». Le code civil de 1804 inscrit dans la loi l'obéissance de l'épouse qui reçoit en échange protection du mari, des termes qui perdureront jusqu'au milieu du XX^e^ siècle :

> comment dans ces conditions, les femmes, dépendantes au plan civil, surtout pour les femmes mariées (jusqu'en 1938 et même au-delà sur certains points précis) pourraient-elles entrer réellement dans la catégorie des individus libres et égaux définis par les grands textes de la Révolution française comme la Déclaration des droits de l'homme de 1789[59] ?

Certes, contrairement à ce que l'on observe en droit romain, les femmes ne partagent pas à proprement parler la même condition juridique que les « impubères[60] ». En droit français, outre que les femmes majeures ne sont pas placées sous tutelle, certaines d'entre elles parviennent à éviter l'état de minorité juridique en ne se mariant pas ou en le quittant par le veuvage[61]. Plusieurs textes les reconnaissent de surcroît comme des individus ayant certains droits civils (hériter, passer contrat, se marier et même divorcer). On reconnaît par là l'autonomie de leur volonté que le droit civil érige en source créatrice de droits et d'obligations. N'étaient ces exceptions, le droit électoral continue systématiquement de les traiter comme des mineurs. Pour Anne Verjus, on peut dire qu'il y a là une « naturalisation, par le politique, d'une catégorie que le droit civil n'élabore même pas[62] ».

Partageant un même dogme, la théorie de l'autonomie de la volonté, on comprend que les fondements du droit civil d'un côté et ceux du droit politique de l'autre se recoupent – au moins partiellement. Dès lors que l'on considère le droit politique moderne comme une dérivation des catégories contractuelles du droit civil, « le contrat social doit impliquer les mêmes sujets juridiques que ceux qui sont reconnus pour les contrats privés[63] ». Le citoyen est l'individu autonome qui, en vertu de cette autonomie, est considéré comme « capable » au regard du droit civil

---

[58] R.J. POTHIER, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet*, t. 7, Paris, Cosse et N. Delamotte, Videcoq, Père et fils, 1845, p. 2.

[59] M. DUBESSET, « L'impossible (impensable ?) suffrage des femmes. 1848-1944, un siècle de controverses françaises », in G. CHIANEA et J.-L. CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 27-28.

[60] Pour un approfondissement, voir A. CHATELARD, « Minorité juridique et citoyenneté des femmes dans la Rome républicaine », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 43, 2016, p. 23-46. Voir également L.-C. PÉRIER, *De la capacité de la femme*, th. doct., Paris, G. Retaux, 1868.

[61] Par différence, la femme romaine, dans l'ancien droit, demeure incapable au sens strict du terme, y compris dans l'hypothèse où, par le jeu de successions, celle-ci se trouve indépendante à la tête de la maison familiale. La tutelle et l'incapacité de la femme disparaissent par désuétude au Bas-Empire (cf. M. VILLEY, *Le droit romain*, Paris, PUF, 2002).

[62] A. VERJUS, *La citoyenneté politique au prisme du genre. Droits et représentation des individus entre famille et classe de sexe (XVIII^e^-XIX^e^ siècles)*, HDR dactyl., ENS Paris, 2014, p. 44.

[63] P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen …, op. cit.*, p. 108.

et, ce faisant, du droit public. La liaison des deux majorités – civile et électorale[64] – , acquise en 1848 mais déjà pressentie sous la Révolution, en constitue la parfaite illustration.

L'inclusion progressive des pauvres, des domestiques, des indigents et des femmes ne résultera pas de l'abandon de l'exigence d'autonomie – du « contrat de capacité[65] » –, mais de celui du préjugé selon lequel la volonté de ces catégories ne serait pas libre et indépendante. Il faut attendre 2005 pour que le droit français prenne acte de ce que des personnes privées de leur capacité civile peuvent aussi avoir dans les faits le discernement nécessaire pour voter.

B. L'autonomisation du droit électoral : l'abandon de toute condition de capacité, juridique comme réelle

Par deux lois successives adoptées en 2005 et 2007, le droit de vote est étendu aux majeurs sous tutelle en prenant en compte leur aptitude réelle (1). La loi du 23 mars 2019 ne repose plus quant à elle sur un mécanisme d'*individualisation* de la capacité électorale, en fonction des facultés, mais sur un processus d'*universalisation*, indépendamment d'elles (2).

1. L'élargissement du suffrage aux personnes sous tutelle : la prise en compte nouvelle de leur capacité réelle

Fonder la capacité du majeur sous curatelle (alors équivalent de la tutelle) à conclure des actes juridiques et à assumer des charges publiques sur sa capacité réelle ou naturelle, c'est ce qu'a fait le droit romain[66]. À Rome, la nomination d'un curateur à l'insensé n'a pas pour conséquence une présomption quelconque d'incapacité relativement aux actes postérieurs. Le juge, saisi d'une demande en nullité, n'a pas à se préoccuper de savoir si, au moment de l'acte, le fou a ou non un curateur : car ce qui le rend incapable, ce n'est pas la nomination d'un curateur, c'est la folie elle-même. La capacité tant juridique que politique est tributaire des intervalles lucides. C'est la théorie de l'« *induciae furoris* », qu'expose l'Empereur Justinien dans le Code *De curatore furiosi vel prodigi*[67]. La curatelle en elle-même « n'enlève à celui qu'elle frappe aucun de ses droits politiques[68] ». Le fou peut être nommé tuteur par testament, la tutelle figurant alors au premier rang des charges publiques personnelles. De la même façon, la curatelle n'a aucune influence sur les dignités. Le juge qui perd la raison après que le préteur l'a désigné aux parties garde son

---

[64] Sur la majorité électorale, voir E.-P. Guiselin, « L'âge, variable juridique des élections politiques », *RDP*, n° 1, 2009, p. 99. Voir également D. Dutrieux, « À quel âge peut-on voter ? », *LPA*, 27 mars 2001, p. 14.

[65] S. Clifford, *The Capacity Contract. Intellectual Disability and the Question of Citizenship*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2015.

[66] Voir F. Cochard, *Droit romain : des aliénés et des prodigues. Droit français : de l'interdiction judiciaire et de l'interdiction légale*, Paris, Impr. de E. Donnaud, 1876.

[67] Voir le « *De curatore furiosi vel prodigi* » dans *Les douze livres du code de l'Empereur Justinien, de la seconde édition*, trad. P.-A. Tissot, Metz, Behmer, 1807, vol. 9, Livre V, Titre LXX, Loi 1.

[68] P. de La Gorce, *De la condition juridique des aliénés et des prodigues en droit romain et en droit français*, Paris, Impr. de Moquet, 1870, p. 5.

officium[69]. Seulement, ne pouvant pas juger, il doit être remplacé. La condition du *furiosus* suit les mêmes alternatives que son état mental. Sous ce rapport, le droit français des incapacités est jusqu'en 1968 très différent du droit romain.

La réforme du 3 janvier 1968 n'introduit pas en droit français la théorie des intervalles lucides. Le législateur prévoit néanmoins qu'à la différence de l'interdiction judiciaire, qui était toujours totale, la tutelle puisse être modulée. L'article 501 du Code civil autorise pour la première fois le juge, sur l'avis du médecin, à tenir compte des facultés réelles du majeur protégé. Le juge peut énumérer certains actes que la personne en tutelle a la capacité juridique de faire seule ou assistée. En admettant implicitement que l'altération des facultés cognitives est susceptible de degré et qu'un majeur sous tutelle est jugé capable d'accomplir certains actes de la vie civile, pourquoi serait-il présumé de façon irréfragable incapable d'exercer ses droits civiques ?

C'est le raisonnement qu'adoptent plusieurs tribunaux[70]. Attendu que « l'article 501 du Code civil dispose, d'une manière générale et sans aucune restriction, que le juge des tutelles peut énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même », ils en déduisent qu'« il est possible de déroger à la règle prévue à l'article L. 5-6 du Code électoral, selon laquelle le majeur protégé est radié de la liste électorale[71] ». La Cour de cassation met toutefois un terme à cette pratique. Elle juge le 9 novembre 1982 qu'« il n'entre pas dans les pouvoirs du tribunal d'instance statuant en matière électorale de relever un majeur en tutelle de l'incapacité électorale qui le frappe[72] ». Commentant cet arrêt, Jacques Massip relève combien il est contradictoire de permettre d'un côté au majeur en tutelle d'obtenir un permis de chasse et de lui interdire, de l'autre côté, d'être inscrit sur les listes électorales : « le maniement d'un bulletin de vote serait-il plus dangereux que celui d'un fusil[73] ? » Il est remarquable que les premières propositions d'élargissement du suffrage qui se succèdent à partir de 1993[74] ne revendiquent pas l'autonomie du droit électoral vis-à-vis du droit civil mais qu'elles prennent appui, au contraire, sur ce dernier : dans les propositions de loi soumises, référence expresse à la procédure définie à l'article 501 du Code civil serait inscrite à l'article L. 5 du Code électoral.

Prenant acte des contradictions mentionnées, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté

---

[69] *Les Cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, trad. M. Hulot, Metz, Paris, Behmer et Lamort, Rondonneau, 1803, Livre V, titre 1, Loi 46, p. 374.

[70] Voir TGI Paris, 26 juin 1981 ; TI Chambon-Feugerolles, 28 février 1983.

[71] Attendu cité dans Cass., civ. 1re, 9 novembre 1982, n° 81-15.205, *Bull. civ.* I, n° 325.

[72] *Ibid.* ; voir égal. Cass., civ. 2e, 7 juillet 1983, n° 83-60.784, *Bull. civ.* II, n° 147, p. 103.

[73] J. Massip, Note sur Cass., civ. 1re, 9 novembre 1982, n° 81-15.205, *D.* 1983, p. 388.

[74] Ces propositions visent à permettre à un majeur en tutelle de voter si le juge l'y autorise : pour la seule année 1993, voir les propositions de loi du député M. Cl. Gaillard (n° 333, 15 juin 1993), du sénateur M. Cl. Huriet (n° 423, 15 juillet 1993) ainsi que la proposition du 21 juillet 1993 du Médiateur de la République. Voir également les propositions de loi de M. J. Pelletier (n° 185, 2 février 1999) et de M. Germinal Peiro (n° 3169, 15 février 2011). Ces propositions ne sont pas adoptées, soit qu'elles ne soient pas inscrites à l'ordre du jour, soit qu'elles soient expressément rejetées. La proposition du Médiateur de la République a toutefois reçu un avis favorable de principe du ministère de la Justice le 5 novembre 1993, confirmé les 23 février 1996 et 16 février 1998.

des personnes handicapées prévoit que le juge, par dérogation, peut autoriser les majeurs sous tutelle à voter[75]. D'une interdiction absolue, on évolue vers un régime d'autorisation préalable au vote. Dans un second temps, la loi nº 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs renverse la règle et l'exception. Elle instaure un régime de présomption de capacité[76]. La nouvelle rédaction de l'article L. 5 dispose que « lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée ». Dans la pratique, ce droit est presque systématiquement retiré, sans réelle évaluation. En 2018, le juge prononce le retrait du droit de vote pour 83 % des majeurs placés en tutelle.

2. L'universalisation du suffrage à toutes les personnes sous tutelle : l'abandon de toute condition de capacité

La loi du 23 mars 2019 abroge l'article en question[77]. Cette universalisation ne prend plus appui sur une analogie avec le droit civil où la capacité juridique peut être modulée. Elle signale l'autonomisation du droit électoral vis-à-vis des règles de ce dernier. Le droit des incapacités, qui vise depuis la loi du 5 mars 2007 à « favoris[er], dans la mesure du possible, l'autonomie de [la personne protégée] » (C. civ., art. 415, al. 3), continue de subordonner dans tous les cas la validité des actes que le majeur est autorisé à passer seul à la sanité d'esprit[78]. Ce n'est plus le cas pour voter. Il est possible, en ce sens, de parler d'abandon de toute condition de capacité.

Il serait loisible d'objecter qu'une autre interprétation est possible : il se pourrait que l'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral prenne moins congé de la notion de capacité réelle que d'une certaine façon de l'appréhender. Dans la continuité du mouvement initié par les *Disability Studies*[79], d'aucuns remettent en cause la conception de l'autonomie qui sous-tend la citoyenneté moderne, conception de type kantien qui repose sur une ontologie individualiste et rationaliste[80]. Ce modèle est critiqué en ce qu'il nie le rôle causal des déterminants sociaux. Les *Disability Studies* substituent à la vision *médicale* du handicap une approche *sociale*. Selon celle-ci, c'est l'incapacité de la société à créer un environnement inclusif qui invaliderait

---

[75] L'art. L. 5 du Code électoral réformé par la loi du 11 février 2005 dispose que « les majeurs placés sous tutelle ne peuvent être inscrits sur les listes électorales *à moins qu'*ils n'aient été autorisés à voter par le juge des tutelles ».

[76] Sur cette évolution, voir M. Lopez, « Handicap et citoyenneté : du droit de vote à l'éligibilité des personnes en situation de handicap », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2013, p. 919.

[77] Sur cette loi, voir C. Gamaleu Kameni, « Brèves réflexions sur le droit de vote des majeurs protégés au regard de la loi du 23 mars 2019 », *AJ Famille*, 2019, p. 515 ; voir également G. Raoul-Cormeil, « La personne en tutelle retrouve son droit de vote mais demeure inéligible ! », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, nº 5, 2019, p. 4.

[78] C. civ., art. 489, al. 1.

[79] Voir G.L. Albrecht, J.-F. Ravaud et H.-J. Stiker, « L'émergence des *Disability Studies* : état des lieux et perspectives », *Sciences sociales et santé*, vol. 19, nº 4, 2001, p. 43-78 ; M. Winance, « Rethinking Disability : Lessons from the Past, Questions for the Future. Contributions and Limits of the Social Model, the Sociology of Science and Technology, and the Ethics of Care », *Alter, European Journal of Disability Research*, vol. 10, 2016, p. 99-110.

[80] J.B. Schneewind, *L'Invention de l'autonomie. Une histoire de la philosophie morale moderne*, trad. J.-P. Cléro, P.-E. Dauzat et E. Meziani-Laval, Paris, Gallimard, 2001.

– handicaperait – les individus (*disability*) et non l'état mental ou intellectuel de la personne (*impairment*). Ce nouveau paradigme ne nie pas ni n'explique les déficiences. Il souligne néanmoins qu'elles ne constituent qu'une des composantes, non centrale, du handicap.

De la même façon que les *Disability Studies* désindividualisent la question du handicap, des théoriciens ont substitué à l'autonomie *individuelle*, idéal fallacieux qui serait propre à l'idéologie libérale, la notion d'autonomie *relationnelle*[81]. Pour ces derniers, « une autonomie aidée, assistée ou soutenue – rendue possible par d'autres et avec d'autres que soi – n'est pas contradictoire ou nécessairement diminuée ou altérée[82] ». L'autonomie n'est pas le contraire de la dépendance. Appliqué à notre sujet, l'enjeu ne serait pas de déterminer qui est capable *naturellement* de voter, mais de « rendre capable » *socialement*, en identifiant les types d'assistance qui sont nécessaires à la personne pour exercer ce droit.

Cette nouvelle appréhension se diffuse. Sa traduction en droit français reste toutefois limitée. L'octroi du droit de vote à tous les majeurs sous tutelle ne naît pas d'une nouvelle conception de l'autonomie, de la présomption qu'avec l'aide nécessaire, toute personne serait capable dans les faits de voter. Il résulte de l'abandon du « contrat de capacité ». L'examen des fondements de la réforme conforte cette hypothèse.

II. Le fondement et les implications de l'extension du suffrage à tous les majeurs sous tutelle : une évolution de la nature de la citoyenneté

Les discussions au Parlement sur l'article 11 de la loi du 23 mars 2019 étant fort brèves, on recherchera ses fondements dans les nombreux avis et rapports qui la précèdent (A). Dans leurs textes sur les majeurs vulnérables ou sur les personnes handicapées dont certains portent spécifiquement sur la question du suffrage, le Défenseur des droits (2016)[83], la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH, 2017)[84], le Conseil National Consultatif des Personnes Handicapées, la Rapporteuse spéciale de l'Organisation des Nations-Unis sur les droits des personnes handicapées (2017 et 2019)[85] et le Comité interministériel du handicap à

---

[81] M. Jouan, « Présentation », in S. Laugier et M. Jouan (dir.), *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, Paris, PUF, 2009. On précisera que le lien apparent entre le modèle social du handicap et le concept d'autonomie relationnelle n'est pas unanimement partagé. Pour certains, le modèle social du handicap n'a aucunement contesté le modèle d'autonomie individuelle.

[82] M. Jouan, « Modèle relationnel versus modèle individualiste de l'autonomie : un examen critique du modèle social du handicap », Communication dans le cadre du Séminaire *Capacité(s) & vulnérabilité(s) du sujet de droit*, Espace Éthique Île-de-France (22 janvier 2021) [https://www.espace-ethique.org/sites/default/files/communication_handicap_mj_janvier_2021_vl.pdf] (consulté le 30 avril 2021).

[83] J. Toubon, *Rapport du Défenseur des droits sur la Protection juridique des majeurs vulnérables*, septembre 2016, p. 40-41.

[84] CNCDH, *Avis sur le droit de vote des personnes handicapées., op. cit.*

[85] ONU, Conseil des droits de l'homme (CDH), Observations préliminaires de Mme C. Devandas-Aguilar, Rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées, au cours de sa visite en

l'origine du rapport de mission interministérielle de A. Caron-Déglise (2018)[86] défendent tous l'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral. Si cette défense est cohérente au regard des fondements invoqués, elle tend à sous-évaluer les difficultés qu'une telle abrogation peut poser (B).

A. Les fondements de la réforme : principe de non-discrimination et respect de la dignité

Cette abrogation traduit le souhait de la France de se conformer à ses engagements internationaux en général, et au principe de non-discrimination[87] garanti par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) en particulier[88] (1). Elle repose aussi sur le respect de la dignité (2). Ces deux motifs, ici distingués pour la clarté de l'exposé, ne sont pas étrangers l'un à l'autre. Selon le Préambule de la CIDPH, « toute *discrimination* fondée sur le handicap est une négation de la *dignité* » (al. 8).

1. Une réforme fondée sur le principe de non-discrimination

La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées est adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 décembre 2006. Ratifiée par la France le 18 février 2010, elle l'est aussi en 2011 par l'Union européenne. Fait suffisamment remarquable pour être relevé, la CIDPH est le premier traité en matière de droits de l'homme auquel l'Union européenne devient partie[89]. Cette convention concerne les personnes qui présentent « des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables » ayant des répercussions pouvant « faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société » (art. 1er). Les personnes handicapées ainsi définies ne se confondent pas avec les personnes protégées. Des juxtapositions sont néanmoins possibles. Des personnes présentant un handicap peuvent, si d'autres facteurs sont réunis, et qu'une altération des facultés

---

France du 3 au 13 octobre 2017. Voir aussi son Rapport final rendu le 5 mars 2019, A/HRC/40/54/Add.1., p. 6 et 19.

[86] A. CARON-DÉGLISE, *Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, Ministère de la Justice, 21 septembre 2018, p. 64.

[87] Dans l'exposé sommaire des motifs, le député M. Terlier justifie l'amendement n° CL746 du 3 novembre 2018 à l'origine de l'abrogation de l'art. L. 5 du Code électoral par l'affirmation suivante : « l'article L. 5, discriminatoire, est abrogé ».

[88] Ainsi qu'on l'a mentionné en introduction, ce souhait, pour le gouvernement, est concomitant de l'élection à la Présidence de la République de M. Emmanuel Macron. Avant elle, et à l'occasion plus particulièrement des débats relatifs à la loi « Égalité et citoyenneté » adoptée le 22 décembre 2016, le gouvernement s'est prononcé contre l'amendement parlementaire qui demandait que l'on exclue « expressément le handicap mental des cas d'incapacité à exercer son droit de vote ». Le gouvernement avait alors estimé que les dispositions de l'art. L. 5 du Code électoral étaient suffisantes pour garantir l'effectivité des droits civiques de ce public. Voir Débats parlementaires, Sénat, séance du 14 octobre 2016.

[89] Des Recommandations ou rapports de l'Union européenne, rendus dans l'esprit de la CIDPH, reconnaissent « un droit général à la participation politique ». Voir entre autres : FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), « Le droit à la participation politique des personnes souffrant de troubles mentaux et des personnes handicapées mentales », octobre 2010 ; Recommandation CM/Rec(2011)14 du Comité des Ministres aux États membres sur « La participation des personnes handicapées à la vie politique et publique ».

personnelles est constatée, être placées sous protection juridique. Lorsque l'on emploiera le terme de « handicap », conformément aux textes, on se réfèrera donc soit à cette dernière hypothèse, soit au cas de la personne ne faisant pas l'objet de mesures de protection mais n'ayant pas la capacité réelle de voter en raison d'un handicap mental ou intellectuel.

La disposition de la Convention à laquelle se réfèrent les avis et rapports français est l'article 29. Aux termes de ce dernier, « les États Parties garantissent aux personnes handicapées la jouissance des droits politiques et la possibilité de les exercer sur la base de l'égalité avec les autres, et s'engagent : À faire en sorte que les personnes handicapées puissent effectivement et pleinement participer à la vie politique et à la vie publique sur la base de l'égalité avec les autres […], notamment qu'elles aient le droit et la possibilité de voter et d'être élues […] » (al. 1) et de se faire assister à cette fin, si nécessaire, et à leur demande, d'une personne de leur choix (al. 3). Cette disposition doit être lue conjointement avec l'article 2 qui prohibe les discriminations : est interdite

> toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres.

Le législateur français s'accorde avec le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH) selon lequel la privation du droit de vote attachée à la mise sous tutelle porte atteinte au principe de non-discrimination garanti par l'article 29 de la Convention (a). Le caractère discriminatoire de cette privation résulte cependant dans les débats français d'un motif distinct (b).

a) Une discrimination fondée sur l'atteinte au droit à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité pour le CDPH

La seule lecture de l'article 29 pourrait laisser penser que ce principe n'interdit pas *absolument* aux États de priver certaines personnes handicapées de leur droit de vote. C'est du reste l'interprétation que les cours donnent classiquement du principe de non-discrimination dans le domaine politique – en droit interne ou en droit conventionnel.

En droit interne, on citera l'application que la Cour fédérale de district du Maine fait de la Clause d'Égale Protection du Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis dans son arrêt *Doe c. Rowe* du 9 août 2001[90]. Parce qu'une restriction du vote limite un droit fondamental, la Cour rappelle que les lois qui privent de ce droit doivent promouvoir un intérêt d'État impérieux et ne pas avoir une portée excessive[91]. En l'espèce, la Cour reconnaît qu'en disposant dans sa Constitution que les personnes « sous tutelle pour cause de maladies mentales » sont privées du droit de voter, l'État du Maine poursuit bien un intérêt impérieux : garantir que « ceux qui votent ont la capacité mentale de prendre leur propre décision, en étant aptes à comprendre la nature et l'effet de l'acte de vote lui-même[92] ». La Cour estime toutefois que la disposition querellée est à la fois trop étroite et trop large pour

[90] Cour fédérale de district du Maine, *Doe v. Rowe,* 156 F. Supp.2d 35, 2001.

[91] Voir États-Unis, Cour suprême, *Dunn v. Blumstein*, 405 US 330, 1972.

[92] *Doe v. Rowe,* 51. Sauf mention contraire de notre part, les traductions sont les nôtres.

promouvoir uniquement cet intérêt[93]. Trop étroite en ce sens qu'en vertu de cette disposition, des personnes séniles par exemple qui ne souffrent pas d'une maladie mentale peuvent voter nonobstant leur absence de discernement. Inversement, la Cour souligne que beaucoup de personnes atteintes de maladies mentales, comme les requérants dans l'affaire *Doe v. Rowe* diagnostiqués bipolaires, sont parfaitement capables de comprendre la nature et l'effet de l'acte de vote. À cet égard, la disposition litigieuse apparaît comme trop large. La Cour en conclut que « l'État a privé de leurs droits un sous-ensemble de citoyens souffrant de troubles mentaux sur la base d'un stéréotype plutôt que d'une incapacité réelle pertinente », violant ce faisant la Clause d'Égale protection. *A contrario*, une distinction fondée sur la capacité réelle des personnes ne serait pas discriminatoire.

C'est aussi cette lecture que le Comité des droits de l'homme (CDH) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) retiennent[94]. Solennellement proclamé par l'article 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 qui dispose que « toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays », le droit à la participation politique devient juridiquement contraignant avec l'adoption en 1966 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Le Pacte prévoit en son article 25 que « tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 […] ; b) De voter et d'être élu […] au suffrage universel ». Dans son commentaire général sur l'article, le Comité chargé de son application affirme que des limitations au droit de vote sont acceptables dès lors qu'elles se fondent sur des critères objectifs et raisonnables[95]. Il admet ainsi qu'« il puisse être justifié de refuser le droit de voter ou d'occuper une fonction publique à une personne dont l'incapacité mentale est établie[96] ». Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme juge en 2010 dans l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*[97] que si la radiation automatique des listes électorales des personnes sous tutelle prévue par la Constitution hongroise n'est pas conforme à l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne, les magistrats peuvent limiter la participation des personnes souffrant d'un handicap en se basant sur leurs « facultés réelles[98] ».

À rebours de ces interprétations, le Comité des droits des personnes handicapées fait valoir qu'en vertu de l'article 29 de la CIDPH, toute limitation des droits électoraux en raison d'un handicap psychosocial ou intellectuel *même réel*, qu'il

---

[93] Sur l'idée d'« *overinclusivity* » et d'« *underinclusivity* », voir « Mental Disability and the Right to Vote », *The Yale Law Journal*, vol. 88, n° 8, 1979, p. 1644-1664, en part. p. 1656-1660.

[94] Sur le droit de vote des personnes handicapées en droit européen et international, voir J. FIALA-BUTORA, M.A. STEIN et J.E. LORD, « The Democratic Life of the Union: Toward Equal Voting Participation for Europeans with Disabilities », *Harvard International Law Journal*, vol. 55, n° 1, 2014, p. 71-104.

[95] CDH, Observation générale n° 25 adoptée au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, doc NU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 (27 août 1996), § 4.

[96] *Ibid.*

[97] CEDH, 20 mai 2010, req. n° 38832/06, *Alajos Kiss c. Hongrie*, *AJDA*, 2010, p. 2362. Sur cet arrêt, voir principalement le commentaire de J. DOS SANTOS, « La privation du droit de vote frappant les incapables majeurs devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010) », *RTDH*, n° 90, 2012, p. 347-376.

[98] *Alajos Kiss c. Hongrie*, § 42, *in limine*.

soit fondé sur des sous-catégories spécifiques de personnes handicapées (comme les personnes sous tutelle) ou sur l'appréciation d'un juge, constitue une discrimination directe[99]. L'article 29 ne prévoit aucune restriction raisonnable. Il n'autorise d'exception pour aucune catégorie de personnes handicapées.

Cette communication du Comité repose sur la lecture singulière qu'il donne de l'article 12 de la Convention qui garantit aux personnes handicapées « la reconnaissance de [leur] personnalité juridique dans des conditions d'égalité ». Selon le Comité onusien, toute restriction de la capacité (juridique et/ou électorale) de ces personnes serait discriminatoire en ce qu'elle porterait atteinte à leur personnalité juridique, au « droit à avoir des droits » qui est inhérent à chacun.

> Tout au long de l'histoire, la *capacité juridique* a été refusée de manière préjudiciable à de nombreux groupes, notamment les femmes (en particulier après le mariage) et les minorités ethniques […]. Le droit à la reconnaissance de la *personnalité juridique* dans des conditions d'égalité implique que la *capacité juridique est un attribut universel inhérent à la personne humaine* qui doit être respecté dans le cas des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres[100].

L'article 12 impliquerait que soit reconnue une « capacité juridique universelle ». Cela devrait se traduire, dans la sphère politique, par la participation de toutes les personnes handicapées à la vie publique, et, dans la sphère privée, par l'abandon des systèmes de prise de décisions *substitutive* (des mesures de « représentation », comme la tutelle) au profit d'un système unique de prise de décisions *assistée*.

Cette interprétation de la CIDPH est fort controversée[101]. En droit privé[102], la doctrine souligne qu'elle tend à confondre des notions que l'article 12 lui-même distingue et qui emportent des conséquences différentes : la personnalité juridique d'un côté, et la capacité de l'autre[103]. Si la personnalité juridique ne peut souffrir d'aucune limitation, il en va différemment de la capacité juridique, dont la restriction n'entame pas la première : l'incapacité n'est en principe que d'exercice. Lorsqu'elle porte sur la jouissance, elle ne concerne que certains droits (ou actes)

---

[99] CDPH, Communication nº 4/2011 – Constatations adoptées à sa dixième session (2-13 septembre 2013) dans l'affaire présentée par Zsolt Bujdosó et autres, CRPD/C/10/D/4/2011, point 9.4.

[100] CDPH, Observation générale sur l'article 12 de la Convention, relatif à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, 25 novembre 2013, CRPD/C/11/4, point 8 (nous soulignons).

[101] Commentaire de la France sur le projet d'observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, relatif à l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, CRPD/GC/France-DGC_Art12.

[102] Parmi une littérature abondante, voir notamment D. NOGUÉRO, « Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées », *RDSS*, 2016, p. 964.

[103] Sur la notion de personnalité juridique, voir X. BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », in X. BIOY (dir.), *La personnalité juridique : traditions et évolutions*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2013, p. 97-113. Sur ses rapports avec la capacité juridique, voir J. SEVERIN, « Le mariage de la carpe et du lapin. L'alliance de la personnalité juridique et de la capacité juridique », in *ibid.*, p. 69-83.

déterminés[104]. Elle n'oblitère donc pas l'aptitude à devenir sujet de droit. Au demeurant, c'est précisément pour défendre la personnalité des incapables que la distinction entre capacité d'exercice et capacité de jouissance a été élaborée ou du moins conservée[105]. Dans sa thèse sur *Les incapacités de jouissance*, Ingrid Maria rappelle que la reconnaissance de leur personnalité était rendue impossible par la théorie classique qui définit le droit subjectif en termes de « droit-volonté ». En raison de cette thèse, il pouvait sembler que les individus non dotés d'une volonté juridique efficace, les « incapables », n'étaient pas sujets de droit. Afin de résoudre ces difficultés, « certains auteurs ont tenter de rendre compte cumulativement de la situation investie du pouvoir et de celle dans l'intérêt de laquelle il est concédé. Ceux-ci aboutissent alors à la distinction de celui qui exerce le droit et de celui qui bénéficie du droit[106] ». La restriction de la capacité ne saurait par conséquent constituer en elle-même une discrimination.

Il est vrai que cette critique de la doctrine privatiste a une valeur moindre en droit électoral. Dans la mesure où le droit de vote est un droit strictement personnel et que son exercice, ce faisant, ne peut être délégué à un tiers, la perte de son *exercice* équivaut dans les faits à une perte de sa *jouissance* : personne ne peut le mettre en œuvre à la place du majeur protégé. En ce domaine, la distinction entre exercice et jouissance est plus nominale qu'effective.

On ne trouve trace cependant de cette référence à la personnalité juridique dans les travaux préparatoires relatifs à l'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral. L'allégation d'une atteinte au principe de non-discrimination se fonde en droit français sur un argument distinct.

b) Une discrimination fondée sur l'impossibilité de définir objectivement la capacité à voter dans les débats français

Cet argument est essentiellement celui de l'impossibilité de déterminer les qualités nécessaires pour voter. Il s'énonce ainsi : si l'objectif de la loi est véritablement de garantir que ceux qui votent ont la capacité mentale de prendre leur propre décision avec discernement, alors l'interdiction devrait être étendue beaucoup plus largement et inclure les personnes qui ne sont pas sous tutelle. Comme l'a mis en évidence la cour de Karlsruhe dans une décision du 29 janvier 2019[107], il est discriminatoire que seules les personnes handicapées qui ont désigné un tuteur puissent se voir refuser le droit de vote, contrairement aux personnes handicapées simplement soutenues par leur famille. Cela pose du même coup le problème de la mise en place de tests de compétence dont il faudrait élargir l'application pour être équitable.

---

[104] Sur cette distinction entre (in)capacité d'exercice et (in)capacité de jouissance, voir notamment H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil, op. cit.*, p. 90 *sqq.*

[105] I. Maria, *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, 2010, p. 36 *sqq.*

[106] I. Maria, « Exercice et jouissance des droits civils et politiques », *JCl. Civil Code*, Art. 7 et 8, Fasc. unique, 12 septembre 2013, § 54.

[107] BVerfG, 29 janvier 2019, 2 BvC 62/14.

L'étude menée par Antoine Bosquet et Isabelle Mahé rend compte de l'embarras auquel sont confrontés les médecins face à un tel test[108]. Depuis la loi de 2007, ces derniers doivent décrire dans un certificat médical circonstancié les conséquences de l'altération des facultés personnelles des majeurs sous tutelle « sur l'exercice du droit de vote » (C. proc. civ., art. 1239). En l'absence de critères nettement établis, il arrive que l'évaluation du médecin soit remise en cause par le juge. Dans une décision du 2 mai 2016[109], la Cour d'appel de Riom a ainsi contesté l'avis médical que le juge d'instance avait suivi. Elle a redonné le droit de vote au plaignant. En se fondant sur les propos de l'équipe éducative, les juges ont retenu que le majeur sous tutelle conservait la capacité de voter « car il sui[vait] les actualités, s'inform[ait] sur les partis et les candidats ». La cour d'appel de Dijon a pareillement restitué son droit de vote à une personne présentant un déficit intellectuel majeur au motif qu'elle « manifest[ait] un intérêt profond pour la politique, suivant avec passion à la télévision les débats en ce domaine[110] ».

Ces hésitations des juges et des médecins traduisent la difficulté qu'il y a à donner un contenu à une notion de « capacité » propre au droit électoral, indépendant du droit civil. La capacité de voter dépend-elle (seulement) de la rationalité ? Ne devrait-elle pas (aussi) se fonder sur l'intérêt porté à la chose publique, qu'évaluent implicitement certains juges des tutelles qui ont pour pratique d'interroger le majeur protégé sur le nom du Président de la République et/ou du maire de sa commune[111] ? En se fondant sur ce critère que suivent les cours d'appel dans les décisions citées, il est certain qu'un certain nombre de citoyens seraient incapables de voter.

Les psychiatres Paul Appelbaum, Richard Bonnie et Jason Karlawish, qui se sont penchés sur l'idée d'un test de capacité pour voter – le « *Competence Assessment Tool for Voting* (CAT-V) »[112], conviennent que « la définition des critères de capacité [de vote] est un exercice *politique* et non *scientifique*[113] ». L'argument de l'impossibilité d'établir des critères objectifs et la discrimination qui en résulte constituent le motif déterminant dans les débats français. S'appuyant sur les conclusions des psychiatres américains, la CNCDH retient que, « concrètement, il est impossible de définir un seuil de déficience intellectuelle en-deçà duquel un citoyen serait "incapable" de voter, tout comme il est impossible d'établir des critères d'évaluation[114] ».

---

[108] A. Bosquet et I. Mahe, « Protected Adults' Voting Rights: An Interdisciplinary Study of Medical Assessment and Jurisprudence in France », *BMJ Open*, 2018.

[109] CA Riom, 2 mai 2016, nº 15/02669.

[110] CA Dijon, 6 juin 2012, nº 12/00220. La Cour d'appel de Rouen en a fait de même dès lors que la personne « était très au fait de la vie politique française récente, […] et qu'elle savait que la prochaine échéance électorale serait la présidentielle » (CA Rouen, 17 février 2017, nº 16/05335).

[111] Voir T. Verheyde, « Conditions de la perte de la capacité électorale pour un majeur en tutelle (CA Dijon, 6 juin 2012, nº 12/00220) », *AJ Famille*, 2012, p. 507.

[112] Dans leur formulaire, Appelbaum, Bonnie et Karlawish retiennent trois critères : 1. « Le sujet comprend-t-il la nature de l'acte de voter » ? 2. « Le sujet comprend-il les effets du vote » ? 3. « Le sujet est-il en mesure d'exprimer un choix » ? Chaque réponse à ces questions est notée entre 0 et 2.

[113] S.B. Hurme et P.S. Appelbaum, « Defining and Assessing Capacity to Vote: The Effect of Mental Impairment on the Rights of Voters », *McGeorge Law Review*, vol. 38, 2007, p. 962-63 (nous soulignons).

[114] CNCDH, Avis du 26 janvier 2017, *op. cit.*, p. 9.

De ce point de vue,

> n'appliquer qu'aux seules personnes sous tutelle « un permis de voter » de cette nature, alors même que des personnes libres de toute protection seraient susceptibles d'y « échouer », constitue […] une *grave atteinte au principe d'égalité*. La suite logique de ce constat s'impose : le législateur doit soit étendre le « permis de voter » à toute la population, soit y renoncer pour toute la population[115].

L'atteinte au principe d'égalité résulte de l'impossibilité de définir objectivement une notion autonome de « capacité » en droit public.

Par ce constat, la France ne pouvait que se départir de la déclaration interprétative de l'article 29 de la CIDPH faite le 8 mai 2016[116]. En se revendiquant du droit général des droits de l'homme auquel l'article 12 § 4 de la Convention des Nations-Unis relative au droit des personnes handicapées se réfère expressément, la France avait déclaré que le droit de vote n'est pas un droit absolu : qu'il peut être limité, selon « des critères objectifs et raisonnables ». Dès lors que l'on affirme que l'on ne peut évaluer l'aptitude au vote de façon objective, cette déclaration ne pouvait plus être maintenue.

Ce changement de position de la France a également partie liée avec un second argument : celui du « renforce[ment] de la dignité des majeurs protégés dans l'exercice de leurs droits fondamentaux[117] ». La rapporteure de la commission des lois de l'Assemblée nationale indique sur le sujet que « l'abrogation de l'article L. 5 est une demande forte des majeurs protégés pour qui c'est une question de dignité[118] ».

2. Une réforme fondée sur le principe de dignité de la personne

Au Parlement, cet argument de la dignité est historiquement premier. Avant que le Comité des droits des personnes handicapées n'indique que la Convention implique l'abolition de l'article L. 5 du Code électoral, la proposition de loi relative aux droits civiques des handicapés mentaux présentée en 2011 par le député M. Germinal Peiro a formulé l'enjeu de cette suppression dans ces termes. « La présente proposition de loi a un objectif simple et clair : reconnaître et affirmer la plénitude de la citoyenneté des personnes handicapées mentales dans notre République et ainsi restaurer et consacrer leur dignité humaine[119] ». En 2018–2019, cette affirmation devient un véritable *leitmotiv* qui irrigue les interventions du gouvernement et des parlementaires[120]. Pour le Garde des Sceaux, « plus de dix ans après

---

[115] *Ibid.*, p. 14 (nous soulignons).

[116] Rapport initial soumis par la France en application de l'art. 35 de la Convention, 8 mai 2016, CRPD/C/FRA/1.

[117] Débats parlementaires, Sénat, séance du 10 octobre 2018, *JORF*, nº 86 S., p. 13507 (Intervention de Mme N. Belloubet, Garde des Sceaux).

[118] Assemblée nationale, Rapports nº 1396 et 1397 déposés le 9 novembre 2018, *op. cit.*, p. 164.

[119] Proposition de loi nº 3169 relative aux droits civiques des handicapés mentaux, présentée à l'Assemblée nationale par M. G. Peiro, 15 avril 2011, p. 6.

[120] Débats parlementaires, Sénat, séance du 10 octobre 2018, *op. cit.*, p. 13508.

l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, il importe de renforcer la dignité des majeurs protégés[121] ». Or, « avec cette mesure [la suppression de l'article L. 5 du Code électoral], [il est] propos[é] réellement une très grande avancée pour les majeurs protégés dans l'exercice et dans la prise en compte de leur droit à la dignité[122] ». Au demeurant, c'est parce que le retrait de l'article concerné – comme la suppression de l'autorisation préalable du juge jusque-là nécessaire au mariage ou au divorce du majeur protégé –, « a trait à sa dignité[123] » que le gouvernement a décidé de regrouper ces propositions hétéroclites dans un unique amendement.

a) La dignité comme promotion de l'autonomie des personnes

Considérer que l'octroi du droit de vote à tous les majeurs protégés promeut leur dignité s'entend dans les travaux préparatoires de deux façons. La notion de dignité est inscrite depuis la loi du 5 mars 2007 à l'article 415 du Code civil[124] selon lequel la « protection est instaurée et assurée dans le respect […] de la *dignité* de la personne » (al. 2). La notion de dignité telle que consacrée par cet article implique en un premier sens de « favoriser, dans la mesure du possible, l'*autonomie* de celle-ci » (al. 3). Cela passe notamment par la reconnaissance, depuis 2007, d'une catégorie d'actes prévus à l'article 458 : « les actes strictement personnels[125] » à l'égard desquels le majeur bénéficie d'une sphère d'autonomie incompressible quel que soit son régime de protection. Ces actes, qui s'identifient aux actes les plus étroitement liés à la personne et à son intimité (reconnaissance d'un enfant ou adoption par exemple), sont ceux dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui, pour cette raison, ne peuvent « jamais donner lieu à assistance ou à représentation de la personne protégée » (art. 458 al. 1, *in fine*). Dans la mesure où le droit de vote est incontestablement un droit strictement personnel, le rapport Caron-Déglise a proposé de l'inscrire dans l'article 458 du Code civil[126]. Cette proposition ne doit pas tromper cependant. Contrairement aux actes strictement personnels « traditionnels » touchant à l'intimité de la personne, qui impliquent que la personne protégée soit saine d'esprit pour les conclure, l'exercice du droit de vote, même inscrit dans l'article 458 du Code civil, n'aurait pas été subordonné à la santé mentale du majeur. En définitive, le législateur n'a pas inscrit le droit de vote dans le code civil. Il s'est limité à rappeler le principe personnel du vote à l'article L. 72-1 al. 1 du Code électoral.

---

[121] *Ibid.*, p. 13507.

[122] *Ibid.*, p. 13508.

[123] *Ibid.*, p. 13509.

[124] Voir G. Raoul-Cormeil, « La protection des malades mentaux par le droit civil », *op. cit.*, p. 64. Voir également E.G. Sledziewski, « La dignité du sujet vulnérable », *Droit de la famille*, 2011, dossier n° 8, p. 37-39.

[125] Sur cette catégorie d'actes, voir D. Noguero, « Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels », *Revue de la Recherche juridique*, 2019, n° 1, p. 111-199.

[126] A. Caron-Déglise, *Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, *op. cit.*, p. 64.

b) La dignité comme consécration de l'égalité entre les personnes

Plus que l'*autonomie*, c'est l'*égalité* elle aussi inhérente à la notion de dignité individuelle qui explique qu'octroyer le droit de vote à tout homme indépendamment de sa capacité revient à consacrer sa dignité. La dignité, attribut universel de la personne lié à sa simple qualité de membre de l'humanité, fonctionne comme un « réservoir d'égalité[127] » : elle est le fondement d'une égalisation dans les droits et dans l'honneur qui est le cas échéant attaché à ces droits. Elle est un « marqueur de la personne humaine[128] ». Parce que tous les êtres humains sont « égaux en dignité[129] », parce que toute personne est « membre de la famille humaine[130] », elle a le droit à une existence civique et à la reconnaissance que cette existence confère. Dans son avis de 2017 sur le droit de vote des personnes handicapées, la CNCDH insiste à cet égard sur ce que :

> l'article L. 5 du code électoral rela[yait] une préoccupation d'ordre institutionnel, sans considération pour l'importance que le droit de vote revêt pour l'individu : en démocratie il est un *gage important de dignité* [...]. L'accès au droit de vote crée un sentiment d'existence civique, et, plus généralement, d'inclusion sociale[131].

Judith Shklar a observé dans ses *Tanner Lectures* sur la citoyenneté que « le droit de vote a toujours été assimilé à un certificat de pleine appartenance à la société et qu'il n'[a] de valeur que dans la mesure où il conf[ère] un minimum de dignité sociale[132] ». Cela était vrai à Athènes, où la citoyenneté n'était accordée qu'à une communauté restreinte de la population. Cela l'est resté nonobstant la démocratisation issue de la Révolution et l'universalisation du suffrage masculin en 1848[133]. Le droit de vote n'est plus la marque de l'appartenance à une classe. Il reste l'indice d'un rang élevé, celui d'une « "commune humanité" avec tous ceux et toutes celles

---

[127] G. STOURZH, « L'État moderne : l'égalité des droits, l'égalisation des statuts individuels et la percée de l'État libéral moderne », in J. COLEMAN (dir.), *L'individu dans la théorie politique et dans la pratique*, PUF, 1996, p. 349-377.

[128] Sur cette conception de la dignité, voir C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Introduction », in *La Dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, p. 25.

[129] DUDH, art. 1 : « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité ».

[130] DUDH, Préambule.

[131] CNCDH, Avis du 26 janvier 2017, *op. cit.*, p. 6 (nous soulignons).

[132] J. SHKLAR, *La citoyenneté américaine. La quête de l'intégration*, trad. O. Camy, Paris, Calmann-Lévy, 1991, p. 8.

[133] Sur la persistance de la logique ancienne des normes d'honneur après la Révolution, voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Une *dignitas* humaine : vieilles outres, vin nouveau », *Droits. Revue française de théorie juridique*, nº 48, 2009, p. 59-85. Du même auteur, voir « A human *dignitas* ? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity », *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 32-57.

qui sont inclus dans la citoyenneté[134] ». La privation du droit de vote est de ce point de vue vécue comme « stigmatisante[135] ».

Ces termes ne sont pas sans rappeler de façon troublante les formules employées vingt ans auparavant par des Cours suprêmes étrangères. Par des motifs semblables, celles-ci ont limité un autre type d'exclusion « infamant » : celui des criminels déchus de leur droit de vote à la suite d'une condamnation pénale – à raison de leur défaut non pas de capacité, mais de moralité. Dans son arrêt *Sauvé c. Canada* de 2002, la cour suprême du Canada a censuré des dispositions retirant à des catégories larges de détenus leurs droits politiques au motif que :

> priver certains citoyens du droit de vote va à l'encontre de notre engagement constitutionnel envers la valeur et la *dignité intrinsèques de chaque personne*. Comme la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud l'a affirmé dans *August c. Électoral Commission*, 1999 […], « [l]e vote de chaque citoyen est un *symbole de dignité* et d'identité individuelle. Littéralement, il signifie que tout le monde est important »[136].

Cette similitude dans le raisonnement n'est sans doute pas le fruit du hasard. Les « incapables » et les « indignes », les deux catégories que Duguit écarte d'emblée de la Nation[137], ont souvent été assimilés au regard de leur statut de citoyen « de second rang ». Autant l'exclusion des femmes ou des plus pauvres a prêté le flan à la controverse, autant celle des indignes et des incapables n'a jamais fait polémique. De la même façon que l'on a rapproché les condamnés et les personnes sous tutelle quant à leur statut d'exclu, l'inclusion à tout le moins partielle des premiers – qui s'est traduite, en France, par l'abolition dans le nouveau code pénal de 1992 de la peine de la dégradation civique[138] – a participé à l'universalisation du suffrage aux seconds. Pour la doctrine, nombre des étapes progressives dans le processus d'intégration des personnes handicapées ont été franchies à la faveur des victoires remportées par les criminels. L'argument consiste à dire que les personnes handicapées méritent d'être traitées au moins aussi bien que les personnes qui ont commis des infractions pénales[139]. Les indices de cette influence, en droit positif, sont du reste nombreux. L'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie* de la CEDH précité n'est autre que la reprise littérale, pour les personnes dont les facultés cognitives sont altérées, des principes d'interprétation posés cinq ans plus tôt en matière de droit de vote

---

[134] Y. Deloye, « La citoyenneté entre devoir et engagement politique. Un point de vue socio-historique », in O. Beaud, F. Saint-Bonnet (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, *op. cit.*, p. 26.

[135] Sur le champ lexical habituel d'une règle « hautement stigmatisante », voir D. Noguero, « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, nº 16, 2017, p. 134.

[136] Cour suprême du Canada, *Sauvé c. Canada (Directeur général des Élections)*, 3 RCS 519, 2002. La décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud citée est *August and Another v. Electoral Commission and Others*, CCT 8/99, 1999 (3) SA 1.

[137] Cf. notre introduction.

[138] Que l'on nous permette sur ce thème de renvoyer à notre thèse, *La privation des droits civiques et politiques. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*, thèse dact., dirigée par L. Azoulai et O. Beaud, Institut Universitaire Européen, Florence, 2020.

[139] Voir notamment E.R. Schiltz, « The Ties that bind Idiots and Infamous Criminals: Disenfranchisement of Persons with Cognitive Impairments », *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 13, nº 1, 2016, p. 101.

des prisonniers. À l'occasion de l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (nº 2)* relative aux détenus britanniques, la CEDH a rappelé en 2005 que « le droit de vote ne constitue pas un privilège[140] ». La CNCDH a à son tour fait de ce célèbre extrait de l'arrêt *Hirst* le sous-titre de son avis sur le droit de vote des handicapés. On retrouve enfin des formules peu ou prou identiques quant au principe de dignité.

En raison de ce principe commun, la dignité, ce mouvement d'universalisation du suffrage était inéluctable. La dignité individuelle, en effet, est par définition *inconditionnelle*. Dès lors que l'on fait de ce principe le fondement du droit à une existence civique, on comprend que l'on ne puisse plus comme auparavant subordonner le droit de vote à des *conditions* : à des conditions de moralité, dans le cas des indignes[141] ; à des conditions de capacité, dans le cas des personnes dont les facultés cognitives sont altérées.

Cette lecture d'un « dé-conditionnement » de la citoyenneté permet de confirmer notre hypothèse d'un abandon pur et simple de l'exigence de capacité pour l'électorat. Ce renoncement repose sur un argument pratique – l'impossibilité de définir des critères de « capacité de voter » et l'atteinte au principe de non-discrimination qui en résulte – et un argument de principe – le respect de la dignité. C'est en définitive l'égalité qui, dans les deux cas, sous-tend la réforme. La citoyenneté n'est plus tant liée à la notion d'autonomie, qui continue à structurer le droit civil, qu'à celle d'égalité.

En vertu de ces motifs, la réforme était *souhaitable* pour les instances s'étant prononcé sur le sujet. Elle a été rendue *possible* par une ultime considération : l'absence de risque pour la personne protégée. Dans le domaine des relations privées, il est considéré que la suppression de toute atteinte à la capacité juridique, au nom du principe de non-discrimination, pourrait se retourner contre certaines personnes vulnérables et être ainsi contraire aux intérêts fondamentaux des individus concernés[142] ; ce n'est pas le cas de l'incapacité électorale, qui peut par conséquent être abrogée. En raison de cet argument, des fondements identiques – la non-discrimination et la dignité – n'emportent pas les mêmes effets sur la notion de capacité en droit privé d'un côté, et dans le domaine de la citoyenneté de l'autre.

Ce dernier argument, qui se polarise sur la *personne* y compris lorsque la mesure intéresse directement le droit public, peut interroger. D'une part, il se pourrait que

> centrer à outrance les règles sur le majeur vulnérable – en occultant qu'il doit se mouvoir dans un groupe, et que les membres de ce groupe ont également besoin de repères et certitudes, afin de l'accueillir et d'entrer en relation – [soit] contre-productif, à terme, pour la protection du premier[143].

D'autre part, il néglige la question de la protection des règles qui structurent le corps politique.

---

[140] CEDH, gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (nº 2)*, req. nº 74025/01.

[141] On peut lire dans le *commentaire aux Cahiers* de la décision du Conseil constitutionnel nº 2011-114 QPC du 1er avril 2011 (*M. Didier*) que dès lors que le droit de vote constitue un droit fondamental, le législateur n'est pas fondé à définir des conditions de moralité à son exercice.

[142] Voir E. PECQUEUR, A. CARON-DÉGLISE et Th. VERHEYDE, « Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi nº 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ? », *D.* 2016, p. 958.

[143] D. NOGUERO, « Protection de la personne et autonomie des majeurs protégés : les actes simplement et strictement personnels », art. cité, p. 112.

B. Les difficultés liées à la réforme

La réforme n'a été que très peu commentée. Elle ne l'a été que par la doctrine privatiste. On peut s'en étonner, au regard des enjeux pratiques (1) et théoriques (2) qu'elle soulève en droit public.

1. Les difficultés pratiques : le risque d'atteinte aux règles constitutives du corps politique

Le premier enjeu qui vient immédiatement à l'esprit est sans doute celui du respect du principe de sincérité du scrutin. Dans son avis nº 394918 du 21 juin 2018 « portant sur la constitutionnalité d'une abrogation des dispositions limitant le droit de vote des majeurs en tutelle[144] », le Conseil d'État a affirmé que « les principes d'égalité et de sincérité du scrutin font obstacle à ce les personnes hors d'état d'exprimer leur volonté participent au suffrage[145] ».

Le principe de sincérité du scrutin[146] implique que le résultat de l'élection soit l'exact reflet de la volonté exprimée par la majorité du corps électoral. Il suppose, à titre individuel, que l'électeur effectue son vote en toute conscience et à l'abri de toute pression[147]. Il est certain que la vulnérabilité et la dépendance accroissent le risque d'être influencé. Une étude consacrée au vote des personnes vivant avec un handicap intellectuel ou psychique lors du référendum écossais a révélé que les parents exerçaient une influence décisive sur leurs enfants handicapés, au point que certaines familles n'hésitaient pas à considérer qu'« elles avaient une voix en plus[148] ». Les avis et rapports qui précèdent l'abrogation de l'article L. 5 écartent cet argument d'un revers de main. « L'influençabilité » serait inhérente à la démocratie[149]. La politique est un exercice d'influence qui investit amplement le domaine des émotions et de la psychologie. Une campagne électorale repose sur l'attente que les électeurs se laissent convaincre. L'exemple des milliers de « *brexiters* » qui regrettent d'avoir « mal voté » à l'occasion du référendum britannique sur la sortie de l'Union européenne témoignerait de ce que des électeurs n'ayant pas de déficience intellectuelle peuvent tout autant être victimes d'influences abusives que les

---

144 CE, avis nº 394918 portant sur la constitutionnalité d'une abrogation des dispositions limitant le droit de vote des majeurs en tutelle, rendu sur demande du gouvernement, le 21 juin 2018.

145 *Ibid.*, point 8. Il incombe au législateur, dans l'exercice de sa compétence pour fixer les règles électorales, de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui découlent de ces principes (Cons. const., 18 juillet 2013, nº 2013-673 DC, cons. 16).

146 Sur ce principe, voir B. Maligner, *Droit électoral*, Ellipses, 2007. Voir également les ouvrages de référence de J.-P. Charnay, *Le suffrage politique en France : élections parlementaires, élection présidentielle, référendums*, Paris, La Haye, Mouton & Co, 1965 et *Les scrutins politiques en France de 1815 à 1962 : contestations et invalidations*, Paris, A. Colin, 1965.

147 R. Ghevontian, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, nº 13, 2003.

148 D.S. Willis *et al.*, « Voting and the Scottish referendum: perspectives of people with intellectual disabilities and their family and paid cairers », *Disability and society*, vol. 31, nº 7, 2016, p. 921.

149 cncdh, Avis « Citoyenneté et handicap », *op. cit.*, p. 15 ; A. Caron-Déglise, *Rapport de mission interministérielle. L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, *op. cit.*, p. 63.

majeurs sous tutelle. Qu'aussi l'argument de la sincérité du scrutin ne saurait être invoqué.

Il ne saurait d'autant moins l'être que le législateur a assorti l'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral de garanties. Nuançant son propos initial, le Conseil d'État dans son avis reconnaît lui-même que « l'abrogation pure et simple de l'article L. 5 du code électoral soulèverait de sérieuses objections constitutionnelles *si* elle n'était pas assortie de garanties légales appropriées[150] ». En l'espèce, la nouvelle rédaction de l'article L. 64 du Code électoral prévoit que les mandataires judiciaires à la protection des majeurs vulnérables, les personnes les accueillant ou travaillant pour eux dans des établissements de santé déterminés (qu'elles soient propriétaire de ces structures, gestionnaire, administrateur, employé, bénévole ou volontaire) ainsi que les salariés employés à leur domicile privé ne peuvent assister physiquement ceux d'entre eux qui, atteints d'infirmité certaine, sont dans l'impossibilité d'accomplir concrètement les opérations de vote. Le majeur protégé, qui ne peut être assisté par la personne chargée de sa mesure de protection, ne peut *a fortiori* être représenté par elle lors des opérations électorales, comme par le passé (C. élect., art. L. 72-1 al. 1.). Le législateur a enfin et surtout encadré le recours à la procuration que le tutélaire est susceptible de délivrer, afin de garantir qu'il y a effectivement consenti (C. élect., art. L. 72-1 al. 2). La procuration ne peut être donnée à aucune des trois catégories de personnes auxquelles renvoie l'article L. 64 du Code électoral.

L'affaire évoquée de possibles procurations frauduleuses établies à l'insu d'une cinquantaine de résidents d'EHPAD en 2020 révèle la fragilité du dispositif. Certes, le contexte justifié par l'urgence sanitaire était particulier. Afin de « favoriser l'expression du suffrage » des résidents d'EHPAD tout en évitant que la Covid-19 ne s'introduise dans ces établissements, une circulaire du Ministre de l'Intérieur du 9 mars 2020[151] avait autorisé les directeurs d'EHPAD à être désignés comme délégués d'un officier de police judiciaire afin de recevoir eux-mêmes les demandes de procuration des personnes hébergées. Comme indiqué par le Conseil d'État,

> il est peu probable cependant [y compris en temps ordinaire] qu'un dispositif substantiellement différent de celui prévu par l'[ancien] article L. 5 du code électoral offre suffisamment de garanties […] au regard des règles de procédures encadrant l'exercice[152]

du droit de vote.

En consacrant que « le vote est un droit pour l'un (aspect individuel) », le législateur semble [donc] avoir oublié en 2019 qu'il est aussi « une responsabilité vis-à-vis de la société (aspect collectif) », sacrifiant ainsi « le droit de cité[153] ».

---

[150] CE, avis nº 394918, *op. cit.*, point 11 (nous soulignons).

[151] Circulaire ministérielle NOR/INTA2006575J du 9 mars 2020 relative aux modalités d'exercice du droit de vote par procuration.

[152] CE, avis nº 394918, *op. cit.*, point 9.

[153] D. NOGUERO, « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », *op. cit.*, p. 136.

2. Les difficultés théoriques : la (con)fusion de l'homme et du citoyen

Cet oubli naît d'une tendance en cours depuis une trentaine d'années, mais dont la réforme de 2019 accuse les traits : l'assimilation du *citoyen* et de *l'homme* (de la *personne* dans notre étude), que la Déclaration de 1789 – dans son titre du moins – avait dissociés. Jusque dans les années 1980, et contrairement à ce qui est couramment affirmé, le vote ne constitue pas un droit de l'individu, mais une prérogative du Souverain[154]. En droit positif, l'électorat n'est pas un droit subjectif dont le respect s'impose au législateur. Il est au contraire « dans la main du législateur qui [l'] accorde, [le] retire ou [le] modifie suivant les circonstances[155] ». Le droit de vote, comme l'ensemble des droits politiques, obéit alors à un régime spécifique, dérogatoire. Une partie de la doctrine rend compte de cette spécificité par l'image d'un individu « clivé ». S'inscrivant dans le sillage de Jean Rivero[156], lequel distinguait les « droits de l'homme » – qu'il qualifiait de « libertés » –, des « droits du citoyen » – qu'il qualifiait « de pouvoirs » –, Olivier Beaud retient qu'il reste pertinent de penser que

> l'individu moderne est clivé : il est à la fois le citoyen (*stricto sensu*), c'est-à-dire l'individu jouissant de droits politiques et civiques, et l'homme, en tant que cet individu est titulaire de droits considérés comme inhérents à sa « personne » – les droits de l'homme[157].

Sous l'influence du droit des droits de l'homme en général, et de la jurisprudence de la cour européenne en particulier, cette spécificité du régime des droits politiques est remise en cause. Cela se traduit notamment, pour le législateur, par l'interdiction de prévoir des dispositions privant des personnes sous tutelle ou des criminels de leur droit de vote de façon automatique. Parce que le droit de vote est désormais considéré comme un droit fondamental, son retrait doit nécessairement être individualisé et être strictement encadré. On assiste à une subjectivisation du droit de vote, qui résulte de sa « fondamentalisation ».

En supprimant les peines automatiques dans le nouveau code pénal de 1992 et en soumettant le vote des majeurs protégés à une décision judiciaire dans les lois de 2005 et de 2007, le droit français s'inscrit dans cette évolution. L'octroi du droit de vote à *toutes* les personnes sous tutelle, indépendamment de leurs facultés cognitives, parachève ce mouvement : le citoyen se confond avec l'individu. C'est dorénavant en sa qualité de « personne » juridique, de sujet de droit (pour le Comité des droits des personnes handicapées) et/ou en sa qualité d'« homme », dans les débats français, que l'individu a droit à une existence civique, indépendamment de toute condition de capacité.

---

[154] Voir C. Aynès, « La privation des droits politiques en France et aux États-Unis. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté », in O. Beaud et F. Saint-Bonnet (dir.), *La citoyenneté comme appartenance à la communauté politique*, *op. cit.*, p. 218 *sqq.*

[155] Note sur Cass., req., 25 mars 1914, *Gaz. Pal.* 1914, I, 507.

[156] J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, 9e éd., t. 1, 2003, Paris, puf, p. 42.

[157] O. Beaud, « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, Paris, Pedone, 2018, p. 221. *Contra* : voir par exemple L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Rome, Laterza, 2012.

Cette évolution et l'introduction nouvelle, dans le domaine de la citoyenneté, de concepts qui viennent d'un champ qui lui était étranger, n'est pas sans soulever des difficultés. David Noguero, rare voix dissidente en la matière, constate que :

> si l'on pousse la logique des droits de la personne jusqu'à l'absurde, sans égard pour son état de conscience réel, son aptitude de fait […], il n'y a pas de raison de s'arrêter en chemin. Après tout, n'est-il pas intolérable qu'un enfant mineur, y compris le bambin, soit privé, en raison de son âge, de ce droit au vote si consubstantiel à nos droits fondamentaux de personne[158] ?

Loin d'être une simple provocation, l'idée que l'enfant doive être compté comme citoyen et ait droit en conséquence au chapitre est l'objet d'une littérature abondante outre-Atlantique[159].

On pourrait répondre que les conséquences que David Noguero prête à cette évolution sont excessives. Dès lors que l'incapacité électorale, dans le cas de la minorité, ne vise pas certains groupes mais l'ensemble d'une catégorie abstraite, elle ne porte pas atteinte au principe de non-discrimination. On reconnaîtra néanmoins avec l'auteur que compte tenu des fondements de la réforme, rien ne permet de justifier que l'incapacité électorale soit indexée sur l'âge de la capacité civile, ni qu'elle ne soit pas – toujours plus – abaissée.

Il paraît délicat de fixer des limites objectives à l'égalisation, ce qu'illustre la proposition radicale faite par la philosophe Martha Nussbaum. S'inspirant des concepts énoncés pour la première fois par l'économiste Amartya Sen, Martha Nussbaum élabore une théorie des « capabilités » fondée sur les notions de justice et d'égalité. Cette théorie lui permet d'identifier les obligations des États vis-à-vis de leurs citoyens, et notamment vis-à-vis de ceux qui souffrent d'handicaps cognitifs[160]. La dignité de l'homme, qui implique qu'il puisse voter quel que soit son degré de handicap[161], entraînerait pour les sociétés le devoir de garantir ce droit aux personnes fonctionnellement inaptes à l'exercer (parce qu'elles se trouveraient par exemple dans le coma) par l'intermédiaire de tiers qui le mettront en œuvre pour

---

[158] D. Nogero, « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », *op. cit.*, p. 134. Du même auteur, voir « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés. Hommage à un juge des tutelles humaniste », in G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Deglise (dir.), *La vie privée de la personne protégée. In memoriam Thierry Verheyde*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 75-104. Voir enfin l'ajout apporté à ce texte par David Noguero après l'adoption de la loi du 23 mars 2019 : « *Addendum.* Vote et majeurs protégés, mars 2019 » [http://www.davidnoguero.com/wp-content/uploads/2016/01/Addendum-Vote-et-majeurs-prot%C3%A9g%C3%A9s-mars-2019.pdf] (consulté le 30 avril 2021).

[159] Pour des publications récentes, voir notamment M. Priest, « Why Children should be allowed to Vote », *Public Affairs Quarterly*, vol. 30, nº 3, 2016, p. 215-238 ; E. Wiland, « Should Children Have the Right to Vote? », in D. Boonin (dir.) *The Palgrave Handbook of Philosophy and Public Policy*, Londres, Palgrave Macmillan, 2018, p 215-224 ; J. Wall, « Why Children and Youth Should Have the Right to Vote: An Argument for Proxy-Claim Suffrage », *Children, Youth and Environments*, vol. 24, nº 1, 2014, p. 108-123.

[160] Sur l'application du concept de « capabilités » au handicap, voir M. Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge, Harvard University Press, 2007. Voir aussi P. Sanchez, « Handicap et capabilités. Lecture de *Frontiers of Justi*ce de Martha Nussbaum », *Revue d'éthique et de théologie morale*, nº 256, 2009, p. 29-48.

[161] M. Nussbaum, « Human Dignity and Political Entitlements », in E.D. Pellegrino et A. Schulman (dir.), *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2009.

elles[162]. Martha Nussbaum précise que dans la mesure du possible, le « tuteur » politique choisi devrait consulter la personne et essayer de faire de son mieux pour que son choix corresponde à ce qu'il connaît des préférences de celle-ci. Lorsque cela n'est pas possible, le tuteur votera pour elle, toujours « du mieux qu'il peut ». Reconnaissant que cette proposition fait une utilisation controversée de la notion de tutelle, Nussbaum affirme que la représentation est essentielle à la réalisation de l'égalité des personnes souffrant d'un handicap mental[163].

Au-delà du fait qu'elle remette en cause le caractère strictement personnel du droit de vote, principe cardinal de la théorie du suffrage, cette proposition de la philosophe interpelle par son insistance sur l'exercice *effectif* du droit de vote. On s'accorde sur ce que l'objectif de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et des revendications en faveur de leur plus grande autonomie porte précisément sur l'*exercice* de leurs droits dont la jouissance n'est en principe pas remise en cause par les mesures de protection. L'enjeu, pour le Comité des droits des personnes handicapées, est non seulement d'abolir les systèmes par lesquels une tierce personne exerce le droit du majeur protégé en substituant sa décision à la sienne. Il est également de rendre effectif l'exercice des droits en aidant ou en assistant la personne et en mettant en place les structures nécessaires. À la lecture des travaux préparatoires de la réforme de 2019, il semble toutefois qu'en matière de droit de vote, ce qui compte pour les personnes sous tutelle soit moins « l'acte électoral et la participation régulière aux scrutins que le fait de posséder le statut de citoyen[164] ».

Dans les débats au Parlement, le droit de vote est présenté comme ce qui « permet à tout citoyen de *sentir* qu'il appartient à la société[165] » ; il « est de nature à renforcer [l']*insertion* dans la collectivité[166] » ; il crée un « *sentiment* […] d'*inclusion* à la société[167] ». On peut appliquer aux personnes sous tutelle la remarque faite par Judith Shklar à propos des minorités afro-américaines longtemps privées de ce droit aux États-Unis : « être électeur, c'[est] avant tout jouir d'un statut social plutôt que d'une possibilité d'agir[168] ». L'enjeu majeur de l'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral paraît moins être, pour les personnes concernées, de participer en tant que tel à l'exercice du pouvoir politique – ce qui définit la qualité de *citoyen* au sens strict – que d'être reconnues comme *homme* « à part entière ». La réforme témoigne de la dépolitisation de la citoyenneté qui, de statut *politique*, devient avant tout un statut *social*. La citoyenneté n'est plus conçue comme une fonction publique de participation à la vie de la cité. Elle renvoie à un individu titulaire de droits fondamentaux et revendiquant son inclusion à la société.

---

[162] M. Nussbaum, « The Capabilities of People with Cognitive Disabilities », *Metaphilosophy*, vol. 40, 2009, p. 347.

[163] *Ibid.*, p. 333.

[164] Y. Deloye, « La citoyenneté entre devoir et engagement politique. Un point de vue socio-historique », *op. cit.*, p. 26.

[165] Assemblée nationale, Rapports n[os] 1396 et 1397 déposés le 9 novembre 2018, *op. cit.*, p. 164 (nous soulignons).

[166] Assemblée nationale, Rapports n[os] 1548 et 1549 déposés le 19 déc. 2018 par M. L. Avia et M. D. Paris, p. 38 (nous soulignons).

[167] CNCDH, Avis du 26 janvier 2017, *op. cit.*, p. 6 (nous soulignons).

[168] J. Shklar, *La citoyenneté américaine. La quête de l'intégration*, *op. cit.*, p. 40.

Que l'octroi du droit de vote soit gage de dignité et ait un effet d'inclusion est évident. Que ce sentiment d'inclusion à la *société* (distincte, en droit constitutionnel, du *corps politique*) puisse justifier cet octroi ou devenir la fonction première du droit de suffrage l'est moins. N'est-ce pas confondre différents types d'appartenance ?

Conclusion

Nous n'ambitionnons pas, dans notre conclusion, de proposer des solutions. L'objectif de notre propos, plus modeste, était de faire entendre une voix davantage critique dans « [l]e concert si universel[169] » qui a entouré les avis et rapports remis sur le sujet. L'abrogation de l'article L. 5 du Code électoral est cohérente au vu des fondements invoqués, le principe de non-discrimination et le principe de dignité. La question qui peut se poser est celle de savoir si les droits politiques sont des droits de l'homme comme les autres et si, par conséquent, ces principes peuvent s'y appliquer de la sorte indistinctement.

Répondre à cette question implique de savoir ce qu'est un citoyen. Notre étude a précisément mis en évidence la difficulté qu'il y a à le saisir, à en cerner la spécificité, à en définir les qualités de façon *autonome*. C'est l'impossibilité de donner un contenu à la « capacité de voter » propre au droit public, indépendant du critère civiliste de la capacité juridique, qui a en partie été à l'origine de l'abandon de cette condition. Si « nulle notion n'est plus au cœur de la politique que la notion de citoyenneté[170] », on constate que son contenu concret a été fortement déterminé jusqu'aux années 2000 par le droit civil. On a démontré dans d'autres travaux consacrés à l'exclusion des indignes qu'il a aussi été tributaire du droit pénal. L'autonomisation totale ou partielle de la citoyenneté vis-à-vis de ces disciplines n'a pas permis de rendre au citoyen une dimension qui lui soit propre. Elle s'est accompagnée d'une dilution du citoyen dans l'homme, de la dépolitisation de la notion.

Camille Aynès

Qualifiée aux fonctions de maître de conférences en droit public (CNU 02) et en philosophie (CNU 17), Camille Aynès est post-doctorante au Centre de Théorie et Analyse du Droit de l'Université Paris Nanterre/COMUE Université Paris Lumières et membre associé de l'Institut Michel Villey. Elle est l'auteur d'une thèse de doctorat *La privation des droits civiques et politiques. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*, dirigée par Loïc Azoulai et Olivier Beaud (Florence, Institut Universitaire Européen, 2020).

[169] D. NOGUERO, « Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés », art. cité, p. 129.

[170] J. SHKLAR, *La citoyenneté américaine. La quête de l'intégration*, *op. cit.*, p. 7.

Olivier Beaud

Préhistoire législative du délit d'offense en France

De l'offense au Roi à l'offense au président de la République (1819–1875)*

On a coutume de faire remonter le délit d'offense au chef d'État à la loi du 29 juillet 1881, la loi sur la presse toujours en vigueur de nos jours, dont l'article 26 et l'article 36 – depuis lors abrogés – avaient pour objet de réprimer, respectivement, l'offense au président de la République et celle aux chefs d'État et chefs de gouvernement étrangers. En réalité, cette double incrimination a été introduite par la loi du 17 mai 1819 à l'époque de la Restauration où régnaient les Bourbons (Louis XVIII, puis plus tard Charles X). L'offense au chef de l'État fut alors introduite sous le nom *d'offense au roi* car la France était sous le régime de la monarchie parlementaire. À l'offense au Roi a succédé, en 1849, puis en 1881, l'offense au président de la République, sans oublier l'offense à l'Empereur prévu par la législation du Second Empire. La généalogie législative du délit d'offense que nous proposons au lecteur, s'avère indispensable si l'on veut comprendre la particularité du délit qu'on appelle l'offense au président de la République. Ce délit est évidemment un héritage du délit d'offense au Roi inventé par la loi de 1819, mais cet héritage mérite d'être évalué de plus près. En effet, une lecture un peu rapide pourrait faire penser à une stricte identité entre les deux délits, quel que soit le régime en cause – monarchie constitutionnelle ou République – alors que l'identité du délit apparaît plutôt comme un trompe-l'œil.

Une double considération de méthode doit ici être introduite pour justifier et éclairer une telle histoire législative de l'offense. Celle-ci suppose, d'abord, d'entremêler l'histoire du droit de la presse avec l'histoire constitutionnelle et politique. Selon que le régime politique est libéral ou autoritaire, la loi sur la presse est marquée soit par la liberté, soit par la répression et le contrôle de la presse. En d'autres termes, une histoire des délits de presse doit être mise en relation avec l'histoire politico-constitutionnelle. En outre, une telle préhistoire législative du délit d'offense se révèle plus riche si l'on entreprend d'expliquer la loi, c'est-à-dire le texte de la loi, par une source trop souvent négligée jusqu'à présent, à savoir les débats parlementaires, dont on peut dire qu'ils éclairent considérablement la genèse du phénomène ici étudié.

---

* Ce texte est une version légèrement remaniée de ce qui était initialement conçu comme le chapitre préliminaire de notre livre *La République injuriée. Histoire des offenses au chef de l'État* (Paris, PUF, 2019), mais il en a été retiré pour garder à ce livre un volume acceptable pour l'éditeur.

I. De l'offense au roi, le premier cas d'offense au chef de l'État (1819)

Revenir à la loi initiale du 16 mai 1819 est un préalable obligé pour quiconque veut comprendre le délit d'offense dans sa longue durée. Cette loi constitue le socle législatif de l'histoire des délits de presse et en offre le premier moment libéral.

A. « L'offense au roi », une nouvelle incrimination et un délit spécial de presse (1819)

On pourrait s'étonner du fait que l'organisation de la presse et de la liberté de la presse occupe autant le Parlement de 1814 à 1819 dans la mesure où la Charte du 4 juin 1814 reconnaît la liberté d'opinion : « Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions, en se conformant aux lois qui doivent réprimer les abus de cette liberté » (art. 8). Mais comme l'a dit un député en 1819, lors des débats parlementaires, « calqué sur la déclaration de l'Assemblée Constituante » cet article de la Charte « est bon quant aux principes mais il est insuffisant quant à l'exécution[1] ». Il ne suffit pas de proclamer la liberté d'expression pour qu'elle soit effective. En effet, il faut l'organiser en pratique, c'est-à-dire prévoir non seulement un statut pour les journaux et les imprimeurs, mais aussi un régime pénal pour réprimer les abus de la liberté de la presse. De 1814 à 1819, diverses conceptions de cette liberté vont se refléter dans les versions de la loi sur la presse adoptées successivement par le Parlement français.

Dans un premier temps, les « ultras » – ces nostalgiques de l'Ancien Régime – vont imposer au Parlement un régime de presse particulièrement autoritaire. Ainsi, l'article 5 de la loi du 9 novembre 1815 punissait comme séditieux tous cris, discours ou écrits ayant pour effet d'affaiblir par des calomnies ou des injures, le respect dû à l'autorité ou à la personne du roi. Pour de tels propos, la peine pouvait aller jusqu'à cinq ans de prison. Cette loi ultra-répressive était en même temps maladroitement rédigée car elle ne permettait pas de condamner tous les outrages en limitant la répression aux deux seuls cas de calomnie et d'injure. Elle ne satisfaisait donc personne. Après la dissolution de la fameuse « Chambre introuvable » en 1816, les gouvernants tentent, à plusieurs reprises, de libéraliser la législation sur la presse qui est, à cette époque de naissance du gouvernement représentatif, une des grandes questions institutionnelles. En 1819, les résultats électoraux donnent une chambre des députés plus modérée, comprenant davantage de libéraux comme Benjamin Constant ou ceux qu'on appelle les doctrinaires comme Royer-Collard, ou le comte de Serre, Garde des Sceaux. Celui-ci présente en avril 1819 « trois projets de loi sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse ou tout autre moyen de publication ».

La loi qui en résulte, la loi du 17 mai 1819, est la première loi du XIX[e] siècle qui libéralise l'ensemble du régime de la presse. Elle met fin à l'autorisation préalable de parution pour les journaux. Concernant les délits de presse, elle est la première à prévoir une nomenclature des délits et une échselle des peines. Pour ce qui concerne particulièrement l'offense au roi, son article 9 punit l'auteur d'une offense au

[1] M[is] de Catellan, 19 mai 1819, *Archives parlementaires*, 2[e] série, t. XXIII, *Du 15 février au 23 avril 1819*.

roi, mais diminue de moitié les peines prévues en 1815 pour les cris séditieux[2]. Surtout, la nouvelle loi de 1819 précise les conditions de réalisation de l'offense dans l'article 9 qui énumère les moyens de réalisation du délit[3] : en dehors de ces cas, les juges ne peuvent pas sanctionner autre chose que l'offense au monarque. La comparaison avec ce qui se passait sous l'empire des lois précédentes suffira à illustrer le progrès relatif réalisé par cette loi de 1819. Auparavant, un individu qui apostrophait par un discours ou un cri le roi, pouvait se voir inculper pour rébellion ou complot parce qu'il incitait au désordre. Il n'était pas poursuivi uniquement pour outrage, mais pour un crime nécessairement plus grave. Ainsi, en 1814, un individu qui avait insulté le Roi dans un cabaret, disant qu'il « emm. Louis XVIII ; que si jamais, il tenait le roi, il le battrait et qu'il était toujours pour l'empereur », fut condamné pour complot sans que la Cour de cassation n'y vît aucun obstacle juridique[4]. Les précisions apportées par l'article 9 de la loi du 17 mai 1819 interdisaient de telles dérives. C'est pourquoi le nouveau régime de l'offense au roi fut considéré comme constituant « un sérieux progrès par rapport au régime antérieur. À défaut d'une définition précise de la notion, elle éclairait les conditions de réalisation du délit et réduisait d'autant le risque d'arbitraire[5] ».

Toutefois, si cette loi du 17 mai 1819 mérite d'être évoquée comme étape marquante dans l'histoire du délit d'offense au chef de l'État, en France, c'est parce qu'elle utilise pour la première fois le mot même « *offense* » pour définir cette incrimination visant à offrir une protection pénale au monarque. Dans le projet de loi initial, l'expression retenue était celle d'« imputations ou allégations offensantes ou injures ». Lors des débats, la commission proposa, à l'initiative du député Courvoisier, un amendement visant à remplacer cette dernière expression par celle d'offense, ce qui ne provoqua pas de réelle discussion. Le seul moment où la question de l'offense fut vraiment discutée, fut lors de son application aux Souverains ou chefs d'États étrangers car ce délit soulevait de délicats problèmes de relations internationales. Certains parlementaires exigeaient la réciprocité comme condition d'admission d'une telle clause et rappelaient les précédents cas ayant eu lieu en Angleterre. En réalité, ce qui frappe à la lecture des riches débats de la loi de 1819, c'est la faible attention accordée par les parlementaires à ce délit d'offense au roi qui est pourtant une nouveauté. Le contraste est net avec les intenses discussions autour de la question de savoir, s'il fallait, ou non, incriminer les outrages à la « morale publique » ou à la religion. Celle-ci oppose vigoureusement les partisans les plus conservateurs – les « ultras » – qui veulent défendre un ordre moral en criminalisant les attaques contre la religion et la morale publique – et les partisans

---

[2] Le prévenu encourt une peine d'emprisonnement de six mois à 5 ans et d'une amende de 500 à 10 000 francs. Quant à l'article 12 de la loi du 17 mai 1819, il punissait l'offense au chef d'État étranger d'une peine d'emprisonnement d'un mois à 3 ans, et de 100 à 3000 francs d'amende

[3] « Quiconque, par l'un des moyens énoncés en l'article 1er de la présente loi se sera rendu coupable d'offenses envers la personne du Roi, sera puni » au titre de l'offense. Le renvoi aux « moyens » limite la répression à ceux qui se seront rendus coupables de ce délit « soit par des discours tenus, soit par des cris, menaces proférés dans des lieux ou réunions, soit par des écrits, des imprimés, des dessins, des gravures, des peintures ou emblèmes vendus ou distribués, mis en vente, ou exposés dans des lieux publics, soit par des placards ou affiches exposés au regard du public ».

[4] Cass., 22 déc. 1814, *Blondeaux et autres*, *Journal du Palais*, t. 2, 1814, p. 504, cité par J.-J. Becuwe, *Le délit d'offense au chef de l'État*, thèse de doctorat en droit, Université de Lille, 1968, p. 57.

[5] *Ibid.*

d'un libéralisme modéré qui rejettent l'idée même d'une « morale publique », et d'une criminalisation de l'outrage à la religion. Lors de ces débats. Benjamin Constant s'y distingue ; le 14 avril 1819, il fit observer, à ses collègues députés : « L'outrage aux bonnes mœurs se comprend ; l'outrage à la morale publique ne se comprend pas, ou ce qui est la même chose, peut se comprendre de mille manières[6] ». Un tel délit par son indétermination, était illibéral et pouvait se prêter à de graves abus. Le Garde des Sceaux (le comte de Serre) met alors tout son poids dans la balance pour faire rejeter les amendements visant à réintroduire des « outrage faits à la religion » ou introduire l'outrage à la morale publique[7]. Mais il perd cette cause puisque l'article 7 de cette loi réprime finalement de tels outrages.

En revanche l'offense au roi, qui est pourtant une innovation, ne suscite aucun débat car elle semble aller de soi. Ainsi dans son discours préliminaire de présentation de la loi, le Garde des Sceaux se borne à observer à propos de l'article 7 punissant l'offense au roi, qu'il « n'a pas besoin de commentaire[8] ». Pourquoi ?

> Si en vertu du principe de l'inviolabilité, la personne du Roi est en quelque sorte élevée au-dessus de toute puissance des lois, ô combien à plus juste titre doit-elle être placée hors des atteintes de témérité du sujet ! Quand le respect dû à la majesté suprême est méconnu, on peut dire que la société est ébranlée toute entière dans un des plus fermes appuis[9].

Le Garde des Sceaux use donc un raisonnement *a fortiori* pour justifier la nécessité d'incriminer l'offense au roi. Il part du principe d'inviolabilité du monarque qui est prévu par l'article 13 de la Charte du 4 juin 1814 : « la personne du roi est inviolable et sacrée[10] ». Selon l'interprétation qu'en donne un grand juriste français, il faut comprendre que cet article 13 de la Charte « pose le principe de l'irresponsabilité du roi, irresponsabilité non seulement politique, mais aussi criminelle car la personne du roi est inviolable et sacrée, et de la responsabilité ministérielle[11] ». S'il est pénalement irresponsable pour les actes qu'il commettrait, il faut lui concéder, à plus forte raison, le droit d'être protégé spécialement contre les attaques de la presse.

Ce mot même d'*offense* est donc accepté sans encombre alors que les contours de sa signification ne sont pas clairement établis et que la réminiscence théologique peut intriguer. En effet, le mot d'offense évoque immanquablement le péché considéré comme une faute qui outrage Dieu. On pourrait donc considérer qu'il s'agit là d'un concept théologique sécularisé car celui qui outrage le roi commettrait la même faute que celui qui outrage Dieu notamment par des paroles déplacées. Il serait pourtant hâtif d'en déduire que la protection du Roi équivaut à faire revivre le monarque de droit divin de l'Ancien Régime car la défense pénale de l'offense au roi dans le cadre de la monarchie constitutionnelle (la Restauration) n'a rien à voir avec le crime de lèse-majesté qui protégeait le roi de droit divin. Il suffit de songer

---

[6] *Archives parlementaires*, *op. cit.*, p. 626.

[7] Par exemple, le chevalier Figarol, le 15 avril 1819 (*ibid.*, p. 635).

[8] *Ibid.*, p. 318

[9] H. de Serre, Séance du 22 mars 1819 (*ibid.*, p. 319).

[10] La suite est la suivante : « Ses ministres sont responsables. Au Roi seul appartient la puissance exécutive ». La disposition reprend, en partie, une disposition de la Constitution du 3 septembre 1791 qui était la suivante : « la personne du roi est inviolable et sacrée ; son seul titre est Roi des Français » (Titre I, Chap. II, Sect. II).

[11] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 310.

aux sanctions prévues – on passe du crime au simple délit. La Révolution française a supprimé le lien essentiel existant entre le crime de lèse-majesté et la théorie de la raison d'État en admettant solennellement dans la Déclaration des droits de l'homme que : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par les lois » (art. 10). La Restauration, monarchie constitutionnelle, retient cette leçon en plaçant la liberté de la presse au premier plan et en inventant ce délit, l'offense au roi, conçu comme une simple exception au principe de la liberté.

Pourtant, l'introduction de ce délit pose une série de questions au commentateur. La première est celle de savoir ce que le droit pénal protège en réprimant ceux qui s'attaquent à « la *personne* du roi ». La réponse à cette immense question est tout sauf claire, comme il ressort des débats parlementaires de 1819. Selon certains parlementaires, l'offense au roi, en protégeant la personne du roi, protège aussi bien sa personne privée que la personne publique tant il est difficile de séparer chez le roi ces deux figures. L'offense apparaît alors s'adosser à la fiction d'un roi ne pouvant mal faire qui est propre à son inviolabilité. Ainsi, le marquis Cuvier recueille l'approbation presque unanime de l'Assemblée lorsqu'il note que

> le Roi ne peut avoir ni le vouloir ni la puissance de faire le mal. Cette maxime est le fondement de toute monarchie établie sur des bases constitutionnelles. Il faut que ces idées, que ces mœurs pénètrent partout il faut qu'on sache, qu'on reconnaisse que le Roi ne peut vouloir que le bien, et que celui-là qui outrage le Roi, outrage la France entière[12].

De même, Royer-Collard justifie la nécessité de protéger ces symboles de l'autorité que sont non seulement le Roi français, mais aussi les Souverains étrangers :

> En adoptant le mot offense pour toute allégation contre le Roi, la famille royale et les souverains étrangers, vous avez reconnu avec raison que des imputations injurieuses ne peuvent monter jusqu'à eux et que la majesté ne pouvait en recevoir de dommage.

Enfin, dans son rapport, présenté à la Chambre des Pairs le 12 mai 1819, le duc de Broglie justifie l'offense par l'idée selon laquelle la position éminente du monarque dans la Restauration lui autorise une protection spéciale : « On a pensé qu'il existait des êtres individuels ou collectifs placés si haut dans le respect des hommes que le trait le plus empoisonné, bien que lancé contre eux, ne peut les atteindre[13] ». L'offense serait donc ce délit qui punirait l'offenseur, sans pour autant qu'il y ait une véritable victime « personnelle ».

Toutefois, il est une autre acception possible de l'atteinte à « la personne » du roi que l'on retrouve en 1819 dans les interventions d'autres parlementaires. L'offense au roi protège surtout, voire exclusivement l'institution qu'il représente, donc la « fonction » qu'il exerce, celle de chef de l'État. Selon les tenants d'une telle exégèse, toute attaque excessive contre le chef de l'État porte atteinte à la Nation et à la société tout entière car le roi représente la Nation. Un esprit aussi libéral que Benjamin Constant justifie cette incrimination en disant que « L'honneur, la réputation, la gloire du Roi, qui règne par une Charte, est un patrimoine national. Dans

---

[12] *Archives parlementaires*, *op. cit.*, p. 637. Il est indiqué : « Très vifs mouvements d'adhésion dans toutes les parties de la salle ».

[13] Cité dans le *Dictionnaire de droit criminel* (A. Morin (dir.), *Dictionnaire de droit criminel*, Paris, Durand, 1842 p. 620).

une telle organisation, le Roi et le peuple sont inséparables, et quiconque outrage l'un porte atteinte à la dignité de l'autre[14]. »

Le roi doit donc être pénalement protégé contre la presse parce qu'il est une *institution* capitale de la monarchie constitutionnelle et de l'État qu'il faut préserver. Le protéger contre des outrages, des insultes ou des diffamations, explique Constant, c'est donc protéger le régime constitutionnel dans son ensemble. Un autre député ajoute que le citoyen lui-même a intérêt à ce que le chef de l'État soit respecté, donc protégé :

> Chaque citoyen d'un État doit vouloir que rien ne reste impuni de ce qui peut blesser la dignité du chef de l'État. Chaque citoyen réclame sa part de solidarité dans la conservation intacte de l'honneur de son roi. Le Roi pour nous ne peut vouloir que le bien, ne peut faire que le bien, […]. Ce n'est pas le Roi c'est chacun de nous qui poursuit la punition de cet insensé[15].

Le même thème est repris à la Chambre des pairs par le baron Mounier qui voit dans l'offense une atteinte portée non à un homme, le Roi, mais à la société elle-même qui est « offensée[16] ».

Savoir quelle est la « personne » du roi protégée par l'offense reste assez mystérieux après avoir lu ces débats parlementaires. Le même halo de mystère entoure la question du contenu même de ce délit qu'on appelle l'offense. Lors de la séance du 16 avril 1819, le député Courvoisier, qui avait introduit le mot pour ce délit, précise que l'*offense* était « le genre, l'imputation d'un fait diffamatoire et l'injure sont les espèces définies à l'article 9[17] ». Ainsi, il prétend sans être contredit par quiconque que l'offense recouvre deux infractions pénales bien déterminées (injure et diffamation), mais le texte de l'article 9 ne le précise pas, de sorte que l'offense peut être interprétée comme pouvant réprimer des attaques excessives qui ne seraient ni injurieuses, ni diffamatoires, mais tout simplement irrévérencieuses ou malignes. On s'aperçoit que dès l'origine, dès 1819, la notion d'offense au roi est grevée par cette double indétermination sur l'expression de « personne » et sur le sens matériel du délit proprement dit qui perdurera ensuite, se renouvelant de 1881 à la V^e^ République.

En revanche, le régime juridique du délit d'offense est plus précis concernant deux points essentiels. Le premier concerne la poursuite du délit. Puisque l'offense est assimilable à l'outrage aux bonnes mœurs dans la mesure où c'est « la société qui est attaquée », la poursuite d'un tel délit appartient exclusivement au Parquet qui peut agir d'office. La personne offensée, le roi, ne peut pas agir en justice pour défendre son honneur blessé car c'est l'intérêt de la société, de la Nation – représenté par le Parquet (le ministère public) – que d'agir de son propre mouvement en le protégeant contre les attaques excessives de la presse. Ce serait d'ailleurs abaisser le monarque que de lui donner le droit de poursuivre les citoyens qui l'attaquent dans la presse. De ce point de vue, l'offense peut être décrite comme un délit qui

---

[14] *Archives parlementaires*, *op. cit.*, p. 625.

[15] Le député Bignon (*ibid.*, p. 694).

[16] Le « respect pour le Roi, qui, placé au faîte de nos institutions, en maintient toutes les parties dans le juste équilibre sans lequel la liberté périt aussitôt, est chez nous un sentiment national. Nos malheurs ne l'ont point éteint. Tout doit tendre à le fortifier de plus en plus […]. Certes le Roi n'a pas été offensé : pour lui l'offense est comme si elle n'était pas ; mais la société a été offensée » (*Archives parlementaires*, 2^e^ série, t. XXIV, *Du 24 avril 1819 au 7 juin 1819*, p. 354).

[17] *Archives parlementaires,* t. XXIII, *op. cit.*, p. 659.

porte atteinte à la *res publica*, à la chose publique. Le second élément du régime juridique a trait à la preuve des faits reprochés à l'offenseur. Les juristes expliquent que, en matière d'offense, la preuve n'est pas admissible, à la différence des attaques contre les particuliers. Ils recourent à la technique de la fiction pour justifier cette dérogation au droit commun :

> Aucune imputation ne peut atteindre le Roi […] parce que, d'après l'esprit de la loi, aucune imputation ne peut être vraie à son égard ; parce que, en d'autres termes, la loi suppose fausses toutes les imputations dirigées contre sa personne. Cette fiction de la loi est commandée par le pacte constitutionnel, qui veut que le Roi soit irresponsable, inviolable et sacré. Le Roi, en effet, toujours en cause comme personne publique, comme Roi. Ce n'est qu'à ce titre qu'il peut être offensé[18].

En réalité, plus tard, les tribunaux recourront plutôt la technique dite de la présomption « irréfragable[19] » – présomption qui ne peut être renversée – pour protéger le Roi. C'est une arme technique particulièrement dissuasive que les tribunaux utiliseront au cours de la Monarchie de Juillet pour faire punir des journaux ayant attaqué Louis-Philippe[20]. Pour le profane, la leçon du droit peut paraître sévère : « que l'imputation soit fausse ou non, le délit est de même nature[21] » ; il suffit donc que le contenu de l'article soit offensant pour que le délit soit constitué. Les avocats n'auront presque jamais la possibilité de faire relaxer leurs clients, une fois que la poursuite est enclenchée.

Ces deux derniers traits particuliers du régime juridique de l'offense font comprendre que ce régime de protection pénale confère un privilège important au monarque constitutionnel. Le délit d'offense ne risque-t-il pas alors de déboucher sur des abus en conduisant le pouvoir à museler la presse ? Les parlementaires de 1819 en étaient bien conscients et ils ont cru trouver la parade dans la compétence du juge de l'offense et des délits de presse. Selon eux, c'est à la seule Cour d'assises, c'est-à-dire un jury composé de citoyens, que doit revenir le droit de juger du délit d'offense au roi et de tous les délits de presse, ou presque[22]. C'est ce que prévoyait l'article 13 de la loi[23]. Le député Courvoisier insiste sur le lien entre le mot d'offense et la compétence de la Cour d'assises. « En employant le mot *offense*, vous rendrez nécessaire l'intervention du jury ; en employant le mot *injure*, vous abandonnez le délit aux tribunaux correctionnels[24]. » Son point de vue l'emportera comme on l'a

---

[18] J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2e éd., t. 1, Paris, Videdocq, 1846, p. 208-209.

[19] C'est très clair dans le Traité de Chassan : « c'est une présomption *juris* et *de jure*, une présomption d'ordre public et d'ordre constitutionnel qui ne peut être renversée directement, ni indirectement, par aucune présomption, pas plus que par aucune preuve contraire » (*ibid.*, p. 209).

[20] *Ibid.*, p. 210-213.

[21] *Ibid.*

[22] Il y avait deux exceptions : les délits d'injures ou diffamations envers les particuliers et le délit d'outrage verbal commis envers les fonctionnaires.

[23] Une telle compétence juridictionnelle apparaît comme une exception à la règle selon laquelle la cour d'assises est uniquement compétente pour les crimes les plus graves en imposant des peines afflictives ou infâmantes tandis que les tribunaux sont compétents pour les délits, infractions moins graves.

[24] *Archives parlementaires*, t. XXIII, *op. cit.*, p. 698.

vu. Les souvenirs de la Révolution française, si présents dans ce débat de 1819, ressurgissent quand certains députés rappellent que l'institution du jury d'assises fut une conquête de l'Assemblée nationale constituante[25] et qu'elle serait la seule manière de concilier « l'affermissement de l'ordre et de la liberté[26] ». Mais le plus éloquent pour défendre le jugement des délits de presse par les jurés (les citoyens donc) fut Benjamin Constant qui en avait fait l'un des grands axes de sa défense de la liberté de la presse. Dans un écrit antérieur datant de 1817, il avait clairement exposé la raison de principe qui devait attribuer au jury de citoyens la connaissance des délits de presse :

> Les jurés décident, d'après leur conscience, d'après le bon sens naturel à tous les hommes. Ils sont les représentants de l'opinion publique parce qu'ils la connaissent ; ils évaluent ce qui peut agir sur elle ; ils sont les organes de la raison commune, parce que cette raison commune les dirige, affranchie qu'elle est des formes qui ne sont imposées qu'aux juges, et qui, ne devant avoir lieu que pour assurer l'application de la loi, ne peuvent embrasser ce qui tient à la conscience, à l'intention, à l'effet moral. Vous n'aurez jamais de la liberté de la presse tant que les jurés ne décideront pas de toutes les causes de cette nature[27].

Royer-Collard développe la même idée en proclamant à la même époque que « là où il y a de "l'arbitraire" dans la loi, il faut un "arbitre", un juge prudentiel[28] ». Même si lors des débats d'avril et mai 1819, le jury est pourtant critiqué en raison de la nomination des jurés par les préfets – ce qui peut nuire à l'impartialité de son jugement –, il est défendu avec succès par le Garde des Sceaux (de Serre) et avec ferveur par le marquis de Catellan qui s'exclame : « La France sait que sans le jury, il n'y aurait plus de liberté de la presse et que, sans la liberté de la presse, très probablement le jury bientôt disparaîtrait[29] ».

On perçoit ainsi l'équilibre qui sous-tend le système de l'offense au roi et qui correspond aussi à celui valant pour l'offense au président de la République en 1881. D'un côté, le délit est intrinsèquement dangereux, en ce qu'il est indéterminé et poursuivi par le Parquet, dont on connaît le lien de filiation avec le pouvoir politique. Mais d'un autre côté, ce risque est compensé par le fait qu'il sera jugé par un jury d'assises, c'est-à-dire des citoyens « jurés » et non pas par des magistrats pro-

---

[25] Selon le rapporteur de la loi à la Chambre des députés, M. Cassaignolle, « l'institution du jury a cela d'excellent qu'il distingue sans efforts ce qui blesse la société ou ce qui lui est indifférent […] Nous sommes conduits au jury par la nécessité […] Les jugements des tribunaux correctionnels sont devenus insuffisants pour arrêter la licence de la presse […]. Il faut donc recourir au jury c'est-à-dire au jugement du pays, pour arrêter par la force de l'opinion publique les écarts des opinions particulières » (*Archives parlementaires*, t. XXIV, *op. cit.*, p. 48). Le Garde des Sceaux défend la compétence de la cour d'assises avec une conviction toute libérale, proclamant ainsi « On crie à l'innovation ! Et quelle innovation plus grande parmi nous que l'introduction d'un gouvernement libre et constitutionnel ? » (*ibid.*, p. 51).

[26] *Ibid.*

[27] B. Constant, « Questions sur la législation actuelle de la presse en France (1817–1818) », in *Œuvres Complètes*, t. X, vol. 2, Berlin, De Gruyter, 2010, p. 683.

[28] L. Jaume, « La conception doctrinaire de la liberté de la presse : 1814–1819 », *Colloque François Guizot*, 1993 [http://www.guizot.com/wp-content/uploads/1970/03/colloque93-Jaume.pdf], p. 115.

[29] *Archives parlementaires*, t. XXIII, *op. cit.*

fessionnels qui, comme l'a noté aussi Constant, « pencheront toujours pour l'autorité contre l'écrivain[30] ». La probabilité de la relaxe existe donc et le Parquet sera donc prudent dans ses poursuites pour offense au roi.

B. Le durcissement de la législation de 1822 à 1835

L'époque de la Restauration fut marquée par un durcissement des délits de presse qui commença par la loi du 22 mars 1822, conséquence lointaine de l'assassinat du duc de Berry dans la nuit du 13 février 1820. Un nouveau délit apparut à l'article 4 qui sanctionnait toute personne qui, par ses écrits ou paroles, aurait « excité à la haine et au mépris du gouvernement du roi », ce qui n'empêchait pas la libre discussion des actes des « ministres ». Mais pour les infractions concernant les offenses proprement dites, elles furent « extrêmement rares[31] » sous la Restauration. Elles ne furent néanmoins pas inexistantes. Ainsi, sous le règne de Charles X, un journal fut poursuivi et condamné pour offense et probablement pour un autre délit, pour avoir publié le portrait suivant du roi : « Figurez-vous un joli mouton blanc, frisé, peigné, lavé chaque matin, les yeux à fleur de tête, les oreilles longues, la jambe en forme de fuseau, la ganache lourde et pendante… il marche à la tête du troupeau, il en est presque le monarque[32] ». La Cour royale de Paris n'apprécia guère la charge contre le Souverain et condamna le journaliste à cinq ans de prison[33]. La législation et la pratique se durcirent davantage sous la Monarchie de Juillet qui, née de la Révolution de Juillet (1830), aboutit à remplacer au trône la branche des Bourbons par celles des Orléans. Le nouveau roi, Louis-Philippe, fut l'objet d'attaques de plus en plus violentes de la part de la presse d'opposition. Le pouvoir politique répliqua en introduisant l'offense par geste, délit introduit dans le Code pénal (art. 86) par la loi du 28 avril 1832. Mais cette aggravation du régime de l'offense n'était rien en comparaison de ce qui se produisit lors de la loi du 9 septembre 1835, une loi de circonstance adoptée à la suite de l'attentat perpétré contre le roi par Fieschi. Cette loi opérait une gradation en distinguant entre les offenses légères et les offenses graves. Les premières continuaient à être régies par l'article 8 de la loi du 16 mai 1819 tandis que ces dernières étaient qualifiées d'attentats à la sûreté de l'État et devenaient alors passibles de la Cour des pairs en vertu de l'article 28 de la Charte de 1830. Dans ce dernier cas, l'offense au roi devenait expressément un objet de justice politique et la distinction des offenses dépendait uniquement du mobile de l'offenseur, un critère extrêmement subjectif car le délit était établi si l'écrit conduisait à exciter la haine envers le roi et les autorités. Malgré l'opposition des députés libéraux, cette loi fut adoptée et témoigna du retour des délits d'opinion sous la Monarchie de Juillet.

Des journaux furent de plus en plus condamnés pour avoir seulement publié des articles mettant en cause Louis-Philippe de façon seulement désobligeante ou irrévérencieuse. Au moyen du délit d'offense, le pouvoir pouvait frapper n'importe quel journaliste s'étant rendu coupable « d'insinuations perfides ou de gauloiseries

---

[30] B. Constant, « Questions sur la législation actuelle de la presse en France », art. cité, p. 684.

[31] P.-J. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, *op. cit.*, p. 205 (nº 280).

[32] *L'Ancien Album*, cité par Ch. Ledré, *La presse à l'assaut de la monarchie*, Paris, A. Colin, 1960, p. 94.

[33] Cour Royale de Paris, 4 mars 1830.

coupables », ou encore d'un simple « écart de plume[34] ». La Cour des pairs avait condamné un publiciste qui avait osé dire que Louis-Philippe était, « de tous les Français, le plus incapable de sauver la France[35] ». Deux autres affaires suffisent à établir l'ampleur du recours à l'offense au roi pour faire condamner les journaux insolents. À Paris, à la fin de l'année 1832, la police arrêta un voleur prénommé Louis-Philippe qui avait tenté de subtiliser un parapluie à un quidam dans la rue. *Charivari*, le journal humoristique, profitant de l'identité de prénom avec le Souverain, titra alors : « Arrestation du grand voleur Louis-Philippe, surpris en flagrant délit de vol de parapluie, rue de Rivoli, non loin du Palais-Royal ». *Charivari* fut non seulement saisi, mais condamné pour offense à 6 000 francs d'amende[36]. Fut condamné également l'auteur d'un article se moquant de l'avarice du Roi dans un quatrain ravageur :

> Le peuple en ce jour le couronne
> Ce bon prince avide d'argent,
> On a beau dire qu'il se donne
> Moi, je crois plutôt qu'il se vend[37]

Autrement dit, le respect exigé à l'égard du monarque était tel que « toute atteinte, même légère[38] » à ce respect était considérée comme une offense. Un juriste pouvait résumer le droit en vigueur sous l'empire de la loi de 1819, en disant que de « simples irrévérences de langage ou [des] plaisanteries familières à l'esprit gaulois[39] » pouvaient constituer des offenses. Par ailleurs, dans un arrêt de 1831, la Cour de cassation avait tenu à préciser, pour justifier l'absence d'un l'acte d'accusation dans un procès pour offense au roi, que ce dernier délit était « entièrement distinct de celui de diffamations ou d'injures publiques prévu par les articles 13 et 14 de la même loi précitée de 1819[40] ». La spécificité du délit d'offense était donc réaffirmée par le juge. On aurait donc pu penser que les républicains qui ont renversé la monarchie parlementaire, en 1848, allaient se débarrasser d'un tel délit. Ce ne fut pourtant pas le cas.

II. Le maintien paradoxal de l'offense sous la IIe République

Que le président la République diffère d'un roi ou d'un empereur semble une évidence. Pourtant en matière d'offense, la IIe République, qui se veut la continuatrice de la Ire République de l'époque révolutionnaire, ne va pas rompre avec la monarchie parlementaire dans la mesure où elle reprend ce délit d'offense inventé

---

[34] J.-J. Becuwe, *Le délit d'offense au chef de l'État*, *op. cit.*, p. 95.

[35] Cour des pairs, 24 novembre 1830 ; De Kergolay, (D. 1831, 2, 13) cité par *ibid.*, p. 94.

[36] Cité par J.A. Faucher et N. Jacquemart, *Le Quatrième pouvoir : la presse française de 1830 à 1960* (numéro hors-série de *L'Écho de la presse et de la publicité*), juin 1968, p. 20.

[37] Cité par Ch. Ledré, *La presse à l'assaut de la monarchie*, *op. cit.*, p. 138.

[38] J.-J. Becuwe, *Le délit d'offense au chef de l'État*, *op. cit.*, p. 94. Même chose chez R. Martinage, « L'offense au roi (1830–1848) : délit politique ou peccadille », in J. Hoareau-Dodinau et G. Métairie (dir.), *L'offense. Du « torrent de boue » à l'offense au chef de l'État*, Limoges, Presses de l'Université de Limoges, 2011, p. 309.

[39] P.-J. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, *op. cit.*, nº 285, p. 94.

[40] Cass. Crim. *Quotidienne v. min. public*, 4 mars 1831, *Dalloz*, 1831, p. 131.

au profit du roi. Pourtant, on a bien vu que la principale justification de l'offense au roi était de protéger une certaine idée de la majesté royale qui ne saurait être abaissée par des attaques inadéquates ou excessives. Ainsi, une telle survivance du délit sous la République semble, *a priori* du moins, étrange tant on connaît l'aversion des républicains envers tout ce qui peut évoquer un quelconque « pouvoir personnel[41] » et tant on pourrait penser que le délit de l'offense, serait intrinsèquement « monarchique ». Il n'en reste pas moins que la Deuxième République conserva ce délit. Ce ne fut pas sans mal, comme on va le voir.

Pour effectuer ce constat didactique, il faut commencer par rappeler que la Révolution de février 1848 fit à la fois chuter la Monarchie de Juillet et advenir la Deuxième République. Ce régime politique concerne une période aussi courte que troublée du XIXe siècle (1848–1851). Les émeutes des 23–25 juin 1848 réprimées par le général Cavaignac avaient clairement montré que la République « sociale » ne serait pas socialiste, la révolte des ouvriers, née de la dissolution des ateliers nationaux, étant brisée dans le sang. Ce premier tournant du régime fut suivi par l'élaboration d'une législation visant à protéger les pouvoirs publics. Le décret du 11–12 août 1848 modifiait les lois antérieures sur les délits de presse en ajoutant certains délits visant à protéger la République – notamment les attaques contre « les institutions républicaines et la Constitution » (art. 1er). Elle incriminait l'offense faite à « l'Assemblée nationale » constituante (art. 2). Il ne pouvait être alors question d'offense au président de la République car une telle institution n'existait pas encore. Il fallut en effet l'adoption de la Constitution du 4 novembre 1848 pour que les institutions de ce régime fussent fixées. Une telle Constitution avait pour originalité de prévoir deux institutions se faisant face, le président de la République élu au suffrage universel et doté de larges pouvoirs, et de l'autre, l'Assemblée législative, chambre unique du Parlement. Cette constitution avait fait du président, élu pour quatre ans, « un roi sans l'hérédité », selon l'expression critique du socialiste Louis Blanc. Elle n'avait surtout prévu aucun moyen de résoudre le cas d'un conflit entre le chef de l'Exécutif et l'Assemblée et avait, en outre, interdit au président élu, de se représenter devant les électeurs après quatre ans de mandat. Cette constitution, mal construite – « œuvre bâtarde[42] » –, provoqua en quelque sorte le conflit entre Louis-Napoléon Bonaparte, le président élu par le peuple en décembre 1848, et l'Assemblée, qui fut résolu par le coup d'État du premier, le 2 décembre 1851. Les constituants n'avaient pas prévu qu'en créant un président de la République, ils ouvraient la voie du pouvoir au neveu de Napoléon Bonaparte.

Pour ce qui concerne l'offense, la loi du 27 juillet 1849 étendait au chef de l'État la protection accordée aux chambres par les deux premiers articles du décret du 11 août 1848. Ceux-ci étaient donc applicables non seulement aux « attaques contre les droits et l'autorité que le président de la République tient de la Constitution mais aussi « aux offenses envers sa personne » (art. 1er). Comment peut-on expliquer que les républicains aient ajouté un tel privilège à la fonction présidentielle ? Un détour par le contexte politique semble s'imposer. Entre le décret du mois d'août 1848 et la loi du 27 juillet 1849, s'est interposé l'épisode de l'expédition de Rome et la conséquence qui fut l'émeute du 13 juin 1849 où certains députés de la Montagne, emmenés par Ledru-Rollin voulurent renverser le régime dominé par Louis-Napoléon Bonaparte. Cette loi circonstancielle du 27 juillet 1849 doit donc

---

[41] C'est le thème du livre de N. ROUSSELLIER, *La force de gouverner*, Paris, Gallimard, 2015.

[42] Selon le jugement toujours judicieux de J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, 6e éd, Paris, Dalloz, 1981, p. 229.

être interprétée dans ce contexte politique à haute tension : le Prince-Président a choisi Odilon Barrot, un orléaniste qui entend gouverner avec l'appui de l'Assemblée. Quelques mois plus tard, Louis-Napoléon accentuera la dérive personnelle de son exercice du pouvoir en prenant des ministres en dehors de la majorité parlementaire. L'été 1849 est une période encore « normale » de cette présidence atypique, mais elle révèle la division du camp républicain à l'Assemblée.s

La discussion du projet de loi sur la presse commence le 23 juillet 1849. Elle est marquée par une longue intervention de M. de Montalembert qui justifie, même au nom de la liberté de la presse, son caractère plutôt répressif. Il est vigoureusement attaqué par le socialiste Pierre Leroux et le républicain Albert Grévy qui critiquent non seulement la règle du cautionnement des journaux, mais le retour de certains délits de presse qui rappelle l'odieuse loi de septembre 1835 de sinistre mémoire. Les députés ne se privent pas de reprocher aux républicains au pouvoir qu'ils ont donc trahi leurs promesses, ne faisant pas mieux, une fois aux commandes de l'État, que les tenants de la monarchie parlementaire. Les républicains modérés qui sont au Gouvernement – Odilon Barrot, le président du Conseil et Dufaure, le ministre de l'Intérieur – sont obligés de justifier ce durcissement du régime de la presse. Cette opposition se reflète à propos des principaux articles de la loi. Il n'est pas étonnant que, lors de la séance du 25 juillet 1871, où fut examiné l'article prévoyant le délit d'offense au président de la République, l'opposition de certains députés républicains soit vive. Si cet article maintenait le délit d'offense, il réduisait les peines applicables puisque la personne condamnée pour un tel délit encourait – toujours devant la Cour d'assises – une peine d'un mois à trois ans de prison et une amende allant de 100 à 5 000 francs. L'introduction de cet article est ainsi justifiée par la commission par l'idée selon laquelle le président de la République « est le délégué direct du peuple français ; sa personne et son caractère doivent être l'objet d'une protection spéciale[43] ».

Certains députés républicains contestent alors vigoureusement le maintien de l'offense tant ce délit leur paraît intrinsèquement lié à la monarchie et à la défense du monarque. Tel est le sens de la première intervention critique du député Charamaule, député de l'Hérault, républicain modéré, qui dépose un amendement afin de remplacer cette expression d'offense au président de la République, trop large selon lui, par celle, plus restrictive « d'injures et diffamations contre sa personne ». Son amendement, précise-t-il, « ne vise pas à diminuer la mesure de garantie due au respect qui doit être portée au premier magistrat de la République », mais plutôt à éviter le terme d'offense qui correspondrait à un « ordre d'idées peu en harmonie avec la constitution sous l'empire de laquelle nous sommes tous placés[44] ». La constitution de 1848 aurait rendu obsolète le délit d'offense parce que celui-ci ne vaut que pour « les pouvoirs irresponsables » (le Roi et Souverains étrangers, protégés par loi de la loi de 1819 ou encore les assemblées parlementaires, protégées par la loi de 1835). Or, poursuit-il, on ne saurait appliquer l'offense au président de la République qui est, politiquement responsable aux termes de la nouvelle constitution

[43] *Dalloz*, 1849, IV, p. 127.

[44] Séance du 25 juillet 1849, *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative*, t. II, *Du 21 juillet au 10 octobre 1849*, p. 65.

(art. 68)[45]. Par ailleurs, il réfute l'interprétation large de l'offense par la commission qui a choisi le mot d'offense plutôt que celui d'outrage car il permet de réprimer « toute espèce d'attaque, l'attaque à *tous les degrés*, *dans toutes ses nuances* envers le président de la République[46] ». Un tel argument lui semble contenir « une contradiction absolue » car selon Charamaule, il « est absolument impossible de maintenir le droit de libre discussion dans ses limites naturelles, incontestables, en prohibant ainsi toute sortes d'attaques, l'attaque *dans toutes ses nuances*[47] ». Enfin, il conteste l'idée, défendue par la commission des lois, selon laquelle il revient au jury d'assises le soin de marquer les limites du droit de critique et de libre discussion « dans une souveraine et consciencieuse appréciation ». Une telle solution serait une négation de la loi qui ne remplit plus son office – car elle ne fixe plus les limites de l'action licite ou illicite – et surtout conduirait à « l'omnipotence du jury contre laquelle tous les parquets se sont constamment élevés[48] ».

L'intervention critique de Charamaule est contestée par le rapporteur de la loi (Combaret de Leyval) qui justifie le maintien du délit au motif qu'il permet de réprimer au profit du président de la République « des insinuations portant atteinte à sa considération ou son honneur[49] » sans pour autant être des outrages au sens strict du mot. Il conteste l'interprétation de la constitution que font les représentants de la gauche républicaine faisant du Président un simple « fonctionnaire public » alors qu'il serait plutôt un « pouvoir, un vrai pouvoir[50] ». Surtout, il souligne le fait qu'on ne peut pas laisser le chef de l'État à la merci de toutes les attaques de la presse et le contraindre à se défendre lui-même devant des juges si l'on retenait le droit commun (diffamation et injure) au lieu de l'offense :

> À la place de cette Assemblée, qui seule d'après la constitution, peut être l'accusatrice du président de la République, vous auriez pour accusateur quiconque serai armé d'une plume, et pour juge, au lieu de la Haute cour, tous les jurys de France. Je dis que c'était un résultat que vous ne pouvez pas vouloir.
> – *Une voix à gauche* : Pourquoi pas ?
> – *Le citoyen rapporteur* : On dit pourquoi pas ? C'est parce qu'on ne gouverne pas à ce prix, c'est parce que le pouvoir a besoin de respect, de considération. Parce que, s'il est attaqué tous les jours, il est impossible qu'il remplisse sa mission. Vouloir que l'on gouverne ainsi, c'est vouloir qu'il n'y ait pas de gouvernement ou vouloir usurper le gouvernement pour soi-même[51].

L'intervention du rapporteur du projet de loi en faveur du maintien de l'offense ne convainc pas davantage un autre député, Alfred Nettement qui est lui monarchiste légitimiste. Il défend lui aussi l'idée de l'incompatibilité de principe entre l'offense et la République, car il entend défendre la majesté du monarque. À ses

---

[45] L'article 68 de la Constitution (al. 1er) dispose : « Le Président de la République, les ministres, les agentes et dépositaires de l'autorité publique sont responsables, chacun en ce qui les concerne, des actes du Gouvernement et de l'administration ».

[46] *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative*, *op. cit.*, p. 65.

[47] *Ibid.*

[48] *Ibid.*

[49] Le rapporteur Combard de Leyvel, *Le Moniteur*, 26 juillet 1849, p. 2407, cité par J.-J. Becuwe, *Le délit d'offense au chef de l'État*, *op. cit.*, p. 62.

[50] *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative*, *op. cit.*, p. 68.

[51] *Ibid.*, p. 69

yeux, « le mot d'offense est lié, inséparablement lié à l'irresponsabilité et à l'inviolabilité du pouvoir royal ; l'irresponsabilité et l'inviolabilité n'existant plus, je crois que le pouvoir exécutif doit être protégé par d'autres garanties et par des lois conçues en d'autres termes[52] ». La protection du président de la République lui semblerait suffisamment garantie si l'on reprenait les notions usuelles en matière de délits de presse : outrage, diffamation et injure. Ainsi, des deux côtés, républicain et monarchiste, on défend la thèse de l'incompatibilité radicale entre offense au chef de l'État et République.

Après cette seconde intervention critique, le président du Conseil, Odilon Barrot, choisit de monter à la tribune de l'Assemblée pour justifier le maintien du délit d'offense dans l'arsenal répressif, y compris sous la République. Il rejette d'abord la thèse d'une prétendue antinomie entre le délit d'offense et la responsabilité du président de la République en martelant l'idée que le premier n'exclut pas la seconde[53]. Il défend le délit d'offense au président de la République avec une éloquence telle que les extraits de cette partie de son discours seront toujours ultérieurement repris. Selon lui, la loi, en protégeant pénalement le président de la République, défendrait essentiellement, une fonction constitutionnelle, celle de chef de l'État. Il attaque donc les républicains de la « gauche de la gauche » (amis de Ledru-Rollin) qui en s'attaquant à l'offense visent surtout l'institution présidentielle. Ceux-là, s'exclame-t-il,

> Oh je le comprends parfaitement, se préoccupent très peu de la dignité de la magistrature, de cette force morale ; ils ne demanderont pas mieux que de voir cette magistrature exposée à descendre incessamment, et tous les jours, en police correctionnelle pour se débattre contre le premier journal qui viendra lui jeter son défi et lui donner son rendez-vous à la barre du tribunal correctionnel[54].

Contre eux, il entend défendre la République et sa constitution (celle de 1848) à travers son président. Voici alors le passage toujours cité de son intervention en faveur du maintien du délit d'offense en République :

> Ceux qui ont pris au sérieux cette magistrature, ceux qui ont reconnu qu'il était une puissance garantie de liberté, de sécurité dans l'État, qui ont mieux aimé cette magistrature responsable que la puissance irresponsable d'un pouvoir collectif, ceux qui ont constitué cette magistrature, en faisant reposer sur elle les pouvoirs immenses attribués aux chef du pouvoir exécutif, en ne le combattant que par la responsabilité sérieuse devant l'assemblée nationale, ceux-là voudront au moins lui assurer le respect qui lui est nécessaire pour accomplir dignement sa fonction. Là est toute la question[55].

Admettre l'offense au profit du président de la République suppose donc d'admettre que celui-ci doit jouir d'un traitement spécifique parce qu'il est le chef de l'État. De ce point de vue, la question de savoir s'il faut retenir soit l'offense soit la

---

[52] *Ibid.*, p. 71.

[53] Selon lui, à la différence de ce que prévoyait la loi de 1835 sur l'offense, qui criminalisait les propos de ceux qui faisaient remonter la responsabilité des actes du gouvernement au roi, la Constitution de la République a prévu la responsabilité présidentielle. Les deux formes de gouvernement, monarchie et république sont bien différentes et on ne peut pas les confondre comme le fait Charamaule.

[54] *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative*, *op. cit.*, p. 72.

[55] *Ibid.* (cité aussi en partie par *Dalloz*, 1849, IV, p. 126).

diffamation comme infraction pénale le protégeant est décisive. En plaidant en faveur de cette dernière infraction, les républicains de gauche auraient tort, selon Odilon Barrot, de vouloir le traiter

> comme « un simple citoyen » parce que, en le traitant comme un simple fonctionnaire, vous le soumettez à la preuve, alors vous le faites descendre dans l'arène judiciaire, tous les jours, incessamment ; vous détruisez sa dignité, vous lui enlevez toute force morale, et alors que vous l'avez élevé, vous semblez ne l'avoir élevé si haut que pour qu'il soit un but plus assuré de tous les coups qui lui seront portés[56].

La défense de l'incrimination de l'offense est indispensable pour les partisans d'un statut pénal spécial au profit du président de la République car un tel délit préserve, mieux techniquement parlant, ce dernier contre des attaques de la presse. C'est que réaffirme Odilon Barrot à la fin de son intervention :

> La diffamation n'est donc pas le mot propre ; il ne s'agit pas de protéger son honneur contre une imputation il ne s'agit pas de protéger son honneur par la défense de faire la preuve. Il s'agit de protéger en lui son autorité et sa dignité ; il s'agit de protéger en lui non pas l'individu, non pas la personne, mais le pouvoir que la constitution a érigé, le pouvoir auquel la constitution doit conserver toute sa force[57].

Ces grands mots visent à justifier une réalité plus prosaïque : le délit d'offense permet plus facilement que la diffamation de sanctionner ceux qui ont attaqué, selon « toutes les nuances », le président de la République.

Cette longue intervention ne convainc pas, évidemment, les tenants de la gauche républicaine comme le prouve la suite de la séance, fort animée, du 23 juillet 1849. C'est désormais, un autre député républicain, Théodore Bac – député de la Montagne, plus à gauche encore que le député Charamaule – qui intervient à la tribune pour appuyer l'amendement de ce dernier et pour réfuter les propos du président du Conseil. Cet avocat, qui a beaucoup plaidé dans des affaires de presse, connaît parfaitement la question. Il réussit à condenser dans son bref propos tous les arguments hostiles à l'offense au président de la République. Il commence par évoquer l'arbitraire du délit, indéfini, et le risque que font peser des « termes vagues[58] » comme ceux de l'offense ou de l'outrage, qui rappellent immanquablement le mauvais souvenir du crime de lèse-majesté. Puis il évoque la conséquence résultant de cette indétermination du délit, à savoir l'arbitraire de la décision du jury d'assises. Enfin et surtout, il dénonce la malencontreuse continuité de ce nouveau projet de loi républicain avec la monarchie parlementaire, évoquant de façon critique les nombreuses décisions de justice ayant condamné les journaux pour s'être moqué de Louis-Philippe. Sur ce point décisif, il conclut son intervention par l'idée fondamentale d'égalité entre les citoyens qu'il décline selon deux modalités.

---

[56] *Ibid.*

[57] *Ibid.* Le résumé que donne le recueil *Dalloz* n'est pas tout à fait identique au compte-rendu publié dans le *Compte rendu* : « il ne s'agit pas de protéger son honneur par la défense de faire la preuve. Il s'agit de protéger en lui, non pas l'individu, non pas la personne, mais le pouvoir que la constitution a érigé, le pouvoir auquel la constitution doit conserver toute sa force. Et pourquoi voulons-nous interdire l'offense ? Mon Dieu, nous interdisons l'offense, parce qu'ici, ce n'est pas précisément l'acte attaquable par les voies légales. C'est la dignité de la personne ; c'est le caractère, c'est le respect, la dignité, c'est tout ce qui ne peut pas être attaqué sans dommage pour la République, que nous voulons préserver » (*Dalloz*, 1849, IV, p. 125).

[58] *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative*, *op. cit.*, p. 73.

La première ; c'est le principe d'égalité devant la loi et la Constitution qui serait consubstantielle à l'idée républicaine. Or, en retenant l'offense, on considère que le chef de l'État, dans une République, est d'une essence différente des autres gouvernants ou fonctionnaires. Ici le député Bac fonde son argumentation sur le sens et la portée non seulement de l'élection présidentielle au suffrage universel, mais aussi sur la nature de l'institution présidentielle, telle que de vrais républicains se la représentent :

> Nous n'avons pas voulu faire un président de la République trop grand, nous n'avons pas voulu que les destinées de la France puissent se personnifier dans un homme ; nous avons voulu que la France pût toujours les tenir dans ses mains ; nous avons voulu que le président de la République, chef du pouvoir exécutif, fût en même temps le premier sujet du suffrage universel et de la constitution ; nous avons voulu qu'il n'eût droit à d'autres prérogatives, à d'autres respects que ceux qui sont dans la constitution et dans la loi. Nous avons voulu qu'il ne fût, en un mot, que le premier des citoyens, et que le principal signe de sa grandeur fût celui-ci : qu'il fût soumis aux mêmes lois que les autres citoyens (*Mouvement*)[59].

Ainsi, le principe d'égalité devant la loi et la Constitution interdirait que le président de la République qui n'est autre que le premier de magistrats ou le plus haut des fonctionnaires, soit davantage protégé que le président du conseil. Cet argument culmine dans une vigoureuse défense de la liberté d'expression :

> nous ferions mieux de laisser le président de la République exposé à cet air violent des tempêtes révolutionnaires et des discussions de journaux que de l'enfermer dans je ne sais quelles précautions qui, sous prétexte de le protéger, pourraient bien, plus tard, servir à l'étouffer[60].

Quant à la seconde modalité du principe d'égalité entre citoyens avancée par le député Bac, elle concerne l'égalité de tous devant la justice. D'après lui, le président de la République ne devrait pas craindre la justice, à l'instar des autres citoyens. Si les républicains pensent le contraire, poursuit Bac, c'est uniquement par ce qu'ils sont encore sous l'influence des « mœurs de la monarchie ». Un vrai républicain est là pour se déprendre de telles mœurs et doit tendre à créer à de véritables mœurs républicaines. Celles-ci devraient inclure le principe d'égalité *de tous* devant la justice, comme il le dit de façon éloquente :

> Vous voyez l'abaissement, l'humiliation du président de la République à venir lui-même solliciter une décision de la justice de son pays ; moi j'y voyais autre chose : je voyais de la grandeur (*réclamation à droite*) […]. Je reconnais qu'il y a quelque chose de singulier, au premier abord, à voir le chef, non pas de l'État, remarquez-le bien, mais du Gouvernement, descendre lui-même dans l'arène de la justice, se résigner comme un simple citoyen à la décision qui va être rendue. Il faut qu'on s'habitue à cela dans une république il faut qu'on sache que, dans une république, tous les citoyens sont parfaitement égaux, qu'il n'y a aucune exception, aucune différence que chacun porte avec soi sa propre responsabilité, que tout le monde est soumis à tous les avantages et à tous les inconvénients de la loi, que chacun doit supporter sa part du fardeau social et que le président de la République, comme la nôtre doit donner cette preuve d'obéissance aux lois on en se rendant devant les tribunaux (*Assentiment à gauche*)[61].

---

[59] *Ibid.*, p. 74.

[60] *Ibid.*

[61] *Ibid.*, p. 75.

Il conclut enfin son intervention par un argument plus juridique : l'article 68 de la Constitution assimile, pour ce qui concerne la responsabilité pour « les actes du gouvernement et de l'administration », le président de la République à tous les autres agents dépositaires de l'autorité publique. Il ne faut pas rompre avec cette assimilation en ce qui concerne leur protection pénale. Par conséquent, il faut « que le président de la République ne soit pas plus protégé que ne l'est le président du conseil[62] ».

Cette véhémente intervention de la gauche républicaine est à nouveau contestée par les républicains de gouvernement. Le député Pierre Baroche – avocat à l'origine mais nommé procureur par le Prince-Président et déjà connu à cette époque pour son zèle répressif contre la presse – lui réplique qu'on ne peut pas admettre « cette faculté illimitée d'attaque contre le président de la République[63] », sauf à se résigner à déconsidérer totalement le président de la République. Il entend surtout réfuter cette thèse selon laquelle les républicains au pouvoir entendraient perpétuer la monarchie en consacrant la protection pénale spéciale du chef de l'État.

> Ce n'est pas – dit-il – pour la personne du président de la République que nous avons proposé cette loi, mais pour la défense du pouvoir exécutif dont il est le représentant, et parce qu'il faut, de toute nécessité si vous voulez que le pouvoir exécutif, qui est apparemment un élément essentiel de la constitution soit respecté, que vous défendiez la personne entre les mains de laquelle le suffrage universel l'a placé[64].

Il poursuit sa défense de l'offense en montrant d'une part, que l'institution du jury est préservée et que ce seront les citoyens qui diront s'il y a, ou non, offense, et d'autre part, qu'elle n'atteint pas la liberté de discussion des actes du président de la République qui continuera à exister aussi bien au Parlement que dans la presse :

> vous pourrez discuter, vous pourrez déférer à l'opinion publique les actes du président ; vous pourrez les attaquer dans ce langage qui devrait toujours être celui de la discussion et de la presse, mais vous ne pourrez pas l'offenser ; le droit de discussion reste dans son intégrité[65].

Il entend aussi mettre en difficulté les deux députés d'opposition, Bac et Charamaule, en leur objectant qu'ils n'ont pas protesté en août 1848 lorsque l'offense a été réintroduite dans la loi pour défendre la dignité de l'assemblée nationale. Enfin, il entend souligner que la justice ne devrait pas être le lieu des affrontements politiques tandis que l'Assemblée législative, le Parlement devrait être le seul lieu adéquat pour traiter de la responsabilité politique du président de la République[66]. Il faudrait selon cet argument mieux à distinguer ce qui ressort, analytiquement, d'un

---

[62] *Ibid.*, p. 76.

[63] *Ibid.*

[64] *Ibid.*

[65] *Ibid.*, p. 77.

[66] « À vous messieurs, à l'assemblée législative appartient le droit d'apprécier la conduite du président, appartient le droit de provoquer sa mise en accusation, de déclarer sa mise en accusation, à la haute cour le droit de le juger. Quant aux citoyens, sans doute ils ne sont pas désarmés, ils ont droit de pétition cette matière comment en toute autre, c'est-à-dire qu'ils peuvent faire arriver à cette barre leur justes plaintes, leur légitime doléances, mais ils n'ont pas le droit d'outrager, d'offenser le président, chef du pouvoir exécutif, sous prétexte d'accusation, car c'est à vous qu'appartient de cette accusation. Ainsi, interdire l'offense, ce n'est pas anéantir la responsabilité, c'est restreindre, c'est renfermer la responsabilité dans les justes et raisonnables limites que la loi a posées » (*ibid.*, p. 77).

côté de la responsabilité politique du chef de l'État et, de l'autre de sa protection pénale spéciale par des délits de presse déterminés. Ce jour-là, la séance se termine dans une certaine confusion car le député Bac veut absolument expliquer pourquoi l'offense à l'Assemblée Nationale n'a pas été contestée en 1848 alors que des voix ne cessent d'élever dans l'assemblée pour réclamer la clôture du débat et le vote sur l'amendement Charamaule. Après d'ultimes escarmouches, un scrutin public est exigé pour le vote de l'amendement. Celui-ci donne une écrasante victoire aux républicains de gouvernement qui rejettent l'amendement à une majorité confortable (395 contre et 153 pour). Le terme d'offense est donc conservé pour désigner le délit protégeant le président de la République contre des attaques excessives de la presse.

Ainsi, pour la première fois, la question même de la légitimité de l'offense au président de la République fut âprement discutée au Parlement, devant l'Assemblée législative. Cette passe d'armes entre les députés offre un condensé des arguments hostiles ou favorables à ce délit, contenant la panoplie d'arguments dans laquelle puiseront les futurs publicistes discutant de l'offense. On y découvre la justification du statut pénal protecteur du président de la République alors même que, sous l'empire de la Constitution de la II^e^ République, il était élu au suffrage universel et doté de pouvoirs importants – ce qui n'est pas sans évoquer quelques similitudes avec la V^e^ République. On peut, sans exagération, parler d'un *précédent* constitué par cette Deuxième République. Il n'est pour autant pas interdit de constater le résultat paradoxal, pour ne pas dire problématique, auquel aboutit le nouvel article réprimant l'offense au président de la République :

> il n'est pas douteux que la preuve des faits imputés est interdite en ce qui concerne le délit d'offense envers le président. Mais il n'est pas douteux aussi que le droit de discussion, de critique et de censure de sa politique personnelle ou de celle de ses ministres, n'est pas atteint par la disposition dont il s'agit[67].

N'est-ce pas une pure acrobatie verbale tant il paraît, *a priori*, difficile de concilier en pratique la liberté d'expression avec l'offense au président de la République ?

L'examen de la pratique laisse quelques doutes sur le caractère possible d'une telle conciliation. Après le tournant présidentialiste opéré le 29 octobre 1849, Louis-Napoléon Bonaparte impose une politique réactionnaire au pays symbolisé par les deux grandes lois : la loi Falloux sur l'enseignement privé du 15 mars 1850 et la loi électorale du 31 mai 1850 qui revient en pratique sur le suffrage universel. De façon presque concomitante, les procès pour offense semblent se développer contre les opposants. Ainsi, le 26 octobre 1850, *L'Écho du Midi* prend à partie le régime et son Chef en écrivant :

> le bonapartisme n'est qu'une ombre sans consistance ; le Président n'a que des velléités, il est d'ailleurs sans influence personnelle et réelle. Tout cela est vrai, excepté pourtant les velléités de M. Louis-Napoléon Bonaparte, que nous avons toujours crues plus persistantes, comme l'est toute ambition effrénée qui n'a de bases que dans la médiocrité des appétits cupides.

[67] P.-J. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2^e^ éd., t. 3, *Supplément*, Paris, Videdocq, 1851, p. 88.

Pour de tels propos, le gérant du journal et le journaliste sont poursuivis et condamnés pour offense au président de la République[68].

Cette défense pénale du Prince-Président prendra un tour encore plus autoritaire sous le Second Empire, où cette fois c'est l'Empereur – c'est toujours Louis-Napoléon Bonaparte – qui sera pénalement protégé et qui mettra au pas la presse dans son ensemble.

III. Le délit d'offense sous le Second Empire (1851–1870) : une parenthèse autoritaire

Après le coup d'État du 2 décembre 1851, fomenté par Louis-Napoléon Bonaparte, la naissance du Second Empire s'accompagna immanquablement de modification de la législation sur la presse et donc sur l'offense. Il n'y eut pas de véritable liberté de la presse sous le Second Empire ; de ce point de vue, un mot célèbre de Jules Favre devant le Corps législatif en 1862 résume la situation : « En France, il n'y a qu'un journaliste, et ce journaliste, c'est l'Empereur[69] ». C'est seulement en 1868 que la loi se libéralisa un peu, mettant fin à l'autorisation préalable des journaux et au cautionnement.

Comme on s'en doute, la législation sur l'offense refléta cette pente autoritaire. Le Second Empire renouait avec la pratique bonapartiste du Premier Empire en faisant réprimer les délits de presse uniquement par le Code pénal. La loi du 10 juin 1853 modifiait l'article 86 du Code pénal en punissant l'offense publique faite à l'empereur d'une peine de prison de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 500 à 10 000 francs. L'offense se trouve associée à l'attentat contre la vie ou la personne de l'empereur, ou contre des membres de la famille impériale. La législation du Second Empire illustre la tendance récurrente des régimes autoritaires à alourdir les sanctions pour offense au chef de l'État. En 1853, au cours de la discussion de cette loi, le Corps législatif ne discuta réellement que la question de savoir s'il fallait rétablir la peine de mort pour les crimes politiques de sorte que la question de l'offense passa largement au second plan. Seul son ajout aux membres de la dynastie impériale fit l'objet d'un très court commentaire du rapporteur de la loi devant le Corps législatif :

> Longtemps, avant de renverser les trônes, on s'applique à les dégrader. L'offense ne sera jamais une arme de discussion. La vérité et la lumière ne sortent pas de l'injure et de la calomnie. Le respect de l'autorité et de ceux qui la personnifient, surtout au sommet de la hiérarchie politique, est un des besoins les plus impérieux de notre temps et de tous les temps. Ce qui le garantira ne profitera pas seulement à la société, mais aussi à la liberté. Apprendre à un grand peuple à se respecter dans les pouvoirs qui le dirigent et dans les dynasties qui règnent sur lui, c'est lui apprendre la vertu des peuples libres[70].

---

[68] Cour d'assises de l'Hérault, 26 octobre 1850, *Min. public c. Escande et Aniave* (A.D. de l'Hérault, cité par K. Drigère, *L'offense au chef de l'État*, Mémoire de DEA en histoire du droit, Montpellier, 1992, p. 32).

[69] Cité par R. Bellet, *Presse et journalisme sous le second Empire*, Paris, A. Colin, 1967, p. 13.

[70] Le comte de la Guéronnière, député rapporteur (*Dalloz*, 1853, IV, p. 113).

Ainsi, c'est au nom de la liberté des peuples qu'on justifie la répression de l'offense à l'empereur et à sa famille. Cette justification est typique d'un discours d'ordre, discours conservateur, où c'est l'autorité qui fonde la liberté.

Dans la pratique, les opposants au régime subiront les rigueurs de la répression de l'offense. Le pamphlétaire Rochefort qui lance son journal *La Lanterne*, l'année où la législation sur la presse est libéralisée (en 1868) est condamné pour offense à l'empereur par un jugement du tribunal correctionnel de Paris du 14 août 1868. Il est condamné à un an de prison, peine confirmée en appel[71]. Ce ne sont pas seulement les journaux et journalistes qui sont condamnés sous le Second Empire. En effet, le citoyen ordinaire fut aussi condamné pour des paroles publiques malencontreuses envers Louis-Napoléon Bonaparte. Un ivrogne qui avait fait du tapage nocturne en criant « à bas l'Empereur, Napoléon III et la Famille Impériale ; j'emm. la Famille Impériale » fut condamné par le tribunal correctionnel de Saint-Michel à cinq ans de prison[72]. L'offense à l'empereur fut un moyen parmi tant d'autres utilisé par le régime pour museler l'opposition politique, mais les autres moyens étaient si nombreux que le recours à ce procédé ne fut pas, semble-t-il, si répandu qu'il le sera sous d'autres régimes (sous Vichy notamment). La chute du Second Empire et la loi du 12 avril 1871 sur la presse, qui abroge les lois impériales, ont pour effet de remettre en vigueur la loi de 1849 qui avait, pour la première fois, introduit le délit d'offense au président de la République.

IV. Un dernier hoquet autoritaire pendant la période transitoire de 1871 à 1875

Comme il est très courant d'assimiler la question des délits de presse sous la III^e^ République à la seule loi du 29 juillet 1881 tant celle-ci a marqué de son empreinte l'histoire de la liberté de la presse en France, on a un peu tendance à oublier ce qui s'est passé entre la fin du Second Empire et 1881. Or, cette période est quand même instructive, comme nous voudrions le montrer.

Après la défaite de Sedan, scellant la fin du Second Empire, le gouvernement de la Défense nationale est proclamé à Paris le 4 septembre 1870 et une Assemblée, dite « Assemblée de Bordeaux » est élue dans la foulée ; elle est largement dominée par les monarchistes. Commence alors une longue période de transition constitutionnelle qui durera cinq ans. L'époque est troublée comme on le sait, marquée par la guerre franco-prussienne, mais surtout par l'insurrection de la Commune et sa répression sanglante (mars à juin 1871), et enfin par l'échec du retour à la monarchie en raison de l'intransigeance de l'héritier de la branche des Bourbons, le comte de Chambord, qui ne veut pas abandonner le drapeau blanc de la monarchie (29 octobre 1873). Du point de vue institutionnel, l'Assemblée nationale, unique à l'époque, crée la fonction de chef du pouvoir exécutif de la République française nommément attribuée à Thiers (décret du 17 février 1871) et qui acquiert officiellement le nom de « président de la République » par la loi du 31 août 1871. Curieuse époque où il y a une présidence de la République, sans instauration d'une République car les députés monarchistes font tout pour en empêcher l'instauration, comme en témoigne la loi du septennat, le 20 novembre 1873. Celle-ci confère un long mandat (7 ans) au chef de pouvoir exécutif, au duc de Magenta, le maréchal

[71] Cité par C. Passard, *L'âge d'or du pamphlet*, Paris, CNRS, 2016, p. 49.

[72] *Journal du Palais*, 1855, t. 2, p. 282.

de Mac-Mahon, dans le seul but de permettre à celui-ci de faciliter une éventuelle restauration monarchique. Cette lutte, à la fois rude et sournoise, entre républicains et monarchistes aboutit à un premier grand compromis politique qui fut l'adoption de l'amendement Wallon (30 janvier 1875) reconnaissant l'élection du président de la République par les deux Chambres et donc le septennat impersonnel : le principe de la République était enfin accepté. La transaction libérale entre le centre droit et le centre gauche fut renforcé par l'adoption des lois constitutionnelles des 24 et 25 février, et du 16 juillet 1875.

Parallèlement à cette histoire constitutionnelle tourmentée se déroule une histoire globalement symétrique en matière de presse qui affecte indirectement le destin de l'offense au chef de l'État. La fin du Second Empire marque le retour à la loi de 1849 qui avait reconnu pour la première fois l'existence du délit d'offense au président de la République. Mais les soubresauts de la vie politique et la vive opposition entre monarchistes et républicains ne vont pas manquer de se répercuter sur la législation sur la presse dans les années 1871–1875. Ces turbulences se reflètent dans la question cruciale de la compétence juridictionnelle qui donna lieu à une remarquable volte-face.

Dans un premier temps, la loi du 12 avril 1871 « relative aux poursuites en matière de délits commis par voie de presse[73] » eut pour effet principal de retirer la connaissance de ces délits aux tribunaux correctionnels pour l'attribuer, de nouveau, à la cour d'assises, malgré quelques rares exceptions[74]. En termes plus juridiques, cette loi abrogeait les dispositions du décret impérial du 17 février 1852 et de la loi du 11 mai 1868 élaborées par le législateur du Second Empire. Dans son rapport fait au nom de la commission, le duc de Broglie exposait magistralement les deux raisons classiques justifiant la solution du jury. D'une part, en raison de l'imprécision inévitable de ce genre de délits, « il y a là une appréciation très délicate sur laquelle les règles de la jurisprudence seront toujours muettes, tandis que l'opinion du public éclairé se trompe rarement[75] ». La seconde raison est encore plus importante car elle tient à la nature inévitablement politique de tels procès. Or, « soumettre de pareils délits au jugement de la magistrature, c'est donc inévitablement la faire descendre dans l'arène de la politique : c'est enlever à la justice ce caractère d'impartialité qui lui assure seul le respect de la société[76] ». En quelques mots, le duc de Broglie avait parfaitement résumé l'ambivalence des délits de presse qui sont à la fois des délits de droit pénal, mais qui sont en même temps des délits « politiques » – dont l'offense en est un exemple parfait. Son point de vue explique la réticence souvent exprimée par les magistrats, surtout ceux du siège, à juger des affaires politiquement sensibles.

Ainsi, la loi du 12 avril 1871 scella la fin de la législation impériale sur la presse en rendant désormais applicable la loi du 27 juillet 1849. On pouvait croire l'état du droit bien établi mais, quatre ans plus tard, alors que les lois constitutionnelles de 1875 étaient adoptées, la loi du 29 décembre 1875 vint encore modifier les règles de compétence pour la connaissance des délits de presse. Cette loi porte « sur la répression des délits qui peuvent être commis par la voie de la presse ou par tout

---

[73] On en trouve le contenu exact dans *Dalloz*, 1871, IV, p. 44 *sqq.*

[74] Ainsi, l'injure verbale envers un fonctionnaire public était jugée par le tribunal correctionnel.

[75] *Dalloz*, 1871, IV, p. 45.

[76] *Ibid.*

autre moyen de publication, et sur la levée de l'état de siège ». Comme l'explique sobrement l'exposé des motifs de la loi, le rôle de cette loi « consiste à pourvoir aux dangers que peut entraîner la disparition de l'état de siège dans la plupart des départements[77] ». En d'autres termes, la mise hors de vigueur de l'état de siège dans la presque totalité du pays aurait pour effet de desserrer l'étreinte exercée par le pouvoir militaire sur la presse et de rendre, corrélativement, nécessaire, le durcissement des délits de presse. Opposé à ce projet de loi, son rapporteur à la Chambre des députés, Albert Grévy, propose de disjoindre les deux volets de ce projet, refusant ainsi le compromis boiteux proposé par le Gouvernement selon lequel le vote de la fin de l'état de siège serait obtenu contre le vote d'une loi sur la presse plus répressive[78]. Quant à Édouard de Laboulaye, il prétend que ce marché de dupes lui fait penser au discours de Calonne qui, réunissant les notables pour leur dire à quelle sauce ils allaient être mangés, et se voyant rétorquer par ceux-ci qu'ils affirmaient ne pas vouloir être mangés, leur répondit qu'ils « sortaient de la question[79] ». À la fin des débats, Louis Blanc et Noël Madier de Monjau useront de leur verve pour dénoncer une loi liberticide qui, sous prétexte d'efficacité de la justice, visait à museler la presse.

Ces débats parlementaires révèlent que ce projet de loi voulu par les partisans de l'Ordre moral (Mac-Mahon et ses amis) constitue, aux yeux de nombreux républicains, un grave recul pour la liberté de la presse. En effet, la nouvelle loi reconnaît certes le principe de la compétence du jury d'assises, mais elle en vide la substance en ne prévoyant pas moins de huit exceptions, c'est-à-dire huit délits, au profit de la compétence des tribunaux correctionnels (art. 5). Dans cette longue liste figure le délit d'offense « envers le Président de la République, ou l'une des deux Chambres ou la personne du souverain ou d'un chef de Gouvernement étranger » (art. 5-2°). Selon la justification donnée dans l'exposé des motifs du projet de loi, le Gouvernement a entendu réagir contre la tendance regrettable de la presse « à oublier les discussions de principes pour les polémiques injurieuses et personnelles, à tourner l'attaque et la dérision contre les personnes, à jeter l'outrage contre tous ceux qui sont dépositaires de l'autorité publique[80] ». C'est donc au nom de la « décence publique[81] » que le Gouvernement par la voix de son Garde des Sceaux (Dufaure) entend réagir contre de tels prétendus excès. Les délits qui sont principalement visés dans l'exposé des motifs, sont les délits de « diffamation, d'outrage et d'injure publique envers toute personne et tout corps constitué ». Le délit d'offense est alors assimilé à ces délits[82] et sa répression est justifiée par le Gouvernement de la même manière que pour les autres délits ainsi « correctionnalisés » : « La liberté de discussion n'est pas ici en jeu ; elle demeure intacte à condition que l'expression de la critique ne soit pas injurieuse ; *qu'elle ne cesse pas d'être respectueuse ou tout*

[77] Exposé des motifs de la loi du 29 décembre 1875 (D. 1876, IV, p. 30.

[78] Séance du 24 décembre 1875, *Annales de l'Assemblée nationale. Compte-rendu in extenso des séances*, Paris, Journal Officiel, 1876, p. 153 *sqq.*

[79] *Ibid.*, p. 166.

[80] Rapport sur le projet de loi par M. Dufaure, *Assemblée nationale. Impressions. Projets de lois, propositions, rapports, etc.*, t. LXV, novembre 1875, Annexe n° 3414, p. 4.

[81] *Ibid.*, p. 5.

[82] « Tout ce qui précède s'applique à l'offense envers le Président de la République, ou envers une des Assemblées législatives ou envers un chef d'un Gouvernement étrangers » (*ibid.*, p. 6).

au moins convenable dans la forme[83]. » C'est une des rares fois où le pouvoir avoue publiquement défendre le délit d'offense envers le président de la République par la nécessité de contraindre les citoyens à manifester un minimum de respect envers le chef de l'État. Cela suppose donc une modération dans la critique non seulement sur le fond, mais aussi sur la *forme*. La formule du rapport Dufaure mérite d'être retenue tant elle contient des similitudes avec certaines formulations contenues dans des décisions de justice rendues sous la Ve République pour protéger la dignité du chef de l'État et du général de Gaulle.

En réalité, la véritable « révolution » de cette loi hypocrite consiste à « correctionnaliser » ces délits de presse, c'est-à-dire à transférer la compétence juridictionnelle et de la Cour d'assises aux tribunaux correctionnels. Le ministre de la justice considère que les délits de presse devant continuer à relever de la Cour d'assises – par exemple, les délits d'excitation à la haine et au mépris du Gouvernement et d'outrage à la morale publique et religieuse – sont ceux qui « touchent à la politique[84] » ou dont « le caractère est le plus politique[85] ». Il faut en déduire que le délit d'offense ne ferait pas partie des délits les « plus politiques » – ce qui est contestable. Ce critère de la nature plus ou moins politique du délit fut d'ailleurs pourfendu par le député Madier de Monjau, dans une des interventions les plus corrosives de ces débats[86]. En réalité, ce retour à la solution du Second Empire opéré par cette loi du 29 décembre 1875 s'explique par le contexte politique de l'ordre moral dont le nom reste associé à celui du maréchal Mac-Mahon. Édouard de Laboulaye, grand jurisconsulte et opposant libéral à cette loi, ne s'y est pas trompé : il a démoli l'argumentation du gouvernement en qualifiant la loi proposée de « loi d'exception[87] ». Après avoir fait un éloge convenu des magistrats, il s'étonne que « le gouvernement ne n'aperçoive pas quel peut être le danger d'un pareil système qui fait de la magistrature un pouvoir politique[88] ». Cette critique de la compétence des tribunaux correctionnels apparaît prophétique au regard de la vague de procès pour offense qui aura lieu après la crise de mai 1877, lors du conflit frontal entre Mac-Mahon et Gambetta. La loi du 29 décembre 1875 est l'un des malheureux précédents législatifs sur lesquels la grande loi sur la presse du 29 juillet 1881 entendit revenir.

V. Offense au roi et offense au président de la République : une fausse symétrie ?

Cette brève histoire de la législation sur l'offense au cours des deux premiers tiers du XIXe siècle pourrait laisser penser que l'offense au président de la République est un simple succédané de l'offense au Roi et que la continuité entre les

[83] *Ibid.*, p. 6 (nous soulignons).

[84] Dufaure cité dans *Dalloz*, 1876, IV, p. 33.

[85] *Ibid.*

[86] Séance du 28 décembre 1875, *Annales de l'Assemblée nationale*, *op. cit.*, p. 226.

[87] « Elle change la juridiction […] [et] rend justiciables de la police correctionnelle les délits de presse » (E. Laboulaye, Séance du 24 décembre 1875, *Annales de l'Assemblée nationale*, *op. cit.*, p. 165).

[88] *Ibid.*, p. 165.

deux délits prédomine. En réalité, il vaut mieux parler de fausse symétrie pour décrire leurs relations car si ces deux délits appartiennent au même genre, l'offense, ils ne sont pas pour autant identiques.

A. Éléments de continuité entre les deux délits

L'histoire de ce délit de presse enseigne certes qu'il y a bien une unité du concept de l'offense au chef de l'État. En effet, si la personne protégée par le droit pénal (Code pénal ou loi sur la presse) peut varier et être aussi bien le roi, l'empereur que le président de la République, il demeure que, dans tous les cas, c'est le titulaire d'une fonction constitutionnelle qui est protégé : le chef de l'État. La question de l'offense fait donc partie d'un ensemble plus vaste qu'on appelle le statut du chef de l'État et à l'intérieur duquel il faut isoler son statut *pénal* dont les deux principales composantes sont l'immunité pénale et l'offense[89].

Ensuite et surtout, il y a un régime juridique commun à l'offense, que celle-ci défende le roi, l'empereur ou le président de la République. Ce délit spécial a un régime juridique commun, même s'il se rapproche certes des autres délits voisins, comme l'injure ou la diffamation. C'est un délit contre la chose publique et par là même, il suppose que la poursuite incombe au seul ministère public, ce qui exclut la plainte personnelle du chef de l'État. Par ailleurs, à la différence de la diffamation ou de l'injure, c'est un délit qui est indéterminé. Enfin et surtout, il est très difficile de faire la preuve de son innocence, une fois que ce délit est poursuivi par le Parquet. En effet, comme on l'a vu, l'intention coupable de l'auteur de l'offense est largement présumée de sorte que l'accusé est en grave position de faiblesse dans un procès qui vise structurellement à protéger l'autorité publique au détriment éventuel de la liberté d'expression.

Enfin, le dernier élément d'unité et de continuité du délit d'offense tient à l'embarras récurrent des commentateurs des diverses lois sur l'offense pour justifier pareille atteinte à la liberté de la presse. En effet, ils sont tous obligés, quelle que soit la loi en cause, de relever la contradiction manifeste entre deux exigences contraires impliquées par un tel délit. D'un côté, ce dernier est censé réprimer un abus, une exagération, le principe devant demeurer la liberté de discussion et de critique, – la liberté d'expression. D'un autre côté, il a pour objet de sanctionner une attaque jugée excessive envers le chef de l'État qui menace son autorité, sa dignité, voire son prestige. La contradiction semble évidente, quoi qu'en disent les auteurs, entre ces deux impératifs. C'est donc l'étude de la pratique juridique qui donnera la réponse et l'équilibre ne sera jamais parfait : tantôt la balance penchera dans un sens tendanciellement favorable à la répression, tantôt dans l'autre sens, dans celui de la mansuétude ou bienveillance, favorisant la liberté de critique.

S'il existe des traces évidentes de continuité entre 1819 et 1875 à propos de l'offense, des lignes de rupture existent et elles permettent d'invalider la thèse d'une totale identité du délit d'offense d'une période à une autre.

B. Variété de l'offense ou les lignes de rupture historique

D'abord, cette unité conceptuelle recouvre une grande variation suivant les régimes politiques. De cette histoire de l'offense de 1819 à 1875, il ressort que le délit d'offense a non seulement survécu aux fréquents changements de régime, mais

[89] Voir sur ce point la thèse de P.-O. Caille, *L'inviolabilité pénale du chef de l'État*, thèse de doctorat en droit public, Université de Lille, 2001.

qu'il s'adapte à chaque fois à la nouvelle donne constitutionnelle. Sa naissance en 1819 est un peu circonstancielle. La chute de la royauté sous la Révolution française a fragilisé celle-ci, son retour sous la forme de la Restauration avec Louis XVIII est teinté d'une grande ambivalence car la royauté n'a plus le caractère d'évidence qu'elle avait sous l'Ancien Régime. Le respect qu'on était censé avoir envers le Roi ne peut plus être le même après la Révolution française dont l'un des événements les plus traumatiques fut la décapitation de Louis XVI, le 21 janvier 1793. L'introduction de la notion même d'offense au roi signale qu'il faut désormais à la monarchie une béquille juridique pour protéger la dignité du roi. Puisque le crime de lèse-majesté est désormais inenvisageable, on lui substitue un succédané « *soft* » qu'est l'offense, mise en relation de façon systématique avec l'inviolabilité royale. Pourtant, les deux concepts n'ont pas du tout la même signification car l'offense est un moyen de protection pénale alors que l'inviolabilité sert à ériger un principe d'irresponsabilité politique dans un régime constitutionnel qui verra apparaître le couple du chef de l'État irresponsable et du Gouvernement responsable politiquement devant le Parlement, typique d'un régime parlementaire.

Le maintien de l'offense sous la IIe République témoigne du fait qu'elle est compatible avec la forme républicaine et n'est pas limitée à la forme monarchique de gouvernement. Les républicains veulent aussi défendre la République en exigeant, indirectement, le respect dû au titulaire de la magistrature suprême. De ce point de vue, la véritable innovation ou rupture apparaît sous la IIe République – et non sous la IIIe République – dans la mesure où c'est pendant cette courte période (1848–1851) qu'est reconnue cette idée – incongrue, voire hérétique, pour nombre de républicains radicaux – selon laquelle le chef de l'État mériterait, même en République, une protection spéciale. Quant au Second Empire, il se situe dans la continuité du Premier Empire, comme le prouve la répression de l'offense par le Code pénal, et non pas par une loi sur la presse. L'offense à l'empereur est clairement envisagée comme visant à renforcer l'autorité du Prince. Dans ce cas, la dimension autoritaire du délit saute aux yeux.

Par ailleurs, l'histoire législative de l'offense démontre aussi la frappante homologie entre répression de l'offense et la nature du régime. Plus le régime est autoritaire, plus les sanctions prévues sont lourdes, et plus on tend à attribuer la compétence aux tribunaux correctionnels, et à éviter la Cour d'assises. Ainsi, le régime le plus autoritaire – le Second Empire – refuse la solution du droit pénal spécial (délits d'offense prévu par une loi sur la presse) et recourt au droit pénal général (Code pénal) pour sanctionner les offenseurs. De ce point de vue, le délit d'offense apparaît comme un fidèle sismographe des évolutions politiques au cours du XIXe siècle – évolutions qu'une historienne du droit a su résumer, ainsi :

> le sens donné au mot « offense » par les monarchies constitutionnelles et par le Second empire, était une définition tournée vers le passé qui faisait davantage référence au crime de lèse-majesté qu'à la protection juridique d'une personne haut placée[90].

L'unité juridique du concept d'offense ne doit pas masquer sa diversité qui varie en fonction du régime constitutionnel. La distinction entre l'État et les formes de gouvernement permet de comprendre comment un seul et même concept – l'offense au chef de l'État – peut revêtir des significations différentes.

---

[90] K. Drigère, *L'offense au chef de l'État, op. cit.*, p. 35.

Enfin, la protection offerte par le délit d'offense au roi (1819) ou à l'empereur (1853) n'est pas identique à celle offerte par l'offense au président de la République (1849, 1871 et 1881) pour une raison juridique bien précise. En effet, les deux premiers cas d'offense étendent une telle protection pénale aux membres de la famille du roi et de l'empereur. L'offense aux membres de la famille royale, est prévue par l'article 10 de la loi du 17 mai 1819 qui punit le prévenu d'un mois à trois ans de prison, et une amende de 100 à 5 000 francs. La Cour de cassation appliqua le délit d'offense envers le roi à un individu qui avait attaqué la mémoire du duc de Berry assassiné en 1820 et qui fut condamné à trois ans de prison[91]. Ce fut le cas aussi sous la Monarchie de Juillet où furent poursuivis des étudiants en médecine de Montpellier qui avaient gravement offensé l'épouse du roi Louis-Philippe par des paroles égrillardes prononcées dans un café[92]. Cette protection « collective », voire « dynastique », vaut aussi sous le Second Empire pour l'offense à l'empereur. Tout comme l'attentat contre la vie et la personne des « membres de la famille impériale », l'article 86 du Code pénal punit l'offense commise publiquement contre les membres de la famille de Louis-Napoléon Bonaparte. Le rapporteur de la loi justifie cette extension dans le cas de ce crime (attentat) et de ce délit (offense) par le fait que « la dynastie appartient à l'État : il doit à tous ceux qui la composent une protection spéciale qui est la garantie de ses propres intérêts[93] ». En revanche, la protection de l'offense cesse de valoir dès que le régime dynastique cesse d'exister. Par exemple, sous la III^e^ République, le fils de Louis-Napoléon Bonaparte tenta de faire condamner pour offense le journal *Le Siècle* qui avait présenté son père comme étant un chef d'État corrompu. Sa demande fut sèchement rejetée par la Cour de cassation qui lui objecta : « le délit d'offense destiné à protéger un régime politique est devenu sans objet lorsqu'il n'y a plus d'empire et de dynastique impériale[94] ». Seule l'incrimination de diffamation commise envers un dépositaire de l'autorité publique pour faits en relations avec ses fonctions » restait ouverte au plaignant.

Il y a donc bien une spécificité de l'offense au roi et à l'empereur qui tient à cette protection plus large s'étendant à la famille tout entière. Une telle composante *dynastique* de l'offense est littéralement impensable dans un système républicain où celle-ci ne protège pas, au moins théoriquement, l'épouse du président, ni ses enfants, ni ses frères et sœurs. Sous la III^e^ République, le Parquet refusera de poursuivre un journal qui avait mis en cause la moralité de l'épouse du président Poincaré. Sous la V^e^ République, l'épouse du président Pompidou fut vigoureusement caricaturée dans *Hara-Kiri* : pour sanctionner le journal et le dessinateur (Cabu), les juges ont dû expliquer, de façon assez laborieuse, que c'était par là même le président qui était lui-même offensé. Ils ont donc implicitement reconnu que, dans une République, l'offense ne protégeait pas l'épouse du chef de l'État[95].

---

[91] Cass. Crim., 24 avril 1823.

[92] « La République nous appelle, Madame Philippe a mal au c… ; c'est Perrier qui lui a f… ; vive la République » (Cour d'assises de l'Hérault, 1832, A.D. de l'Hérault, cité par K. Drigère, *L'offense au chef de l'État*, *op. cit.*, p. 14).

[93] Le comte de la Guéronnière, député rapporteur (*Dalloz*, 1853, IV, p. 113).

[94] Cass. Crim. 24 mai 1879 (*D.P.*, I, p. 273).

[95] Voir O. Beaud, *La République injuriée*, *op. cit.*, p. 472-474.

*
**

Au terme de cette histoire législative du délit d'offense antérieure à la IIIe République, il est possible d'affirmer à la fois la continuité entre les deux délits – offense au Roi et offense au président de la République – et les dissemblances résultant de ce que l'on ne peut pas isoler ce délit de son bénéficiaire. Le chef de l'État est une institution qui dépend d'un ensemble institutionnel, plus large, qu'on appelle le régime politique ou constitutionnel. La seule question qui se posait en 1870 au moment de la chute du Second Empire était celle de savoir si ce délit d'offense allait être conservé. Il le fut aussi bien en 1871 qu'en 1875 pendant cette curieuse période transitoire où le régime constitutionnel était encore incertain avant qu'il ne se fixât en République. La IIIe République a cru régler ce problème des délits de presse en élaborant un monument législatif, la loi du 29 juillet 1881, qui voulait débarrasser le pays des délits d'opinion.

Olivier Beaud

Professeur de droit public, Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas.

Éric Buge et Mathieu Mugnier

Le rapporteur, clef de voûte de la délibération parlementaire

« Déposer des amendements, ce n'est pas véritablement l'essentiel : être rapporteur, oui, ça permet de peser effectivement sur le texte lui-même[1]. »Ainsi s'exprimait un député interrogé en 2007 par Olivier Costa et Éric Kerrouche. Pour chaque projet ou proposition de loi étudié par l'Assemblée nationale ou par le Sénat, la commission saisie au fond et, le cas échéant, la commission saisie pour avis désignent un ou plusieurs de leurs membres chargés d'étudier plus en profondeur le texte[2]. Ce parlementaire, qui appartient le plus souvent au groupe majoritaire de son assemblée, est nommé par ses pairs pour accomplir une double mission : expertiser le contenu du projet ou de la proposition de loi et guider ses collègues dans leurs choix tout au long de la procédure législative. Il bénéficie à cette fin de prérogatives exorbitantes, en particulier celle de pouvoir donner son avis sur tous les amendements discutés.

S'il existe, avec quelques intermittences, depuis la Révolution française[3], le rapporteur demeure peu connu du grand public. De fait, son rôle et ses missions dans la procédure législative ne sont explicités par aucun texte. Absent de la Constitution comme de la loi, c'est le règlement de chaque assemblée qui définit ses prérogatives, mais de manière très évasive. Les interstices des textes ayant été comblés par la pratique parlementaire, seule son analyse permet de saisir quels sont le rôle et le poids du rapporteur.

L'office de ce dernier a évolué, puisque le rapporteur s'est d'abord limité à présenter les conclusions de la commission devant l'ensemble de ses collègues. Il est d'ailleurs peu présent dans les travaux d'Eugène Pierre : sous la III^e^ République, le rapporteur n'est désigné qu'à la fin des débats en commission et son rapport « n'est pas l'œuvre du seul membre qui le signe, mais de la commission tout entière[4] ». Aujourd'hui, c'est dès avant l'examen du texte en commission que débute l'office

---

[1] O. Costa et É. Kerrouche, *Qui sont les députés français ? Enquête sur des élites inconnues*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008, p. 157.

[2] Articles 86 et 87 du Règlement de l'Assemblée nationale (RAN) et articles 16 et 17 du Règlement du Sénat (RS).

[3] La fonction de rapporteur a notamment été interdite dans le corps législatif de l'Empire, le sénatus-consulte organique du 28 frimaire an XII (1803–1804) disposant que « les délibérations […] seront prises à la majorité des voix, sans nomination de commission ni de rapporteur ». Cette fonction s'est diffusée dans de nombreux parlements mais demeure étrangère aux parlements anglo-saxons.

[4] E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, t. II, Paris, Loysel, 1989, p. 901.

du rapporteur, dont le rôle s'est accru au fil du temps, à tel point qu'il est désormais qualifié d'« homme-orchestre de la commission permanente[5] », de « véritable pivot de la procédure législative[6] » voire de « *deus ex machina* de la fabrication de la loi[7] ».

Ayant pris acte de cette affirmation, la doctrine juridique ne s'intéresse plus guère au rôle du rapporteur. À notre connaissance, très peu de travaux portent spécifiquement sur cette question : l'article d'Henri Georges sur les pouvoirs du rapporteur dans les commissions parlementaires a été publié il y a plus de quarante ans, en 1977[8]. Si le rôle du rapporteur est encore évoqué, c'est dans le cadre de réflexions plus larges portant sur le travail en commission[9] ou en séance publique[10] ou sur la procédure législative de manière générale[11]. Surtout, la doctrine juridique s'interroge peu sur l'influence du rapporteur dans le fonctionnement des assemblées parlementaires, organes délibérants par essence.

On constate ainsi un décalage entre la doctrine juridique et la théorie politique, qui a pris un « tournant délibératif » au cours des quarante dernières années. Cette dernière porte, en effet, une attention croissante aux enjeux de la délibération dans le champ politique[12]. Si ce courant théorique s'est principalement penché sur les « mini-publics », c'est-à-dire sur toute forme de panels citoyens tirés au sort, il s'est également intéressé aux institutions politiques, en particulier parlementaires, pour évaluer leur dimension délibérative. Tant les parlements étrangers que le Parlement français ont été analysés à cette aune[13].

Ces études, si elles prennent en compte le système institutionnel dans lequel s'inscrivent les parlements étudiés (régime présidentiel ou parlementaire, chambre

---

[5] P. Loquet, *Les commissions parlementaires permanentes de la cinquième République*, Paris, PUF, 1982.

[6] P. Cahoua, « Les commissions, lieu du travail législatif », *Pouvoirs*, n° 34, 1985, p. 43.

[7] G. Bergougnous, « Les commissions parlementaires dans le processus d'élaboration de la loi en France », in Fr. Fraysse et F. Hourquebie (dir.), *Les commissions parlementaires dans l'espace francophone*, Paris, Montchrestien, 2011.

[8] H. Georges, « Les pouvoirs des rapporteurs des commissions parlementaires », in *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977.

[9] P. Türk, *Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la Ve République*, Paris, Dalloz, 2004 ; B. Mathieu, « Les commissions parlementaires, outils de revalorisation de la fonction parlementaire », *Revue française de finances publiques*, n° 113, 2011, p. 31-44 ; B. Morel, « Les commissions permanentes au Sénat : analyse d'une diversité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 109, 2017, p. 143-172.

[10] A. de Montis, *La rénovation de la séance publique du Parlement français. Étude sur l'efficacité politique de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008*, Paris, Dalloz, 2014.

[11] Voir le chapitre 6 de l'ouvrage de P. Avril, J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit parlementaire*, 5e éd., Paris, LGDJ, 2014, qui présente le rôle du rapporteur.

[12] Voir l'ouvrage de synthèse A. Bächtiger, J.S. Dryzek, J. Mansbridge et M. Warren (dir.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

[13] Parmi d'autres exemples, voir J. Steiner, A. Bächtiger, M. Spörndli et M.R. Steenbergen, *Deliberative Politics Action. Analysing Parliamentary Discourse*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 ou Cl. Viktorovitch, *Parler, pour quoi faire ? La délibération parlementaire à l'Assemblée nationale et au Sénat (2008–2012)*, thèse, SciencesPo Paris, 2013. Dans une optique historique, voir le livre de N. Rousselier, *Le Parlement de l'éloquence. La souveraineté de la délibération au lendemain de la Grande guerre*, Paris, Presses de SciencesPo, 1997.

unique ou bicamérisme, etc.), ne se confrontent généralement pas au détail des procédures parlementaires. Elles ont ainsi tendance à passer sous silence l'objectif principal de la procédure législative : organiser la discussion et le débat sur les projets et propositions de loi dont le Parlement est saisi, afin d'élaborer, dans des délais contraints et dans un contexte pluraliste, la meilleure loi possible, par une délibération publique.

À ce titre, la place et le rôle du rapporteur peuvent sembler ambigus. En effet, comme l'écrivait Henri Georges,

> si, lors de la décision, les parlementaires sont égaux en droit, si chacun d'eux dispose dans le vote d'une voix égale à celle des autres, les conditions du débat parlementaire […] font que l'un d'entre eux – le rapporteur – dispose d'un poids bien supérieur[14].

Ce constat, dont nous montrerons qu'il est encore vérifié aujourd'hui, heurte plusieurs des conditions de ce que devrait être, en théorie, une bonne délibération (en particulier, le principe d'égalité des participants dans les prises de parole et la capacité à se laisser convaincre par la force du meilleur argument).

Dès lors, à la lumière des théories de la délibération, se pose la question suivante : l'influence du rapporteur sur le vote de la loi constitue-t-elle une anomalie délibérative ? En d'autres termes, comment un parlementaire, le rapporteur, peut-il se voir attribuer des compétences aussi larges sans porter atteinte au caractère délibératif de la procédure parlementaire[15] ?

Pour tenter d'éclairer ce paradoxe et comprendre la raison d'être du rapporteur dans la procédure législative, il convient tout d'abord d'analyser ses prérogatives et son office tels qu'ils découlent de la pratique parlementaire et des textes qui la régissent. Il en résulte que le rapporteur est placé sur un pied d'égalité avec le gouvernement à presque tous les stades de la procédure, faisant de lui un parlementaire ordinaire doté de moyens extraordinaires et d'une capacité d'influence hors du commun (I). Si le rapporteur est essentiel à la procédure législative, c'est que les conditions concrètes de cette dernière sont souvent éloignées des idéaux théoriques : le temps dont disposent les parlementaires pour s'informer, débattre et prendre une décision est réduit et l'information disponible n'est jamais exhaustive. Dans ce contexte, le rapporteur est un opérateur de réduction de la complexité parlementaire, visant à concilier délibération et décision (II). Ce rôle éminent du rapporteur n'est acceptable que parce qu'il est investi d'une triple confiance – politique, organique et technique – qui permet à ses collègues de se reposer sur ses avis (III).

---

[14] H. Georges, « Les pouvoirs des rapporteurs des commissions parlementaires », art. cité, p. 452.

[15] Nous ne traiterons ici que de la procédure législative mais une partie de nos remarques pourrait être généralisée aux missions des rapporteurs lors des travaux de contrôle et d'évaluation. Par ailleurs, nous ne prenons pas spécifiquement en considération le rôle des rapporteurs généraux des commissions des finances et des affaires sociales, dont les prérogatives concernent aussi bien la procédure législative que le contrôle et l'évaluation.

I. Le rapporteur, un parlementaire ordinaire doté de moyens extraordinaires

En 2014, Audrey de Montis écrivait que « tout au long du débat, [le rapporteur] va se trouver continuellement mis sur un pied d'égalité avec le Gouvernement et se verra conférer les mêmes prérogatives[16] ». Le rapporteur bénéficie, en effet, de prérogatives beaucoup plus larges que ses collègues parlementaires, notamment en ce qui concerne l'accès à l'information et sa capacité à intervenir pendant les débats (A). Il dispose en conséquence d'une influence prépondérante dans la rédaction de la loi, qui le rend incontournable tout au long de la procédure parlementaire (B).

A. Des prérogatives juridiques considérables

Le rapporteur exerce, avec le président de la commission, les prérogatives de cette dernière. Il dispose, à cet effet, d'un accès facilité à l'information et à la parole et de facilités pour présenter ses amendements[17].

1. Un accès facilité à l'information

Avant même le début de l'examen d'un texte, c'est le rapporteur qui organise le cycle des auditions préparatoires, avec le soutien de l'administration parlementaire.

Au Sénat, les rapporteurs des commissions permanentes ont ainsi mené 998 heures d'audition sur des textes législatifs pour la seule session 2019–2020, contre 770 heures d'audition pour les travaux de contrôle[18]. Cette statistique n'est pas disponible pour l'Assemblée nationale mais la présidente de la commission des lois, Yaël Braun Pivet, indiquait en octobre 2019 que cette commission avait entendu, pour ses travaux législatifs ou de contrôle, 3 400 personnes en deux ans[19].

Les auditions du rapporteur poursuivent trois objectifs : consulter l'ensemble des parties prenantes, apprécier les conséquences concrètes d'une réforme et se forger une conviction sur le texte examiné. Ainsi, s'agissant d'un projet de loi portant sur le droit des étrangers, si François-Noël Buffet, rapporteur du Sénat, pouvait estimer dans son rapport que « les services sont à bout de souffle face à tant de complexité, qui nuit gravement à leurs conditions de travail et à la manière dont sont traités les étrangers[20] », c'est grâce aux auditions et déplacements en centres de rétention administrative (CRA) qu'il avait effectués.

---

[16] A. de Montis, *La rénovation de la séance publique du Parlement français*, *op. cit.*, p. 445.

[17] Les prérogatives des rapporteurs sont synthétisées dans le tableau figurant en annexe.

[18] Direction générale des missions institutionnelles (DGMI) du Sénat.

[19] Compte rendu de la commission des lois de l'Assemblée nationale, réunion du 9 octobre 2019.

[20] Rapport nº 552 (2017–2018) fait sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, p. 30.

La révision constitutionnelle de 2008[21] a d'ailleurs cherché à garantir un temps de travail suffisant pour le rapporteur[22] : en première lecture, un délai de six semaines doit être observé entre le dépôt du texte et son examen en séance devant la première assemblée saisie. Un second délai est prévu pour l'examen devant l'autre assemblée : la discussion en séance ne peut intervenir que dans un délai de quatre semaines après la transmission du texte (article 42 de la Constitution). L'engagement de la procédure accélérée – qui est devenu majoritaire dans la pratique parlementaire[23] – permet toutefois au Gouvernement de déroger à ces délais minimaux, le rapporteur devant souvent travailler dans l'urgence. La crise sanitaire a d'ailleurs démontré toute l'agilité de la fonction de rapporteur : pour l'exemple de la loi du 22 juin 2020 visant à sécuriser le second tour des élections municipales et communautaires, la commission des lois de l'Assemblée nationale a examiné le texte moins d'une semaine après son dépôt, adoptant 17 amendements dont 15 de son rapporteur, Guillaume Vuilletet.

Les assemblées souhaitent aujourd'hui diversifier les sources d'information des rapporteurs, notamment grâce à l'ouverture d'espaces participatifs sur Internet. L'Assemblée nationale a par exemple organisé une consultation citoyenne sur la haine en ligne en 2019, qui a recueilli 1 415 contributions. Elle s'était dotée d'une plateforme de consultation du public en 2018 quand le Sénat s'est pour sa part tourné vers la consultation des élus locaux, mobilisant notamment sa plateforme en 2019 lors de l'examen du projet de loi de transformation de la fonction publique (2 200 participants).

Le travail préparatoire du rapporteur lui permet également d'assurer l'information de ses collègues : plutôt que leur demander une « confiance aveugle », le rapporteur doit « les éclairer et leur fournir tous les éléments d'une libre décision[24] ». Ses auditions sont ainsi ouvertes à l'ensemble des membres de la commission, comme le confirment l'article 46 du Règlement de l'Assemblée nationale et la pratique sénatoriale. Dans le même objectif, le rapporteur de l'Assemblée nationale publie, « au cours de la semaine qui précède l'examen [du texte] en commission, un état de l'avancement de ses travaux[25] », qui est mis en ligne sur le site de l'Assemblée et sert de base à la réflexion de ses collègues. Ce document comporte notamment un commentaire juridique des articles du texte examiné.

---

[21] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

[22] Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, présidé par É. Balladur, ayant déploré que les textes soient « déposés trop peu de temps avant leur examen, que les rapporteurs ne [puissent] pas travailler de manière approfondie et que les amendements déposés en commission [soient] insuffisamment préparés » (*Une Ve République plus démocratique*, rapport remis au Président de la République en octobre 2007).

[23] Lors de la session parlementaire 2018–2019, deux tiers des lois ont été adoptés après engagement de la procédure accélérée (*Bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2020*, fait par la sénatrice Valérie Létard).

[24] H. Georges, « Les pouvoirs des rapporteurs des commissions parlementaires », art. cité.

[25] La publication de ce document n'est pas obligatoire lorsque le texte est examiné en séance publique moins de six semaines après son dépôt (article 86 du Règlement de l'Assemblée nationale).

À l'issue de la réunion de la commission, le rapporteur publie un rapport qui présente les travaux de la commission et les principales modifications apportées au texte initial. Eugène Pierre définissait ce rapport comme « l'acte officiel par lequel une commission soumet à la Chambre le résultat de ses travaux et ses conclusions définitives[26] ». Outre la description juridique des articles du texte de la commission, le rapport comprend une présentation générale de ce dernier ainsi que le compte-rendu des échanges en commission. À l'Assemblée nationale, le Règlement précise que ce document peut comporter les contributions écrites des groupes minoritaires et d'opposition et du député chargé de l'application de la loi ainsi que la liste des textes susceptibles d'être abrogés ou modifiés[27]. En pratique, le rapport reste toutefois l'œuvre quasi-exclusive du rapporteur, qui est libre d'en façonner le contenu.

2. Une large capacité à s'exprimer

Alors que le droit de s'exprimer constitue l'un des biens les plus précieux de la procédure parlementaire, le rapporteur peut en bénéficier de manière privilégiée à tous les stades du débat.

Il a tout d'abord la possibilité de présenter le texte en débat tant en commission qu'en séance publique. En commission, le rapporteur expose sa position au cours d'un exposé liminaire. Cette intervention sert de base à la discussion générale, qui se poursuit par l'intervention de ses collègues. En séance, le rapporteur est chargé de présenter la position de la commission lors de la discussion générale, pour une durée maximale de dix minutes[28]. Il définit librement le contenu de son intervention, même si le Règlement du Sénat précise qu'il doit se limiter à « compléter » et à « commenter » son rapport, « sans en donner lecture ».

Ultérieurement, et contrairement aux autres parlementaires, le rapporteur peut prendre la parole à n'importe quel moment de la séance publique, prérogative essentielle qu'il partage avec les ministres et les présidents de commission[29]. À l'Assemblée nationale, ses interventions sont d'ailleurs exclues du temps législatif programmé, qui contraint uniquement le temps de parole des groupes politiques[30]. Il s'agit là d'une prérogative majeure, qui lui permet à la fois de répondre aux orateurs et d'orienter le débat, quand cela est nécessaire. Sur le plan symbolique, le rapporteur est assis sur le banc des commissions, au premier rang de l'hémicycle et à proximité immédiate du ministre. Il peut demander une suspension de séance à tout moment, qu'il obtient de droit.

Au fil de la discussion des articles, le rapporteur émet un avis argumenté sur chaque amendement (« favorable », « défavorable », « demande de retrait », « sagesse[31] » et, le cas échéant, « avis du Gouvernement »), ce qui lui permet d'éclairer le vote de ses collègues qui savent qu'il est devenu un expert du texte discuté. Il

---

[26] E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, *op. cit.*, p. 930.

[27] Article 86 du Règlement de l'Assemblée nationale.

[28] Articles 91 du Règlement de l'Assemblée nationale et 42 du Règlement du Sénat.

[29] Il s'agit d'un droit ancien puisqu'Eugène Pierre le mentionne déjà dans son traité (E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, *op. cit.*, p. 1045).

[30] Articles 49 et 56 du Règlement de l'Assemblée nationale et article 37 du Règlement du Sénat.

[31] Lorsqu'il formule un avis de sagesse sur un amendement, le rapporteur présente les avantages et les inconvénients du dispositif à ses collègues mais ne leur donne pas d'indication de vote.

s'exprime également sur toutes les motions de procédure déposées par ses collègues (question préalable pour le rejet d'un texte, demande de renvoi en commission, etc.)[32].

En amont de la séance publique, l'avis qui sera donné par le rapporteur est discuté par l'ensemble de la commission afin de correspondre à sa position. Dans la grande majorité des cas, l'avis validé par la commission reprend cependant la proposition du rapporteur :

– à l'Assemblée nationale, la commission se réunit avant la séance pour examiner un tableau synthétisant les avis du rapporteur. Seuls les amendements soulevant le plus de difficultés font, le cas échéant, l'objet d'un bref débat, ces réunions, dites de « l'article 88 du Règlement », ne durant généralement que quelques minutes ;

– au Sénat, la commission se prononce sur chaque amendement. En pratique, l'avis du rapporteur reste toutefois peu discuté, notamment lorsque plusieurs centaines d'amendements doivent être examinés.

Cette facilité dans l'accès à la parole se trouve toutefois fragilisée par la réforme des temps de parole en séance publique, à l'Assemblée nationale[33] comme au Sénat[34]. Le rapporteur dispose désormais de deux minutes à l'Assemblée et de deux minutes et demie au Sénat pour présenter son avis[35], contrairement au ministre qui conserve un temps de parole illimité[36]. Au cours de la session 2018–2019, les interventions du Gouvernement ont d'ailleurs représenté 23,8 % du temps de parole au Sénat, soit sept points de plus que les commissions (présidents et rapporteurs inclus)[37].

Cette limitation du temps de parole des rapporteurs est parfois mal vécue par les parlementaires. Lors de l'examen du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), les sénateurs ont regretté que le rapporteur n'ait pas pu terminer sa démonstration sur la privatisation d'Aéroports de Paris (ADP), alors que le ministre était intervenu pendant quarante minutes. Gérard Longuet s'est alors exprimé ainsi :

> je suis attristé, pour le travail du Sénat, que la seule personne qui n'ait pu s'exprimer jusqu'au bout fût notre rapporteur qui a pourtant travaillé sur ce sujet et qui, au terme des deux minutes trente qui lui étaient allouées, a été contraint de reporter son explication[38].

Conscients de l'importance du rapporteur, les présidents de séance interprètent toutefois cette règle avec souplesse. Alors que le rapporteur du projet de loi relatif

---

[32] Article 91 du Règlement de l'Assemblée nationale et articles 43 et 44 du Règlement du Sénat.

[33] Résolution du 27 mai 2009 modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale.

[34] Résolution du 13 mai 2015 réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace.

[35] Articles 100 du Règlement de l'Assemblée nationale et 46 bis du Règlement du Sénat.

[36] Cons. const., n° 59-2 DC du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale.

[37] Direction de la séance du Sénat, *La séance plénière et l'activité du Sénat* (1er octobre 2018–30 septembre 2019), t. II, p. 41.

[38] Compte rendu intégral du Sénat, séance du 5 février 2019.

à la protection des données personnelles avait dépassé son temps de parole, Catherine Troendlé, vice-présidente du Sénat, a ainsi précisé : « Madame la rapporteure, […] j'ai fait preuve de beaucoup de souplesse par rapport au temps qui vous était accordé pour donner l'avis de la commission. Il me semblait en effet important que le Sénat dispose de l'ensemble de vos explications[39] ».

3. Une faculté renforcée de présenter des amendements

Si l'accès à l'information et l'appui de l'administration parlementaire constituent déjà deux avantages pour le dépôt d'amendements, le rapporteur bénéficie également de prérogatives procédurales en la matière.

Ainsi, en commission, les amendements du rapporteur de l'Assemblée nationale ne sont pas soumis au délai limite de dépôt, qui contraint normalement les députés à déposer leurs amendements trois jours ouvrables avant le début de la discussion du texte[40]. Le rapporteur dispose donc d'un temps supplémentaire pour déposer ses amendements, afin notamment de pouvoir proposer des rédactions de compromis pendant le débat en commission. En revanche, cette faculté a été supprimée au Sénat depuis 2015 : le rapporteur est astreint au même délai limite que les autres sénateurs, même si cette règle est souvent appliquée avec souplesse.

Après accord de la commission, le rapporteur peut également déposer des amendements en séance publique. Il n'est pas astreint au délai limite, y compris au Sénat et peut ainsi déposer un amendement à tout moment, faculté qu'il partage avec le président de la commission et avec le Gouvernement. La révision constitutionnelle de 2008[41] a toutefois réduit l'intérêt de cette prérogative : en séance, le débat s'organise désormais à partir du texte élaboré en commission et non du texte initial[42]. Le rapporteur a donc intérêt à faire adopter ses amendements dès l'examen en commission. En séance, son rôle est plus « défensif » : le rapporteur doit expliquer le texte adopté par la commission et justifier ses choix. Il se limite souvent à quelques amendements de coordination afin d'assurer la cohérence du texte.

B. Une influence prépondérante sur la rédaction de la loi

Les prérogatives du rapporteur lui donnent une influence déterminante sur la rédaction de la loi. Cette influence se matérialise principalement de deux manières : d'une part, au regard du nombre d'amendements adoptés et, d'autre part, par le caractère central du rapporteur dans les négociations qui se déroulent en amont comme en aval de l'examen d'un texte.

1. La capacité à amender le texte discuté

L'influence du rapporteur se manifeste dans le sort très particulier de ses amendements.

---

[39] Compte rendu intégral du Sénat, séance du 19 avril 2018.

[40] Articles 86 du Règlement de l'Assemblée nationale.

[41] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e^ République.

[42] À l'exception des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale (article 42 de la Constitution).

Depuis 2008, la commission constitue une étape clef pour le rapporteur : il dépose, comparativement à ses collègues, un nombre considérable d'amendements. Lors de la session 2017–2018, les amendements du rapporteur du Sénat ont représenté 39,93 % des amendements déposés en commission et 74,78 % des amendements adoptés[43]. Les commissions saisies au fond adoptent d'ailleurs la quasi-totalité des amendements déposés par leur rapporteur : leur taux d'adoption s'élève à 96,53 %, contre 16,56 % pour les autres sénateurs[44]. Autorisée dans les deux assemblées[45], la présence d'un ministre en commission est beaucoup moins fréquente au Sénat, sauf dans la nouvelle procédure de législation en commission (LEC)[46]. Dans la Haute assemblée, le Gouvernement dépose d'ailleurs très peu d'amendements au stade de la commission, renforçant ainsi la prééminence du rapporteur : pour la session 2017-2018, le Gouvernement n'a déposé que 30 amendements en commission, soit 0,73 % du total.

Amendements déposés en commission au Sénat (2017-2018)

	Amendements déposés		Amendements adoptés		Taux d'adoption
	En valeur absolue	*En %*	*En valeur absolue*	*En %*	*En %*
Rapporteur au fond	1 643	39,93 %	1 586	74,78 %	96,53 %
Rapporteur pour avis	171	4,16 %	136	6,41 %	79,53 %
Gouvernement	30	0,73 %	23	1,08 %	76,67 %
Autres sénateurs	2 271	55,19 %	376	17,73 %	16,56 %
Total	4 115	–	2 121	–	51,54%

Source : Direction générale des missions institutionnelles (DGMI) du Sénat

En séance publique, les amendements du rapporteur sont moins nombreux mais leur succès demeure remarquable. Pour la session 2017–2018, il a été de 65,8 % à l'Assemblée nationale en séance publique, soit plus de huit fois supérieur à celui des autres députés (7,7 %). Ce taux d'adoption semble être relativement constant dans le temps. En effet, à l'Assemblée nationale, le taux d'adoption en séance des

[43] Ces informations ne sont pas publiées pour l'Assemblée nationale.

[44] Direction générale des missions institutionnelles (DGMI) du Sénat.

[45] Articles 45 du Règlement de l'Assemblée nationale et 15 bis du Règlement du Sénat, en application de la jurisprudence constitutionnelle (Cons. Const., n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution).

[46] Créée en 2015, cette procédure concentre le droit d'amendement des sénateurs en commission, sauf pour les amendements de coordination ou de correction d'une erreur matérielle.

amendements du rapporteur était de 70 % entre 1969 et 1975, de 64 % entre 1973 et 1978 et de 68,5 % entre 1978 et 1981[47].

Taux d'adoption des amendements en séance à l'Assemblée nationale (2017–2018)

	Amendements déposés	Amendements adoptés	Taux d'adoption
Rapporteur	568	374	65,8 %
Gouvernement	700	579	82,7 %
Autres députés	28 276	2167	7,7 %
Total	29 544	3 120	10,6 %

Source : Assemblée nationale, Statistiques 2017–2018

NB : ne distingue pas rapporteur pour avis et rapporteur au fond.

Au Sénat, les rapporteurs saisis au fond ont déposé 640 amendements en séance lors de la session 2017–2018, contre 1 643 amendements en commission. Leur taux d'adoption (90,63 %) est d'ailleurs légèrement plus faible qu'en commission, le rapporteur devant parfois affronter l'avis défavorable du Gouvernement. Au total (commission et séance publique incluses), le taux d'adoption s'élève à 95 %, soit trois fois plus que le taux moyen d'adoption des amendements (31 %).

Amendements déposés en séance au Sénat (2017–2018)

	Amendements déposés		Amendements adoptés		Taux d'adoption
	En valeur absolue	*En %*	*En valeur absolue*	*En %*	*En %*
Rapporteur au fond	640	7,48 %	580	31,94 %	90,63 %
Rapporteur pour avis	45	0,53 %	31	1,71 %	68,89 %
Gouvernement	470	5,49 %	205	11,29 %	43,62 %
Autres sénateurs	7 402	86,50 %	1 000	55,07 %	13,51 %
Total	8 557	–	1816	–	21,22 %

Source : Direction générale des missions institutionnelles (DGMI) du Sénat

Par ailleurs, au Sénat, les amendements du rapporteur ont plus de chances d'être repris dans le texte final que ceux des autres sénateurs, même en l'absence d'accord

[47] H. GEORGES, « Les pouvoirs des rapporteurs des commissions parlementaires », art. cité, p. 448 et P. CAHOUA, « Les commissions, lieu du travail législatif », art. cité, p. 41. Ce taux s'était porté à 86,5 % entre 1981 et 1985, principalement, selon ce même auteur, en raison de la nouvelle divergence politique entre l'Assemblé et le Sénat.

avec l'Assemblée nationale. D'après les estimations de la direction de la séance, le taux de reprise de ses amendements s'élève à 58 % pour la session 2017–2018, contre 30 % pour les amendements du groupe majoritaire de la Haute Assemblée. Ce taux reste plus faible que celui du Gouvernement, dont 96 % des amendements adoptés au Sénat sont ensuite repris à l'Assemblée nationale.

Il faut toutefois prendre garde à toute illusion quantitative, qui ne s'interrogerait pas sur les conditions d'écriture et de dépôt des amendements. En effet, ces éléments statistiques ne disent rien sur les « amendements de sous-traitance », expression utilisée par Marc Milet pour désigner les amendements adressés « clefs en main » à un parlementaire par le gouvernement ou par le rapporteur[48]. De même, le Gouvernement peut adresser des amendements au rapporteur, soit pour mettre en valeur le rôle de ce dernier, soit pour éviter de s'exposer politiquement sur le sujet en cause. Il arrive ainsi que des amendements fassent l'objet d'un consensus en amont même de la discussion parlementaire. Leur adoption est alors d'autant plus facile que le gouvernement et le rapporteur y sont tous les deux favorables. Comme l'a relevé la science politique, tant en France que pour d'autres Parlements, la marge de manœuvre des parlementaires, et donc celle du rapporteur, dépend aussi du caractère « sur-politisé » ou « sous-politisé » du texte discuté[49]. Elle sera d'autant plus importante que le texte est technique et à moindre enjeu politique.

Le rôle du rapporteur ne repose donc pas uniquement sur ses prérogatives juridiques, mais également sur sa capacité d'influence.

2. La capacité à influer sur le comportement des autres acteurs

Dès 1985, Paul Cahoua définissait le rapporteur comme « le véritable pivot de la procédure législative[50] ». De fait, au-delà de la faculté à déposer et à faire adopter ses amendements, le rapporteur dispose également d'une forte capacité d'influence sur les autres acteurs de la procédure législative.

Pour le Gouvernement, le rapporteur constitue une figure incontournable dans la conduite du texte et l'organisation des débats. Comme le souligne Audrey de Montis, le ministre a « tout intérêt à s'appuyer sur le rapporteur car celui-ci connaît ses collègues et maîtrise le déroulement d'une discussion législative ». Le ministre agit « plus sereinement grâce à un travail commun effectué en amont, plutôt qu'en terrain hostile, sans avoir associé l'homme-orchestre » qu'est le rapporteur[51]. De manière symbolique, ce lien étroit se manifeste dans la tradition républicaine

---

[48] M. Milet, « Pour une sociologie législative du pouvoir des parlementaires en France », *Revue française d'administration publique*, n° 135, 2010, p. 607 et 611. Il indique reprendre cette expression d'Hugues Portelli, professeur des universités et ancien sénateur.

[49] *Ibid.* et J. Steiner, A. Bächtiger, M. Spörndli et M.R. Steenbergen, *Deliberative Politics Action*, *op. cit.* Voir aussi P. Lascoumes, « Les compromis parlementaires, combinaisons de surpolitisation et de sous-politisation. L'adoption des lois de réforme du code pénal (décembre 1992) et de création du Pacs (novembre 1999) », *RFSP*, n° 3, juin 2009, p. 455-478, qui montre que surpolitisation et sous-politisation peuvent se mêler lors de la discussion d'un même texte de loi.

[50] P. Cahoua, « Les commissions, lieu du travail législatif », art. cité, p. 43.

[51] A. de Montis, *La rénovation de la séance publique du Parlement français*, *op. cit.*, p. 182 et 232.

qui veut que les ministres prennent le temps de remercier les rapporteurs à l'issue de l'examen d'un texte[52].

À l'Assemblée nationale, les discussions en commission et en séance publique sont systématiquement précédées de réunions dites « de balayage » entre l'exécutif (en général le cabinet du ministre, accompagné des administrations centrales compétentes) et le rapporteur. Ces réunions permettent de passer en revue l'ensemble des amendements déposés et de croiser les points de vue du rapporteur et du gouvernement à leur sujet. Le plus souvent, une position commune émerge et, plus rarement, un avis divergent est acté. Ainsi que l'écrit Clément Viktorovitch, « dans l'immense majorité des cas, l'examen des amendements en séance publique […] se déroule selon un schéma similaire. Le gouvernement et la commission saisie au fond rendent un avis convergent, auquel se conforme la majorité parlementaire[53] ». La pratique est différente au Sénat : si le Gouvernement et le rapporteur échangent en amont de la discussion parlementaire, les réunions « de balayage » sont rares, voire inexistantes. L'absence de fait majoritaire donne plus de souplesse au rapporteur, dont la position entre plus souvent en contradiction avec celle du gouvernement.

Le rapporteur dispose de prérogatives analogues, voire supérieures, en commission mixte paritaire (CMP). Comme l'écrit Pierre Januel,

> ce sont les rapporteurs, parfois sous le regard des présidents [de commission], qui fixent, lors de réunions préparatoires, les lignes rouges et les rédactions de compromis. C'est dans ces pré-CMP, entre rapporteurs (et avec les présidents quand le sujet est sensible) que tout se joue[54].

En règle générale, les propositions de rédaction présentées en CMP sont issues d'un travail commun des rapporteurs, qu'ils indiquent directement dans le tableau comparant les textes de l'Assemblée nationale et du Sénat. Les propositions de rédaction des autres parlementaires sont très rares en CMP, alors que le Gouvernement n'y est même pas représenté. Ainsi, le succès d'une CMP est conditionné à la possibilité d'une entente préalable entre les rapporteurs des deux assemblées.

Le rapporteur bénéficie, enfin, d'un « droit de suite » une fois la loi promulguée. Depuis 2004, le rapporteur de l'Assemblée nationale est chargé de présenter un rapport d'application des lois dans un délai de six mois, en compagnie d'un député de l'opposition[55]. De manière plus tardive, le Sénat s'est doté d'un dispositif comparable, mais plus souple : depuis 2019, son Règlement pose le principe selon lequel

---

[52] Le secrétaire d'État auprès du ministre de l'action et des comptes publics a par exemple remercié la rapporteure de l'Assemblée nationale pour « avoir réussi à maintenir l'équilibre » du projet de loi de transformation de la fonction publique (Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, première séance du 18 juillet 2019). De même, la ministre des outre-mer a « remercié de nouveau » le rapporteur du Sénat sur le projet de loi organique portant modification du statut d'autonomie de la Polynésie française, saluant son « implication » et sa « fine compréhension des enjeux et des équilibres polynésiens » (Compte rendu intégral du Sénat, séance du 22 mai 2019).

[53] Cl. Viktorovitch, *Parler, pour quoi faire ?*, *op. cit.*, p. 187.

[54] P. Januel, « Dans la boîte noire des commissions mixtes paritaires », *Dalloz actualité*, 3 avril 2019.

[55] Article 145-7 du Règlement de l'Assemblée nationale.

« le rapporteur est chargé de suivre l'application de la loi après sa promulgation », sans en préciser les modalités.

Figure respectée, le rapporteur dispose ainsi d'une influence décisive sur ses collègues, qui louent ses « travaux scrupuleux » ou encore sa capacité à s'exprimer « de façon équilibrée[56] ». Il fait partie du « nœud décisionnel parlementaire composé des rapporteurs des textes, des présidents de commission et des administrateurs[57] », ce qui peut paraître en contradiction avec les principes théoriques de la délibération collective.

II. Le rapporteur au prisme de la délibération parlementaire

Au regard des attendus théoriques d'une bonne délibération (A), la capacité d'influence du rapporteur sur la discussion parlementaire peut soulever des interrogations s'agissant notamment des principes d'égalité des participants à la délibération et de leur capacité à changer de position au cours du débat[58]. Ce paradoxe trouve son origine dans des contraintes inhérentes au débat parlementaire : les députés et les sénateurs doivent prendre des décisions dans un temps limité et sur la base d'informations lacunaires (B). L'office du rapporteur vise ainsi à concilier délibération collective et prise de décision (C).

A. Les attendus de la bonne délibération

Depuis une quarantaine d'années, un courant spécifique de la théorie politique s'intéresse au processus de délibération et, par extension, à la démocratie délibérative entendue comme régime politique conférant une place centrale à la délibération[59]. On a pu parler à cet égard de « tournant délibératif » de la théorie politique, pour souligner que la légitimité politique découlait principalement de la qualité de la délibération conduisant à la décision plutôt que de l'application de procédures agrégatives telles que le vote[60]. Dans cette perspective, ainsi que le résume Bernard Manin, « il faut affirmer, quitte à contredire une longue tradition : la loi est le résultat de la délibération générale, non pas l'expression de la volonté générale[61] ».

---

[56] Compte rendu intégral du Sénat (séance du 26 septembre 2019) et de l'Assemblée nationale (première séance du 11 septembre 2019).

[57] M. Milet, « Pour une sociologie législative du pouvoir des parlementaires en France », art. cité, p. 611.

[58] On n'évoquera pas ici les théories issues de la rhétorique, dans la mesure où, en raison de ses prérogatives exorbitantes, le rapporteur est en partie placé à l'écart du débat strictement contradictoire.

[59] A. Bächtiger, J.S. Dryzek, J. Mansbridge et M. Warren, « Deliberative Democracy: An Introduction », in A. Bächtiger, J.S. Dryzek, J. Mansbridge et M. Warren (dir.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, *op. cit.*, p. 1.

[60] J.S. Dryzek et V. Braithwaite, « On the Prospects for Democratic Deliberation: Values Analysis applied to Australian Politics », *Political Psychology*, nº 21, 2000, p. 241-266, cité par J. Steiner, A. Bächtiger, M. Spörndli et M.R. Steenbergen, *Deliberative Politics Action*, *op. cit.*, p. 17.

[61] B. Manin, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, nº 33, janvier 1985.

Or, le Parlement tient précisément une partie de sa légitimité institutionnelle et de sa spécificité de son caractère délibérant. Cette conception, qui est aussi ancienne que les régimes représentatifs, a notamment été exposée avec force par Maurice Hauriou, qui qualifiait le Parlement de « pouvoir délibérant ». « Ce qui fait l'unité de ce pouvoir, notait-il, […] c'est que, dans l'accomplissement de ses fonctions variées, il procède toujours par la même opération de volonté, qui est la délibération[62]. » En des termes que ne renieraient pas les partisans contemporains de la démocratie délibérative, Hauriou décrit la délibération comme « une forme de discussion dont est censée jaillir la lumière » car fondée sur « la réflexion et l'esprit critique ». En cela, les délibérations parlementaires « sont présumées plus conformes à la nature des choses et à la justice » que les décisions du pouvoir exécutif[63]. Hauriou rappelle toutefois que la délibération parlementaire ne se résume pas à la simple discussion car elle est toujours liée à une décision à prendre, laquelle est adoptée à la majorité des voix exprimées[64]. Cette dialectique de la délibération et de la décision – dans laquelle on a tendance à voir aujourd'hui plutôt une opposition – a notamment été mise en valeur comme principe fondateur du parlementarisme français par Nicolas Rousselier dans son étude sur la chambre du Bloc national (1919–1924), le « processus continu de délibération parlementaire » étant alors la source de la « souveraineté du pouvoir[65] ».

La discussion parlementaire constitue ainsi un terrain d'études privilégié des théories de la délibération[66]. Dans un ouvrage classique dirigé par Jürg Steiner, plusieurs auteurs ont tenté de mesurer la qualité de la délibération parlementaire au travers de la définition d'un indice, le *discourse quality index* (DQI)[67], inspiré des travaux de Jürgen Habermas. Cet indice regroupe plusieurs paramètres, qui reflètent les attendus d'une bonne délibération, notamment la possibilité de s'exprimer librement dans le débat (sans être interrompu), le niveau de justification du discours, l'appel au bien commun, le niveau de respect du débat (jugements négatifs, prise en compte des contre-arguments…) et la recherche de propositions de compromis[68]. Les débats parlementaires de quatre pays ont été analysés selon ces critères, l'objectif étant d'évaluer l'influence des institutions politiques (régime parlementaire ou présidentiel, bicamérisme ou non, existence de capacité de véto…) sur la qualité de la délibération[69].

---

[62] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 469.

[63] *Ibid.*, p. 471-472.

[64] *Ibid.*, p. 471.

[65] N. Rousselier, *Le Parlement de l'éloquence*, *op. cit.*, p. 87.

[66] Pour une synthèse portant sur la théorie de la délibération appliquée aux Parlements, voir notamment P. Quirk, W. Bendix et A. Bächtiger, « Institutional Deliberation », in A. Bächtiger, J.S. Dryzek, J. Mansbridge et M. Warren (dir.), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, *op. cit.*, notamment p. 278 *sqq.*

[67] M. Hauriou, *op. cit.*, p. 471.

[68] J. Steiner, A. Bächtiger, M. Spörndli et M.R. Steenbergen, *Deliberative Politics Action*, *op. cit.*, chap. 3.

[69] Il s'agissait de la Suisse, de l'Allemagne, des États-Unis et du Royaume-Uni.

Il ressort de ces études que les vertus attendues de la délibération (notamment la force du meilleur argument mise en lumière par J. Habermas) supposent le respect d'un certain nombre de conditions d'organisation[70]. Récemment, elles ont pu être regroupées en neuf principes[71], dont plusieurs se retrouvent dans les règles régissant la procédure législative. On peut en donner deux exemples : d'une part, le respect, les règlements des assemblées prévoyant plusieurs règles disciplinaires pour assurer le maintien d'un respect minimal dans la délibération[72] ; d'autre part, l'absence de contrainte, l'interdiction du mandat impératif et les immunités parlementaires pouvant être analysées comme des manières de renforcer l'indépendance des parlementaires.

Plus particulièrement, le rôle du rapporteur dans la procédure législative est susceptible de remettre en cause deux principes fondamentaux des théories de la délibération : le principe d'égalité des participants à la délibération et la capacité de changer de point de vue en cours de débat.

Premier principe mis en valeur par les théories de la délibération, le principe d'égalité permet à chaque participant à la discussion de faire valoir son point de vue. Nicolas Rousselier note ainsi que le président du Conseil, pendant l'âge d'or de la délibération parlementaire sous la IIIe République, était « traité comme un orateur ordinaire » pouvant être contredit à tout moment[73]. Si ce principe n'est plus conçu comme impliquant une égale influence dans les résultats de la délibération, il suppose néanmoins « une égale opportunité d'influence politique », reposant sur l'égalité des ressources et une certaine forme d'égalité matérielle[74]. Or, le travail du rapporteur s'organise à partir d'une logique de délégation : le rapporteur a, d'une part, un accès facilité à l'information et peut, d'autre part, disposer d'un temps de parole bien supérieur à celui de ses collègues. C'est donc à des inégalités institutionnalisées et assumées que procède le droit parlementaire, au profit du rapporteur, en décalage complet avec les attendus théoriques d'une bonne délibération.

La capacité à changer de position au cours du débat est un autre élément essentiel des théories de la délibération politique. En effet, si les positions demeurent figées au long du débat, la force du meilleur argument ne peut pas trouver à jouer. Ainsi que l'explique Nicolas Rousselier, « pour accepter le véritable jeu de la délibération (le risque d'être convaincu par son adversaire), il fallait bien ne rien avoir décidé avant que le débat lui-même n'ait commencé[75] ». C'est ce que mettait déjà en valeur la caricature que fait Benjamin Constant de la parole parlementaire quand elle ne parvient pas à devenir délibération :

---

[70] Pour une description de l'évolution de ces théories et leur application au Parlement, cf. Cl. Viktorovitch, *Parler, pour quoi faire ?*, *op. cit.*

[71] A. Bächtiger, J.S. Dryzek, J. Mansbridge et M. Warren, « Deliberative Democracy: An Introduction », art. cité, p. 4.

[72] L'article 70 du Règlement de l'Assemblée nationale prévoit par exemple des sanctions disciplinaires pour tout député « qui se livre à une mise en cause personnelle, qui interpelle un autre député ou qui adresse à un ou plusieurs de ses collègues des injures, provocations ou menaces ».

[73] N. Rousselier, *Le Parlement de l'éloquence*, *op. cit.*, p. 52.

[74] A. Bächtiger, J.S. Dryzek, J. Mansbridge et M. Warren, « Deliberative Democracy: An Introduction », art. cité, p. 6.

[75] N. Rousselier, *Le Parlement de l'éloquence*, *op. cit.*, p. 277.

> Quand les orateurs se bornent à lire ce qu'ils ont écrit dans le silence de leur cabinet, ils ne discutent plus, ils amplifient ; ils n'écoutent point, car ce qu'ils entendraient ne doit rien changer à ce qu'ils vont dire… Alors il n'y a plus de discussion, chacun reproduit des objections déjà réfutées ; chacun laisse de côté tout ce qu'il n'a pas prévu, tout ce qui dérangerait son plaidoyer terminé d'avance[76].

Ainsi, dans son travail de thèse, Clément Viktorovitch considère que le critère le plus important pour identifier les moments délibératifs dans la discussion législative réside précisément dans les changements de positions intervenus pendant le débat[77]. Or, l'intérêt du rapporteur (et du Gouvernement) est de fluidifier les débats en faisant en sorte qu'un maximum d'arbitrages soit rendu en amont de la discussion législative, de manière à rendre cette dernière prévisible. C'est le sens des réunions préparatoires organisées à l'Assemblée nationale entre le Gouvernement et le rapporteur, et des amendements que l'exécutif transmet aux autres parlementaires avant le début de la discussion. Là encore, le rôle du rapporteur semble donc être antagoniste à la pratique délibérative au sein de son assemblée.

B. Les exigences de la décision parlementaire

Le rapporteur joue donc un rôle paradoxal dans la délibération parlementaire puisque ses prérogatives et son influence ont pour effet de la limiter. Pour tenter de rendre raison de son office, il est nécessaire d'approcher de plus près ce qu'est la délibération parlementaire.

Maurice Hauriou notait que cette dernière consistait en deux éléments fondamentaux : une discussion publique et une décision actée par un vote. Ce rappel a le mérite de souligner que la délibération parlementaire ne saurait se résumer au respect des principes d'une bonne délibération : elle constitue un processus de décision et non uniquement une discussion. En tant que telle, la procédure parlementaire doit répondre à trois contraintes : un temps limité, des informations lacunaires et la nécessité, par l'agrégation des votes au sein de chaque chambre, de prendre une décision.

Le temps constitue une variable cruciale et très étudiée de la procédure parlementaire[78]. Devant la nécessité de légiférer sur des sujets de plus en plus nombreux, dans des sociétés d'une complexité croissante, la maîtrise du calendrier parlemen-

---

[76] B. Constant, cité par P. Lascoumes, « Les compromis parlementaires, combinaisons de surpolitisation et de sous-politisation », art. cité., p. 456.

[77] Cl. Viktorovitch, *Parler, pour quoi faire ?*, *op. cit.*, p. 239 : « Je considère qu'une séquence d'interlocution […] relève de la dynamique délibérative lorsqu'elle remplit quatre conditions. Premièrement, elle doit se conclure par une modification des positions : l'un des interlocuteurs, au moins, doit admettre explicitement au cours des échanges avoir été amené à reconsidérer sa conviction initiale ».

[78] Il existe une bibliographie très abondante à ce sujet. Voir notamment B. Ridard, *L'encadrement du temps parlementaire dans la procédure législative. Étude comparée : Allemagne, France, Espagne, Royaume-Uni,* Paris, Institut universitaire de Varennes, 2018 et G. Toulemonde et E. Cartier, L*e Parlement et le temps. Approche comparée*, Paris, Institut Universitaire de Varenne, 2017.

taire est une prérogative stratégique dans les démocraties représentatives contemporaines[79]. Alors que la majorité peut souhaiter minimiser la durée de la procédure législative, l'une des armes de l'opposition est à l'inverse sa capacité à la ralentir, notamment par des pratiques d'obstruction. Nécessairement, le temps est donc un élément limitant la capacité de discussion des assemblées parlementaires : toute la procédure parlementaire est organisée autour de la réglementation et de la priorisation de l'ordre du jour et du droit de prendre la parole. Cette dimension reste toutefois peu prise en compte par les théories de la délibération appliquées au monde parlementaire : la pratique du *discourse quality index* (DQI) ne l'évoque pas, faisant comme si l'accès des parlementaires à la parole était équitable et quasiment libre[80].

Par ailleurs, en tant que décision s'imposant à la collectivité, la délibération parlementaire doit être la plus éclairée possible, alors que l'information reste lacunaire : il ne suffit pas que tous aient pu s'exprimer, encore faut-il que ces expressions soient éclairées pour être pertinentes. Certes, le postulat de la force du meilleur argument fait que la dynamique intrinsèque d'un débat bien organisé doit normalement conduire à privilégier les arguments les plus pertinents. Dans la plupart des débats parlementaires, l'absence de temps conduit toutefois à restreindre le nombre d'arguments échangés. Leur qualité informationnelle en devient d'autant plus essentielle : si peu d'arguments peuvent être exprimés, la force du meilleur argument ne trouvera pas à jouer et la décision pourra être prise sur le fondement d'informations partielles et lacunaires.

La décision suppose enfin… qu'une décision soit prise. La règle de l'unanimité ne pouvant pas être mise en œuvre, une procédure d'agrégation des opinions – en l'occurrence le vote – doit être utilisée. Là encore, l'un des fondements de la procédure parlementaire est d'organiser les votes en unités de base (amendements et articles) afin, justement, qu'une discussion la plus éclairée possible puisse avoir lieu et qu'une décision précédente ne préempte pas d'autres choix à venir. L'ordre de discussion des articles et des amendements est animé par la même préoccupation. En ce sens, les règles de discussion des textes en séance publique peuvent être lues comme des mécanismes visant à faciliter la délibération dans un contexte contraint.

Ces exigences de la décision publique sont rappelées par Bernard Manin dans son article sur la théorie de la délibération[81]. Il écrit ainsi :

> Lorsque les individus doivent prendre une décision concernant la société, il est absolument déraisonnable de supposer qu'ils disposent de toute l'information nécessaire. Ils ont, certes, des informations mais elles sont fragmentaires et incomplètes. Or ils doivent se décider en un temps limité : il y a une urgence propre de l'action en général (« les actions de la vie ne souffrent aucun délai », disait

[79] Joël Giraud, alors rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée, disait : « le temps parlementaire accélère parfois. Son rythme, comme nous l'avons constaté, ne permet pas toujours de discuter posément de chaque amendement, mais ma porte est toujours restée ouverte pour expliquer » (compte intégral de l'Assemblée nationale, première séance du 19 décembre 2019).

[80] Alors que des règles très strictes sont fixées par les règlements des assemblées, les auteurs écrivent (J. Steiner, A. Bächtiger, M. Spörndli et M.R. Steenbergen, *Deliberative Politics Action*, *op. cit.*, p. 71) : « Les parlementaires ne souffrent que de légères restrictions pour la participation [aux débats], dont la pire est probablement d'être interrompu dans un débat ».

[81] B. Manin, « Volonté générale ou délibération ? », art. cité.

> Descartes) qui interdit la recherche d'une information complète. […] Dans l'échange des arguments au sujet des solutions proposées, les individus découvrent des informations qu'ils n'avaient pas d'abord. […] En réalité, la délibération elle-même est une procédure d'information[82].

Puis, plus loin : « le processus délibératif se clôt par le choix, le vote. Le processus de formation des volontés est terminé[83] ».

Le caractère contraint par le temps, la nécessité d'acquérir des informations et, *in fine*, de prendre une décision ne sont donc pas antagonistes avec la délibération parlementaire. Ils en constituent, au contraire, des caractéristiques intrinsèques. Un Parlement qui ne pourrait pas prendre des décisions à temps, qui ne pourrait pas intégrer, dans son processus de décision, autant d'informations pertinentes que possible ou qui serait tout simplement incapable de prendre une décision faillirait à sa mission constitutionnelle.

C. Le compromis du rapporteur : faire émerger une décision collective au sein d'une assemblée parlementaire

Tout l'objet de la procédure législative est de permettre une délibération collective aboutissant à une décision aussi éclairée que possible dans les délais impartis. Elle doit donc concilier des exigences en partie contradictoires, découlant d'une part de la logique de délibération et, d'autre part, de la logique de décision : si la discussion parlementaire doit tendre à la délibération, elle doit aussi toujours permettre la prise de décision. L'institution du rapporteur peut être analysée comme une manière (parmi d'autres possibles) d'effectuer cette conciliation.

Dans le cas du rapporteur, cette conciliation est recherchée par un mécanisme de délégation. La commission, le(s) groupe(s) majoritaire(s) et au final l'assemblée dans son ensemble délèguent à l'un de leurs membres la mission de rassembler les éléments de fait et de droit pertinents, de rencontrer les acteurs concernés et de constituer la « gare de triage » des attentes des parlementaires, afin qu'il en restitue la substantifique moelle au cours de la discussion de la loi. Le rapporteur devient ainsi le représentant de sa commission, de sa majorité et de son assemblée. Il en vient même à représenter une assemblée délibérante dans ses échanges extérieurs, notamment avec le Gouvernement. Le paradoxe du rapporteur est ainsi d'être doté de pouvoirs et de compétences qui lui donnent une influence considérable et qui semblent incompatibles avec les exigences d'une bonne délibération, mais qui visent, en réalité, à la faciliter, compte tenu des contraintes inhérentes au vote de la loi (temps limité, informations lacunaires et nécessité de prendre une décision)[84].

Les assemblées parlementaires, qui doivent légiférer de manière pertinente et rapide sur tous types de sujets, se trouvent dans une situation de complexité, au sens que Niklas Luhman donnait à cette expression[85]. Dans le modèle théorique de la délibération, chaque parlementaire devrait avoir le temps et la possibilité de se

---

[82] *Ibid.*

[83] *Ibid.*

[84] On pourrait y ajouter la nécessité de rédiger une loi de bonne qualité, au sens légistique du terme.

[85] N. Luhmann, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris Economica, 2006 [1968].

pencher sur chaque projet ou proposition de loi. Dans la pratique, chaque député ou chaque sénateur ne peut pas devenir spécialiste de tous les textes examinés par son assemblée, ou même par sa commission. L'assemblée doit donc réduire la complexité à laquelle elle est confrontée. Le rapporteur est le mécanisme principal créé à cette fin[86].

Dans cette perspective, le travail du rapporteur peut être assimilé à un « temps collectif[87] ». D. Lecomte et D. Reignier utilisent cette expression au sujet du temps consacré par les parlementaires à leur groupe politique et le définissent comme « le temps passé par le parlementaire dans le travail collectif animé par le groupe[88] ». En mutualisant les efforts, ce temps collectif permet notamment de maximiser les ressources des membres du groupe, et en particulier la ressource temporelle. Le travail du rapporteur peut également être en partie analysé comme un mécanisme de temps collectif. Ainsi, le travail du rapporteur permet-il à ses collègues d'aller directement à l'essentiel par la lecture de son rapport ou par l'écoute de ses avis et arguments en séance publique. Certes, ce temps collectif est de nature différente du temps consacré aux groupes car il ne correspond pas à une démarche uniquement partisane. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un mécanisme de rationalisation du temps législatif.

Ce processus de délégation au profit du rapporteur est le principal mais il n'est pas le seul dans la procédure législative : pour chaque texte, les groupes politiques désignent également des parlementaires responsables (« *whips* »), chargés de préparer la discussion et de coordonner les travaux du groupe[89]. Par différence avec le rapporteur, leur rôle n'est toutefois pas institutionnalisé, si ce n'est, à l'Assemblée nationale, où un co-rapporteur de l'opposition est chargé de contrôler la mise en œuvre de la loi[90]. Les responsables de texte qui peuvent jouer un rôle important de négociation préalable avec le rapporteur au Parlement européen ont pour seule mission, en France, de tenter de coordonner les positions au sein de leur groupe politique et d'assurer la représentation de ce dernier en commission et en séance[91]. Il se distinguent ainsi fortement des missions des rapporteurs, en dépit des craintes qui avaient pu être formulées à ce sujet[92].

Malgré ses prérogatives juridiques, le rapporteur demeure un parlementaire parmi d'autres, qui ne dispose que d'une voix sur 577 à l'Assemblée nationale ou sur 348 au Sénat. Son influence et sa capacité à remplir son office de catalyseur de

---

[86] L'instruction et l'étude d'un texte de loi par une commission en constitue un autre exemple dans la mesure où, au moins depuis le début du XXe siècle, « l'ampleur de la matière législative [a] dépassé les capacités oratoires de l'assemblée plénière » (N. Rousselier, *Le Parlement de l'éloquence*, *op. cit.*, p. 76).

[87] D. Lecomte et D. Reignier, « Le mandat parlementaire entre temps collectif et temps individuel », in G. Toulemonde et E. Cartier, L*e Parlement et le temps*, *op. cit.*, p. 129-143.

[88] *Ibid.*, p. 129.

[89] D. Lecomte et D. Reignier, « Le mandat parlementaire entre temps collectif et temps individuel », art. cité, p. 132.

[90] Article 145-7, al. 2, du Règlement de l'Assemblée nationale.

[91] Sur le rôle du rapporteur et des « *shadow-rapporteurs* » au Parlement européen, voir notamment F.M. Häge et N. Ringe, « Rapporteur-shadow rapporteur networks in the European Parliament: the strength of small numbers », *European Journal of Political Research*, no 58, 2019, p. 209-235.

[92] P. Cahoua, « Les commissions, lieu du travail législatif », art. cité, p. 48.

la délibération parlementaire dépendent directement de la confiance que ses collègues députés ou sénateurs lui accordent.

III. Le rapporteur, un parlementaire de confiance

La délégation consentie par une assemblée à son rapporteur ne peut reposer que sur la confiance qu'elle lui accorde, cette dernière jouant le rôle de réducteur de la complexité. Atout le plus précieux du rapporteur, cette confiance est en réalité d'une triple nature – ce qui fait la centralité du rapporteur : politique (A), organique (B) et technique (C). Des mécanismes de rappel et de sanction existent pour s'assurer que le rapporteur n'abuse pas de cette confiance (D).

A. La confiance politique

Le premier critère de désignation d'un rapporteur est politique. Il est choisi en règle générale au sein des membres de la majorité de l'assemblée concernée. En effet, le rapporteur est d'abord chargé de définir la ligne politique de son assemblée sur le texte dont il est saisi. Sa position doit donc être partagée par la majorité de ses collègues, au risque d'être rejetée. Sous la III^e^ République, Eugène Pierre écrivait ainsi : « le rapporteur est naturellement l'organe de la majorité ; mais la minorité peut désigner l'un de ses membres pour faire connaître son opinion à la tribune[93] ». Près d'un siècle plus tard, le sénateur Alain Richard confirmait que chaque assemblée « s'inscrit dans notre culture majoritaire : le rapporteur, dans la plupart des cas, appartient à la majorité politique de son assemblée », à la différence des Cortes espagnoles « où un groupe de rapporteurs est nommé sur chaque texte[94] ». D'aucuns ont d'ailleurs pu craindre que les responsables des groupes politiques s'approprient le rôle du rapporteur, ce qui n'a pas été le cas en pratique.

Ce caractère premier du facteur politique dans la désignation du rapporteur s'illustre dans la procédure de sa désignation. À l'Assemblée nationale, cette désignation est le plus souvent effectuée par le groupe majoritaire qui choisit l'un de ses membres. Elle répond à des critères politiques mais aussi à des logiques de spécialisation thématique. En fonction des parcours et des appétences, les parlementaires se concentrent sur des thématiques particulières[95] et deviennent ainsi des « candidats naturels » à la fonction de rapporteur quand un texte porte sur leurs sujets de prédilection.

Ainsi, 89 % des projets de loi examinés lors de la session 2017–2018 ont été rapportés par des députés de la majorité[96]. La répartition des rapports est toutefois différente pour les propositions de loi : les députés de la majorité ont obtenu moins de rapports (22) que les groupes minoritaires ou d'opposition (29). Lorsqu'elles sont

---

[93] E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, *op. cit.*, p. 901.

[94] Compte rendu intégral (séance du 7 mai 2019) et de la commission des lois (réunion du 29 mai 2019) du Sénat.

[95] Spécialisation décrite notamment, entre beaucoup d'autres exemples, par M. Abélès, *Un ethnologue à l'Assemblée*, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 136 *sqq.*

[96] Assemblée nationale, Statistiques 2017-2018, XV^e^ législature.

inscrites dans un espace réservé (ou « niche parlementaire ») de l'Assemblée nationale, les propositions de loi sont en effet rapportées par le groupe qui les ont déposées, voire par leur auteur.

Cette coutume peut conduire la majorité des députés à désavouer leur rapporteur, en particulier sur des propositions de loi peu consensuelles. Rapporteur d'un texte sur les gens du voyage, la députée Virginie Duby Muller s'est abstenue lors du vote sur l'ensemble, déclarant : « la majorité nous a opposé des suppressions sèches [d'articles], ajoutant à cela un procès d'intention, malheureusement en décalage total par rapport à la réalité du terrain[97] ». De même, la proposition de loi visant à reconnaître le « *burn-out* » comme une maladie professionnelle a été rejetée en commission puis a fait l'objet d'une motion de rejet préalable en séance, contre l'avis de son auteur et rapporteur, François Ruffin[98]. À l'inverse, une position consensuelle s'est dégagée du rapport d'Aurélien Pradié sur la proposition de loi visant à agir contre les violences faites aux femmes, la Garde des Sceaux assurant que « c'est avec une forte volonté de progresser au bénéfice de l'éradication de ce fléau que nous avons travaillé avec [le] rapporteur et avec les députés engagés dans ce combat[99] ».

Au Sénat, les pratiques diffèrent d'une commission à l'autre. À titre d'exemple, la commission des affaires sociales confie toujours la fonction de rapporteur au groupe ayant déposé la proposition de loi. La commission des lois évite, à l'inverse, une telle situation. Pour le président Philippe Bas,

> il est très désagréable pour un rapporteur de rapporter contre son groupe. La démocratie, c'est aussi le respect de la majorité et faire rapporter un texte de l'opposition par un membre de l'opposition revient à l'envoyer vers un échec assuré. Ce n'est pas une bonne pratique[100].

Dans tous les cas de figure, l'influence politique du rapporteur dépend de ses qualités personnelles et de son implication. Selon Pauline Türk, c'est bien « l'opiniâtreté du rapporteur qui déterminera la capacité du Parlement à influencer le contenu des projets de loi[101] ». Lors de l'examen en 1999 du projet de loi constitutionnelle sur la Cour pénale internationale (CPI), Jacques Larché, alors président de la commission des lois du Sénat, a remercié le rapporteur, issu de l'opposition, pour « l'excellence du travail qu'il a accompli, au nom de [la] commission, en présentant de manière extrêmement éclairante un dossier singulièrement difficile[102] ». Ce rapporteur s'appelait Robert Badinter.

B. La confiance « organique » de la commission

Le rapporteur est réglementairement désigné par sa commission en amont de l'examen du projet ou de la proposition de loi. Ce processus de désignation n'est

---

[97] Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, deuxième séance du 5 avril 2018.

[98] Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, première séance du 1er février 2018.

[99] Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, première séance du 10 octobre 2019.

[100] Compte rendu de la commission des lois du Sénat, réunion du 7 mai 2019.

[101] P. Türk, *Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la Ve République*, *op. cit.*, p. 364.

[102] Compte rendu intégral du Sénat, séance du 29 avril 1999.

encadré ni par le Règlement de l'Assemblée nationale, ni par celui du Sénat[103] ; il aboutit toutefois à une décision de la commission, qui acte formellement la nomination et conduit à son inscription au procès-verbal.

Sous la III^e^ République, les rapporteurs étaient désignés après les échanges en commission, comme en témoigne Eugène Pierre. Il fallait attendre qu'« une majorité se dessine » afin de pouvoir désigner un rapporteur susceptible de représenter au mieux la doctrine de la commission[104]. Aujourd'hui, ces échanges ont lieu en amont de la réunion de la commission. À l'Assemblée nationale, le rapporteur est « pré-désigné » par son groupe politique, parfois avant même le dépôt du texte. Certains députés changent d'ailleurs de commission pour exercer la fonction de rapporteur : à titre d'exemple, Richard Ferrand et Marc Fesneau ont siégé à la commission des lois entre mai et septembre 2018 afin de pouvoir rapporter les projets de loi pour un renouveau de la vie démocratique. La pratique est différente au Sénat : le président de commission dispose d'un poids plus important pour la nomination des rapporteurs, ce qui ne l'empêche pas de « prendre le pouls » d'un ou plusieurs groupes si nécessaire. Sauf exception[105], le rapporteur est désigné au sein de la commission saisie au fond.

Tel un porte-voix, le rapporteur doit exprimer l'avis de la commission en séance publique. Pour le sénateur Jean-Pierre Sueur, il a « le devoir d'exprimer la position de la commission, même si elle ne coïncide pas avec sa position personnelle[106] ». La sénatrice Marie Mercier ajoute :

> à mon arrivée au Sénat, j'ai demandé quel était le rôle du rapporteur et l'on m'a répondu que le rapporteur s'exprimait au nom de la commission des lois tout entière. J'en ai déduit qu'il arrivait que l'on défende un point de vue sans vraiment l'approuver et que, après toutes les auditions, on puisse finalement parfois changer d'avis. L'enjeu est d'être le plus objectif possible et de représenter chacun de nos collègues de la commission[107].

De même, le rapport présenté en séance publique est celui de la commission et non plus celui du rapporteur. C'est en ce sens qu'Eugène Pierre pouvait écrire : « lorsqu'un membre produit à la tribune des critiques contre les conclusions d'une commission, c'est le rapport, œuvre collective de la commission, qu'il doit attaquer, et non le rapporteur[108] ». Plus largement, les prérogatives du rapporteur en séance publique ne sont que celles de sa commission, qui l'autorise par exemple à déposer des amendements hors délais.

---

[103] À l'Assemblée nationale, l'article 86 du Règlement exige simplement que la désignation du rapporteur intervienne « dans un délai tel que l'Assemblée [...] soit en mesure de procéder à la discussion des projets et propositions conformément à la Constitution ». Au Sénat, l'article 16 du Règlement dispose uniquement que « les commissions désignent un ou plusieurs rapporteurs pour l'examen de chaque projet ou proposition ».

[104] E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, *op. cit.*, p. 901.

[105] En 2000, le sénateur Paul Vergès a démissionné de la commission des affaires sociales pour intégrer celle des affaires économiques, qui l'a nommé rapporteur sur la proposition de loi tendant à conférer à la lutte contre l'effet de serre et à la prévention des risques liés au réchauffement climatique la qualité de priorité nationale.

[106] Compte rendu de la commission des lois du Sénat, réunion du 7 mai 2019.

[107] Compte rendu de la commission des lois du Sénat, réunion du 16 juin 2020.

[108] E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, *op. cit.*, p. 517.

En pratique, le rapporteur incarne la position de la commission et la continuité de ses travaux. Les sénateurs Mathieu Darnaud et Françoise Gatel, rapporteurs du projet de loi « Engagement et proximité » (2019), se réfèrent par exemple aux travaux menés depuis 2012 pour rappeler l'attachement de la commission des lois à l'exercice du droit de vote dans les prisons[109]. Ce constat est encore plus vrai pour les commissions des finances et des affaires sociales, qui disposent d'un rapporteur général exerçant ses fonctions tout au long de l'année, au-delà du projet de loi de finances et du projet de loi de financement de la sécurité sociale.

Certains rapporteurs ont toutefois pu regretter la position de leur commission, tout en la respectant. Le sénateur Jean-Pierre Godefroy a par exemple déclaré en 2007 : « il me revient, en tant que rapporteur, de vous rapporter fidèlement la position [de la commission], même si celle-ci, je ne vous le cache pas, n'a pas répondu à mes attentes […]. Je regrette donc l'avis défavorable de la majorité de la commission, et je remercie les sénateurs qui ont cosigné ce texte et qui sont présents aujourd'hui pour le soutenir[110] ». D'autres parlementaires ont préféré démissionner de leurs fonctions de rapporteur, à l'instar du sénateur Rolland Courteau sur la proposition de loi visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes (2012).

Pourtant, les incertitudes du débat parlementaire obligent parfois le rapporteur à préjuger de l'avis de la commission, notamment lorsque des amendements du Gouvernement sont déposés après la réunion de celle-ci. Il informe alors son assemblée qu'il s'exprime à titre personnel, la commission n'ayant pas pu se réunir dans les délais impartis[111]. Ce cas de figure, qui démontre la confiance générale accordée au rapporteur, reste relativement rare dans la pratique parlementaire et ne perturbe aucunement les débats.

Sur le fond, aucun texte n'oblige le rapporteur à renoncer à ses positions personnelles. Sous la IIIe République, Eugène Pierre écrivait déjà qu'il pouvait, « en sa qualité de membre de l'assemblée, non à titre de rapporteur, présenter un amendement au projet qu'il est chargé de défendre[112] ». Sur le plan symbolique, il est d'usage, au Sénat, que le rapporteur quitte le banc des commissions et présente son amendement « personnel » depuis la place qu'il occupe habituellement dans l'hémicycle.

Certains rapporteurs expriment également des « avis personnels » sur des amendements, parfois en contradiction avec la position de la commission. Une telle situation s'est produite avec le député Olivier Véran, alors rapporteur général de la commission des affaires sociales, lors de l'examen du projet de loi de financement de la sécurité sociale (PLFSS) pour 2020. Ironiquement, son collègue Francis Verca-

---

[109] Rapport n° 12 (2019–2020), p. 258.

[110] Compte rendu intégral du Sénat, séance du 13 février 2007.

[111] À l'Assemblée nationale, l'article 91 du Règlement permet au rapporteur et au président de réunir la commission pour examiner ces amendements « tardifs ». En pratique, cette procédure est toutefois peu mise en œuvre, le rapporteur s'exprimant alors à titre personnel, sans avoir obtenu le mandat de sa commission.

[112] E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, *op. cit.*, p. 853.

mer l'a « félicité [...] pour le double salto arrière qu'il [venait] de réaliser : en commission, il était favorable à l'amendement [...], et cet après-midi il a donné ici son avis personnel, alors que son rôle est de donner celui de la commission[113] ! ».

Cette question s'est également posée au Sénat, notamment lors de l'examen du projet de loi relatif aux soins psychiatriques (2011). Dès le début de la séance publique, le rapporteur Jean-Louis Lorrain avait déclaré : « tout au long de ce débat, je donnerai à la fois l'avis de la commission et mon avis personnel. N'y voyez pas là un symptôme de schizophrénie ; je serai plutôt un Janus à deux faces ! ». Après de nombreux rappels au règlement, le président de séance a rappelé au rapporteur qu'il devait « exprimer l'avis de la commission et dire pourquoi elle a adopté telle ou telle position », tout en accordant une certaine souplesse : « si, à titre personnel, [le rapporteur] souhaite ensuite préciser que la commission a pris des positions contraires à ses vœux, il peut le faire, mais il doit d'abord mettre en avant la position de la commission ». Pour le sénateur Jean Desessard, le rapporteur doit au moins consentir à un « service minimum » : « qu'il ne s'attarde pas [sur l'avis de la commission], qu'il n'en fasse pas plus qu'il ne faut, soit, mais il ne peut en aucun cas nier le travail de la commission ou le point de vue des membres qui avaient pris la peine d'être présents à ses réunions[114] ».

En dépit de ces divergences ponctuelles, la confiance des commissions dans leur rapporteur constitue un élément essentiel de l'efficacité parlementaire, dans un contexte où les textes – souvent longs et complexes – se succèdent à un rythme élevé. C'est ce que rappelait le sénateur Philippe Bas, alors président de la commission des lois, en 2019 au sujet des avis de la commission sur les amendements :

> la moitié des textes que le Sénat examine nous sont soumis ; notre fonctionnement repose donc beaucoup sur la confiance que nous faisons à nos rapporteurs, qui nous font des propositions. Il est logique que le débat aille plus vite en commission que dans l'hémicycle, où nous pouvons, à l'inverse, prendre tout notre temps[115].

C. La confiance technique

Le rapporteur est aussi, souvent avec le Gouvernement, le référent technique des débats parlementaires : sa parole est écoutée car elle est réputée informée.

Cette information découle, tout d'abord, de la spécialisation éventuelle du rapporteur dans certaines thématiques législatives. Elle se renforce au fil des multiples auditions préalables que le rapporteur conduit et au cours desquelles son attention est attirée sur les éventuelles malfaçons du texte examiné. Par ailleurs, le rapporteur peut s'appuyer, durant la phase d'audition comme pendant la phase d'examen du texte, sur les administrateurs de la commission. Ces derniers sont spécialisés sur quelques domaines de compétence et apportent une expertise juridique[116]. C'est avec eux que le rapporteur élabore son rapport, qui comporte toujours de nom-

[113] Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, première séance du 23 octobre 2019.

[114] Compte rendu intégral du Sénat, séance du 10 mai 2011.

[115] Compte rendu de la commission des lois du Sénat, réunion du 19 juin 2019.

[116] Sur le rôle des administrateurs des commissions, voir notamment : M. Abélès, *Un ethnologue à l'Assemblée*, *op. cit.*, p. 139 *sqq.* et E. Szij, « La technique de la loi dans les travaux préparatoires aux débats parlementaires », *Parlement(s)*, nº 11, 2009, p. 93-104.

breux développements juridiques visant à rappeler l'état du droit ainsi que les modifications qu'entend lui apporter le projet de texte. Le rapporteur est d'ailleurs le seul, avec le président de la commission et le Gouvernement, à pouvoir disposer d'un appui technique immédiat. Les règlements des assemblées disposent en effet qu'il peut être accompagné en séance par tout fonctionnaire parlementaire de son choix[117]. La même pratique prévaut en commission.

Le rapporteur dispose ainsi de ressources spécifiques, tant en termes d'informations que d'expertises, qui le placent en position de « sachant » dans les débats parlementaires[118]. Ce rôle de « référent technique » s'incarne principalement dans trois situations.

La première réside dans le dépôt d'amendements rédactionnels. Sous cette appellation, on regroupe l'ensemble des amendements qui, sans changer la portée ou le contenu de la disposition amendée, rendent cette dernière plus compréhensible. Ils évitent, ce faisant, que la loi votée ne prête à confusion ou qu'elle comporte des lourdeurs inutiles. C'est également le rapporteur qui est chargé d'effectuer le travail de coordination nécessaire à la bonne application de la loi envisagée. Il arrive en effet que les auteurs d'amendement ne prévoient pas l'ensemble des conséquences qui doivent en être tirées, par exemple au sein des articles de codes et lois déjà existants. Il incombe alors au rapporteur de proposer les coordinations nécessaires. Par son travail, le rapporteur contribue ainsi à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi dégagé par le Conseil constitutionnel[119] et permet, comme en témoigne le sénateur Jean-Jacques Hyest, de « dégager la séance publique d'un grand nombre d'amendements formels ou techniques habituellement présentés par les commissions et de recentrer les débats sur les véritables enjeux de chaque texte[120] ».

La deuxième procédure mettant en valeur le rôle de « référent technique » du rapporteur consiste dans les avis qu'il donne sur tous les amendements examinés par la commission ou par l'assemblée. Dans ses avis, le rapporteur insiste souvent sur les défauts techniques des amendements examinés. Il arrive ainsi qu'il partage l'intention de l'auteur de l'amendement mais qu'il estime que son adoption ne serait pas possible en l'état, du fait de sa rédaction imparfaite. Le rapporteur peut d'ailleurs inviter l'auteur de l'amendement à le retirer, voire à le rectifier d'ici la séance publique.

Enfin, le rapporteur se prononce sur la constitutionnalité des dispositifs qui lui sont soumis. Dans le commentaire de ses décisions, le Conseil constitutionnel mentionne d'ailleurs régulièrement les propos des rapporteurs pour confirmer ou, au contraire, remettre en cause la constitutionnalité d'une mesure. À titre d'exemple, la position des rapporteurs Hugues Fourage (député) et Jean-Yves Leconte (sénateur) est reprise avec beaucoup de détails en 2013 pour justifier la prolongation du

---

[117] Articles 56, al. 1, du Règlement de l'Assemblée nationale et 37, al. 3, du Règlement du Sénat.

[118] Cl. Viktorovitch note ainsi qu'il existe « une très forte asymétrie entre les ressources dont bénéficient députés et sénateurs d'une part, rapporteurs et présidents de commission d'autre part, membres du Gouvernement enfin » (Cl. VIKTOROVITCH, *Parler, pour quoi faire ?*, *op. cit.*, p. 266).

[119] Cons. const., n° 2011-644 DC du 28 décembre 2011, Loi de finances pour 2012.

[120] Rapport n° 387 (2007–2008) fait sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, p. 40.

mandat des membres de l'Assemblée des Français de l'étranger (AFE), dans l'attente d'une réforme plus profonde de l'institution[121].

Le rapporteur dispose ainsi, en plus de son rôle politique et de sa fonction de porte-parole de sa commission, d'une mission de référent technique dans les débats. Dans le prolongement de ce qu'écrivait Henri Georges en 1977, il est certain qu'une partie de son poids particulier dans les débats se fonde sur la « compétence technique » acquise à l'occasion des travaux préliminaires à l'examen du texte[122].

D. Encadrer l'action du rapporteur : des mécanismes de rappel et de sanction

C'est parce que le rapporteur est investi simultanément de ces trois gages de confiance (politique, organique et technique) qu'une assemblée parlementaire consent à prendre en compte sa parole avec autant d'importance et ainsi à rompre avec certaines exigences de la délibération pure et parfaite.

Pour les députés de la majorité, cette réduction de la complexité législative est maximale lorsque les avis de la commission et du Gouvernement sont identiques, ce qui est le cas pour la très grande majorité des amendements à l'Assemblée nationale : ces deux avis concordants permettent aux parlementaires de « se reposer » sur les indications du Gouvernement et du rapporteur. Ils devront prêter une plus grande attention aux débats quand ces avis viendront à devenir divergents[123].

Comme dans tous les processus de confiance, il existe toutefois des mécanismes de rappel et de sanction destinés à s'assurer que la confiance envers le rapporteur n'est pas abusée[124].

En premier lieu, la délégation qui lui est consentie n'est jamais une délégation de pouvoirs : *in fine*, c'est bien la commission dans son ensemble et l'assemblée dans sa totalité qui se prononcent et la voix du rapporteur ne compte pas davantage que celle de ses collègues dans la totalisation des suffrages. On pourrait ainsi la dénommer « délégation de compétences », en donnant à cette notion le sens qu'on lui attribue en matière de ressources humaines ou de formation : le rapporteur est devenu le sachant d'un projet ou d'une proposition de loi et il fait profiter ses collègues de cette compétence par ses prises de parole. Il exerce, en d'autres mots, en plus de sa fonction politique une mission d'informateur du débat.

En second lieu, un rapporteur qui s'écarterait trop substantiellement de son rôle (tel qu'il est conçu par la chambre) serait rappelé à l'ordre, lui rappelant ainsi les limites de son office. Ce rappel peut concerner l'ensemble des trois confiances politique, organique et technique. Si le rapporteur défend des positions personnelles, et non celles de son groupe politique, il pourra être rappelé à l'ordre dans différentes enceintes (notamment les réunions de groupe) et, le cas échéant, être mis en

---

[121] Commentaire de la décision nº 2013-671 DC du 6 juin 2013, Loi portant prorogation du mandat des membres de l'Assemblée des Français à l'étranger.

[122] H. GEORGES, « Les pouvoirs des rapporteurs des commissions parlementaires », art. cité, p. 444.

[123] Pour un exemple de divergence, cf. Cl. VIKTOROVITCH, *Parler, pour quoi faire ?*, *op. cit.*, p. 200 *sqq.* Pour l'Assemblée nationale, Cl. Viktorovitch évalue à 90 % les cas d'avis convergents dans le corpus qu'il étudie (*ibid.*, p. 226).

[124] N. Luhmann note que « la confiance ne se conserve que si elle trouve une forme sous laquelle elle peut cohabiter avec le soupçon et s'immuniser contre lui » (N. LUHMANN, *La confiance*, *op. cit.*, p. 15).

minorité en commission ou en séance. Il s'expose également à ne plus bénéficier, pour le futur, des biens octroyés par le groupe (questions au Gouvernement, nouvelles fonctions de rapporteur, etc.). Pour ce qui est de la confiance organique, un rapporteur qui s'écarte de la position de la commission peut perdre l'appui de cette dernière. Enfin, rien n'est pire, pour l'autorité d'un rapporteur, que d'être mis en défaut sur le plan technique. C'est alors sa légitimité d'ensemble qui peut être endommagée.

Enfin, les différentes missions du rapporteur peuvent parfois entrer en tension. Ainsi, quand le rapporteur développe un argumentaire trop partisan, qui s'écarte d'une certaine forme de retenue que son rôle de référent technique exige, il peut faire l'objet d'interpellations. En 2013, le sénateur Hervé Maurey s'est étonné de tweets écrits par le rapporteur du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe :

> permettez-moi de vous dire, monsieur le rapporteur, que vos tweets ironiques à l'égard des manifestants étaient désobligeants, malvenus et peu compatibles avec votre qualité de rapporteur de ce texte [...]. Écrire qu'il s'agit de « quelques badauds participant à une balade », ou encore que « quelques serre-tête tressés et jupes plissées pensent que nous reculerons », ce n'est pas digne d'un rapporteur de la commission des lois[125] !

S'il faut faire la part des choses de la polémique politique, de telles réactions illustrent en creux les missions attendues d'un rapporteur et les manières de les lui rappeler, ainsi que la multiplicité des rôles du rapporteur, membre de son groupe politique, porte-parole de sa commission et expert du sujet débattu[126].

*
**

Le rapporteur d'un projet ou d'une proposition de loi est un acteur essentiel de la procédure législative. Simple député ou sénateur, il ne bénéficie de prérogatives exceptionnelles que dans l'intérêt de son assemblée. Il est chargé d'éclairer ses collègues sur les décisions à prendre et de partager les informations recueillies au cours de ses travaux, tout en veillant à l'équilibre politique du texte.

S'il peut avoir une influence aussi déterminante dans la procédure législative – pratiquement équivalente à celle du Gouvernement – c'est parce qu'il se situe au carrefour d'une triple relation de confiance : politique, organique et technique. C'est cette triple confiance qui permet aux assemblées parlementaires d'affronter la complexité et la diversité des textes qu'elles doivent examiner.

Ces entorses aux théories de la délibération pure et parfaite sont motivées par le fait que, contrairement à des « mini-publics » citoyens, le Parlement doit prendre

---

[125] Compte rendu intégral du Sénat, séance du 4 avril 2013.

[126] Pour une discussion sur le rôle principalement institutionnel (organique) ou politique du rapporteur au Parlement européen, voir L. Obholzer, S. Hurka et M. Keading, « Party group coordinators and rapporteurs : Discretion and agency loss along the European Parliament's chains of delegation », *European Union Politics*, 2019, nº 20(2), p. 239-260. Le caractère hybride des missions du rapporteur conduit A. Yoshinaka, G. McElroy et S. Bowler à en faire une « *Jekyll-and-Hyde figure* », « The Appointment of Rapporteursothe European Parliament », *Legislative Studies Quarterly*, XXXV, 4 novembre 2010, p. 477.

des décisions qui s'imposeront à tous, dans un temps législatif contraint et avec une information imparfaite. La délégation au rapporteur et sa spécialisation constituent dans ce cadre des instruments de facilitation et d'efficacité.

Ainsi que le soulignait Clément Viktorovitch, les théories de la délibération et les études législatives « n'ont jusqu'alors que peu dialogué[127] ». Ainsi, il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude d'ensemble des règlements des assemblées parlementaires au regard des exigences de la bonne délibération[128]. C'est pourtant, comme on l'a rappelé, la fonction traditionnellement attribuée aux assemblées parlementaires que de délibérer et dont elles tirent une partie de leur légitimité. Il nous semble ainsi que les dispositions des règlements des assemblées – qui sont issues de la pratique et qui datent pour certaines de plusieurs décennies, voire de plusieurs siècles – gagneraient à être analysées, de manière systématique, à la lumière des critères et des principes mis en valeur par les théories de la démocratie délibérative.

Éric Buge

Éric Buge est administrateur des services de l'Assemblée nationale et secrétaire général du GEVIPAR. Il est notamment l'auteur de *Droit de la vie politique* (Paris, PUF, 2018).

Mathieu Mugnier

Mathieu Mugnier est administrateur des services du Sénat.

[127] Cl. VIKTOROVITCH, *Parler, pour quoi faire ?*, *op. cit.*, p. 15.

[128] La même remarque pourrait être faite s'agissant de la dimension délibérative des institutions politiques dans leur ensemble : cf. É. BUGE, « À la recherche du diamant de Micromégas. Quelques réflexions à propos du Grand débat national et de la Convention citoyenne pour le climat », *Archives de philosophie du droit*, à paraître.

Annexe : les prérogatives du rapporteur face à celles du Gouvernement[129]

Procédure	Rapporteur de l'Assemblée nationale	Rapporteur du Sénat	Gouvernement
Accès à l'information et à l'expertise			
Auditions	Ouvertes à tous les commissaires (art. 46 du RAN)	*Idem* (en pratique)	Non présent
	Possibilité de se faire accompagner de tout fonctionnaire de l'Assemblée (art. 56, al. 2 RAN) et d'un collaborateur parlementaire	*Idem* (art. 37, al. 3 RS et chapitre XXVIII de l'instruction générale du bureau)	
Possibilité de participer aux travaux de la commission pour avis	Uniquement le rapporteur (art. 87, al. 3 RAN)	*Idem* (art. 17, al. 3 du RS)	Possibilité
Possibilité de demander l'évaluation d'un amendement	De droit à la demande du président ou du rapporteur, après approbation du président de la commission (art. 98-1, al. 2 RAN)	–	–
Publication d'un état des travaux avant la commission	Obligation (art. 86, al. 2 RAN)	Aucune obligation	–
Mention, dans le rapport, des auditions du rapporteur	Obligation (art. 22 RAN)	*Idem* (en pratique)	–
Dépôt des amendements			

[129] Les acronymes RAN et RS signifient, respectivement, Règlement de l'Assemblée nationale et Règlement du Sénat.

Procédure	Rapporteur de l'Assemblée nationale	Rapporteur du Sénat	Gouvernement
Délai de dépôt des amendements en commission	Non opposable (art. 86, al. 5 RAN)	Opposable (art. 17 bis RS)	Non opposable (art. 86, al. 5 RAN, art. 17 bis al. 1 RS)
Irrecevabilité financière	Applicable	*Idem*	Non applicable
Autres irrecevabilités (« cavaliers législatifs », dispositions d'ordre règlementaire, etc.)	Applicables	*Idem*	*Idem*
Prise de parole en hémicycle			
Prise de parole hémicycle	Possibilité d'obtenir la parole à tout moment, comme le président de commission (art. 56, al.1 RAN)	*Idem* (art. 37, al. 1 RS)	*Idem* (art. 56, al. 2 RAN et 37, al. 1 RS)
Discussion générale	Présentation liminaire, pendant 10 minutes (art. 91, al. 2 et 3 RAN)	*Idem* (art. 42, al. 3 RS)	Intervention, sans limitation de temps (art. 91, al. 2 RAN)
Discussion des motions	Intervention (art. 91, al. 5 et 8 RAN)	Intervention, pour 2 minutes 30 (art. 44 RS)	Intervention, sans limitation de temps (art. 91, al. 5 et 8 RAN et art. 44 RS)
Temps législatif programmé	Non prise en compte des prises de parole du rapporteur (art. 49, al. 9)	–	Non prise en compte des prises de parole du rapporteur
Législation en commission	Intervention liminaire (art. 107-3, al. 1 RAN)	*Idem*, en pratique	Intervention, sans limitation de temps (art. 107-3, al. 1 RAN et art. 47 *quinquies* RS)

Procédure	Rapporteur de l'Assemblée nationale	Rapporteur du Sénat	Gouvernement
Avis sur les amendements	Intervention, pour 2 minutes par amendement (art. 100, al. 7 et art. 107 RAN)	Intervention, pour 2 minutes 30 par amendement (art. 46 bis, al. 5 RS)	Intervention, sans limitation de temps (art. 100, al. 7 et 107 RAN, art. 46 bis al. 5 RS)
Suspension de séance	Demande de droit, à tout moment (art. 58, al. 5 RAN)	*Idem* (en pratique)	*Idem* (art. 58, al. 5 RAN)
Suivi de la mise en œuvre des lois			
Contrôle de la mise en application des lois	Suivi de droit (art. 145-7, al. 1 RAN)	*Idem* (art. 19 bis B, al. 1 RS)	–

Samuel Marlot

Les lois révolutionnaires

La systématisation de la Terreur (1793–1794)*

Système *versus* systématisation. Système de la Terreur *versus* systématisation des lois révolutionnaires. La Terreur ne fut pas un système politique, il n'en demeure pas moins que les compilations de lois révolutionnaires offrent un exemple de systématisation juridique.

« Jusqu'à l'été 1794, la Terreur n'est apparue ni comme un système, ni comme un moyen de gouvernement[1] » affirme Jean-Clément Martin. Michel Biard détaille cette assertion : « les contradictions, les conflits de pouvoirs et d'intérêts, les heurts des légitimités, n'ont pas vraiment cessé, de même que, au sommet, dans la capitale, jamais les rivalités internes à la Convention et aux Comités n'ont disparu[2] ». Timothy Tackett, dans son étude sur « le paysage mental de la Terreur[3] », reprend l'idée :

> ce fut dans cette atmosphère faite de passions et de méfiance, et alors qu'ils tentaient de répondre aux dangers qu'ils affrontaient, que les députés forgèrent presque toutes les mesures fondamentales de la Terreur. Il n'y eut jamais de plan systématique. Les députés improvisèrent au fil des mois […][4].

Puisque la Terreur ne fut pas un « système » politique, Michel Biard appelle à étudier ce « moment révolutionnaire […] comme phénomène complexe[5] », à ne pas décontextualiser. Mais dans les mêmes pages introductives des *Politiques de la Terreur*, il note que « l'ensemble du système des lois révolutionnaires[6] » est distingué des lois ordinaires par le décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), qui organise les pouvoirs publics en l'absence de constitution. Les lois révolutionnaires appa-

* L'auteur tient à remercier le secrétariat de rédaction de la revue et M. Martin Hullebroeck pour le travail éditorial réalisé sur cette contribution.

[1] J.-C. Martin, *La Terreur, vérités et légendes*, Paris, Perrin, 2017, p. 15.

[2] M. Biard, Introduction à la « Première Partie. Les rouages de la Terreur », in M. Biard (dir.), *Les politiques de la Terreur*, Rennes, PUR, Société des études robespierristes, 2008, p. 34.

[3] T. Tackett, *Anatomie de la Terreur*, Paris, Seuil, 2018, p. 19. L'historien américain rappelle que « dans les périodes de grande inquiétude, les émotions sont souvent très changeantes, parmi les élites comme parmi les masses, et on assiste à une succession rapide de joie et d'angoisse, d'empathie et de haine. […]. Ainsi, la peur, le soupçon et la colère des masses ont pu avoir une influence considérable sur le comportement de l'élite révolutionnaire ».

[4] *Ibid.*, p. 298.

[5] M. Biard (dir.), *Les politiques de la Terreur*, *op. cit.*, p. 14.

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

raissent en effet suffisamment particulières aux yeux des conventionnels pour composer un ensemble distinct de normes appelées à être rassemblées dans des compilations. Le juriste y voit la tentative de « systématisation » juridique.

La singularité des décrets de la Terreur a souvent été relevée. Jules Michelet ouvre son *Histoire de la Révolution française* par une ode au patrimoine juridique révolutionnaire. « Je définis la Révolution, l'avènement du Droit, la réaction de la Justice[7]. » La Révolution n'est en effet « autre chose que la réaction tardive de la Justice contre le gouvernement de la faveur[8] ». Le proscrit du Collège de France remarque bien que certains textes, comme « la loi des suspects », divergent de cette épiphanie juridique et que « le premier article du code de la Terreur[9] » est la loi sur l'émigration mais celui-ci n'est pas aussi nuisible que le droit d'Ancien Régime : « la Terreur révolutionnaire se garde bien […] d'avoir, dans ses deux ou trois ans, rendu au système ce qu'il nous fit six cents ans[10] ». Quelques années plus tard, Edgar Quinet compare également l'Ancien Régime et la Terreur, qu'il rapproche en particulier de l'absolutisme[11]. Mais l'exilé de Bruxelles assimile aussi le « système de Robespierre » au régime des germains, à peine tempéré par les Lumières : « il avait pris le droit public des temps barbares. Mais ce droit-là était perpétuellement contrarié chez lui et ruiné par les idées philanthropiques du XVIII^e siècle. La vieille arme barbare, rouillée du sang barbare, se brisait entre ses mains[12] ». La qualification de la Terreur comme « système de Robespierre » a suscité la réaction de Louis Blanc : « Non, non, quoiqu'en dise M. Quinet, la Terreur ne fut pas un système ; elle fut, ce qui est bien différent, un immense malheur, né de périls prodigieux[13] ». La Terreur est le produit des circonstances et n'est pas un système politique. Le droit ne la régit pas mais s'adapte aux périls.

Au début de la III^e République, Hippolyte Taine s'interroge sur la légalité de ces textes dérogatoires mis en œuvre « à l'Hôtel de ville, dans les tribunaux, à la garde nationale, aux sections, dans les administrations ». Il y perçoit l'agissement d'une minorité.

> Que la Convention, si elle veut, s'installe pompeusement en souveraine et fasse tourner la machine à décrets ; peu importe : régulier ou irrégulier, le gouvernement marchera toujours sous la main qui tient le sabre. Par la terreur improvisée, les Jacobins ont maintenu leur autorité illégale ; par la terreur prolongée, ils vont établir leur autorité légale[14].

---

[7] J. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, t. 1, Paris, Chamerot, 1847, p. 23.

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

[9] *Ibid.*, t. 2, p. 425.

[10] *Ibid.*, t. 1, p. 48.

[11] « Les hommes de la Révolution pratiquent l'Ancien Régime. Ils en prennent les armes, les moyens, la méthode de gouvernement ; novateurs en théorie, qui, le plus souvent, dans l'application, restent les hommes du passé » (E. QUINET, *La Révolution*, 3^e éd., t. 2, Paris, Librairie Internationale, 1865, p. 238).

[12] *Ibid.*, p. 225.

[13] L. BLANC, « Lettre sur la Terreur », *Le Temps*, 22 février 1866 (rééd. L. BLANC, *Lettre sur la Terreur*, Paris, Éd. Manucius, 2010).

[14] H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, vol. 3, 15^e éd., Paris, Hachette, 1890 [1875], p. 311.

Alphonse Aulard s'insurgera contre cette idée d'une Terreur organisée par le droit. Le gouvernement révolutionnaire n'est qu'un « expédient de guerre[15] » et « il n'y eut rien de systématique dans la création du gouvernement révolutionnaire [...] il se forma empiriquement, au jour le jour, d'éléments imposés par les nécessités successives de la défense nationale ». Le premier titulaire de la chaire d'histoire de la Révolution en Sorbonne conclut par conséquent, comme Louis Blanc, que

> s'il n'y eut pas un *système* de terreur, il y eut bien réellement un *régime* de terreur [quand] la Révolution, suspendit les principes de 1789, et tourna contre ses ennemis les moyens violents d'ancien régime qu'ils employaient contre elle. Cette suspension des principes de 1789, c'est bien en cela que consiste la Terreur [...] en août et en septembre 1793[16].

La controverse Quinet-Blanc, reprise et prolongée par Taine[17] et Aulard, se poursuit à propos des textes de la Convention. Patrice Gueniffey constate que « l'insurrection du 10 août [1792] substitue le règne de la force à celui de la loi et la dictature des minorités au gouvernement par la majorité[18] » et considère donc « la Terreur comme système de pouvoir[19] », dans lequel « la validité des lois, des décrets et des arrêtés ne dépend plus [que] de la seule légitimité de l'autorité qui produit ces textes ». Attaquée de toutes parts, cette autorité se défend par le droit d'exception : « la loi des suspects du 17 septembre 1793, tout comme la loi du 10 juin 1794, plonge ainsi des racines profondes dans la mentalité révolutionnaire[20] ».

Jean-Clément Martin relève pareillement le

> basculement qui s'opère à la fin de 1793 dans la conduite de la Révolution. [...] Les sociétés populaires et les comités de surveillance passent sous le contrôle de la Convention et de ses envoyés. Un catalogue des « lois révolutionnaires » est projeté pour organiser l'arsenal législatif[21].

Mais selon l'historien « il faut résister à penser que la Terreur a bien eu une réalité politique, qu'elle fut un régime, un moment précis ou une doctrine[22] » car « la "Terreur" n'avait pas eu de place dans la loi avant août 1794[23] ».

Nous tenterons ici de montrer que ce « catalogue de lois révolutionnaires » est en réalité une tentative de systématisation juridique inaboutie. S'il est possible de

---

[15] A. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française. Origines et développement de la démocratie et de la République (1789–1804)*, Paris, Armand Colin, 1901, p. 358.

[16] *Ibid.* (emphase d'origine).

[17] Sa pensée est résumée par le publiciste Charles-Gustave Amiot : *« Taine*, a-t-on dit, raconte la *Terreur*, moins la guerre. C'est une soustraction impossible, car la guerre, la tension guerrière, a produit la *Terreur* ; ce que *Taine* considère comme une fièvre idéologique est une fièvre obsidionale ; il analyse un phénomène inexistant, son travail porte à faux » (Ch.-G. Amiot, « La vrai figure de Taine », *La Revue hebdomadaire*, vol. 37, nos 5-6, p. 16).

[18] P. Gueniffey, *La politique de la Terreur*, Paris, Gallimard, 2003 [2000], p. 244.

[19] *Ibid.*, p. 15.

[20] *Ibid.*, p. 295.

[21] J.-C. Martin, *La Terreur*, *op. cit.*, p. 40.

[22] J.-C. Martin, *Les échos de la Terreur. Vérités d'un mensonge d'État*, Paris, Belin, 2019, p. 101.

[23] *Ibid.*, p. 34. L'auteur met le mot *Terreur* entre guillemets et signale ainsi que le terme ne figure dans aucune loi avant le décret du 5 août 1794 qui met en accusation Joseph Lebon.

la quantifier en rassemblant *a posteriori* les textes de loi qui la composent, elle est difficile à définir juridiquement car les acteurs n'ont pas explicité la théorie sous-tendant cette systématisation. En effet les conventionnels, s'ils utilisent fréquemment les termes *lois révolutionnaires*, parfois ceux de *mesures de salut public* ou de *décrets de sûreté générale*, ne prennent jamais la peine de les définir. Néanmoins ces qualificatifs ne sont employés qu'à propos de certains textes, de nature pénale. Par ailleurs les rares mentions des termes « lois révolutionnaires » dans les décrets de la Convention impliquent un mode d'exécution spécifique.

Cette étude tente donc de repérer les invariants dans le corpus des lois dites *révolutionnaires*. Si ces dernières n'émanent pas d'un pouvoir constant et déterminé, elles présentent à la lecture certaines récurrences qui rendent possible une taxinomie. Parce qu'elles peuvent être listées, ces lois forment le système de la Terreur au sens juridique du terme. Elles ont été compilées, après le décret du 14 frimaire, dans trois recueils qu'il convient d'abord de présenter (I). Ces décrets sélectionnés à l'époque par des compilateurs[24] qu'on évoquera brièvement doivent ensuite être classés selon des critères de distinctions définis et appliqués par nous (II). C'est au prix de cette double opération, mobilisant des catégories d'époque et faisant appel à des critères contemporains pour palier l'inachèvement d'alors, que surgit le *système juridique* de la Terreur dont on se propose ici d'examiner les fondations dans le droit de la Révolution.

I. Le corpus des lois révolutionnaires : une systématisation inachevée

Clairement distinguées, dans le décret du 14 frimaire, des lois ordinaires, les lois dites *révolutionnaires* ont été rassemblées dans des recueils intitulés « codes », qui ne sont en fait que des compilations[25]. Cette systématisation permet d'inventorier un corpus d'environ cinq cents textes.

1. Le code des comités de surveillance

Le premier travail de compilation de lois révolutionnaires est rendu nécessaire par le décret du 14 frimaire (4 décembre 1793), la « constitution provisoire[26] » du Gouvernement révolutionnaire. Il proclame que « l'application des lois révolutionnaires et des mesures de sûreté générale et de salut public est confiée aux municipalités et aux comités de surveillance ou révolutionnaires ». Seule institution élue du décret du 14 frimaire, née à l'occasion de la première loi sur les étrangers le 21 mars 1793, les comités de surveillance sont peu à peu dotés de compétences

[24] « Le compilateur délimite un corpus au sein duquel il extrait des données diverses et hétérogènes afin de leur conférer, par le truchement d'un rassemblement documentaire qui lui est propre, une nouvelle unité de matière et de sens. Compiler consiste donc à produire de manière raisonnée une unité documentaire nouvelle à partir de documents antérieurs » (J. Petitjean, « Compiler. Formes, usages et pratiques », *Hypothèses*, n° 13, 2001, p. 15-25).

[25] G. Braibant, « Codification », *Encyclopédie Universalis*, Corpus 6, p. 288-291. On parle de « compilation » quand le gouvernement décide de regrouper tous les textes antérieurs sans les modifier ni les ordonner.

[26] A. Le Pillouer, *Les pouvoirs non constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz, 2005, p. 12.

nouvelles. Ils connaissent ainsi une clarification de leurs missions : l'application des lois révolutionnaires. Ce même décret du 14 frimaire rationalise l'expédition des textes votés par la Convention en créant la commission de l'envoi des lois. C'est donc cette dernière qui est chargée de rassembler les décrets et accole à ce regroupement le nom de « code » : le Code des comités de surveillance et révolutionnaire.

Ce volume n'est, en réalité, qu'un « corpus » : les lois révolutionnaires choisies ne sont pas réécrites[27]. Il s'agit néanmoins du premier *code révolutionnaire*, qui explique l'accord au singulier du second adjectif du titre : le *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*. Il s'agit d'un code révolutionnaire pour les comités de surveillance[28] : une compilation de lois que les comités de surveillance doivent appliquer et qui, de ce fait, deviennent *lois révolutionnaires*. Il a été réalisé peu après le décret du 14 frimaire car le plus ancien texte de ce travail très complet est le décret du 20 nivôse (9 janvier 1794) sur le bris de scellés posés par un comité de surveillance ou une municipalité[29]. Il s'agit d'une collection méthodique de cent-six décrets[30], présentés par chapitre et par section. Elle contient une table des matières (intitulée pourtant « table chronologique », sans doute en raison de l'inscription de la date des décrets en marge) en début de volume et un index (intitulé « table des matières ») très fourni sur les dix dernières pages. Le modèle est celui de la collection Baudouin[31].

---

[27] Les textes sont insérés les uns à la suite des autres sans suppression des caducités ou des incohérences (la reproduction du décret du 11 août 1792, la première loi révolutionnaire selon Gérard Sautel, parle de la haute Cour nationale, supprimée le 25 septembre 1792). Les seules modifications effectuées concernent le titre des décrets, qui est modifié lorsqu'une partie seulement du texte est recopiée, généralement celle qui déclare suspects certains individus. Le long décret sur la vente des biens confisqués est ainsi intitulé « Décret qui déclare suspects les détenteurs des biens des condamnés, qui ne feraient pas de déclarations exactes » dans le *Code de comités de surveillance* car il ne reprend que l'article 8. Pareillement, le seul alinéa relatif aux créanciers de l'État figure sous le titre du « Décret qui déclare suspects les possesseurs de dîmes et autres créances qui n'auront pas remis leurs titres dans les délais fixés par la loi ».

[28] *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, Imprimerie du dépôt des lois, an II (BNF, Département droit, économie, politique, F.18423).

[29] Décret du 20 nivôse an II (10 janvier 1794) contenant des dispositions relatives aux gardiens des scellés (*Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale*, t. 45, Paris, Impr. *Baudouin*, p. 177-178 ; *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État*, éd. J.B. Duvergier, 2e éd., t. 6, Paris, A. Guyot et Scribe, 1825, p. 388 ; *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, p. 44-45). Grâce à la numérisation de la collection Baudouin, l'accès aux textes est aisé et le renvoi aux recueils Baudouin (ci-après *Baudouin*) sera donc systématique pour chaque citation de décrets. La référence dans la collection Duvergier (ci-après *Duvergier,* qui fait référence à la 2e édition) n'est mentionnée que si le décret est reproduit *in extenso*, ce qui n'est le cas que pour les textes les plus importants. Est ensuite indiquée la ou les compilations de lois révolutionnaires qui contiennent le décret. Voir la présentation du projet ANR RevLoi : Site *Décrets et Lois 1789–1795 : Collection Baudouin* [http://archives-web.univ-paris1.fr/collection-baudouin/index.html].

[30] C'est le nombre maximum si l'on compte tous les textes votés. Mais le décret du 12 août 1793 et du 17 septembre 1793 sont présentés ensemble ainsi que les trois décrets des 7, 13 et 14 septembre sur l'arrestation des anglais et des espagnols.

[31] Pour une présentation de cette collection et la notion de loi exécutive, voir A. SIMONIN, « L'impression de la loi dans la Collection Baudouin. L'invention de la loi législative », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, no 6, 2013 [https://www.cliothemis.com/L-impression-de-la-loi-dans-la].

Un « supplément par ordre chronologique[32] » est annoncé en fin de volume. Il sera finalement intitulé *Premier supplément au code des comités de surveillance et révolutionnaires*[33]. Ce sera le seul car il a probablement été imprimé en messidor ou thermidor, après la loi du 22 prairial (10 juin 1794) qu'il contient et avant la disparition, progressive, des comités de surveillance. Son caractère précipité est assez marqué, ne serait-ce que par l'erreur grammaticale du titre[34]. Deux décrets, déjà insérés dans le premier code, sont répétés (les décrets du 25 brumaire et du 2 frimaire). Il ne contient ni index ni table des matières mais une simple table chronologique recensant ses cent-dix-neuf décrets[35]. En revanche, le sous-titre de ce *Supplément* achève d'établir l'équivalence entre les lois révolutionnaires, les mesures de salut public et les mesures de sûreté générale, dont l'emploi indifférencié par les conventionnels brouillait souvent la compréhension.

2. Le Projet de code révolutionnaire

Le second travail de compilation des lois révolutionnaires est un pan du vaste projet de codification entrepris par la Convention jacobine. Le 3 floréal an II (22 avril 1794), après un rapport de Couthon sur la nécessité de classer et publier les lois pour leur meilleure application[36], la Convention « nomme les représentants Cambacérès, Merlin de Douai et Couthon pour composer la commission[37] » chargée de classer les lois. Couthon intervient de nouveau à la Convention le 11 prairial (30 mai 1794) pour un bilan de travail rappelant que les lois révolutionnaires feront l'objet d'un code spécifique : « les dispositions qui organisent le gouvernement ordinaire sont en entier dans la constitution ; celles qui organisent le gouvernement

---

[32] *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, p. VII.

[33] *Premier supplément au code des comités de surveillance et révolutionnaires ou Recueil de décrets de la Convention nationale sur la police et sûreté générale, les détenus, les étrangers, les personnes suspectes, et autres décrets relatifs au gouvernement révolutionnaire*, Imprimerie du dépôt des lois, an II (BNF : F.18 423).

[34] L'ajout d'un « s » à l'adjectif « révolutionnaires » du titre change le sens de ce dernier : ce n'est plus le *Code révolutionnaire des comités de surveillance* mais le *Code des comités de surveillance et des comités révolutionnaires*. Or les deux décrets, pourtant joints au premier code, du 26 mai 1793 qui proscrivait le qualificatif de « comités révolutionnaires » et du 25 septembre qui généralisait l'usage du terme « comités de surveillance », rendaient caduque l'appellation « comités révolutionnaires ». Les compilateurs du *Supplément* n'ont donc pas repris la subtilité grammaticale de leurs prédécesseurs du premier code.

[35] C'est le nombre maximum si l'on compte tous les textes votés. Le *Supplément* distingue ainsi clairement le décret du 22 ventôse sur la confiscation des biens des ecclésiastiques et sa modification lors de la même séance ainsi que les deux décrets du 27 germinal sur la répression des conspirateurs.

[36] A. GUERMAZI, J.-L. LE QUANG, V. MARTIN (dir.), *Exécuter la loi (1789–1804)*, préf. P. Serna, Paris, Éd. de la Sorbonne, 2018. Le « reflux de l'Exécutif » depuis 1791 est souvent corrélé en histoire constitutionnel avec l'« atonie de l'exécution » de la loi, comme le résume Virginie Martin (p. 19). Dans sa préface, Pierre Serna retrace le « problème de l'application de la loi » qui culmine sous la Convention jacobine.

[37] *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, 1re série, t. LXXXIX, p. 169 (ci-après *Archives parlementaires*). Voir A. JOURDAN, « La Convention ou l'empire des lois. Le comité de législation et la commission de classification des lois », *La Révolution française*, nº 3, 2012, § 19 [https://doi.org/10.4000/lrf.730] (consulté le 22/04/2020).

révolutionnaire peuvent être facilement réunies dans un même code[38] ». Après ce rapport, Couthon n'intervient plus à la Convention au nom de la commission, censée néanmoins étroitement collaborer avec le Comité de salut public[39]. Il se charge de réorganiser le tribunal révolutionnaire, en préparant la future loi de prairial (10 juin 1794). Le plan général de classification des lois, le 27 messidor an II (15 juillet 1794), est donc défendu par Cambacérès, selon lequel cette loi de prairial constitue l'un des quatre exemples de lois du « code du gouvernement révolutionnaire ». Cambacérès annonce en effet « qu'incessamment la commission vous présentera, par l'organe de Couthon, le code du gouvernement révolutionnaire, et que bientôt après, le comité de législation, de concert avec la commission, vous soumettra le code civil et le code criminel[40] ». Ce code révolutionnaire ne sera jamais publié mais il a été confectionné, plus tôt, au Dépôt des lois[41] par Rondonneau, ancien garde des archives du Sceau[42], et est conservé aux archives nationales[43], à l'état manuscrit avec le (premier) Projet de code civil[44], du Projet de code criminel[45], ou du Code des secours publics[46]… Rondonneau correspondait avec le Comité de salut public[47] par le truchement de Billaud-Varenne, qu'il tenait informé de l'avancée de ses travaux au Dépôt des lois[48]. Les lettres de Rondonneau témoignent du rôle majeur qu'il a joué[49]. Ses difficultés de tri transparaissent dans le titre de ses

---

[38] *Ibid.*

[39] « Pour que le même esprit qui dirige le gouvernement se trouve dans la législation, [la commission de classification des lois] se concertera avec le Comité de salut public dans la rédaction et la présentation de ses travaux » (*ibid.*).

[40] Rapport et projet de décret sur le plan général de la classification des lois et de la communication du recensement et de la rédaction complète des lois par Cambacérès (BNF, F 8-LE38-857).

[41] C'est une entreprise créée par Louis Rondonneau, qui a démissionné du ministère de la justice en mars 1793, et par Étienne-Alexandre Anisson-Duperron, directeur de l'imprimerie nationale (Notice d'autorité, « Louis Rondonneau (1759-1834) », *BNF* [https://data.bnf.fr/ark:/12148/cb12297356s]).

[42] N. CHOUBLIER-GRIMBERT, « Les collections de Louis Rondonneau. Formation et destin des collections juridiques au tournant des XVIIIe et XIXe siècles », *Bibliothèque de l'École des Chartes*, vol. 166, no 1, 2008, p.199. L'article occulte le travail de rédacteur du *Projet de code révolutionnaire* de Rondonneau, se contentant de préciser que « Rondonneau semble avoir traversé la Terreur sans encombre » (p. 201) et que « de 1794 à 1796, il fût chargé de classer les lois et décrets de la commission du classement formée par Cambacérès » (p. 199).

[43] Archives nationales, Sous-série D/XXXIX « Commission de la classification des lois », 9.

[44] AN, D/XXXIX/6-7.

[45] AN, D/XXXIX/8.

[46] AN, D/XXXIX/11.

[47] La mise en place de la commission de classification des lois, dont Rondonneau sera le secrétaire général, n'est décidée que le 27 germinal (16 avril) par la Convention : article 25 du décret sur la répression des conspirateurs et l'éloignement des ex-nobles, des étrangers et la police générale de la République (*Baudouin*, t. 48, p. 205). Auparavant c'est Billaud-Varenne qui, au Comité de salut public, porte le projet de rationalisation de la législation.

[48] Les sous-chemises de rangement de Rondonneau et ses papiers à entête du « dépôt des loix », envoyés à la « commission des lois » de la Convention, sont rangés aux archives nationales dans les cartons du « comité » de classification des lois.

[49] Les éléments sur le rôle de l'éditeur sous la Terreur sont malaisés à réunir. Il n'y a pas de notice dans la *Biographie universelle* de M. Michaud. La courte notice du tome 18 de la *Biographie*

chemises de classement des décrets aux archives nationales : « code criminel », « code criminel révolutionnaire », « code révolutionnaire ». En l'absence de définition des lois révolutionnaires, la sélection des textes à insérer était délicate.

3. Le code des émigrés, condamnés et déportés

Cette dernière compilation, la plus petite des trois, achève de répertorier les lois révolutionnaires. Elle rassemble les décrets contre les émigrés et les prêtres réfractaires qui sont les premiers ennemis de la révolution, tant du point de vue chronologique que statistique. Chronologiquement la répression de l'émigration inaugure, voire prélude, les lois révolutionnaires[50]. Le décret du 26 août 1792, proche de celui du 27 mai qui avait subi le veto du roi, est probablement la première loi révolutionnaire pénale : tous les prêtres réfractaires doivent être déportés sans que les municipalités n'aient à prouver la commission d'un acte répréhensible. Statistiquement, ensuite, les prêtres réfractaires et surtout les émigrés sont les catégories d'ennemis suscitant le plus grand nombre de lois révolutionnaires : cent vingt textes en s'en tenant au seul *Code des émigrés, condamnés et déportés* imprimé par la Convention[51] et à son premier supplément. Un troisième tome était en effet en préparation au comité de classification des lois mais ses « matériaux[52] », très parcellaires aux archives, ne permettent pas de l'utiliser pour répertorier les lois révolutionnaires. Cambacérès avait annoncé le 27 messidor que « la matière des émigrés tient au gouvernement révolutionnaire ; mais comme elle est très étendue, il est nécessaire de la renfermer dans un code particulier, qui fera suite au [code révolutionnaire][53] ».

4. Les compilations partielles

D'autres documents rassemblent les décrets mais ne peuvent accéder au statut de compilation de lois révolutionnaires. La circulaire Paré du 29 septembre 1793, qui applique le décret du 13 septembre 1793 prescrivant l'« envoi des lois relatives

---

nouvelle est centrée sur ses activités commerciales. La source la plus utilisée est celle de l'*Almanach du Commerce*, publié avant sa faillite, que la plupart des notices reproduisent. Voir « Rondonneau (Louis) », in A.V. ARNAULT *et al.*, *Biographie nouvelle des contemporains*, t. 18, Paris, Impr. Plassan, 1825, p. 213-214 ; « Rondonneau, Louis (1789–1815) », *CERL Thesaurus*, 5 mai 2019 [http://thesaurus.cerl.org/record/cni00082332].

[50] Cinq décrets antérieurs au Dix août sont joints à ce code et peuvent donc être considérés, d'un point de vue formel, comme des lois révolutionnaires.

[51] *Code des émigrés, condamnés et déportés, ou recueil des décrets rendus par les Assemblées Constituante, Législative et Conventionnelle concernant la poursuite et le jugement des émigrés, condamnés et déportés, le séquestre, la vente et l'administration de leurs biens*, Paris, Impr. Du Dépôt des lois, an II [1793] (BNF, F-18425 et F-18426 ; ci-après *Code des émigrés, condamnés et déportés*).

[52] AN, D/XXXIX/10. Ce carton contient les documents rassemblés par le comité de classification des lois, postérieurement à l'envoi du Projet de code révolutionnaire au Comité de salut public. Les feuillets recensant ces décrets relatifs aux sociétés populaires sont les derniers de la liasse intitulée « Code révolutionnaire. Minutes », juste avant la liasse intitulée « Code révolutionnaire. Matériaux ».

[53] Rapport et projet de décret sur le plan général de la classification des lois et de la communication du recensement et de la rédaction complète des lois par Cambacérès, *op. cit.*

à la sûreté générale, et dont l'exécution est confiée aux comités révolutionnaires[54] » est, chronologiquement, la première tentative de systématisation de lois révolutionnaires. Le ministre de l'Intérieur explique qu'il fait réimprimer ces trente-trois décrets jusqu'à celui du 13 septembre « pour que la collection soit la même dans toute la République[55] » et les adresse aux comités de surveillance via les directoires de département. Mais Paré liste des textes qui ne seront pas retenus dans les codifications ultérieures (Projet de code révolutionnaire et Code des comités de surveillance et révolutionnaire) et qui n'appartiennent vraisemblablement pas au domaine de la loi révolutionnaire comme la suppression des sociétés d'actions au porteur[56] ou le financement du ministère de la guerre[57]. En outre, sa circulaire contient quelques erreurs, comme le décret du 21 mars 1793 établissant un comité de surveillance dans chaque commune qui est confondu avec celui du 18 mars 1793 ordonnant la création d'un comité de salut public départemental. Il s'agit donc d'une collection sommaire, plutôt précoce (la sûreté générale ne sera officiellement attribuée aux comités révolutionnaires que le 8 janvier 1794[58]) et inaboutie. Mais elle annonce évidemment le Code des comités de surveillance et révolutionnaire.

Les Archives nationales conservent également le manuscrit d'une collection de lois relatives aux sociétés populaires[59] datant vraisemblablement du printemps 1794 : le texte référencé le plus tardif est celui du 27 germinal an II (16 avril 1794) sur l'exclusion des nobles et des étrangers de ces clubs. Le texte le plus ancien est, logiquement, celui du 12 mars 1793 qui prescrit l'envoi des décrets de la Convention aux clubs patriotiques locaux. Cette loi, qui n'est pas retenue dans les codifications ultérieures, est la première à intégrer un organe révolutionnaire au réseau de distribution des lois[60]. Mais cette compilation est succincte (dix-sept textes, dont l'extrait de la Déclaration des droits de 1793 relatif au droit d'association). Elle n'est pas systématique (la numérotation des articles s'arrête soudainement après le sixième) ni chronologique, très brouillonne (voire illisible : on ne peut que supputer que le décret du 13 pluviôse retenu est la réforme de l'attribution des certificats de civisme).

---

[54] Décret du 13 septembre 1793 qui ordonne l'envoi aux comités de surveillance des lois dont l'exécution leur est confiée (*Baudouin*, t. 34, p. 157 ; *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, p. 18-19).

[55] Circulaire du ministre de l'intérieur aux citoyens administrateurs des directoires de départements, 29 septembre 1793, Archives départementales de Seine Maritime, L 220.

[56] Décret du 24 août 1793 qui supprime la caisse d'escompte, et différentes autres associations (*Baudouin*, t. 40, p. 226 ; *Duvergier*, t. 6, p. 131)

[57] Décret du 5 septembre 1793 qui alloue 100 millions pour fabrication d'armes (*Baudouin*, t. 34, p. 32).

[58] Décret du 18 nivôse an II (8 janvier 1794) portant que les municipalités demeurent spécialement chargées, concurremment avec les comités de surveillance ou révolutionnaires, des fonctions de police de sûreté générale, pour la recherche des crimes attentatoires à la liberté, à l'égalité, à l'unité et à l'indivisibilité de la République (*Baudouin*, t. 45, p. 162-164 ; *Duvergier*, t. 6, p. 386 ; *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, p. 20-28).

[59] AN, D/XXXIX/13.

[60] Le ministère de l'Intérieur doit dorénavant rajouter deux exemplaires du Bulletin de la Convention, adressé journellement aux directoires de district, destinés aux « sociétés patriotiques » afin que « les ordres de la Convention s'exécutent » (*Archives parlementaires*, t. LX, p. 118).

5. Le corpus des lois révolutionnaires et ce qui les distingue des lois ordinaires

Puisque ces compilations partielles ne peuvent pas servir pour répertorier les lois révolutionnaires, celles-ci se chiffrent donc à 475 textes contenus (avec des répétitions) dans le Code des comités de surveillance et révolutionnaire (221 décrets), dans le Projet de code révolutionnaire (228 décrets) et dans le Code des émigrés, condamnés et déportés (120 textes)[61]. Nous postulons que les lois révolutionnaires composent ce corpus. La définition, à ce stade de la démonstration, encore approchée ou imparfaite, de ce qu'est une loi révolutionnaire pourrait se formuler ainsi : une loi révolutionnaire, telle que qualifiée par le décret du 14 frimaire, est une loi votée par la Législative puis la Convention entre le 11 août 1792 et le 22 prairial an II (10 juin 1794) qui se trouve dans l'un des trois recueils composés entre janvier et juin 1794. La première loi révolutionnaire *stricto sensu* est, pour rejoindre Gérard Sautel[62], la loi sur les municipalités du 11 août 1792[63] et la dernière est la loi qui modifie la procédure devant le tribunal révolutionnaire le 22 prairial an II (10 juin 1794).

La présentation de ce corpus doit s'achever par un constat de carence : si les lois révolutionnaires sont numériquement circonscrites par ce travail de systématisation post-14 frimaire, elles ne sont jamais définies juridiquement. Aucune de ces compilations ni aucune de leurs normes ne dit ce qu'est une loi révolutionnaire. On en est réduit à tenter de cerner la notion en se penchant sur la procédure adoptée pour leur exécution d'une part et sur quelques écrits des contemporains d'autre part.

En répertoriant les occurrences des mots « lois révolutionnaires » dans les décrets eux-mêmes on constate qu'elles doivent être appliquées par les organes révolutionnaires, nés après le 10 août 1792 et qui fonctionnent parallèlement aux institutions de la constitution de 1792. Certains les appellent « pouvoirs parallèles ou organisations qui concurrençaient les structures officielles[64] », d'autres y voient des « parastructures révolutionnaires[65] ». Il s'agit d'organes *ad hoc*, composés de

---

[61] Le recensement exhaustif, chronologique et synoptique de ces décrets des trois compilations a été établi dans l'annexe 1, « tableau des lois révolutionnaires », de notre thèse, avec le renvoi à la section concernée du *Projet de code révolutionnaire* ainsi que les références dans les Collections Baudouin ou Duvergier : S. MARLOT, *Les lois révolutionnaires, la codification du salut public,* thèse en histoire du droit, Université Panthéon-Assas, 2009, p. 337 à 373.

[62] Gérard Sautel considère que la loi du 11 août 1792 sur les municipalités est la première loi révolutionnaire (G. SAUTEL, « Police de sûreté générale et municipalités, en 1792 : genèse d'une loi révolutionnaire », in G. AUBIN (dir.), *Liber amicorum : études offertes à Pierre Jaubert*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 647).

[63] Pour être exact, les compilations révolutionnaires introduisent dans le corpus quatre décrets antérieurs, tous relatifs aux émigrés, ainsi que la section du Code pénal de 1791 relative aux crimes contre la sûreté extérieure.

[64] T. TACKETT, *Anatomie de la Terreur*, Paris, Seuil, 2018, p. 96 et 102.

[65] G. SAUTEL et J.-L. HAROUEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution*, 8e éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 104-105 et 109.

militants patriotes, à qui la Convention confie une mission que ne sauraient assumer efficacement les « autorités constituées[66] ». Le lien entre organes révolutionnaires et lois révolutionnaires est formalisé le 5 septembre 1793 par la création de l'armée révolutionnaire et confirmé le 14 frimaire par la description des missions des comités de surveillance. Ce lien fonde le critère organique de la loi révolutionnaire : celle qui est appliquée par les institutions révolutionnaires, composées de partisans de la révolution. Mais ce lien est tardif et des lois antérieures, reproduites dans la systématisation examinée, sont dénuées de référence aux organes révolutionnaires. Un autre critère de distinction doit être avancé. On peut pour cela délaisser momentanément ces compilations pour se pencher sur les rares écrits des conventionnels relatifs aux lois révolutionnaires.

Condorcet rédige dans le premier numéro du *Journal d'instruction sociale* du 1er juin 1793[67] les plus amples développements. « Une loi révolutionnaire est une loi qui a pour objet de maintenir cette révolution, et d'en accélérer ou régler la marche[68] », en se défendant des « individus qui veulent dissoudre [le] pacte social ». Le girondin, plutôt martial, classe ces individus en catégories d'ennemis, objets de la loi révolutionnaire. Il évoque les « partisans de la royauté » qui « obligent à prendre des moyens rigoureux que les circonstances rendent nécessaires[69] ». Puis il parle des « lois sur les passeports, sur les émigrés » que la « conservation de la société » a rendues nécessaires et condamne enfin les prêtres, « des gens qui vendent des prophéties, inventent des miracles, volent des Biens de la terre en promettant le ciel, et assassinent au nom de Dieu[70] ». Il lie les lois révolutionnaires à la lutte transitoire de la Révolution contre ses ennemis : « on imagina le mot de *loi de circonstance*, qui, devenant bientôt ridicule, fut remplacé par celui de *loi révolutionnaire*[71] ». Mais ce lien qu'il tisse entre lois révolutionnaires et circonstances résonne étrangement au regard de la date de parution de l'article : ce 1er juin 1793 les Girondins disparaissent comme force constituée à la Convention et sont mis en état d'arrestation le lendemain. Comment le Législateur révolutionnaire pourrait-il faire usage d'une catégorie pensée par un homme qui est désormais un ennemi politique ?

---

[66] Cette notion est généralement employée pour distinguer les pouvoirs publics institués par la constitution de 1791 des organes révolutionnaires. Pourtant lors du processus constituant, les députés, parlaient plutôt de « pouvoirs » constitués, à propos desquels ils s'interrogeaient, à la suite de Montesquieu et Sieyès, sur leur respect de la constitution. Jean Rosseto se sert des débats constitutionnels de l'été 1791 pour expliquer « la fiction juridique de la supériorité juridique de l'ordre constitutionnel » : le fondement de cet ordre étant la souveraineté nationale, les « pouvoirs constitués » sont seuls maîtres de l'application de la constitution (J. Rossetto, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Bayonnes, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2019, p. 80-105).

[67] Les six numéros, du 1er juin au 6 juillet 1793, ont été rassemblés en un volume : *Journal d'instruction sociale, par les citoyens Condorcet, Sieyès et Duhamel*, Paris, Imprimerie des sourds-muets, 1793 (repro. fac-similé : Paris, EDHIS, 1981).

[68] A. Condorcet O'Connor et F. Arago (dir.), *Œuvres de Condorcet*, t. 12, Paris, Firmin Didot frères, 1847–1849, p. 615.

[69] *Ibid.*, p. 618.

[70] *Ibid.*, p. 621.

[71] *Ibid.*, p. 618 (emphase d'origine).

Un second commentaire des lois révolutionnaires se trouve dans les *Mémoires* de Bertrand Barère (1755–1843)[72]. Le conventionnel, qui fut le rapporteur du Comité de salut public sous la Terreur, proscrit en l'an III, revient sur l'altercation qui l'a opposé au « triumvirat[73] » du Grand Comité. Saint-Just lui reprochait d'avoir aidé la fille parisienne d'un ami toulousain émigré[74]. L'ancien avocat au Parlement de Toulouse se défend contre ses collègues en estimant la jeune femme « digne de compassion » et victime du caractère trop général des lois sur les émigrés : « c'est le vice inhérent aux mauvaises lois et surtout aux lois pénales dénuées de motifs et atteignant un grand nombre d'individus non coupables, de frapper de nullité leurs propres dispositions[75] ». Barère aborde également les lois révolutionnaires par leur aspect répressif mais en pointant leur trait saillant : l'incrimination décrite réprime moins la commission d'un acte, ici en négligeant les « motifs » de l'infraction, que l'appartenance à une catégorie de la population.

Ces deux écrits de conventionnels permettent d'expliquer la présence d'un autre ensemble de textes dans les compilations citées : les lois pénales visant une catégorie d'ennemis. Émerge ainsi, à côté du critère organique, un critère matériel permettant d'affiner la définition *a posteriori* de ce qu'est une loi révolutionnaire.

Muni de ces deux critères de distinction, la sélection des décrets opérée par les compilateurs pour constituer les codes s'éclaire d'un jour nouveau.

II. Les critères de distinction des lois révolutionnaires

En l'absence de définition de la loi révolutionnaire, on doit mener la critique interne de cette systématisation (l'*intentio operis*, pour appliquer le programme établi par Laurent Kondratuk[76]) en décrivant ce qui la distingue de la loi ordinaire. Certains décrets répriment l'appartenance à une catégorie d'ennemis (1), d'autres accordent des pouvoirs aux organes révolutionnaires (2). Ces deux critères de distinction sont fondus en un seul en septembre 1793 (3).

---

[72] Ces *Mémoires* ayant été publiées en 1842, après sa mort, un doute existe sur le caractère apocryphe de certains passages.

[73] B. Barère, *Mémoires*, t. 2, Meline, Cans et C^ie^, 1842, p. 180.

[74] Cette aide de Barère n'est pas sans rappeler les interventions de Merlin de Douai « en faveur de parents ou d'amis qui se trouvaient victimes [de l'arbitraire de la loi des suspects qu'il avait rédigée] comme l'ancien constituant Simon de Maibelle, le conventionnel Fockedey, l'imprimeur douaisien Lagarde ou encore son parent Warenghien de Flory, ancien commissaire du roi au Tribunal criminel du Nord » (H. Leuwers, *Un juriste en politique. Merlin de Douai (1754-1838)* [*En ligne*], Arras, Artois presses Université, 1996, Chap. 3, « Une Terreur nécessaire », § 25 [https://books.openedition.org/apu/1192]).

[75] B. Barère, *Mémoires*, *op. cit.*, p. 179.

[76] Pour reprendre un terme issu de l'herméneutique, on pourrait dire qu'il s'agit d'étudier l'*intentio operis* du compilateur (L. Kondratuk, « La réception d'un texte en histoire du droit : théorie littéraire et systématisations juridiques », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 89, n° 1, janvier–mars 2011, p. 1-16).

1. L'incrimination catégorielle : le critère matériel de la loi révolutionnaire

Un premier ensemble de lois révolutionnaires est constitué de mesures pénales. Une approche courante consiste à les décrire par leur dérogation à la norme en vigueur, comme la violation du « principe de personnalisation des peines[77] » par la consignation des familles d'émigrés dans le décret du 15 août 1792 ou l'atteinte à la liberté d'expression par le décret antiroyalistes du 4 décembre 1792[78]. Mais ce recensement des dérogations serait fastidieux et ne constituerait qu'une définition négative du phénomène (ce que la loi révolutionnaire n'est pas). Un trait commun peut être dégagé : les lois révolutionnaires pénales incriminent une catégorie d'ennemis. Le Législateur n'érige pas une infraction fondée sur un comportement (ou une abstention) mais sur l'appartenance à une catégorie d'ennemis. On peut parler d'incrimination catégorielle, en se fondant sur des termes utilisés au cours des débats des assemblées révolutionnaires : « loi répressive générale[79] », « loi générale de proscription[80] », « mesure générale[81] », « délits nationaux[82] »… Il est délicat de lister les ennemis visés, d'autant que certaines catégories sont équivoques, comme l'aristocrate, le conspirateur ou le traître[83]. Mais c'est justement l'indétermination de la catégorie, à l'appellation vague ou aux contours flous, qui donne un sens à cette législation.

Il s'agit d'abord, chronologiquement des prêtres réfractaires, première catégorie d'individus déclarés « suspects [84] » le 29 novembre 1791 et « déportés »

---

[77] M. Biard et M. Linton, *Terreur ! La Révolution française face à ses démons*, Paris, Armand Colin, 2020, p. 82.

[78] Anne Simonin relève que « jusqu'alors, aucun texte de nature *pénale* n'incriminait la liberté d'expression régie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (A. Simonin, « Les acquittés de la Grande Terreur », in M. Biard (dir.), *Les politiques de la Terreur*, *op. cit.*, p. 195).

[79] *Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 117. Le moniteur parle de « la question de l'émission d'une loi répressive générale contre les prêtres perturbateurs » (*Moniteur*, t. 10, p. 176).

[80] *Archives parlementaires*, t. XXXIV, p. 330.

[81] C'est le terme employé par Tallien le 29 germinal pour refuser des exceptions à l'expulsion des nobles décidée le 27 germinal, en particulier de « la femme roturière qui a épousé un noble […] La Convention nationale passe à l'ordre du jour, motivé sur ce que les femmes suivent le sort de leur mari. » (Deuxième) décret du 27 germinal an II (16 avril 1794) concernant la répression des conspirateurs, l'éloignement des nobles et la police générale de la République (*Baudouin*, t. 49, p. 206 ; séance du 29 germinal an II à la Convention, *Archives parlementaires*, t. LXXXXIX, p. 28).

[82] *Archives parlementaires*, t. LX, p. 698.

[83] Anne Simonin voit dans cette catégorie d'ennemis l'invention du collaborateur (A. Simonin, *Le déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité, 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008, p. 328-337).

[84] La notion de suspect avait été employée une première fois dans la loi du 19–22 juillet 1791 sur la police municipale et correctionnelle, dans le cadre restreint de la prévention des désordres. Elle désignait des marginaux, associés aux « gens sans aveu » et aux « gens malintentionnés », qui subissaient une sorte de circonstance aggravante dans certaines infractions du code. L'usage de la notion change dans ce décret du 29 novembre 1791 : les ecclésiastiques sont suspectés de révolte, non par leur refus de prêter serment, mais par la réunion de fidèles.

le 26 août 1792[85], sans circonstance atténuante ni exception : « tous les ecclésiastiques non sermentés » sont astreints à ce départ. Les lois révolutionnaires ne parlent pas de « catégorie d'ennemis » à propos du clergé réfractaire mais de « classe qui [doit] être déportée[86] », étendue en février 1793 à « tous les ecclésiastiques, séculiers, réguliers, frères convers et lais[87] » insermentés et aux prêtres jureurs s'ils sont « dénoncés, pour cause d'incivisme, par six citoyens dans le canton ». L'accusation d'incivisme à l'encontre des prêtres constitutionnels annonce la rhétorique floue de la loi des suspects[88] : ils peuvent être déportés sans qu'un acte matériel n'ait à être relevé, de toute façon jamais contrôlé par un juge. Toutes ces dispositions sont résumées dans le décret du 30 vendémiaire (21 octobre 1793) qui inaugure la section IV sur les « ecclésiastiques et le culte religieux » du Code des comités de surveillance et révolutionnaire. Les compilateurs sont donc allés au plus simple : ils ont placé ce texte en tête de la section afin de s'épargner l'ajout des décrets précédents. Une partie du décret concerne la possibilité donnée à un prêtre jureur – arrêté hors cas de flagrance (armé ou « munis de quelques signes contre-révolutionnaire ») ou accusé d'incivisme – et qui a donc droit à un jugement criminel, d'exciper de sa prestation de serment pour éviter la peine de mort. Mais, si le juge lui en accorde le temps (art. 7), la charge de la preuve est inversée (art. 9). Cette présomption de culpabilité, est une mise en forme juridictionnelle de l'incrimination catégorielle : la loi révolutionnaire privilégie l'élimination (ici, la déportation ou la mort) de l'ensemble de la catégorie plutôt que la protection des religieux loyalistes.

Les émigrés constituent la seconde catégorie d'ennemis que les lois révolutionnaires cherchent à éliminer, en réprimant l'appartenance à cette catégorie plutôt que la commission d'une infraction. Jean d'Andlau a résumé les traits de cette législation : définition très floue de l'émigration (l'« absence » du domicile puis le départ) et approche « holistique » (le refus d'accepter des exceptions) de l'émigration : « cette incrimination catégorielle devient un moyen d'accentuer la répression[89] ». On pourrait rajouter le caractère collectif de la sanction (la confiscation des biens) et l'inversion de la charge de la preuve, puisque c'est au justiciable menacé de confiscation qu'il appartient de prouver qu'il n'a pas émigré. Les conventionnels cherchent à punir l'ensemble de la catégorie d'ennemis, plutôt que l'auteur d'une infraction. Le refus de prendre en compte les intentions ou les actes du jus-

---

[85] Décret du 26 août 1792 relatif à la déportation des prêtres insermentés (*Archives parlementaires*, t. XLIX, p. 8-9 ; *Baudouin*, t. 32, p. 437-440 ; *Duvergier*, t. 4, p. 361).

[86] Décret du 14 février 1793 qui accorde cent livres de récompense à ceux qui découvriront ou feront arrêter une personne rangée par la loi dans la classe des émigrés ou dans celle des prêtres qui doivent être déportés (*Baudouin*, t. 35, p. 210 ; *Duvergier*, t. 5, p. 154 ; *Code des émigrés, condamnés et déportés*, p. 39).

[87] *Ibid.*, art. 1.

[88] L'incivisme est déjà un motif de déportation prononcée par le tribunal révolutionnaire, dans son décret originaire du 11 mars 1793, s'il est un « sujet de trouble public et d'agitation » (Décret du 11 mars 1793 portant établissement du tribunal criminel extraordinaire, titre 2, art. 3 ; *Archives parlementaires*, t. LX, p. 95-96 ; *Baudouin*, t. 35, p. 390-392 ; *Duvergier*, t. 5, p. 190-191 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 17 ; *Code des émigrés, condamnés et déportés*, p. 41).

[89] J.-L. D'Andlau, « Penser la loi et en débattre sous la Convention : le travail du comité de législation et la loi sur les émigrés du 28 mars 1793 », *Annales historiques de la révolution française*, nº 396, 2019, p. 12.

ticiable est « le caractère qui peut seul la faire connaître comme une loi révolutionnaire, préparée et faite par des hommes, contre la classe d'hommes que l'on regarde comme ennemis de la patrie[90] », admet le rapporteur Osselin. Les lois révolutionnaires réprimant l'émigration sont compilées dans le Code des émigrés, condamnés et déportés. Le Projet de code révolutionnaire se contente de reproduire les grandes synthèses législatives (décret du 28 mars 1793 qui résume toute la législation antérieure, du 12 juillet sur la vente des biens et du 17 septembre sur la fusion des législations de l'émigration et de la déportation). Rondonneau informe d'ailleurs le Comité de salut public : « je ne rappelle que les trois principales lois : si le citoyen Billaud-Varenne désire avoir la collection complète des lois des émigrés, je la lui remettrai[91] ».

Les royalistes sont la troisième catégorie d'ennemis visée par les lois révolutionnaires. La répression commence pendant le procès de Louis XVI[92] avec le décret antiroyaliste du 4 décembre 1792[93] qui punit de mort non un agissement mais une simple « déclaration verbale[94] ». Le texte, proposé par Buzot, ne prend pas en compte les circonstances de l'infraction puisque « quiconque » propose de rétablir la royauté encourt la peine de mort, en précisant « sous quelque dénomination que ce soit[95] », Basire ayant suggéré de ne pas sanctionner les propos librement échangés dans les assemblées primaires[96]. La criminalisation des propos royalistes est ensuite renforcée le 29 mars 1793 après la découverte de livres appelant à la libération du jeune Louis XVII : les vendeurs et colporteurs d'écrits royalistes (bien que Lecointe-Puyraveau ait fait remarquer que ces derniers ne savaient bien souvent pas lire) sont punis de détention et les auteurs relèvent désormais du tribunal révolutionnaire crée le 10 mars précédent. La distinction opérée par les conventionnels entre les lois révolutionnaires et les lois ordinaires au cours de la discussion est particulièrement heuristique. Marie-Joseph Chénier avait émis la possibilité d'étendre le domaine de cette répression à « tout provocateur au meurtre, car la loi sur la presse n'a jamais permis de s'en servir pour commettre un délit » et « propose donc que l'on décrète formellement la peine de mort contre ceux qui provoquent au meurtre et à la violation des propriétés[97] ». Avec un tel amendement, la répression dérive vers une mise à l'index générale des textes subversifs et perd son

---

[90] Rapport d'Osselin, lu à la Convention le 28 février 1793, *Archives parlementaires*, t. LIX, p. 343.

[91] *Projet de code révolutionnaire*, chap. 5, sect. 3.

[92] Certains ressorts de l'incrimination catégorielle sont présents dans le procès de Louis XVI, comme le remarque Jean Raynal qui établit le lien entre salut public, loi révolutionnaire et insignifiance des faits matériels : « Peu importe que Louis XVI ait ou non commis des fautes. Une mesure de sûreté pourra le frapper même s'il n'a manqué à aucune loi, s'il n'a commis aucune infraction qui soit réprimée par le code pénal ou la constitution, il suffit que la liberté soit seulement indésirable ou dangereuse pour le salut de la Nation pour qu'il soit l'objet d'une mesure d'élimination provisoire ou définitive » (J. Raynal, *Des aspects juridiques du procès de Louis XVI*, thèse droit, Université de Caen, 1954, p. 308).

[93] Décret du 4 décembre 1792 portant que quiconque proposerait ou tenterait d'établir en France la royauté, ou tout autre pouvoir attentatoire à la volonté du peuple, sera puni de mort (*Baudouin*, t. 35, p. 15 ; *Duvergier*, t. 5, p. 70 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 5, sect. 1).

[94] Cité par A. Simonin, « Les acquittés de la Grande Terreur », art. cité, p. 195.

[95] *Ibid.*, p. 349.

[96] Basire, le 4 décembre 1792, *Archives parlementaires*, t. LIV, p. 350.

[97] *Ibid.*, p. 699.

aspect catégoriel. Marat, qui se sent directement visé, cherche à réorienter la discussion : « ce sont les contre-révolutionnaires seuls que nous voulons atteindre ; ce sont eux seuls qui cherchent à perdre la liberté, ce sont eux seuls que doit frapper la loi[98] ». Duhem rappelle l'historique de la proposition : « il s'agit d'une loi révolutionnaire, elle ne doit atteindre que les royalistes ». Pour lui, les incriminations que propose Marie-Joseph Chénier créent des infractions précises, qui entraînent une sanction individuelle : ces « délits sont particuliers, vous ne pouvez les comprendre dans une loi révolutionnaire ». Barbaroux esquisse ensuite un partage de compétence juridictionnelle :

> Il est parfaitement possible de faire de la proposition de Chénier une loi distincte du projet que vous venez d'adopter : en ce sens que par l'un vous renvoyiez les délits nationaux (le cas par exemple, où l'on provoquerait au rétablissement de la royauté), au tribunal révolutionnaire, et que, par l'autre, vous renvoyiez les délits particuliers aux tribunaux ordinaires.

Duhem est entendu par la Convention qui vote d'abord la loi révolutionnaire réprimant les écrits royalistes[99], puis érige dans un second décret une infraction pénale contre les auteurs d'écrits appelant au meurtre ou à la violation des propriétés[100]. La première infraction est automatiquement punie de mort, car « la guillotine met en acte la loi révolutionnaire[101] », la seconde infraction est punie de six années de fer (de mort lorsque « le délit aura suivi la provocation ») car la loi pénale vise à punir l'auteur d'une infraction plus ou moins sévèrement selon la gravité du fait matériel. Il s'agit pourtant du même acte : la composition d'écrits interdits. Mais dans le premier cas, le rédacteur est un royaliste, c'est-à-dire un ennemi à éliminer. Dans le second cas, l'auteur est appréhendé par la loi selon la dangerosité de son acte et la peine varie en fonction de l'élément matériel.

« L'anglais est le quatrième idéal-type d'ennemi invoqué pour expliquer les échecs de la politique et pour unifier les forces révolutionnaires[102] » remarque Jean-Clément Martin. Pour répertorier les lois révolutionnaires pénales, il est plus synthétique de retenir les *étrangers* comme la quatrième catégorie d'ennemis. Il s'agit plus précisément, en août et septembre 1793 (périodes d'adoption de la plupart des décrets contre les étrangers) des ressortissants des pays avec lesquels la France est en guerre, c'est-à-dire l'ensemble de ses voisins[103]. Comme les prêtres réfractaires

---

[98] *Ibid.*, p. 699

[99] *Baudouin*, t. 29, p. 543.

[100] *Baudouin*, t. 29, p. 542. Le recueil Baudouin inverse l'ordre d'adoption des deux textes tel qu'il est décrit dans les *Archives parlementaires*, t. LX, p. 700.

[101] D. Arasse, *La guillotine et l'imaginaire de la Terreur*, Paris, Flammarion, 1993 [1987], p. 97. Cette formule de Daniel Arasse s'applique aux royalistes mais ne fonctionne pas pour les lois révolutionnaires contre les prêtres réfractaires, qui sont déportés, ni contre les émigrés, qui sont bannis, ni contre les rebelles pris les armes à la main qui sont majoritairement fusillés, ni contre les fonctionnaires qui sont destitués. La loi révolutionnaire cherche à « éliminer » les ennemis, quelle que soit la peine employée et non à « punir » un criminel.

[102] J.-C. Martin, *La Vendée et la révolution*, Paris, Perrin, 2007, p. 49.

[103] La Première coalition rassemble la Grande-Bretagne, les Provinces-unies, l'Autriche, la Prusse (et certains États allemands : Saxe, Hanovre, Hesse), le Piémont et l'Espagne.

ou les « rebelles » (appréhendés sans arme), ils sont décrétés d'arrestation sans jugement le 6 septembre 1793[104]. Barère les a en effet déclarés « ennemis de la constitution » lors du débat du 1er août dans lequel il proclame : « chassons-les aujourd'hui mais arrêtons les suspects et punissons les coupables : les étrangers violant les droits de l'hospitalité sont entrés dans le terrible domaine de la loi révolutionnaire[105] ». La présomption de dangerosité conduit à arrêter l'ensemble de la catégorie suspecte car elle délie l'arrestation d'un acte déclencheur commis par l'intéressé. Selon Sophie Wahnich « on crée ainsi une nouvelle catégorie d'ennemis dangereux, et, dans la mesure où la loi révolutionnaire les accule à perdre la liberté, c'est-à-dire la valeur révolutionnaire par excellence, elle les rend potentiellement hostiles à une révolution qu'ils avaient pu aimer[106] ». L'étranger devance ainsi en rétention les suspects nationaux du 17 septembre. Cette internationalisation de la figure de l'ennemi n'en obéit pas moins au processus d'élimination habituel des lois révolutionnaires puisque leurs biens sont ensuite confisqués[107]. Après les possessions des émigrés, des prêtres réfractaires et des rebelles, les biens des étrangers sont transférés à l'État et deviennent à leur tour des biens nationaux de seconde origine. La réciprocité qui règle les relations interétatiques ne résiste pas à la lutte contre les ennemis comme l'explique Duhem à la Convention : « ce n'est point par des mesures diplomatiques que vous écraserez les tyrans, c'est par des mesures révolutionnaires et vigoureuses. Il faut décrétez la confiscation des biens de tous les étrangers des pays avec lesquels nous sommes en guerre[108] ».

Le cinquième groupe d'ennemis – les rebelles – est moins homogène mais permet de rassembler sous une même appellation les différents contestataires de la République, que les lois révolutionnaires qualifient de « brigands », d'« émeutiers[109] », de « fédéralistes » ou encore de « traîtres ». C'est la catégorie d'ennemis la plus redoutée de la Convention, pour laquelle elle élabore des statuts juridiques

---

[104] Décret du 6 septembre 1793 relatif aux mesures de sûreté relatives aux étrangers qui se trouvent en France, art. 16 (*Baudouin*, t. 41, p. 41-43 ; *Duvergier*, t. 6, p. 148-149 ; *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, p. 60-62 ; *Code des émigrés, condamnés et déportés*, p. 99).

[105] Barère à la Convention, le 1er août, *Archives parlementaires*, t. LXX, p. 102.

[106] S. Wahnich, *L'impossible citoyen : l'étranger sous la révolution française*, Paris, Albin Michel, 1997, p. 38-39.

[107] Le *Code des comités de surveillance et révolutionnaire* et le *Projet de code révolutionnaire* rassemble les décrets du 16 août et du 26 août 1793 sur les biens des espagnols, du 7 septembre et du 19 vendémiaire (10 octobre 1793) sur les biens des anglais.

[108] Duhem à la Convention, le 16 août 1793 (*Archives parlementaires*, t. LXXII, p. 250).

[109] Décret du 17 mars 1793 concernant les individus qui seront prévenus d'avoir empêché le recrutement de l'armée (*Baudouin*, t. 28, p. 428-429 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 4, sect. 7). Ce décret illustre les atermoiements de la Convention face aux émeutes contre le recrutement : le décret du 12 mars confère la compétence du jugement des séditieux de Cholet au tribunal du district d'Angers (*Archives parlementaires*, t. LX ; p. 135 ; *Baudouin*, t. 35, p. 406 ; *Duvergier*, t. 5, p. 201) ; par ce décret du 17 mars la Convention tente, provisoirement, de confier cette compétence au tribunal criminel extraordinaire ; enfin, devant la multiplication des émeutes, le décret du 19 mars redéploie le contentieux vers les commissions militaires et les tribunaux criminels de département. Décret du 19 mars 1793 concernant la punition de ceux qui sont ou seront prévenus d'avoir pris parti à des révoltes ou émeutes contre-révolutionnaires, qui ont eu ou auraient lieu à l'époque du recrutement (*Archives parlementaires*, t. LX, p. 347-348 ; *Baudouin*, t. 35, p. 447-448 ; *Duvergier*, t. 5, p. 202-203 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 19).

nouveaux (mis hors de la loi[110] et suspect). Le décret du 30 août 1792 inaugure cette législation contre les rebelles mais il a été oublié par les compilateurs des lois révolutionnaires en 1794. Pourtant il aurait dû éveiller leur sens de l'archivage par le raccourci historique qu'il proposait : une émeute contre l'enrôlement, à Châtillon-sur-Sèvre, qui nécessite l'intervention de la Garde nationale de Cholet et la création d'une peine spéciale par la Convention pour les vingt-quatre émeutiers – la confiscation des biens – qui frappe le rebelle et ses ayants-droits. C'est une peine collective que l'Assemblée constituante avait retirée de l'arsenal répressif « en affirmation du principe de la personnalité des peines[111] ». Cette cinquième catégorie d'ennemis est ensuite visée par le décret du 19 mars 1793, dit de la mise hors de la loi, qui impose la mise à mort (des rebelles arrêtés armés) dans les vingt-quatre heures, prononcée par une commission militaire après un simple examen des faits. Les commissions militaires ont été créées par le décret du 9 octobre 1792 pour juger les émigrés pris les armes à la main et sont régies par un chapitre entier du Projet de code révolutionnaire. L'élément moral de l'infraction n'est plus apprécié car le décret du 19 mars vise à éliminer rapidement les rebelles. Les émeutiers (sans armes) sont, eux, jugés par le tribunal criminel sans le jury de citoyens qui « exprimait une certaine vision de l'équité judiciaire » notamment « en invoquant la question de l'intention[112] ». La rigueur de la mise hors de la loi est néanmoins atténuée le 10 mai puisque « les chefs et instigateurs des révoltés seront seuls sujets à la peine portée par le décret du 19 mars dernier contre les rebelles ». Ils deviennent des *auteur*s d'émeutes qui ont « commencé ou propagé la révolte » et ont entraîné des *suiveurs* « qui ne sont qu'égarés ou contraints » dont il faut cerner le degré d'implication. Ce décret ne porte donc plus une incrimination catégorielle mais érige une infraction. La catégorie d'ennemis « rebelles » disparaît pour un temps des lois révolutionnaires. Mais elle réintègre le champ des lois révolutionnaires, à l'occasion de la révolte de Lozère, par le décret du 2 juin qui punit pareillement « les auteurs, complices et adhérents » d'une émeute et instaure également un emprisonnement des suspects indépendamment d'une infraction (annonçant donc la déclaration du 12 août 1793, adoptée après le discours de Danton, qui fonde le statut de suspect).

2. Le critère organique : les lois révolutionnaires administratives

Ce critère classe les lois révolutionnaires qui doivent être appliquées par les organes révolutionnaires. Ces institutions ont trois caractéristiques : elles sont, par définition, créées après le 10 août puisqu'auparavant la Constitution de 1791 s'applique ; leur composition est juridiquement ou politiquement orientée : elles sont composées de patriotes impliqués dans la révolution ; enfin elles sont dotées de fonctions nouvelles nées de l'avancée de la révolution. La Convention a créé une succession d'organes révolutionnaires dont la composition ou les missions sont décrites dans les lois révolutionnaires.

---

[110] E. DE MARI, *La mise hors de la loi sous la révolution française (19 mars 1793–an III). Une étude juridictionnelle et institutionnelle*, Paris, LGDJ, 2015.

[111] A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, 2e éd., Paris, PUF, 1993, p. 117.

[112] R. ALLEN, *Les tribunaux criminels sous la révolution et l'empire. 1792-1811*, Rennes, PUR, 2005, p. 191.

La première d'entre elles, destinatrice d'une des trois compilations de lois révolutionnaires a déjà été présentée : les comités de surveillance. Apparaissant en filigrane dans la loi du 11 août 1792 sur les municipalités[113], qui suscite dans les grandes villes la création des premiers comités (titulaires tacites, selon l'article 4, du droit d'émettre un mandat d'arrêt), ils sont officialisés le 21 mars 1793[114] et chargés, progressivement, de nombreuses compétences décrites dans le Code des comités de surveillance et révolutionnaire : enregistrement des étrangers, délivrance des certificats de résidence et des certificats de civisme et, après une plaidoirie de Robespierre en leur faveur le 8 juin, de l'encadrement du « vandalisme » révolutionnaire[115]. Les comités de surveillance sont l'institution révolutionnaire la plus répandue (un par commune) et sont perçus dès le mois de juin à la Convention (après l'exclusion des Girondins) par Barère comme des relais de confiance qui appliquent les mesures de salut public[116]. Il faut dire que leur « composition spécifique, nettement populaire[117] » a été pensée pour rassembler les citoyens les plus patriotes : les ecclésiastiques (même insermentés), les nobles, les seigneurs de l'endroit ainsi que leurs employés en sont exclus[118].

La seconde institution révolutionnaire, née comme les comités de surveillance en mars 1793, est la plus mémorable : le tribunal révolutionnaire. Même si le décret du 11 mars ne parle que du « tribunal criminel extraordinaire », il est aussitôt qualifié de « révolutionnaire » par les décrets connexes[119] et les députés. À la question

---

[113] J. Godechot, *Les institutions de la France sous la révolutions et l'empire*, 4e éd., Paris, puf, 1989, p. 327.

[114] Serge Aberdam explique que deux versions de ce décret ont circulé jusqu'en mai 1793, avant que le Comité de salut public ne cherche à réduire les compétences des comités de surveillance à la seule police des étrangers (S. Aberdam, « Les deux versions de la loi de mars 1793 sur les comités de surveillance et l'enquête de janvier 1794 », in D. Pingué et J.-P. Rothiot (dir.), *Les comités de surveillance. D'une création citoyenne à une institution révolutionnaire*, Paris, Société des études robespierristes, 2012, p. 14-18).

[115] *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, chap. IV « Armoiries, signes de royauté et de féodalité, brevets et décorations », p. 67 à 75. Les codifications ne contiennent pas les décrets qui empêchent les déprédations (décret du 13 avril 1793 punissant les individus qui portent atteinte aux statues ; décrets des 27 août et 18 décembre 1793 qui organisent la protection des œuvres ; décret du 21 nivôse an II–10 janvier 1794 sur la préservation des inscriptions). Sur l'utilisation du néologisme « vandalisme » de l'abbé Grégoire pour décrire les missions des comités de surveillance retracées dans leur code, voir S. Marlot, *Les lois révolutionnaires, la codification du salut public*, *op. cit.*, p. 110-122.

[116] *Archives parlementaires*, t. LXVI, p. 110.

[117] S. Aberdam, « Comités révolutionnaires, comités de surveillance et comités de salut public. Notes pour un projet de *Guide de recherche* », in *Comités de surveillance et pouvoirs révolutionnaires*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, Rives nord-méditerranéennes, no 18, 2004, p. 19.

[118] Décret du 21 mars 1793 portant établissement, dans chaque commune, d'un comité chargé de recevoir les déclarations des étrangers qui y résident ou qui pourront y arriver, art. 2 (*Baudouin*, t. 35, p. 465 & 466 ; *Duvergier*, t. 5, p. 206 ; *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, p. 14-15 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 17).

[119] Les auteurs d'écrits royalistes sont traduits devant le « tribunal extraordinaire ». Décret du 29 mars 1793 relatif aux écrits tendant à la dissolution de la représentation nationale ou au rétablissement de la royauté (*Baudouin*, t. 28, p. 543 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 5, sect. 1). Le décret du 7 avril 1793 accorde la franchise du port des lettres adressées à l'accusateur public du « tribunal criminel extraordinaire et révolutionnaire » (*Baudouin*, t. 29, p. 48). Les représentants en mission sont autorisés le 30 avril à traduire les généraux devant le « tribunal révolutionnaire », Décret du 30 avril 1793 relatif aux représentants du peuple envoyés en tant

de Le Carpentier le 9 mars : « Je demande ce qu'on entend par tribunal révolutionnaire ? », Julien (de Toulouse) répond : « révolutionnaire, sans appel et sans recours au tribunal de cassation ». L'organe révolutionnaire hérite ainsi de l'interdiction du pourvoi érigée pour le tribunal du 17 août et comme celui-ci, c'est sa composition qui est l'objet de la principale rivalité à la Convention. Robespierre entend le 9 mars qu'il ne soit composé que de patriotes : « il importe de nous défier de tout ce qui ne porte pas un patriotisme marqué[120] ». Comme le 15 août 1792 à la Législative, il met l'accent sur le personnel qui doit garnir ce tribunal d'exception. Le Comité de Législation, à majorité girondine, délègue Lesage qui présente un projet moins *parisien* : les juges sont élus par la Convention, parmi les juges des tribunaux criminels des départements et les jurés sont nommés par les départements. Dans la nuit du 10 au 11 mars, Robespierre discrédite violemment les administrations de département et ainsi la proposition girondine. Le projet de l'Assemblée serait violé « si les juges de ce tribunal n'étaient choisis, n'étaient composés de ces vrais amis du peuple ! […] Qui le fait révolutionnaire ? C'est le caractère des hommes choisis[121] ». Les jurés, eux, seraient choisis par la Convention et devraient voter « publiquement à haute voix[122] ». Le girondin Guadet insiste sur la dissemblance avec les tribunaux criminels de département : « l'égalité est violée par l'institution d'un jury qui ne reposera pas sur les mêmes bases que celui des autres jurys[123] ». Prieur de la Marne explique cette dérogation par une justification lexicale :

> la loi que nous organisons est une loi révolutionnaire, dirigée contre les ennemis de la patrie. Dans cette circonstance où les contre-révolutionnaires se coalisent pour renverser la République, il faut prendre des mesures extraordinaires pour les arrêter dans leurs coupables entreprises[124].

Le tribunal est donc surtout révolutionnaire par sa composition. Le contentieux qui lui est attribué est limité par les Girondins, auxquels s'est ralliée la Plaine, à des agissements bien réels. Ainsi seuls les royalistes qui fomenterait un « complot tendant à rétablir la royauté » peuvent être déférés. Et ni les émigrés rentrés, ni les prêtres réfractaires ne sont visés. Les Jacobins auraient souhaité, par la bouche de Lindet et Robespierre[125], rajouter des incriminations aussi vastes qu'indéfinies. Mais la Convention ne les suit pas et limite la compétence du tribunal révolutionnaire à des infractions précises. La composition du tribunal criminel extraordinaire, et en particulier « le recrutement très politique des jurés[126] », peut ainsi offrir une

---

que commissaires de la Convention, (*Baudouin*, t. 29, p. 79-81 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 3 et chap. 4, sect. 3).

120 *Archives parlementaires*, t. LX, p. 55.

121 *Ibid.*, p. 62-64.

122 Décret du 10 mars 1793 relatif à la formation du tribunal criminel extraordinaire, titre 1, art. 12 (*Archives parlementaires*, t. LX, p. 95-96 ; *Baudouin*, t. 35, p. 390- 392 ; *Duvergier*, t. 5, p. 190-191 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 17 ; *Code des émigrés, condamnés et déportés*, p. 41).

123 *Archives parlementaires*, t. LX, p. 94.

124 *Ibid.*, p. 95.

125 P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 157.

126 J.-C. Martin, *La Terreur*, *op. cit.*, p. 136.

grille d'analyse des lois révolutionnaires encadrant le tribunal et notamment la dernière du corpus, le décret du 22 prairial (10 juin 1794), dont l'article 16 prévoit des « jurés patriotes ».

Une section du Projet de code révolutionnaire compose le statut d'une troisième institution révolutionnaire : les représentants en mission. Ces députés envoyés dans les départements ont porté différents noms sous la Convention. D'abord appelés *commissaires de la Convention*[127], puis *représentants de la Nation* à partir du décret du 4 avril 1793[128], ils sont appelés *représentants du peuple* dans le décret du 14 frimaire[129]. Si les commissaires sont aussi anciens que la Convention[130] ils se généralisent peu après la levée des 300 000 hommes du 24 février 1793[131]. Le Projet de code révolutionnaire les aborde dans sa section « représentants du peuple dans les départements et auprès des armées », dont les douze décrets en composent le statut exhaustif. Le texte le plus ancien de la section date du 26 janvier 1793 et a été retenu pour son apport à la détermination de la force normative des actes des représentants en mission, qu'on se contera d'aborder ici. La valeur de leurs décisions est souvent mesurée à l'aune des « pouvoirs illimités » que Robespierre voulait voir reconnus aux représentants en mission : « ils auraient même le droit de poignarder le général pour sauver la liberté. Il est donc évident que les pouvoirs de vos commissaires doivent être illimités et que vouloir les restreindre, ce serait se jeter dans des exceptions interminables[132] ». C'est la conséquence de l'élection du commissaire au suffrage universel : même sorti de l'enceinte législative, il conserve son pouvoir d'édicter la norme supérieure. Cette formule de « pouvoirs illimités » est reprise dans le décret du 9 avril 1793 mais le Projet de code révolutionnaire date de 1794, quand la Convention cherche à mieux contrôler les représentants en mission[133]. Les autres textes retenus restreignent sensiblement cette prérogative. Déjà, le décret du 26 janvier 1793 considérait comme infra-législatifs les actes des représentants en mission[134]. Leurs décisions ne sont pas des lois car la Convention ne

---

[127] Décret du 24 septembre 1792 relatif aux pouvoirs des commissaires envoyés dans les Pyrénées (*Archives parlementaires*, t. LII, p. 82 ; *Baudouin*, t. 25, p. 11). Décret du 26 janvier 1793 relatifs aux pouvoirs des commissaires de la Convention nationale (*Archives parlementaires*, t. LVII, p. 690 ; *Baudouin*, t. 27, p. 113 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 13).

[128] Décret du 4 avril 1793 relatif à la levée d'une armée de quarante mille hommes, art. 9 (*Archives parlementaires*, t. LXI, p. 306 ; *Baudouin*, t. 29, p. 22-23).

[129] Décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire, sect. 3, art. 2, 17, 18 et sect. 4, art. 4 (*Archives parlementaires*, t. LXXX, p. 629-635 ; *Baudouin*, t. 44, p. 141-150 ; *Duvergier*, t. 6, p. 317-322).

[130] Décrets des 22 et 24 septembre 1792 (*Baudouin*, t. 25, p. 7 et p. 11).

[131] H. Wallon, *Les représentants du peuple en mission et la justice révolutionnaire dans les départements en l'an II (1793-1794)*, Paris, Hachette, 1889, p. 17 ; J. Boudon, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 413.

[132] Convention, 9 avril 1793 (*Archives parlementaires*, t. LXI, p. 479).

[133] M. Biard, *Missionnaires de la République : les représentants du peuple en mission, 1793–1795*, Paris, cths, 2002, p. 208-213 : « L'heure est à la centralisation des pouvoirs, ce qui ne peut à terme qu'entraîner un recul de l'autonomie que certains conventionnels avaient su conquérir lors de leurs séjours dans les départements ou auprès des armées » (p. 213).

[134] « La Convention nationale autorise tous ses commissaires à prendre toutes les mesures, même celles de sûreté générale, que les circonstances rendront nécessaires ; elle décrète que leurs arrêtés ou leur délibération, pris ou à prendre, seront exécutés provisoirement, à la charge des dits commissaires d'envoyer dans les vingt-quatre heures, copie des arrêtés ou délibérations

les a pas votées. Cependant, émanant d'un de ses membres, elles sont applicables et présumées valables tant que la Convention ne les a pas annulées. La force normative des décisions des représentants en mission est ensuite ajustée par le décret du 16 mai 1793 qui leur reconnaît une valeur supérieure aux actes des autorités constituées[135], contrairement à ce que souhaitait le girondin Génissieu : « je propose par amendement que les corps administratifs ou municipaux puissent refuser d'obéir aux arrêtés que les représentants en mission auraient pris en excédant leurs pouvoirs[136] ». Le même refus d'obéir avait été envisagé pour les généraux par Laurence[137] mais rejeté : les arrêtés des représentants en mission sont supérieurs aux décisions des autorités administratives[138]. Les actes des députés en mission sont ensuite positionnés par rapport aux arrêtés ministériels produits par le Conseil exécutif provisoire lors d'un conflit de normes, remonté à la Convention, entre une « délibération[139] » du département de la Dordogne et l'arrêté d'un représentant. Les députés tranchent dans le sens indiqué par le décret du 16 mai : la délibération non conforme à l'arrêté est annulée. Mais à cette occasion, les députés précisent que « nulle autre autorité que la Convention ne peut y porter atteinte[140] », plaçant les arrêtés des représentants entre la loi votée par la Convention et les actes du Conseil exécutif ou des corps administratifs. Enfin le décret du 5 frimaire dispose que les arrêtés du Comité de salut public[141] sont supérieurs aux actes des députés en mission. Selon le Projet de code révolutionnaire les arrêtés des représentants en mission ne sont donc pas des lois, et encore moins des lois révolutionnaires, mais ils sont supérieurs aux actes de l'exécutif.

---

pour être infirmés ou confirmés par la Convention. » Décret du 26 janvier 1793 relatif aux pouvoirs des commissaires de la Convention nationale (*Archives parlementaires*, t. LVII, p. 690 ; *Baudouin*, t. 27, p. 109).

135 « Les corps administratifs et municipaux seront tenus d'exécuter et faire exécuter provisoirement toutes les délibérations prises par les représentants du peuple envoyés par la Convention nationale dans les départements et auprès des armées de la République ». Décret du 16 mai 1793 relatif à l'exécution de toutes les mesures et de toutes les dispositions arrêtées, soit par le Comité de salut public, soit par le Conseil exécutif provisoire (*Archives parlementaires*, t. LXIV, p. 719 ; *Baudouin*, t. 30, p. 156 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 3).

136 Génissieu à la Convention, le 16 mai 1793, *Archives parlementaires*, t. LXIV, p. 718.

137 *Ibid.*

138 Au cours de la crise fédéraliste, une peine est même érigée contre les administrateurs qui suspendent les arrêtés des représentants du peuple. Décret du 16 août 1793 qui casse un arrêté pris le 18 juillet par les administrateurs du département des Hautes-Pyrénées, et porte la peine de dix années de fers contre les administrateurs qui suspendraient des arrêtés des représentants du peuple (*Baudouin*, t. 40, p. 157 ; *Duvergier*, t. 6, p. 95 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 9).

139 *Archives parlementaires*, t. LXIX, p. 87.

140 Décret du 17 juillet 1793 qui casse et annule une délibération du département de la Dordogne, et porte que nulle autorité exceptée la Convention, ne peut porter atteinte aux arrêtés des représentants du peuple (*Baudouin*, t. 32, p. 117 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 3).

141 Décret du 5 frimaire an II (25 novembre 1793) portant que les représentants du peuple envoyés en commission et les généraux seront tenus de se conformer aux arrêtés du Comité de salut public (*Baudouin*, t. 44, p. 76 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 3).

La dernière institution révolutionnaire née avant septembre 1793 qui figure dans les compilations de lois révolutionnaires est la commission militaire[142]. Une section du Projet de code révolutionnaire[143] lui est consacrée. C'est le procédé juridictionnel le plus hâtif pour éliminer les ennemis capturés sur les champs de bataille, particulièrement ceux de la Vendée militaire. Les conventionnels voient là le moyen rapide d'endiguer l'insurrection vendéenne qui dépasse largement les capacités des tribunaux criminels de Fontenay-le-Comte, la Rochelle ou encore Angers. C'est à partir du décret du 19 mars 1793[144] que cette juridiction se développe[145], avec la création de commissions militaires au Château d'Aux en mars, aux Sables en avril, à Tours en juin, à Angers le 10 juillet[146]. Pour autant, peut-on dire que « le texte qui préside à la création des commissions militaires est bien évidemment le décret du 19 mars[147] » sur la mise hors de la loi des rebelles ? Même si les commissions militaires mises en place précédemment sont rares[148], celles-ci sont envisagées dès le décret du 9 octobre 1792 contre les émigrés pris les armes à la main[149]. Leur composition (un collège de cinq personnes nommées par l'état-major) et la procédure (la simple constatation du fait incriminé) sont fixées dans ce décret. Le décret de juin 1793 sur les espions[150], qui ne sont pas hors de la loi mais sont néanmoins jugés par une commission militaire, renvoie d'ailleurs au décret du 9 octobre pour établir cette dernière. Le corpus étudié dévoile un organe révolutionnaire délié de la mise hors de la loi mais chargé de l'élimination des ennemis, trait dominant de la seconde période des lois révolutionnaires.

---

[142] H.G. Brown, « Mythes et massacres : reconsidérer la "terreur directoriale" », *Annales historiques de la Révolution françaises*, n° 325, 2001. L'article s'intéresse à une répression postérieure à notre période mais décrit la procédure devant les commissions militaires.

[143] La section 19 du chapitre 1.

[144] Décret du 19 mars 1793 concernant la punition de ceux qui sont ou seront prévenus d'avoir pris parti à des révoltes ou émeutes contre-révolutionnaires, qui ont eu ou auraient lieu à l'époque du recrutement, *op. cit.*

[145] Pour les différentes formes que prirent la commission militaire de l'armée de l'Ouest (commission Parein, devenue commission Félix, puis commission Proust), d'abord composée de militants jacobins puis de militaires de l'armée républicaine, voir J. Petit, *La justice révolutionnaire en Maine-et-Loire sous la Convention. 21 septembre–27 juillet 1794*, thèse droit, Université de Poitiers, 1966, p. 349-363.

[146] Son nom officiel est « commission militaire près de l'armée de l'Ouest », créée par les représentants Goupilleau et Richard, envoyés lors de la première mission (A. Blordier-Langlois, *Angers et le département de Maine-et-Loire de 1787 à 1830*, t. 1, Angers, Impr. Victor Pavie, 1837, p. 318).

[147] E. de Mari, *La mise hors de la loi sous la révolution française (19 mars 1793–an III)*, *op. cit.*, p. 194.

[148] La Convention crée le 20 octobre 1792 une commission militaire à Paris, dont les cinq commissaires sont nommés par l'état-major de la division militaire, pour juger les émigrés capturés par l'Armée du nord (*Archives parlementaires*, t. LII, p. 584).

[149] *Baudouin*, t. 33, p. 62-63 ; *Duvergier*, t. 5, p. 16.

[150] Décret du 16 juin 1793 relatif aux jugements et punition des français ou étrangers convaincus d'espionnage dans les places de guerre ou dans les armées (*Baudouin*, t. 38, p. 137 ; *Duvergier*, t. 5, p. 344 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 1, sect. 19).

3. La fusion des lois répressives et administratives en septembre 1793

Un phénomène est clairement perceptible dans les lois révolutionnaires de septembre 1793 : l'élimination de l'ennemi est confiée aux organes révolutionnaires. Jusqu'ici, les institutions nouvelles avaient été écartées des procédures de répression, hormis le cas résiduel des commissions militaires sur les lignes de front ou de quelques attributions des représentants en mission. En septembre 1793, ce sont les plus anciens groupements révolutionnaires, comme les sociétés populaires, ou les plus répandus localement, comme les comités de surveillance, qui sont associés à la lutte contre les catégories honnies. Cette mutation des lois révolutionnaires est en germe en août et votée à partir du 5 septembre 1793. La Terreur, à défaut d'avoir été *décrétée*, peut donc être *décelée* dans les décrets de la Convention : les rouages locaux de la répression, plus ou moins coordonnés par les comités de gouvernement, sont associés à l'élimination des ennemis.

La mutation subie par les lois révolutionnaires le 5 septembre est symbolisée par l'armée révolutionnaire dont les compilations de lois révolutionnaires ne retiennent que quatre décrets. Deux missions sont confiées à cette armée centrale (ou armée parisienne). La première, le réapprovisionnement des centres urbains, et surtout de Paris, est issue d'un compromis aisément obtenu à la Convention. La seconde mission, consistant en la « répression de tous les ennemis de la liberté[151] » pour Bourdon ou à « exterminer les ennemis de la révolution[152] » pour Billaud-Varenne, a été passée au filtre lexical du Comité de salut public[153]. Il s'agit toujours de « comprimer les contre-révolutionnaires[154] » mais les rédacteurs du projet de décret ont transcrit cette mission en termes plus formalistes : « exécuter les lois révolutionnaires et les mesures de salut public[155] ». La négociation entre le procureur de la Commune de Paris Chaumette et les robespierristes a donc débouché sur un texte qui rattache l'armée révolutionnaire au patrimoine juridique de la Convention. Chaumette abandonne son « tribunal redoutable » et son « instrument fatal » qui devaient accompagner cette troupe de sans-culottes. Mais celle-ci pourra utiliser les moyens répressifs accordés par les mesures de salut public. Celles-ci, assimilées pour la première fois aux lois révolutionnaires, semblent rallier les deux parties (Commune parisienne et députés de la Convention montagnarde).

Ce décret du 5 septembre donne tout son sens à la loi révolutionnaire : les conventionnels, et en particulier Robespierre, cèdent aux sections une part de l'élimination des ennemis. Mais l'emploi des termes *lois révolutionnaires* vise à placer cette répression, vouée à dégénérer en règlements de compte violents, dans un cadre juridique, au formalisme certes vague, mais assumé par les jacobins. Il s'agit d'une tentative un peu désespérée, tant cette dernière « Journée » de la révolution semble porteuse de haine incontrôlable, mais le décret sur l'armée révolutionnaire montre que la Terreur peut être formalisée par les lois révolutionnaires, à défaut d'être

---

[151] *Ibid.*, p. 414.

[152] *Ibid.*, p. 413.

[153] Décret du 5 septembre 1793 portant création d'une armée révolutionnaire (*Baudouin*, t. 34, p. 32). La Convention, dans un premier temps, confère au Comité de salut public la mission d'organiser cette armée.

[154] Décret du 5 septembre 1793 relatif à la formation d'une armée révolutionnaire, art. 1 (*Baudouin*, t. 34, p. 35).

[155] *Ibid.*, art. 2.

repoussée : « la Terreur, terme positif pour Jacques Roux, mais non pour Robespierre qui préfère l'expression "mesures de salut public"[156] ».

Le Comité de salut public essaiera d'ailleurs de recourir aux constantes de la loi révolutionnaire pour éviter que cette armée de la Commune ne verse trop dans l'hébertisme. La politique de salut public, promue par les Jacobins, soumet des patriotes actifs, réunis dans des organes *ad hoc*, à la loi révolutionnaire ? Le décret du 9 septembre[157], préparé par Carnot, s'attache donc à éviter que cette armée de la Commune soit pilotée par des fanatiques incontrôlables[158] : le Conseil exécutif provisoire désigne les chefs de bataillon et les membres de l'état-major général, mais leurs noms doivent être soumis aux Jacobins et le Comité de salut public doit donner son accord. Les sections de Paris ne peuvent plus que désigner les hommes de rang et les sous-officiers. Ensuite le grand Comité rogne les compétences attendues en retirant du décret du 9 septembre le projet de son collègue Hérault de Séchelles qui voulait « établir deux commissions militaires à la suite de cette armée, composée chacune de quatre juges et d'un président, avec deux unités révolutionnaires[159] ». Ce couplage d'une force armée avec une juridiction révolutionnaire renouait avec les ambitions d'Hébert le 4 et de Chaumette le 5 septembre. Les commissions militaires des décrets du 9 octobre 1792 et du 19 mars 1793, prévues pour juger les émigrés ou les rebelles armées, devaient être formées par l'état-major et composées exclusivement de militaires. Carnot empêche cette immixtion de l'armée révolutionnaire dans le jugement des ennemis et rogne encore un peu plus les prérogatives de cette institution sulfureuse.

Une fois les débordements potentiels partiellement jugulés par ces deux décrets, l'armée de Ronsin aurait pu connaître une postérité comparable aux comités de surveillance, dotés du mandat d'arrêt par la loi des suspects du 17 septembre, ou du tribunal révolutionnaire, réorganisé le 26 septembre 1793. Dans le décret sur le gouvernement provisoire du 10 octobre 1793, l'armée révolutionnaire est encore chargée de « comprimer les contre-révolutionnaires[160] ». D'où vient alors sa relativement courte existence, illustrée par la minceur de la section du Projet de code révolutionnaire qui lui est consacrée ? Tout d'abord, ses deux missions se révèlent hors de portée : l'approvisionnement de Paris n'est pas amélioré et l'insurrection fédéraliste est en passe d'être vaincue sans le concours de cette armée de sectionnaires. Ensuite, cette armée parisienne s'est très vite révélée être dominée par les hébertistes puisque la sélection opérée par le Comité de salut public et les Jacobins

---

[156] J.-L. MATHARAN, *Suspects et suspicion à Paris. 10 août 1792–9 thermidor an II*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 1985, p. 251. L'auteur fait ce commentaire à propos du discours du 8 août, pendant lequel Robespierre refuse d'employer le mot « Terreur ».

[157] Décret du 9 septembre 1793 relatif à la composition de l'armée révolutionnaire (*Baudouin*, t. 34, p. 102).

[158] La même « logique d'euphémisation » est mise en œuvre, au même moment, dans la rédaction de la loi des suspects par Merlin de Douai, qui « multiplie les interprétations restrictives » de la loi provisoire de Collot d'Herbois du 12 août (A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 344).

[159] Cité par R. COBB, *Les armées révolutionnaires, instrument de la Terreur dans les départements, avril 1793–floréal an II*, t. 1, Paris, La Haye, Mouton, G0, 1961, p. 81.

[160] Décret du 19 vendémiaire an II (10 octobre 1793) portant que le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix, art. 12 (*Baudouin*, t. 42, p. 173-175 ; *Duvergier*, t. 6, p. 219 ; *Code des comités de surveillance et révolutionnaire*, p. 3).

ne parvint pas à la rendre plus modérée. Cette troupe de boutefeux, qui détourne les convois et ravage les églises, s'est comportée comme le redoutait le Comité de salut public. La soumission aux lois révolutionnaires n'a finalement représenté qu'un paravent de papier, dès lors que le personnel de l'institution s'est montré insoumis. La suppression de l'armée révolutionnaire, le 7 germinal an II (27 mars 1794) est trop tardive pour figurer dans le Projet de code révolutionnaire, élaboré au moment où ses jours sont néanmoins comptés.

En septembre 1793, après cette armée révolutionnaire instituée, le tribunal révolutionnaire réorganisé, les comités de surveillance dotés du mandat d'arrêt, une quatrième institution révolutionnaire est chargée de la répression par les lois révolutionnaires : les sociétés populaires. Resté sur un échec à son projet de leur faire reconnaître un pouvoir de surveillance des fonctionnaires le 29 septembre 1791, Robespierre avait cherché à affermir leur rôle, sitôt la monarchie renversée[161]. Plus tard la crise fédéraliste rappelait, aux Jacobins, l'intérêt de ces « sociétés populaires, composées de sans-culottes reconnus et éprouvés, qui surveilleront, qui recevront les dénonciations, les discuteront publiquement et décerneront tous les mandats d'amener dans toute l'étendue du territoire de leur commune[162] ». La tendance était au renforcement du rôle administratif local des sociétés populaires, dans un premier temps protégées des actions des administrations fédéralistes en plein essor depuis le 2 juin[163]. Puis des peines particulièrement lourdes sont instaurées en juillet contre « les fonctionnaires publics indignes[164] », notamment les commandants de la force publique, qui empêchent les réunions, dissolvent les sociétés populaires[165], voire prennent part à la rébellion[166]. « La crise du printemps et de l'été 1793 fut à cet égard décisive. C'est en s'appuyant sur le réseau des sociétés populaires, que la Montagne l'emporte et que bientôt est instauré le gouvernement révolutionnaire[167]. » Finalement, la fonction officielle qui va être reconnue aux sociétés populaires est celle dont elles disposaient déjà depuis les envois de représentants en mission : la dénonciation des fonctionnaires inciviques. Le 13 septembre 1793, la Convention dote pour la première fois les sociétés populaires d'une parcelle de la puissance publique. Certes, selon ce décret, les clubs politiques locaux

---

[161] *La Société des Jacobins. Recueil de documents pour l'histoire du Club des Jacobins de Paris*, t. 4, *Juin 1792 à janvier 1793*, comp. F.-A. Aulard, Paris, Jouaust, Noblet, Quantin, 1892, p. 193.

[162] Le 17 juin 1793, François Boissel propose à la Convention de nommer dorénavant les députés « par le peuple dans les sociétés populaires de la République, au *prorata* de la population des communes » : *Entretien du père Gérard sur la constitution politique et le gouvernement révolutionnaire du peuple français*, chap. 4, titre 2, art. 1er, soumis à la Convention le 17 juin 1793 (*Archives parlementaires*, t. LXVI, p. 638).

[163] Décret du 13 juin 1793 relatif aux comités de salut public et aux sociétés populaires (*Baudouin*, t. 38, p. 124 ; *Duvergier*, t. 5, p. 342 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 5, sect. 8).

[164] A. Simonin, *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 268 et p. 328-337.

[165] Décret du 25 juillet 1793 portant des peines contre ceux qui empêcheraient les sociétés populaires de se réunir ou tenteraient de les dissoudre (*Baudouin*, t. 39, p. 249 ; *Duvergier*, t. 6, p. 55 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 5, sect. 8).

[166] Les administrateurs, magistrats et fonctionnaires nommés qui prennent part à la révolte fédéraliste deviennent « traîtres à la patrie ». Décret et adresse du 26 juin 1793 aux français sur les chefs et instigateurs des troubles, art. 2 (*Baudouin*, t. 31, p. 234-239 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 5, sect. 1).

[167] A. Soboul, « Robespierre et les sociétés populaires », *Annales de l'histoire de la Révolution française*, nº 12, 1958, p. 52.

n'emprisonnent pas les fonctionnaires, comme le peuvent les comités de surveillance. Mais la procédure de dénonciation des « agents infidèles[168] » aux représentants en mission ou au Comité de salut public les place dans une situation délicate. Les « indemnités et [leurs] places[169] » dans l'administration sont menacées. Ces dénonciations enclenchent la procédure d'élimination de la dernière catégorie d'ennemis des lois révolutionnaires.

> Tous les fonctionnaires publics doivent redouter l'intervention du Comité qui n'hésitent pas à faire arrêter des administrateurs des monnaies, des agents du Conseil exécutif, des membres de la municipalité de Paris comme Chaumette, des jurés au Tribunal révolutionnaire comme Antonnelle[170].

Si le personnel administratif s'était, tant bien que mal, maintenu en place depuis 1789, la République radicale marque un point de rupture[171]. Traqués par les militants révolutionnaires locaux, les agents publics sont sous la menace de l'épuration sociale pratiquée par les Jacobins. Ils sont soumis à l'inspection d'un organisme tiers – la société populaire – qui relaie le Comité de salut public. Le gouvernement instaure donc un intermédiaire local, auquel il accorde sa confiance et le dote du pouvoir de dénonciation, car il est composé de patriotes acquis au régime. « Il ne s'agit plus, comme dans les lois de décembre 1789, d'un contrôle de style administratif sur les actes des autorités locales mais d'une vigilance pesant sur les personnes et leur comportement[172]. »

Les lois révolutionnaires investissent les sociétés populaires, à partir de septembre 1793, d'une mission de surveillance des administrations élues. « Les sociétés populaires sont posées comme des sentinelles auprès des autorités constituées pour les surveiller » proclame le décret du 3 nivôse[173]. Sans les autoriser à écarter elles-mêmes les administrateurs, dont la destitution incombe aux représentants en mission ou au Comité de salut public, les sociétés populaires complètent néanmoins la liste des organes révolutionnaires dotés de compétences légales. Et peu après une compilation de lois révolutionnaires à leur attention était préparée, comme nous l'avons évoquée précédemment. Les compilateurs prolongeaient ainsi leur travail commencé avec le code des comités de surveillance et révolutionnaire après le 14 frimaire : recenser, pour les organes révolutionnaires, les lois révolutionnaires qui les missionnent pour éliminer les ennemis.

---

[168] Décret du 13 septembre 1793 relatif aux agents infidèles et particulièrement ceux employés à la suite des armées (*Baudouin*, t. 41, p. 151 ; *Duvergier*, t. 6, p. 166 ; *Supplément au code des comités de surveillance et révolutionnaires*, p. 2 ; *Projet de code révolutionnaire*, chap. 5, sect. 8).

[169] *Ibid.*

[170] J. Boudon, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 355.

[171] C.H. Church, *Revolution and red tape. The french directorial bureaucracy. 1770–1850*, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 9.

[172] G. Sautel, « Centralisation et décentralisation », in *L'administration de la France sous la révolution*, Paris, Droz, 1992, p. 61.

[173] Décret du 3 nivôse an II (23 décembre 1793) concernant les membres des comités de surveillance, relativement aux certificats de civisme (*Baudouin*, t. 38, p. 26 ; *Supplément au code des comités de surveillance et révolutionnaires*, p. 30).

Conclusion

Les compilations post-14 frimaire permettent d'inventorier les lois révolutionnaires et les critères de distinction permettent de circonscrire les sous-ensembles de ce vaste corpus. Mais on n'a toujours pas de définition juridique de ce dernier. Tentons, pour terminer, de rattacher ces 475 textes à un objet du droit.

Julien Boudon y a vu un ordre juridique, qu'il perçoit dès le 27 mars 1793 lorsque Robespierre distingue les lois révolutionnaires des lois ordinaires, et qui est installé formellement par le décret du 10 octobre déclarant le gouvernement révolutionnaire[174]. Cet ordre juridique se caractérise par un gouvernement délié des règles constitutionnelles, une administration transformée puisque « tous les fonctionnaires sont placés sous les ordres du Comité de salut public » et une organisation judiciaire qui met en œuvre la Terreur[175]. Cet ordre révolutionnaire remplace « l'ordre constitutionnel ou civil[176] » et « apparaît comme le dépôt temporaire et exceptionnel de la souveraineté confié à une Convention[177] ». Ce caractère temporaire de l'ordre révolutionnaire l'assimile finalement, dans cette proposition de Julien Boudon, au gouvernement révolutionnaire et l'éloigne de la conception de Hans Kelsen. Le juriste autrichien définissait par le truchement de l'ordre révolutionnaire une révolution, perçue comme un phénomène mettant en cause « l'existence globale de l'ordre juridique [...] annulé et remplacé par un nouvel ordre de façon illégitime[178] ». Les lois révolutionnaires, appliquées par un gouvernement temporaire, ne fondent pas un « nouvel ordre ». La définition de l'ordre juridique de Santi Romano, qui repose plus sur l'*institution* que sur les normes qui en émanent, correspondrait mieux aux lois révolutionnaires. L'ordre juridique du juriste italien rassemble « les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci[179] ». On peut aisément rattacher les Comités de salut public et de sûreté générale, voire les représentants en mission, plus ou moins soumis à la Convention, à cette notion d'*institution*. Le concept de *relevance juridique*, qui permet de penser les rapports d'un ordre à un autre ordre[180], semble pareillement séduisant pour analyser la coexistence des deux légalités du décret du 14 frimaire. Mais Santi Romano considérait la Révolution française comme l'origine de l'« organisation étatique[181] » et le patient travail de la Convention pour situer les

---

[174] J. Boudon, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 205.

[175] *Ibid.*, p. 208.

[176] *Ibid.*, p. 206.

[177] *Ibid.*, p. 209.

[178] H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. fr. B. Laroche et V. Faure, Paris, LGDJ, 1997, p. 171.

[179] S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, p. 10.

[180] On cite souvent les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Mais le courant pluraliste invite à penser aussi les rapports (ou la coexistence) entre l'ordre juridique étatique et les autres organisations sociales produisant des normes : les provinces, les églises, les instances sportives, etc.

[181] « L'État révolutionnaire [a poussé] à son paroxysme le principe fondateur de l'idée étatique, c'est-à-dire l'unicité et la personnification abstraite du pouvoir public » (D. Soldini, « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *Jus Politicum*, nº 14, juin 2015 [http://juspoliticum.com/article/Santi-Romano-penseur-pluraliste-et-etatiste-933.html]).

actes des représentants en mission, organe révolutionnaire-type, dans la hiérarchie des normes[182], conduit à voir les conventionnels plutôt comme des monistes convaincus. Ces théories de l'ordre révolutionnaire semblent peu applicables à notre cas.

Plus modestement peut-on suggérer l'existence d'un ordre juridictionnel révolutionnaire ? Les décrets des 27 germinal[183] et 19 floréal[184], qui centralisent la répression au tribunal révolutionnaire, tous deux joints aux compilations révolutionnaires, seraient l'équivalent de la loi des 16 et 24 août 1790. Les lois révolutionnaires mettraient peu à peu en place un droit, des institutions et une juridiction suprême couvrant l'ensemble du territoire, comme le remarque Jean-Louis Halpérin :

> il se créait ainsi une seconde justice, fondée sur la Terreur et d'où était exclu le tribunal de cassation : au sommet de cette justice extraordinaire, le tribunal révolutionnaire de Paris, étendant sa compétence sur l'ensemble du territoire national, méritait autant, sinon plus, que le tribunal de cassation, le titre de premier tribunal de la République[185].

C'est ainsi, on l'a vu, que le conventionnel Duhem décrivait la loi révolutionnaire : celle qui est interprétée par le tribunal révolutionnaire[186] et appliquée par les organes révolutionnaires. Certes, le décret du 14 frimaire n'institue aucune juridiction suprême au sommet de la pyramide révolutionnaire mais aucun tribunal n'est cité dans cette constitution provisoire. On peut donc voir deux ordres juridictionnels dans cette « double circulation de la loi[187] » : comités de gouvernement – district – comités de surveillance (et municipalités) pour la justice révolutionnaire ; conseil exécutif provisoire – départements – districts pour les lois ordinaires interprétées par les tribunaux communs. On relèvera la dualité juridictionnelle des directoires de district, qui ne ruine pas l'interprétation : les forces de police contemporaines relèvent ainsi alternativement de l'ordre juridictionnel administratif lorsqu'elles assurent l'ordre public et des juridictions judiciaires lorsqu'elles assurent la répression d'une infraction[188]. Mais la séparation ordre juridictionnel révolutionnaire–ordre juridictionnel ordinaire n'est pas aussi nette que celle des 16 et 24 août. En effet, une partie du contentieux révolutionnaire reste jugée par les

---

[182] Voir, *supra*, les décrets relatifs aux représentants en mission retenus par le *Projet de code révolutionnaire*.

[183] Deux décrets sont votés le 27 germinal (16 avril 1794) à propos de la « répression des conspirateurs, l'éloignement des nobles et la police générale de la République » mais c'est le premier qui exige de traduire « de tous les points de la République, au tribunal révolutionnaire » les contre-révolutionnaires (Baudouin t. 49, p. 203-206 ; *Duvergier*, t. 7, p. 142-143 ; *Supplément au code des comités de surveillance et révolutionnaires*, p. 71-72).

[184] Décret du 19 floréal an II (8 mai 1794) qui règle la compétence du tribunal révolutionnaire de Paris et des tribunaux criminels de département (*Baudouin*, t. 49., p. 122-123 ; *Duvergier*, t. 7, p. 159-160 ; *Supplément au code des comités de surveillance et révolutionnaires*, p. 83-84).

[185] J.-L. HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790–1799)*, Paris, LGDJ, 1987, p. 143.

[186] Voir, *supra*, les décrets contre les royalistes.

[187] M. BIARD et M. LINTON, *Terreur !*, *op.cit.*, p. 96.

[188] C.E., sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud* ; T.C., 7 juin 1951, *Dame Noualek*.

tribunaux criminels de département, comme la collaboration avec l'ennemi (conduisant à la mise hors de la loi) ou l'émigration (rentrée)[189]. Et, évidemment, aucun degré de juridiction ne hiérarchise la procédure révolutionnaire, comme le défendait le député Julien de Toulouse[190].

Un troisième objet du droit, l'état d'exception, est un outil habituel du juriste qui se penche sur les crises mais le corpus des lois révolutionnaires n'obéit à aucun de ses aspects connus. La législation d'exception pourrait *a priori* correspondre : un « droit spécial permanent pour les temps extraordinaires[191] » pour Pierre-Clément Frier, « une légalité des périodes exceptionnelles [à côté] d'autres règles : deux dispositifs de même valeur juridique coexistent[192] » selon François Saint-Bonnet. Mais la législation d'exception est une anticipation, par le constituant (qui rédige en 1958 l'article 16) ou le législateur (qui organise en 1849 l'état de siège), d'une crise à venir qui nécessitera de malmener la légalité normale. Or, si les conventionnels ne cessent d'invoquer les circonstances pour justifier le vote des lois révolutionnaires, c'est pour précipiter leur application. Ce corpus n'a rien de préparatoire. Et ces lois ne sont jamais rattachées à la constitution en préparation mais sont, au contraire, encadrées par le décret du 14 frimaire qui pérennise la situation de crise. C'est pourquoi Robespierre, dans son discours explicatif du 5 décembre 1793, cherche à « exposer en quoi consiste l'ordre nouveau, pour que les illégalités apparentes soient vues comme des légalités révolutionnaires[193] ». François Saint-Bonnet a bien décrit le détournement de l'état d'exception par les conventionnels : il ne sert plus à sauvegarder l'État en cas de crise mais à créer un régime nouveau en éliminant ses ennemis. L'auteur estime par conséquent qu'il vaut mieux appréhender les justifications jacobines par la *dictature souveraine* de Carl Schmitt[194] : la Convention exerce un pouvoir constituant en cumulant les pouvoirs du dictateur (qui dispose, depuis la République romaine, des moyens exceptionnels) et du législateur rousseauiste (qui entend fonder un ordre nouveau). Michel Biard relit également Carl Schmitt pour se demander si cette *dictature souveraine* ne s'incarne pas dans les deux comités de gouvernement et les représentants en mission[195]. Il répond par la négative, « puisque lois "ordinaires" et "révolutionnaires" coexistent » et que cette coexistence est même cristallisée dans le décret du 14 frimaire. Les mesures extraordinaires ne sont pas votées pour remplacer un régime précédent[196]. La coexistence de deux blocs législatifs ne se subsume pas sous l'état d'exception.

Enfin la codification, catégorie bien connue des juristes, ne trouve pas dans les lois révolutionnaires son meilleur exemple. Certes, il s'agit d'un corpus cohérent

---

[189] Décret du 19 floréal an II (8 mai 1794) qui règle la compétence du tribunal révolutionnaire de Paris et des tribunaux criminels de département, *op. cit.*, art. 4 et 5.

[190] Voir *supra* les lois révolutionnaires administratives. Julien de Toulouse rappelait, lors du débat relatif au tribunal criminel extraordinaire, la procédure devant le tribunal du 17 août.

[191] P.-C. Frier, « Les législations d'exception », *Pouvoirs*, nº 10, *Les pouvoirs de crise*, sept. 1979, p. 21.

[192] F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, puf, 2001, p. 25.

[193] *Ibid.*, p. 305.

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

[195] M. Biard et M. Linton, *Terreur !*, *op.cit.*, p. 97.

[196] *Ibid.*, p. 96 (emphase d'origine).

d'un point de vue normatif (elle ne comprend que des décrets votés par la représentation nationale[197]), à droit constant[198] et officiel (Rondonneau a, certes, démissionné du Ministère de la justice en mars 1793[199] mais il agit pour le compte de la commission de classification des lois de la Convention[200]). Cependant la distribution des lois révolutionnaires dans trois compilations les empêche de bénéficier du principal apport du code : l'unification d'une matière juridique dans un seul recueil. Cette unification est en effet, selon Remy Cabrillac, l'explication de la « réapparition du terme de code[201] » au XVIe siècle : « les auteurs aspirent à une seule loi, une seule compilation, une seule coutume, un seul volume[202] ». Or ce droit dérogatoire est éparpillé dans trois compilations thématiques, conçues pour des usages différents. On pourra objecter que l'exemple-type du *codex* du droit romain, le *corpus juris civilis* de Justinien de 528 était également un regroupement de quatre ouvrages à visées différentes. Mais on ne pourra nier que la seule façon de répertorier aujourd'hui les lois révolutionnaires est de commencer par reconstituer le puzzle. Le « mode opératoire » habituel de confection d'un code, rappelé par Laurent Kondratuk[203] (qui préfère appeler ce dernier « systématisation juridique », terme plus approprié pour les codifications révolutionnaires), est par conséquent différent. « L'anonymisation auctoriale et normative[204] » du Projet de code révolutionnaire cache un « signataire », qui aurait été la Convention si elle avait suivi le programme de Cambacérès, un « censeur », qui a été la commission de classification des lois, et un « rédacteur », ici Louis Rondonneau, assisté de « collaborateurs », en l'occurrence ses agents du Dépôt des lois. Ce mode opératoire est différent du Code des comités de surveillance, confectionné initialement au ministère de l'intérieur puis repris par la Commission de l'envoi des lois[205] et de celui du Code des émigrés, « seul code en matière de législation civile qui ait jamais vu le jour sous la Convention[206] » qui regroupe les décrets de la Législative et de la Convention.

Cet ensemble de décrets étant, par certains aspects, assez disparate et, on l'a vu, difficilement interprétable en droit, on peut donc se demander s'il y a bien une unité derrière cette diversité. La question, qu'on abordera pour conclure cette pré-

---

[197] Il faut néanmoins relever l'exception constituée par les 22 arrêtés du Comité de salut public, adoptés entre le 27 germinal et le 8 floréal an II, insérés ensemble dans le *Supplément au code des comités de surveillance et révolutionnaires* pour l'application des deux décrets des 27 et 28 germinal sur l'expulsion des « ex-nobles » qui posa aussitôt de très grandes difficultés d'application, narrées par Couthon à la Convention. Séance du 29 germinal an II (*Archives parlementaires*, t. LXXXIX, p. 28 ; *Supplément au code des comités de surveillance et révolutionnaires*, p. 75).

[198] Les très rares distorsions d'avec le texte voté sont en fait des erreurs : erreur de date le plus souvent, erreur lexicale parfois dans le *Projet de code révolutionnaire*, resté à l'état manuscrit.

[199] Notice d'autorité, « Louis Rondonneau (1759-1834) », art. cité.

[200] Voir A. Jourdan, « La Convention ou l'empire des lois », art. cité, § 23.

[201] R. Cabrillac, *Les codifications*, Paris, puf, p. 2019 [2002], p. 57.

[202] *Ibid.*, p. 58.

[203] L. Kondratuk, « La réception d'un texte en histoire du droit : théorie littéraire et systématisations juridiques », art. cité.

[204] *Ibid.*, p. 6.

[205] Voir *supra* la confection du *Code des comités de surveillance et révolutionnaire* (début de la première partie).

[206] A. Simonin, *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 316.

sentation, est donc celle de la cohérence. Qu'est ce qui fait l'unité des lois révolutionnaires ? La réponse est probablement celle qui a introduit notre étude : la Terreur. La préhension des lois révolutionnaires dépend de l'image qu'on se fait de la Terreur. Celle-ci étant le sujet de controverses historiographiques, les lois révolutionnaires sont subséquemment vues comme un ensemble cohérent ou une succession de textes hétéroclites. Pourtant il semble qu'elles peuvent s'articuler avec les différentes lectures de la Terreur existantes.

Si on retient l'interprétation la plus élémentaire, celle d'une période de la Révolution française, on remarque que le corpus des lois révolutionnaires s'ajuste aux jalons souvent plantés. Gérard Sautel considère que la première loi révolutionnaire est celle des municipalités du 11 août 1792 qui étend, en ce lendemain de la journée du 10 août, les pouvoirs de rétention administrative et suscite la création, par les communes ou les sociétés populaires, des premiers comités de surveillance[207]. Et le dernier décret des compilations révolutionnaires est la loi de Prairial qui achève la réorganisation de la justice révolutionnaire entreprise par les décrets de Ventôse et qui sera la première à être rapportée, le 14 thermidor (1er août)[208]. 11 août 1792–22 prairial an II : le segment temporel des lois révolutionnaires s'insère bien dans le bornage historique de la Terreur généralement posé.

Si on lit la Terreur comme un régime répressif, les lois révolutionnaires correspondent à ce niveau de lecture. Elles égrènent pendant un an les désignations successives d'ennemis, objets d'un premier ensemble de textes, pendant qu'elles essaiment des institutions révolutionnaires, destinatrices d'un second ensemble de décrets. Et en septembre 1793, mois généralement retenu comme début de la Terreur judiciaire, les lois révolutionnaires confient à ces organes révolutionnaires la répression dont ils étaient (en partie) exclus : les comités de surveillance reçoivent le mandat d'arrêt, le tribunal révolutionnaire est renforcé, les sociétés populaires dénoncent les fonctionnaires et l'armée révolutionnaire poursuit les contre-révolutionnaires. Cette fusion des deux critères des lois révolutionnaires en un seul critère discriminant offre une définition juridique de la Terreur judiciaire : des lois pénales qui ne répriment pas une infraction mais l'appartenance à une catégorie d'ennemis et qui sont appliquées par des institutions composées de militants révolutionnaires.

Enfin la Terreur peut être considérée comme un « régime politique[209] », termes utilisés ici dans le sens d'organisation des pouvoirs (sens plus restreint que celui de « système[210] », mot que Saint-Just et Robespierre veillèrent à ne pas utiliser sauf

---

[207] G. Sautel, « Police de sûreté générale et municipalités, en 1792 : genèse d'une loi révolutionnaire », art. cité, p. 647.

[208] Sur l'abolition de la loi de Prairial et l'exigence d'une intention criminelle dans la volonté thermidorienne de mieux définir « la place de l'élément moral dans la poursuite du crime politique de contre-révolution », voir L. Chavanette, *Quatre-vingt-quinze. La Terreur en procès*, Paris, Éd. cnrs, 2020, p. 58-67.

[209] C'est le terme retenu par Alphonse Aulard pour qualifier la Terreur et rejeter le « système » proposé par Taine. C'est aussi le terme qu'emploie Julien Boudon pour expliquer le refus, par Couthon le 14 frimaire, de « la nomination par le peuple » des administrateurs destitués. « Comme Robespierre, Couthon établit qu'il n'y a pas de moyen terme entre le régime constitutionnel et le régime révolutionnaire » (J. Boudon, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 208).

[210] Bronislaw Baczko rappelle que « l'expression *système de la Terreur* a été utilisée par Barère le lendemain de l'exécution de Robespierre » et qu'elle a suscité dans les jours suivants un débat que l'historiographie (présentée dans notre introduction) poursuit aujourd'hui : la Terreur comme « accident de parcours » dû aux circonstances ou comme « système de pouvoir ». Le

pour discréditer leurs adversaires afin de ne pas prêter le flanc aux reproches de dictature et de despotisme[211]). On l'a vu, Aulard préférait le terme « régime » à celui de « système » employé par Taine[212]. Les lois révolutionnaires peuvent correspondre à cette analyse, la plus controversée de l'historiographie, mais à la condition de leur donner une valeur juridique supérieure à celle d'actes du Législatif, déjà hégémoniques en régime d'assemblée. Anne Simonin les rehausse ainsi au rang de « loi pénale-morale » dont les victimes, les « mauvais citoyens […], sont exclus de la communauté politique[213] ». Elle remarque, à propos de la Première Terreur (qu'elle appelle la phase éthocratique de la Terreur, de mars 1793 aux décrets de Ventôse) que « cette emprise continue de la loi pénale est, dans l'imaginaire politique révolutionnaire, absolument essentielle ». Elle cite Michael Jeismann : « la criminalisation de l'adversaire joue un rôle fondamental », confortant « l'image que les révolutionnaires avaient d'eux-mêmes, image qui soulignait toujours non seulement la légitimité mais aussi la légalité de la révolution[214] ». L'historienne américaine Carla Hesse perçoit même la loi révolutionnaire comme un substitut à la constitution[215], cette fois à propos des décrets de septembre 1793. Alors

> que l'effort pour instaurer un nouveau régime constitutionnel était repoussé vers un avenir indéterminé, il sembla aux députés de la Convention qu'il était de plus en plus nécessaire […] de réprimer ses ennemis […]. Les lois révolutionnaires contre la trahison et la conspiration cherchaient donc aussi à protéger les valeurs du nouveau peuple souverain, avant même d'avoir déterminé les institutions spécifiques dans lesquelles serait concrétisé ce « Souverain »[216].

Ce régime politique de substitution confie à des institutions spécifiques – les organes révolutionnaires animés par des patriotes purs – l'élimination des ennemis

---

rapport de Robert Lindet, présenté le jour de la quatrième sans-culottide (20 septembre 1794), rattache aux circonstances les erreurs commises : « Les mesures de sûreté générale avaient pris un caractère de force et de sévérité qui portait l'effroi dans l'âme des citoyens et qui privait la France de bras et de ressources ; les traîtres [les robespierristes] que vous avez punis en avaient changé l'objet et la direction ». Le 11 fructidor (28 août 1794) Baczko explique que « le discours de Tallien se présente comme l'amorce d'une réflexion sur la Terreur en tant que *système de pouvoir*, de ses mécanismes politiques […] : aucune référence aux événements précis de la Révolution qui expliqueraient l'avènement de la Terreur » (B. BACZKO, *Comment sortir de la Terreur ? Thermidor et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1989, p. 70, 75 & 78, emphase d'origine).

[211] H. LEUWERS, « Le gouvernement révolutionnaire est-il un despotisme ? Un débat politique en l'an II », in *L'exception politique en révolution. Pensées et pratiques (1789–1917)*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2019, p. 49.

[212] Julien Boudon oppose pareillement le « régime » constitutionnel au « régime » révolutionnaire lorsqu'il décrit l'ordre révolutionnaire (J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 208).

[213] A. SIMONIN, *Le déshonneur dans la République*, *op. cit.*, p. 314.

[214] *Ibid.*

[215] « La loi révolutionnaire se présentait donc comme un ensemble de textes promulgués […] tandis que la forme constitutionnelle de la République restait à définir. Ceci donna lieu à un combat à la fois sémantique et militaire pour supprimer les ennemis d'un souverain encore indéterminé » (C. HESSE, « La logique culturelle de la loi révolutionnaire », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2002, nº 4, § 15 [https://www.cairn.info/revue-annales-2002-4-page-915.htm]).

[216] *Ibid.*

et ainsi choisit qui est français. Il revient en effet « à cette minorité avancée présente dans le peuple[217] » d'appliquer ces « valeurs du nouveau peuple souverain » proclamées à la Convention.

« Criminalisation de l'adversaire », « répression des ennemis » : peut-on penser qu'en l'absence de constitution, les lois révolutionnaires établissent le régime politique de la Terreur, formalisant l'élimination des contre-révolutionnaires[218] diligentée par les comités de gouvernement ? L'introduction de Rondonneau[219] à son *Projet de code révolutionnaire* suggère qu'il conférait à son travail une portée plus grande qu'une simple compilation juridique : « *Le Code révolutionnaire est la direction organisée de la foudre du peuple. Au moment de l'explosion il se sert de sa force et de son bras pour briser les trônes et renverser les tyrans. Cette victoire obtenue, il en cimente le succès par des lois pénales contre les ennemis de la liberté et par le supplice des conspirateurs*[220]*.* » Le code révolutionnaire devait rassembler les lois contre les ennemis d'un peuple qui a renversé la monarchie mais qui n'a pas encore de régime politique stable. L'intention affichée excède la simple volonté codificatrice.

Samuel Marlot

Samuel Marlot est docteur en histoire du droit de l'Université Panthéon-Assas et professeur de gestion au lycée Sidoine Apollinaire de Clermont-Ferrand. Sa thèse, dirigée par le Pr Frédric Bluche et défendue en 2009, portait sur *Les lois révolutionnaires 11 août 1792–22 prairial an II : La codification du salut public.*

[217] « Il y a donc une "phalange des Jacobins" qui, du sein du peuple, agit comme un corps organisé, comme des "soldats" de la Vérité : comme une armée du peuple. À cette minorité avancée présente dans le peuple, correspond la minorité saine au sein de la Convention » (L. JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, p. 107).

[218] « La Convention nationale […] fera triompher la République démocratique, et punira sans pitié tous ses ennemis. » (Décret du 1er floréal an II (20 avril 1794) ; *Baudouin*, t. 49, p. 9 ; *Supplément au code des comités de surveillance*, p. 78).

[219] A. Jourdan émet l'hypothèse que ce passage ait été rédigé par Billaud-Varenne (A. JOURDAN, « La Convention ou l'empire des lois », art. cité, § 26).

[220] AN, D/XXXIX/9.

Richard Martial Mvogo Belibi

Covid-19 et décision publique en situation d'incertitude

Illustrations et illusion de l'état d'exception en Afrique subsaharienne

> « Si l'État est fort, il nous écrase ; s'il est faible, nous périssons. »
>
> P. Valéry, *Regards sur le monde actuel, fluctuations sur la liberté.*

La réaction des États africains subsahariens qui, loin d'être épargnés quoique moins affectés que ceux des autres continents par la crise inhérente et subséquente à la pandémie de la Covid-19, a été rapide tout en révélant une variété des situations[1]. Elle a naturellement mobilisé des moyens de droit. Mais, s'inscrivant dans l'ordre de l'imprévisible, en dehors de la planification normale des politiques publiques, elle a nécessité le recours à des solutions exceptionnelles. Le droit sollicité par les autorités normatives, pour résorber la crise, a donc le plus souvent été celui de la situation d'exception. La décision publique de lutte contre la pandémie s'inscrivait ainsi indifféremment dans le cadre des situations d'exception organisées par les Constitutions subsahariennes qui emploient les notions d'état d'urgence, d'état de siège, d'état de nécessité ou d'état d'alerte. À quelques exceptions près, la réponse à la pandémie commence avec la proclamation de l'une de ces situations, très souvent l'état d'urgence[2].

La conséquence de la situation d'exception est de générer un renversement du fondement de l'ordre juridique et, éventuellement, une redistribution du pouvoir politique. Le droit public de cette période s'entend désormais, ainsi que l'exprime F. Castberg, comme

---

[1] V. Migabo, « L'Afrique face à la Covid-19 : une riposte inégale », *The Conversation*, 7 mai 2020 [https://theconversation.com/lafrique-face-a-la-covid-19-une-riposte-inegale-136896].

[2] L'état d'urgence a ainsi été proclamé dans les États suivants : Sénégal, Mali, Kenya, Côte d'Ivoire, Niger, République démocratique du Congo, Tchad, Guinée, Madagascar, Togo.

> le droit, quand cela devient d'extrême urgence dans une situation exceptionnelle, d'agir d'une manière qui, tout en restant dans l'esprit des principes constitutionnels, est contraire aux règles positives formulées pour régir le fonctionnement normal des pouvoirs publics[3].

C'est un moment extraordinaire qui retient traditionnellement l'intérêt de la théorie du droit public, en ce qu'elle porte réévaluation de ses présupposés. Les formules croisées « nécessité fait loi » et « nécessité n'a point de loi », ou encore celle bien connue de Carl Schmitt, est souverain « celui qui décide de la situation d'exception[4] », témoignent de la fascination constante de la théorie pour la situation d'exception.

Néanmoins, les situations exceptionnelles en Afrique suscitent la fascination doctrinale d'une manière originale. Un bref parcours de l'africanisme révèle en effet que le thème de l'état d'exception est abordé, notamment dans les approches sociologiques dominantes, comme un chapitre du thème de la crise de l'État et de ses institutions[5]. Cela tient à la nature politico-militaire de ses causes et à un caractère quasi permanent que les régimes d'exception revêtent en pratique dans des États marqués pour la plupart par une instabilité politique chronique. Une permanence qui a tendance à brouiller la ligne de démarcation entre le régime normal et le régime d'exception, malgré une distinction qui devrait ressortir de la consécration générale de dispositions spécifiques relatives à la légalité d'exception dans les constitutions subsahariennes. En conséquence, une approche strictement institutionnelle de la légalité d'exception paraît donc compliquée dans ces systèmes. S'il ne faut point occulter les quelques études qui lui ont été consacrées sous cette approche[6], leur nombre ténu démontre concomitamment à quel point ce terrain, pour fertile, demeure néanmoins en friche. Par ailleurs, les systèmes africains – à l'exception de l'Afrique du sud – ne sont pas référencés dans les études d'ensemble, notamment à titre de variante dans

---

[3] F. Castberg, « Le droit de nécessité en droit constitutionnel », *Mélanges Gidel*, Paris, Sirey, 1961, p. 106.

[4] C. Schmitt, *Théologie politique. Quatre chapitres sur la théorie de la souveraineté*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988 [1922], p. 16.

[5] La littérature abondante ici nous pousse à ne faire qu'un renvoi thématique aux diverses études relatives aux Coups d'État, au déficit démocratique et de sécurité, à la corruption des pouvoirs publics ou à la « criminalisation de l'État » en Afrique. Il s'agit d'études importantes de l'état d'exception en Afrique quoiqu'elles n'en portent pas la référence explicite et se limitent à la perspective sociologisante.

[6] Cf. F. Meledje Djedro, « Constitutions et urgences ou liens entre les contestations violentes de l'ordre constitutionnel et la régulation constitutionnelle des crises », *Revue ivoirienne de droit*, 2011, nº 42, p. 28 *sqq.* ; E. Ouedraogo, « Les normes d'urgence dans les constitutions des États francophones d'Afrique noire », *Annales des sciences juridiques et politiques-Université Marien Ngouabi,* vol. 18, nº 2, 2018, p. 49-65 ; E.-B. Mabudj, « L'état d'urgence et le contrôle de la constitutionnalité des mesures d'urgence dans l'acte constitutionnel de la transition du Zaïre », *Revue de Droit Africain*, 1997, p. 10. ; J. Owona, « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *Revue Camerounaise de Droit*, nº 6, 1974, p. 105.

les approches comparatives, qui ont tendance à se limiter aux systèmes libéraux occidentaux[7] desquels ils s'inspirent pourtant le plus souvent. Le renouvellement récent de la réflexion autour de ce thème, qui intéresse désormais le philosophe[8] autant que le juriste, à la faveur de la globalisation, depuis le début des années 2000, de la menace terroriste[9], n'a pas changé cette donne.

Aussi, dans le cadre de la réflexion que nous nous proposons de mener ici, le retour sur la décision publique conduisant à l'adoption des mesures anti-Covid-19[10] constitue certes une opportunité d'interroger l'efficacité des réponses juridiques apportées à la crise sanitaire, mais dissimule aussi l'objectif qui nous anime véritablement, à savoir, celui de participer, sur la base d'une évaluation empirique, à la réflexion plus générale relative à la notion d'état d'exception et à ce qu'elle peut impliquer du point de vue proprement juridique dans les systèmes africains. Pour œuvrer à l'accomplissement de cet objectif, nous analyserons, à partir d'une conception large du cadre normatif des systèmes sur lesquels nous nous appuierons, la structure (I) et la portée (II) de la décision publique d'urgence dans le contexte de la lutte contre la Covid-19. Le déficit de travaux juridiques sur la question demeurera certainement au terme de ces quelques lignes. Mais n'ayant nullement la prétention de le résorber, elles entendent surtout se situer sur le terrain d'une ouverture maïeutique de la réflexion.

I. La formulation de la décision publique de réaction à la pandémie de la covid-19

Elle est marquée par une imprégnation autoritariste qui se dégage de sa forme (A) comme de sa motivation (B). Dans cette veine, la décision publique de réponse à la crise révèle une exaspération du déséquilibre dans la

---

[7] Cf. D. Dyzenhaus, « L'état d'exception », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de Droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 738-739 ; N. Bonbled et C. Romainville, « États d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, nº 24, Dossier « Urgence, exception, Constitution », 2009, p. 429-459 ; B. Ackerman et N. Cunnington, « Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme », *Esprit*, nos 8-9, 2006, p. 150-164.

[8] Cf. G. Agamben, *État d'exception, Homo sacer*, Paris, Éditions du Seuil, 2003 ; J.-C. Bourdin, « Démocratie et état d'exception », *International Journal of Humanistic Ideology*, vol. VII, 2017, p. 31-49.

[9] Cf. P. Auriel, O. Beaud et C. Wellman (dir.), *The rule of crisis. Terrorism, Emergency Legislation and the rule of law*, New York, Springer (*Ius Gentium, Comparative Perspective on Law and Justice*, nº 64), 2018, 254 p. ; O. Beaud et C. Guerin-Bargues, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, lgdj, 2e éd., 2018 ; F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, puf, 2001.

[10] Nous emploierons très souvent dans ce qui suit l'expression « décision sanitaire d'urgence », uniquement par commodité langagière, sans que cela porte à conséquence sur le plan théorique, notamment en termes d'élaboration d'une quelconque notion nouvelle.

distribution du pouvoir en faveur des exécutifs et une exploitation extensive par ceux-ci des pouvoirs spéciaux.

A. La forme de la décision publique d'urgence sanitaire

La décision d'urgence sanitaire est diverse et sa qualification revêt des formes qui relèvent tant de la catégorie générique de la norme d'exception[11] que de la catégorie spécifique que lui confère sa nature formelle et organique. Sur la base de cette distinction, les mesures anti-Covid-19 peuvent être identifiées en fonction, soit de ce qu'elles ont été précédées de l'activation des règles constitutionnelles et législatives d'exception (1), soit tout simplement de l'urgente motivation à les prendre qu'imposait le contexte de leur adoption lié à l'impératif sanitaire (2).

1. Le recours aux formes organisées de la légalité d'exception

Dans la plupart des États subsahariens, la première décision a été de déclarer l'état d'urgence[12], à travers un décret du président de la République pris en Conseil des ministres, en application des dispositions constitutionnelles relatives aux régimes d'exception[13]. Il est notable, du point de vue terminologique, que tous ces décrets emploient la notion d'état d'urgence, y compris là où, comme au Niger ou en Côte d'ivoire, le texte constitutionnel ne mentionne pas cette notion et parle plutôt d'état de siège[14]. Cette assimilation, sur fond d'interprétation constructive de la Constitution, se démarque – de façon assez originale pour des États d'Afrique francophone –

[11] F. Saint-Bonnet, « L'état d'exception et la qualification juridique », *CRFD*, nº 6, 2007, p. 31.

[12] C. Assignon, « Coronavirus : de plus en plus de pays africains en état d'urgence », *Deutsche Welle*, 2 avril 2020 [https://www.dw.com/fr/coronavirus-de-plus-en-plus-de-pays-africains-en-état-durgence-sanitaire/a-52999087].

[13] Les dispositions visées sont celles des articles 94 de la Constitution du Togo du 14 octobre 1992, 85 de la Constitution du 18 février 2006 en République démocratique du Congo, 97 de la Constitution du 4 mai 2018 au Tchad, 90 de la Constitution du 7 mai 2010 en Guinée, 61 de la Constitution malgache du 11 décembre 2010, 58 de la Constitution du 27 août 2010 au Kenya.

[14] Cf. les articles 105 de la Constitution du 25 novembre 2010 au Niger et 105 de la Constitution du 8 novembre 2016 en Côte d'ivoire.

de la distinction que consacrent classiquement, entre ces deux régimes d'exception, le droit positif français[15] et la doctrine française[16]. De même, la notion d'« état d'urgence sanitaire » y est souvent employée dans les communiqués officiels, mais n'y représente pas, comme en France[17], un régime spécifique et différent de l'état d'urgence « ordinaire ».

Au demeurant, la proclamation de l'état d'urgence entraine un renforcement et un élargissement des pouvoirs de police administrative exprimant l'application de la législation d'exception. Mais, elle fut souvent accompagnée ou suivie de l'adoption de mesures d'urgence supplémentaires. Ce qui laisse voir qu'elle ne rend pas entièrement applicable le régime spécial et nécessite de nouvelles normes d'application. Il semble que s'applique ici la distinction procédurale retenue dans d'autres systèmes entre la déclaration et l'application de l'état d'urgence[18]. Il est en effet constant que les autorités aient eu à prendre par la suite et dans des actes différents de la déclaration d'état d'urgence, d'importantes mesures restrictives telles que l'instauration de couvre-feux nocturnes, les fermetures des frontières, écoles, marchés, universités, aires de jeux, salles de spectacle, restaurants, débits de boisson, lieux de culte ; la réglementation restrictive du nombre de passagers dans les transports, la restriction des déplacements intra et inter urbains, la limitation des rassemblements publics et dans les voies et lieux publics, l'instauration de l'obligation de porter des masques de protection par les citoyens dans les lieux publics.

---

[15] En France, l'état d'urgence a été institué par la loi du 3 avril 1955. Ce texte avait une portée générale, mais visait surtout à répondre aux événements d'Algérie auxquels n'était pas adapté l'état de siège que la Constitution française définit encore en son article 36 comme celui lié au cas de « péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée » et qui entraine le transfert partiel du pouvoir des autorités civiles aux autorités militaires avec la possibilité de remettre à des juridictions militaires le jugement des délits et des crimes. C'est principalement l'inconvénient de confier d'importantes compétences détenues en temps normal par les autorités civiles aux autorités militaires qui a justifié la création d'un état d'urgence distinct de l'état de siège. Cette distinction entre l'état d'urgence de l'état de siège, qui s'explique donc par la trajectoire politique et constitutionnelle spécifique de la France a néanmoins inspiré certaines constitutions africaines qui la reprennent, d'où le caractère original de l'assimilation des deux régimes par les constituants nigérien et ivoirien.

[16] Cf. les entrées « état d'urgence » et « état de siège » dans G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12e éd., Paris, puf, 2018.

[17] En France, « l'état d'urgence sanitaire » est un nouveau régime d'exception créé par la loi no 2020-290 du 23 mars 2020. Ce nouveau régime s'est retrouvé au centre de la controverse doctrinale relativement à son opportunité. Cf. A. Gelblat et L. Marguet, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2020 [http://journals.openedition.org/revdh/9066] ; O. Beaud et C. Guerin-Bargues, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », in W. Gephart (dir.), *The Corona Crisis in Light of the Law-as-Culture Paradigm*, Francfort-am-Main, Klostermann (*Law as culture*, no 25) [https://www.recht-als-kultur.de/de/aktuelles/].

[18] Cf. O. Beaud, « L'état d'urgence et l'état de droit », Conférence faite à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, Nouméa, le 28 novembre 2016 ; O. Beaud et C. Guerin-Bargues, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », art. cité.

Il convient de souligner que ces dispositifs d'urgence ont principalement été actés par les organes exécutifs auxquels les textes constitutionnels réservent la part essentielle des pouvoirs spéciaux. Par conséquent, la décision publique d'urgence émane le plus souvent de l'exécutif, qu'elle soit contenue dans un acte de nature législative ou dans un acte de nature réglementaire. Les constituants subsahariens ne semblent que partiellement conquis par la doctrine, prônée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, selon laquelle « il est plus efficace et plus démocratique de confier au législateur le pouvoir de déclarer l'état d'urgence, d'adopter les lois qui délèguent des pouvoirs spéciaux pour faire face à la crise et de contrôler l'exécutif[19] ». À rebours de cette prescription, les régimes d'exception qu'ils organisent limitent les parlements aux fonctions consultative[20] et ratificative[21]. Ainsi est-il prévu dans la plupart des cas que les parlementaires se réunissent de plein droit en cas de déclaration d'état d'urgence, mais aussi qu'ils sont protégés par une règle de stabilité, la suspension du droit de dissolution pendant l'état d'urgence.

Quelques interventions parlementaires, comme cette loi sud-africaine visant à incriminer la désinformation sur la pandémie, ne sont toutefois pas à occulter. Il n'en demeure pas moins que les parlements se sont bornés à un rôle secondaire, se laissant même dépossédés de la fonction législative au profit de l'exécutif. Le président sénégalais s'est fondé sur l'article 77 de la Constitution pour obtenir du parlement « l'autorisation de prendre, pour une durée de trois mois, des mesures relevant du domaine de la loi, afin de faire face aux impératifs d'ordre budgétaire, économique, social, sanitaire et sécuritaire de la lutte contre le Covid-19[22] ». La technique correspond au droit constitutionnel de la majeure partie des États et fait donc tache d'huile. Les exécutifs s'approprient, sur la foi de la lutte contre la pandémie, le domaine de la loi. Ils prennent ainsi des ordonnances qui peuvent plus ou moins être associées à cet objectif, comme celle portant modification de la loi de finances afin d'y insérer des dispositions permettant la couverture budgétaire des actions de lutte contre la Covid-19 au Cameroun ou celle qui a permis au président ivoirien d'adopter, le 8 avril 2020, au beau milieu de l'état d'urgence, une loi portant révision du code électoral.

De même, à l'exception notoire de la Haute Cour du Malawi qui s'est illustrée par la suspension de la mise en œuvre du confinement en raison de l'impact dévastateur qu'il aurait eu sur les travailleurs et les populations les

---

[19] Cité par N. Bonbled et C. Romainville, « États d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise », art. cité, p. 444.

[20] Il est très courant de lire dans les constitutions que l'état d'urgence est décrété après avis des présidents des chambres parlementaires. Mais elles ne précisent pas la valeur de cet avis. On ne saurait en présumer le caractère obligatoire ou conforme.

[21] Il arrive également que la constitution suspende l'entrée en vigueur de l'état d'urgence, mais le plus souvent sa prorogation, à la ratification parlementaire d'une décision exécutive.

[22] Les mots sont ceux du président Macky Sall dans son adresse à la nation relative à la déclaration de l'état d'urgence.

plus fragiles[23], l'intervention du juge est restée très limitée dans les systèmes et les expériences subsahariennes. La fonction de contrôle de la décision d'urgence, que lui assignent certaines constitutions, demeure largement léthargique à l'épreuve de la crise de la Covid-19, à l'exception des hypothèses où elle est obligatoire, comme au Kenya[24] ou en République démocratique du Congo[25]. Par ailleurs, cette crise a fourni une nouvelle occasion de souligner la curieuse absence de développement d'un contentieux du régime d'exception[26], dans un contexte où foisonnent pourtant les abus dans les actes et les faits des autorités. L'explosion contentieuse contestataire des normes d'exception qui a été remarquée dans les démocraties occidentales[27], ainsi que l'expérience jurisprudentielle du contrôle des mesures d'urgence sanitaire dans certains États d'Asie[28], tranchent donc considérablement avec une quasi-absence de confrontation au contrôle juridictionnel de la décision publique d'urgence sanitaire en Afrique subsaharienne. Il demeure pourtant vrai qu'à l'exception de celles qui bénéficient de l'immunité juridictionnelle[29], l'état d'urgence n'entraîne pas la suspension des recours contre les décisions des autorités publiques.

---

[23] Cette juridiction malawite s'est montrée particulièrement efficace pour contraindre le gouvernement à revoir sa politique de riposte. Saisie le 17 avril par une ONG, la *Coalition pour la défense des droits de l'homme (HRDC)*, la Haute Cour a pris, le 24 avril 2020, la décision inédite de suspendre le confinement tant que rien ne sera fait pour les plus pauvres. En attendant que la Cour constitutionnelle vers laquelle le conflit a été élevé rende une décision définitive, le gouvernement s'est ravisé sur le confinement et a annoncé l'entrée en vigueur d'un plan d'urgence impliquant des mesures sociales pour les plus pauvres à partir du 30 avril.

[24] L'article 58 (5) de la Constitution kényane du 27 août 2010 prévoit en effet que la Cour suprême « décide de la validité » des actes portant déclaration et prorogation de l'état d'urgence, de même que de la légalité des mesures qui sont prises au titre de cet état d'urgence, préalablement à leur entrée en vigueur.

[25] Aux termes de l'article 145 de la Constitution congolaise du 18 février 2006, les mesures d'urgence prises par le président de la République par ordonnance délibérée en Conseil des ministres sont soumises dès leur signature à la Cour constitutionnelle qui statue « toutes affaires cessantes ».

[26] Une curiosité qui n'a pas échappé à la doctrine qui y a vu « la preuve supplémentaire d'une abdication du justiciable » (J. OWONA, « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », art. cité, p. 116).

[27] Ce qui a donné lieu, en France par exemple, à des décisions ayant pour effet de contrecarrer l'action de l'administration comme celles annulant pour atteinte au droit à la vie privée des décisions municipales qui avaient ordonné le port du masque obligatoire dans le territoire de leur commune.

[28] Cf. E. MÉRIEAU, « Pouvoirs de quarantaine et contentieux du confinement : quelques leçons d'Asie (Le refus de l'état d'urgence) », *RDLF*, 2020, chron. N° 48.

[29] Par exemple, la nature d'acte de gouvernement que le juge administratif subsaharien – comme celui de la décision camerounaise CFJ/AP, 15 mars 1967, arrêt n° 5, *Société Forestière de la Sanaga c. État du Cameroun oriental* – reconnaît à la déclaration d'état d'urgence, la soustrait du contrôle juridictionnel. Cette solution s'inspire d'une jurisprudence issue de l'arrêt C.E. Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres*, qui accorde ce statut à la déclaration par laquelle le président français décide d'exercer les pouvoirs exceptionnels qui lui sont conférés par l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958. Mais il faut noter que l'original a trahi la copie par la suite. Car cette solution que la doctrine avait tendance à transposer à la déclaration de recours à l'état d'urgence

De fait, exemptée de tout contrôle véritable, la décision d'urgence sanitaire, qui concentre le pouvoir normatif aux mains de l'exécutif, s'exprime surtout dans les actes du pouvoir réglementaire et éclaire certains principes de sa répartition entre le président de la République et le gouvernement et au sein de l'équipe gouvernementale. Se sont ainsi révélées au grand jour, quelques failles de cette répartition dans une inflation institutionnelle où se chevauchent les structures interministérielles, les ministères techniques classiques et les structures techniques spéciales, les ministères à vocation générale, les ministères financiers et les ministères dépensiers. Au Cameroun, le chef du gouvernement a été amené, courant avril, à rappeler à ses pairs la nécessité du maintien de la cohésion de l'action et de la communication gouvernementales afin de maintenir la maîtrise de la coordination du dispositif réglementaire de riposte contre la pandémie. La réunion hebdomadaire du Comité interministériel institué à cet effet a ainsi tenu à rester au centre de tout le processus décisionnel, en termes d'évaluation et de suivi de la mise en œuvre de la stratégie gouvernementale de riposte. Si l'on ne peut recenser toutes les difficultés, on peut souligner celle liée à l'origine sanitaire de la crise et qui suppose d'articuler les pouvoirs en matière de police sanitaire reconnus au ministre de la santé avec les compétences en matière de police générale de son homologue de l'intérieur ou de l'administration du territoire, ce dernier subissant une « concurrence » inhabituelle sur le terrain des dispositifs d'urgence.

Par ailleurs, l'élargissement des pouvoirs de police administrative en raison de l'urgence sanitaire implique, outre les autorités gouvernementales, les différentes structures administratives, les autorités locales et les forces de sécurité et de défense. L'efficacité administrative dépend donc également de la coordination entre les actions de ces diverses autorités. Si le sacro-saint principe hiérarchique impose que l'impulsion vienne du niveau central qui prend les décisions les plus larges, une certaine réactivité s'impose également au plus près du terrain de la part des autorités locales, qui peuvent prendre directement des décisions individuelles ou plus spatialement limitées. Cette activité normative localisée peut toujours se justifier par la déclaration d'état d'urgence qui apparaît comme un acte « validant » de l'action effective relative au maintien de l'ordre renforcé. Une source d'autorité qui a cependant fait défaut à la décision d'urgence sanitaire dans certains cas.

---

a été battue en brèche par le Conseil d'État dans l'arrêt d'assemblée *Rolin et Boisvert* du 24 mars 2006 dans laquelle la haute juridiction estime que l'acte par lequel le président recourt au régime législatif de l'état d'urgence n'affecte pas la fonction législative, contrairement à celui par lequel il recourt au régime d'exception constitutionnel de l'article 16. Par conséquent, il est un acte administratif susceptible d'être contrôlé.

2. Le recours à la règle exceptionnelle intégrée à la légalité normale

La décision d'urgence sanitaire anti-Covid-19 n'est pas passée tout le temps par la proclamation préalable de l'état d'urgence ou de tout autre régime d'exception prévu par la Constitution. Le cas du Cameroun est illustratif à ce titre. Les autorités y ont opté pour le procédé de la « stratégie gouvernementale de riposte » dont le point de départ était l'instruction par le chef de l'État, au terme d'une réunion interministérielle de crise, de treize mesures essentielles destinées à encadrer désormais la décision publique et les comportements en vue de contenir et juguler la pandémie[30]. Cette stratégie a ensuite fait l'objet de réajustements par assouplissement, élargissement, adjonction ou réduction des mesures, en fonction de l'évolution des préoccupations sanitaires, sociales et gouvernementales. Lesdites mesures, prises sans déclaration d'état d'urgence, relèvent d'un régime de droit commun, quoiqu'elles se rapprochent, au moins à un double titre, de ce que prévoit la loi camerounaise relative à l'état d'urgence. D'une part, de par leur nature, certaines d'entre elles correspondent aux mesures de police exceptionnelles que le législateur autorise l'administration à prendre lorsque l'état d'urgence est déclaré[31]. D'autre part, de par leur finalité, car leur but affirmé est de gérer un état de crise généré par la pandémie.

L'absence de déclaration de l'état d'urgence révèle une conception stricte de l'interprète habilité à apprécier et à décider de cette qualification qui en exclut probablement le péril sanitaire. Elle exprime également la grande liberté dont il dispose dans cette interprétation. En l'occurrence, la Constitution camerounaise ne soumet la décision de recourir à l'état d'urgence à aucune forme de contrôle, encore moins de consultation. C'est donc un pouvoir complètement discrétionnaire du président de la République qui témoigne de l'hyper domination présidentielle de ce régime politique. Ce qui n'est pas sans rappeler les enseignements théoriques d'un Carl Schmitt qui, promoteur d'une conception exclusivement subjective du pouvoir de décider de la situation d'exception, préconise au surplus que, mieux que le législatif et le judiciaire, c'est à l'exécutif qu'il revient d'être l'agent réel face à la nécessité[32].

---

[30] La déclaration spéciale du Premier Ministre qui a rendu publiques les conclusions de cette réunion interministérielle porte justement l'intitulé de « Stratégie gouvernementale de riposte face à la pandémie de coronavirus (Covid-19) ». Cet intitulé surmontera toutes les communications suivantes de l'instance interministérielle de coordination de la lutte contre la pandémie au Cameroun.

[31] L'article 5 de la loi n° 90/047 du 19 décembre 1990 sur l'état d'urgence en République du Cameroun prévoit en effet des mesures de restriction de la circulation des biens et personnes, de limitation des regroupements, de fermeture de lieux publics tels que les salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunions de toutes natures, d'institution de zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est limité et réglementé… Des mesures qui s'apparentent clairement à celles qui ont été prises dans la stratégie gouvernementale de riposte à la pandémie de la Covid-19, en l'absence de déclaration d'état d'urgence.

[32] C. Schmitt, *Théologie politique*, *op. cit.*, p. 19-20.

Mais le problème se pose toutefois de qualifier juridiquement – par rapport à la théorie générale du droit de la nécessité porteuse de dualité de la légalité – des mesures qui sont adoptées hors état d'urgence mais qui s'apparentent néanmoins à des mesures d'exception. En effet, les restrictions qu'elles portent dérogent à la fois au droit commun et au régime d'exception prévu par la Constitution, sans que cette double dérogation repose sur une habilitation constitutionnelle. Il se pose donc un problème de cohérence juridique, notamment de compréhension de l'organisation juridique des régimes d'exception. La doctrine administrativiste d'inspiration française répondrait certainement que de telles mesures se fondent sur un régime prétorien, celui de la « théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles[33] ». Mais il convient justement de savoir ce qui pourrait conduire un juge à reconnaître exceptionnellement à ces mesures dérogatoires, une validité juridique. Une telle qualification est d'autant plus importante que si l'état d'exception déroge au droit commun, il n'en demeure pas moins du droit. En ce sens, une thèse quelque peu radicale a été soutenue selon laquelle « l'état d'exception n'a rien d'exceptionnel[34] ». Autrement dit, la règle d'exception s'inscrit dans une rupture de fondement avec l'état de droit mais n'en perd pour autant pas sa nature de règle de droit. Les enseignements jurisprudentiels montrent que le juge ne va pas chercher ce fondement du droit de l'exception ailleurs que dans les dispositions ou les principes de l'État de droit préexistant. Ainsi, la mission confiée au président de la République de veiller au fonctionnement en toute époque des services publics et la mission de maintien de l'ordre public dont dispose toute autorité administrative en vertu de la loi ont été retenues dans la jurisprudence inspiratrice de la théorie des circonstances exceptionnelles comme fondement de décisions qui avaient pris quelques écarts avec la légalité dans des situations d'exception. Une tradition jurisprudentielle similaire s'est développée au Cameroun qui admet, sur la foi que tout dépend des circonstances, que l'on peut reconnaître une valeur normative aux « nécessités de l'ordre public », mais en insistant que soient respectés les principes généraux du droit[35].

Il reste néanmoins qu'état d'urgence ou non, la qualification exceptionnelle d'un dispositif normatif anti-Covid-19 nous ramène à des difficultés théoriques traditionnelles. Elle suppose en effet que soit formellement identifié le point de rupture avec l'ordre normal. En l'absence de franchissement de cette barrière, ce moment où « la force de la vie réelle brise la carapace

---

[33] Conceptualisée à partir des arrêts du Conseil d'État datant de la période de la Première Guerre mondiale *Heyriès* du 28 juin 1918 et *Dames Dol et Laurent* du 28 février 1919, cette théorie a connu une application qui s'est étendue ultérieurement à des situations autres que la guerre, à l'instar de l'emblématique décision C.E., 18 mai 1983, *Rodes*, relative à une évacuation d'office pour cause d'éruption volcanique.

[34] M. TROPER, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 99.

[35] CFJ/CAY, 27 janvier 1970, *Obame Etémé Joseph c. État fédéral du Cameroun.*

d'une mécanique figée dans la répétition[36] », aucun régime d'exception n'est identifiable. Mais ce principe méthodologique révèle immédiatement l'importance d'une autre question juridiquement insoluble, celle de savoir l'autorité habilitée à identifier les lignes de rupture ainsi que la légitimité qui fonde une telle autorité à agir. On tentera en vain de remonter l'ordre juridique pour trouver la règle ultime qui permet de déterminer cette autorité et cette légitimité. N'existant plus ou étant fortement relativisée, elle ne peut plus fonder le droit de l'État. En fait, la situation exceptionnelle permet de revenir aux lumières de la vision institutionnaliste du rapport entre le droit et l'État. Ce n'est pas le droit qui fonde l'État, mais c'est l'État qui fonde le droit. Ce n'est pas la circonstance exceptionnelle qui implique le droit de l'exception, c'est le droit de l'exception qui établit la circonstance exceptionnelle. Et, la préséance de l'exécutif repose ici sur un fondement davantage politique que juridique. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rendre compte à quel point peut apparaître, contre toute attente, controversée, aléatoire et évanescente la motivation à l'origine de la décision d'urgence, au cœur de la crise sanitaire.

B. La motivation de la décision publique d'urgence sanitaire

L'objectivisme positiviste fondé sur le critère de l'évidente nécessité[37] se montre court dans la justification du recours au régime d'exception. Celle-ci a plutôt tendance à se rapprocher du subjectivisme décisionniste. La motivation de la décision publique d'urgence, à l'ère de la Covid-19, n'est que faussement évidente. Elle ne se limite pas à contrecarrer l'insécurité sanitaire (1). Il semble qu'il ne s'agisse que de la motivation principale qui dissimule sans succès les motivations autres (2), souvent véritables.

1. La motivation principale : contrecarrer l'insécurité sanitaire

Lorsqu'on se penche sur les dispositions constitutionnelles des États subsahariens, on relève une tendance commune au laconisme sur le régime de l'état d'urgence et au renvoi de son organisation au législateur. La condition relative à la motivation de la décision d'y recourir suit cette tendance. Ainsi, derrière l'expression, reprise dans les différentes Constitutions, mais fort évasive des « circonstances » qui justifient ce recours, le législateur[38] tend à identifier les hypothèses de « péril imminent résultant d'atteintes graves à

---

[36] C. Schmitt, *Théologie politique*, *op. cit.*, p. 25.

[37] F. Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », art. cité, p. 677-678.

[38] On remarquera que le législateur dont il s'agit est très souvent antérieur au constituant des années 1990 et date parfois de l'époque coloniale. Il en est ainsi de la Loi organique du Burkina Faso sur l'état d'urgence nº 14-51 AL du 31 août 1959 ; la Loi nº 59-231 du 7 novembre 1959 relative à l'état d'urgence en Côte d'Ivoire ; l'ordonnance du 27 octobre 1962 relative à l'état d'urgence au Tchad ; la Loi nº 69-29 du 29 avril 1969 au Sénégal ; la Loi nº 87-049/AN-RM du 10 août 1987 relative à l'état de siège et à l'état d'urgence au Mali. La Loi nº 98-24 du 11 août 1998 (modifiée en 2015) portant réglementation de l'état d'urgence au Niger fait office d'exception.

l'ordre public », « de troubles portant gravement atteinte à l'ordre public ou à la sûreté de l'État », « d'agression venant de l'extérieur », ou encore « d'évènements présentant par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». Toutefois, c'est un truisme, ces expressions « mal définies[39] » sont encore peu explicites. La motivation de toute décision d'urgence n'en dérive pas automatiquement. Elle est donc toujours à rechercher. Il en est ainsi de celle relative à la décision d'urgence sanitaire, sujet de la présente étude. Si elle semble au premier abord mettre en valeur l'hypothèse de la circonstance présentant le caractère de « calamité publique », une appréciation du contexte général de sa formulation suscite néanmoins une vision plus nuancée.

En principe, l'insécurité sanitaire conduit à recourir à l'état d'urgence selon un schéma simple qui commence avec la mise en évidence de son effectivité. Ainsi, la propagation mondiale et inexorable de la crise – c'est une pandémie, le déficit de solution médicale (absence de vaccin, incertitude et efficacité des méthodes thérapeutiques disponibles), les cas de contamination recensés, sont des éléments factuels qui conduisent fatalement les pouvoirs publics à constater l'existence d'une circonstance présentant par sa nature et sa gravité le caractère de « calamité publique » susceptible de compromettre la vie nationale. Le ton passionnel des discours comme celui du président sénégalais Macky Sall est donc naturellement choisi par les autorités subsahariennes pour informer les populations de l'imminence d'un « sérieux risque de calamité publique ». Et, la réponse fondée sur un dispositif exceptionnel se justifie pleinement devant une calamité imprévisible. Ce schéma correspond à la définition objective retenue par la théorie positiviste d'un état d'exception « au cœur du rapport entre pression des faits et stabilité de l'ordre juridique[40] ». La crise de la Covid-19 apparaît sous cet angle comme une hypothèse qui confirme que le critère du recours à l'exception peut, comme le soutient une certaine doctrine, être celui de « l'évidente nécessité » agissant comme une cause extérieure à toute volonté politique mais qui s'impose à la décision politique[41]. Dans une telle perspective, le lien de dépendance entre l'état d'urgence et le régime politique sus évoqué est moins affirmé. Le responsable politique se défend d'user d'une puissance mais excipe un devoir « salutaire » qu'il lui incombe d'accomplir pour la survie de la communauté, dans une configuration où il n'y a pas d'alternative entre « agir d'une façon ou d'une autre et entre agir et ne pas agir[42] ». Les choses semblent en effet se présenter telles que les pouvoirs publics subsahariens n'avaient pas d'autre choix que de recourir au droit de

[39] Selon une expression de M. Voisset : M. Voisset, « Article 16 », in O. Duhamel et Y. Meny (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, puf, 1992, p. 23.

[40] F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, puf, 2001, p. 23.

[41] F. Saint-Bonnet, « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cité, p. 30.

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

la nécessité – tant à travers les régimes organisés que par des mesures pragmatiques, pour lutter contre la crise générée par la pandémie de la Covid-19, survenant sous la forme d'un péril manifeste et qui était imprévisible.

Certes. Cependant, certains éléments tendent à relativiser les évidences qui semblent ressortir de ce constat. Ainsi, peut-on faire droit à l'hypothèse selon laquelle la crise du coronavirus, pour avoir longtemps été en suspens, était prévisible en Afrique. Une telle réserve s'appuie sur des éléments tangibles. Tout d'abord, la menace d'une infection virale à portée planétaire n'est pas nouvelle et est bien connue des experts africains comme de toute la communauté des experts internationaux[43]. Ensuite, les États africains ont une expérience des catastrophes sanitaires d'origine virale (VIH/Sida[44], Ébola[45], Chikungunya) favorable à une approche sereine de toute nouvelle menace. Enfin, on pourrait ajouter que la pandémie a connu un long parcours partout ailleurs avant d'affecter l'Afrique qui disposait ainsi d'un temps considérable et d'une importante marge d'anticipation[46].

Ces réserves participent à l'explication globale de la résilience des États africains face à la pandémie de la Covid-19[47]. Mais pour notre propos, elles permettent également de réinterroger l'intérêt des règles d'exception comme dispositif public de réaction. En effet, autant que ces réserves conduisent à relativiser les notions d'incertitude et d'imprévisibilité dans la situation africaine, elles font perdre au recours à l'état d'urgence sa justification. La décision d'urgence sanitaire aurait bien pu passer par le droit commun de la santé et de la prévention des maladies infectieuses qui s'est développé à l'occasion des catastrophes sanitaires et des grandes épidémies qui n'ont cessé d'affecter l'Afrique. Cette législation ordinaire de la santé offre aux autorités sanitaires une panoplie de moyens efficaces pour endiguer les crises sanitaires. Cette possibilité, qui a été implémentée avec exemplarité

---

[43] On retrouvera une fine exposition de ce point de vue dans E. SCHATZKER, « Nassim Taleb Says "White Swan" Coronavirus Pandemic Was Preventable », Émission Bloomberg Markets: European Close, *Bloomberg*, 30 mars 2020 [https://www.bloomberg.com/news/videos/2020-03-30/nassim-taleb-says-white-swan-coronavirus-pandemic-was-preventable-video], cité par J. BORRELL, « Covid-19 : le monde d'après est déjà là … », *Politique étrangère*, 2020, nº 2, p. 12.

[44] M.-É. GRENAIS *et al.*, « Le sida en Afrique, un objet politique ? », *Bulletin de l'APAD*, nº 17, 1999 [https://doi.org/10.4000/apad.476].

[45] F. EBOKO, « L'Afrique a gardé la mémoire d'Ébola », *Le Point*, 23 mars 2020. En effet, en 2014 déjà, l'état d'urgence sanitaire avait été décrété par le président de la Guinée pour faire face à une crise d'Ébola. De même, la République démocratique du Congo avait encore maille à partir avec une épidémie d'Ébola au moment où intervenait la Covid-19.

[46] Aussi allait-il de soi que les États subsahariens intègrent dans leurs politiques les expériences heureuses et malheureuses des pays plus précocement touchés. Cf. A. ANTIL, « L'arrivée du Covid-19 en Afrique subsaharienne, quels scénarios ? », *L'Afrique en questions*, nº 53, 16 avril 2020 [https://www.ifri.org/fr/publications/editoriaux-de-lifri/lafrique-questions/larrivee-covid-19-afrique-subsaharienne].

[47] *Ibid.*

en Asie[48], relativise le monopole de la motivation sanitaire, voire même sa pertinence, comme fondement du recours des pouvoirs africains à un dispositif d'exception en vue de lutter contre la propagation du coronavirus.

2. Des motivations inavouées (?), sous un arrière-fond de tensions sociopolitiques

Il semble que la motivation sanitaire ne soit pas unique dans le cadre du recours à la législation d'exception. Les contempteurs de ce recours ont dénoncé, dans la décision publique une surenchère autour de la menace de la Covid-19 qui dissimulait les vraies motivations, notamment celles tenant à des préoccupations politiques. Ces critiques ne font que confirmer la difficulté qu'il y a à établir le caractère objectif de l'argument de la nécessité dans la justification du recours à l'urgence. Ce qui a permis à Carl Schmitt de voir dans le cas exceptionnel le talon d'Achille du normativisme kelsénien[49]. Il s'agit d'un argument dont la pureté est insaisissable, toujours susceptible d'être regardé comme un prétexte. La suspicion est encore plus grande dans des contextes subsahariens en proie à de vives et persistantes tensions politiques, sociales et économiques.

La critique peut prendre appui sur les tensions antérieures à la crise. Certains gouvernements ont été accusés d'utiliser le dispositif spécial anti-Covid-19 pour régler des questions politiques souvent éloignées des préoccupations de sécurité sanitaire, voire pour réprimer certains mouvements de contestation politique. La technique consisterait à exagérer la menace sanitaire pour pouvoir prendre des décisions fortement restrictives pour les libertés, y compris les droits politiques. Ce qui permet de mettre hors-la-loi les mouvements encombrants de contestation politique et sociale et de réprimer sévèrement les récalcitrants. Ainsi, l'édiction d'une mesure de confinement portant l'interdiction de regroupements dans un État comme la Guinée a été regardée comme visant davantage à faire taire le front de contestation par les partis politiques de l'opposition, les syndicats et les organisations de la société civile contre le projet de réforme constitutionnelle dont l'aboutissement est déterminant pour le sort du président Alpha Condé, qu'à juguler la propagation du coronavirus[50]. Une telle critique se renforce du constat de la tendance frénétique des autorités à recourir à l'état d'urgence dans ce pays, à l'instar de cet épisode de l'année 2007 où l'état d'urgence a

---

[48] Cf. E. Mérieau, « Pouvoirs de quarantaine et contentieux du confinement : quelques leçons d'Asie (Le refus de l'état d'urgence) », art. cité.

[49] Puisqu'il met en évidence une situation de rupture de la disposition hiérarchique des normes juridiques qui suppose que les règles de rang inférieur dérivent, suivant une logique dynamique de succession, des règles de rang supérieur dont elles ne sont que la subsomption. Or, la décision, dans le cas exceptionnel, s'inscrit en dehors de cet ordre et ne peut donc être subsumée.

[50] J.-M. Bezat, « Coronavirus : en Afrique, des mesures d'exception qui menacent les libertés publiques », *Le Monde*, 13 avril 2020 [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/04/13/coronavirus-en-afrique-des-mesures-d-exception-qui-menacent-les-libertes-publiques_6036443_3212.html].

été proclamé de manière à laisser songeur quant à la proportionnalité de la réaction qu'il constituait face à des manifestations de grève générale contre le régime en place[51].

L'instrumentalisation de l'urgence sanitaire liée à la Covid-19 pour régler de vieux contentieux est même avouée ou apparaît clairement dans certains cas. Au Nigéria, les autorités locales dans dix-neuf États du Nord n'ont pas fait mystère de leur volonté de mettre à profit l'état d'urgence pour exécuter enfin leur projet de fermer définitivement les *madrasas*, projet qui se heurte depuis des années aux traditions et au poids des religieux. Elles ont ainsi fait l'annonce qu'après la fermeture des écoles pour cause de coronavirus, ces établissements coraniques ne rouvriraient plus[52]. Au Lesotho[53], le Premier ministre Tom Thabane, en proie à des difficultés judiciaires[54], a initié l'instauration d'un régime exceptionnel, à travers une mesure de confinement pour une durée de trois semaines, dès la fin mars, bien avant que soit officiellement déclaré le moindre cas d'infection au coronavirus dans le pays, la suspension du parlement en début avril et le déploiement de l'armée dans la capitale à partir du 19 avril. Il s'en est suivie une crise politique heureusement très vite résolue grâce à une mission spéciale sud-africaine qui a permis sa chute et le retour à la légalité constitutionnelle.

De même, les gouvernements en fin de mandat essuient la fronde de l'opposition qui les soupçonne de profiter de la suspension des activités politiques, notamment l'inscription sur les listes électorales au Burkina Faso, par ailleurs en proie au terrorisme djihadiste, pour organiser l'élection présidentielle de novembre suivant un calendrier qui permet au régime en place de traverser et contourner une conjoncture politique trouble[55]. Il se susurre que des motivations similaires nourrissent dès l'apparition en mai de l'épidémie dans le pays, l'idée d'un report de l'élection présidentielle prévue pour le début 2021 en Ouganda. Il est également notable que le président

---

[51] Le fait est rapporté par E. Ouedraogo, « Les normes d'urgence dans les constitutions des États francophones d'Afrique noire », art. cité, p. 60.

[52] « Au Nigéria, les autorités utilisent la crise sanitaire pour tenter de fermer les écoles coraniques », *Le Monde*, 17 juillet 2020, [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/17/au-nigeria-les-autorites-utilisent-la-crise-sanitaire-pour-tenter-de-fermer-les-ecoles-coraniques_6046504_3212.html].

[53] Th. Kurtz et V. Magnani, « Les crises du Covid-19 en Afrique australe : inquiétudes et premières conséquences », *L'Afrique en questions*, nº 54, 27 avril 2020 [https://www.ifri.org/fr/publications/editoriaux-de-lifri/lafrique-questions/crises-covid-19-afrique-australe-inquietudes].

[54] Il a été inculpé en février 2020 pour le meurtre de son épouse en 2017.

[55] J.-M. Bezat, « Coronavirus : en Afrique, des mesures d'exception qui menacent les libertés publiques », art. cité ; L. Traoré, « La classe politique burkinabè en conflit sur la date des prochaines élections », *VOA*, 12 juin 2020 [https://www.voaafrique.com/a/burkina-les-prochaines-%C3%A9lections-en-novembre-divisent-/5460307.html] ; voir aussi, pour un point de vue plus large de l'impact du coronavirus sur la situation sociopolitique et économique de ce pays, A. Antil et K. Djellat, « Le Covid-19 au Sahel : pandémie lente mais impacts multiples », *L'Afrique en questions*, nº 55, 13 mai 2020 [https://www.ifri.org/fr/publications/editoriaux-de-lifri/lafrique-questions/covid-19-sahel-pandemie-lente-impacts-multiples].

ivoirien ait adopté le 8 avril 2020 par ordonnance la nouvelle loi électorale qui, en discussion au parlement, était l'objet de vives tensions entre la majorité et l'opposition[56], cette dernière ayant même claqué la porte des négociations au cours de la session antérieure. Dans ce dernier cas, la question de l'opportunité s'adjoint clairement à celle de l'efficacité pour mettre en doute la participation de cette mesure à la résolution de la crise[57].

Les tensions peuvent également apparaître à l'occasion de la gestion de la crise. Dans d'autres pays en effet, c'est plutôt la continuité de la vie politique, malgré une reconnaissance officielle de l'exposition à la pandémie ou au contraire grâce au refus d'une telle reconnaissance, qui a suscité l'interrogation. Il en fut ainsi de la tenue des élections législatives des 29 mars et 19 avril 2020 au Mali. Le pouvoir a été vivement critiqué pour cette décision qui ne tenait pas compte, en plus du coronavirus qui faisait ses premières victimes[58], de la montée en puissance des violences djihadistes[59]. Il en fut de même de la tenue de l'élection présidentielle du 20 mai au Burundi, qui n'a été possible que grâce à l'attitude du gouvernement qui a mis du temps à reconnaitre que le pays était touché par le coronavirus. De manière quelque peu ubuesque, ce sulfureux gouvernement a estimé que le Burundi était protégé par la force divine[60] et a ordonné la fermeture des frontières dès le 15 mars pour se protéger de la contamination en provenance des États

---

[56] Un indice important du degré de sensibilité de la matière électorale et des vives tensions autour de la règle du jeu électoral en Côte d'Ivoire est l'arrêt récemment rendu par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) dans l'*affaire Suy Bi Gohoré Émile et autres c/ République de Côte d'ivoire*, le 15 juillet 2020, relative à la nécessité de respecter les principes d'équilibre et d'impartialité dans la composition des commissions électorales indépendantes aux niveaux central et local.

[57] Dans un communiqué de presse en date du 19 mars 2020, la présidence ivoirienne s'explique ainsi : « compte tenu de la situation exceptionnelle liée à l'épidémie de la maladie à Coronavirus 2019 (COVID-19) et des mesures sanitaires urgentes adoptées par le gouvernement pour lutter contre la propagation de cette maladie en Côte d'ivoire, qui rendent difficile la tenue de réunions parlementaires, le Président de la République, vu l'urgence, procédera à la modification du Code électoral par voie d'ordonnance ». La motivation de cette décision va manifestement au-delà du contexte de l'urgence sanitaire, vu que le communiqué précise par ailleurs qu'il s'agit d'adapter ledit code à la nouvelle révision constitutionnelle – promulguée le jour même – et de prendre en compte les points d'accord de la deuxième phase du dialogue politique.

[58] Le Conseil des ministres du 25 mars 2020 faisait état de deux cas d'individus testés positifs au coronavirus dans le district de Bamako et dans la région de Kayes.

[59] Cet épisode électoral est à l'origine d'une grande effervescence de mouvements contestataires du régime en place. Ces mouvements ont été doublés de manière décisive le 18 aout, mais en exprimant largement leur approbation, par des éléments de l'armée malienne qui ont démis le gouvernement par coup d'État. Le pays est depuis lors placé dans un processus de transition. Il n'est pas saugrenu de suggérer ici l'hypothèse que l'adhésion populaire à ce coup de force illustre l'étendue des conséquences possibles de l'inquiétude des populations face à l'inconsistance de la décision d'urgence en situation d'incertitude.

[60] Pour information, la découverte des trois premiers cas n'a pas confondu le pouvoir burundais qui y a plutôt vu une nouvelle occasion pour le bon Dieu de manifester sa puissance. Cf. AFP, « Au Burundi, préservé du Covid-19 par "la grâce divine", la vie suit son cours », *Africa Radio*, 10 avril 2020 [https://www.africaradio.com/news/au-burundi-preserve-du-covid-19-par-la-grace-divine-la-vie-suit-son-cours-166440].

voisins, principalement du Rwanda avec lequel il entretient des tensions diplomatiques. Mais la fermeture des frontières a eu un autre effet qui n'est pas politiquement anodin, celui de permettre la tenue du scrutin « à huis-clos », à l'abri du regard critique des observateurs internationaux[61].

Ainsi se formule, avec les relents d'un autoritarisme atavique que la critique observe impuissamment, la décision publique d'urgence sanitaire. Elle ne s'étend pas pour autant à une portée sans limites.

II. Les limites de la décision publique de gestion de la crise

La décision d'urgence se caractérise par l'accroissement des pouvoirs de police qui en résulte. Mais il faut bien savoir l'ampleur de cette extension. La question de la limite est fondamentale ici, comme dans toute approche de l'état d'exception. Elle peut être cernée à travers une appréciation des indicateurs de l'applicabilité de la décision publique d'urgence sanitaire, tels qu'ils ressortent de ses propositions internes (A). Mais elle repose aussi sur les déterminants hétéronomes de cette applicabilité (B).

A. Les limites internes à la décision publique

Il s'agit de celles qu'indique la décision publique d'urgence elle-même. Elles relèvent des trois ordres classiques de la limitation du champ d'application des actes normatifs, les ordres temporel, territorial et matériel. Les lois organisant les régimes d'exception prévoient que les actes qui sont pris dans leur cadre comportent obligatoirement ces éléments. L'examen de la portée de la décision publique d'urgence suppose donc le parcours successif de son champ spatiotemporel (1) et de son champ matériel (2).

1. Le champ spatiotemporel de la décision

Le champ d'application territorial de la décision sanitaire d'urgence revêt un caractère progressif et diversifié. Il est à la fois étroit et large, selon le moment et selon le pays. Elle peut s'appliquer progressivement, c'est-à-dire se limiter en priorité à quelques circonscriptions territoriales touchées et s'étendre au reste du pays au fur et à mesure de la propagation du virus. On a ainsi ordonné l'isolement du reste du pays des villes où ont été déclarés des cas de personnes atteintes par le virus comme Niamey au Niger, Tananarive à Madagascar, le quartier de Gombe à Kinshasa en République démocratique du Congo, les villes de Malabo et Bata en Guinée équatoriale, la capitale tchadienne Ndjamena ainsi que vingt-deux autres villes de ce pays. Au Bénin et au Gabon, il a été établi un cordon sanitaire regroupant toutes les communes infectées.

---

[61] (Anon.), « Burundi : décompte des voix après une présidentielle tendue et sous Covid », *Africa News*, 21 mai 2020 [https://fr.africanews.com/2020/05/21/burundi-decompte-des-voix-apres-une-presidentielle-tendue-et-sous-covid//].

Elle peut aussi s'appliquer immédiatement à l'ensemble du territoire national. Dans certains pays, les mesures ont été, dès la découverte du premier cas – très souvent dans la capitale, en provenance de l'étranger – appliquées de façon indifférenciée, à rebours de la tendance à la limitation géographique des législations sur l'état d'urgence et, probablement, en intégrant la dimension préventive[62]. Le cas le plus illustratif ici – et qui a d'ailleurs concerné tous les pays – est celui de la mesure de fermeture des frontières qui ne pouvait épargner aucune porte d'entrée officielle.

Du point de vue temporel, l'état d'exception, moment fugace et provisoire ne saurait en aucun cas perdurer. La question de la durée est fondamentale dans le régime de l'état d'urgence. Son indication est une formalité essentielle de la validité de l'acte qui en fait proclamation. Il en est de même pour tout autre acte relatif à une mesure qui est prise au cours de son application. Il est en effet établi que, d'une part, le gouvernement peut interrompre avant son terme l'état d'urgence et, d'autre part, les mesures prescrites au titre de cet état cessent avec lui, pour un retour immédiat à la légalité normale. Aussi, les réglementations nationales, s'alignant sur un standard international, prévoient-elles un « principe de temporalité » qui implique que les mesures d'urgence soient prises « strictement en fonction des exigences du moment[63] ».

Malgré la confiance que l'on peut faire aux prévisions des experts sur l'évolution de la pandémie, il est impossible d'en prévoir le terme. La limitation temporelle de la décision d'urgence sanitaire ne pouvait bénéficier d'infaillibles repères précis pour sa fixation. Par conséquent, elle s'est souvent alignée sur ce que prévoit la législation de l'état d'urgence. Aussi, les décisions d'urgence sanitaire révèlent-elles à la fois une programmation progressive, à temporalité multiple, et une certaine démarcation entre les systèmes africains. La durée initiale de l'état d'urgence sanitaire, avant toute prorogation, a ainsi visé une période assez courte. Elle a été fixée à douze jours[64], quatorze jours[65], ou le plus souvent à quinze jours[66]. Mais il arrive aussi que l'on vise une période plus longue de vingt jours[67] ou d'un mois[68].

---

[62] Au Congo, le décret nº 2020-93 du 20 mars 2020 a institué l'état d'urgence immédiatement sur toute l'étendue du territoire national.

[63] Cette expression est reprise de l'article 27 la Convention américaine des droits de l'homme. Nous la reprenons librement ici en raison de ce qu'elle définit clairement, et en conformité avec les systèmes africains, le principe de temporalité.

[64] En Guinée.

[65] Au Kenya.

[66] Au Togo, Sénégal, Niger, en Côte d'Ivoire.

[67] Au Congo, le décret nº 2020-93 du 20 mars 2020 a institué l'état d'urgence sur toute l'étendue du territoire national pour une durée de vingt jours à compter du 31 mars 2020.

[68] République démocratique du Congo, République du Tchad.

On a même des cas comme celui de l'Éthiopie où l'état d'urgence a été décrété le 8 avril 2020 pour une durée d'au moins cinq mois[69].

Mais la limitation temporelle a parfois été absente de la décision d'urgence initiale. Ce fut le cas principalement là où elle ne reposait pas sur une déclaration préalable et formelle de l'état d'urgence comme au Cameroun où les treize premières mesures d'urgence édictées par le chef de l'État l'ont été pour être applicables à compter du 18 mars 2020, « jusqu'à nouvel ordre ». Mais, cette formule a également été employée par le gouvernement du Botswana dans sa déclaration d'état d'urgence qui précisait qu'elle prenait effet à compter du 2 avril 2020, « jusqu'à nouvel ordre ».

Il est notable que dans ces deux cas, le principe de temporalité ait repris ses droits au moment du renouvellement des décisions d'urgence. Ainsi, depuis le premier renouvellement des premières mesures d'urgence applicables dès le 18 mars 2020, avec ajout de mesures nouvelles, le 1er avril 2020, le gouvernement camerounais a pris l'habitude de préciser que leur application s'étend sur la quinzaine qui suit leur adoption. Au Botswana, l'état d'urgence initialement déclaré a ensuite fait l'objet d'un vif débat parlementaire au terme duquel il a été prorogé mais pour une période maximale de six mois.

Au-delà de ces deux expériences, la durée initiale de l'état d'urgence a rarement été définitive. La technique de la prorogation et du renouvellement a été abondamment utilisée. Venant à la rescousse des prévisions courtes, elle semble s'opérer de façon automatique. Le 6 juillet 2020, l'état d'urgence sanitaire en était à sa sixième prorogation, depuis mars, en République démocratique du Congo[70].

L'intérêt de la prorogation est de rétablir l'illusion démocratique de l'association de la représentation du peuple – dont on a souligné la relégation par l'exécutif – à l'adoption de la décision publique d'urgence. La plupart des constitutions et des législations prévoient en effet que la durée de l'état d'urgence ne peut être prorogée que sur autorisation du parlement. Mais, si des divergences se sont parfois révélées entre les exécutifs et les parlements, elles n'ont jamais été jusqu'à empêcher que le parlement autorise le gouvernement à proroger l'état d'urgence. Ce qui manifeste d'une commune reconnaissance, malgré tout, de son bien-fondé.

La temporalité multiple de la décision d'urgence sanitaire s'aperçoit enfin au niveau de sa sortie de vigueur. L'état d'urgence a pris fin dans certains États en disharmonie temporelle avec les mesures qui ont été prises au titre de cet état, contrairement au principe de la liaison des deux. Certaines mesures comme le confinement ont connu une application particulièrement

---

[69] S. SCHLIMMER, « L'Afrique de l'Est face à la gestion du COVID-19. Un enchevêtrement de crises ? », *L'Afrique en questions*, nº 56, 9 juin 2020, p. 2 [https://www.ifri.org/fr/publications/editoriaux-de-lifri/lafrique-questions/lafrique-de-lest-face-gestion-covid-19-un-0].

[70] Il a finalement été levé le 22 juillet 2020.

brève[71]. D'autres, comme celles ordonnant des mises en isolement ou en quarantaine, ou encore le port obligatoire du masque, continuent à être adoptées tant que sévit la pandémie[72]. Mais la dissociation d'avec le régime d'urgence qui ressort de cette continuité pose le problème du régime d'encadrement de telles mesures. Bénéficient-elles, en réintégrant la légalité normale, de la même mobilisation des moyens de police et de la restriction du contrôle juridictionnel que sous état d'urgence ? Par ailleurs, de nombreuses mesures adoptées aux plans social, pénitentiaire, économique, fiscal, et ayant une portée large, continuent forcément de produire leurs effets, au-delà de la période exceptionnelle.

2. Le champ matériel : mesures anti-Covid-19 et libertés

L'antagonisme est patent entre les mesures exceptionnelles et les droits fondamentaux auxquels elles apportent des restrictions drastiques pendant le régime d'exception. Il est de tout temps et en tout système impératif de penser leur conciliation. Il est ainsi intéressant de lire dans la Constitution tchadienne que les « mesures exceptionnelles ne sauraient justifier les atteintes aux droits à la vie, à l'intégrité physique et morale et aux garanties juridictionnelles accordées aux individus[73] ». Dans le cadre de la crise de la Covid-19, les droits des individus et des groupes sont à protéger non seulement en raison de leur lien avec les impératifs de santé publique, mais aussi en raison de la tendance à l'accroissement de leur fragilité en période de crise.

La protection des droits de la personne malade est prioritaire dans un contexte de crise sanitaire[74]. La décision publique ne peut faire fi des droits des patients atteints de la Covid-19, autant comme usagers du service public hospitalier qui les accueille que comme citoyens. Il est impératif d'assurer un accès intégral, libre et égal à toutes les personnes contaminées à une prise en charge efficiente par les structures médicales. La prise en charge de ces

---

[71] Par exemple, au Mali, le confinement a été levé dès le 11 mai 2020 en raison des tensions postélectorales ; en côte d'ivoire, il a été levé le 15 juillet au moment même où l'état d'urgence était prorogé pour le 30 juillet ; en Guinée, il a pris fin le 29 juin tandis qu'était maintenu l'état d'urgence au moins jusqu'au 15 juillet.

[72] On peut prendre en exemple la chronologie illustrative du Sénégal où l'assouplissement des mesures de restriction liées au coronavirus, notamment la réduction du couvre-feu nocturne a d'abord été acté le 11 mai, avant que l'état d'urgence soit levé le 29 juin, tandis que l'espace aérien ne sera rouvert aux vols internationaux qu'à partir du 15 juillet.

[73] Voir le dernier alinéa de l'article 97 de la nouvelle Constitution tchadienne de 2018.

[74] Sur ce thème des droits de la personne malade qui se formule en doctrine sous l'expression de « La démocratie sanitaire », on se référera utilement à G. MAUDET, « La "démocratie sanitaire" : penser et construire l'usager », *Lien social et Politiques*, nº 48, 2002, p. 95-102 [https://doi.org/10.7202/007894ar].Voir également les contributions aux *Mélanges en l'honneur de Frank Moderne* (Paris, Dalloz, 2004) de L. DUBOUIS, « Démocratie sanitaire et droits de la personne malade. À propos de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé », p. 127-143 et J.-P. DUPRAT, « Démocratie sanitaire et droits du malade », p. 145-163.

patients doit tenir compte de la trilogie dignité, liberté et égalité. La dignité, qualité intrinsèque de la personne humaine « inhérente à tous les membres de la famille humaine », selon les termes du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, est non seulement un droit fondamental, mais aussi le fondement des autres droits. Par conséquent, la dignité humaine ne saurait être mise à mal par la circonstance exceptionnelle, *a contrario*, la dignité de la personne malade balise nécessairement la décision d'urgence sanitaire. Cette dernière doit tenir compte de ses droits à la vie, à l'inviolabilité, à l'intégrité, à l'absence de caractère patrimonial du corps humain, que consacrent les normes générales de bioéthique[75]. Il n'est donc pas inutile d'indiquer à ce titre que, malgré l'urgente nécessité à trouver une thérapie, toute expérimentation de vaccin ou de quelque traitement que ce soit sur des personnes malades ou contaminées par le coronavirus est proscrite en l'absence de leur libre consentement.

Il faut admettre que la composante liberté du malade peine à s'épanouir dans le contexte de l'urgence sanitaire. D'une part, en ce qu'elle est classiquement liée au respect du secret médical, elle peut être compromise par un environnement d'hypermédiatisation, mais aussi par la volonté des pouvoirs publics de mener à bien les politiques de prévention à travers la sensibilisation. Comment concilier le secret avec des mesures peu discrètes comme la quarantaine (ou précisément quatorzaine), l'isolement ou le confinement ? D'autre part, entendue comme son droit de participer à la thérapie qui lui est administrée, la liberté du malade apparaît comme particulièrement difficile à réaliser en raison de l'incertitude thérapeutique.

L'égalité des citoyens trouve sa projection dans l'égalité des malades. Elle se réalise dans la nécessité de respecter, pour tous, indépendamment du sexe, de l'âge, de la filiation, du statut social ou des capacités physiques, le droit à la non-discrimination et l'égal accès aux soins. Ces exigences peuvent être mises en cause en période de crise sanitaire par l'amenuisement abrupt de l'offre hospitalière. La décision publique doit donc impérativement s'attacher à optimiser la couverture sanitaire et à améliorer son accessibilité. Elle contient une exigence de solidarité nationale à laquelle concourent nombre de mesures sociales que les autorités ont été amenées à adopter, à l'instar de la création de centres de dépistage et d'analyse du coronavirus, de l'augmentation des capacités d'accueil et de prise en charge des malades, rendue possible par l'ouverture d'unités spéciales dans les hôpitaux classiques ou l'érection d'hôpitaux de campagne. Mais il faut aussi mentionner la réquisition de lieux publics ou privés en vue de l'isolement des personnes atteintes par le virus ou susceptibles de l'être, comme celles entrant nouvellement sur le territoire national que la plupart des États ont soumises à la

[75] On peut notamment se référer à la *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*, signée le 4 avril 1997 à Oviedo en Espagne – on l'appelle donc également « Convention d'Oviedo » – et entrée en vigueur le 1er décembre 1999.

quatorzaine obligatoire. La gratuité des soins, essentielle dans l'optique d'assurer l'égalité des patients, figurait souvent en bonne place parmi ces mesures. Elle a nécessité, de la part des gouvernements, des actions sur les circuits d'importation, de production et de commercialisation des médicaments et matériels médicaux[76].

Au-delà des simples patients, il est important de souligner que la santé dépend toujours d'un ensemble de déterminants sociaux et constitue une préoccupation majeure pour les groupes déjà confrontés aux difficultés sociales et économiques. La protection du droit à la santé apparaît ainsi liée à celle des autres droits et pas seulement les droits-créances. Le confinement a par exemple entrainé un accroissement exponentiel des cas de violences domestiques, dénoncés par les organisations de la société civile. De même, l'état d'urgence sanitaire a souvent paralysé l'activité économique et donc affecté les libertés économiques, comme celle d'entreprendre ou celle du commerce et de l'industrie. Les mesures mobilisées pour contrer la pandémie se sont souvent avérées désastreuses pour des secteurs entiers de l'activité économique tels que la restauration, l'hôtellerie, le transport, les arts et la culture… L'aléa économique, additionné aux fragilités sociales, justifiait que bénéficient d'une attention particulière, les personnes et corps économiques ou professionnels défavorisés et qui apparaissaient ainsi particulièrement impactés. Aussi est-il notable que la décision publique d'urgence soit également allée dans le sens de la mise en place de facilités de crédit, de mesures d'assouplissement de la fiscalité des entreprises, mais aussi de protection des consommateurs contre les opérateurs économiques véreux – notamment ceux opérant dans les secteurs stratégiques et hautement sensibles de la fourniture de l'eau, de l'électricité et des communications électroniques. Les gouvernements se sont montrés volontaristes en accompagnant les mesures barrières de mesures sociales comme la distribution de denrées alimentaires et de produits d'hygiène sanitaire. La prise en charge par l'État, comme au Niger, pour une certaine période des factures d'électricité et d'eau pour les pauvres est une illustration de l'amplitude que peut prendre ce volontarisme. Dans le domaine des finances et de l'économie publique, la gestion de la crise a mobilisé des dispositifs originaux de programmation économique et budgétaire à court terme, à savoir des plans de relance, de résilience : plan tchadien d'urgence nationale, plans d'aide sociale, alimentaire

[76] Il ne nous semble toutefois pas évident de retenir dans cette catégorie de la solidarité nationale les initiatives « à marche forcée » de certains gouvernements, à l'instar de cette décision du gouvernement rwandais qui a annoncé le 6 avril 2020 qu'il imposerait aux ministres et hauts fonctionnaires de renoncer à leur salaire du mois d'avril, l'argent ainsi recueilli devant être affecté à des programmes sociaux pour aider les plus pauvres à résister à l'impact de la crise économique liée au coronavirus. L'efficience économique de cette mesure est discutable, tandis qu'elle constitue une violation flagrante du droit social.

au Niger et au Sénégal[77], Fonds spécial de solidarité au Cameroun[78]. À l'ère de la Covid-19, la décision publique ne se borne pas à une prescription publique, elle préconise autant la prestation publique.

Enfin, le statut général des droits et libertés fondamentaux demeure concerné. Parce que la restriction ne signifie pas l'abolition, un minimum de respect des droits fondamentaux est toujours attendu d'une décision publique, y compris en période d'incertitude. C'est même la principale limite à toute prise de décision, selon l'approche libérale – dominante – de l'état d'exception. Le contrôle juridictionnel vise à préserver les droits des personnes et groupes les plus vulnérables.

L'existence d'un point d'équilibre est une utopie entre les mesures d'isolement, de quarantaine ou de confinement et les libertés de circulation, de réunion ou de manifestation publique, pour ne s'en tenir qu'à ces exemples. Certes. Mais il est impératif, au risque de néantiser l'état de droit et les principes constitutionnels fondamentaux, que le citoyen continue à bénéficier et jouir de ses droits intangibles, à sa vie privée, à l'éducation, au travail, au respect de l'intégrité physique et morale – au contraire des violences policières et autres abus des autorités publiques que le dispositif sécuritaire anti Covid-19 a semblé multiplier, ainsi que l'actualité rapprochait les exemples de la Côte d'Ivoire, du Togo, du Zimbabwé ou encore du Kenya. De tels abus ont parfois causé la mort. En République démocratique du Congo, la presse a rapporté la mort de deux personnes, l'une le 7 juin à la Place Mulamba et l'autre le 15 juin à Bagira à la suite d'un usage excessif de la force publique dans l'application des mesures barrières[79].

Il faut néanmoins souligner que, nonobstant une permanence du droit de recours, la réparation intégrale de ces violations des droits individuels s'inscrira plus efficacement dans la période postérieure à la crise sanitaire. En effet, tant que perdure le régime d'exception, l'examen des recours rencontre un obstacle conjoncturel : les nécessités d'adaptation du système judiciaire aux mesures de limitation de la propagation du virus et l'application d'un régime de réduction des activités des tribunaux qui en découle. Au Bénin par exemple, après une circulaire du Ministre de la justice et des libertés[80] qui instruisait aux chefs des cours et tribunaux de procéder à cette

---

[77] L'acronyme évocateur du Fonds sénégalais « FORCE-COVID-19 » pour « Fonds de Riposte et de Solidarité Contre les Effets du Covid-19 », recouvre une initiative budgétaire particulièrement ambitieuse de mille milliards de francs CFA (soit à peu près 1,5 milliard d'euros ; ou un peu plus d'un quart du budget 2019 de l'État du Sénégal).

[78] L'ordonnance du 3 juin 2020 qui institue ce Fonds l'intitule « Fonds spécial de solidarité nationale pour la lutte contre le coronavirus et ses répercussions économiques et sociales ». Le plafond des ressources destinées à l'approvisionner a été fixé à cent quatre-vingt milliards de francs CFA (soit un peu moins de 275 millions d'euros).

[79] Th. UZIMA, « Bukavu : assassinat d'un chauffeur à Bagira, le bâtiment servant d'isolement aux malades du Covid-19 vandalisé », *Mediacongo.net*, 16 juin 2020 [https://www.mediacongo.net/article-actualite-70745_bukavu_assassinat_d_un_chauffeur_a_bagira_le_batiment_servant_d_isolement_aux_malades_du_covid_19_vandalise.html].

[80] Circulaire du 18 mars 2020.

adaptation, certains aménagements ont été opérés. À ce titre, les mesures de garde à vue et de rétention ont été réservées aux situations d'extrême nécessité et les renvois des dossiers sont privilégiés dès lors que les délais et la situation des prévenus le permettent. Des mesures similaires – réduction du nombre des audiences, audiences à huis-clos, distanciation dans les salles de jugement, désinfection des bâtiments judiciaires, basculement vers le traitement numérique des dossiers – ont été prises dans pratiquement tous les autres États. L'examen des recours ne peut être optimal lorsque le service public de la justice apparaît ainsi marqué par la crise sanitaire. Un ordre des priorités s'impose entre les affaires. L'enjeu est de réaliser, face à l'urgence, l'équilibre entre l'efficacité maximale dans le traitement des dossiers considérés comme prioritaires et la préservation des principes essentiels du droit à un procès équitable. La mission est difficile, mais pas impossible comme en témoignent quelques décisions retentissantes. On se rappelle notamment le fait d'arme judiciaire le plus éclatant de cette période, en matière d'exercice de recours contre l'autorité publique, savoir la saisine de la Haute Cour par une organisation non gouvernementale, qui a entrainé la suspension du confinement au Malawi.

B. Les limites hétéronomes

Il s'agit de celles qui reflètent une certaine pression de l'environnement sur la norme que prescrit la décision d'urgence sanitaire. Cette pression est venue de tensions politiques internes (1), mais aussi de la gestion internationale de la crise (2).

1. La pesanteur de la réaction sociale à l'égard des mesures de restriction et de confinement

Au plan interne, les mesures prescrites en vue de résoudre la crise n'ont pas toujours rencontré l'adhésion des populations. Ce qui fut souvent à l'origine d'une certaine effervescence sociopolitique. La contestation sociale du dispositif normatif anti-Covid-19 a parfois connu une tournure violente. Le cas des émeutes dans les townships sud-africains nous en fournit une parfaite illustration. Il est similaire à cette mobilisation spontanée de la rue malawite au mois d'avril quand des milliers de citoyens qui survivent au jour le jour du commerce informel ont vivement manifesté leur opposition au confinement décidé par le président Peter Mutharika. Est également notable, cette manifestation du 16 juin 2020 en République démocratique du Congo contre les abus policiers ayant causé la mort d'un homme, qui a entrainé des destructions au Centre d'isolement des cas positifs de Bukavu[81].

Globalement, les populations africaines se sont montrées hostiles à l'égard des mesures qui allaient dans le sens de la restriction de l'accès aux espaces publics de socialisation tels que les marchés, les lieux de culte, les

[81] Th. UZIMA, « Bukavu : assassinat d'un chauffeur à Bagira, le bâtiment servant d'isolement aux malades du Covid-19 vandalisé », art. cité.

espaces de détente et de divertissement, et du confinement dans leurs résidences qui sont le plus souvent exiguës dans la promiscuité des bidonvilles. La fronde a souvent reçu le soutien inattendu des autorités locales, morales ou religieuses. Ainsi, sous la pression des regroupements d'acteurs de l'informel[82], le maire de Ouagadougou au Burkina Faso a rappelé au gouvernement, pour appuyer les commerçants mécontents de la fermeture des marchés, que 49 % du PIB vient du secteur informel qui par ailleurs occupe une très large majorité de la population active du pays.

De manière systématique, la contestation exprime des craintes d'insécurité alimentaire, sanitaire et économique de populations vivant au jour le jour, dans une extrême précarité qui les expose à la pénurie permanente, de l'eau, de l'énergie électrique, de la nourriture. La décision d'urgence sanitaire a donc été confrontée à la pesanteur sociale, économique et culturelle. L'exemple de la République démocratique du Congo peut de nouveau être évoqué à propos du report du confinement total intermittent de la ville de Kinshasa auquel ont été contraintes les autorités, juste à la veille de la date initialement prévue. Le gouvernement a justifié son recul par la nécessité de définir des modalités préalables susceptibles d'empêcher que se poursuive l'insécurité et « les bousculades » qui s'observaient dans la ville dès l'annonce du confinement[83]. Il faut noter que l'opposition parlementaire avait vivement critiqué la décision de confiner Kinshasa comme comportant le risque de provoquer une catastrophe humanitaire et des émeutes dans une ville déficitaire en eau et électricité et où les commerçants avaient commencé à se livrer à des spéculations sur les prix des produits de première nécessité, ainsi qu'il en était mentionné dans un communiqué du gouvernorat urbain.

Au demeurant, les tensions générées par la gestion de la pandémie de Covid-19 sont le plus souvent exacerbées en Afrique subsaharienne par des contextes déjà tendus et conflictuels, du fait de divergences antérieures sur les enjeux politiques, sociaux et économiques. On peut citer pêle-mêle, parmi les cas les plus aigus, le contexte électoral et post électoral au Mali, les enjeux de maîtrise territoriale de l'État dans le contexte de la crise anglophone au Cameroun, la fragilité des équilibres politiques à la suite de l'alternance au pouvoir en République démocratique du Congo, l'instabilité chronique en Centrafrique, les difficultés de la lutte contre le terrorisme djihadiste dans la ceinture sahélienne et une certaine lassitude des populations

[82] Principalement le Conseil national de l'économie informelle du Burkina Faso (CNEI-BF), qui a ouvert un cahier de doléances en direction des autorités en soulignant que la fermeture des marchés le 25 mars 2020 devait être accompagnée de mesures sociales.

[83] Communiqué rendu public à la suite de la réunion du 27 mars 2020 du premier ministre avec les autorités administratives, urbaines et sécuritaires de la ville de Kinshasa.

confrontées aux dérives des régimes répressifs mis en place pour enrayer cette menace[84]…

Autant de pesanteurs qui constituaient des facteurs déterminants du sens et de l'efficacité de la décision d'urgence sanitaire, qui ne put jamais se déconnecter, dans le contexte subsaharien, de l'environnement sociopolitique ambiant.

2. L'inscription de la décision publique d'urgence dans la gouvernance internationale

Selon l'article 4 (1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'ordre international pourrait constituer une limite normative à la décision d'urgence sanitaire. Celle-ci peut en effet, bien qu'il n'en découle aucune contrainte juridique, reprendre l'écho de « l'urgence de santé mondiale » que l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) a décrétée le 30 janvier 2020, consistant en une action internationale coordonnée par un Comité d'Urgence et qui aide les 193 États membres reconnus par l'ONU à se préparer et à agir face à des situations pouvant impacter la santé publique, en l'occurrence la pandémie de coronavirus.

Dans cette lancée, la crise de la Covid-19 se présente en Afrique subsaharienne comme l'occasion d'un renouvellement des paradigmes coopératifs autour des notions classiques du droit d'ingérence et de la souveraineté internationale des États. Il faut relever que, si l'importance de la coopération internationale est à souligner, la révélation est aussi importante qu'au fur et à mesure que l'État africain s'ouvre à elle, l'autonomie de sa décision publique va en s'amenuisant.

La coopération technique est inoffensive et profitable. Elle est construite sur des partenariats qui visent la solidarité internationale dans le management de la crise. Certes, on peut relever le cas de certains États qui s'y sont montrés hostiles, à l'instar du Burundi qui a déclaré *persona non grata* le représentant et les membres de l'équipe de l'OMS chargée d'appuyer le Burundi dans sa riposte contre la Covid-19, pour cause « d'ingérence inacceptable » dans sa gestion du coronavirus[85]. Mais cela ne remet nullement en cause l'intérêt du mouvement de solidarité internationale, notamment dans sa dimension régionale. Un exemple positif est celui des Centres africains de prévention et de lutte contre les maladies (*Africa CDC*), l'agence de santé publique de l'Union africaine (UA), créée en 2013 pour faire face à une épidémie d'Ébola, mais qui est devenue permanente, bénéficiant d'un financement à hauteur de 0,5 % du budget opérationnel de l'UA, avec pour mission d'aider

[84] Il convient de relever qu'au Mali, au Niger, au Tchad ou au Burkina Faso, l'état d'urgence sanitaire venait se superposer à l'état d'urgence sécuritaire déjà en vigueur en vue de lutter contre le terrorisme djihadiste.

[85] N. TALANI, « Selon les Burundais, l'équipe de l'OMS a été chassée pour "ingérence inacceptable" », *VOA Afrique*, 15 mai 2020 [https://www.voaafrique.com/a/les-autorités-burundaises-expulsent-le-représentant-et-trois-fonctionnaires-de-l-oms/5420066.html].

les États membres à faire face aux crises sanitaires qui touchent le continent. Elle a réuni le 22 février 2020, les ministres de la santé des États d'Afrique, huit jours après le premier cas déclaré, ce qui a permis à ces administrations africaines d'être proactives face à la crise à bien d'égards[86].

De même, les orientations et directives de l'OMS[87] n'ont pas porté atteinte à l'autonomie de la décision publique étatique qui ne s'y est pas toujours soumise. Il en est ainsi de l'obligation de transparence dans la communication relative à la pandémie que prônait l'organisation, mais qui a été clairement ignorée par les instances de communication gouvernementales qui centralisaient l'information. La question semble avoir été considérée comme tellement sensible qu'elle a suscité la promulgation par le gouvernement d'Afrique du Sud d'une loi criminalisant la « désinformation » sur l'épidémie. Ailleurs, en Côte d'Ivoire ou en Tanzanie notamment, le dispositif pénal existant a été suffisamment mobilisé par les autorités pour traiter comme hors-la-loi et réprimer sévèrement la communication indépendante des médias privés[88].

L'OMS n'a par ailleurs pas pu coordonner les protocoles de traitement au sujet desquels les États africains ont affiché une grande liberté dans la politique médicale, notamment en ce qui concerne l'acquisition, la production et la distribution des médicaments[89]. Ainsi, ses tergiversations relatives à

---

[86] Réunion ministérielle d'urgence sur la Covid-19 organisée par l'Union africaine et les Centres for Disease Control and Prevention d'Afrique (*Africa CDC*) [https://www.who.int/fr/director-general/speeches/detail/emergency-ministerial-meeting-on-covid-19-organized-by-the-african-union-and-the-africa-centres-for-disease-control-and-prevention].

[87] Ces orientations et directives prennent principalement appui sur le Plan stratégique de préparation et de riposte (PSPR) publié par l'OMS le 03 février 2020 [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/srp-04022020.pdf], ainsi que sur le Plan mondial de réponse humanitaire, élaboré sous l'impulsion de l'ONU et publié le 28 mars 2020 [https://www.unocha.org/sites/unocha/files/Global-Humanitarian-Response-Plan-COVID-19.pdf].

[88] Deux journalistes ivoiriens ont été condamnés pour « diffusion de fausses nouvelles » pour avoir révélé dans une enquête, l'existence de deux cas de coronavirus dans une prison ivoirienne. Une sévérité qui s'explique, selon RSF, par la volonté de resserrer de façon opportuniste un peu plus l'emprise du pouvoir sur les médias, en l'occurrence ceux proches de l'opposition.

En Tanzanie, trois médias ont été condamnés au paiement d'une amende et à la présentation d'excuses publiques pour avoir diffusé des « informations fausses et trompeuses sur le nombre de cas de Covid-19 dans le pays ».

Cf. RSF, « Afrique : la liberté de la presse à l'épreuve de la pandémie en 2020 », *Rapports*, 26 novembre 2020, [https://rsf.org/fr/rapports/afrique-la-liberte-de-la-presse-lepreuve-de-la-pandemie-en-2020].

[89] À rebours de la feuille de route arrêtée au terme du Forum mondial pour la recherche, organisé par l'OMS à Genève les 11 et 12 février 2020, destinée à guider un programme commun pour la recherche et le développement sur la Covid-19 [https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov].

l'usage thérapeutique de l'hydroxychloroquine[90] – qui a profondément divisé les médecins et organismes scientifiques[91], n'ont pas suscité la moindre hésitation au Sénégal qui a très vite affiché et n'a jamais renoncé à son option en faveur de cet usage[92]. Le cas le plus intéressant est celui de Madagascar qui n'a pas attendu une quelconque homologation ou approbation de l'organisation onusienne pour appliquer et promouvoir une solution thérapeutique originale, le *Covid organics* (CVO), décoction à base de la plante aux vertus antipaludéennes artémisia, mais ayant surtout pour caractéristique d'être un produit de sa pharmacopée nationale.

Ce décalage entre la directive publique de santé internationale et la décision publique nationale n'est pas propre au contexte de son application dans les États africains, loin s'en faut. L'urgence sanitaire n'a pas renforcé le consensus autour de l'organisation qui a subi de nombreuses pressions, au point d'apparaître à certains égards comme une scène d'affrontements entre les États puissants.

Il n'est pas extraordinaire non plus et rappelle l'idée traditionnelle selon laquelle les résolutions des organisations internationales adressées aux États n'ont pas valeur obligatoire et n'affectent en rien les droits ou obligations de leurs destinataires. Elles ne sont en principe que de simples recommandations[93]. Ce qui ne veut pas dire qu'elles soient dépourvues de tout effet juridique. Ce sont des actes hétéro-normateurs qui, n'ayant pas de force contraignante autonome, n'en comportent pas moins une certaine « valeur ajoutée ou un plus juridique[94] ». On dit pour cela qu'elles relèvent d'un droit

---

[90] L'organisation a en effet multiplié des volte-face sur le sujet, initiant, suspendant, reprenant et suspendant de nouveau des essais cliniques sur l'utilisation de ce médicament. Cf. (ANON.), « L'OMS suspend à nouveau les essais cliniques sur l'hydroxychloroquine », *France 24*, 18 juin 2020 [https://www.france24.com/fr/20200617-l-oms-suspend-à-nouveau-les-essais-cliniques-sur-l-hydroxychloroquine].

[91] A. ZONGO, « Chloroquine et Covid-19 : les études publiées ne permettent pas de prouver son efficacité », *The Conversation*, 31 mars 2020 [https://theconversation.com/chloroquine-et-covid-19-les-etudes-publiees-ne-permettent-pas-de-prouver-son-efficacite-134838] ; E. DEGBE, « Oublier l'hydroxychloroquine contre le coronavirus ? Cet infectiologue explique pourquoi », *The HuffPost*, 24 juin 2020 [https://www.huffingtonpost.fr/entry/oublier-lhydroxychloroquine-contre-le-coronavirus-cet-infectiologue-explique-pourquoi_fr_5ef3a376c5b66c31268151d5].

[92] (ANON.), « Covid-19 : le Sénégal confirme l'option de l'hydroxychloroquine sur la base d'études "préliminaires" », *France Info*, 4 mai 2020 [https://www.francetvinfo.fr/monde/afrique/societe-africaine/covid-19-le-senegal-confirme-l-option-de-l-hydroxychloroquine-sur-la-base-d-etudes-preliminaires_3947713.html].

[93] Il est vrai que les résolutions de l'OMS relèvent d'un statut dérogatoire qui leur accorde un certain caractère normatif. C'est le système du « *contracting out* » qui consiste à donner un certain temps aux États pour exprimer leur refus de se conformer aux résolutions adoptées par les organes pléniers de certaines organisations internationales (comme l'OMS ou l'OACI) et à lier tous les États membres au règlement adopté, dans l'hypothèse où aucun ne fait cette déclaration à l'issue de l'écoulement de ce délai. Mais cette catégorie ne peut pas être retenue en l'espèce, toutes les recommandations de l'OMS relatives à la lutte contre la Covid-19 ne remplissant pas les conditions formelles de la résolution normative.

[94] G. ABI-SAAB, « Diplomatie multilatérale et développement du droit international : le rôle des résolutions de l'Assemblée générale », in *Les multiples aspects des relations internationales.*

doux ou mou[95] et n'impactent donc que subtilement la souveraineté des États.

En revanche, la réduction de la marge d'autonomie de la décision publique découle surtout de ce que la crise a révélé l'insuffisance des finances publiques africaines, obligées de solliciter le concours des partenaires extérieurs du fait de leur incapacité à faire face à la pandémie et surtout aux distorsions économiques générées par les mesures restrictives destinées à limiter sa propagation. La sollicitation s'est étendue à l'appel en direction des partenaires financiers au non-paiement, à la réduction, à la suspension voire, à l'annulation de la dette extérieure[96]. Parallèlement à ses conséquences économiques, cet appel pose le problème du fondement juridique de ce qui s'assimile à une incitation à l'inexécution des obligations contractuelles des États subsahariens, un comportement considéré comme illicite vis-à-vis du droit international[97]. L'incertitude que génère cette approche a justifié que certains États africains[98] se soient montrés hostiles ou réticents à une annulation de la dette, tout en affirmant leur préférence pour de nouveaux financements en vue de contenir les impacts économiques de la crise et préserver la crédibilité des pays pauvres auprès de leurs créanciers.

On peut recourir à deux notions de la théorie générale des obligations, reprises par la doctrine de droit international comme causes de non-exécution des engagements internationaux des États, pour donner un fondement juridique à une suspension, pour cause de Covid-19, des obligations contractuelles des États subsahariens vis-à-vis de leurs créanciers. Il s'agit de la

---

Études à la mémoire du professeur Jean Siotis, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 83-99, reproduit dans G. Abi-Saab, *Le développement du droit international. Réflexions d'un demi-siècle*, t. I, *Théorie générale du droit international*, éd. M.G. Kohen et M.J. Langer, Genève, Graduate Institute Publications, 2013 [https://books.openedition.org/iheid/1411], p. 127.

[95] Cf. G. Abi-Saab, « L'éloge du "droit assourdi" : quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux,* Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59-68.

[96] Exprimée pour la première fois dès mars 2020, en direction du G20, par le Premier ministre éthiopien Abiy Ahmed, cette demande a été relayée par plusieurs dirigeants africains dont le Président sud-africain unique représentant du continent au G20. Elle est renouvelée par l'appel, appuyé par la France, à l'issue d'une rencontre du 27 avril, des pays du G5 Sahel à l'effacement de leur dette extérieure pour les aider à affronter les coûts sanitaires et économiques de la lutte contre la pandémie. Elle rencontre l'adhésion générale de la communauté internationale, ainsi que l'exprime l'écho que s'en font certains dirigeants des pays créanciers comme la France ou la Chine ou la demande du Secrétaire général des nations unies Antonio Guterres, le 31 mars 2020 auprès du G20, d'un moratoire sur la dette des pays pauvres en vue de soutenir leur stratégie de riposte à la pandémie.

[97] En raison de la contradiction avec le principe de l'obligation d'exécution de bonne foi des engagements internationaux, *pacta sunt servanda.*

[98] Cette posture a été le plus vivement exprimée par le Bénin, à travers son ministre de l'économie Romuald Wadagni notamment, auteur de la tribune : « Covid-19 : pourquoi l'annulation de la dette n'est pas la solution », *Jeune Afrique*, 23 avril 2020 [https://www.jeuneafrique.com/933004/economie/tribune-covid-19-pourquoi-lallegement-de-la-dette-africaine-nest-pas-la-solution]. Elle fut plus modérément partagée par d'autres gouvernements comme le Ghana ou le Kenya.

force majeure et de l'état de nécessité, circonstances qui peuvent valablement être considérées comme découlant de la crise du coronavirus. Toutefois, bien connues du droit interne[99] – public comme privé – elles sont rarement invoquées de manière efficace en droit international où elles s'entremêlent parfois. La force majeure résulte d'un évènement imprévisible et irrésistible, extérieur aux sujets de l'obligation et qui rend impossible l'exécution de cette obligation[100]. Elle n'est admise que sous des conditions strictes et difficiles à établir, notamment l'absence de contribution de l'État à la survenance de l'évènement du fait par exemple de sa négligence. L'état de nécessité peut être invoqué s'il constitue le seul moyen de protéger un intérêt essentiel de l'État contre un péril grave et imminent. Cette notion a du mal à s'imposer en droit international et fait l'objet de controverses au sein de la Commission du droit international, car elle est suspectée de favoriser l'invocation par les États de la notion subjective et contestable – incontrôlable – de la défense des intérêts vitaux des États.

Certes, on ne peut présumer de l'application de ces circonstances pour exonérer les États africains de toute responsabilité en cas de non-respect de leurs engagements contractuels[101]. Mais, la question de la dette dépend surtout du consensus des partenaires internationaux sur les orientations de l'aide publique au développement, de l'économie et de la finance internationales. Et, il semble que la crise de Covid-19 rassemble un consensus large sur les effets dévastateurs qu'elle entraine sur les économies africaines et sur l'urgence d'une réaction globale à cet égard. Les prévisions alarmistes du Fonds Monétaire International (FMI) témoignent de cette prise de conscience. Le Fonds estime que « l'Afrique subsaharienne est confrontée à une crise sanitaire et économique sans précédent[102] », avec des conséquences graves comme une récession de 1,6 % en 2020, soit le « pire résultat jamais enregistré[103] ». Il va de soi que « ces circonstances exceptionnelles exigent une action exceptionnelle ». D'où l'engagement de l'institution à : offrir des possibilités de financement rapide et accru ; obtenir un appui à l'allègement de la dette ; définir des mesures de riposte visant prioritairement à renforcer les services de santé et protéger ainsi les populations les plus vulnérables et certaines parties de l'économie. Dans cette lancée, le FMI et le Groupe de la

[99] On peut se référer à une jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle du Niger qui a estimé, par arrêt nº 04/CC/MC du 15 juin 2020, que la pandémie de Covid-19 constituait un *cas de force majeure*, pouvant justifier la suspension provisoire de l'enrôlement des nigériens de la diaspora au fichier électoral national biométrique.

[100] Cf. CPJI, 12 juillet 1929, *Affaire des emprunts serbes*, Série C, nº 16-IV.

[101] Le juge international a une conception très restrictive de l'applicabilité de ce moyen. Dans l'affaire dite du *Projet Gapcikovo Nagymaros* du 25 septembre 1997, la Cour internationale de justice a soutenu que « La stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen d'un changement de circonstances ne trouve à s'appliquer que de façon exceptionnelle ».

[102] Cf. FMI, Rapport *Perspectives économiques régionales. Afrique subsaharienne, Covid-19 : une menace sans précédent pour le développement*, avril 2020, p. V.

[103] *Ibid.*

Banque Mondiale ont, le 17 avril 2020, mobilisé leurs partenaires dans la lutte contre la Covid-19 en Afrique[104]. Il en est ressortit une mise au point sur les apports substantiels des créanciers officiels qui ont mobilisé des ressources à hauteur de 57 milliards de dollars et des estimations situant le montant probable de l'aide privée à 13 milliards. Mais il a aussi été mis en évidence la nécessité d'apports additionnels, les besoins du continent pour combattre la Covid-19 en 2020 étant estimés à 114 milliards de dollars, soit un déficit de financement d'environ 44 milliards. Le FMI a affirmé son engagement à accorder davantage de financements concessionnels. Il entend s'appuyer sur ses mécanismes de décaissement rapide ; une nouvelle facilité de décaissement à court terme pour les pays dont les fondamentaux économiques sont très solides ; son fonds fiduciaire d'assistance et de riposte aux catastrophes (fonds fiduciaire ARC) par lequel vingt-trois (23) pays africains à faible revenu ont bénéficié dès le 13 avril 2020 d'un allègement immédiat du service de leur dette.

Cependant, la stratégie d'urgence du Fonds permet de réévaluer certains aspects de la coopération financière internationale en Afrique. Il est intéressant de tenir compte, comme le fait le FMI de la disparité des situations économiques africaines. Le principe d'égalité souveraine des États[105] admet des applications différenciées qui reposent sur une idée simple : ne traiter de manière égale que ceux qui se trouvent dans une situation égale.

De même, pour le bonheur des gouvernements africains, l'urgence oblige le FMI à prôner une aide financière inconditionnelle. On sait que la « conditionnalité[106] » illustre traditionnellement le déséquilibre des relations entre le FMI et les États africains. Dans le cadre de l'Ajustement structurel notamment, le FMI impose, à travers ses programmes, de lourdes contraintes économiques et politiques aux États africains. Ces contraintes mettent à mal leur souveraineté. Mais ces États sont dépourvus de moyens juridiques de

---

[104] Communiqué de presse, nº 20/168, « Le Groupe de la Banque mondiale et le FMI mobilisent leurs partenaires dans la lutte contre la COVID-19 en Afrique », FMI, 17 avril 2020 [https://www.imf.org/fr/News/Articles/2020/04/17/pr20168-world-bank-group-and-imf-mobilize-partners-in-the-fight-against-covid-19-in-africa].

[105] En vertu de l'article 2 § 1er de la Charte de Nations unies, « L'organisation est fondée sur la base du principe de l'égalité souveraine de tous ses membres ». Ce principe est repris et complété par la Résolution 2625 XXV de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970 qui introduit l'idée de coexistence par un développement solidaire des États à travers les principes de l'égalité des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes et du devoir de coopérer.

[106] Ce néologisme forgé au sein des institutions financières internationales se définit sommairement autour d'un ensemble d'engagements que doit respecter un État qui bénéficie d'un prêt ou d'un programme financier au titre de l'aide publique au développement. Il symbolise l'asymétrie contemporaine des rapports entre créanciers et débiteurs – surtout lorsque ces derniers appartiennent au tiers-monde – dans le système financier international où il sert d'instrument de domination. Cf. A. PIQUEMAL, « La notion de "conditionnalité" et les organisations internationales économiques et financières », in *Mélanges offerts au Doyen Paul Isoart*, Paris, A. Pedone, 1998, p. 306.

défense, en raison du caractère formellement non contraignant d'une relation à laquelle le Fonds refuse de reconnaitre une nature conventionnelle[107].

Mais un point demeure particulièrement préoccupant : la dette publique extérieure des pays africains est assez diversifiée et désormais répartie presqu'équitablement entre les accords avec des créanciers publics et les contrats avec des créanciers privés – le partenariat avec ces derniers s'étant développé à la faveur de la crise financière de 2007 qui a entrainé une forte baisse des taux directeurs des Banques centrales, notamment sur le marché international des Euro-obligations (*Eurobonds*). Aussi, la solution du problème ne peut se faire que de manière nuancée. Une analyse qui associe l'économie et le droit permet de soutenir que « même si ces initiatives [d'annulation de la dette] permettent de dégager des ressources pour faire face à la crise du Covid-19, il ne faut pas oublier que les besoins des pays africains pour faire face à la pandémie n'ont aucune raison d'être corrélés avec l'endettement[108] ». Les auteurs de cette analyse démontrent dans la même veine que les parts des créanciers publics et privés s'équilibrant, une annulation de la dette bilatérale – c'est-à-dire celle des créanciers publics – faciliterait le remboursement des créanciers privés, ce qui reviendrait à les subventionner indirectement. Or, ceux-ci bénéficient déjà d'une protection en amont en intégrant le risque de défaut dans les taux d'intérêt auxquels ils prêtent ou souscrivent aux obligations. L'annulation ne peut donc être efficace que si elle concerne l'ensemble des créanciers des États africains. Mais la différence de traitement entre les accords et les contrats de dette impose de requérir préalablement l'accord des créanciers privés qui, habituellement, ne se laissent pas associer à ce type d'initiative – rappelons que le montant sus évoqué de l'aide privée représente le quart des engagements des créanciers publics. Les auteurs rappellent ainsi judicieusement qu'

> une annulation de dette étendue à l'ensemble des créanciers a été faite dans le cadre des initiatives Pays pauvres très endettés (PPTE) de 1996 et 1999, mais de façon non consensuelle, conduisant certains créditeurs privés à assigner en justice les pays bénéficiaires afin de recouvrer leurs créances[109].

Le renouvellement d'une telle unilatéralité pourrait reproduire les mêmes effets, dans la mesure où les circonstances d'exonération sus évoquées ne s'imposent pas de plein droit à un juge des relations économiques internationales qui a tendance à privilégier, au détriment des intérêts des États, la

---

[107] Il est intéressant de noter que le FMI lui-même, malgré le déni de la nature juridique des prescriptions qui la constituent, évoque la notion de « règle » pour parler de la conditionnalité. Ainsi, l'Assemblée générale du Fonds laisse-t-elle échapper, dans sa résolution 41/202 du 8 décembre 1986 *Coopération économique internationale renforcée destinée à résoudre les problèmes de dette extérieure des pays en développement*, qu'« il devrait être tenu compte dûment des besoins économiques et sociaux et des exigences du développement de chaque pays dans l'application de la *règle* de la conditionnalité ».

[108] Cf. M. FERRY, B. SÈNE et M. RAFFINOT, « La dette des États d'Afrique subsaharienne à l'épreuve du Covid-19 », *The Conversation*, 23 avril 2020 [https://theconversation.com/la-dette-des-etats-dafrique-subsaharienne-a-lepreuve-du-covid-19-136762].

[109] *Ibid.*

protection de l'investisseur étranger[110]. Cela pourrait en plus avoir pour effet de susciter l'aversion des investisseurs à l'égard des émissions obligataires africaines et d'exclure les États africains des marchés financiers.

En somme, si le contexte exceptionnel de la lutte contre le coronavirus rappelle à l'humanité la dimension globale des problèmes divers auxquels nous sommes confrontés et qu'il impose, en l'occurrence, des mesures d'aide publique internationale d'urgence, parmi lesquelles des actions décisives de résolution de la dette des États subsahariens, il faut se garder de toute conception excessive de l'effet positif de ce contexte sur les comportements des acteurs internationaux. Il relève d'un optimisme béat que d'occulter les difficultés habituelles que génèrent les mesures d'assistance financière dans un monde où l'inégalité économique relègue l'égalité souveraine des États à l'état de mythe. L'urgence sanitaire apparaît donc également comme un moment pendant lequel la marge d'action des pouvoirs publics africains demeure soumise à la pression externe[111], du fait de leur déficit de ressources économiques et financières. L'Afrique doit prendre conscience de la nécessité de se donner les moyens de s'affirmer avec plus d'autonomie et de liberté dans sa présence au Monde. Le renforcement des mécanismes régionaux africains, Fonds monétaire africain, Banque africaine de développement (BAD)[112], constituerait une évolution importante dans ce sens.

---

[110] Cf. S.A. CIRDI, *Aucoven c. République bolivarienne du Venezuela*, 27 septembre 2001 et 23 septembre 2003. Dans cette sentence, le Centre international de règlement des différends liés aux investissements (CIRDI) a estimé que l'État du Venezuela ne pouvait se fonder sur des manifestations publiques pour refuser d'augmenter le prix des péages routiers devant rémunérer la société Aucoven, contrairement à l'accord de concession. Il a ainsi conféré la primauté à la protection de l'investissement privé qui prime sur la satisfaction des revendications sociales. Dans sa présentation de cette décision, Blaise Tchikaya (*Mémento de la jurisprudence. Droit international public*, 6e éd., Paris, Hachette supérieur, 2015) critique – à raison – l'attitude du CIRDI qui, « à travers sa jurisprudence, étend la protection de l'investisseur étranger et s'élève peu à peu au-dessus des États minant leur souveraineté. Les États perdent leur autonomie législative car elle se trouve subordonnée à la garantie de profitabilité de l'investissement étranger ».

[111] Ainsi, tout en tenant le discours sus évoqué de l'assistance d'urgence inconditionnelle, le FMI, après avoir approuvé deux décaissements de droits de tirages spéciaux (DTS) en faveur du Cameroun au titre de la Facilité de crédit rapide (FCR), insiste sur « les mesures de renforcement de la bonne gouvernance, de transparence, de lutte contre la corruption », ce qui suscite l'audit de la gestion des fonds attribués, afin de favoriser la conclusion d'un nouveau programme avec ce pays. Cf. Communiqué de presse no 21/147, « Les services du FMI et le Cameroun ont trouvé un accord au niveau des services en vue d'un programme soutenu par la Facilité de Crédit Élargie et le Mécanisme Élargi de Crédit », FMI, 27 mai 2021 [https://www.imf.org/fr/News/Articles/2021/05/27/pr21147-cameroon-imf-mission-reaches-staff-level-agreement-new-arrangements-under-ecf-and-eff].

[112] Celle-ci est d'ores et déjà impliquée dans l'action internationale contre la Covid-19. Le Cameroun a ainsi contracté auprès de la Banque africaine de développement (BAD) en juillet 2020 un prêt d'un montant de 88 millions d'euros (57,7 milliards de francs CFA) pour le financement partiel du programme d'appui budgétaire en réponse à la crise de Covid-19.

*
**

Au terme de cette réflexion, la décision publique d'urgence apparait, à l'ère de la Covid-19, comme un outil pertinent d'évaluation de la gouvernance en Afrique subsaharienne. Mais elle ne permet pas, sous quelque aspect que ce soit, d'autonomiser, comme nous l'espérions, l'approche proprement juridique de l'état d'exception en Afrique. En effet, sa structuration ne décrit pas le conflit de valeurs entre le libéralisme de l'état de droit et la dictature de l'état d'exception. L'autoritarisme de sa formulation reflète tout simplement l'autoritarisme traditionnel des régimes africains, encore en attente de consolidation de la démocratie et le plus souvent dominés par les exécutifs. Elle laisse, de par sa portée, apparaître les limites d'un autoritarisme dans lequel le pouvoir fort ne correspond pas nécessairement à l'État fort. La décision d'urgence sanitaire est soumise à des contraintes diverses qui en déterminent le sens et la portée. Elle ne s'applique donc effectivement qu'au terme d'un compromis qui tient compte d'interventions diverses, formelles ou informelles. Ce qui revient à un processus décisionnel somme toute ordinaire. On assiste au paradoxe de la survenance d'un moment de rupture qui ne fait que mettre en lumière l'ordre de la continuité politique. En cela, la décision publique d'urgence n'est pas véritablement le reflet d'un régime d'exception. Elle ne se démarque pas du paradigme de gouvernance antérieurement dominant. Et, pour le comble du paradoxe, la formule de M. Troper, conçue pour défendre le recours à l'état d'exception dans l'État libéral, s'y appliquerait bien, tant cet « état d'exception n'a rien d'exceptionnel[113] » ! La décision d'urgence sanitaire reflète avec une terrible exactitude le régime politique dans lequel elle se déploie, mais n'autorise jamais à déduire son efficacité ou, *a contrario*, son inefficacité de la nature de ce régime politique.

Richard Martial Mvogo Belibi

Enseignant-chercheur à l'Université de N'Gaoundéré (Cameroun).

[113] M. Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », art. cité, p. 99.

Suzie Navot

L'affaire Netanyahou

Un Premier Ministre accusé et plusieurs dilemmes constitutionnels non résolus*

Un député accusé de corruption peut-il se porter candidat aux élections, former un gouvernement et devenir Premier ministre ? Il s'agit là d'une question très politique qui met en jeu des questions théoriques complexes. Cette question peut sembler déontologique ou morale, mais, en 2020 en Israël, c'est aussi une question juridique touchant aux pouvoirs du juge, posée à la Haute Cour de Justice (la HCJ), c'est-à-dire la Cour suprême siégeant en matière administrative.

La question du statut d'un Premier ministre qui a fait l'objet d'un acte d'accusation n'a pas de réponse claire dans la loi. La question de savoir s'il peut se présenter aux élections, s'il peut former un gouvernement, servir et détenir tous les pouvoirs bien qu'il soit accusé, s'est posée pour la première fois en Israël.

Il est très rare, dans une démocratie, qu'un Premier ministre se retrouve accusé. Dans de nombreux pays, y compris en Israël, la pratique pour un Premier ministre, ou pour tout autre haut fonctionnaire, est de démissionner ou d'être suspendu s'il est inculpé – ou même soumis à une enquête – pendant son mandat[1].

La mise en accusation d'un Premier ministre en Israël concerne la question de l'immunité, celle de la capacité à servir et celle des conflits d'intérêts. Toutes ces questions constitutionnelles n'avaient jamais été abordées dans le droit israélien. L'affaire Netanyahou n'est pas seulement une affaire politique débattue en public : elle suscite également un déluge de dilemmes juridiques.

Cet article présente d'abord un bref aperçu de la forme du gouvernent en Israël avant d'analyser les faits et principaux problèmes constitutionnels relatifs au procès pénal du Premier ministre Benjamin Netanyahou. Ce dernier, Premier ministre israélien depuis plus de dix ans, a été inculpé d'actes délictueux concernant des

---

* Cet article prolonge un billet initialement paru sur le *Blog Jus Politicum* : S. NAVOT et C. KLEIN, « L'affaire Netanyahou », *Blog Jus Politicum*, 2 juillet 2020 [https://blog.juspoliticum.com/2020/07/02/laffaire-netanyahou-par-claude-klein-et-suzie-navot/].

[1] Le cas de Silvio Berlusconi, en Italie, est une exception notable. Il a été jugé alors qu'il était en fonction, et a continué à exercer son rôle de Premier ministre jusqu'à sa démission (sans lien direct avec les affaires pénales qui le concernaient) en novembre 2011. D'éminents politiciens, chefs de leur parti et éventuels candidats à la plus haute fonction, ont pu exercer leur mandat tout en étant sous le couvert d'une accusation. Ainsi d'Andréas Papandréou, chef du parti socialiste grec aux élections de novembre 1990 malgré l'accusation qui pèse sur lui.

infractions de corruption. Au moment où nous écrivons ces lignes[2], Benjamin Netanyahou est toujours en fonction. Son procès devant le tribunal pénal devrait commencer dans quelques mois.

Introduction
La forme du gouvernement

Israël est un système parlementaire dans lequel le peuple élit le Parlement (une chambre, la Knesset). Le Président, après consultation des chefs des partis politiques, a la charge de choisir le candidat le plus approprié pour former un gouvernement conformément aux résultats des élections. Généralement il s'agit du chef du parti majoritaire à la Knesset.

Le Président israélien ne jouit que d'un rôle de représentation protocolaire, il est dépourvu, ou presque, de tout pouvoir réel, contrairement aux pouvoirs conférés au chef de l'État de régimes présidentiels tels que les États-Unis par exemple ou au président de la République en France. Enfin, il n'est pas le chef de l'Exécutif et ses pouvoirs sont insignifiants. L'article 1er de la loi fondamentale sur le Président de l'État institue qu'il est le chef de l'État[3]. Dans la plupart des régimes parlementaires, le chef de l'État se réduit à un rôle honorifique et de représentation. Tout comme dans les autres régimes parlementaires, le rôle du Président est, pour l'essentiel, cérémonial et ses pouvoirs sont mineurs, surtout comparés aux nombreux pouvoirs politiques dont dispose le Président de la République Française.

En ce qui concerne le Premier ministre, bien que la loi fondamentale sur le Gouvernement ne définisse pas sa fonction, il est considéré comme responsable des décisions les plus importantes en matière d'affaires intérieures et extérieures. Le Gouvernement (ou le Cabinet, les termes sont interchangeables) est composé d'un Premier ministre, de ministres et de vice-ministres. En Israël, le Premier ministre est généralement considéré comme « *primus inter pares* ». Il est dans une situation d'égalité avec les ministres, puisqu'il ne dispose que d'une seule voix lors des votes du Cabinet. En même temps, il est clairement prééminent puisque c'est lui qui forme le Cabinet et nomme les ministres à sa guise. C'est donc lui, le Premier ministre, le véritable « gouvernant » d'Israël.

Le Parlement israélien est composé de 120 députés (les membres de la Knesset ou MK), élus selon un mode de scrutin proportionnel, au sein d'une circonscription nationale unique. Les membres de la Knesset – la chambre des représentants de l'État – sont en effet issus de listes représentées de manière strictement proportionnelle. Contrairement à la plupart des démocraties occidentales, Israël adhère à ce système de manière radicale, la seule limite à la représentation des partis politiques à la Knesset étant le seuil électoral, présentement de 3,25 %.

---

[2] Note de la rédaction : cet article a été rédigé à la fin de l'été 2020. Benjamin Netanyahou a depuis quitté ses fonctions de Premier ministre, le 13 juin 2021, au terme d'un vote de la Knesset ayant approuvé un nouveau gouvernement de coalition (par 60 voix pour et 59 voix contre), mené par Naftali Bennett, chef du parti Yemina et par Yair Lapid, chef du parti Yesh Atid (appelés à se succéder en tant que Premier ministre). Le procès visant Benjamin Netanyahou est, en revanche, toujours en cours.

[3] Israël ne dispose pas d'un document intitulé « Constitution », il existe une série de « Lois fondamentales » auxquelles la Cour suprême a reconnu une valeur constitutionnelle.

I. L'acte d'accusation

Benyamin Netanyahou, le Premier ministre israélien, a été inculpé d'actes délictueux concernant des infractions de corruption. Les affaires portent toutes des noms de code à quatre chiffres.

Pour le dossier « 1000 », le Premier ministre et des membres de sa famille ont reçu de la part de personnalités très riches, notamment le producteur Arnon Milchen et le milliardaire australien James Packer, des cadeaux – cigares, bouteilles de champagne et bijoux – pour un montant supérieur à 700 000 shekels (environ 185 000 euros). Ces cadeaux étaient offerts en échange de faveurs personnelles. Netanyahou est accusé dans ce dossier de fraude et d'abus de confiance.

Le dossier « 2000 » traite de la relation et d'un éventuel accord entre le Premier ministre et l'éditeur du plus grand quotidien payant d'Israël, le *Yediot Aharonot*. Selon le procureur général, Netanyahou, pour s'assurer une couverture favorable dans ce quotidien, aurait mentionné la possibilité de faire voter une loi visant à limiter la diffusion du principal concurrent de ce journal, le quotidien gratuit et pro-Netanyahou *Israel Hayom*. Dans ce dossier, M. Netanyahou est également accusé de fraude et d'abus de confiance.

Dans le dossier « 4000 », le Premier ministre est soupçonné de corruption, fraude et abus de confiance : il est notamment accusé d'avoir essayé de s'assurer une couverture bienveillante sur le site d'information en ligne *Walla*. En contrepartie, il aurait facilité des faveurs gouvernementales qui pourraient avoir rapporté des millions de dollars à Shaul Alovitch, chef du principal groupe de télécommunications *Bezeq* et du site *Walla*.

Ce n'est pas la première fois qu'un Premier ministre israélien se retrouve sous enquête ou accusé. Les quatre derniers Premiers ministres ont fait l'objet d'une enquête criminelle. L'un d'entre eux, Ehud Olmert, a été poursuivi et condamné à une peine de prison qu'il a purgée. Mais il avait démissionné de son poste de Premier ministre avant d'être inculpé.

En Israël, c'est au procureur général qu'appartient la décision d'ouvrir une enquête contre un Premier ministre. L'institution de procureur général est exceptionnelle par rapport aux pouvoirs qu'il détient, considéré au prisme du droit comparé. C'est l'un des organes les plus importants et l'un des postes publics les plus puissants, il n'est cependant mentionné dans aucun texte constitutionnel. Étonnamment, aucune loi fondamentale ne s'applique au procureur général, ses pouvoirs ne sont édictés dans aucune loi. Le procureur général (en hébreu, conseiller juridique du Gouvernement) n'est pas seulement celui qui a le pouvoir d'engager des poursuites pénales, il représente également l'État dans les affaires judiciaires. Il sert également de conseiller juridique auprès des autorités gouvernementales et d'interprète autorisé de la loi pour le Gouvernement : ses avis juridiques sont contraignants. D'après la HCJ, l'opinion juridique du procureur général contraint le Gouvernement à suivre son opinion pour être en mesure de protéger les décisions du Gouvernement devant les tribunaux lors du dépôt d'un appel contre ses décisions. De plus, le procureur général défend les intérêts publics et peut intervenir en tant que partie prenante dans les affaires judiciaires pendantes s'il estime que l'intérêt public l'exige. Le bureau du procureur général, avec cette multitude de pouvoirs clés, assume une responsabilité capitale pour le Gouvernement ainsi que pour le public. La majorité des États démocratiques du monde font une distinction entre l'institution de « conseiller juridique du Gouvernement » et celle de procureur de l'État.

Le procureur général actuel, A. Mandelblit, a occupé le poste de secrétaire du cabinet de Netanyahou (2013–2016). La première décision de mener une enquête relative à B. Netanyahou a donc posé un problème unique : le procureur général entretient une relation spéciale et complexe avec le Cabinet. En effet, il conseille le Cabinet et les ministres sur la légalité de leurs actions, mais, en même temps, il a le pouvoir d'ordonner une enquête policière et de porter plainte contre eux, y compris le Premier ministre. La décision d'enquêter et poursuivre le Premier ministre a provoqué une rupture dans les relations entre les deux hommes, Netanyahou et le procureur général, A. Mandelblit.

La première question qui se pose est de savoir si le Premier ministre jouit d'une immunité face à ces accusations.

II. L'irresponsabilité et l'immunité parlementaire

Le modèle israélien d'immunité ressemble au modèle prévu à l'article 26 de la Constitution de la Cinquième République française et donne aux membres de la Knesset une double protection : l'irresponsabilité et l'immunité :

– l'irresponsabilité (ou immunité fonctionnelle) protège le parlementaire israélien de toute poursuite pour des actions accomplies dans l'exercice de son mandat ;

– l'immunité procédurale (inviolabilité) concerne les infractions pénales et vise les activités extra-parlementaires. Elle permet à un parlementaire de demander à la Knesset de ne pas être poursuivi pendant la durée du mandat.

Le cadre normatif de l'immunité parlementaire se trouve dans l'article 17 de la loi fondamentale sur la Knesset, selon laquelle : « Les membres de la Knesset jouissent de l'immunité : les détails sont déterminés par la loi ». Cette déclaration signifie que les immunités parlementaires ne sont pas définies dans la constitution. Les « détails » sont énoncés dans une loi ordinaire, la loi sur l'immunité des membres de la Knesset de 1951, un arrangement qui fait d'Israël une exception en droit comparé : la plupart des constitutions dans le monde incluent à la fois un cadre et les détails relatifs à l'immunité parlementaire.

Il aurait été approprié de donner un ancrage constitutionnel à l'idée fondamentale que les députés jouissent de l'immunité, en particulier pour leurs opinions et leurs votes. L'immunité est une matière constitutionnelle et, par conséquent, toute modification devrait nécessiter un amendement constitutionnel. En Israël, toute Knesset, par une simple loi votée à la majorité simple, peut changer les règles de l'immunité : ajouter des restrictions ou modifier les règles. La plupart des pays incluent le cadre de base de l'immunité dans la constitution, précisément pour éviter des changements législatifs réguliers. Ce qui aurait dû également être le cas en Israël.

L'immunité parlementaire consiste à trouver un équilibre entre des principes et des valeurs opposés. Les objectifs de l'immunité visent à garantir la liberté d'action des députés, à leur permettre d'agir sans crainte de se trouver soumis à des poursuites judiciaires et à garantir leur liberté et leur indépendance vis-à-vis des autres autorités gouvernementales. Mais l'immunité viole le principe de l'égalité devant la loi et porte également atteinte à l'État de droit, car la loi est violée sans que le contrevenant ne soit poursuivi. Ainsi, la HCJ, dans ses décisions relatives à l'immunité parlementaire, a tenté d'équilibrer ces principes contradictoires.

En Israël, il n'existe pas d'immunité ou irresponsabilité spéciale pour le Premier ministre. Étant nécessairement membre de la Knesset, il jouit des mêmes immunités que les autres députés. La question de savoir si l'irresponsabilité parlementaire vise également à protéger la fonction exécutive d'un membre de la Knesset en poste au sein du Gouvernement ne s'est jamais posée. En tout cas, même si nous supposons que cette irresponsabilité est destinée à protéger des ministres, y compris un Premier ministre, il convient d'examiner si les actes mentionnés dans l'accusation se trouvent dans le champ des actes commis dans l'exercice de sa fonction ou de son mandat.

A. L'irresponsabilité (ou immunité fonctionnelle) pour les votes, opinions et actes relevant de leur fonction

L'article 1er de la loi sur l'immunité traite de l'irresponsabilité et dispose que :

> (A) Un membre de la Knesset ne peut être tenu pénalement ou civilement responsable, et jouit de l'immunité de toute action en justice, en raison d'un vote, ou en raison d'une opinion orale ou écrite, ou en raison d'un acte qu'il a commis – à l'intérieur ou à l'extérieur de la Knesset –si le vote, l'opinion ou l'acte relevaient de sa fonction, ou dans le but de remplir sa fonction, en tant que membre de la Knesset.

Cette immunité ne peut pas être levée par la Knesset et reste en vigueur après la fin du mandat parlementaire. Elle ne vise pas à permettre aux députés de violer délibérément la loi, mais si les députés se livrent à des actes illicites et qu'il existe un « lien » entre leurs actes et leur position parlementaire, alors ces actes illicites peuvent être considérés comme accomplis dans l'exercice de leurs fonctions.

Cette immunité entend garantir la liberté des députés d'agir et de s'acquitter de leurs fonctions sans craindre d'être poursuivis.

La HCJ a traité de l'interprétation appropriée des mots « dans l'exercice de sa fonction » dans plusieurs cas. Dans l'affaire Pinhasi[4], la Cour a déclaré qu'un membre de la Knesset est obligé d'agir conformément à la loi, mais que parfois l'action « glisse » vers le domaine pénal. Si le « glissement » est un « risque naturel » de sa fonction, alors le MK est immunisé. L'idée ici est que la fonction du membre de la Knesset doit être conforme à la loi. Le critère suppose que même pendant une action légale, le MK peut se trouver sous le coup d'une action réprimée pénalement. En ce cas, le critère de « risque naturel » s'applique à une activité considérée comme proche, raisonnable ou normale par rapport à la fonction de membre de la Knesset.

La Cour suprême israélienne a statué que l'irresponsabilité vise à protéger l'essence du rôle politique, en particulier la liberté d'expression, les opinions, qui sont « l'outil » principal d'un parlementaire. Par conséquent, l'interprétation donnée à l'expression « actes commis dans l'exercice de sa fonction ou de son mandat » était étroite et exigeait qu'il s'agisse d'un acte non intentionnel ou non planifié qui a un lien avec son rôle. Il s'ensuit que les délits qui sont des infractions pénales telles que la corruption, la fraude, le vol, etc. sont en dehors de la fonction parlementaire.

La préparation même de l'acte d'accusation contre Netanyahou révèle que le procureur général – qui, rappelons-le, a le pouvoir d'ouvrir une enquête et de présenter un acte d'accusation – a décidé que les actes incriminés du Premier ministre

[4] HCJ 1843/93 *M.K. Pinhasi c. la Knesset*, PD 49(1) 661(1995).

ne jouissent pas de l'irresponsabilité et n'étaient pas du ressort de l'exercice de son mandat.

Il en résulte que si les actes commis par le parlementaire sortent du cadre de son mandat, il a encore la possibilité de demander l'immunité procédurale aux termes de laquelle il ne sera pas jugé pendant son mandat. C'est la Knesset elle-même qui confère cette immunité « procédurale ».

B. L'immunité procédurale (inviolabilité)

En plus de l'irresponsabilité, les députés jouissent de l'immunité « procédurale », qui peut les protéger contre la détention par les autorités ou contre des poursuites pénales. L'immunité procédurale est temporelle, limitée à la durée du mandat.

Avant 2005, les députés israéliens étaient à l'abri de poursuites pénales, même pour des actes et paroles en dehors de leurs fonctions, c'est-à-dire pour tout acte criminel commis. Leur immunité procédurale pouvait être levée par la Knesset, et une fois celle-ci totalement levée, les députés pouvaient être jugés comme n'importe quel autre citoyen.

En 2005, la portée de l'immunité parlementaire a été limitée à la suite d'une affaire connue sous le nom de « doubles votes » ou « affaire Gorolowsky », qui présente un intérêt particulier et éclaire non seulement les règles de l'immunité, mais aussi le contrôle juridictionnel des actes internes de la Knesset.

Le député Gorolowsky avait voté deux fois. Ce vote particulier a été annulé et présenté à nouveau. Gorolowsky a plaidé coupable, mais il a dû affronter les mesures disciplinaires de la Knesset : il a été suspendu quatre mois. Mais l'affaire n'en est pas restée là.

Après que la Knesset a sanctionné Gorolowsky de manière disciplinaire, le procureur général a décidé de l'accuser pénalement : il a demandé à la Knesset de lever l'immunité procédurale du MK Gorolowsky pour qu'il pût être jugé.

La commission de la Chambre a décidé de ne pas lever son immunité procédurale. Selon la loi sur l'immunité, cette décision est définitive en ce sens que la question ne devait pas être débattue plus avant lors de la session plénière de la Knesset. Une pétition a été déposée auprès de la HCJ contre la résolution du comité et la HCJ a approuvé la pétition à l'unanimité[5]. Ainsi, la HCJ est entrée directement au cœur même des travaux de la Knesset pour annuler la décision du comité de la Chambre, intervenant ainsi fermement dans les affaires parlementaires.

En effet, la Cour a statué que la Knesset n'était pas autorisée à examiner les accusations pénales, pas plus qu'elle ne pouvait déterminer si le député en question avait dit la vérité ; elle n'est pas en mesure d'aborder la question des preuves suffisantes et ne doit pas créer une « politique de poursuites » spéciale pour les MK. Par conséquent, le rôle de la commission de la Chambre se limite à examiner les motifs du procureur général et à s'assurer qu'ils ne sont pas frappés de partialité ni de discrimination injustifiée.

Après la décision de la Cour, le comité de la Chambre s'est réunie une seconde fois pour lever l'immunité de Gorolowsky et a décidé, une fois de plus, de ne pas la lever, exprimant ainsi un mépris pour la décision de la HCJ. Il semblait que les deux

[5] HCJ 11298/03 *Le mouvement pour la qualité du gouvernement en Israël c. Comité de la Knesset.*

autorités se défiaient. Le public a cependant réagi violemment à la décision de la Knesset et, par conséquent, le Parlement a dû répondre à de nombreuses critiques, certaines même émanant de membres de la Knesset. Elle a répondu par une modification rapide de la loi sur l'immunité, dans une procédure particulièrement précipitée.

L'amendement a introduit une réforme des procédures, et la Knesset a renoncé aux droits à l'immunité procédurale des députés. Cela signifie que le procureur général peut déposer directement auprès du tribunal des accusations contre les députés, sans en demander l'autorisation à la Knesset. Quand le procureur général présente au président de la Knesset la copie d'un acte d'accusation relative à un député, celui-ci dispose de 30 jours pour présenter une demande écrite au président afin que le comité de la Chambre lui accorde l'immunité procédurale pour des motifs spécifiques mentionnés dans l'amendement.

Selon la modification de la loi sur l'immunité, les députés peuvent invoquer quatre « motifs ». Un député peut demander l'immunité si : (a) le délit allégué a été commis dans l'exercice de ses fonctions parlementaires ; (b) l'acte d'accusation présente des vices tels que la « mauvaise foi » ou la discrimination ; (c) l'acte allégué a été commis dans le bâtiment de la Knesset et a déjà été traité au sein de la Knesset ; (d) la poursuite causerait un préjudice au fonctionnement de la Knesset ou de l'un de ses comités, ou à la représentation de l'électorat à la Knesset (par exemple, si l'acte d'accusation traite d'un député de la minorité parlementaire) – compte tenu de la gravité de l'infraction, de sa nature ou des circonstances.

Ce sont là maintenant les considérations « légitimes » pour la commission de la Knesset. L'interprétation de ces nouveaux motifs par la HCJ reste à voir, car cet amendement n'a pas encore été soumis à la HCJ.

Netanyahou avait déposé une demande d'immunité le 1er janvier 2020. Dans cette demande, il écrivait que l'acte d'accusation n'avait pas été déposé de bonne foi et serait discriminatoire, de même que le déroulement de la procédure pénale porterait un préjudice réel au fonctionnement de la Knesset et à l'électorat. Il note aussi que certains de ses actes étaient de fait accomplis dans le cadre de ses fonctions.

Cependant, en raison de la structure politique de la Knesset avant les élections générales du mois de mars 2020, Netanyahou n'avait apparemment pas de majorité au sein du comité de la Knesset qui devait examiner sa demande d'immunité. Il l'a donc retiré le 28 janvier, et le jour même le procureur général a déposé l'acte d'accusation auprès du tribunal de district de Jérusalem. Le procès s'est ouvert le 24 mai 2020 et devrait se poursuivre sur une longue période. La possibilité de l'immunité procédurale n'existe donc plus.

Pendant le procès, Netanyahou pourrait toujours arguer – devant les juges du tribunal pénal – que ses actes ont été commis dans l'exercice de ses fonctions. Il est probable que cet argument sera rejeté, à la lumière des précédents juridiques qui ont interprété très strictement l'irresponsabilité liée à l'exercice de ses fonctions. Dans tous les cas, cette question peut être soulevée dans une phase préliminaire du procès, avant que le défendeur ne réponde aux charges de l'acte d'accusation.

III. La formation du Gouvernement

En Israël la procédure de formation du Gouvernement est encadrée par la loi fondamentale sur le Gouvernement, selon laquelle le processus de formation d'un gouvernement peut se dérouler en trois phases[6] :

(1) Le Président de l'État confie la formation du Gouvernement à un candidat (généralement le chef du plus grand parti) et ce candidat dispose de 28 jours pour ce faire – il peut aussi bénéficier d'une prolongation de deux semaines.

(2) Si le délai est écoulé sans que le parlementaire ne réussisse à former un Gouvernement, le Président peut alors attribuer le même mandat à un autre membre de la Knesset prêt à l'accepter. Le Président peut aussi informer la Knesset qu'il lui apparaît impossible de former un gouvernement.

(3) Si le second député ne parvient pas à former un Gouvernement ou si le Président a informé la Knesset qu'il ne voit pas de possibilité de former un gouvernement, 61 membres (sur les 120) de la Knesset peuvent, pendant une période de 21 jours, demander par écrit au Président de l'État, de confier le rôle de formation à un membre de la Knesset présenté dans la pétition.

Israël a connu trois élections en moins d'un an. La Knesset, élue le 9 avril 2019, a décidé – moins de deux mois plus tard – de se dissoudre après l'échec des tentatives du Premier ministre Benjamin Netanyahou pour former un gouvernement.

Même après les élections du 17 septembre 2019, ni Benjamin Netanyahou ni Benjamin Gantz (chef du parti *Kahol-Lavan*) n'ont pu former un gouvernement, et des nouvelles élections, pour la troisième fois, se sont tenues le 2 mars 2020.

Dès le début de la campagne électorale, une pétition a été déposée devant la HCJ pour savoir si un parlementaire, chef d'un parti politique, poursuivi et accusé, pouvait former un gouvernement. La Haute Cour, dirigée par la Présidente Esther Hayut, a estimé que la requête était prématurée, car on ne connaissait pas les résultats des élections, mais a jugé que la question était « justiciable ».

Lors des dernières élections en mars 2020, le mandat pour former le Gouvernement a été proposé à Benjamin Gantz, qui a échoué ; le Président de l'État a alors transmis le mandat à la Knesset. Au cours de cette période de 21 jours où 61 membres de la Knesset pouvaient signer en faveur d'un candidat, Netanyahou a été proposé et a réussi à former un Gouvernement d'unité composé par 72 membres de la Knesset. C'est alors que plusieurs requêtes ont été présentées à la Haute Cour de justice – la question n'étant plus alors prématurée : c'est à la Haute Cour de déterminer si une personne accusée de délits pénaux et inculpée pouvait former un gouvernement.

Pour bien comprendre la décision de la HCJ, jetons un bref coup d'œil à l'histoire des précédents existants dans le droit constitutionnel israélien.

IV. Le contexte historique : un aperçu de l'activisme judiciaire

Un débat féroce sur la question de l'activisme judiciaire était et est toujours mené en Israël et dans sa littérature constitutionnelle. Sans doute est-ce dû à ce que la Cour suprême israélienne est – ou bien était – internationalement connue pour

[6] Articles 7, 8 ,9 et 10 de la loi fondamentale sur le gouvernement.

son activisme. Ayant fonctionné sans cadre constitutionnel depuis la création de l'État d'Israël, elle a développé de nombreux outils d'intervention dans les décisions gouvernementales au fil des ans, élargissant les règles de justiciabilité, au point que la Cour s'est transformée, à bien des égards, en une instance de contrôle et de critique vis-à-vis de l'autorité gouvernementale.

Dans les premières années, toujours sous l'influence de la tradition britannique, la jurisprudence israélienne était typiquement formaliste. Le mot écrit avait une importance capitale et les solutions aux problèmes juridiques se trouvaient principalement dans les textes de lois. Mais l'approche traditionnelle et formaliste a commencé à changer au milieu des années 1980, alors que ces arguments perdaient du pouvoir et que les arguments et considérations fondés sur des valeurs gagnaient du terrain progressivement mais régulièrement, à la suite des profonds changements culturels et politiques intervenus en Israël à partir de la fin des années 1970[7]. Aharon Barak, juge de la Cour suprême de 1979 à 2006 – et aussi président de la Cour –, a largement contribué à cette transition. Le Parti travailliste a perdu sa position à la tête du Gouvernement, les partis dans leur ensemble se sont affaiblis et les groupes extrémistes et fondamentalistes ont gagné en force, tandis que la minorité arabe a commencé à se rebeller. Cet état de fait a suscité de longs débats sur la nature culturelle d'Israël, et la Cour a souvent été appelée à intervenir et à préserver sa nature démocratique.

Après les changements constitutionnels de 1992, l'activisme judiciaire a culminé dans l'affaire *Bank Hamizrahi*[8], dans laquelle la Cour a déclaré qu'elle avait le pouvoir de contrôler juridiquement les lois. Déclarer que les lois fondamentales ont un statut constitutionnel, et donc que la Cour peut annuler la législation de la Knesset qui est en conflit avec ces lois fondamentales, était peut-être le sommet de la période activiste de la Cour suprême.

De même, un nouveau style de raisonnement a évolué, abordant le sens normatif des lois. L'application formaliste antérieure de la loi aux faits de chaque cas a été remplacée par des tentatives de trouver un équilibre entre des valeurs contradictoires. La « raisonnabilité » et la « proportionnalité » deviennent l'instrument principal pour superviser les décisions gouvernementales et administratives. Le but de la norme, et non son langage, est devenu primordial. Des notions telles que « l'objet de la loi », « l'esprit de la loi » et « l'intention du législateur » ont remplacé la lettre législative sèche.

Le rôle de la Cour dans l'élaboration des normes a été fortement critiqué. Les critiques ont rejeté sa volonté d'examiner chaque question sur la base des normes du « caractère raisonnable » et de la « proportionnalité » en disant que quand la Cour impose ses valeurs au système politique, cela intensifie l'antagonisme du public contre le pouvoir judiciaire et porte atteinte à la confiance du public dans le système judiciaire[9].

---

[7] M. Mautner, *Law and the Culture of Israel*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

[8] HCJ 6821/93 *United Mizrahi Banque c. Migdal* 49(4) PD 221. Différents extraits de cet arrêt ont été traduits en anglais et publiés dans *Israeli Law Review*, nº 31, 1997, p. 754.

[9] Par exemple : Moshe Landau, ancien Président de la Cour Suprême, et les professeurs Yoav Dotan, Ruth Gavison et Gideon Sapir. Richard Posner avait écrit à propos de la Cour suprême dirigée par le président Barak : « Ce que Barak a créé de toutes pièces était un degré de pouvoir judiciaire inimaginable même par nos juges de la Cour suprême les plus agressifs… Un tribunal

La Cour suprême a été particulièrement critiquée par les hommes politiques, même si le fait que le système politique ne prenne pas de décisions finales sur des questions politiques a servi de catalyseur à la multitude de pétitions déposées auprès du HCJ par et au nom des députés, ce qui reflète la faiblesse de la culture politique et au même temps, renforce la position de la Cour. Il semble que dans la réalité israélienne moderne, chaque question ayant une dimension politique – de la décision sur le nombre de terroristes qui devraient être libérés dans le cadre d'un accord d'échange de prisonniers de guerre à une décision sur le prochain lauréat du Prix d'Israël, ou sur le trajet du mur de défense à Jérusalem – est portée devant la HCJ. Ce processus a été qualifié de « judiciarisation du gouvernement ». Ainsi, lorsque la Cour rejette un recours contre la légalité d'une résolution politique, le public croit que la Cour a déclaré que la décision politique était correcte et juste, alors qu'elle a simplement choisi de ne pas intervenir face au pouvoir discrétionnaire d'une autre autorité.

Il existe de nombreux et divers exemples de jugements d'activistes israéliens. Les cas qui visaient à faire appliquer des normes éthiques à l'égard des agents publics, principalement dans les années 1990, étaient particulièrement importants, qui sont le cadre de base pour le raisonnement de la Haute Cour dans l'affaire Netanyahou.

V. Les décisions judiciaires des années 1990

Au cours des années 1990, trois affaires différentes ont établi en Israël le pouvoir de la Cour d'imposer des règles de conduite éthique au pouvoir exécutif. Cette évolution est importante pour comprendre l'affaire Netanyahou.

Le premier cas, connu sous le nom d'« affaire Eisenberg », concernait une décision du Cabinet de désigner le directeur général d'un ministère. La personne sélectionnée avait précédemment été accusée de graves infractions pénales alors qu'elle occupait un poste de premier plan au sein du Service de sécurité israélien (mais elle avait été graciée avant sa condamnation). La Haute Cour a jugé déraisonnable de nommer haut fonctionnaire une telle personne, même si celle-ci y avait officiellement et légalement droit : elle a décidé que « nous devons faire la distinction entre l'autorité légale – c'est-à-dire l'éligibilité – et le caractère raisonnable[10] ». La HCJ a choisi d'intervenir et d'obliger ceux qui ont le pouvoir de nomination à prendre en considération les actions des candidats, compte tenu de la nécessité de garantir la confiance du public dans la fonction publique.

La distinction entre les exigences formelles et juridiques et le caractère raisonnable d'une affectation a ensuite été élargie et appliquée aux membres du Cabinet dans une décision unique (en termes de droit comparé). S'agissant de deux autres affaires (les affaires Der'i et Pinhasi), la HCJ a déterminé que le Premier ministre

---

peut interdire au Gouvernement de nommer un fonctionnaire qui avait commis un délit [...] ou qui est autrement contesté sur le plan éthique et peut ordonner le renvoi d'un ministre parce qu'il fait face à des poursuites pénales ; qu'au nom de la "dignité humaine", un tribunal peut contraindre le Gouvernement à lutter contre les sans-abris et la pauvreté... Dans la conception de Barak de la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire est illimité » (R. Posner, « Enlightened Despot », *New Republic*, 23 avril 2007).

[10] HCJ 6163/92 *Eisenberg v. le ministre de la Construction et du Logement*, PD 47(2) 229 (1993). Verdict rendu par le juge Aharon Barak.

devait exercer sa prérogative de révoquer un membre du Cabinet lorsque des accusations criminelles ont été déposées contre lui. L'intervention de ce tribunal israélien dans la composition du Cabinet est assez intéressante. Dans d'autres pays, la question de savoir si une personne soupçonnée d'activités illégales peut occuper un poste gouvernemental est rarement abordée par les tribunaux : elle est généralement considérée comme une question purement politique. En Israël, c'est le pouvoir judiciaire – et non le pouvoir législatif – qui interdit aux individus accusés de délits de siéger au Cabinet. Dans le premier cas considéré, le procureur général a déposé des accusations de corruption contre le ministre de l'Intérieur d'alors, Arie Der'i (président du mouvement ultra-orthodoxe *Shas*). Selon l'article 22 de la loi fondamentale : le Gouvernement[11], le Premier ministre peut révoquer à volonté les membres du cabinet. Yitzhak Rabin, Premier ministre alors, a choisi de ne pas exercer sa prérogative et n'a pas congédié le ministre Der'i.

Une requête a ensuite été déposée, demandant à la HCJ d'ordonner au Premier ministre de révoquer le ministre en question et la Cour, dans l'une de ses décisions les plus activistes, a accepté cette requête. Le président de la HCJ, Meir Shamgar, a ensuite déclaré que ce privilège se transformait en un devoir,

> lorsque cet événement […] reflète le statut du Gouvernement, son image publique, sa capacité à servir d'exemple […] et, surtout, lorsque cela a des répercussions sur la confiance du public dans notre système de gouvernement, sur les valeurs sur lesquelles notre système de gouvernement et de droit sont construit et sur les devoirs du citoyen ordinaire qui en découlent[12].

Cette approche présuppose que le cabinet doit servir d'exemple en matière de normes relatives aux conduites publiques. L'obligation du Premier ministre est fondée sur l'apparence publique du Gouvernement et sa capacité à donner l'exemple et à donner confiance au public.

Dans l'affaire Pinhasi[13], rendue le même jour que la décision Der'i, la Cour a également jugé que la prérogative du Premier ministre devenait un devoir si un vice-ministre restait en fonction après la décision d'entamer une procédure contre lui. Dans les deux cas, le tribunal a souligné la distinction entre compétence formelle (éligibilité) et caractère raisonnable.

La décision dans les affaires Der'i et Pinhasi est toujours valable : un ministre inculpé ne peut pas rester au Gouvernement, il doit démissionner. Elle s'applique également lors de la formation d'un nouveau Cabinet ou de la nomination d'un nouveau membre. Depuis les années 1990, chaque fois que le procureur général décide de porter plainte contre un membre du Cabinet, celui-ci démissionne. Ainsi, les normes politiques ont créé une situation où l'intervention judiciaire est peut-être le seul moyen public d'obliger un Premier ministre à destituer un ministre.

Au fil des ans, le tribunal a décidé de faire la distinction entre les membres du Cabinet et les membres de la Knesset (MK). Selon l'article 42 (a) de la loi fondamentale sur la Knesset, si un député est condamné pour une infraction pénale impli-

---

[11] Article 22 (b) : « Le Premier ministre peut, après avoir informé le cabinet de son intention de le faire, destituer un membre du cabinet ; le mandat du ministre prend fin 48 heures après réception de la lettre de licenciement, sauf si le Premier ministre change d'avis entre temps ».

[12] HCJ 3094/93 *Le mouvement pour la qualité du gouvernement en Israël c. le Gouvernement d'Israël*, PD 47(5) 422 (1993).

[13] HCJ 93/4267 *Amitai c. le Premier ministre*, PD 47(5) 441 (1993).

quant une turpitude morale, il doit quitter la Chambre. Mais pourquoi cette distinction entre les ministres et les députés ? Est-ce l'élection de ceux-ci qui s'oppose à la nomination de ceux-là ? Ils représentent le public qui a voté pour eux, ce qui pourrait expliquer qu'ils ne doivent pas être suspendus lors du dépôt des accusations, mais seulement après leur condamnation.

Si c'était la vraie raison de la différence entre les députés et les ministres, alors la décision de la HCJ dans le cas de maires en 2013 devrait être une vraie surprise.

VI. Le cas des maires en 2013

Plusieurs mois avant les élections locales de 2013, les maires de deux villes d'Israël ont été accusés de corruption. Selon l'article 22 (a) de la loi sur les gouvernements locaux, un conseil municipal peut décider de révoquer un maire. Mais les conseils municipaux respectifs ont décidé de ne pas destituer les maires accusés, ce qui a conduit à plusieurs recours auprès de la HCJ, demandant au tribunal d'ordonner aux conseils de le faire ou aux maires de démissionner. Les requérants ont aussi demandé que le tribunal leur interdise de se présenter aux élections suivantes. Les recours étaient fondés sur les principes éthiques, et, bien sûr, sur les décisions Pinhasi, Der'i et Eisenberg des années 1990.

La HCJ a rendu sa décision un mois avant le jour des élections[14], ordonnant aux conseils municipaux de destituer les maires juste avant les élections. Une majorité de six juges (contre l'opinion dissidente du président de la HCJ, à l'époque Asher Grunis) a ordonné la destitution immédiate de maires au motif d'accusations contre eux alors qu'ils étaient en fonction. La Haute Cour avait aussi envisagé d'interdire de se présenter aux candidats soupçonnés. Le fondement juridique de la décision de la Haute Cour se trouve à l'article 22 de la loi, qui dispose que si un conseil municipal estime que le maire se comporte de manière inappropriée, il peut lui ordonner de renoncer à ses fonctions. La juge Naor a évoqué et appliqué les décisions dans les affaires Der'i et Pinhasi et a écrit qu'elles étaient applicables non seulement aux membres du Cabinet, mais aussi aux autres élus. Pour elle, le maire a été élu par le public ; le droit d'être élu doit certes être pris en compte, mais cela n'empêche pas le tribunal d'ordonner aux conseils locaux de révoquer leurs dirigeants.

Cependant, selon la juge Naor les candidats seulement inculpés ne peuvent être interdits de se présenter aux élections. Il n'y a pas de règle légale qui permette à la HCJ d'empêcher les candidats à se présenter, ce qui signifie que, s'ils sont inculpés, ils ne peuvent pas rester en fonction, mais ils peuvent se présenter aux élections !

La HCJ présente aussi une situation hypothétique. Si les maires ont dû quitter leurs fonctions après avoir été inculpés, mais qu'ils soient ensuite réélus, les conseils doivent-ils les révoquer, alors que le public a élu un maire accusé ? La HCJ a répondu positivement. Ainsi, que bien que la volonté des électeurs soit importante, elle n'est pas le seul élément à prendre en compte, car cela porterait une grave atteinte aux normes d'intégrité morale, aux principes fondamentaux de la démocratie et à l'état de droit.

---

[14] HCJ 4921/13 *Citoyens pour une bonne administration et justice sociale c. le maire de Ramat Hasharon* (« L'affaire des maires »).

Dans cette affaire, la Haute Cour a appliqué les règles Der'i et Pinhasi, qui traitaient de membres du Cabinet accusés, ainsi que de maires élus. Selon le raisonnement de la Cour, le fait que le public ait exprimé sa confiance en un maire accusé de délit ne lui accordait pas l'immunité contre une autre déposition : « l'électorat ne remplace pas le tribunal[15] ».

Pourtant, la décision a effectivement permis aux maires inculpés de se présenter aux élections locales. Tous les trois ont été réélus, certains remportant des victoires presque écrasantes. Peu de temps après la décision et après les élections locales, la Knesset a modifié la loi sur les gouvernements locaux par une législature accélérée et un comité spécial, dirigé par un juge, a été créé pour examiner les options de suspension des maires inculpés[16].

Ainsi selon ces précédents, un ministre accusé ne peut pas être membre du Gouvernement. Un maire élu ne peut pas rester en fonction après une mise en accusation. Alors, quelle est la situation d'un Premier ministre accusé ? Est-il « premier parmi ses pairs » ou jouit-il d'un autre statut constitutionnel ? Voici une des questions principales présentées à la Cour suprême dans le cas Netanyahou.

VII. La décision de la Haute Cour de Justice dans le cas Netanyahou

Avant la formation du nouveau Gouvernement, le 25 mai 2020, la HCJ a rendu sa décision. Une formation de 11 juges a décidé à l'unanimité de rejeter les requêtes visant à empêcher que le rôle du Premier ministre soit proposé à Netanyahou[17]. Il s'agit là une décision dramatique et importante. La principale raison pour laquelle la requête a été rejetée est l'absence d'une base légale qui empêcherait Netanyahou de former le gouvernement.

La loi fondamentale : la Knesset, qui règle les conditions d'éligibilité des membres de la Knesset, indique qu'aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'une personne accusée de délits devienne membre de la Knesset. Par ailleurs selon la loi fondamentale sur le Gouvernement, la seule condition d'éligibilité d'un candidat au poste de Premier ministre est qu'il soit député.

En plus, la loi fondamentale sur le gouvernement comprend des dispositions spécifiques qui peuvent indiquer qu'un acte d'accusation pénal n'empêche pas un Premier ministre de rester en place. Par exemple, l'article 18 dispose que la Knesset peut mettre fin aux fonctions d'un Premier ministre condamné en première instance, pour une infraction comportant la qualification d'infamie. Dans la mesure où le Premier ministre n'a pas été démis de ses fonctions, son mandat prendra fin lorsque la décision finale (après un appel) sera rendue.

Le résultat de la décision de la HCJ est contraire à la logique des affaires Der'i–Pinhasi et l'affaire des maires. La plupart des juges estimaient que, bien que la ju-

---

[15] *Ibid.*

[16] Le comité a le pouvoir d'ordonner une suspension, à la suite d'une demande du procureur général, conformément aux motifs détaillés dans la loi. Le maire peut alors être suspendu pour un an au maximum, la période de suspension pouvant être prolongée périodiquement. Le conseil local devrait alors choisir un remplaçant pour le maire suspendu.

[17] HCJ 2592/20 *Mouvement pour la qualité du gouvernement en Israël c. Procureur général*, rendu le 27 mai 2020 (Affaire Netanyahou).

risprudence Der'i–Pinhasi soit applicable à la fois à un candidat au poste de Premier ministre et à un Premier ministre, Netanyahou ne pouvait pas être empêché de former un gouvernement ou de le diriger. La question est de savoir pourquoi les juges n'ont trouvé aucun moyen d'appliquer le précèdent Der'i–Pinhasi. Ils ont estimé que leur intervention dans le domaine discrétionnaire politique des membres de la Knesset (pour proposer le rôle de former un gouvernement) est extrêmement étroit, même s'il existe. En conséquence, ils ont rejeté la requête.

Quant à la décision des maires, la HCJ a fait une distinction entre le pouvoir discrétionnaire de la Knesset et le pouvoir discrétionnaire d'un conseil municipal, et dit que le rôle du conseil municipal est celui d'une branche exécutive, comme d'un « gouvernement ». Par conséquent, il y a une différence entre les décisions de la Knesset et les décisions du conseil municipal. En plus, il existe un article spécifique de la loi qui autorise le conseil local à révoquer le maire, et, en même temps, aucun article de loi ne traite de la question de savoir si un député accusé de corruption peut former un gouvernement.

Les juges ont largement abordé la situation très problématique dans laquelle un accusé pénal forme le gouvernement. Le juge Yitzhak Amit imagine l'histoire d'un Ruben fictif, élu Premier ministre alors qu'il aurait été disqualifié de la fonction de lecteur de compteur d'eau, de directeur du service des eaux, de chef de l'autorité locale et enfin de ministre de l'Intérieur parce qu'il a été inculpé de corruption. Le rejet des pétitions, a ajouté le juge Amit, « conduit à un résultat anormal par lequel quelqu'un qui ne peut pas servir dans une certaine position dans la pyramide peut servir au sommet de celle-ci ».

« Une réalité selon laquelle un accusé d'infractions pénales forme un gouvernement et le dirige reflète une crise sociale et un échec moral de la société et du système politique en Israël », a écrit le Juge Menahem Mazouz. Selon le juge Ouzi Fogelman, « l'imposition d'un rôle gouvernemental à celui qui est accusé de corruption et de fraude atteint la confiance du public envers ses serviteurs ». Pour la juge Anat Baron « la mise en place d'un gouvernement par une personne faisant face à un acte d'accusation grave ne correspond pas aux principes fondamentaux de la démocratie israélienne ».

Cependant, les juges ont choisi de ne pas intervenir dans la décision de proposer le rôle de former gouvernement à Netanyahou. Ils ont expliqué qu'il s'agit d'une décision politique des membres de la Knesset, dans laquelle l'intervention du tribunal est limitée. Il s'agit d'une décision politique qui reflète, en fin de compte, la volonté de l'électeur.

Selon le juge Amit, l'intervention dans la décision « est comme une collision frontale avec la volonté de l'électeur et un cauchemar constitutionnel » qui risque de créer une tourmente pour le tribunal face à la tempête politique. D'après le juge Handel :

> Les élections ont eu lieu lorsque M. Netanyahou était en tête de liste du Likoud et après que l'acte d'accusation a été déposé contre lui. Les citoyens d'Israël ont voté pour une personne selon leur conscience et leur compréhension. Par conséquent, le résultat selon lequel M. Netanyahou se verrait refuser la possibilité de devenir Premier ministre à ce stade soulève d'énormes difficultés et peut même violer les principes fondamentaux du système démocratique.

Le juge Mintz a souligné que « la détermination qu'il n'y a pas de base légale pour intervenir dans la décision de la Knesset ne signifie pas donner l'autorisation de le faire ». Le juge Vogelman a également cherché à préciser que « lorsque la HCJ

refuse d'intervenir dans la décision de l'autorité, le tribunal n'a pas l'intention de dire que la décision est bonne et appropriée ».

VIII. Les difficultés de la décision – une brève approche critique

Enfin, les juges de la Haute Cour de Justice comprennent que la décision ainsi que l'interprétation de la loi soulèvent des « difficultés ». Quelles sont-elles ? Le tribunal ne les énumère pas, mais les juges le savent bien. Lorsqu'un Premier ministre est accusé de corruption et reste en place, il est difficile d'espérer le respect de la déontologie et des normes appropriées dans l'administration de l'État.

La décision unanime de 11 juges est particulièrement surprenante. Pas une seule opinion dissidente. Pas un seul juge n'a pensé que la situation dans laquelle un Premier ministre accusé forme le gouvernement ne puisse pas exister dans un État démocratique.

Le raisonnement formaliste de la décision présente une base factuelle problématique. La lecture textuelle de la loi fondamentale est très éloignée de la glorieuse jurisprudence des années 1990 en Israël. Bien que la Cour déclare que les arrêts de Der'i et Pinhasi – qui reposent principalement sur les valeurs de l'éthique publique – sont toujours valables, ils ne s'appliquent pas au cas d'un Premier ministre.

La Cour déclare qu'il existe une possibilité très limitée d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire des membres de la Knesset. Mais ce n'est pas le cas pour cette intervention. Il nous semble très difficile de saisir en quoi les circonstances de l'affaire Netanyahou – la gravité des infractions imputées, leur lien avec la fonction de Premier ministre, leur durée et leur caractère systématique – n'ont pas constitué une exception dans laquelle le tribunal pouvait intervenir.

Certains juges décrivent de façon plus approfondie la signification et la gravité des infractions dont Netanyahou est accusé. Mais le tribunal a attaché un poids décisif et écrasant à la volonté de l'électeur. C'était comme si nous parlions d'une élection personnelle pour le Premier ministre, ce qui n'est pas le cas en Israël.

Au-delà de cela, un Premier ministre accusé pose un grave problème de conflit d'intérêts, que la Cour suprême aurait pu traiter et même résoudre. Il a été décidé dans le passé que des situations graves de conflit d'intérêts peuvent conduire à la « prévention » du maintien en fonction[18]. Cependant, la crainte d'une utilisation abusive de l'énorme pouvoir gouvernemental qui lui a été confié n'est guère abordée.

La grande majorité des juges ont écrit à propos de la distinction entre les normes juridiques et les normes morales-publiques. Ils ont même souligné qu'ils n'accordent pas le statut « *casher* » à un Premier ministre accusé et que la décision ne

[18] Par exemple, la question posée à la HCJ 1993/03 *Le Mouvement pour la qualité du gouvernement c. le Premier ministre*, était si un MK, soumis plusieurs fois à enquêtes dans des affaires pénales, pourrait être nommé ministre de la sécurité intérieure. La décision a été positive, à la majorité de cinq juges contre deux, et a permis la nomination. Les juges minoritaires ont statué que dans les circonstances, la nomination au poste de ministre de la sécurité intérieure, même s'il n'a pas été poursuivi, est une décision déraisonnable. La règle qui interdit un conflit d'intérêts n'entraîne pas nécessairement la disqualification, mais, dans les cas extrêmes, si la crainte d'un conflit d'intérêts ne peut être neutralisée, la disqualification est prononcée en dernier recours.

traite que de l'intervention de la Haute Cour. Mais le résultat de la décision – spécialement pour le public en Israël – est que la non-intervention est essentiellement l'approbation de la candidature de Netanyahou.

En cas d'échec du système constitutionnel, la Cour n'a pas un rôle correctif – c'est peut-être le sens principal de l'arrêt. Une telle approche est contraire à l'ancienne jurisprudence. La HCJ ne traite pas du tout du devoir de l'exemple personnel et de ses conséquences. Il semble que la règle de Der'i–Pinhasi, bien que confirmée, n'est pas appelée à application à l'avenir si elle ne concerne que les niveaux inférieurs de la pyramide, sans compter son sommet. Il se peut que la cour elle-même soit affectée, ces dernières années, par le déclin des normes éthiques – publiques et de culture politique problématique.

Les juges ont souvent utilisé de grands mots pour décrire la décision selon laquelle les membres de la Knesset soutiennent un candidat pour former le gouvernement – « une décision gouvernementale unique qui est au cœur du champ politique », « une décision constitutionnelle claire [...] de nature infrastructurelle, constitue la plate-forme elle-même, c'est-à-dire la forme le gouvernement ». Voici peut-être une bonne raison pour s'abstenir d'intervenir. Mais on ne sait pas pourquoi la Haute Cour ne s'est pas concentrée sur la personne de Netanyahou, et sur son consentement pour accepter la candidature. Le tribunal aurait pu l'obliger personnellement à ne pas se présenter aux élections, ce qui aurait résolu la question de l'intervention à la discrétion des membres de la Knesset. Le raisonnement de l'arrêt sur ce point n'est pas convaincant.

Le juge Amit craint un cauchemar constitutionnel qui aurait pu frapper la Cour face à la tempête politique – s'il avait décidé d'intervenir. Ce peut être une explication – non juridique – de la décision de la Cour : la légitimité (pas seulement la légalité) du jugement.

IX. Le jour d'après : un nouveau gouvernement et des nouvelles questions constitutionnelles

Après le rejet par la Cour Suprême du recours contre la formation du gouvernement par Netanyahou – un nouveau gouvernement de « parité » et de « rotation[19] » – a été formé avec Netanyahou comme Premier ministre. Celui-ci pose de nouvelles questions constitutionnelles inédites en Israël.

---

[19] Mise en place d'un gouvernement d'union, « à deux têtes », dans lequel un Premier ministre suppléant et un vice-Premier ministre servent. C'est une nouvelle institution constitutionnelle introduite après l'amendement de la loi fondamentale sur le gouvernement. L'amendement crée un lien juridique entre chaque chef du bloc et les ministres et vice-ministres qui appartiennent à ce bloc. Les ministres et vice-ministres doivent s'identifier comme affiliés à l'un des chefs du bloc dès le vote de confiance au gouvernement.

Selon ce nouveau modèle, la Knesset vote sa confiance en un gouvernement à deux têtes et un mécanisme d'échange réglementé est établi entre le Premier ministre et le Premier ministre suppléant. Ce mécanisme n'implique pas de nouveau vote de confiance de la Knesset, L'amendement établit un certain nombre de mécanismes pour assurer la survie du gouvernement. Ainsi, par exemple, il a été décidé qu'en cas de vote de défiance, le Premier ministre et le Premier ministre suppléant ne seraient pas autorisés à se présenter à la place de l'autre Premier ministre. Bien que l'amendement comprenne divers mécanismes de remplacement entre le Premier ministre sortant et le Premier ministre suppléant en cas de démission du Gouvernement ou de

La première d'entre elles est la question du conflit d'intérêts dans lequel se trouve un Premier ministre : il dirige le pays en tant que chef de l'exécutif tout en étant accusé d'actes de corruption par ailleurs. Spécialement face aux attaques sans précédent lancées par le Premier ministre et son parti politique contre le système judiciaire, contre le procureur général et contre l'avocat qui dirige le cas pénal de Netanyahou.

La deuxième question concerne la possibilité que Netanyahou soit déclaré « empêché » (incapacité) de poursuivre sa fonction – dès le début de son procès criminel, en janvier 2021.

Bien qu'il s'agisse apparemment de deux questions différentes, dans le cas du procès Netanyahou, il existe un lien entre elles.

A. « Le mandat de Netanyahou en tant que Premier ministre est soumis à un règlement de conflit d'intérêts »

La règle interdisant un conflit d'intérêts comprend le principe selon lequel un agent public doit s'abstenir d'être dans un état « préjugé » ou d'impartialité par un conflit entre la nécessité de remplir son rôle public et un intérêt privé susceptible de nuire à sa capacité d'exercer cette fonction.

Deux justifications sous-tendent cette règle : premièrement, permettre à l'autorité de nomination de se pencher sur les questions qui empêchent un candidat au poste de s'engager dans un conflit d'intérêts ; la deuxième est d'éviter une situation dans laquelle une personne est nommée à un poste alors qu'elle est en conflit d'intérêts sans que l'affaire soit réglée, et par conséquent, on craint qu'elle n'agisse non pas conformément à l'intérêt public, mais dans son intérêt personnel.

Dans la décision de la HCJ dans l'affaire Netanyahou, la question du conflit d'intérêts n'a pas du tout été discutée. Le tribunal s'est contenté du fait que le procureur général avait promis de régler, par écrit, la question des conflits d'intérêts de Netanyahou :

> Nous n'avons pas trouvé qu'il y avait une raison légale d'empêcher le MK Netanyahou de former un gouvernement [...]. Nous avons enregistré devant nous l'annonce du procureur général selon laquelle le mandat de MK Netanyahou en tant que Premier ministre sera soumis à un accord de conflit d'intérêts qui sera conclu avec lui, qui stipulera des restrictions concernant l'exercice de ses fonctions dans les questions relatives aux organes judiciaires, les forces de l'ordre et les autorités policières[20].

De nombreux mois ont passé, Netanyahou n'a ni signé ni publié un tel accord. Le procureur général a transmis à Netanyahou un accord pour la prévention des conflits d'intérêts, dans lequel il lui interdit de traiter des questions concernant l'exécution des lois ainsi que la nomination des juges.

Netanyahou a répondu que c'est le procureur général qui aurait outrepassé ses pouvoirs et se serait placé en situation de conflit d'intérêts en décidant de déposer un acte d'accusation contre lui.

---

dissolution de la Knesset, aucun arrangement similaire n'a été conclu concernant la situation de dissolution de la Knesset en raison de la non-réception du budget. Dans un tel cas, par conséquent, seul le Gouvernement en place restera en fonction.

[20] HCJ 2592/20 (Affaire Netanyahou), *op. cit.*

L'accord sur les conflits d'intérêts finira par se faire, et, conformément aux lignes directrices du procureur général, il sera publié.

B. L'empêchement (intérim ou incapacité)

Du point de vue de la Cour suprême, toute personne accusée d'un délit peut former un gouvernement et le diriger. Alors, la question suivante est évidente : un Premier ministre accusé d'un délit, appelé à se présenter devant le tribunal pénal trois fois par semaine, peut-il continuer à servir ou doit-il être déclaré « empêché » de poursuivre sa fonction ?

Cette question, comme les précédentes, ne s'est jamais posée dans le droit constitutionnel israélien. La loi fondamentale du gouvernement dispose que si « le Premier ministre est empêché de remplir ses fonctions, la personne assurant l'intérim remplira le rôle de Premier ministre[21] ».

La loi fondamentale distingue entre un empêchement « temporaire » – 100 jours seulement – auquel cas le Premier ministre par intérim est son remplaçant, et, une situation d'empêchement « permanent » – à la fin des 100 jours. Dans ce cas, le 101e jour, le Gouvernement est considéré comme démissionnaire et doit alors nommer un autre ministre, qui sera le « Premier ministre actuel » – jusqu'à la formation d'un nouveau gouvernement.

En 2006, le Premier ministre Ariel Sharon a été victime d'un accident vasculaire cérébral, il était alors clair pour tous que le Premier ministre était, au moins temporairement, incapable de remplir son rôle. En fonction de considérations médicales évidentes, le procureur général a annoncé l'empêchement du Premier ministre. Cependant, le cas d'Ariel Sharon n'est pas comparable à celui de Netanyahou.

En 2008, la Cour suprême, suivant un recours du journaliste Yoav Yitzhak contre le Premier ministre Ehud Olmert, a décidé que le procureur général était autorisé, en principe, à déclarer le Premier ministre empêché de poursuivre ses fonctions : pour cela, il faut que le maintien du Premier ministre en fonction compromette la possibilité d'une enquête pénale contre lui. En l'occurrence, pour Olmert, la Cour a jugé que ce n'était pas le cas[22]. La HCJ écrit que :

> Nous sommes prêts à supposer que le procureur général a raison d'affirmer que la loi ne se limite pas à l'empêchement temporaire pour des raisons de santé, mais peut s'appliquer dans diverses circonstances, y compris l'existence d'enquêtes criminelles contre le Premier ministre. Nous supposons aussi, sans rien décider, que dans les circonstances appropriées, le procureur général est autorisé à déclarer un empêchement temporaire du Premier ministre[23].

Dans l'arrêt principal concernant la formation du gouvernement de Netanyahou, la question de l'empêchement n'a pas été abordée. La position du procureur général était à l'époque qu'un acte d'accusation contre un membre de la Knesset n'établit pas de fondement juridique pour l'empêcher de former le gouvernement

[21] Le ministre qui est le remplaçant du Premier ministre.

[22] HCJ 6231/08 *Yoav Ithzhak c. le Premier ministre.*

[23] *Ibid.* Mais contrairement à la situation juridique d'Olmert, il y a dix ans, Netanyahou n'est plus un simple suspect, mais un accusé, et pour des délits commis alors qu'il était Premier ministre.

et, par conséquent, n'établit même pas d'obstacle juridique à la formation d'un gouvernement dirigé par lui.

Cela veut dire que, selon le procureur général, le devoir de se rendre au tribunal pénal ne cause pas un « empêchement technique » du Premier ministre. Mais en juillet 2020, le mouvement pour la qualité du gouvernement a demandé au procureur général de déclarer l'empêchement du Premier ministre. Le procureur général a répondu

> que l'on ne peut pas exclure catégoriquement la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, il puisse être déterminé qu'il existe un obstacle fonctionnel résultant du fait qu'un Premier ministre a été accusé. Le moment précis pour examiner cette question factuelle n'est pas encore intervenu.

Selon l'argument discuté récemment dans l'arène publique, Netanyahou abuse de son statut pour son propre bénéfice, ce qui pourrait constituer un « empêchement substantiel ». Une telle distinction, entre un empêchement « technique » et un empêchement « substantiel » n'a pas été examinée jusqu'à présent dans la jurisprudence israélienne. Le fait que le Premier ministre, même directement et aussi par des membres de son parti politique, mène une campagne contre les autorités chargées de l'exécution des lois, contre le procureur général et contre les témoins qui déposent contre lui est largement problématique. Le conflit d'intérêts entre Netanyahou l'accusé et Netanyahou le chef de l'exécutif, qui est responsable des forces de l'ordre, est patent. Mais la question est toujours de savoir s'il s'agit d'un problème « juridique » – qui nécessite d'une annonce d'empêchement temporaire- ou qu'il s'agit d'un problème « politique », à traiter et à décider par les acteurs politiques.

Épilogue
Un scénario imaginaire : Un député accusé de corruption peut-il se porter candidat pour la Présidence de l'État ?

Cet article s'ouvre avec une question qui semble sortie d'un questionnaire d'examen de droit public. Nous le terminerons par une autre question, liée à l'analyse faite dans l'article et qui, elle aussi, conviendrait pour un tel examen. Une personne accusée d'un délit accusé peut-elle être élue Président d'Israël[24] ?

La question de savoir qui peut être candidat à la Présidence est essentiellement similaire à la question qui s'est posée dans l'affaire Netanyahou. Même si l'idée est impensable, il convient de bien examiner les qualifications formelles du président.

---

[24] Le Président siège à la tête de l'État d'Israël et ne jouit que d'un rôle de représentation protocolaire. La formulation de la loi fondamentale qui institue le Président comme Chef de l'État indique qu'il n'est comparable à aucune des instances du pouvoir, mais vient plutôt désigner une personne dont la place est au-dessus de toute autre instance. Le Président israélien n'est pas élu au suffrage universel, mais désigné par la Knesset, pour un mandat de sept ans. Les membres de la Knesset votent à bulletins secrets lors d'une séance plénière consacrée uniquement à l'élection du Président. Ceci est intéressant car voter à bulletins secrets porte atteinte au principe de transparence. En règle générale, les votes à la Knesset se font à main levée. Pourquoi le législateur déroge-t-il ici à la règle ? Le vote à bulletins secrets est destiné à assurer l'idée de « dépolitisation » et vient signifier le choix du peuple représenté par le Parlement et non un choix motivé par les intérêts de fractions politiques.

Selon la loi fondamentale sur le Président, tout ce qu'il faut pour être candidat, c'est être « citoyen et résident[25] ».

L'absence de référence aux conditions d'éligibilité exigées d'un Président permet de conclure que le législateur n'a pas jugé nécessaire de préciser quelles sont les conditions d'éligibilité. La fonction même et ses pouvoirs sont ceux qui nous montrent les qualités requises d'un Président. En effet, la loi fondamentale laisse supposer que le Président est une personnalité de grande envergure, une personne représentative de l'État, apolitique et de surcroît dotée d'une morale infaillible. Par conséquent et à partir de ce constat, il devient clair et évident qu'il n'est pas utile de définir les compétences et les aptitudes spécifiques à la fonction de Président.

Mais imaginons un événement hypothétique[26] : le Premier ministre Netanyahou cherche à se présenter à la Présidence de l'État, tout en étant accusé de délits dont le procès est en cours. Les membres de la Knesset votent à bulletins secrets pour décider qui sera le Président. Supposons que la majorité des membres de la Knesset accepte d'élire Netanyahou à la Présidence, en échange de la renonciation au trône du Premier ministre.

Dans ce cas-là, il y a une grande différence entre un Président et un Premier ministre : contrairement à un Premier ministre, qui peut être jugé pendant son mandat, le Président bénéficie de l'immunité procédurale (inviolabilité) et ne peut pas, durant son mandat, être poursuivi en justice pour délit pénal, par exemple, délit de corruption. Cette clause s'applique qu'il s'agisse d'un délit commis durant son mandat et en dehors de tout lien avec l'exercice de sa fonction ou qu'il s'agisse d'un délit avant son entrée en fonction. En Israël, on ne peut pas engager une action ou une poursuite contre le Président pendant la durée de son mandat[27].

Cela signifie pour Netanyahou – dans cet exemple hypothétique – que c'est la cessation des poursuites pénales contre lui, pour une période de sept ans. Et ici, bien sûr, se pose la question de savoir s'il sera légalement possible d'empêcher sa candidature.

La HCJ a déjà répondu, dans l'affaire Netanyahou, à la question de la formation du gouvernement par une personne accusée de graves délits :

> Le cadre juridique révèle qu'il n'y a pas d'article de loi qui oblige la Knesset de ne pas recommander le député Netanyahou pour la fonction de Premier ministre. La loi dispose seulement qu'un Premier ministre sera élu parmi les membres de

[25] C'est ce que la loi fondamentale du président établit. Il existe également une condition procédurale selon laquelle au moins dix députés doivent recommander un candidat à la présidentielle.

[26] C'est un scenario hypothétique car Netanyahou ne s'est pas présenté pour les élections à la Présidence, qui ont eu lieu en juin 2021 et durant lesquelles Itzhak Herzog a été élu le nouveau Président d'Israël.

[27] Article 14 de la loi fondamentale relative au Président de l'État : « Le Président ne sera pas poursuivi au pénal. La période pendant laquelle, en vertu du présent article, le Président ne peut pas être poursuivi pour un délit, ne sera pas prise en compte dans le calcul du délai de prescription de ce même délit ». Il est à noter que l'article 67 de la Constitution Française prévoit la même idée : « Il [le Président] ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que de faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite ».

> la Knesset […]. Il n'y a aucune référence aux considérations sur la base desquelles il sera décidé qui sera le Premier ministre […][28].

Dans un tel cas, on pourrait imaginer un recours à la HCJ, similaire à celui de l'affaire Netanyahou, demandant une intervention de la Haute Cour. Sera-t-il possible d'intervenir relativement au pouvoir discrétionnaire des membres de la Knesset dans cette affaire imaginaire, afin de les empêcher de voter pour lui ? Ou s'ils avaient déjà fait le choix – pour annuler le vote ? Si nous regardons bien les déclarations des juges concernant l'intervention relative au jugement discrétionnaire des membres de la Knesset, on lit :

> Il n'y a aucune cause dans la loi qui nous permet d'intervenir dans la décision de la majorité des membres de la Knesset d'imposer le rôle de former gouvernement à un membre de la Knesset accusé de délits, malgré les conséquences[29].

Et s'il n'y a pas une telle cause lorsqu'il s'agit de former un gouvernement, y aurait-il une telle cause lorsqu'il s'agit de l'élection – secrète– d'un candidat à la présidentielle[30] ?

Cet exemple hypothétique semble éclairer un autre aspect de la nature problématique du jugement. Sera-t-il possible d'utiliser également le raisonnement de la décision pour d'autres cas ? Le refus d'intervenir quant au pouvoir discrétionnaire des membres de la Knesset s'applique-t-il uniquement au cas d'une composition gouvernementale ou à d'autres cas dans lesquels leur décision personnelle est requise (élection d'un président, élection d'un contrôleur d'État, etc.) ? Il reste à voir comment cette décision sera interprétée à l'avenir.

C'est vrai que les questions que nous avons analysées dans cet article sont presque uniques. Lorsque la culture du gouvernement est faible et que les normes déontologiques sont faibles, il est peut-être naturel de se tourner vers le système judiciaire pour qu'il corrige les échecs découverts. Ainsi, ces questions sont devenues des questions « juridiques » et « constitutionnelles » au lieu d'être résolues dans le système public et politique.

Nous terminerons par les paroles du juge Cheshin, ancien Vice-Président de la Cour Suprême en Israël :

> Bénie soit la société dont la culture du « *it isn't done* » est assimilée aux pratiques de son régime[31].

Suzie Navot

Professeure à l'École Stricks de Droit, Rishon Lezion (Israël).

[28] HCJ 2592/20 (Affaire Netanyahou), *op. cit.*

[29] *Ibid.*

[30] À moins que le tribunal ne soit disposé à ordonner à la personne accusée des délits de ne pas se présenter aux élections pour la Présidence.

[31] HCJ 1993/03, *op. cit.*

Recensions

Manon Altwegg-Boussac

Un appel à la science face aux transformations politiques et sociales de son temps

G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles* (2018)*

L'ouvrage *Révision et mutation constitutionnelles* est une référence incontournable pour toute réflexion portant sur les changements constitutionnels. Si d'autres auteurs s'étaient déjà intéressés à cette question, Jellinek est le premier à avoir proposé une approche générale et détaillée des mutations constitutionnelles. Dès le premier chapitre de l'ouvrage, il évoque les désillusions du rationalisme moderne – « Nous savons aujourd'hui que la force des lois est bien moindre que ce que l'on croyait il y a encore un siècle, qu'elles ne signifient toujours qu'un devoir-être dont le passage à l'être ne se réalise jamais pleinement[1] » – et clôt ce chapitre par les définitions, devenues célèbres, de la révision et de la mutation constitutionnelles :

> Par révision constitutionnelle, j'entends une modification des textes constitutionnels consécutive à des actes de volonté intentionnels ; par mutation constitutionnelle, j'entends une modification qui laisse ces textes formellement inchangés et qui résulte de certains faits, sans que ceux-ci s'accompagnent nécessairement de l'intention d'opérer une telle modification ou de la conscience de le faire[2].

Tout l'intérêt de cet ouvrage est d'étudier les types de transformations politiques et sociales affectant les constitutions de son époque en s'inscrivant dans le sillage des sciences juridique, sociale et politique.

La question des mutations constitutionnelles est un des lieux de tension, un cas limite, de toute construction théorique un tant soit peu élaborée, qui cultive l'ambition scientifique d'une « mise en forme », à vocation générale, des phénomènes constitutionnels. Tout présupposé d'une constitution normative est confronté au

---

* G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, préf. O. Jouanjan, trad. M.-A. Roy, Paris, Dalloz, 2018, 98 p. (éd. originale : G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Goldbach, Keip Verlag, 1996).

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

[2] *Ibid.*, p. 36. Cette définition est reprise notamment par : O. Jouanjan, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », in A. Viala (dir.), *La constitution et le temps. Actes du V^e séminaire franco-japonais de droit public*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 185-2030 ; O. Beaud, « Les mutations de la V^e République ou comment se modifie une constitution écrite », *Pouvoirs,* n° 99, 2001, p. 19-31 ; M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Paris, Institut universitaire Varenne, LGDJ, 2013.

constat de l'existence de pratiques politiques qui lui sont potentiellement contraires. Comment ce qui était naguère considéré comme une violation de la constitution, peut devenir du droit valide ? Le juriste est face à deux pièges : soit il devient l'« esclave du fait[3] », soit il produit une image déformée de la constitution[4]. Alors que la théorie kelsénienne, tend, en dépit de sa cohérence interne, à canaliser le problème dans le délicat concept de révolution juridique, la question des mutations constitutionnelles se présente chez Jellinek dans son indomptabilité politico-sociale, comme un problème en soi et pris au sérieux. Ce phénomène de mutation constitutionnelle est au cœur de sa construction théorique et ce n'est pas un hasard s'ils sont déjà présents, sous d'autres expressions, dans sa *Théorie générale de l'État*[5]. La compréhension de l'ouvrage *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, publié en 1906, après que Jellinek a produit l'essentiel de son œuvre, et quatre ans avant sa mort, ne peut donc pas faire l'économie d'une immersion, nécessairement lente, dans sa pensée. Celle-ci est facilitée par les écrits d'Olivier Jouanjan, auteur de la préface de l'ouvrage. Ce sont eux qui ont introduit au public français la pensée de Jellinek dans sa profondeur et sa finesse théorique (il faut dire que Jellinek est la plupart du temps étudié à partir de sa critique par Kelsen), tout en l'insérant dans l'histoire de la pensée juridique allemande et dans le contexte vivant d'une époque traversée par une effervescence des savoirs scientifiques et par la progression de l'antisémitisme[6].

Le « moment Jellinek » est aussi celui du « moment 1900[7] » et du développement des sciences sociales. Sa théorie sociale de l'État est ouverte aux divers

---

[3] D. Levy, « De l'idée d'une coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éd. Cujas, 1975, p. 84.

[4] Sur cette question, voir D. Baranger, « Normativisme et droit politique face à la question des changements constitutionnels informels. À propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, nº 11, 2013 [http://juspoliticum.com/article/Normativisme-et-droit-politique-face-aux-changements-constitutionnels-informels-A-propos-de-l-ouvrage-de-Manon-Altwegg-Boussac-826.html].

[5] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Première partie, Théorie générale de l'État*, et *L'État moderne et son droit. Deuxième partie, Théorie juridique de l'État*, préf. O. Jouanjan, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2005.

[6] Parmi les nombreuses contributions d'Olivier Jouanjan portant sur la pensée de Jellinek, on mentionnera ceux qui intéressent spécialement le problème du changement constitutionnel informel. Ses préfaces : « "Aux frontières du droit public et de la politique" : Relire Jellinek », in G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 7-30 ; O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 5-85. Voir aussi, le chapitre consacré à Jellinek dans son ouvrage *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF, 2005, p. 283 *sqq.* ; son article précité : O. Jouanjan, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », art. cité.

[7] Olivier Jouanjan considère ainsi que « [l]e moment Jellinek est un moment de transition […]. L'œuvre de Jellinek n'est pas seulement un *symptôme* de cette transition, elle en est un *agent* et même, le principal agent » (O. Jouanjan, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », art. cité, p. 203). Voir aussi O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 13-19 ; A. Gaillet, « Contre le formalisme de la "jurisprudence des concepts" : Philipp Heck et la jurisprudence des intérêts

champs du savoir, à contre-courant d'une tendance à la spécialisation des disciplines : l'histoire, la sociologie, la politique, la psychologie, etc. Son intérêt pour les mutations constitutionnelles le conduit précisément à placer l'accent sur les contenus constitutionnel et politique, envisagés dans leur cours historique, plutôt que sur les seules formes[8]. Il rompt ici avec l'école Gerber-Laband, caractérisée par un formalisme idéaliste, et qui rejette, au nom d'une pureté scientifique, toute considération politique ou sociale. Mais la complexité de l'œuvre de Jellinek tient à ce qu'il maintient fermement le principe d'une séparation méthodologique entre les sciences de l'être et du devoir-être. Pour cette raison, la théorie des deux faces de l'État a pu apparaître comme une autre manière d'affirmer l'irréductibilité de la science juridique. Nuançant une telle interprétation, Olivier Jouanjan insiste sur la portée strictement méthodologique, et non pas ontologique, de cette séparation. Les objets juridique et social ne sont pas « des choses en soi », ils sont construits par la science en fonction des buts qu'elle se donne[9]. Cette séparation méthodologique n'empêche pas, comme l'affirme Jellinek, des « mises en relation scientifique » – les mutations constitutionnelles sont précisément une expression de ces perforations des miroirs scientifiques.

Michael Stolleis écrit que l'œuvre de Jellinek, replacée dans son contexte, forme une « synthèse » :

> son succès repose justement sur cette capacité à concilier l'inconciliable. Il semblait qu'on avait réussi là non seulement à contenir les tendances centrifuges tendant à la division entre droit public, théorie de l'État, politique et sociologie, mais aussi à concevoir un projet permettant de combattre le danger que la politisation faisait courir à la discipline juridique[10].

L'œuvre de Jellinek peut donner l'impression d'être tiraillée par plusieurs chemins de pensée. Il est attaché au principe positiviste de séparation méthodologique entre être et devoir être mais reconnaît l'existence de liens nécessaires entre les sciences sociale et juridique. Ces *liens* se situent néanmoins à un niveau d'abstraction supplémentaire. Olivier Jouanjan exprime cette idée forte en rappelant que la question centrale de Jellinek n'est pas de savoir ce qui est mais « comment cela doit-il être pensé » : les mutations constitutionnelles – tout comme ailleurs les droits publics subjectifs – permettent de tisser cette relation nécessaire entre l'État, le droit, et l'intersubjectif[11]. La cohérence d'ensemble de la pensée de Jellinek semble ainsi

---

en Allemagne », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 », op. cit.*, p. 195-221, 198-199.

[8] *Ibid.*, p. 196.

[9] O. Jouanjan, « "Aux frontières du droit public et de la politique" : Relire Jellinek », art. cité, p. 23.

[10] M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemand, 1800–1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 634.

[11] « Les théories exprimant l'État sous la forme de l'unilatéralité ne peuvent rendre compte du fondement psychologique au fondement de la validité du droit ni d'un concept de changement constitutionnel informel. Ainsi, la théorie de l'autolimitation, c'est-à-dire de l'État pensé comme une personne soumise au droit dans un rapport juridique, est le « comme si » de la norme fondamentale de Kelsen. C'est une « condition de pensabilité de l'ordre juridique – elle doit permettre de penser le droit dans une "dialectique de reconnaissance" dans l'intersubjectif » (O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », art. cité, p. 322). Sur cette question voir aussi O. Jouanjan, « Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg

tenir sur un fil, un fil de pensée, celui qui invite à dessiner ces liens de relation et de reconnaissance entre l'État et les individus[12]. Tel est le sort réservé aux mutations constitutionnelles, leur compréhension est déplacée au niveau des représentations que promeut toute construction théorique.

Les théories les plus impressionnantes tranchent parfois avec la mise à l'épreuve concrète de la science tant attendue. L'ouvrage *Révision et mutation constitutionnelles* n'est pas d'un accès facile. Jellinek est assez succinct quant à sa méthode typologique, qui renvoie ici aux types empiriques. Sa démarche théorique est rappelée en une phrase, dès les premiers mots de l'ouvrage : « Ma démarche se situe aux frontières du droit public et de la politique. J'ai depuis toujours défendu la séparation méthodologique de ces deux disciplines en même temps que leur mise en relation scientifique[13] ». On trouve aussi quelques références clairsemées à sa théorie globale : il insiste à plusieurs reprises sur « la froide objectivité de l'homme de science[14] » et fait une allusion aux « garanties sociales » qui accompagnent le « droit nouveau[15] ».

Réfléchir au contenu d'un ouvrage paru en 1906 d'un auteur aussi éminent que Jellinek pose aussi quelques questions. Fréderic Audren a évoqué cette ambivalence du regard rétrospectif, entre admiration nostalgique et affirmation d'un passé révolu[16]. Si une lecture de Jellinek n'aurait que peu de sens en dehors de son contexte théorique et politique, la parution récente de sa traduction en français, dans une collection de droit politique, n'a pas pour unique horizon l'histoire des idées. Elle nous conduit nécessairement à réfléchir, à un siècle d'écart, à nos propres manières de faire du droit constitutionnel.

Cette étude des mutations constitutionnelles frappe le lecteur contemporain en posant les questions aussi difficiles qu'actuelles. En distinguant la révolution, la coutume et les conventions constitutionnelles, l'interprétation, la jurisprudence, la désuétude, le droit supplétif, l'étude des mutations constitutionnelles se situe sur le terrain des faits politiques et sociaux tout en posant le problème lancinant de leur portée juridique. Mais l'ouvrage est aussi traversé par les inquiétudes de son temps. Jellinek regrette le « retard » de la science allemande qui, si on la compare aux systèmes voisins – il cite parmi ses contemporains étrangers, Boutmy, Esmein, Barthelemy, Dicey, Bryce, Wilson etc. –, n'a pas suffisamment pris au sérieux la nécessité d'affûter une connaissance des grandes transformations politiques et sociales – le parlementarisme, la démocratisation et les nouvelles revendications sociales des « masses », le renforcement de l'exécutif – à l'origine de ces mutations

Jellinek et la construction juridique de l'État moderne », *Revue d'Allemagne*, vol. 46, nº 1, 2014, p. 51-62 [https://doi.org/10.4000/allemagne.1255].

[12] Sur cette question voir aussi : C. Colliot-Thélène, « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'année sociologique*, vol. 59, 2009, p. 231-258.

[13] G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 33.

[14] *Ibid.*, p. 71.

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

[16] F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française. Essai d'interprétation », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 »*, *op. cit.*, p. 55-74, p. 57.

constitutionnelles et en mesure de dévoyer les fondements de l'État[17]. Jellinek en appelle ainsi à la science pour juguler le délitement possible de ses objets.

Cet appel à la science est aussi un appel à la mise en relation des savoirs. Trois étapes de pensée, qui ne se présentent pas explicitement dans l'ouvrage, méritent d'être distinguées. La première invite à penser les mutations constitutionnelles comme des processus historiques et sociaux (I) ; la deuxième pose le problème épistémologique de la portée juridique des mutations constitutionnelle (II) ; la troisième, se situe sur le terrain politique, entendu comme une science pratique, pour dégager quelques horizons de stabilité (III).

I. Une typologie empirique fondée sur des processus historiques et sociaux

Après avoir brièvement évoqué la révision constitutionnelle, le cœur de l'ouvrage est essentiellement tourné vers l'étude des mutations constitutionnelles. Il faut reconnaître que la typologie proposée aborde dans un plan quelque peu impressionniste un très grand nombre de notions. Son apport principal tient à la définition même des mutations constitutionnelles qui repose sur un élément intentionnel et de conscience. En effet, à la différence des révisions constitutionnelles définies comme étant « consécutives à des actes de volonté intentionnels », les mutations constitutionnelles sont des « faits » qui « ne s'accompagnent [pas] nécessairement de l'intention d'opérer une telle modification ou de la conscience de le faire ». L'adverbe « nécessairement » dans la définition des mutations constitutionnelles suppose néanmoins que, dans certains cas, les mutations constitutionnelles sont provoquées par des faits intentionnels et/ou conscients. Il pourrait en être ainsi des mutations de la constitution résultant de l'interprétation des organes d'application de la constitution.

L'informalité des mutations constitutionnelles tient moins, dans la définition de Jellinek, à l'absence de modification du texte constitutionnel, qu'à leur caractère essentiellement non intentionnel et/ou non conscient. Jellinek s'étonne ainsi de la « croyance, si forte à l'époque du rationalisme, en la puissance des créations de la pensée humaine consciente ». Cette figure d'un législateur idéalisé, en mesure de « réparer les dommages subis par la société[18] », n'offre qu'une image déformée de la réalité constitutionnelle. Les procédures de révision constitutionnelle n'y peuvent rien, une fois mises à l'épreuve de la pratique : « les expériences de mise en œuvre des moyens destinés à entraver la modification de la constitution n'ont pas répondu aux espoirs placés dans leur efficacité[19] ». Jellinek explique cette insuffisance des formes constitutionnelles en plusieurs points. Il considère d'abord que les révolutions n'ont pas nécessairement d'effet sur le droit coutumier (il prend l'exemple de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 présentée

[17] Il écrit ainsi : « Il est assez caractéristique que je ne sois pas en mesure de compléter ces développements en renvoyant à une quelconque littérature, car le problème qui nous occupe n'a été traité qu'à l'occasion d'études générales relatives aux sources du droit et n'a nulle part été étudié dans l'ensemble de ses détails » (G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 36).

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

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

comme une règle de droit coutumier qui n'a pas été abrogée par les lois de 1875). La règle de droit coutumier peut demeurer en dépit du renversement révolutionnaire « même si cela n'était pas perçu consciemment [20]». Il constate ensuite, la dispersion des énoncés constitutionnels. Cette fragmentation s'explique par la portée des révisions constitutionnelles qui peuvent être totales, modifier ponctuellement certains énoncés, ou procéder par ajout d'un contenu dérogatoire. Il en résulte « une incroyable incohérence ». Jellinek prend l'exemple de la constitution du Reich et de celles des Land qui ne donnent qu'une « une image approximative des fondements de l'empire[21] ». Enfin, Jellinek insiste sur l'indétermination inhérente aux textes constitutionnels. Le droit constitutionnel est « flou et extensible » et évolue au gré de l'interprétation. Ainsi, « les limites de la constitution sont toujours incertaines », et une modification de la constitution peut survenir tout en étant « non voulue ou du moins non expressément voulue[22] ». Jellinek reconnaît certes que l'existence d'un contrôle de constitutionnalité de la loi permettrait d'éviter les violations de la constitution par le législateur, mais la question de l'interprétation ne serait que déplacée au niveau de l'interprétation du juge. Prenant l'exemple de la théorie des *implied powers* aux États-Unis, il considère que « la protection de la constitution par le juge a quelque chose d'aléatoire[23] ». L'existence d'un contrôle de constitutionnalité n'empêchera pas l'adaptation juridictionnelle de l'interprétation à des besoins nouveaux.

Cette indétermination des textes constitutionnels ne repose pas, chez Jellinek, sur une théorie du langage. Ce n'est pas la question de la signification qui retient son attention mais celle du caractère « non voulu », parfois non « conscient », des mutations constitutionnelles. Pour mieux comprendre cette idée, il faut faire un détour par la notion d'institution sociale que Jellinek approfondit dans sa théorie sociale de l'État[24]. L'État et le droit sont considérés comme des institutions sociales parmi d'autres dont il entend expliquer la formation. Il oppose deux approches qu'il rejette ensemble pour leur idéalisme. La première met l'accent sur les seuls actes conscients de volonté et néglige « la compréhension sociale de l'histoire » ; la seconde affirme la détermination naturelle et historique des institutions et tombe dans l'historicisme. La voie qu'il défend est entre les deux : l'institution sociale repose sur des actes de volonté conscients, nécessaire à son existence, mais qui ne prédéterminent pas sa destination :

> Les effets d'une volonté consciente se trouvent à un moment donné dépasser de beaucoup les prévisions. En ce sens seulement, on peut dire avec exactitude que l'État et le Droit reposent sur une création non-consciente de l'homme. On entend par là que l'homme, à l'origine, ne pouvait avoir conscience du développement ultérieur et des finalités subséquentes de l'institution qu'il créait[25].

---

[20] *Ibid.*, p 38.

[21] *Ibid.*, p. 39.

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

[23] *Ibid.*, p. 42-49.

[24] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit, Première partie Théorie générale de l'État, op. cit.*, p. 74-81.

[25] *Ibid.*, p. 76.

Ainsi, « c'est par suite de modifications survenues dans leur destination qu'elles s'éloignent de leur raison d'être originaire et qu'elles revêtent l'aspect de formations indépendantes de la volonté humaine ». C'est ainsi que Jellinek critique la notion britannique de « conventions de la constitution » qui « recèle par trop celle de création contractuelle consciente[26] », et traduit un excès de formalisme.

Les mutations constitutionnelles ne sont donc pas réductibles à des actes de volonté conscients et rationnels : elles résultent de processus historiques et sociaux à la fois « inéluctables »[27] et imprévisibles[28]. Cette historicité de la matière constitutionnelle concorde avec la construction historique de l'État. L'État « se trouve au milieu des fluctuations générales de l'histoire, et, sans cesse, des forces historiques qui dépassent son cadre viennent le travailler et modifier son être[29] ». Ces forces historique et sociale émergent des « processus naturels et organiques[30] » qui, dans l'esprit de Jellinek, n'ont rien de transcendantal : ils relèvent de faits historico-sociaux dont les causes, complexes et multiples (sociale, historique psychologique etc.), forment les divers objets des sciences empiriques. Par conséquent, selon Jellinek :

> il est nécessaire de se représenter toujours la vie sociale comme quelque chose d'infiniment complexe et d'infiniment divers ; toujours, il faut avoir à l'esprit cette maxime d'expérience, trop souvent négligée, que le même effet peut être produit par des causes radicalement différentes[31].

Cette difficulté à déterminer les causes multiples – et variant selon les angles de la science – de ces phénomènes de mutations constitutionnelles s'accompagne d'une autre limite, celle qui tient à l'imprévisibilité de l'histoire :

> dans l'état actuel de nos connaissances – et il en sera probablement de même dans l'avenir – il n'est pas possible de faire reposer une branche quelconque des sciences sociales sur des données d'où nous puissions déduire avec certitude toute l'évolution des faits à expliquer[32].

La typologie des mutations constitutionnelles, considérées dans leur empiricité historico-sociale, se révèle instable. Les bases empiriques des différents types de mutations sont glissantes, portant à la fois sur des causes (une révolution politique, un besoin social nouveau), des effets (la désuétude, le « fait accompli »), des vecteurs de l'interprétation (selon les interprètes concernés). Olivier Jouanjan souligne

---

[26] Il observe dans une note de bas de page : « Notons seulement que l'idée de "règle conventionnelle" recèle par trop celle de création contractuelle consciente, alors que très certainement, un grand nombre de ces règles sont apparues en dehors de toute réflexion, sont nées de la pratique au sein de laquelle elles ont fait leurs preuves en s'exerçant effectivement sur une période assez longue, et c'est bien de là qu'elles tirent leur force normative » (G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 57-58).

[27] *Ibid.*, p. 36.

[28] *Ibid.*, p. 70.

[29] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 52.

[30] « Un pareil caractère naturel et organique se retrouve dans la plus insignifiante des actions humaines. Un acte de vouloir ne produit jamais dans le monde extérieur des modifications qu'on puisse exactement calculer : il nous apparaît ainsi, toujours comme une force de nature double, en partie consciente et en partie irraisonnée » (*ibid.*, p. 80).

[31] *Ibid.*, p. 165.

[32] *Ibid.*, p. 32.

cette difficulté : « On pourrait critiquer l'absence de systématique dans cette typologie, mais il n'est pas sûr qu'une telle systématique soit même seulement possible pour rendre compte d'un ensemble de matériaux empiriques de ce genre[33] ». Cette typologie manque certes quelque peu son but du point de vue de la méthode, mais une trop forte formalisation des données empiriques aurait sans doute été peu compatible avec l'attachement de Jellinek à inscrire les mutations constitutionnelles dans leur dimension historique, imprévisible et informelle. En outre, une telle entreprise, dans un domaine à la frontière du droit, pourrait aussi être teintée d'un dogmatisme, exclu par l'auteur. L'ouvrage de Jellinek évoque certes la question de la portée juridique des mutations constitutionnelles, mais ce passage au droit, semble quelque peu empêché par le principe de séparation méthodologique entre les sciences sociale et juridique, et il faut chercher ailleurs les lieux de ces relations scientifiques.

II. La portée juridique des mutations constitutionnelles entre être et devoir-être

La question de la validité juridique des mutations constitutionnelles oscille entre deux approches. La première, dogmatique, s'attache essentiellement à construire et formaliser, sur-mesure, des concepts permettant d'accueillir la diversité des phénomènes juridiques. La seconde tente de répondre au problème de la validité juridique à partir d'une construction théorique générale. Jellinek se situe définitivement dans cette seconde voie. Il exclut tout dogmatisme à teinte idéologique qui, neutralisant l'illégalité des mutations constitutionnelles, chercherait avant tout « à sauvegarder les apparences de la continuité juridique[34] ». Cette démarche de justification – qui ressemble à certaines « mises en récit » contemporaine de l'histoire constitutionnelle[35] –, est comparée par Jellinek à celle du droit naturel en ce qu'elle révèle une « tentative de rationalisation du fait » : « jusqu'à quel point peut aller une telle rage de la justification[36] ? » C'est du point de vue théorique que Jellinek aborde ce problème. Et il faut chercher quelques clés de lecture dans sa théorie générale de l'État.

Ses développements relatifs à la force normative du factuel (*die normative Kraft des Faktischen*), situés dans le dernier chapitre de la *Théorie sociale de l'État*, fournissent des éléments de compréhension[37]. Selon Jellinek, le droit trouve son fondement de validité dans le for intérieur des individus : « le caractère positif du droit

---

[33] O. Jouanjan, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », art. cité, p. 189.

[34] « Les juristes, persuadés à tort qu'un système juridique doit être un tout fermé ne remarquent pas, en général, que l'histoire du droit est en même temps une histoire des transgressions du droit et des périodes "ajuridiques" que l'on rencontre au sein même de l'ordre juridique et à côté de lui ; aussi n'arrivent-ils à sauvegarder les apparences de la continuité juridique qu'à l'aide de fictions que leur fausseté rend comparables aux spéculations les plus aventureuses du droit naturel » (G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 531-532).

[35] Sur des exemples de « mises en récit » de la continuité juridique, voir M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 496.

[36] *Ibid.*, p. 538-539.

[37] *Ibid.*, p. 502-545.

lui vient donc, en dernière analyse, de la conviction que l'on a de sa force obligatoire ; c'est sur cet élément purement subjectif que repose tout l'ordre juridique[38] ». Son subjectivisme lui permet d'expliquer l'opération psychologique du passage du fait au droit décrite comme une tendance, la tendance des individus à considérer l'ensemble des faits qui les entourent comme une « norme de jugement[39] ». Les faits ont ainsi cette « tendance psychologique à se transformer en droit positif[40] ». Cette tendance n'a rien de « rationnel » ou de parfaitement « conscient » : « Ce serait renverser complètement l'ordre des choses que d'aller chercher les fondements de cette force normative du fait dans des considérations d'ordre rationnel plus ou moins conscientes[41] ». Cette « constitution psychique[42] » explique la concordance globale entre le droit positif et les faits[43].

Ce fondement psychologique de validité doit être relié à la notion de « garantie sociale ». Dans son ouvrage *Révision et mutation constitutionnelles*, Jellinek fait une allusion aux garanties sociales « les plus fortes » qui accompagnent ce droit nouveau, celui de la responsabilité politique des ministres devant l'assemblée. Ces garanties sociales, constituées par les puissances sociales telles que la moralité, les mœurs, la religion, et qu'il distingue des garanties juridiques et politiques, conditionnent l'existence réelle du droit et sa force obligatoire[44]. Il écrit dans la théorie générale de l'État :

> Mais pour que la règle juridique possède ce caractère obligatoire, il faut encore que son influence psychologique soit garantie ; elle est garantie lorsque la force déterminante des prescriptions juridiques a, pour auxiliaires, ces forces sociales psychologiques dont l'action confère à la règle le pouvoir de s'affirmer comme motif d'action[45].

La notion de garantie est privilégiée à celle de la contrainte, qui n'en est qu'une des formes[46] ; mais à défaut de garanties sociales, le droit ne peut se maintenir par le

---

[38] *Ibid.*, p. 504. Il ajoute : le droit « est un phénomène interne [...] il existe dans nos cerveaux ; définir le droit, c'est établir quelle partie du contenu de notre conscience doit être désignée sous ce nom » (*ibid.*, p. 503).

[39] « L'homme considère ce qui l'entoure constamment, ce qu'il aperçoit sans cesse, ce qu'il fait sans trêve, non seulement comme un fait, mais encore comme une norme de jugement. Il rapproche de la norme ainsi obtenue les faits qui semblent ne pas s'y conformer, et, s'inspirant de la norme, il prononce son jugement sur ceux qui lui sont véritablement contraires » (*ibid*, p. 509).

[40] *Ibid.*, p. 513.

[41] *Ibid.*, p. 511.

[42] *Ibid.*, p. 528.

[43] « C'est parce que le fait a partout une tendance psychologique à se transformer en droit positif, que, dans le domaine embrassé par le système juridique, un état de chose donné sera en même temps l'état de choses reconnu par le droit » (*ibid.*, p. 512).

[44] Ces garanties « déterminent bien plus que l'action consciente de la volonté, la vie réelle des institutions et l'histoire des États » (G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 567).

[45] *Ibid.*, p. 505.

[46] « C'est donc moins dans la contrainte que dans la garantie dont la contrainte est une forme particulière, que se trouve le caractère essentiel de l'idée du droit. Les normes juridiques ne sont point des normes de contrainte, mais des normes garanties » (G. Jellinek, *L'État moderne et son droit, Première partie Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 508). Pour une comparaison des approches de Duguit et de Jellinek sur la notion de norme garantie voir T. Pouthier, « Léon Duguit

seul moyen de la contrainte. Si ces garanties sociales expliquent la création du droit nouveau, elles conditionnent aussi l'effectivité du droit positif. Jellinek renoue ici avec une conception sociale de la constitution, qui n'est que « le rapport de tension des forces sociales[47] » ; elle porte en elle une pensée de la légitimité en reposant sur l'acceptation, ou la reconnaissance, sociale[48]. Jellinek distingue ainsi deux types de constitution – dualité devenue classique[49] – une constitution juridique et une constitution non-écrite qui exprime « la vie réelle de l'État » et « consiste dans la distribution réelle du pouvoir[50] ». Du point de vue juridique néanmoins, les rapports entre cette constitution réelle et la constitution de l'État, avec laquelle elle coexiste, posent quelques questions.

Jellinek aborde la question de la valeur juridique des mutations constitutionnelles à trois moments dans son ouvrage, sans tout à fait approfondir ce point. Il évoque d'abord la notion « droit souple » ou « supplétif », pour le distinguer du « droit impératif », qui renvoie à des règles « adaptables à tout moment aux changements constants de la vie politique[51] ». La caractéristique principale de ce droit souple est d'être un « droit secondaire » puisqu'il est possible d'y déroger sans pour autant « violer le droit ». Ensuite, analysant les usages comparés du droit de véto, il pose explicitement l'hypothèse de la portée juridique du non-usage de ce droit[52]. Enfin, il s'intéresse au moment constituant, qu'il désigne par l'expression de « fait accompli », au cours duquel, par « nécessité politique », fait et droit sont confondus : « "le fait accompli" est un phénomène historique qui a force constituante et contre lequel toute lutte menée au nom des théories de la légitimité est une entreprise vouée à l'impuissance[53] ». Jellinek reconnaît ainsi que des faits peuvent conduire au droit même de manière illégale : « un droit nouveau ne se traduit pas nécessairement d'une façon légale ; il peut s'établir aussi d'une façon illégale[54] ».

Ces développements posent évidemment la question de la cohérence épistémologique de sa construction théorique globale. En affirmant un principe de séparation méthodologique entre les sciences de l'être et du devoir-être, la construction théorique de Jellinek interdit toute confusion entre les deux méthodes, causale et

---

et la genèse de la garantie normative », in C. Thibierge (dir.), *La garantie normative*, Paris, Mare & Martin, 2021.

[47] *Ibid.*, p. 514.

[48] *Ibid.*, p. 518-519. Sur cette question : C. Colliot-Thélène, « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *op. cit.*

[49] P. Avril, *Les conventions de la constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, puf, 1997.

[50] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 514.

[51] G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 58. Sur cette question du droit souple et du droit politique voir aussi : E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Paris, Dalloz, 2016.

[52] « L'une des études les plus difficiles à mener est de déterminer pour chaque cas particulier, dans quelle mesure une attribution qui n'est jamais exercée dans les faits conserve ou non une portée juridique, c'est-à-dire si elle reste en vigueur, si, dans un cas quelconque, elle possède la force de mettre en œuvre sa signification normative pour la vie de l'État » *(ibid.*, p.68).

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

[54] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 543.

normative, à moins de tomber « dans les plus grandes erreurs[55] ». Deux interprétations sont possibles. Selon la première, les mutations constitutionnelles, dont le fondement de validité repose sur la conviction psychologique des individus, sont devenues, au même titre que le droit positif, « juridiquement valides ». Par un artifice scientifique, il s'agirait de reconnaître que l'objet juridique identifié par la théorie juridique de l'État, a changé : ce qui était invalide dans le système de départ devient valide après une modification de l'objet de la science. C'est ainsi que procède Kelsen : par le déplacement, axiomatique, de la norme fondamentale, il surmonte – tente de surmonter – le problème d'un droit qui n'est plus « en gros et en général efficace[56] ». Mais cette interprétation suscite des doutes sérieux car Jellinek distingue bien les mutations constitutionnelles modifiant la constitution réelle, du droit positif de l'État. Il écrit en ce sens : « on peut bien juger logiquement qu'il y a désaccord entre la norme et la situation nouvelle, mais il n'y a pas place pour un jugement juridique car il n'y a point de juge en la matière et il ne saurait y en avoir[57] ». En outre, la constitution réelle est considérée comme étant « indépendante, dans tous les États, des règles juridiques écrites[58] ».

Il faut donc envisager une autre interprétation, celle qui maintient les mutations constitutionnelles dans leur factualité. C'est en ce sens qu'Oliver Lepsus considère que pour Jellinek, ce qui est « valide » d'un point de vue psychologique et social est « factuellement valide » : « La notion de la force normative du factuel, traduit l'idée que quelque chose de factuel est valide – et non le fait que le factuel engendre le droit[59] ». Oliver Lepsius en tire la conclusion que la théorie de Jellinek est dominée par théorie juridique de l'État, nullement ébranlée dans sa définition du droit positif, comme un droit de l'État, tandis que la théorie sociale n'aurait qu'une « valeur instrumentale[60] » : expliquer les phénomènes psycho-sociaux qui ne peuvent pas l'être par la méthode juridique. Il s'agirait moins de développer une théorie sociologique de l'État en tant que telle que de compléter la théorie juridique qui ne peut tout expliquer. Cette conclusion est convaincante à condition de ne pas sous-estimer la « mise en relation scientifique » sur laquelle insiste Jellinek : « il faut coordonner les résultats épars des disciplines particulières, établir les relations qui existent entre eux, rassembler en un tous les aspects différents d'un même objet[61] ». Les sauts acrobatiques entre être et devoir-être – piège principal des théories du changement constitutionnel informel – sont censés se dissoudre dans cette pensée d'ensemble. Tel est l'enjeu de la mise en relation scientifique : elle est supposée,

---

[55] *Ibid.*, p. 236.

[56] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, 2e éd., Dalloz, 1962, p. 201, 215 *sqq.*

[57] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 543.

[58] *Ibid.*, p. 514.

[59] « The notion of the normative force of the factual rephrases the idea that something factual is valid—and not the fact that facticity generates law » (O. Lepsius, « Georg Jellinek's theory of the two sides of State ("Zwei-Seiten-Lehre des Staates") », in N. Bersier Ladavac, C. Bezemek et F. Schauer (dir.), *The normative force of the factual. Legal philosophy between is and ought*, Heidelberg, Springer, 2019, p. 15). Il ajoute « both psychological notions, the normative force of the factual and the legal idea of the alteration of facticity, do not belong to the legal side of the State. Jellinek discusses them as parts of the social theory of the State. He employs psychological operations in order to explain the validity of the law. These operations are not of legal nature can therefore not be adequately dealt with by employing juridical methods » (*ibid.*).

[60] *Ibid.*, p. 15-16.

[61] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 125.

sans confondre les résultats des sciences sociale et juridique, dévoiler une représentation globale – bien que nécessairement imparfaite – de l'État. Cette représentation, Jellinek la souhaite cohérente. C'est la raison pour laquelle il invite ses contemporains à prendre au sérieux les mutations constitutionnelles de son temps, mais aussi à développer la science du politique, en mesure de proposer des perspectives pratiques pour conjurer la « mort lente » des institutions.

III. La science du politique pour conjurer la « mort lente » des institutions

Parmi les mutations constitutionnelles évoquées par Jellinek, certaines sont ponctuelles, d'autres, plus profondes, lentes et progressives, affectent directement les fondements de l'État. Ce sont elles qui retiennent davantage son attention :

> Outre toutes les mutations constitutionnelles déjà analysées et qui concernent telle ou telle disposition de la constitution, il en est d'autres, incomparablement plus instructives qui, sans du tout ébranler soudainement l'État, ont pour ultime conséquence la destruction totale de l'ordre étatique existant et la reconstruction complète et à neuf de l'État[62].

L'État peut se désagréger par « mort lente » des institutions. Jellinek donne quelques exemples de ces vacillements silencieux : une assemblée du peuple naguère puissante et désormais désertée, une Couronne à laquelle plus personne ne prétend, ou toute autre forme de dévalorisation des institutions[63]. Il faut ainsi s'armer de « prudence » face à la « confiance excessive que nous pourrions avoir dans la pérennité des institutions humaines[64] ». Jellinek est très conscient de la puissance des forces sociales et historiques et, de manière sous-jacente, du risque révolutionnaire que pourrait signaler un décalage persistant entre le droit et la pratique : les garanties sociales s'imposeront tandis que « l'ordre purement externe ne tardera pas à tomber en ruine[65] ». Il est préoccupé par les incohérences et les contradictions du droit positif parce qu'elles contribuent à livrer une image déformée, « anormale », des fondements de l'empire[66]. Mais il est aussi préoccupé par les incohérences et contradictions des discours des juristes, parce qu'ils contribuent à un aveuglement délétère face aux enjeux concrets, politiques et sociaux, de son temps.

---

[62] G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 71. Cette approche rappelle la perspective en termes de régimes constitutionnels. Voir par exemple, l'approche de B.A. Ackerman, *We the People*, vol. 1, *Foundations*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

[63] « Si nous remontons dans le passé, nous sommes surpris de constater que même les fondements les plus profonds sur lesquels un État a reposé pendant plusieurs siècles de manière apparemment immuable peuvent se désagréger, vaciller et s'écrouler sans que la main du législateur soit intervenue selon un dessein arrêté pour les ébranler » (G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 71). Jellinek évoque spécialement l'anniversaire de la chute du Saint Empire romain germanique en 1806, qu'il décrit comme « l'exemple le plus affligeant d'une mort constitutionnelle ».

[64] *Ibid.*

[65] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 515.

[66] G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 39.

Cette préoccupation a une signification particulière au tournant du siècle, au moment où les développements du parlementarisme creusent le décalage entre la constitution de l'empire et la constitution politique, dans « des proportions dangereuses pour la normativité[67] ». Si la doctrine du droit public s'était attachée à bâtir une théorie de l'État en mesure de répondre à la « question nationale[68] », elle s'intéressait à présent aux modifications tacites de la constitution[69]. Michael Stolleis met parfaitement en lumière les tensions méthodologiques qu'implique ce renouvellement de la science :

> on était revenu à l'opinion générale selon laquelle, politique et droit constitutionnel étant très étroitement imbriqué, il était nécessaire que le traitement scientifique du droit public reconnaisse cet état de choses et y réfléchisse de manière critique, particulièrement du point de vue de la méthode, afin d'empêcher que le droit public, ne se détachant totalement des changements politique, ne devienne étranger à la réalité, mais aussi pour être en mesure de résister au fait qu'il puisse être totalement livré à la politique[70].

L'équilibre minutieux que choisit Jellinek – et qui sera rompu au moment de la « querelle des méthodes » sous Weimar[71] – est double : il s'agit de prendre en compte les phénomènes politiques et sociaux, sans les confondre avec le droit de l'État ; il s'agit aussi de développer une distance critique au service d'une science pratique, la politique, mais sans tomber dans la politisation du droit.

Jellinek est particulièrement virulent à l'égard du formalisme de ses contemporains, et notamment de Laband. Il prend plusieurs exemples criants : celui du *Bundesrat* devenu une assemblée permanente alors même que la constitution de l'empire prévoit sa convocation périodique ; ou celui de la naissance de la responsabilité politique du chancelier devant le Reichstag quand selon les textes, il n'est qu'un membre non responsable du *Bundesrat*[72]. En taisant volontairement ces états de fait, les « professeurs de droit » tombent dans des apories[73] : ils sont incapables d'expliquer, avec des méthodes scientifiques, ces phénomènes politiques. Or, pour Jellinek, seule cette connaissance du politique permet d'aiguiser une distance critique et de proposer des issues pratiques[74]. À l'inverse, son ignorance est la cause des tentations des juristes à camoufler leurs opinions politiques derrière une présentation faussement neutre du droit public :

---

[67] M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne, 1800–1914*, *op. cit.*, p. 516.

[68] *Ibid.*, p. 497. Voir aussi A. Gaillet, « Contre le formalisme de la "jurisprudence des concepts" : Philipp Heck et la jurisprudence des intérêts en Allemagne », préc.

[69] Plusieurs auteurs se sont au même moment intéressés à cette question (Laband, Triepel, Smend…). Sur le contexte historique de cet intérêt doctrinal pour le droit constitutionnel non écrit et la mutation constitutionnelle, voir l'ouvrage de Michael Stolleis, *ibid*, p. 516.

[70] M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne*, 1800-1914, op. cit., *p. 518.*

[71] O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 5-113, not. 70-74. Olivier Beaud montre la « double radicalisation » de l'œuvre de Jellinek entre le positivisme de Kelsen et la vision politique et sociale de Heller ou Schmitt.

[72] G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles, op. cit.*, p. 54.

[73] *Ibid.*, p. 52.

[74] *Ibid.* p. 60.

> Dans tous les autres domaines du droit, les juristes considèrent qu'ils ont pour tâche d'apporter leur concours à l'amélioration de l'état du droit en vigueur. Le droit public est seul à traiter en règle générale du droit établi comme s'il ne nécessitait aucune justification, et les conflits politiques entre professeurs de droit apparaissent dans la manière dont ils injectent leurs opinions politiques dans la matière juridique positive[75].

L'ouverture des sciences à la politique n'a donc rien d'une politisation du droit, bien au contraire, elle permet d'empêcher ce glissement. Tel est l'intérêt de l'ouverture des juristes à la politique. Jellinek la présente comme un art, celui de parvenir à certains buts définis[76].

Dans les derniers chapitres de l'ouvrage, Jellinek adopte cette perspective politique en dressant un constat critique du déclin des parlementarismes dans les États européens et aux États-Unis. Il identifie trois causes principales[77]. La première est liée à la notion juridique de représentation qui, en reposant sur « des fictions et des types idéaux en inadéquation à la réalité[78] », alimente l'hostilité du peuple. La deuxième, porte sur le développement des partis politiques mus par des intérêts partisans trop éloignés de l'intérêt général. La troisième souligne l'inertie des parlements dans l'incapacité d'exercer leurs missions de formation de la loi et de contrôle de l'activité de l'exécutif. Jellinek associe cette contestation au renforcement de la démocratie « des masses », cause de la « baisse du niveau des parlements[79] ». Mais il est très conscient de la nécessité de prendre au sérieux, plutôt que de la nier, l'évolution de ces mouvements sociaux. Il évoque ainsi les progrès de l'auto-organisation de la société, souligne le rôle important de la presse à l'origine d'une « responsabilité sociale » des gouvernants[80], il critique l'arrêt Lochner, qui vient d'être rendu[81] et plus généralement les effets pernicieux du libéralisme économique, tout comme certaines interprétations régressives en matière de liberté et d'acquis sociaux. Cette reconnaissance des puissances sociales s'accompagne aussitôt d'une inclination à les mettre à distance, contre toute socialisation du pouvoir politique[82].

---

[75] G. Jellinek, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 60.

[76] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit, Première partie Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 2-26.

[77] *Ibid.* p. 83-88.

[78] *Ibid.*, p. 85.

[79] *Ibid.*, p. 92.

[80] *Ibid.*, p. 93.

[81] *Ibid.*, p. 49 : « on nourrit néanmoins en Amérique l'espoir certain qu'en une autre occasion, ce tribunal suprême modifiera son avis sans tarder et dégagera un principe juridique offrant la possibilité d'une protection légale des ouvriers ».

[82] Michael Stolleis évoque en ce sens une crainte de la bourgeoisie vis-à-vis des revendications sociales : « un motif difficilement prouvable et néanmoins "existant" : au tournant du siècle, le sentiment de sécurité intérieure des classes politiques allemande et autrichienne disparaissait peu à peu. Même si la façade de la monarchie constitutionnelle représentative semblait être faite pour l'éternité, il n'en reste pas moins que grandissait secrètement la crainte que la forme de vie féodale et bourgeoise qui prévalait jusque-là puisse cesser d'exister à l'ère montante de l'industrie et de la politisation des masses » (M. Stolleis, *Une histoire du droit public en Allemagne, 1800–1914*, *op. cit.*, p. 634).

Il considère « inutile » le suffrage universel[83] estimant que les structures sociales sont déjà des lieux efficaces d'expression du peuple. Puis, suivant John Stuart Mill, il se tourne vers la technique politique en proposant l'institution de parlements spécialisés qui, issus de groupes sociaux, et compétents dans une matière donnée, seraient en mesure de trouver une conciliation des intérêts[84]. L'ouvrage résonne étrangement à un siècle d'écart quand Jellinek y affirme que les parlements ne pourront plus être « formellement supprimés[85] » tandis que le plus grand changement à venir est celui du face-à-face entre le gouvernement et le peuple[86].

L'espoir placé dans les sciences pour « mettre en forme » les transformations politiques et sociales qui se jouent au tournant du siècle, est central dans l'ouvrage *Révision et mutation constitutionnelles*. Il nous rappelle que les grandes constructions théoriques sont bâties pour répondre aux problèmes de son temps. Mais cette lecture n'appartient pas seulement au passé. Elle nous contraint à adopter quelque recul sur nos propres manières de penser le droit constitutionnel. Il est plutôt étonnant de voir que, si cet espoir dans la science ne peut plus être le même, la question des mutations constitutionnelles est globalement posée à partir des mêmes paradigmes – le droit de l'État, la constitution normative, la constitution politique et leurs rapports – à cela près que la dimension sociale, celle de la relation et de la reconnaissance, elle, tend plutôt à être éclipsée.

Manon Altwegg-Boussac

Professeure de droit public à l'Université Paris-Est Créteil.

[83] Selon Jellinek : « la société moderne est engagée dans un processus d'auto-organisation croissante. Du fait de la pluralité des intérêts humains, à laquelle il est vain de vouloir donner une expression en la faisant entrer dans la composition d'un parlement, les individus se regroupent de plus en plus dans des structures qui s'entrecroisent de multiples manières » (*ibid.*, p. 96).

[84] Sur le rapport entre l'inclinaison des juristes à la technique et la crainte de la politisation, voir l'analyse de Frédéric Audren : « Il y a dans cette promotion de la technique, une posture qui revendique la neutralité politique des instruments juridiques » (F. AUDREN, « Le "moment 1900 » dans l'histoire de la science juridique française », art. cité., p. 63).

[85] G. JELLINEK, *Révision et mutation constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 91.

[86] *Ibid.*, p. 97.

Renaud Baumert

B. Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la Quatrième République* (2020)*

C'est sous ce titre, très explicite, que Benjamin Fargeaud publie l'ouvrage qu'il a tiré de sa thèse de droit public. Soutenu à la fin de l'année 2018, ce travail a été distingué, l'année suivante, par le prix de l'Université Panthéon-Assas ainsi que par le premier prix de thèse du Sénat[1]. Dans ce volume de plus de cinq cents pages, le lecteur assistera – comme le sous-titre l'indique – à la « naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes ». Toutefois, et contrairement à ce que ce titre modeste pourrait laisser entendre, l'ouvrage lui offrira bien davantage qu'un simple panorama intellectuel.

Cette étude, essentiellement doctrinale, se justifie par une conception du droit à la fois ample et réflexive. Certes, la doctrine est une « interprète inauthentique » du droit puisqu'il ne lui appartient pas de modifier directement les textes et les jurisprudences qui le composent (p. 4). Il n'en est pas moins vrai que,

> en mettant le droit en scène, en retraçant son histoire, en le critiquant et en suggérant son évolution, la doctrine participe […] à l'élaboration et à l'évolution des représentations du droit, lesquelles précèdent et accompagnent les évolutions effectives du droit positif (p. 4).

À cet égard, elle n'est pas seulement un miroir plus ou moins déformant du droit positif mais aussi l'une de ses principales sources indirectes. Son étude est particulièrement recommandée en matière de droit constitutionnel, « discipline qui se trouve naturellement au carrefour entre le droit public, la science politique et la philosophie politique » (p. 6). On pourrait ajouter, avec l'auteur, que l'absence d'un véritable juge constitutionnel confère un surcroît d'importance à la doctrine car elle est alors la principale instance de réflexion sur droit constitutionnel[2]. Dès lors, il est nécessaire de montrer que cette instance est rarement unanime, et que la doctrine se partage entre différents courants rivaux. Fondée sur une conception large

---

* B. Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la Quatrième République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, préf. G. Larcher, avant-propos O. Beaud, Paris, Dalloz, 2020, 564 p.

[1] Cette thèse de doctorat (en droit public), préparée sous la direction d'Olivier Beaud, a été soutenue le 21 novembre 2018 à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

[2] On objectera peut-être que la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit, en son titre XI (art. 91 à 93), un Comité constitutionnel qui préfigure l'actuel Conseil constitutionnel. Toutefois, étant donné sa composition et la modestie de ses attributions, on ne peut guère considérer comme cet organe comme une cour constitutionnelle.

de la matière juridique, la thèse de Benjamin Fargeaud se présente, très explicitement, comme une étude de droit politique.

Comme le souligne l'auteur, le point de vue retenu est essentiellement interne. Ce sont donc surtout des contenus de pensée qui sont ici présentés et discutés. Il faut souligner que ces productions doctrinales sont toujours rapportées au droit positif de la Quatrième République ainsi qu'à sa pratique – parfois élastique. L'articulation ainsi opérée entre « le droit dans les têtes », « le droit dans les textes » et ce que nous pourrions appeler « le droit dans les mœurs » est vraiment remarquable[3]. Du reste, et bien qu'il privilégie l'approche interne, Benjamin Fargeaud ne s'interdit pas, à l'occasion, de recourir au point de vue externe. Quand le besoin s'en fait sentir, il complète volontiers son exposé par d'instructifs développements prosopographiques. Cette démarche équilibrée s'avère particulièrement heureuse dans la seconde partie de l'ouvrage, où l'auteur contraste la « doctrine universitaire » et la « doctrine technicienne » (celle du personnel politique, des conseillers d'État, des fonctionnaires des assemblées, etc.). Non seulement ces deux types de juristes n'ont pas défendu les mêmes idées, mais leurs conceptions respectives n'ont pas rencontré le même succès.

Pour mener à bien sa démonstration, Benjamin Fargeaud s'est appuyé sur une bibliographie dont il faut saluer la richesse. Elle fait naturellement la part belle aux publications savantes – ce qui permet de rendre incidemment justice à certains auteurs un peu oubliés. Les articles publiés par la doctrine dans la presse généraliste, destinés à un plus large public, sont également exploités de manière habile. Enfin, l'auteur a pris soin de dépouiller certains fonds d'archives et de s'intéresser aux débats parlementaires. Le recours à ces sources est très heureux car elles offrent, à l'occasion, des éclairages aussi inattendus que stimulants.

Afin de donner au lecteur une idée claire de l'ouvrage, nous commencerons par en présenter, de manière synthétique, les principaux développements (I). Puis, nous évoquerons ce que nous semblent être ses principaux apports (II).

I. Vue synthétique de l'ouvrage

Conformément au canon en vigueur dans les facultés de droit, l'ouvrage se compose de deux parties. Chacune d'entre elles est découpée en deux titres, eux-mêmes subdivisés en deux chapitres.

La première partie montre comment la doctrine entendait « façonner le droit constitutionnel » de la Quatrième République – entreprise dont les résultats allaient s'avérer décevants. Il s'ensuivit un certain désintérêt pour le droit de la Constitution à proprement parler.

Au lendemain de la Libération, une bonne partie des juristes aspiraient à une rénovation institutionnelle profonde. Beaucoup estimaient qu'il fallait renouveler les mécanismes parlementaires tout en dotant l'État d'un appareil exécutif plus stable et plus efficace qu'il ne l'avait été sous la république précédente. La dissolu-

[3] Par référence à la formule G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3e éd., Berlin, O. Haering, 1914 p. 332 : « le droit est […] une partie des représentations humaines, il existe dans nos têtes » (cité et traduit par O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800–1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 299).

tion de la chambre basse – désormais conçue comme un instrument propre à discipliner la majorité – devait notamment être facilitée. Héritiers intellectuels de Carré de Malberg, certains auteurs préconisaient aussi l'introduction de mécanismes référendaires, susceptibles de contrebalancer le caractère essentiellement représentatif de la démocratie française. Enfin, une part importante de la doctrine plaçait ses espoirs dans le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

Par leurs publications et leurs interventions, les juristes universitaires tentèrent d'influencer les deux assemblées constituantes successives. Peu présents en leur sein – malgré le mythe soigneusement entretenu d'une « Constitution de professeurs » (voir p. 57 *sqq.*) –, ils n'y parvinrent guère. Les représentants du peuple préférèrent s'en tenir « aux principes traditionnels du "parlementarisme à la française" », lesquels consacraient le mécanisme représentatif et assuraient la prééminence politique de la chambre basse (p. 131). Au vu des espérances qu'elle avait nourries, la doctrine majoritaire accueillit donc avec tiédeur et circonspection la Constitution du 27 octobre 1946. La pratique qu'engendrerait ce texte allait se révéler encore plus décevante.

Alors que la seconde assemblée constituante était encore à l'œuvre, de nombreuses voix s'élevèrent pour souligner les insuffisances d'une « rationalisation du parlementarisme » manifestement vouée à l'échec. La trajectoire intellectuelle de Boris Mirkine-Guetzévitch est à ce titre exemplaire. Grand promoteur du « parlementarisme rationalisé » durant les années 1920, il conclut à son échec dès la fin de la décennie 1940. Constatant l'incapacité du droit constitutionnel à stabiliser et à renforcer le gouvernement, une partie de la doctrine, au même moment, commença à tourner ses regards vers le chef de l'État. Elle voulut en faire une sorte de « gardien de la Constitution » – sans attacher à cette formule la connotation autoritaire que son inventeur, Carl Schmitt, lui avait imprimée. Cette lecture présidentialiste des institutions, difficilement compatible avec la lettre constitutionnelle, était toutefois loin de faire l'unanimité.

La résurgence inopinée des décrets-lois causa à la doctrine une nouvelle déconvenue. La majeure partie des professeurs de droit, jugeant la délégation de la compétence législative contraire à l'article 13, l'estimait proprement inconstitutionnelle. Débordé par la pratique, le droit constitutionnel semblait donner une nouvelle preuve de son inefficacité. La chose paraissait d'autant plus sûre que le mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois, prévu par le texte de 1946, ne prospéra guère. Les intenses controverses qui, à ce sujet, avaient agité la doctrine de la Troisième République s'éteignirent doucement. En somme, le droit constitutionnel semblait avoir échoué : il n'était pas parvenu à encadrer pleinement la pratique politique. Dès lors, la notion même de constitution fut frappée de discrédit : à quoi bon se consacrer à l'étude d'un objet si manifestement caduc ?

Si la doctrine du droit public se détourna rapidement de l'étude « traditionnelle » du droit constitutionnel, ce fut pour réinvestir ses efforts dans d'autres domaines. Dans la seconde partie de l'ouvrage, Benjamin Fargeaud montre comment elle eut à cœur de refonder son objet, tant sur le plan théorique que pratique.

Cette réforme concerna tout d'abord les méthodes employées : la doctrine se tourna massivement vers une « science politique » jugée plus proche des réalités pratiques que ne l'était l'étude classique du droit constitutionnel. Avec nuance,

l'auteur montre toutefois que cette « seconde institutionnalisation[4] » de la science politique recouvrait, en réalité, des conceptions et des approches très diverses. Aux vues méthodologiques de Maurice Duverger s'opposaient celles de Marcel Prélot, de Georges Burdeau et d'autres encore – de sorte que la science politique de l'époque s'apparentait moins à une pratique unifiée qu'à un simple « label ». Quoi qu'il en soit, de nouvelles sous disciplines commencèrent à se développer, comme l'histoire des idées politiques et la sociologie du droit (notamment sous l'influence de Jean-Jacques Chevallier et de Roger Pinto).

Bien qu'elle fût combattue par une partie de la doctrine, cette refonte méthodologique s'accompagna d'un renouvellement thématique. L'attention de la doctrine, qui s'était longtemps focalisée sur la dimension libérale du constitutionnalisme, se déplaça vers une autre composante des régimes occidentaux : la démocratie. La théorie traditionnelle de la représentation en fit notamment les frais. Au même moment, des auteurs aussi différents que René Capitant et Charles Eisenmann élaborèrent leurs conceptions respectives de la démocratie (« spiritualiste » pour l'un, « relativiste » pour l'autre). Bien entendu, ces réflexions étaient puissamment stimulées par le défi que les républiques socialistes – qui se voulaient des « démocraties réelles » – lançaient aux régimes occidentaux – qualifiés de « démocraties formelles ». Cette question nourrit de vives polémiques, notamment entre Maurice Duverger et Georges Vedel.

Le contexte politique fournit à la doctrine de la Quatrième République un autre sujet de réflexion privilégié : le fédéralisme. Cette notion – très diversement théorisée – était l'objet d'un engouement intellectuel qui débordait largement les facultés de droit. À l'heure des décolonisations, la doctrine espérait y trouver un moyen de repenser et de réformer l'Union française ; c'est-à-dire une alternative à la politique coloniale traditionnelle. On ne peut pas dire que ce projet se soit concrétisé conformément aux vœux de ses promoteurs. Bien entendu, la théorie du fédéralisme a aussi été employée, en doctrine, pour penser l'émergence des Communautés européennes. De vifs désaccords se sont exprimés, à cet égard, entre les partisans du fédéralisme démocratique et les tenants de sa variante fonctionnaliste. Comme on le sait, les débats doctrinaux relatifs à la Communauté européenne de défense ne furent pas moins virulents.

Caractérisée par son fort engagement politique, la doctrine constitutionnelle a naturellement cherché à réformer les institutions de la Quatrième République. En prônant le « parlementarisme authentique » ou encore le « régime présidentiel », elle a surtout entendu conférer davantage de stabilité et de poids politique aux organes exécutifs. Toutefois – et exception faite de Marcel Prélot –, la faculté de droit a été peu entendue par les organes parlementaires qui confectionnèrent la « réformette » de 1954. Surtout, la doctrine universitaire fut reléguée au second plan par une « doctrine praticienne », essentiellement composée de conseillers d'État et de fonctionnaires des assemblées. Contre l'avis des professeurs, cette élite de « techniciens » entendait rationaliser le parlementarisme par le biais de l'artifice constitutionnel. En somme, « 1958 marque la victoire des "légistes" ignorant l'acquis de dix années de recherche en science politique » (p. 482). Il semble donc que, globalement, la doctrine constitutionnelle ait échoué. Comme nous le verrons, ce constat doit néanmoins être nuancé.

---

[4] Selon l'expression de P. Favre, *Naissance de la science politique en France (1870–1914)*, Paris, Fayard, 1989, p. 307 *sqq.*

II. Apports de l'ouvrage

Comme on le voit, le plan de l'ouvrage, fortement structuré, est habilement conçu. Tout en autorisant une solide démonstration, il permet à l'auteur de présenter les débats étudiés selon un ordre à la fois thématique et chronologique. Ainsi, le lecteur suit sans difficulté les étapes d'un raisonnement qui ne se perd jamais en répétitions ou en considérations superflues. Les annonces et les conclusions des chapitres et des parties sont particulièrement soignées, ce qui facilite encore l'intelligibilité du propos. Le style de M. Fargeaud renforce encore cette impression. Plus soucieux d'être entendu qu'admiré, l'auteur fait preuve d'une salutaire sobriété. Le comprenant sans peine, on le suit avec plaisir. Solidement construite et simplement écrite, la thèse présente, en somme, de remarquables qualités formelles.

Le fond du propos n'est pas de moindre facture. Il est certain, en premier lieu, que *l'objet étudié* méritait amplement de l'être. Comme le souligne l'auteur, depuis une petite vingtaine d'années, on observe un regain d'intérêt pour les questions d'histoire constitutionnelle. Or il apparaît que, sans négliger la Cinquième République, ces récents travaux ont surtout mis l'accent sur la Troisième – « âge d'or » supposé de la pensée constitutionnelle française. En s'attaquant à la « mal aimée » et à sa doctrine, Benjamin Fargeaud a manifestement contribué à combler un vide historiographique. Or, le chaînon manquant qu'il nous présente est plus précieux qu'on ne pourrait le croire de prime abord. À bien des égards, les auteurs étudiés sont les derniers héritiers du droit constitutionnel tel qu'il se pratiquait dans les années 1930. En attachant autant de prix à la pratique politique qu'au texte constitutionnel, beaucoup s'inscrivent dans la perspective méthodologique tracée avant-guerre par Joseph-Barthélémy[5]. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que cette doctrine ait largement participé à la naissance de la science politique française. Il nous semble d'ailleurs que la thèse de Benjamin Fargeaud est également une contribution importante à l'histoire de cette dernière discipline. À ce propos, il pourrait être intéressant de prolonger la réflexion proposée par l'auteur. Il est en effet possible que le « tournant politiste » de la doctrine française n'ait pas seulement résulté d'une évolution des idées constitutionnelles. Il se pourrait que cette mutation ait aussi été stimulée par une littérature d'avant-guerre dont les méthodes étaient étrangères à toute considération juridique. On peut songer, par exemples, aux réflexions que Moisey Ostrogorsky ou Robert Michels ont consacrées aux partis politiques, ou encore aux études de géographie électorale menées par André Siegfried[6].

Un autre mérite de cette recherche, en deuxième lieu, est de proposer *une véritable démonstration*. Pour le dire brièvement : la doctrine constitutionnelle de la Quatrième République aurait échoué. Désappointés par les piètres résultats de la « rationalisation du parlementarisme » opérée en 1946, les juristes universitaires se seraient détournés des enjeux textuels et de la technique constitutionnelle. Ce désintérêt expliquerait que, dans sa fonction prescriptive, la doctrine universitaire ait pu être concurrencée, et finalement dépassée, tant par les parlementaires que par

---

[5] C'est un point que l'auteur souligne à plusieurs reprises, même si, pour d'évidentes raisons politiques, cette source d'inspiration est rarement revendiquée par les principaux intéressés.

[6] M. Ostrogorsky, *La démocratie et l'organisation des partis politiques*, 2 vol., Paris, Calmann-Lévy, 1903 ; R. Michels, *Les partis politiques : essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, Paris, Flammarion, 1914 ; A. Siegfried, *Tableau politique de la France de l'Ouest sous la Troisième République*, Paris, A. Colin, 1913.

les « techniciens » de la haute fonction publique – la confection de la Constitution du 4 octobre 1958 en témoigne. Conscient que le rôle de la doctrine n'est pas exclusivement prescriptif, l'auteur tempère néanmoins cet échec. Sur le plan théorique, l'apport des professeurs de droit public est loin d'avoir été nul. Par leurs travaux, ils auraient ouvert de nouvelles perspectives méthodologiques et exploré des thèmes jusque-là délaissés (démocratie, régime autoritaire, fédéralisme, etc.). Ce faisant, la doctrine de Quatrième République aurait accompagné, sur le plan intellectuel, la mutation du système institutionnel. Prenant acte du processus de démocratisation, largement entamé sous la Troisième République, elle aurait reconnu l'inévitable prééminence politique du gouvernement dans le parlementarisme contemporain. Ainsi, le constat d'échec dressé par Benjamin Fargeaud demeure nuancé : même si elle n'est guère parvenue à se faire entendre du pouvoir de révision, la doctrine de la Quatrième République a su faire œuvre théorique. On peut seulement regretter que ce jugement plein de finesse ne soit pas accompagné d'une réflexion plus abstraite sur la doctrine elle-même. En distinguant plus nettement ses différentes fonctions (notamment sa capacité à influencer, à décrire et à prévoir), il aurait peut-être été possible d'affiner encore le jugement.

Quoi qu'il en soit, et en troisième lieu, il faut saluer la *portée critique* de ce travail. Il n'est pas rare, en effet, que l'historien des idées s'engage dans une confortable hagiographie. Cette stratégie d'écriture présente un intérêt évident : en louangeant les auteurs qu'il interprète, l'exégète rehausse indirectement son propre prestige. Comme on l'aura compris au vu de sa démonstration générale, Benjamin Fargeaud se garde bien d'un tel travers. La chose est d'autant plus appréciable que les critiques formulées, finement argumentées, sont particulièrement convaincantes. Certains auteurs consacrés n'en sortent pas indemnes. C'est notamment le cas de Maurice Duverger, dont Benjamin Fargeaud étudie aussi bien l'œuvre doctrinale que la production journalistique. L'une et l'autre lui paraissent bien discutables, tant le « professeur-journaliste » a multiplié les incohérences et les volte-face. *A contrario*, l'auteur a à cœur de rendre leur éclat à des figures doctrinales qui furent parfois sous-estimées. Il en est ainsi de Marcel Prélot, qui défendit une forme de science politique originale et nettement distincte de celle de Duverger. Naturellement, les travaux de Georges Burdeau font également l'objet d'une lecture minutieuse. Il apparait que son grand œuvre est sans doute le « seul traité de droit constitutionnel d'ampleur » qui ait vu le jour sous la Quatrième République (p. 236). La discussion de ces œuvres, menée de manière savante, contextuelle et critique, est particulièrement précieuse.

On remarquera, enfin, que la thèse de Benjamin Fargeaud *renouvelle l'interprétation* classiquement reçue de certaines questions. Sans prétendre à l'exhaustivité, en voici quelques exemples. La thèse démontre, notamment, que l'on a pris conscience beaucoup plus précocement qu'on ne le croyait des imperfections de la Constitution du 27 octobre 1946. Dans un ordre d'idées voisin, la fameuse question des décrets-lois trouve ici un traitement remarquable. La part qu'a pris la doctrine dans sa construction y est méticuleusement exposée, ce qui donne au problème une dimension nouvelle. Pareillement, et malgré sa profonde équivocité, la question du « fédéralisme » est abordée avec doigté et sans schématisme. Des pans entiers du constitutionnalisme français, aujourd'hui largement oubliés, refont ainsi surface. C'est notamment le cas de la « doctrine coloniale », dont Benjamin Fargeaud donne un aperçu aussi riche qu'instructif. De même, les développements consacrés à la « concurrence des révisionnismes » (p. 452 *sqq.*) sont en tous points remarquables. Pour traiter de cette question – qui concerne aussi les origines de la Vème République –, l'auteur tire un grand profit des débats parlementaires et des archives. De

tous ces légers déplacements de la perspective ressort une image de la Quatrième République bien différente de celle qu'on en pouvait avoir.

Non seulement la thèse Benjamin Fargeaud comble un vide historiographique mais elle le fait de manière très convaincante. Solidement structurée, elle présente une démonstration forte qui peut s'appuyer sur une connaissance approfondie du sujet. Ses développements, lucides et critiques, renouvellent la lecture que l'on avait de l'objet. Cet ouvrage est assurément destiné à devenir une référence importante pour l'histoire contemporaine des idées juridiques et politiques.

Renaud Baumert

Renaud Baumert est professeur de droit public à l'Université Cergy-Paris (CYU) et membre du Centre de philosophie juridique et politique (CPJP).

Jean-Félix de Bujadoux

A. Le Divellec (dir.), *La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République* (2020)*

Considérablement valorisée par notre époque, en particulier dans les travaux de la science juridique, la notion de constitution reste paradoxalement très pauvrement conceptualisée dans la doctrine française. Elle s'apparenterait même à « un pays où l'on n'arrive jamais » souligne, avec sa richesse d'écriture habituelle, Armel Le Divellec, reprenant le titre d'un roman d'André Dhôtel, prix Femina de l'année 1955.

Tout en produisant, en deux bons siècles, davantage de constitutions qu'aucun autre des grands pays occidentaux, la France et spécialement sa littérature constitutionnelle ont « fait, dans une certaine mesure, l'impasse sur la notion de constitution » (p. 10). Focalisée généralement sur les mêmes sujets de réflexion : « le mode d'établissement et de révision des constitutions formelles, la hiérarchie des normes, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité » ou la place de la coutume constitutionnelle, la doctrine française néglige « nombre de questions cruciales (l'effectivité des prescriptions des constitutions formelles, le rapport entre constitutions et réalité sociopolitique, la capacité des textes à influer sur la vie politique, le problème de l'écriture constitutionnelle ou celui de la combinaison entre normes et unité de la constitution) » (p. 11). Tandis que l'on peut relever des « différences non négligeables entre les définitions de la constitution ».

Fondé sur « l'intuition que la situation actuelle vient de loin » (p. 12), l'objet du colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques de l'Université Paris II les 10 et 17 juin 2016, était de revenir sur la doctrine passée, et tout spécialement sur la notion dont disposaient les juristes-universitaires de la Troisième République « afin de pouvoir discuter des problèmes juridiques et politiques de leur temps » (p. 24).

Aux fins de mener cette enquête approfondie et faute d'études portant spécialement sur la notion de constitution, il avait été proposé aux contributeurs d'évaluer la place accordée à la notion par chaque auteur dans ses travaux ainsi que le degré de précision adjectivée choisi, le cas échéant ; le recours éventuel à la distinction entre constitutions formelle et matérielle ; l'objet privilégié par l'analyse en cause ; le rapport retenu entre droit et politique dans l'appréhension de la constitution et l'idée de normativité ; la place faite à la question du droit non écrit ou de l'articulation entre les normes et la pratique ; la place réservée, le cas échéant, à la question du contrôle de constitutionnalité des lois et/ou de la justice constitutionnelle ; l'éla-

* A. Le Divellec, *La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2020, 262 p.

boration éventuelle par l'auteur d'une typologie des constitutions ; le caractère innovant de l'approche suivie. On mesure l'ambition intellectuelle de l'entreprise ici engagée pour « comprendre d'où vient (peut-être) notre manière ou plutôt nos manières actuelles de penser la constitution » (p. 27).

En définitive, selon Armel Le Divellec, « l'intuition qui avait été à l'origine du colloque s'est trouvée, dans une large mesure confirmée » par les contributions consacrées à différents auteurs de la doctrine : « La notion de constitution en soi a peu intéressé la doctrine de la Troisième République » (p. 26). Il tire plusieurs enseignements de « cette sorte de position d'esquive », de ce « véritable évitement de la notion de constitution » (p. 31) de la part de la doctrine.

D'abord, « la tendance dominante à réduire la notion de constitution à la loi constitutionnelle formelle ou, plus exactement, à donner l'impression qu'une telle réduction est possible » (p. 31) ; ensuite, le développement d'un « discours dogmatique technicien autour de la loi constitutionnelle rigide » (p. 32) mettant avant tout l'accent sur les modes d'établissement et de révision des textes ; puis, le constat de la déconnexion presque systématique entre ce « discours technicien » et les « développements relatifs au droit positif, en particulier au problème du système de gouvernement du ou des pays considérés » (p. 33) ; encore, la difficulté à penser juridiquement l'écart entre les dispositions du texte constitutionnel et la réalité de leur effectivité ; après, le recours au thème de la coutume constitutionnelle « comme une sorte de béquille constitutionnelle qui masque mal le défaut de conceptualisation d'ensemble de la notion de constitution » (p. 35) ; puis, la contradiction dans laquelle se débat la grande majorité des auteurs quant à d'« inévitables distinctions internes à la notion de constitution » (p. 36) ; enfin, « un refus (sans doute inconscient, du moins implicite) » de la doctrine de « tenter de réaliser une synthèse conceptuelle de leurs analyses et réflexions » (p. 36). Ce refus étant marqué par

> un contraste radical entre, d'une part, l'affirmation doctrinale quasi unanime selon laquelle la constitution est, au sens juridique « véritable », une loi formelle, c'est-à-dire un ensemble de règles écrites et, pour le plus grand nombre d'auteurs, de valeur supérieure (« supralégislative »), et, d'autre part, l'aveu que ce point de référence doit être complété par des sens annexes ou complémentaires ainsi que l'aveu que la coutume joue un rôle sinon dans la détermination du droit positif, du moins dans la compréhension de son effectivité (p. 36).

À côté de ces enseignements, Armel Le Divellec souligne que « seuls quelques rares auteurs de la doctrine de la Troisième République, ont proposé d'autres façons de penser la constitution et tracé des voies pour l'appréhension globale de cette notion cardinale » (p. 39). Tel est le cas de Raymond Carré de Malberg qui « avait trouvé certaines clefs d'approfondissement de la notion de constitution vers celle d'ordre constitutionnel dynamique » (p. 41), de Maurice Hauriou qui délivre « une présentation générale de la notion de constitution qu'il annonce même comme une « théorie générale du droit de la constitution » (p. 41) avant de distinguer entre trois types de règles : « les pratiques et coutumes de la constitution », « la légalité ordinaire de la constitution » et la « superlégalité constitutionnelle » (p. 42) et de René Capitant qui en mettant en avant la notion de coutume constitutionnelle, « adoptait donc, quoiqu'implicitement, une conception de la constitution comme un ordre constitutionnel et plus spécifiquement : comme un système de gouvernement » (p. 46).

Pointant les « esquives, approximations, impasses, faibles ouvertures conceptuelles, absence d'effort prolongé pour bâtir une véritable pensée » qui furent celles

de la doctrine constitutionnelle de la Troisième République sur le thème de la constitution, Armel Le Divellec ne peut s'empêcher d'apercevoir « derrière ces traits anciens » « ceux de la doctrine française contemporaine », preuve que « la situation actuelle non seulement vient de loin mais s'est prolongée au-delà du raisonnable » (p. 48).

Après cette exposition de l'objet du colloque et un premier bilan de ses travaux, douze contributions, toutes aussi riches que diverses, portant sur des auteurs connus comme moins connus de la doctrine de la Troisième République, s'attachent ensuite à étudier leur conception de la notion de constitution.

Il revient à Elina Lemaire d'étudier la doctrine « préclassique » entre 1870 et 1896, dont l'essentiel de ses auteurs « retiennent une conception normative de la constitution avec un degré variable de précision dans le vocabulaire utilisé » (p. 58).

S'ils mesurent l'« insuffisance » d'une conception formelle de la constitution, cette insuffisance « n'est pratiquement jamais conceptualisée, ou théorisée. Elle est simplement pressentie, et exposée de façon souvent lapidaire » (p. 59). Ainsi, les interrogations de la doctrine quant à l'absence de déclaration des droits, finalité première de la constitution selon elle, dans les lois constitutionnelles de 1875 sont-elles rapidement surmontées par l'intégration de « la toute jeune législation républicaine sur les libertés » (p. 62) dans le champ du droit constitutionnel positif, sans, là aussi, que cet apport soit pour autant véritablement théorisé. Il n'en va pas de même pour la coutume, inscrite elle aussi parmi les sources du droit constitutionnel en dépassant « une conception purement formelle de la constitution », mais en s'en tenant, là encore, à une démarche largement descriptive.

Pour Elina Lemaire, la doctrine « préclassique » n'a, non plus, « pas envisagé la nature spécifique, *politique*, du droit constitutionnel, de façon abstraite et dans l'absolu » (p. 65). Tout en mesurant l'écart entre la constitution écrite et le droit positif, ses auteurs ne cherchent pas véritablement à « l'expliquer ou le théoriser » (p. 67). Seul Charles Lefebvre s'y essaie, mais en insistant, surtout, sur le rôle fondamental d'une coutume, ayant vocation à terme, selon lui, à être « formalisée » dans le texte constitutionnel.

Jean-Louis Halperin invite, pour sa part, le lecteur à l'étude d'une « sorte de dialogue masqué ou à distance » entre deux grands contemporains, Saleilles et Esmein (p. 74).

Attachés tous les deux à recourir à « une méthode fondamentalement historique et résolument comparatiste » (p. 75), ils « partagent ainsi une conception large de la constitution qui va au-delà du texte constitutionnel » (p. 77), englobant, dans une approche « matérielle » (p. 79), aussi bien les textes législatifs, les jurisprudences, la coutume ou la pratique. Et même, pour Saleilles, une conception « s'appuyant probablement, sur l'idée, développée par Dicey, de "conventions de la constitution" » (p. 78).

Pour Jean-Louis Halperin, reprenant « la formule de Bentham sur Blackstone », les différences entre les deux, tiennent surtout à ce « qu'Esmein était un commentateur et Saleilles un censeur » (p. 79) de la constitution de la Troisième République. Esmein fait « l'éloge d'un droit constitutionnel républicain » (p. 79) issu des Lois de 1875 et de la pratique suivie depuis 1879, en entendant défendre la prépondérance de la Chambre des députés. Républicain *rallié*, Saleilles jette les bases d'un réformisme constitutionnel modéré, militant pour « le référendum, des réformes "en bloc" sur les libertés » (p. 80) et un renforcement du rôle du chef de l'État.

Pourtant, en dépit de « leurs préjugés politiques respectifs » (p. 81), Saleilles juge les mécanismes de révision de la constitution dangereux, l'Assemblée nationale pouvant « transformer » facilement le « pacte constitutionnel », tandis qu'Esmein considère les dispositions constitutionnelles comme apportant suffisamment de garanties contre toute remise en cause du régime.

C'est aussi à Adhémar Esmein qu'est consacrée la communication de Philippe Lauvaux, et à ses *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Esmein y « définit la constitution comme ayant trois objets : la forme de l'État, la forme et les organes du gouvernement, les droits individuels » (p. 88), s'attachant à bâtir, dans le chapitre V de la première partie, une véritable « théorie des constitutions écrites » (p. 89).

Cette théorie repose fondamentalement sur le principe de la supériorité de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire et contient deux règles de droit distinctes : « l'immutabilité, nécessairement relative, de la loi constitutionnelle » (p. 90) d'une part ; « la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir constituant tous deux établis, d'ailleurs, par une même constitution » écrit Esmein, d'autre part. Ce dernier « achève sa théorie des constitutions écrites sur le thème du contrôle de constitutionnalité » (p. 91), en se bornant à décrire le système américain, le jugeant toutefois difficile à transposer en France, essentiellement à cause du mauvais souvenir laissé par les abus des parlements de l'Ancien Régime.

Paradoxalement, souligne Philippe Lauvaux, les lois constitutionnelles de 1875 ne répondent pas véritablement aux trois critères de définition de la constitution posés par Esmein. Pourtant, surmontant cette triple défaillance, Esmein conclut bien à l'existence d'une constitution formelle en France, sur la base de la preuve apportée par la clause de révision de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. C'est d'ailleurs la révision de 1884 qui, en fixant l'impossibilité de remettre en cause la forme républicaine de l'État, devait conférer, enfin, aux lois de 1875, « la première qualité d'une constitution qui doit être de définir la forme de l'État » (p. 94).

Stimulante plongée dans les couloirs de la Faculté de droit de Paris, dans les premières décennies du XX^e^ siècle, l'étude consacrée par Armel Le Divellec à « trois constitutionnalistes parisiens », Chavegrin, Lapradelle et Gidel, apporte une nouvelle preuve de l'intérêt limité de la doctrine pour la notion de constitution. Aucun de ces trois professeurs ne cherchent, en effet, à esquisser de véritable théorie de la constitution, s'en tenant, pour l'essentiel, « à réduire la notion de constitution à la loi constitutionnelle formelle et rigide » (p. 116).

Dès le début de sa contribution, Olivier Jouanjan le constate : on ne trouve pas dans l'œuvre de Léon Duguit « quelque chose qu'on pourrait appeler une « notion » ou un « concept » de constitution et, pas davantage, « une théorie de la constitution » (p. 117). Cette « indifférence » du doyen de Bordeaux, Olivier Jouanjan l'attribue d'abord aux « principes mêmes de sa doctrine, de son sociologisme juridique et de la doctrine qui fixe la pierre angulaire de son système, celle de la naissance spontanée de la règle de droit, plus précisément de la règle de droit "normative" par opposition à la règle de droit "constructive" » (p. 117).

Il formule aussi une seconde hypothèse, en renvoyant à « la relation ambiguë qu'entretient Duguit avec les doctrines allemandes » (p. 118), avec la manière de « penser le droit public » développée par la « doctrine classique, la doctrine impériale » (p. 118) allemande. Chercher à « régler son compte au "droit de l'État" allemand » (p. 121), à « détruire en leurs racines [ses] doctrines » (p. 120), conduirait Duguit à « ramener la règle de droit à son fondement sociologique, et non étatique,

de validité pour poser correctement la question de l'État » (p. 120). Ce faisant, « pris au piège d'une certaine logique structurale établie par les monuments allemands de ce droit » de l'État, Duguit en viendrait à relativiser le concept de « constitution », à l'instar de la doctrine classique d'outre-Rhin.

Olivier Jouanjan en revient, ensuite, aux « raisons internes » (p. 122) expliquant l'indifférence de Duguit à l'égard de la notion de constitution. Pour lui, « dans le cadre théorique qui est le sien, Duguit n'a besoin, ni d'un concept élaboré de constitution, ni d'une théorie développée de celle-ci » (p. 117).

D'abord, parce que, pour le doyen de Bordeaux, selon Olivier Jouanjan, « le droit constitutionnel n'est pas un droit de la constitution, ni au sens formel, ni au sens matériel et ce pour la raison décisive qu'il n'existe pas de concept matériel de la constitution chez Duguit » (p. 125). Pour ce dernier, le droit constitutionnel doit s'entendre en « un sens très large ». Loin de se restreindre aux lois constitutionnelles, il « doit désigner, pour prendre scientifiquement sens, l'ensemble des règles qui déterminent l'étendue de l'action des gouvernants, la représentation des forces gouvernantes, la situation des agents, les supports des agents entre eux et avec les gouvernants » (p. 126).

Seconde explication de ce relativisme, c'est le « caractère impératif » que Duguit reconnaît aux Déclarations des droits. Dans leur rapport avec une déclaration des droits, considérée comme une « loi fondamentale, la loi supérieure à toutes les lois, même aux lois constitutionnelles[1] », ces dernières ne « seraient donc seulement que des "lois organiques", celles qui "créent les organes de l'État et qui fixent leur structure" » (p. 127). Elles « se distinguent des lois déclaratives de droits par leur objet (constater une règle normative pour ces dernières, mettre en œuvre la règle normative pour les premières) », mais également « des lois organiques ordinaires par le caractère formel de la rigidité, ce qui leur confère une certaine forme de supériorité puisque la loi constitutionnelle peut bien modifier ou abroger la loi ordinaire sans que l'inverse soit possible » (p. 128).

> En vérité, dans cette construction de la hiérarchie des normes (des lois ici, du moins), Duguit croise deux types de critères qui finissent par s'enchevêtrer et interdire toute représentation ordonnée d'un ordre juridique et fait éclater, disperse ce que nous pourrions espérer saisir sous le mot de *constitution*. Il y a d'un côté ce critère strictement formel de la rigidité imposé par la réalité du droit positif ; de l'autre, le critère matériel de l'objet de la loi dont dépend son caractère normatif ou constructif (p. 129).

Examinant l'œuvre de Carré de Malberg, Éric Maulin souligne qu'elle ne contient pas de « théorie générale de la constitution mais plutôt une succession d'observations » ne permettant pas « de saisir le concept dans son unité » (p. 131). Il voit plusieurs raisons à ce manque d'intérêt du maître strasbourgeois pour la notion même de constitution. Des « raisons méthodologiques » d'abord, car ce dernier « s'intéresse peu aux actes juridiques mais davantage aux organes de l'État ». Des « raisons doctrinales » ensuite, puisque la systématisation du concept de loi, « dans une perspective légicentriste », par l'auteur de *La loi, expression de la volonté générale*, aboutit, en définitive à laisser « peu de place à la notion même de constitution » (p. 132).

Toutefois, relève Éric Maulin, Carré de Malberg ne se prive pas, à plusieurs reprises, d'invoquer la notion de constitution « dans trois types de registres » (p. 132).

---

[1] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. II, Paris, E. de Boccara, 1927–1930, p. 184.

D'abord, la constitution « comme fondement de l'unité de l'État » (p. 132), au sens d'une « constitution primitive » ou « originaire » qui serait préalable à l'affirmation de la personnalité juridique de l'État et à la constitution de ses organes.

Ensuite, la constitution « comme principe de légitimité » (p. 132), où l'utilisation du terme de « constitution primitive » ou « originaire » renvoie « à la formation d'un certain *régime* d'État dans lequel la loi est l'expression de la volonté générale » (p. 135). Selon Éric Maulin, « c'est bien d'un principe de légitimité qu'il est question. La constitution ne réside pas dans un ensemble de normes en vigueur, mais dans un ensemble de principes sous-jacents à la conception de l'ordre juridique et, en l'occurrence, à la conception de la loi » (p. 135). Au fondement de cette « conception », il y a l'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, qui définit la loi comme l'expression de la volonté générale, combiné par Carré de Malberg avec « le système représentatif imaginé par Sieyès » (p. 137). C'est bien ce « concept de loi consacré en 1789–91 » qui guide et contraint l'interprétation du texte de la Constitution de 1875.

Enfin, la constitution « comme droit constitutionnel procédural – elle est alors pensée dans sa stricte positivité et son importance est relativisée par le statut reconnu à la loi » (p. 132). D'où il ressort que Carré de Malberg réfute toute « théorie de la formation du droit par degré » présentée par Merkl et Kelsen.

> Dès lors que la loi ne procède, en aucune manière, de la constitution, mais exprime une volonté initiale, celle du peuple représenté, quand bien même elle serait limitée par la constitution, elle ne peut véritablement être placée par rapport à la constitution dans un rapport de subordination (p. 139).

En conséquence, les limitations que la constitution pourrait imposer à la loi, expression de la volonté générale, ne pourraient avoir « qu'un caractère formel et procédural et non substantiel », tandis que « la logique dans la Constitution de 1875, qui ne fait ici qu'exprimer les conceptions de 1789–91 » (p. 140), s'oppose à la mise en œuvre de tout contrôle de constitutionnalité des lois.

Pour Maurice Hauriou,

> les lois constitutionnelles de 1875 ne font que donner à voir une des formes visibles de la réalité constitutionnelle. En effet, la constitution écrite ne saurait épuiser cette dernière : elle n'est que *ce que semble être* une constitution, non pas ce qu'elle est ou signifie véritablement (p. 141).

C'est donc bien une conception matérielle de la constitution que défend le maître toulousain, étudié ici par Jacky Hummel. Loin de faire de la constitution « une matrice de l'ordre juridique national, [Hauriou] l'appréhende comme une forme représentative, fragile et passagère, de la réalité constitutionnelle qui est, fondamentalement, une réalité coutumière » (p. 143).

Sa conception de la constitution renvoie à une « dualité » de cette notion qui combine la *constitution politique*, celle qui fixe l'organisation des pouvoirs de l'État, à la *constitution sociale*, qui, pour sa part, légitime son action, tout en guidant et limitant celle-ci. Cette conception duale « repose, toute entière, sur l'affirmation d'une antériorité historique de l'ordre individualiste par rapport à l'État » (p. 144). Selon Hauriou :

> L'ordre individualiste doit être placé en tête des matières constitutionnelles, non pas même comme préambule à la Constitution…, mais comme le premier et le

> plus essentiel chapitre, comme une constitution sociale, plus fondamentale encore que la constitution politique[2] (cité p. 144).

Ainsi, « la "constitution nationale" n'est autre qu'un "produit de l'histoire du droit", la traduction partielle, établie à un moment donné, de cette création historique évolutive que forme la "constitution sociale" » (p. 144).

Hauriou appréhende la notion de constitution

> comme une somme de principes et de valeurs qui ne se donne à voir que dans certaines de ses expressions (acte écrit) ou manifestations (processus constituant) et dont l'existence juridique est sujette à éclipses. Si les textes fondamentaux eux-mêmes ne sont que des formes éphémères, la constitution sociale demeure, quant à elle, toujours visible dans ses formes changeantes (p. 145).

Dans la pensée constitutionnelle de Hauriou, cette théorie d'une *constitution sociale* qui s'impose aux organes créés par la *constitution politique*, en premier lieu le législateur, est inséparable de son adhésion à la mise en place d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Celui-ci, opéré également à l'aune de la *constitution sociale*, permettrait de protéger les libertés et les droits individuels « contre les empiètements » (p. 152) du législateur.

Ces « *grands principes individualistes d'ordre et de justice qui ont fait la civilisation*[3] », ils fondent, selon Hauriou, la légitimité de l'État et doivent « guider et limiter son action » (p. 155). Ils forment « une supralégalité constitutionnelle » (p. 155) à laquelle les organes de révision ne peuvent, eux-mêmes, porter atteinte sans en recourir à la décision du peuple souverain. Ces principes destinés à demeurer intangibles, ce sont les droits et libertés proclamés par la Déclaration de 1789, la forme républicaine du gouvernement, la séparation des pouvoirs, le principe de l'égalité et de la publicité de l'impôt, ainsi que le principe de la hiérarchie administrative.

Quant à l'écart entre les lois constitutionnelles de 1875 et la pratique suivie, Hauriou l'analyse par le truchement de l'idée de « faussements de la constitution », c'est-à-dire de « simples états de fait qui ne modifient pas l'état de droit[4] », idée que Jacky Hummel met en parallèle avec « le modèle du « changement constitutionnel » (*Verfassungswandlung*) défini par Georg Jellinek comme « une modification de la constitution qui laisse inchangé formellement le texte de la constitution et qui résulte de faits qui ne sont pas nécessairement issus de l'intention de modifier la constitution ou de la conscience de le faire » (p. 158).

En définitive, dans la théorie de la constitution élaborée par Hauriou, « à l'instar d'un ruban de Möbius, les deux forces politique et sociale, écrite et coutumière, de la constitution n'en forment qu'une, qui symbolise et donne à voir la dialectique libérale du pouvoir légitime et de la liberté individuelle » (p. 161).

Ce sont les publicistes de la génération postérieure à celle de Hauriou, Duguit et Carré de Malberg qu'Alain Laquièze étudie ensuite, et leurs différentes appréhensions de la notion de constitution.

---

[2] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1re éd., Paris, Sirey, 1923, p. 57.

[3] *Ibid.*, p. 255.

[4] *Ibid.*, p. 261.

Promoteurs d'une conception du droit constitutionnel privilégiant largement l'histoire constitutionnelle comme l'étude des pratiques et faits politiques au détriment d'un véritable « effort théorique » (p. 166), Joseph Barthélemy et Paul Duez s'affirment « comme les tenants d'une acception matérielle » (p. 178) de la constitution. Elle les conduit à y intégrer les textes, les règles coutumières les complétant, mais également les règlements des assemblées, objet de toute l'attention de Joseph Barthélemy. Pour eux, « la suprématie de la constitution s'explique d'abord par son contenu » (p. 168), même si cette « suprématie » est battue en brèche par la pratique constitutionnelle.

Tenant d'un « formalisme modéré dans sa vision de la constitution » (p. 171) faisant une large place à la coutume, Achille Mestre insiste, parallèlement, sur les « spécificités de la procédure » (p. 174) de révision pour distinguer entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Il admet également, l'opportunité d'un contrôle de constitutionnalité de la loi, tout en pointant les limites, à cet égard, des lois de 1875, simple « code de procédure parlementaire » (p. 175).

Julien Laferrière, quant à lui, est un « partisan du formalisme constitutionnel » (p. 178) qui réduit strictement la place faite à la coutume. Il milite aussi pour la « constitutionnalisation de la Déclaration [de 1789 qui] aurait son utilité en vue de l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité » (p. 174).

Grand comparatiste, attaché à décrire les mécanismes constitutionnels de nombreux régimes, Boris Mirkine-Guetzévitch n'a pas, pour autant, souligne Julie Benetti, développé de réflexion sur la notion de constitution. Pour lui, « la constitution procède d'un amalgame » combinant au droit constitutionnel général, les « traditions politiques existantes » (p. 186) des pays en cause.

Au cours des années 1920, Mirkine s'intéresse surtout à la constitution comme « œuvre technique et de raison » (p. 185) davantage qu'en tant de concept. La technique juridique doit « encadrer le phénomène politique », enserrer la vie politique « dans des cadres de droit ». C'est bien, selon lui, la « tendance « déterminante et fondamentale » du nouveau droit constitutionnel de l'époque : la rationalisation du pouvoir » (p. 186). Or, dès la fin de la décennie, Mirkine en revient largement de cette capacité prêtée à la règle de droit de « modeler la réalité politique » (p. 187), prenant « peu à peu ses distances […] avec la science pure du droit constitutionnel » (p. 190) pour se convertir « à la science politique » (p. 191).

Grand administrativiste, Marcel Waline s'est quelquefois consacré au droit constitutionnel comme l'analyse Agnès Roblot-Troizier. Reposant sur un strict formalisme, sa conception de la notion de constitution, insistant « sur un lien logique entre constitution formelle et constitution rigide et entre rigidité et supériorité » (p. 207) des lois constitutionnelles se révèle avant tout largement représentative de la conception de la constitution de son époque.

Au sein de la doctrine de la toute fin de la Troisième République, étudiée par Jean-Marie Denquin, c'est principalement René Capitant qui a conceptualisé de la manière la plus approfondie la notion de la constitution. En théorisant le rôle prépondérant joué par la coutume constitutionnelle, par le droit non écrit, pour produire et ordonner les « règles de fonctionnement du régime », il explique l'écart entre les textes de 1875 et le droit positif. Georges Burdeau et Marcel Prélot, pour leur part, n'ont pas écrit sur la notion de constitution avant 1939, mais leur réflexion en la matière semble déjà élaborée en faveur d'une conception « strictement positiviste » (p. 218) pour le premier, en faveur d'une notion qui « se confond avec celle d'*institution* » (p. 226) pour le second.

Ce sont deux autres auteurs de la « jeune doctrine émergente » de la fin de la Troisième République : Charles Eisenmann et Roger Pinto qu'étudie Cécile Guérin-Bargues, deux auteurs ayant « en commun d'avoir été largement influencé par l'enseignement de Kelsen » (p. 238), tout en étant amenés à s'en éloigner « sensiblement » dans leur conception de la notion de constitution.

« Attentifs à une réalité sociale dont ils s'efforcent de rendre compte » (p. 238), Eisenmann et Pinto s'attachent « à penser ensemble le droit et son application » (p. 243). En « positiviste relativiste » (p. 238), le premier insiste sur la nécessité de « renoncer à un dualisme radical » entre science juridique et science politique. En « positiviste sociologique » (p. 239), le second considère que sont « inextricablement liés […] social et juridique, être et devoir être » (p. 242).

En découle chez ces deux auteurs, une « conception plutôt ouverte de la constitution » (p. 243), dans laquelle Eisenmann fait prévaloir sa « dimension matérielle », « fondamentale[5] » à ses yeux et sa « suprématie en tant que règle de droit » (p. 244) tandis que la conception de la constitution de Pinto combine sa « dimension normative » avec sa nature d'« instrument de gouvernement[6] ». Il approfondira cette « lecture politique » (p. 245) au début de la Ve République, à travers son analyse novatrice des institutions de 1958 (p. 246).

En définitive, « à l'aune de leur conception de l'interprétation » souligne Cécile Guérin-Bargues, Eisenmann et Pinto font montre d'« un enthousiasme modéré » (p. 247) quant à l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Eisenmann « semble se méfier des tendances de cours constitutionnelles à faire œuvre de "second pouvoir constituant"[7] » et à s'auto-investir d'un « véritable pouvoir positif de statuer », au-delà du « seul pouvoir négatif d'empêcher » (p. 249). Pinto, pour sa part, s'attache à « une sorte de plaidoyer en faveur d'un activisme juridictionnel limité au seul domaine des libertés individuelles » (p. 251) mais qui laisserait au législateur la pleine capacité d'« interpréter (sans limites) les attentes et les besoins de la société » (p. 251) en matière économique et sociale. Position qui est directement issue de l'observation de la jurisprudence de la Cour Suprême américaine dans les années 1920 et 1930.

Dans son propos de conclusion, Constance Grewe invite à s'interroger « sur la contribution de la doctrine de la Troisième République à l'explication de nos manières contemporaines de penser la constitution », une contribution majeure, à ses yeux, expliquant « en partie certaines particularités de la doctrine constitutionnelle actuelle » (p. 254).

D'abord parce que la doctrine de la Troisième République n'est pas véritablement parvenue à articuler « les deux dimensions (juridique et politique) de la constitution » (p. 256) tandis que « la majorité de la doctrine actuelle n'a toujours pas vraiment résolu la difficulté que représente la polysémie, ou du moins la dualité de la notion de constitution » (p. 256). Ensuite parce que subsistent des « impasses similaires » portant sur l'analyse juridique du problème de l'effectivité », sur

---

[5] C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. 3. (Cité p. 243.)

[6] R. Pinto, *Des juges qui ne gouvernent pas*, Paris, Sirey, 1934, p. 21. (Cité p. 245.)

[7] C. Eisenmann, « La justice constitutionnelle dans la République Fédérale d'Allemagne », in G. Conac, H. Maisl et J. Vaudiaux (dir.), *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon* Paris, Economica, 1982, p. 562.

« l'écriture constitutionnelle » et sur la question des « implications de la supériorité constitutionnelle » (p. 259). Enfin, parce la « lourdeur de l'héritage de la Troisième République » empêche, selon elle, encore trop la doctrine actuelle de « prendre de la distance et [de] s'interroger sur l'adaptation des concepts classiques au monde contemporain » (p. 260).

Quelle meilleure justification pourrait-on donner de l'importance scientifique de ce colloque organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques de l'Université de Paris II pour expliquer que « les incertitudes qui caractérisent l'emploi du mot constitution viennent de loin » et appellent à d'autres questionnements sur la notion qui a donné son nom au droit constitutionnel.

Jean-Félix de Bujadoux

Docteur en Droit public (Université Panthéon-Assas).

Jean-Marie Denquin

L. Morel, *La question du référendum* (2020)*

Le livre de Laurence Morel, *La question du référendum*, aborde, malgré l'unicité qu'évoque son titre, deux thématiques distinctes quoiqu'étroitement liées. Dans une optique descriptive, il répond à la question « qu'est qu'un référendum ? ». Dans une optique normative, il s'interroge sur l'opportunité de développer en France l'usage du référendum et répond affirmativement à cette question. Une analyse et un plaidoyer, donc. Ces problématiques doivent être considérées successivement.

Sur le premier point, deux remarques préalables doivent être faites. Laurence Morel rejette l'opposition binaire entre le référendum et le plébiscite, qui a longtemps paralysé dans notre pays toute réflexion sur le thème de la participation directe du peuple à son propre gouvernement. La recherche d'un critère susceptible de distinguer deux *essences*, l'une absolument perverse, l'autre parfaitement angélique – ou neutre mais qu'il convient d'éviter en pratique – était *a priori* vouée à l'échec : il était plus qu'improbable, à l'évidence, qu'un hasard terminologique, la présence de deux termes synonymes mais de signes inverses, reflétât une quelconque nature des choses. Ce postulat normatif, quoique non juridique, frappait d'avance de nullité toute doctrine qui admettait cette dichotomie et rendait suspecte toute réflexion qui l'ignorait, condamnant ainsi toute réflexion sur le sujet à ressasser les mêmes pseudo-évidences. Le rejet de cet axiome trompeur permet donc à Laurence Morel d'examiner l'ensemble des phénomènes dans leur diversité et dans leur complexité. On note cependant que, si elle manifeste explicitement des « réticences » (p. 121) à l'usage du mot « plébiscite », elle ne renonce pas à l'emploi de l'adjectif « plébiscitaire » et risque même le néologisme « "déplébicitariser" » (p. 280), ce qui rend le sens de ces termes quelque peu problématique. Il est à craindre que le recours à Max Weber, dont l'autorité sert volontiers à crédibiliser des idées vagues, soit ici d'un faible secours : le grand homme, mort en 1920, n'a pu confronter ses extrapolations avec l'évolution du régime de Weimar, pour ne rien dire de la V^{e} République. Le rapport entre les mots qu'il utilise et la réalité qu'ils sont censés décrire préventivement demeure donc incertain.

D'autre part Laurence Morel ne manque pas d'observer le caractère discutable de l'expression « démocratie directe ». Il n'est pas douteux en effet que, dans tous les cas de figure qu'elle envisage, le « peuple » – quelle que soit la définition, juridique, sociologique, idéologique retenue de ce terme, ou en l'absence de toute définition – ne saurait prendre l'initiative de s'interroger lui-même. Seuls des individus ou des groupes d'individus, détenteurs ou non d'un mandat électif, peuvent

* L. Morel, *La question du référendum*, Paris, Sciences-Po Les presses, 2019, 307 p.

décider le principe d'une consultation du « peuple » considéré globalement et formuler la question à laquelle il va répondre. Elle conserve néanmoins l'usage de l'expression litigieuse, sans doute pour ne pas effaroucher le public auquel s'adresse son livre. Pourtant l'ensemble de ses réflexions montre à quel point la « démocratie directe » dont elle traite se révèle effectivement, dans la pratique, « semi ». N'observe-t-elle pas elle-même que les Français « partagent pour la plupart la même aspiration à une démocratie représentative qui serait simplement un peu plus directe » (*sic*, p. 159) ?

Sur ces bases, l'ouvrage présente un large panorama de la diffusion qu'ont connue récemment dans le monde les procédures de « démocratie directe ». Libérée de la nécessité de départager le bien et le mal, Laurence Morel peut déployer une « typologie des procédures de vote » (p. 21) et une « typologie *simplifiée* des référendums » (p. 37). Elle montre ainsi que, loin d'être réductibles à des essences contradictoires, ces phénomènes se présentent en réalité sous la forme d'un *continuum* entre des polarités contraires, objet du vote et choix des gouvernants d'une part, pouvoir législatif du citoyen maximal à minimal d'autre part. Ces analyses sont fondées sur des critères objectifs et pertinents (p. 23), dont l'auteur montre d'ailleurs les inévitables limites et recoupements impliqués par la complexité et l'ambiguïté des objets décrits. Elles apportent en outre beaucoup d'éléments factuels utiles sur des systèmes constitutionnels rarement évoqués.

Les remarques sur les profils nationaux et les théories sur la diffusion du référendum paraissent moins intéressantes. L'usage de statistiques n'apporte, ici comme bien souvent, qu'une illusion de scientificité. D'une part les chiffres sont par eux-mêmes dépourvus de valeur explicative. Quantifier, d'autre part, suppose toujours une qualification préalable des objets décomptés, donc la réduction du divers à quelques types abstraits : on ne retrouve à la fin que ce qui a été posé au début. Quand, à l'inverse, on s'efforce de décrire les pratiques effectives, la diversité des situations, des enjeux, des stratégies et des conséquences conduit à tangenter dangereusement l'énumération : les choses sont ce qu'elles sont et la Suisse, la Suisse. Conclusion peu discutable, mais qui accroît faiblement l'intelligibilité des phénomènes.

Les développements historiques et les réflexions sur le cas français constituent des rappels utiles pour le grand public mais n'apportent guère de neuf. Approfondir l'analyse aurait supposé, il est vrai, de mettre en question certains présupposés de la vulgate dominante en la matière. Ce n'est pas visiblement le but de l'ouvrage. En revanche l'analyse des développements récents qu'a connus le thème s'avère fort intéressante. On observe en effet, après 2005, un regain d'intérêt pour le référendum. Laurence Morel en présente une chronique minutieuse, d'autant plus utile que l'actualité efface à mesure ce qu'elle promeut. Elle montre ainsi le contraste entre l'intérêt manifesté par l'opinion et le caractère extrêmement décevant des progrès accomplis. Les responsables politiques multiplient les promesses électorales mais leurs réticences demeurent toujours aussi vives. Aussi en sont-ils réduits à opérer « une marche forcée à reculons » (p. 138) qui se traduit par des réformes timides, difficilement applicables et logiquement inappliquées. La révision dérisoire de l'article 11 concédée en 2008 en demeure l'exemple indépassable. Les mêmes phénomènes s'observent dans la mise en œuvre du référendum local.

À partir du chapitre VI, la description de ce qui existe ou a existé cède le pas à la question de savoir ce qu'il conviendrait de faire. Le plaidoyer en faveur de l'institution d'une certaine « démocratie directe » commence par une question : le référendum peut-il constituer une réponse à ce qu'il est convenu d'appeler la « crise de la représentation » ? Laurence Morel observe à juste titre que la réponse dépend

du sens que l'on donne à cette formule, notoirement ambiguë. Si l'on définit celle-ci comme le sentiment d'impuissance des citoyens, confrontés à des évolutions pénibles qu'ils subissent sans que leurs sentiments paraissent jamais pris en considération, et l'inévitable perte de confiance qui en procède – d'autres définitions seraient à l'évidence possible – il en résulte que le problème pertinent est de savoir si le recours au référendum permettrait de rétablir une confiance relative des gouvernés à l'égard des gouvernants. Or « en Suisse […] le référendum contribue à la confiance élevée envers le système politique » (p. 163). Ce résultat n'est toutefois atteint que si les consultations renforcent effectivement l'influence des citoyens : l'Italie constitue à cet égard un contre-exemple. Il en résulte également un plus grand sentiment de proximité avec les élus. Un véritable dialogue entre représentés et représentants peut ainsi s'instaurer. Ces phénomènes pourraient constituer « une sorte d'antidote au populisme » (p. 167) et tracer la voie d'une « démocratie consensuelle » (p. 169). Ils pourraient aussi, dans le cas français, en développant conjointement la démocratie représentative et l'usage du référendum, développer un « correctif au "présidentialisme absolu" » (p. 173).

Laurence Morel examine ensuite les critiques de la « démocratie directe » fondées sur la thèse paradoxale selon laquelle le référendum serait par nature antidémocratique. Non seulement les résultats de celui-ci seraient irréversibles – l'inconvénient suppose, observons-le en passant, que les auteurs de l'objection soient en désaccord avec le résultat du scrutin – mais plus généralement ce type de consultation n'exprimerait que le sentiment d'une minorité : minorité d'électeurs, en cas d'abstention massive, ou minorité de personnes concernées parce qu'une partie de la « population affectée » ne dispose pas du droit de vote. Or d'une part l'étude des cas concrets infirme très souvent ces diagnostics *a priori* ; d'autre part ces objections peuvent tout aussi bien – ou tout aussi peu – être adressées à la démocratie représentative. Enfin une mise en œuvre raisonnable des modalités techniques (c'est-à-dire juridiques) disponibles – *quorum* de participation ou d'approbation, voire vote obligatoire – et des comportements adaptés – choix judicieux des questions posées, campagnes visant à éclairer et mobiliser les électeurs – paraissent de nature à éviter des résultats en contradiction avec l'opinion potentiellement majoritaire.

À ces critiques quantitatives, pour ainsi dire, s'ajoutent des critiques qualitatives, qui soutiennent que « le résultat du référendum serait inapte à exprimer une volonté populaire "authentique" » (p. 206), c'est-à-dire à émettre un « vote autonome, compétent, non manipulé » (p. 222). Les choix des électeurs, incompétents et manipulés, seraient à l'inverse insusceptibles de « produire des décisions reflétant les préférences raisonnées des citoyens » (p. 223). Ils auraient en particulier fortement tendance à ne pas répondre aux questions posées, soit qu'ils les comprennent mal, soit qu'ils saisissent l'occasion pour manifester leur insatisfaction à l'égard de ceux qui les posent. Or il semble qu'on ne puisse « à cette critique opposer de réponse scientifique certaine » (*ibid.*).

Mais la question est-elle d'ordre scientifique ? Les études auxquelles se réfère Laurence Morel ne peuvent se fonder que sur des sondages. Ceux-ci sont épistémologiquement fragiles. Il paraît peu rationnel d'établir rationnellement une distinction objective entre ce qui, dans les choix des individus, relève de la rationalité et de l'émotivité. À supposer qu'on y parvienne, les personnes interrogées sont-elles des virtuoses de l'autoanalyse ? Ont-elles des motifs clairement individualisés ? Les réponses ne sont-elles pas induites par des questions équivoques et stéréotypées ? Les conclusions de ces enquêtes sont, il est vrai, peu compromettantes :

« La part du vote […] obéissant à des "émotions" plutôt qu'à des arguments raisonnés, serait plus importante sur la question la plus complexe et la moins familière » que sur les autres. « Les possibilités de manipulation sur une question complexe seraient […] accrues en cas de campagne déséquilibrée » (p. 225-226). Certes. Ne serait-il pas plus instructif, cependant, de s'interroger sur la problématique elle-même ? Les votes émis dans les assemblées parlementaires sont-ils toujours autonomes, compétents, non manipulés ? Aux vertus qu'on exige des citoyens, beaucoup d'élus seraient-il dignes d'être électeurs ? Qui peut, et au nom de quoi peut-on refuser à un individu le droit de choisir selon ses propres critères ? Laurence Morel a raison de placer le mot « authentique » entre guillemets, car en ces matières le jugement de réalité suit au lieu de précéder le jugement de valeur. Chacun juge *authentique* l'opinion conforme à la sienne. Si celle-ci l'emporte, les raisons pour laquelle elle a été choisie sont toujours bonnes. Le verdict porté sur la nature et la valeur de la procédure est déterminé par son résultat, acquis ou escompté. Si le sens du vote sur Notre-Dame des Landes avait été politiquement correct, son caractère démocratique n'aurait pas été douteux : le référendum consultatif fût devenu obligatoire.

Après l'examen de cette critique moderne et supposée « "éclairée" » (p. 247), qui met en cause la capacité du référendum à exprimer adéquatement les préférences des citoyens – tout en posant le postulat que les représentants y parviennent toujours parfaitement – Laurence Morel en vient à discuter les arguments traditionnellement opposés à l'institution. Ceux-ci portent en premier lieu sur les conséquences des consultations référendaires. Ne produisent-elles pas des décisions contraires à l'intérêt général ? Sur ce point, elle observe que la compétence n'est pas la seule condition pour reconnaître et faire prévaloir celui-ci. L'impartialité s'avère, à cet égard, tout aussi indispensable. Or il est clair que le citoyen a plus de chance que le responsable politique de ne pas être déterminé par ses passions et ses intérêts, électoraux et partisans, ou de ne pas être soumis à l'influence des *lobbies* : il est le véritable « spectateur impartial » dont parle Raymond Boudon (cité p. 249). Le référendum est-il par nature, comme on le prétend souvent, conservateur, voire réactionnaire ? Les expériences suisses et italiennes montrent plutôt le contraire. Est-il défavorable aux droits des minorités et, plus généralement, aux droits individuels ? Ce risque paraît « très surestimé » (p. 260) : les analyses empiriques ne le confirment pas globalement. Est-il enfin incompatible avec les compromis, seuls susceptibles d'engendrer un consensus ? On ne voit pas qu'il le soit plus que la démocratie représentative, où les décisions majoritaires sont fréquentes et souvent vivement contestées. (On pourrait ajouter à cette remarque que le consensus constitue, en toute hypothèse, l'exception et non la règle : l'unanimité est quasiment inaccessible, quels que soient l'enjeu et les modalités de la délibération.) D'un point de vue général, « c'est […] la routinisation [de la procédure] et les "bonnes pratiques" qui rendent la démocratie directe potentiellement moins perturbatrice, ce qui renforce ultérieurement la culture politique consensuelle » (p. 275). Enfin beaucoup de critiques adressées au référendum, accusé de freiner, voire de paralyser l'action publique, de la rendre incohérente ou de déresponsabiliser les gouvernants en renvoyant aux gouvernés le soin de trancher les questions délicates, paraissent « relever d'une sorte d'extrapolation de certaines potentialités négatives du procédé qui n'ont pas le moindre début de confirmation dans les faits » (p. 277).

La conclusion du livre récapitule les principaux enseignements qu'apporte, selon Laurence Morel, l'analyse des pratiques effectives. Mais elle prend également position dans le débat qui s'était instauré, à l'époque de la rédaction de l'ouvrage, autour des réformes visant à promouvoir la « démocratie directe ». On sait que ces

projets n'ont pas eu de suite et ont cédé la place à d'autres préoccupations, aujourd'hui (avril 2021) encore dominantes. Il n'en demeure pas moins que si la question revient à l'ordre du jour, « une bonne législation référendaire » (p. 293) demeurera une condition *sine qua non*. En matière institutionnelle la politique est aussi juridique que le droit est politique.

*
**

Le livre de Laurence Morel est d'une remarquable richesse. Il apporte une foule d'informations, fait le point sur les critiques traditionnelles mais aussi modernistes, voire conjoncturelles, adressées à l'institution référendaire et leur apporte des réponses mesurées qui paraissent, si l'on ne pratique pas une hostilité de principe à l'égard de l'institution, globalement convaincantes. On peut se demander cependant si les deux dimensions qu'il présente – l'analyse scientifique et le plaidoyer en défense – ne se nuisent pas quelque peu. D'un point de vue factuel, le choix entre un grand nombre de procédures possibles, la diversité des variantes envisageables pour chacune d'entre elles et des précautions à observer rend particulièrement délicat les choix concrets qui devraient présider à leur mise en œuvre. Du point de vue des valeurs, le constat, réaliste, que la « démocratie directe » peut engendrer le pire comme le meilleur, et l'observation, non moins pertinente, qu'il en est de même de la démocratie représentative, ne conduisent-ils pas à s'interroger sur l'utilité de changer les choses, donc à privilégier l'existant – démarche cette fois franchement conservatrice, mais qui n'effarouche pas, semble-t-il, les pourfendeurs du référendum ? Ce qui fait, aux yeux de ses partisans, pencher la balance en faveur de la « démocratie directe » ne relève pas d'un examen pragmatique des faits, qui tend à réfuter les arguments négatifs plus qu'il n'apporte d'arguments positifs en faveur de l'institution. Le choix entre mettre ou non en œuvre la consultation des citoyens ne peut procéder que d'une décision de principe. Robert Dahl observait, comme le rappelle Laurence Morel, que le pouvoir des experts, l'« épistocratie », s'avère insusceptible de définir les fins qu'une société de donne à elle-même et ne présente aucune garantie éthique (p. 231). Rousseau lui-même n'a jamais prétendu que la démocratie (au sens, antique, où il l'entend, c'est-à-dire comme un régime où le peuple exerce le pouvoir *exécutif*) est nécessairement le meilleur régime : il dit explicitement le contraire. Mais il pose le principe selon lequel seule la *volonté générale*, qu'il distingue explicitement de la *volonté de tous* et qui implique donc le respect des valeurs essentielles à une société, peut fonder un pouvoir légitime. Les citoyens ont donc un *droit* imprescriptible à s'exprimer sur les sujets qui les concernent. Permettre aux gens de se mêler de leurs propres affaires n'est pas un moyen d'établir un « bon gouvernement » – notion peu claire, que personne n'est jamais parvenu à définir objectivement, *a fortiori* à instituer – c'est une fin en soi : fonder un gouvernement légitime. Il est clair que cette exigence rencontre des limites, à commencer par le fait que la liberté des modernes, comme le disait Benjamin Constant suppose, par opposition à la liberté des anciens, un droit de ne pas s'occuper des affaires publiques. Il va de soi aussi que les consultations populaires ne peuvent en fait s'appliquer à tout et doivent être définies en droit avec le plus grand soin. Mais il est hors de doute qu'on ne peut en nier radicalement le principe. Dans le cas contraire, un régime, même s'il se définit officiellement comme une démocratie, ne saurait être autre chose qu'un despotisme (plus ou moins) éclairé.

Jean-Marie Denquin

Professeur émérite de l'université Paris Nanterre, est l'auteur de plusieurs ouvrages en droit constitutionnel et théorie du droit, parus notamment dans *Jus politicum*. Un recueil de ses textes a été publié chez Dalloz en 2019.

Jacky Hummel

O. Ferreira, *Le constitutionnalisme octroyé. Itinéraire d'un interconstitutionnalisme au XIX^e^ siècle (France, Portugal, Brésil)* (2019)*

Au nombre des pages du grand livre que forme l'histoire constitutionnelle, celles relatives à l'âge des monarchies limitées ou pré-parlementaires figurent sans conteste parmi les plus passionnantes. Cette période historique se présente, en effet, pour reprendre des termes qu'Emmanuel de Waresquiel[1] a employés à propos de la Restauration française, comme « unique du point de vue de l'agencement des temps, entre le passé, le présent et le futur », marquée par « des chevauchements, des coexistences de temps différents entre [diverses] générations ». Ce faisant, sa description et son interprétation commandent de mettre en évidence les correspondances entre différentes temporalités, à savoir les temps entremêlés des choses vivantes et des choses mortes – qu'elles appartiennent à l'histoire des idées ou à l'histoire politique et sociale – qui ont accompagné l'apparition des formes constitutionnelles. L'étude qu'Oscar Ferreira a consacrée au *constitutionnalisme octroyé* ne se départit jamais d'une telle exigence grâce à une compréhension élargie de l'histoire constitutionnelle, c'est-à-dire une histoire non pas réduite à l'accumulation des faits historiques et des moments constituants (qu'Adolphe Thiers comparait à de « misérables comédies constitutionnelles »), mais entendue comme une aventure intellectuelle à l'aune de laquelle il est possible d'identifier, par-delà les inflexions du droit positif, les fils culturels dont sont tissées les formes constitutionnelles.

Se tenant à distance de l'interprétation linéaire de l'histoire constitutionnelle qui a emporté, au XIX^e^ siècle, dans la littérature libérale française et dans les écrits positivistes inspirés d'Auguste Comte, une intelligence appauvrie du constitutionnalisme moderne, Oscar Ferreira observe que ce dernier ne saurait être uniquement appréhendé comme un mouvement historique, initié en 1789, aux fins de limiter le pouvoir étatique au profit des libertés individuelles. Cette lecture « française » de l'histoire constitutionnelle européenne, qui s'est substituée à l'interprétation cyclique d'un cours de l'histoire rythmé par des phases successives de grandeur et de décadence, conduit, à ses yeux, à méconnaître les valeurs inhérentes au constitutionnalisme ancien qui, en perpétuant « le règne aristotélico-thomiste de la justice

* O. Ferreira, *Le constitutionnalisme octroyé. Itinéraire d'un interconstitutionnalisme au XIX^e^ siècle (France, Portugal, Brésil)*, Paris, Éditions Eska, 2019, 428 p.

[1] « Avant-propos », in E. de Waresquiel, *Penser la Restauration 1814–1830*, Paris, Tallandier, 2020, p. 12.

ou le règne de la loi (chrétienne) », avait déjà eu pour objet de « préserver et de propager une valeur (y compris de liberté) ».

Au fil du savant périple auquel il invite ses lecteurs par l'exploration d'une vaste cartographie constitutionnelle (après avoir quitté le « port endormi » de la Restauration française, ces derniers sont conviés à un « vagabondage constitutionnel » au Portugal, de l'octroi de la Charte de 1826 à la chute de la monarchie en 1910, avant de traverser l'Océan pour un « pèlerinage » au sein d'un Brésil monarchique puis républicain), son propos n'est pas d'écrire une histoire constitutionnelle comparée du XIXe siècle. En effet, il ne s'agit pas uniquement de rappeler que la monarchie limitée a été, par une consécration de la concurrence des principes de légitimité, une forme historique permettant un passage pacifié vers la démocratie parlementaire (l'histoire constitutionnelle n'est pas étudiée ici à l'aune de la traditionnelle question de la naissance du gouvernement parlementaire). En empruntant à la fois à l'histoire des idées et à la pensée constitutionnelle, O. Ferreira se propose plus précisément de mettre au jour un concept méconnu de l'historiographie constitutionnelle dont le XIXe siècle porte témoignage. Ce concept est celui du *constitutionnalisme octroyé* (expression faisant référence à l'octroi par D. Pedro, premier Empereur du Brésil et éphémère roi du Portugal, de la *Carta constitucional* de 1826) dont la vocation historique a été de concilier les propriétés du constitutionnalisme moderne (écriture de la loi fondamentale, séparation des pouvoirs et reconnaissance des droits individuels) avec l'héritage du constitutionnalisme ancien (antique et médiéval). Sensible au cadre de pensée qu'ont longtemps formé les facteurs moraux et religieux dans l'histoire du droit politique, O. Ferreira prend soin de reconnaître, dans les transformations historiques du constitutionnalisme, la « part que l'on doit, non plus à la modernité, mais aux Anciens ». À cet égard, le *constitutionnalisme octroyé* a accompagné l'inscription des formes constitutionnelles dans un temps long par lequel les nouveaux idéaux sont parvenus peu à peu à s'agréger au monde hérité. Ce souhait de recouvrer, au sein d'une modernité démocratique peu à peu gagnée par *l'instinct de masse* (pour reprendre le terme qu'utilisera plus tard Elias Canetti dans *Masse et puissance*), les vertus et grandeurs d'un âge révolu aux fins d'« [éviter] à toute une génération la tristesse du siècle » est, par exemple, formulé par le penseur socialiste hégélien Joaquim Pedro de Oliveira Martins qui voit dans le droit constitutionnel une œuvre révélée par l'histoire et les religions.

Le lecteur se surprend ainsi à penser que si le *siècle des révolutions (1660–1789)*, berceau historique et intellectuel de la monarchie limitée dont Edmond Dziembowski a récemment redessiné la trame[2], a été celui du déclin de l'ordre immémorial de l'Ancien Régime, le *siècle des constitutions* que forme le XIXe siècle a été marqué, quant à lui, si ce n'est par la *persistance* (au sens d'Arno Mayer), du moins par l'ombre portée de cet ordre classique sur les formes constitutionnelles. L'ouvrage montre, en effet, fort bien que la tâche historique du constitutionnalisme monarchique aura été de diffuser et d'inscrire dans des formes encore marquées par d'anciennes traditions les traits de la modernité constitutionnelle aux fins de mieux les dissimuler (il est vrai, comme l'observe O. Ferreira, que « les mœurs, la religion, une éducation publique et politique de façon générale, adaptant aux temps présents la *paideia* grecque, formaient un ensemble harmonieux » sur lequel ont toujours reposé la technique et la pensée juridiques). L'ancrage durable de la modernité constitutionnelle au sein d'espaces dépourvus d'éducation politique a ainsi com-

[2] E. Dziembowski, *Le siècle des révolutions (1660–1789)*, Paris, Perrin, 2019, 546 p.

mandé, à la faveur du jeu des *migrations constitutionnelles*, une « phase de transition, d'adaptation, mais aussi de rencontre ». Les lecteurs de l'ouvrage, même ceux convaincus du fait que *la crise de la conscience européenne* a définitivement sécularisé les questions du droit politique, seront sensibles à l'idée que les premières décennies du XIXe siècle ont réactivé des sensibilités propres à l'Ancien Régime qui avaient été effacées par le mouvement révolutionnaire. Il est ainsi montré que si le Brésil a rompu, à la faveur de la proclamation de son indépendance en août 1825, les liens qui le liaient au « droit constitutionnel » d'Ancien Régime, il ne s'est pas toutefois affranchi du cadre intellectuel chrétien qui légitimait ce dernier.

Témoigne tout particulièrement d'un moment historique de « rencontre » le fait que la mission historique dévolue au *constitutionnalisme octroyé* ait été essentiellement de nature « éducatrice, pour ne pas dire messianique », se présentant ainsi sous la forme d'un apprentissage à la modernité pris en charge par le monarque (ce que traduit, par exemple, dans le Portugal des années 1850, la polarisation du débat politique autour de la question de l'éducation constitutionnelle). Quant à l'acculturation à un nouvel état d'esprit, l'ouvrage montre, de manière très convaincante, les difficultés qu'a rencontrées un tel processus au Brésil, pays qui, du fait d'une éducation constitutionnelle défaillante, a abandonné sa destinée politique entre les mains d'hommes providentiels ou de militaires. À la faveur d'une substitution de l'idéologie militariste à l'*ethos* du constitutionnalisme ancien, le Brésil s'est trouvé « condamné à passer le XXe à l'ombre des épées, substitut tragique [du] pouvoir d'éducation qui s'érige hypocritement en gardien de la Constitution ».

Appréhendé sous la forme d'un improbable « interconstitutionnalisme », le *constitutionnalisme octroyé* a comblé un lieu vide, celui « laissé libre par la perte de légitimité de l'ordre juridique ancien » dans le but d'asseoir un ordre désormais plus rationnel. Toutefois, la voie empruntée par les acteurs pour franchir la ligne de partage des âges culturels du constitutionnalisme s'est apparentée à une incertaine et périlleuse ligne de crête. Cet enseignement est particulièrement précieux pour la compréhension du *constitutionnalisme global* : l'histoire du XIXe siècle enseigne que tout processus d'acculturation juridique commande un travail d'éducation du fait que l'adoption des valeurs du constitutionnalisme moderne n'exige pas seulement un transfert de formes juridiques, mais invite également les acteurs à reconsidérer ce qui fait société. À cet égard, en arrimant le droit constitutionnel à l'État, la doctrine juridique contemporaine passe quelque peu sous silence « le malaise » que peuvent ressentir les acteurs qui effectuent cette périlleuse traversée entre deux mondes constitutionnels. Le XIXe siècle brésilien renferme, à cet égard, une expérience très éclairante : en l'absence d'un ordre étatique solidement structuré, ont été conservées, dans les années 1820, les traditions du constitutionnalisme antique et médiéval, tout particulièrement celles relatives au comportement des acteurs en charge du pouvoir. On mesure alors aisément, quant à ces questions, tout le profit d'une conception ambitieuse de l'histoire constitutionnelle, c'est-à-dire donnée à voir comme une histoire de la pensée constitutionnelle : en effet, si l'affirmation d'un continuum historique dissipe quelque peu l'opacité des temps, renoncer à suivre le chemin de la linéarité, comme le fait O. Ferreira, constitue, au contraire, une entreprise plus exigeante qui expose, au regard du chercheur, de multiples objets. Au nombre des normes sociales, culturelles et politiques (c'est-à-dire étrangères, par leur nature, à l'arsenal du constitutionnalisme moderne) qui encadrent l'exercice du pouvoir, il faut compter la moralité constitutionnelle. Si la réalité historique a souvent fait de celle-ci un « simulacre », elle en a également conservé une empreinte durable qui a alimenté, à la fin du XIXe siècle, la critique d'un constitutionnalisme moderne réduit à la seule garantie des droits (dénonçant,

en 1888, l'effacement de la morale constitutionnelle, E. Hintze Ribeiro constate, désabusé, la « triste vérité » de droits individuels désormais abandonnés « à la merci des gouvernements »)[3].

Désireuse de saisir la spécificité des sociétés étudiées et d'écarter toute interprétation positiviste de la réalité historique, la voie méthodologique empruntée conduit à montrer, quant à l'évolution politique du Brésil, que D. Pedro a octroyé, en 1824, une constitution au nom d'un constitutionnalisme « plus soucieux de la formation de l'homme brésilien et du sentiment constitutionnel que de la norme juridique *stricto sensu* ». Au soutien de cette démonstration, il est mis en évidence que les valeurs religieuses et morales conservées par la Constitution brésilienne de 1824 permettaient, paradoxalement, du fait de leur normativité, de garantir le respect de ce texte constitutionnel dont la sacralisation va peu à peu accompagner la nationalisation.

La description du moment de transition entre les deux époques constitutionnelles ne fait pas l'économie d'une étude approfondie de la technique de l'octroi qui, durant la Restauration française, permet de « terminer la Révolution tout en profitant des bienfaits supposés du constitutionnalisme moderne ». La Charte octroyée par Louis XVIII, dont le rôle historique fut de faciliter une transmission des principes de la Constitution anglaise au sein des monarchies européennes de l'époque, ne saurait, sur le plan domestique, embrasser l'entièreté de la Constitution du royaume et, ce faisant, présente moins les traits d'un compromis politique que ceux d'une tentative d'accommodement avec une réalité sociale profondément transformée par la Révolution. Dans un débat politique et doctrinal alors fortement marqué par la question de la survivance de la constitution coutumière (que Daunou qualifiait d'« amas de débris constitutionnels confusément renversés l'un sur l'autre »), les ultras considèrent que l'exercice d'un pouvoir constituant par le roi n'est qu'un « cheval de Troie » destiné à séculariser le droit public par l'infusion d'idéaux révolutionnaires au sein de la Constitution monarchique. Si cette appropriation du pouvoir constituant permet de sauvegarder le principe monarchique, elle n'empêche pas le piège contractualiste de se refermer sur le roi. Pour sa part, la pensée libérale est dominée par la question du respect du serment et par celle de l'inaltérabilité de la Charte (du fait du silence de cette dernière sur ses modalités de révision, Tocqueville a observé que si le roi, les pairs ou les députés s'avisaient de détruire la Charte, ils se détruiraient eux-mêmes). À la faveur d'une discussion serrée très stimulante, O. Ferreira démontre que cette inaltérabilité « ne reposait pas uniquement sur la glose de son texte », mais se trouvait aussi « défendue en faisant référence à son esprit, précisément en vertu de la théorie du contrat, mais aussi au nom de la civilisation qu'elle était censée inaugurer ». Ce terme de *civilisation*, entendu par Guizot comme le *principe de la synthèse* des développements de l'état social et de l'état moral (à la faveur d'une intelligence de l'histoire qui n'est plus celle de Condorcet, mais celle d'un Hegel la comprenant dans sa dimension aussi

[3] O. Ferreira n'est pas dupe des possibles équivoques du projet d'encadrement du constitutionnalisme moderne par les exigences morales et religieuses du constitutionnalisme ancien. Sur la traduction historique d'un tel projet qu'a constitué l'inscription du constitutionnalisme autoritaire salazariste dans l'héritage monarchique du constitutionnalisme octroyé, voir O. Ferreira, « Un héritage indicible du constitutionnalisme octroyé ? La doctrine constitutionnelle éclectique des cathédocrates sous l'État Nouveau portugais », *Jus Politicum*, nº 25, 2021, p. 27-64 [http://juspoliticum.com/article/Un-heritage-indicible-du-constitutionnalisme-octroye-La-doctrine-constitutionnelle-eclectique-des-cathedocrates-sous-l-Etat-Nouveau-portugais-1349.html].

bien objective que conceptuelle) appartient au vocable du constitutionnalisme doctrinaire dont les héritiers lusophones s'efforceront d'établir un pont entre les différents âges du constitutionnalisme. À la faveur de ces développements, le débat relatif à la Charte de 1814, exposé de manière comparative (tout particulièrement quant à sa force d'attraction), échappe à la grille de lecture franco-centrée traditionnellement imposée par l'historiographie constitutionnelle française.

La teneur quelque peu mélancolique de l'ouvrage procède du fait que l'histoire du *constitutionnalisme octroyé* est essentiellement celle de son échec et des déceptions qu'il a suscitées. Sa réception durable commandait, en effet, un environnement politique et intellectuel favorable qui a souvent fait défaut : ainsi, les acteurs de la Restauration française, peu disposés à faire vivre une culture du compromis, ne parviennent pas à faire tenir ensemble « tout ce qu'il y avait de possible dans le passé avec tout ce qu'il y avait de possible dans le présent » (pour reprendre une formule de Chateaubriand). Au Brésil, les promesses civiques qu'a fait naître le *constitutionnalisme octroyé* ont été « formulées sur un ton [...] trop messianique pour ne pas nourrir les désillusions finales des républicains et des futurs salazaristes ». Toutefois, malgré ses déconvenues, l'histoire ici racontée, avec un luxe d'érudition et un louable raffinement d'écriture, renferme la leçon suivante : la pensée politique et constitutionnelle qui a été mobilisée au XIXe siècle, aussi bien en France qu'au Portugal et au Brésil, au soutien d'une possible réunion des constitutionnalismes moderne et classique s'est présentée sous les traits d'« un prolongement de l'humanisme civique sur le terrain constitutionnel ». Cette leçon confirme la dette dont nous savons l'affirmation des constitutions modernes être redevable à l'égard du républicanisme (qui a pu être qualifié de puissant « levier [...] de mise à jour de l'histoire constitutionnelle[4] »).

Par-delà ses caractéristiques les plus généralement signalées (la neutralisation des passions politiques par la modération de l'équilibre des pouvoirs), le constitutionnalisme monarchique renfermait la singulière affirmation d'un *pouvoir constituant conservateur*. Si ce concept est devenu désormais, si ce n'est inintelligible, du moins étranger à notre pensée juridique dominée par l'affirmation d'une puissance démocratique tout à la fois créatrice et destructrice, il a été, au XIXe siècle, théorisé et défendu par des acteurs politiques et des théoriciens constitutionnels qui se tenaient, avec une inquiétude et une exaltation mêlées, entre deux mondes. Tout en sachant inéluctable la fin de leur univers politique et culturel, ils s'efforçaient de suivre le nouveau cours des choses constitutionnelles en demeurant fidèles à certains héritages classiques. Il est vrai que l'histoire constitutionnelle est une histoire où les spectres cohabitent avec les vivants.

Jacky Hummel

Jacky Hummel est Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes1. Il est l'auteur notamment de *Le constitutionnalisme allemand (1815–1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée* (Paris, PUF, 2002) ; *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique* (Paris, Michalon, 2005) ; *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel* (Paris, Michel Houdiard, Dalloz, 2010).

[4] Th. Carrère, « Sur le néo-républicanisme et la science de l'histoire constitutionnelle », *Jus Politicum*, nº 14, 2015 [http://juspoliticum.com/article/Sur-le-neo-republicanisme-et-la-science-de-l-histoire-constitutionnelle-1005.html].

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
Revue de droit politique

***Jus Politicum* nº 26** (juillet 2021)

René Capitant (1901–1970) : À l'occasion du 50e anniversaire de sa mort

Cliquez ici pour accéder à la version internet – Cliquez ici pour télécharger le eBook (PDF)

Journée d'étude : René Capitant (1901–1970)

- Olivier Beaud : *Avant-propos*
- Olivier Beaud : *Hommage à une grande figure de la République et de l'Université*
- Yōichi Higuchi : *La théorie constitutionnelle du professeur René Capitant*
- Benjamin Fargeaud : *René Capitant, un intransigeant face à l'élaboration de la Constitution de 1946*
- Jean-Félix de Bujadoux : *René Capitant, théoricien constitutionnel du Rassemblement du Peuple Français*
- Nobuyuki Takahashi : *René Capitant au Japon. Itinéraire d'un légiste de la Ve République au pays du Soleil Levant*
- Jean-Marie Denquin : *L'interprétation de la Constitution de la Ve République par René Capitant*
- Alain Laquièze : *René Capitant, gaulliste de gauche*
- Clément Gaubard : *René Capitant et la participation : L'échec d'une ambition sociale*

Varia

- Camille Aynès : *Le vote du « fou ». Citoyenneté et capacité à la lumière de la réforme du 23 mars 2019*
- Olivier Beaud : *Préhistoire législative du délit d'offense en France. De l'offense au Roi à l'offense au président de la République (1819–1875)*
- Éric Buge, Mathieu Mugnier : *Le rapporteur, clef de voûte de la délibération parlementaire*
- Samuel Marlot : *Les lois révolutionnaires. La systématisation de la Terreur (1793–1794)*
- Richard Martial Mvogo Belibi : *Covid-19 et décision publique en situation d'incertitude. Illustrations et illusion de l'état d'exception en Afrique subsaharienne*
- Suzie Navot : *L'affaire Netanyahou. Un Premier Ministre accusé et plusieurs dilemmes constitutionnels non résolus*

Recensions

- Manon Altwegg-Boussac : *Un appel à la science face aux transformations politiques et sociales de son temps. G. Jellinek*, Révision et mutation constitutionnelles *(2018)*
- Renaud Baumert : *B. Fargeaud*, La doctrine constitutionnelle sous la Quatrième République *(2020)*
- Jean-Félix de Bujadoux : *A. Le Divellec (dir.)*, La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République *(2020)*
- Jean-Marie Denquin : *L. Morel*, La question du référendum *(2020)*
- Jacky Hummel : *O. Ferreira*, Le constitutionnalisme octroyé. Itinéraire d'un inter-constitutionnalisme au XIXe siècle (France, Portugal, Brésil) *(2019)*

Mémoires

- Louis Chadefaux : *La déchéance de nationalité : idéologie et droit*
- Hippolyte Fierobe : *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*