

Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 26 – 2021

René Capitant (1901–1970)

À l'occasion du 50^e anniversaire de sa mort



INSTITUT
VILLEY

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 Chagnollaude (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)

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 Waresquiel¹ 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 XIX^e 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 XIX^e 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 trame², a été celui du déclin de l'ordre immémorial de l'Ancien Régime, le *siècle des constitutions* que forme le XIX^e 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 XIX^e 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 XX^e 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 XIX^e 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 XIX^e 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 XIX^e 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'entière 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'avisait 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*, n° 25, 2021, p. 27-64 [<http://jus-politicum.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 XIX^e 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 constitutionnelle⁴ »).

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 XIX^e 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*, n° 14, 2015 [<http://juspoliticum.com/article/Sur-le-neo-republicanisme-et-la-science-de-l-histoire-constitutionnelle-1005.html>].



Jus Politicum n° 26 (juillet 2021)

René Capitant (1901–1970) : À l'occasion du 50^e 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 V^e République au pays du Soleil Levant](#)
- Jean-Marie Denquin : [L'interprétation de la Constitution de la V^e 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 Netanyahu. 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 XIX^e 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](#)