

La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann

Introduction

René Capitant voyait en Eisenmann un juriste « épris de rigueur et de sincérité intellectuelles, un de ces esprits qui ne peuvent aborder une étude sans remonter de proche en proche, jusqu'aux sources de la connaissance et sans en faire au préalable leur propre doctrine. »¹ Il n'était pas une exception car toutes les personnes l'ayant côtoyé, collègues, amis, étudiants et jusqu'au grand juriste Hans Kelsen évoquent ses qualités intellectuelles, humaines et son « profond amour pour la vérité »², amour qui le poussait toujours plus loin dans son travail et ses recherches. Les qualités de l'homme, son tempérament et son caractère sont donc loin d'être étrangères à la qualité de l'œuvre qu'il nous a transmise aussi avant de s'intéresser à celle-ci convient-il d'évoquer brièvement quelques traits marquants de sa biographie.

Charles Eisenmann est né le 20 septembre 1903 à Dijon. Son père, Louis Eisenmann (1868-1937) était un historien, professeur à la Sorbonne et directeur de la revue historique. Eisenmann hérita de son père une importante culture historique mais n'appréciant guère cette discipline et la jugeant « même un peu superficielle »³ il s'orienta vers des études juridiques. Il suivit ses études à la Faculté de Droit de Paris et obtint une bourse qui lui permit de faire deux séjours, en 1926 et en 1927, au Centre Français des Hautes Etudes de Vienne. C'est au cours de ce séjour et grâce à l'appui de son père qu'il fut présenté à Hans Kelsen. Cette rencontre fut déterminante pour l'orientation du jeune juriste, René Capitant explique ainsi qu'au « désarroi du premier contact, l'ami et le confident, succédaient peu à peu une compréhension et une adhésion de plus en plus profondes et qui devaient bientôt faire de lui le premier disciple français du maître viennois. »⁴ Déjà fortement intéressé par les problèmes de théorie générale

¹R. CAPITANT, « Rapport sur les titres de Charles Eisenmann » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, 1986, p. 247

²H. KELSEN, « Préface » in *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, p. XI

³S. RIALS, Charles Eisenmann, « historien des idées politiques ou théoricien de l'État ? » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, 1986, p. 105

⁴R. CAPITANT, « Rapport sur les titres de Charles Eisenmann » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées

étatiste holiste et d'y conformer tous les aspects de la société civile. La définition que donne Eisenmann du totalitarisme fait bien ressortir cette caractéristique. L'État totalitaire est celui dans lequel « les gouvernants [...] s'efforcent de soumettre à leur direction souveraine tous les domaines de la vie sociale, tous les aspects de la vie des individus. Notamment, ils n'admettent l'autonomie ni de la vie spirituelle ni de la vie économique, par quoi ils s'opposent d'une part à l'État libéral et, en particulier, démocratique ; d'autre part à l'état capitaliste. »¹⁸⁹ Il est intéressant de noter qu'Eisenmann use très peu du terme de totalitarisme et lui préfère celui de « dictature idéologique » ou de « dictature spirituelle extrême. » Cette terminologie montre qu'il n'existe pas, selon lui, de différence de nature entre la dictature et le totalitarisme mais simplement de degré. Ainsi, Le totalitarisme est un système dictatorial où « le pouvoir politique s'identifie avec une idéologie, avec un dogme officiel complet »¹⁹⁰ et dans l'expression « dictature spirituelle extrême » l'adjectif « extrême » signifie que « la dictature va [...] couvrir la zone de l'activité de l'esprit, de l'activité mentale tout entière. »¹⁹¹ Autrement dit, tout totalitarisme est nécessairement une dictature mais toute dictature n'est pas un totalitarisme, celui-ci n'étant que la forme extrême de celle-là. Cette thèse de l'auteur est selon nous contestable, la différence entre la dictature et le totalitarisme est plus de nature que de degré à raison de l'objectif poursuivi par ces deux régimes. La dictature limite son champ d'action au domaine politique car elle vise à pérenniser l'État autoritaire, elle souhaite garantir la survie de cette institution. En revanche, la fin ultime du totalitarisme n'est pas l'État mais le peuple ou la nation. Hannah Arendt évoque cette différence de nature dans les origines du totalitarisme : « le totalitarisme diffère par essence des autres formes d'oppression politique que nous connaissons, comme le despotisme, la tyrannie et la dictature. »¹⁹² A la différence de la dictature, le totalitarisme ne promeut pas l'institution mais un mouvement permanent, en dernière instance son but est moins la domination de l'État que celle du peuple et c'est en cela que les deux notions semblent plus différer par nature que par degré contrairement à l'hypothèse proposée par Eisenmann. Schématiquement, la dictature demeure une doctrine juridique, elle vise à un renforcement indéfini des pouvoirs de l'État et serait une forme extrêmement poussée de la doctrine de l'État puissance (*Machtstaat*) tandis que le totalitarisme est une doctrine anti-juridique, son objectif ultime est l'anéantissement de l'État, seul devant subsister le mouvement, le peuple et son chef.

En dépit de cette réserve apportée à sa conception du totalitarisme, force est de constater qu'Eisenmann a perçu avec une grande acuité les moyens employés par les régimes totalitaires pour contrôler les libertés publiques et les esprits des individus en propageant une

novembre 1935, p. 292

¹⁸⁹C. EISENMANN, « Napoléon, précurseur de l'encadrement totalitaire de la nation », in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 654

¹⁹⁰C. EISENMANN, *Informations et structures politiques : informations et régimes politiques*, Nancy, 1964, p. 16

¹⁹¹*Ibid.*, p. 16

¹⁹²H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme, 3e partie : Le Système totalitaire*, Paris, Gallimard, 2002, p. 281

« véritable Weltanschauung, une doctrine complète et, de ce fait même, autarcique. »¹⁹³

B) Le contrôle totalitaire des libertés publiques : un « encadrement spirituel extrême »

Afin de réaliser une emprise totale sur la nation, le totalitarisme doit mettre en place un véritable gouvernement des esprits qui consiste pour les gouvernants à assumer « la formation spirituelle – tant morale qu’intellectuelle – des gouvernés. »¹⁹⁴ L’action des gouvernants se caractérise par deux traits significatifs, elle est positive et illimitée. Les dictatures souhaitent, autant que faire se peut, recueillir le soutien de la population mais la majorité d’entre elles en restent à une « action purement défensive »¹⁹⁵ consistant à exercer un contrôle [pour prévenir] la diffusion, l’action de propagande spirituelle de certains courants. »¹⁹⁶ Eisenmann considère à cet égard que Napoléon n’a été qu’un précurseur des dictatures idéologiques (qui sont pour lui l’équivalent du totalitarisme) car il en « resta au rôle de contrôleur beaucoup plus qu’il ne s’éleva à celui d’animateur »¹⁹⁷ et la « part de la surveillance et du redressement [dépassa] de beaucoup celle de l’inspiration et du dicter » sous son empire. A l’inverse, dans les régimes totalitaires, le pouvoir politique développe une action positive, il souhaite prendre la « direction active, souveraine et totale, des esprits. »¹⁹⁸ A cette fin les dirigeants mènent une action offensive, c’est-à-dire de « propagation des idées bonnes de l’idéologie d’État ; ils entreprennent d’inculquer aux esprits tout ce qui est vérité d’État. »¹⁹⁹ L’autre trait du régime est sa « tendance impérialiste » c’est-à-dire qu’il incorpore tous les domaines dans le monopole spirituel de l’État y compris ceux qui lui sont étrangers tels que la science, l’histoire ou l’économie. Le totalitarisme abolit toute distinction entre le « théorique - qui ne relèverait que de la vérité purement intellectuelle - et le pratique. »²⁰⁰ Ce critère est sans aucun doute le plus déterminant des deux car il est tout à fait possible, selon Eisenmann, qu’un État développe une action très prégnante dans un domaine restreint de la société civile sans être pour autant totalitaire. Ce contrôle impliquera simplement qu’il ne soit pas entièrement libéral. Ainsi, lorsqu’il analyse la place réservée à la religion par Rousseau au sein de la cité, il souligne que l’« État du contrat social n’est de loin pas totalement, pas

¹⁹³C. EISENMANN, « Napoléon, précurseur de la dictature idéologique » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d’idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l’université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 642

¹⁹⁴C. EISENMANN, *L’organisation constitutionnelle du troisième Reich : de Weimar à Postdam*, Bulletin mensuel jaune, juin 1934, n°9, p. 293

¹⁹⁵C. EISENMANN, *Informations et structures politiques : informations et régimes politiques*, Nancy, 1964, p. 20

¹⁹⁶*Ibid.*, p. 20

¹⁹⁷C. EISENMANN, « Napoléon, précurseur de la dictature idéologique » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d’idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l’université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 646

¹⁹⁸C. EISENMANN, *Informations et structures politiques : informations et régimes politiques*, Nancy, 1964, p. 20

¹⁹⁹*Ibid.*, p. 20

²⁰⁰*Ibid.*, p. 21

parfaitement libéral ; puisqu'il est loin de consacrer, de la part de l'État, un entier libéralisme dans le domaine des croyances métaphysico-religieuses, donc en matière de pensées et d'opinions »²⁰¹ mais il refuse de l'affubler de l'étiquette de régime non libéral et *a fortiori* de régime totalitaire. La direction idéologique par l'État d'un domaine restreint de la vie spirituelle ne permet pas de conclure qu'il s'agit d'un État totalitaire car « on ne peut qualifier un État – et donc éventuellement une doctrine politique – de totalitaire, que s'ils sont, pour ainsi dire, totalement totalitaires, c'est-à-dire s'ils appliquent systématiquement le principe du totalitarisme à tous les domaines de la vie nationale, à l'organisation et à l'action de l'État dans tous les secteurs de la vie des citoyens. »²⁰²

Les techniques juridiques mis en œuvre pour assurer cette dictature idéologique extrême sont beaucoup plus contraignantes que celles évoquées précédemment à propos de la dictature. Il n'est plus ici question d'autorisation préalable ou de censure, les moyens d'information seront soit étatisés soit placés sous un contrôle étroit du gouvernement. La formation des esprits sera également assurée par la monopolisation de l'éducation par l'État, celle-ci jouant selon Eisenmann un « rôle fondamental. »²⁰³ L'autre différence essentielle avec la dictature est l'emploi récurrent de sanctions subjectives le plus souvent sous la forme de « moyens de contrainte physique direct »²⁰⁴ à l'encontre des dissidents ne respectant pas l'orthodoxie d'État. Enfin, il n'existe pas de libertés politiques à proprement parler puisque toute opinion politique contraire à la pensée promue par le parti politique au pouvoir sera prohibée. Dès lors, même lorsque les citoyens sont invités à se prononcer via un suffrage, Eisenmann estime qu'il n'est possible de parler que de « votes, non d'élections, puisqu'ils²⁰⁵ n'ont pas à choisir ou n'ont à choisir »²⁰⁶ qu'entre des membres du parti politique en place ou des candidats acceptés par lui.

Eisenmann parvient donc à démontrer de manière convaincante qu'une corrélation lie les régimes autoritaires et un régime de contrôle étroit des libertés politiques et des libertés publiques. De plus, sa démonstration tend à confirmer son hypothèse selon laquelle les doctrines politiques ont une priorité intellectuelle voir conditionnent l'organisation institutionnelle du pouvoir. En effet, le régime des libertés publiques apparaît comme un critère de qualification des régimes autoritaires. Il s'agit d'abord est avant tout de régimes où les libertés politiques sont inexistantes en raison de la monopolisation du pouvoir par une

²⁰¹C. EISENMANN, « Politique et religion chez Jean-Jacques Rousseau » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 635

²⁰²C. EISENMANN, « Politique et religion chez Jean-Jacques Rousseau » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 636

²⁰³*Ibid.*, p. 21

²⁰⁴*Ibid.*, p. 21

²⁰⁵Les citoyens

²⁰⁶*Ibid.*, p. 21

seule force politique. L'agencement du pouvoir au sein de l'État au profit d'un autocrate ou d'un collègue n'est que secondaire et est destiné à assurer cette monochromie politique. Enfin, c'est bien la différence de degré dans l'encadrement des libertés publiques qui permet, selon Eisenmann, de distinguer la dictature (« dictature spirituelle modérée ») du totalitarisme (« dictature spirituelle extrême »).

Section 2 – L'État démocratique : champ d'expression des libertés publiques

L'autre idéal type analysé par Eisenmann est le régime démocratique. La littérature juridique sur le sujet est beaucoup plus importante mais Eisenmann s'en démarque en abordant la question du lien existant la démocratie et le libéralisme (Paragraphe 1). En outre, cette partie de son œuvre est intéressante car son libéralisme politique l'amène implicitement à développer une conception du rôle de l'État (Paragraphe 2)

Paragraphe 1 – Démocratie et libéralisme

Eisenmann s'est, à notre sens, confronté en juriste à une question de philosophie politique à savoir le lien existant entre le régime politique qu'est la démocratie et la doctrine philosophique du libéralisme. Un grand nombre de théoricien libéraux postulent en effet, au nom du caractère indissoluble des libertés, un lien nécessaire entre la démocratie, le libéralisme politique et le libéralisme économique. Eisenmann expose cette thèse en citant Georges Burdeau, ce dernier affirmant que « toutes les libertés sont solidaires, car chacune d'elles ne fait qu'extérioriser la liberté fondamentale de l'individu dans un secteur particulier de son activité. La démocratie du libéralisme se rattache à l'idée de malfaisance de l'État, l'ennemi déclaré ou sournois de l'individu. »²⁰⁷ Selon cette thèse, la démocratie n'est pas une notion strictement politique ou constitutionnelle car elle relève également du champ économique et social. En d'autres termes, elle lie « l'idée de démocratie à l'idée de l'ordre économique libéral. Sans liberté économique dit-elle (pour la résumer très schématiquement), il ne peut y avoir de véritable démocratie, de véritable autonomie politique de l'individu. »²⁰⁸ La conséquence directe en est qu'un régime démocratique doit nécessairement consacrer des libertés politiques mais également des libertés économiques. A l'encontre de cette position Eisenmann va démontrer que la démocratie est une notion d'organisation gouvernementale sans contenu économique et social et qu'elle n'inclut dans sa définition que la consécration de droits et libertés politiques (A). La question du lien entre le libéralisme économique et la démocratie n'est cependant pas dénuée de pertinence à ses yeux, elle est simplement d'une

²⁰⁷C. EISENMANN, *Libertés politiques et régime politique*, Nancy, 1968, p. 18

²⁰⁸C. EISENMANN, *Cours de droit constitutionnel comparé*, Paris, les Cours de droit, 1951, p. 122

autre nature à savoir qu'il ne s'agit pas d'un problème de définition mais de conditions de réalisation de la démocratie. Eisenmann montrera à cet égard que le libéralisme économique ne fait pas parti du concept de démocratie mais qu'il lui est intimement lié (B)

A) Les libertés politiques inhérentes au concept de démocratie

La démocratie est le régime qui se « construit sur le principe fondamental de l'autonomie politique des gouvernés, du plus grand nombre possible de gouvernés. »²⁰⁹ Il est intéressant de relever à cet égard que la démocratie répond, dans une certaine mesure, à un problème d'ordre éthique à savoir la question du meilleur régime politique pour une société. Eisenmann souligne ce lien entre doctrines philosophiques ou morales et inspiration des régimes à l'occasion d'un texte consacré au contrat social de Jean-Jacques Rousseau. En tant que constitutionnaliste, il lit le texte de Rousseau en ayant deux interrogations à l'esprit. La première a trait au choix du régime que Rousseau préconise, il démontre sans difficulté que la démocratie directe est, pour ce dernier, le régime idéal d'une cité. La seconde, et la plus importante, est relative aux justifications théoriques de ce choix, Eisenmann s'interroge sur « les raisons qui font, selon Rousseau, que seul est vraiment bon et véritable un régime qui ce pouvoir²¹⁰ (ou la clé de ce pouvoir) au corps des citoyens, et assure ainsi réellement la souveraineté au peuple ? »²¹¹ Selon lui, Rousseau répond à cette question en deux temps. En premier lieu, il expose le postulat normatif selon lequel le « système politique doit assurer la liberté, l'autonomie des individus membres de la société, de la cité. »²¹² En second lieu, il affirme que « seul le système constitutionnel que les modernes appellent démocratie directe réalise »²¹³ cette exigence normative, il est le seul assurant la pleine autonomie des sujets. Ceci montre, une fois de plus, que les doctrines politiques ou philosophiques ne peuvent être rejetées hors du droit constitutionnel car celui-ci a vocation à les mettre en œuvre, à les réaliser. C'est cette raison qui amène Eisenmann à les étudier tout en gardant à leur égard une approche juridique.

La démocratie est donc le régime institué en vue d'assurer l'entière autonomie des gouvernés. Elle y parvient par le biais des deux corollaires qui dérivent du principe de liberté politique, d'une part la participation des gouvernés à la détermination plus ou moins directe des décisions gouvernementales et d'autre part la pleine reconnaissance du pluralisme politique ainsi que de la liberté d'expression et d'opinion qui en permettent l'existence. Les définitions de la démocratie proposées par Eisenmann mettent l'accent sur l'une ou l'autre de ces dimensions. Il privilégie parfois celle relative au pluralisme politique en estimant que la

²⁰⁹C. EISENMANN, *Cours de droit constitutionnel comparé*, Paris, les Cours de droit, 1951, p. 153

²¹⁰Le pouvoir politique c'est-à-dire pour Rousseau celui de légiférer.

²¹¹C. EISENMANN, « La cité de Jean-Jacques Rousseau » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 612

²¹²*Ibid.*, p. 614

²¹³*Ibid.*, p. 614

« notion fondamentale de la démocratie politique est la reconnaissance de la libre compétition entre les forces politiques »²¹⁴ et qu'à cet égard elle est un « système qui repose sur l'admission, la pleine reconnaissance, du pluralisme politique, de la liberté d'opinion politique, de la liberté de chaque idéologie dans le cadre de l'État. »²¹⁵ Dans d'autres circonstances, il met l'accent sur la participation directe ou indirecte des gouvernés aux décisions politiques, il définit alors la démocratie comme « le régime dans lequel la détermination de la ligne politique se fait par une opération qui comporte désignation libre par chaque gouverné adulte (en principe) de celle qu'il souhaiterait voir adopter, donc une option de chaque gouverné, les décisions positives exigeant le consentement d'au moins la majorité des participants. »²¹⁶ Ainsi, un régime n'est véritablement démocratique que s'il reconnaît des droits politiques à un maximum de gouvernés (1) et qu'il protège les libertés publiques leur garantissant une autonomie politique réelle (2)

1 - Le régime démocratique des droits politiques

Les droits politiques s'entendent comme la possibilité de participer de manière déterminante soit directement soit indirectement aux décisions gouvernementales. Le régime des droits politiques doit répondre à une double condition pour être qualifié de démocratique. Ces droits doivent être universels et ils doivent permettre d'exercer une influence impulsive et déterminante autrement dit de « contribuer réellement à orienter l'action du gouvernement. »²¹⁷

L'universalité des droits politiques est le principe fondamental de la démocratie, il signifie que « tous les gouvernés ont droit à participer au gouvernement, sans distinction d'opinions certaines ou présumées. »²¹⁸ Néanmoins, l'universalité n'est jamais absolue en ce sens qu'elle ne postule pas la reconnaissance de droits politiques à tous les gouvernés. Elle signifie uniquement que le système d'attribution des droits politiques ne comporte pas certaines exclusions. Le problème essentiel consiste donc à distinguer les exclusions qui sont compatibles avec l'idée d'universalité (et par suite de démocratie) et celles qui y sont contraires. Le critère déterminant pour opérer cette discrimination est téléologique, une restriction des droits politiques est anti-démocratique si elle est politiquement discriminatoire c'est-à-dire si sa finalité vise à réduire aux silences certaines opinions politiques susceptibles de se prononcer contre l'ordre établi ou d'infléchir la ligne politique dans un sens non désiré par les gouvernants. Eisenmann considère ainsi comme contraire à la démocratie des restrictions fondées sur la naissance ou l'appartenance à une classe sociale. Ce type de restriction étant la caractéristique des régimes aristocratiques. Il rejette également les

²¹⁴C. EISENMANN, *Libertés politiques et régime politique*, Nancy, 1968, p. 11

²¹⁵*Ibid.*, p. 11

²¹⁶C. EISENMANN, *Cours de droit constitutionnel comparé*, Paris, les Cours de droit, 1951, p. 145

²¹⁷*Ibid.*, p. 158

²¹⁸*Ibid.*, p. 148

exclusions reposant sur une condition de propriété car elles ont un arrière-sens politique en ce qu'elles ont vocation à « exclure ceux qui ne sont pas particulièrement favorisés par l'ordre social établi, et dont on pense que, vraisemblablement, ils se prononceraient contre cet ordre. »²¹⁹ En revanche, il estime compatible avec le régime démocratique des limitations fondées sur l'âge des gouvernés et plus étrangement sur leur sexe. Il estime que ces exclusions ne font pas obstacle à ce qu'un régime soit qualifié de démocratique car, bien qu'elles influent sans aucun doute sur les rapports entre les forces politiques en présence, elles ne sont pas destinées à entraver l'émergence d'une nouvelle force politique. En d'autres termes, le fait que ces exclusions ne reposent « pas sur une volonté de discrimination entre des opinions dont les unes seraient admises, les autres condamnées, c'est-à-dire se verraient refuser la liberté » ne les rend pas anti-démocratique. Afin d'atténuer son propos, Eisenmann précise que plus les droits politiques seront reconnus à un nombre important de gouvernés plus le régime se rapprochera de la démocratie idéale. Enfin, Eisenmann évoque également le cas des exclusions de certains auteurs d'infractions de droit commun comme un exemple de restriction des droits politiques conforme au régime démocratique. L'idée directrice est donc que la non reconnaissance des droits politiques à une part plus ou moins importante de la population n'est pas contraire au caractère démocratique du régime à la condition qu'elle ne soit pas discriminatoire (au sens exposé précédemment).

Outre l'universalité, les droits politiques doivent permettre aux gouvernés d'influer de manière déterminante sur l'action politique par l'expression d'un choix réel. Cette condition ne pose aucun problème dans le cas de la démocratie directe puisque tous les gouvernés prennent eux-mêmes les décisions politiques. Cependant, un tel système est pratiquement irréalisable et il convient donc d'examiner cette condition dans le cadre des démocraties représentatives ou pour reprendre un terme que lui préfère Eisenmann des démocraties électives c'est-à-dire des systèmes dans lesquels les citoyens doivent non pas à se prononcer eux-mêmes sur les décisions politiques mais désigner les représentants qui les prendront. Eisenmann souligne qu'il n'existe pas dans ces systèmes, une corrélation nécessaire entre le principe électoral et le principe démocratique, plus exactement que l'existence d'élections n'implique pas nécessairement un régime démocratique. En premier lieu, les élections peuvent ne pas être libres, elles ne sont alors pas l'expression d'un choix mais la simple désignation formelle d'un ou de plusieurs dirigeants. En second lieu, des élections libres peuvent être dénuées de tout impact sur la ligne politique. Eisenmann juge qu'une action électorale « ne peut être considéré comme déterminante que si elle s'applique au moins à l'organe de gouvernement reconnu comme prépondérant, c'est-à-dire qui emporte, en fin de compte, les décisions majeures. »²²⁰ A contrario, l'élection d'un organe dénué d'un pouvoir réel, celui-ci étant détenu par un organe non élu, ne permettrait pas de qualifier un régime de

²¹⁹*Ibid.*, p. 151

²²⁰*Ibid.*, p. 159

démocratique. Dans les démocraties électives où les électeurs élisent les véritables détenteurs des pouvoirs suprêmes de gouvernement, l'enjeu essentiel reste toutefois celui de la représentativité du corps politique par les élus. Eisenmann rejette la thèse selon laquelle la représentation proportionnelle serait plus démocratique dans la mesure où elle tend à réaliser une représentation pleine et authentique du corps électoral. Il résulterait de cette identité entre l'organe élu et les votants que les décisions adoptées par celui-là seraient en tout point identiques à celles adoptées par ceux-ci s'ils avaient dû se prononcer eux-mêmes. En réalité, il faut, selon Eisenmann, se placer en amont de la question de la correspondance entre l'organe élu et le collège élisant et s'interroger sur la possibilité même du vote de « représenter, d'exprimer avec une authenticité entière et certaine les votants. »²²¹ L'expérience montre que le vote ne permet pas cela, il n'est jamais pleinement représentatif et dans l'immense majorité des cas ne permettent aux citoyens que de s'exprimer sur des grandes tendances. En réalité, la représentation est toujours relative jamais absolue. Dès lors, l'hypothèse implicite du système proportionnaliste, selon laquelle le votant serait un adhérent total est erronée et il en découle que ce système ne réalise pas davantage l'idéal démocratique que le système majoritaire. Eisenmann en conclut que la « liberté du citoyen, l'authenticité corrélative de la représentation ne sont pas en fonction, de façon sensible du moins, du nombre des termes d'option qui leur sont offerts ; elles n'augmentent pas avec la multiplication de ces termes. »²²² En somme, il suffit donc que le vote permette aux gouvernés de pouvoir désigner librement les gouvernants qui décideront des choix politiques déterminants au sein de l'État et il n'est nul besoin que la représentation politique soit une représentation parfaitement adéquate au corps politique des citoyens.

L'octroi de tels droits politiques est une condition nécessaire mais non suffisante du régime démocratique. L'autonomie politique des gouvernés n'est possible que si un certain nombre de libertés politiques sont garanties par l'État.

2 - Les libertés politiques : le principe du libéralisme politique

Les libertés politiques dont il est question ne font pas *stricto sensu* parties de l'organisation constitutionnelle de l'État. Cependant, elles sont impliquées dans la notion de démocratie, elles sont les « assises ou les conditions de la démocratie politique. »²²³ Toutes ces règles découlent du principe libéral selon lequel les actes politiques des gouvernés doivent être pris dans un milieu de liberté. Le régime de la démocratie politique doit donc être celui de la liberté politique. Par conséquent, le régime démocratique doit consacrer les libertés publiques assurant l'indépendance des citoyens par rapport à l'État. A l'extrême opposé du totalitarisme, l'État démocratique ne doit pas avoir le droit de « déterminer ou d'influer par

²²¹*Ibid.*, p. 163

²²²*Ibid.*, p. 166

²²³*Ibid.*, p. 170

des procédés autoritaires les idées croyances ou opinions des gouvernés. »²²⁴ Dès lors, la liberté de communication publique est pleinement reconnu en démocratie, le principe est celui du respect et de la libre expression de toutes les croyances et opinions.

Le régime de l'information dans une démocratie doit réunir un ensemble de critères propre à garantir la liberté d'expression. Il exclut les modes de règlementation autoritaire des opinions par l'État tels que « les systèmes d'autorisation préalable des activités et moyens de diffusion des idées »²²⁵ ainsi que la censure préalable portant sur le contenu des supports d'informations. Sont également exclus de ce régime la répression des expressions d'opinion (les délits d'opinion) ou toutes mesures indirectes qui ont pour objectif principal de faire obstacle ou de restreindre la propagation de certaines idées (Eisenmann évoque notamment l'instauration de charges financières excessives pour la pratique de certaines activités). En revanche, Eisenmann condamne la thèse traditionnelle selon laquelle le régime préventif qui use de procédés tendant à empêcher la diffusion de certaines idées avant leur publication soit contraire au système démocratique libéral, seul le régime répressif lui étant conforme. Cette position découle de ce que les auteurs assimilent le régime préventif à une intervention de l'administration, jugée favorable au pouvoir exécutif, et le régime répressif à une intervention du pouvoir judiciaire, présumé garant des libertés individuelles. Or, « la valeur d'un système du point de vue de la liberté ne peut dépendre uniquement du caractère de l'organe qui est appelé à appliquer ce système, en faisant abstraction du contenu même de ce système. »²²⁶ Le contenu du système est plus important que l'organe qui est en charge de l'appliquer. Il est en effet parfaitement possible qu'une loi répressive appliquée par le juge soit liberticide alors qu'un régime préventif sous contrôle de l'administration se révèle extrêmement libéral en se limitant par exemple à un simple contrôle de formalités procédurales. En d'autres termes, seul le contenu de la loi permet de décider si l'on a affaire à un système qui restreint, qui atteint la liberté d'opinion, le caractère répressif ou préventif du régime n'est qu'un élément subsidiaire. Quant à la nature de l'organe en charge d'appliquer les mesures, elle est a priori sans incidence sur leur caractère liberticide ou au contraire protecteur des libertés.

L'État démocratique implique également la liberté religieuse et Eisenmann affirme fermement qu'un tel État « ne peut pas être un État confessionnel : il ne doit pas y avoir d'église d'État »²²⁷. Cette exigence s'explique par la portée considérable du principe de la liberté de conscience. Il est extrêmement difficile voire même impossible de séparer dans le monde des idées le champ du politique du champ de la morale, des croyances et des sentiments. Ces idées sont toujours plus ou moins en connexions d'où la nécessité pour l'État de s'abstenir de toute intervention dans un quelconque de ces domaines. Il suit de cela

²²⁴C. EISENMANN, *Libertés politiques et régime politique*, Nancy, 1968, p. 13

²²⁵C. EISENMANN, *Informations et structures politiques : informations et régimes politiques*, Nancy, 1964, p. 30

²²⁶*Ibid.*, p. 31

²²⁷C. EISENMANN, *Libertés politiques et régime politique*, Nancy, 1968, p. 14

qu'Eisenmann se révèle assez hostile à l'idée d'une subvention des cultes importants pour deux raisons. L'une tient à la difficulté de déterminer le champ d'application de ce soutien étatique tant en ce qui concerne la définition du culte (il s'interroge par exemple sur l'opportunité de subventionner une association privée promouvant une doctrine philosophique) qu'en ce qui concerne le seuil à partir duquel un culte est suffisamment important pour bénéficier d'une subvention. L'autre tient à la difficulté de calculer les subventions devant revenir à chaque culte pour éviter tout risque de discrimination et par suite de promotion d'un courant d'idées aux dépens d'un autre.

Enfin la démocratie va de pair avec la liberté d'associations dont l'objet est la diffusion publique des idées des croyances et des opinions. Eisenmann prend bien soin de souligner que seule la liberté d'associations politiques est inhérente au concept de démocratie autrement dit « libéralisme²²⁸ et démocratie politique ne se confondent pas. »²²⁹ Il est donc a priori parfaitement concevable que la liberté d'association poursuivant des fins lucratives telles que l'envisage le libéralisme économique soit prohibée sans que soit remis en cause le caractère démocratique du régime comme nous le verrons par la suite.

En définitive, les libertés dérivant du libéralisme spirituel ne sont pas « des pièces du mécanisme gouvernemental démocratique »²³⁰ à l'instar des droits politiques mais elles n'en sont pas moins nécessaires au bon fonctionnement de la démocratie. Eisenmann leur accorde même une certaine primauté par rapport aux règles institutionnelles, en affirmant qu'elles sont l'« âme » de la démocratie et qu'elles participent de son « essence ». Néanmoins, il prend soin d'étudier la portée de cette liberté spirituelle autrement et se demande si un régime démocratique doit consacrer un libéralisme spirituel absolu, c'est-à-dire sans aucune restriction, ou s'il peut au contraire garantir uniquement une liberté spirituelle relative en la limitant partiellement. Eisenmann relève d'abord qu'au regard des droits positifs « aucun État ne reconnaît absolument, n'apporte aucune restriction au principe de la liberté des idées et de leur diffusion. »²³¹ Un libéralisme modéré paraît compatible avec la démocratie au nom de la nécessité de limiter les abus. Cependant, tout le problème consiste à dégager le seuil à partir duquel un abus est commis et où l'État peut limiter la liberté d'opinion des individus tout en restant conforme aux préceptes démocratiques. Eisenmann se révèle assez pessimiste puisqu'il affirme l'inexistence d'un critère à valeur objective en la matière. Il tente tout de même de distinguer les limitations qui seraient conformes à la démocratie et celles qui lui porteraient une atteinte limitée mais demeureraient compatibles avec elles. Selon lui, le libéralisme spirituel ne s'oppose pas à l'interdiction de publier des informations fausses et des

²²⁸Au sens d'un libéralisme politique et économique

²²⁹*Ibid.*, p. 15

²³⁰C. EISENMANN, *Cours de droit constitutionnel comparé*, Paris, les Cours de droit, 1951, p. 171

²³¹C. EISENMANN, *Informations et structures politiques : informations et régimes politiques*, Nancy, 1964, p. 35

accusations calomnieuses ou diffamatoires. De même, la prohibition de révéler des secrets militaires, de professer des incitations à la violence ou à la commission d'actes pénalement réprimandés notamment de crimes politiques, n'est pas contraire au principe libéral. Il estime en revanche que d'autres prohibitions, pourtant admises dans le droit positif de nombreux États, sont plus contestables car leur finalité est de limiter la diffusion de systèmes d'idées politiques, morales ou touchant à l'organisation sociale. Il classe dans ce second groupe l'interdiction de propager des doctrines anarchistes et libertaires qui condamnent l'existence de l'État, de promouvoir des thèses antimilitaristes. Enfin, appartiennent également à cette catégorie la censure des idées contraire à une certaine conception de la morale défendue par l'État et qui se voient par conséquent qualifiées d'immorales. Ces prohibitions sont condamnables car elles constituent de véritables exclusions idéologiques. Elles demeurent compatibles avec la démocratie tant qu'elles sont strictement définies. Cependant, Eisenmann souligne le danger inévitable, en ce domaine, qui est celui d'utiliser des notions vagues et indéterminées. L'usage de notions telles que « la sûreté de l'État », « le maintien de l'ordre public » octroie en effet au pouvoir en place une compétence particulièrement large voir même discrétionnaire pour limiter les libertés. L'idée implicitement suggérée par Eisenmann est que les restrictions visant des systèmes d'idées reconnues comme particulièrement subversives sont compatibles avec la démocratie si elles sont définies par des critères de qualifications précis et appliqués strictement et limitativement. En revanche, lorsque ces restrictions ne sont pas clairement définies et que les gouvernants peuvent interdire de façon discrétionnaire la diffusion d'idées alors les atteintes à la démocratie deviennent potentiellement importantes et un tel régime de libertés devient incompatible avec la démocratie.

Eisenmann a traité à part un problème particulièrement important qui est celui de savoir si le régime démocratique doit accorder des libertés politiques à ces adversaires, à des antidémocrates souhaitant instaurer un régime contraire aux principes libéraux. Eisenmann précise d'abord l'étendue de ce problème. Il ne porte pas sur les droits politiques, ceux-ci devant, en tout état de cause être reconnus même aux adversaires de la démocratie sans quoi elle serait elle-même une dictature idéologique. Seules sont en cause les libertés spirituelles, notamment la liberté d'association permettant la constitution de partis ouvertement hostiles à la démocratie et la liberté d'expression au nom de laquelle des doctrines antidémocratiques sont professées. Par ailleurs, la prohibition de la violence n'entre pas dans le champ de la problématique, la démocratie n'étant pas tenue de la tolérer puisqu'elle l'interdit aux démocrates eux-mêmes. Il s'agit uniquement de savoir si les moyens de lutte pacifique, dont usent les démocrates pour accéder au pouvoir peuvent être refusés aux antidémocrates en raison de leurs idées et de leurs ambitions. Autrement dit, est-il légitime d'user de moyens anti-démocratiques pour sauvegarder la démocratie ? Eisenmann l'admet mais à la condition qu'une telle pratique soit « restreinte au strict nécessaire »²³² et ne soit mise en œuvre que

²³²C. EISENMANN, *Cours de droit constitutionnel comparé*, Paris, les Cours de droit, 1951, p. 174

lorsque « les courants dictatoriaux représentent un danger réel pour l'État démocratique. »²³³ Eisenmann pose donc une double limitation pour faire usage de tels procédés. La première a trait aux conditions de leur mise en œuvre, il doit exister un danger réel et immédiat pour la démocratie et pour elle uniquement. Ceci signifie que les restrictions aux libertés ne doivent pas s'étendre à la protection des gouvernants en place, elles sont uniquement destinées à protéger la forme démocratique du gouvernement. La seconde a trait aux méthodes utilisées, elles doivent être nécessaires, proportionnées et surtout objectives c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de punir les personnes qui véhiculent ces idées par des amendes et *a fortiori* des peines d'emprisonnement ou des déportations mais uniquement d'interdire la diffusion des supports d'information par lesquels ils véhiculent leurs idées.

B) Les libertés économiques étrangères au concept de démocratie

Eisenmann a également recherché si la démocratie impliquait un certain régime de libertés publiques dans le domaine économique. Il a formulé ce problème de la manière suivante : « est-ce que la démocratie politique implique des solutions aussi déterminées qu'en ce qui concerne les libertés spirituelles ? »²³⁴ Conformément à sa méthode critique, il réfute méthodiquement les arguments libéraux (au sens du libéralisme économique) avancés au soutien d'une réponse positive à cette question avant de démontrer que les deux types de libéralismes (spirituels et économiques) ne sont pas conceptuellement liés et qu'en conséquence la notion de démocratie est purement constitutionnelle et n'implique aucune organisation sociale et économique déterminée.

Au soutien de la thèse selon laquelle les libertés économiques sont inhérentes au concept de démocratie, deux arguments sont traditionnellement évoqués. Le premier est historique, il consiste à souligner l'apparition concomitante, à la fin du XVIII^{ème} siècle, des libertés spirituelles et économiques. A cette époque tous les pays évoluant vers un système démocratique ont en effet consacré les deux libertés et elles ont été liées sous l'idée générale de libéralisme. Cette reconnaissance simultanée des libertés serait, selon les libéraux, la preuve que la démocratie ne peut exister qu'en leur présence conjointe et qu'en l'absence d'une des deux le régime ne peut être qualifié de démocratique. Eisenmann rejette avec force cet argument, il estime qu'il n'est pas possible de se placer sur les terrains des faits pour dégager une liaison théorique nécessaire entre les notions. Seule une analyse rationnelle des deux concepts du libéralisme permet de déterminer s'il existe entre eux une implication logique. La proclamation des deux types de libertés serait un facteur contingent mais en aucun cas nécessaire. Il affirme à cet égard que « même si historiquement les deux libéralismes ont pu se trouver liés, en ce sens que les forces dominantes, à une époque donnée, ont prôné l'un

²³³*Ibid.*, p. 174

²³⁴C. EISENMANN, *Libertés politiques et régime politique*, Nancy, 1968, p. 16

et l'autre libéralisme », il n'est pas possible d'en déduire sur le plan théorique l'existence d'une liaison indissoluble entre ces derniers. Le second argument vise également à prouver le lien entre les deux formes de liberté mais il est d'ordre logico-rationnel. Il s'agit de la thèse évoquée précédemment²³⁵ du bloc indissoluble des libertés. La liberté engloberait l'ensemble des libertés publiques et ces dernières formeraient un ensemble homogène dont la consécration serait le trait distinctif de l'État démocratique libéral. A titre d'exemple, la liberté spirituelle ne serait réelle que si la liberté d'expression est protégée et que la libre concurrence joue en matière de diffusion de l'information et que l'État s'abstient de toute intervention dans le domaine de la diffusion des idées. Autrement dit, la liberté spirituelle comprendrait tout à la fois l'absence de contrôle de l'État sur l'expression des idées mais également sa non intervention dans les appareils de diffusion des idées, l'étatisation de tout ou partie des instruments de communication seraient incompatibles avec la démocratie. Eisenmann réfute cette argumentation. Il refuse catégoriquement la conception monolithique de la liberté, les libertés publiques ne forment pas selon un tout homogène mais un ensemble hétéroclite et il s'ensuit que certaines peuvent être protégées alors que d'autres pourront être bafouées. Il en déduit que les libertés spirituelles et les libertés économiques « ne se situent pas sur le même plan »²³⁶ et que les deux doctrines de libéralisme sont profondément différentes. Il admet que la liberté d'entreprendre dans le domaine de l'information ne soit pas sans lien avec la liberté d'expression et reconnaît que l'histoire montre que les gouvernements autoritaires ont cherché à limiter indirectement celle-ci en frappant celle-là. Il souligne toutefois que cet argument abonde dans le sens de l'absence d'équivalence entre la liberté spirituelle et la liberté économique, au mieux il montre que la liberté économique est un moyen en vue de réaliser une fin : la liberté spirituelle. Il en conclut qu' « il n'est pas possible de postuler au nom de la pure théorie l'indissoluble liaison entre libéralisme spirituel et libéralisme politique, donc démocratie et libéralisme économique ; ni davantage répétons-le de les traiter comme équivalents du point de vue de l'idéologie démocratique, d'effacer pour ainsi dire, la primauté, la valeur éminente de la liberté politique et de la liberté spirituelle qui en est l'assise. »²³⁷

Eisenmann tire deux conséquences de ce qui précède. En premier lieu, la notion de démocratie est économiquement neutre, elle n'implique aucun contenu économique et social déterminé. Elle est une forme d'organisation gouvernementale qui postule un régime spécifique de libertés spirituelles. Dès lors, c'est uniquement sur ce terrain qu'il convient de se placer pour qualifier un régime et toute invocation d'arguments économiques ou sociaux se révèle idéologique. L'étatisation des moyens de production ne fait ainsi pas obstacle au caractère démocratique d'un régime dans la mesure où il reconnaît pleinement la liberté spirituelle des individus. Eisenmann évoque une citation de Raymond Aron pour appuyer son

²³⁵Cf. introduction de la partie 2

²³⁶C. EISENMANN, *Libertés politiques et régime politique*, Nancy, 1968, p. 17

²³⁷C. EISENMANN, *Informations et structures politiques : informations et régimes politiques*, Nancy, 1964, p.

point de vue. Le philosophe libéral estimait comme lui que « les institutions qui passent à l'ouest pour caractéristiques de la liberté proprement politique, c'est-à-dire la participation du citoyen par l'intermédiaire des élections [...] me paraissent tout à la fois les plus conformes à l'idéal démocratique et pourtant particulières, compatibles avec la société industrielle mais non impliquées par celle-ci. »²³⁸ En second lieu, il concède l'existence d'une affinité entre les deux formes de libéralisme sans trop s'étendre sur le sujet. Il commence par relever que si l'organisation économique et sociale est étrangère à la définition de la démocratie, il est toutefois envisageable qu'elle en constitue une condition de possibilité. Le problème est fort différent puisqu'il ne s'agit pas de savoir ce qu'est l'essence de la démocratie mais quelles sont les conditions nécessaires de sa réalisation effective. Sur le plan purement théorique, aucun mode d'organisation économique ne fait obstacle à la démocratie politique, ni le libéralisme économique ni le socialisme étatique ne sont *a priori* incompatibles avec la liberté spirituelle des individus. Cependant, Eisenmann suggère que le libéralisme économique facilite le développement du modèle démocratique, il serait une cause efficiente plus efficace pour réaliser l'idéal démocratique. Il note ainsi que « le système du libéralisme économique est particulièrement favorable à l'épanouissement de la démocratie politique » et qu'il est donc « recommandable, sur le plan pratique pour réaliser la démocratie politique et les libertés qu'elle appelle pour les hommes, d'adopter en matière économique le système libéral. »²³⁹

²³⁸C. EISENMANN, *Libertés politiques et régime politique*, Nancy, 1968, p. 23

²³⁹*Ibid.* p. 18

Paragraphe 2 – Une conception du rôle de l’État conditionnée par le libéralisme politique

Les écrits d’Eisenmann font apparaître en filigrane sa conception du rôle de l’État. Cette affirmation peut sembler déroutante de prime abord car l’auteur a toujours adopté une neutralité axiologique dans l’étude du droit. Selon lui, le juriste ne devait pas construire une théorie du droit et de l’État en fonction de ses présupposés moraux ou de données sociologiques. Il critiqua à cet égard les théories de Duguit et d’Hauriou. Le premier aurait construit une théorie de l’État ayant pour objectif de limiter autant que possible la puissance publique et destinée à garantir les libertés individuelles. Le second n’a pas masqué sa « volonté de subordonner les théories scientifiques aux doctrines pratiques »²⁴⁰ et d’élaborer une théorie du droit faisant primer l’ordre individualiste, seul méritant à ses yeux le nom d’État celui qui assure la stricte séparation du politique et de l’économique et garantit la jouissance de la liberté et de la propriété privée. Il n’en demeure pas moins que le libéralisme politique d’Eisenmann l’a, selon nous, conduit à concevoir une conception particulière de l’État allant à l’encontre des théories libérales hostiles à celui-ci. Certes, Eisenmann est toujours resté un juriste positiviste dans la mesure où il n’a jamais développé une théorie normative prescrivant ce que l’État devait être ou devait faire. Néanmoins, à l’occasion de la réfutation des thèses libérales promouvant une conception minimale de l’État en raison de son caractère autoritaire et des dangers qu’il présente pour la liberté individuelle, il a implicitement adopté une conception interventionniste de l’État. Loin de se limiter à des fonctions régaliennes, il aurait en charge de permettre la réalisation effective de l’autonomie des individus autrement dit la liberté spirituelle ne pourrait s’exprimer que par le biais d’une intervention étatique. Afin de démontrer notre propos, il convient d’exposer comment Eisenmann à réhabiliter l’État en récusant la thèse libérale de l’État minimal (A) et à affirmer le rôle prépondérant de l’État dans la mise en œuvre des libertés publiques (B)

A) La réhabilitation de l’État

Eisenmann a, tout en gardant une objectivité impartiale, véritablement restauré l’honneur de l’État en récusant les thèses libérales selon lesquelles l’État serait par nature autoritaire et qu’en conséquence l’État démocratique devrait nécessairement être un État minimal. Avant d’examiner ces deux points, il convient de préciser pourquoi Eisenmann s’est intéressé à cette question et pourquoi il considérait ne pas sortir du domaine du droit en se livrant à cet exercice.

La question du rôle de l’État à l’égard de la collectivité sociale est traditionnellement

²⁴⁰C. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 25

perçue comme relevant de la philosophie politique ou de la science politique. Cette problématique serait pour un juriste positiviste étrangère à la science du droit. Cette position est exposée par Eisenmann lorsqu'il étudie la théorie des fonctions de l'État. Il relève que le terme de fonction peut recouvrir deux acceptions. Les fonctions peuvent désigner les manifestations de la puissance publique, ces différents modes d'exercice ou les activités de l'État-appareil gouvernant en rapport avec la vie de l'État-collectivité. Selon le premier sens, les fonctions sont les moyens à disposition de l'État, selon le second elles sont les finalités visées par l'État. Eisenmann estime que cette distinction est pertinente mais qu'elle « n'implique en aucune façon acceptation de l'idée que la science du droit ne devrait retenir que les seules analyses intrinsèques des actes étatiques, que seule la théorie des *fonctions-moyens* la concernerait, c'est-à-dire correspondrait à un point de vue vraiment juridique, l'analyse des *attributions* de l'État, la théorie des *fonctions-fins* intéressant, elle, exclusivement la politique théorique, ou science politique. »²⁴¹ Il récuse donc fermement la thèse défendue, entre autres par Carré de Malberg, selon laquelle la question des tâches étatiques n'est point une question juridique, mais un problème de science politique. Selon Eisenmann, le juriste ne sort pas de son rôle et continue de faire de la science du droit car il ne prescrit pas à l'État quel devrait être son rôle ou les tâches qu'il devrait accomplir mais décrire ce que l'État fait, il se contente de dégager « l'image du rôle joué par l'appareil étatique au regard de la vie nationale prise en son entier. »²⁴² A aucun moment Eisenmann ne souhaite faire œuvre normative. Son objectif est exclusivement scientifique et descriptif mais il va le conduire à critiquer des thèses inspirées d'une doctrine libérale hostile à l'État et par conséquent à se poser comme son défenseur.

Eisenmann a réfuté la thèse selon laquelle l'État serait forcément une puissance autoritaire menaçant la liberté individuelle lors de sa controverse avec le doyen Savatier sur la distinction entre le droit public et le droit privé. L'argument cardinal avancé par le doyen Savatier est que « droit privé égal droit de liberté, droit d'autonomie ; droit public égal droit de commandement, droit autoritaire. »²⁴³ Ce postulat présuppose que l'État est naturellement dotée du droit de commandement et que son action sera forcément autoritaire et conduira à limiter la liberté des individus. Il approfondit cet argument en évoquant la multiplication de la réglementation dans tous les domaines des relations privées qui aurait pour conséquence de limiter la liberté individuelle. Eisenmann est en profond désaccord avec cette vision de l'État et d'un droit public autoritaire permettant à l'État de limiter l'autonomie des individus. Il

²⁴¹C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État » in Charles Eisenmann, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 188

²⁴²*Ibid.*, p. 210

²⁴³C. EISENMANN « Droit public, droit privé (en marge d'un lire sur l'évolution du droit civil français du XIX au XX siècle) » in Charles Eisenmann, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 64

commence par démontrer que quel que soit l'acception de l'autonomie retenue, le droit public n'en est pas la négation. Il relève à cet égard que certaines règles de droit public s'imposent à l'État ou aux personnes publiques au profit des personnes privées. Enfin, il critique la conception trop générale et trop abstraite de la liberté qui est défendue par le doyen Savatier. Conformément à la thèse du caractère indissoluble des libertés, ce dernier pense qu'une législation limitant une liberté publique entraîne nécessairement une limitation de la Liberté. Or, Eisenmann est fermement opposé à cette thèse, d'un bloc homogène des libertés et il prouve que toute limitation d'une liberté n'est pas préjudiciable à la Liberté, il affirme même au contraire qu'elle peut augmenter la quantité globale de liberté dont jouissent les individus. En effet, l'édiction d'une règle régissant un rapport entre particuliers ou entre l'État et les particuliers, impose des obligations à un sujet mais octroie des prérogatives à un autre sujet. Or, dans de nombreux cas la quantité de sujets à qui l'on octroie des prérogatives dépasse largement celle à qui l'on impose des obligations aussi ces législations augmentent la quantité de liberté individuelle et ne la diminuent pas. Il conclut donc que l'étatisme n'est pas synonyme d'autoritarisme ou d'usage de prérogatives de puissance publique néfastes à la liberté individuelle.

Eisenmann a également fermement condamné l'idée selon laquelle un État démocratique libéral devait nécessairement être un État minimal. Cette thèse chère aux théoriciens libéraux, reposent sur trois raisons, leur conception générale de la liberté, leur appréhension négative de l'État et de la définition des fonctions de l'État qu'ils développent. Il a déjà été montré comment Eisenmann a rejeté les deux premiers arguments aussi nous n'analyserons que le troisième. A l'occasion de ses articles sur les fonctions de l'État, Eisenmann ne s'est pas arrêté à l'étude de la théorie juridique des fonctions de l'État (les fonction-moyens), il a aussi abordé la théorie sociale des fonctions de l'État (les fonctions-fins). Il a proposé une typologie tripartite de ces fonctions. Selon lui l'État assure une fonction de police qui est destinée à régler la conduite des particuliers et à en assurer l'effectivité, une fonction internationale et peut assurer une fonction de prestation qui vise à mettre à la disposition des particuliers des biens ou des services. L'élément déterminant de la démonstration d'Eisenmann est qu'il considère la fonction de prestation comme ne faisant pas partie de l'essence de l'État. Autrement dit, le concept d'État ne comprend pas la fonction de prestation, elle n'entre pas dans la définition de l'État et Eisenmann estime que « c'est sans doute l'intuition de ce fait qui est à la source de la thèse de la doctrine libérale individualiste classique qui distingue entre fonctions naturelles, nécessaires, normales de l'État –ce sont les deux premières- et fonctions accessoires ou facultatives. »²⁴⁴ Cette distinction ne poserait pas en soi de problème, mais les libéraux en déduisent que l'État qui exercerait une fonction facultative sortirait de son rôle, outrepasserait les limites qui lui sont assignées et porterait

²⁴⁴C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 220

atteinte à la liberté individuelle. Ils font donc des fonctions naturelles une condition non seulement nécessaire mais aussi suffisante de la qualification d'État ; le véritable État se limite à ses fonctions naturelles et uniquement celles-ci, s'il en exerce d'autres alors il cesse d'être un État ou plutôt il dégénère en un État autoritaire. Eisenmann dénonce le sophisme de ce raisonnement qui consiste à tirer des conclusions pratiques à partir d'une prémisse théorique. Il met bien en évidence que si la distinction entre les fonctions essentielles et facultatives « apparaît fondée sur le plan de l'analyse intellectuelle [...] on ne saurait en tirer la conclusion politique que l'école en question [l'école libérale] y associe ou en déduit, à savoir que l'État ne devrait assurer tout au plus que le minimum strictement indispensable des fonctions du second type, qu'au-delà de ce minimum il sortirait de son *rôle normal*. »²⁴⁵ Eisenmann conserve toutefois une grande neutralité scientifique, il se contente d'indiquer que l'on ne peut en aucun cas se fonder sur le concept théorique d'État pour lui prescrire son action dans le domaine pratique. Roland Drago souligne cette réserve en déclarant que l'analyse d'Eisenmann « constitue un cadre intellectuel utile » mais qu'il est regrettable qu'il n'est pas tranché ou au moins défini « ce qu'est ce rôle normal » de l'État. Il nous semble en réalité qu'Eisenmann s'est implicitement prononcé sur cette question dans ses écrits. Certes, à aucun moment, il ne définit ce que doit être le rôle de l'État mais les solutions pratiques qu'il préconise pour résoudre certains problèmes juridiques voir politiques et la condamnation systématique des thèses libérales limitant l'État à un rôle négatif laissent entrevoir qu'elle était sa conception de l'État.

B) L'État eisenmanien : la réalisation de la liberté individuelle

Eisenmann n'a pas uniquement critiqué les positions libérales, il a aussi développé une conception positive de l'État, même si celle-ci n'est pas explicite et qu'il n'a jamais entendu ni traiter cette question de manière systématique ni prescrire à l'État quel devait être son rôle. Notre hypothèse est qu'Eisenmann considérait que la liberté spirituelle n'est pas une donnée de fait mais un résultat à atteindre, à construire même. Dès lors l'État ne devrait pas uniquement s'abstenir de porter atteinte à la liberté mais aurait pour tâche de la produire. En effet, la liberté spirituelle est avant tout une concurrence des idées et celle-ci, à l'instar de la concurrence économique qui suppose un cadre légal pour exister, doit être construite par une action positive de l'État. En d'autres termes, la démocratie politique repose sur un cadre légal mis en place par l'État, elle nécessite un interventionnisme étatique et ne peut donc pas pleinement exister, comme le laisse penser certains théoriciens libéraux, dans un État minimal se limitant à assurer une certaine police entre les individus. Eisenmann déclare ainsi que « les vrais démocrates considèrent l'État comme un serviteur possible de cette liberté, serviteur au moyen d'une action propre, qui est peut-être même indispensable pour l'assurer, qui vise à procurer aux individus tel ou tel bien (au sens large du mot), - et non pas simplement à

²⁴⁵*Ibid.*, p. 220

prévenir ou réprimer telle ou telle conduite de leur part. »²⁴⁶ Il ajoute plus loin que les démocrates sont « convaincus qu'il ne suffit pas, pour la réalisation des exigences de l'idée démocratique, que les individus se voient reconnaître une liberté négative, c'est-à-dire une faculté à laquelle l'État n'apporte simplement pas d'entraves. »²⁴⁷ La réalisation de cette idée nécessite une « action positive du pouvoir politique »²⁴⁸ pour transformer ces facultés juridiques théoriques en « facultés effectives réelles. »²⁴⁹ Eisenmann justifie cette position en démontrant que dans le monde capitaliste moderne, les puissances économiques peuvent se révéler des dangers plus importants pour l'autonomie des individus que l'État et qu'il revient à ce dernier de ne pas pratiquer la politique du « laissez passer, laissez faire » pour éviter que des inégalités économiques et sociales trop marquées n'entravent l'expression des libertés spirituelles et politiques.

Il est toutefois très important de noter qu'Eisenmann ne préconise pas un interventionnisme étatique dirigiste. Il n'est pas favorable à une action directe de l'État sur les libertés publiques, entendue comme une direction autoritaire de ces libertés. Il envisage toujours une action étatique sur le cadre des libertés publiques c'est-à-dire que l'État doit définir une législation et agir positivement pour permettre la réalisation effective de la concurrence dans le domaine des idées (et non pas pour promouvoir lui-même telle ou telle idée). L'analyse des actions étatiques qu'il recense en matière de régimes d'informations est un parfait exemple du rôle qu'il escompte de l'État. Il doit agir positivement, « par une action de grande envergure en l'état actuel des techniques, en vue de favoriser la diffusion des idées et des opinions. »²⁵⁰ Pour ce faire il peut procéder à la nationalisation de tous les instruments de communication afin de donner la parole à tous les courants d'expression sans qu'ils se heurtent à des problèmes d'ordre technique et financier. Eisenmann relève cependant le danger inhérent à une telle pratique : le risque que le pouvoir en place use de ce monopole à son profit et bafoue le principe de l'égalité de diffusion de toutes les idéologies en proposant uniquement des informations servant son propre intérêt politique. La principale technique juridique pour éviter une telle dérive témoigne du caractère précurseur des idées d'Eisenmann puisqu'il propose de conférer à ces entreprises nationales de communication, une autonomie à l'égard de l'autorité gouvernementale, de les constituer en « établissements publics autonomes. »²⁵¹ Cette solution fait écho au développement ultérieur des autorités administratives indépendantes et plus récemment à l'exigence, imposée par l'Union européenne, en matière économique de soustraire de façon croissante les grands opérateurs nationaux à l'influence du pouvoir exécutif. A cet égard, une autre action envisagée par Eisenmann montre bien que la construction de la concurrence spirituelle participe de la même

²⁴⁶C. EISENMANN, *Informations et structures politiques : informations et régimes politiques*, Nancy, 1964, p. 42

²⁴⁷*Ibid.*, p.42

²⁴⁸*Ibid.*, p.42

²⁴⁹*Ibid.*, p.42

²⁵⁰*Ibid.*, p. 40

²⁵¹*Ibid.*, p. 45

philosophie que la construction de la concurrence économique. Eisenmann estime nécessaire que des mesures juridiques soient prises pour « lutter contre la tendance, spontanée, inévitable dans ce domaine [de la communication et de l'information] pour des raisons économico-techniques, à la réduction du nombre des entreprises, à la concentration et finalement la tendance au monopole. »²⁵² Autrement dit, il est indispensable de garantir la concurrence dans le domaine spirituel pour éviter tout monopole, toute dictature spirituelle. L'État peut notamment veiller à ce qu'un groupe financier ne possède pas des intérêts majeurs dans les principales entreprises de communication de masse (télévision, périodiques ...). Il doit également prendre garde à ce qu'un groupement de caractère politique ou idéologique n'acquiert pas un monopole réel des ondes. Un monopole dans le domaine des idées serait encore plus préjudiciable que dans le domaine économique car il déboucherait sur l'imposition d'une pensée unique, et l'on sait que la formation des esprits est la caractéristique majeure du totalitarisme. Ainsi, les tenants de l'État minimal en lui interdisant toute intervention positive de régulation dans le champ politico-social encourent le risque de favoriser l'émergence d'une dictature idéologique privée (au sens où elle serait exercée par des individus et non par la puissance publique). Enfin, Eisenmann estime que l'État peut garantir les « principes du libéralisme par une action d'aide financière. »²⁵³ Il ne s'agit pas de fournir des subventions directes au profit de sociétés d'information mais de leur octroyer des services ou de leur fournir du matériel à des prix inférieurs au prix du marché afin de leur assurer une indépendance « par rapport aux puissances financières et économiques privées. »²⁵⁴ Là encore l'objectif d'Eisenmann est clair, il veut éviter que les puissances privées exercent une direction de la vie spirituelle de la nation et l'action étatique est là pour veiller à éviter de telles dérives. Il précise d'ailleurs qu'il ne s'agit pas de nier les principes de l'économie de marché dans le domaine de l'information puisque l'aide financière de l'État n'a pas vocation à assurer une indépendance totale mais seulement une « indépendance supérieure à celles dont bénéficieraient les sociétés d'information si l'État n'intervenait pas. »²⁵⁵

L'interventionnisme étatique prôné par Eisenmann n'est donc pas un dirigisme, il vise uniquement à permettre une réalisation effective de la liberté politique des individus par la garantie d'une réelle concurrence dans le domaine spirituel. L'État ne saurait se limiter à une action minimale, il doit au contraire agir activement pour construire la liberté politique. Sur ce point précis, Eisenmann nous semble rejoindre partiellement la conception de l'État qualifiée par Jean-François Kervégan d'« institutionnalisme faible. »²⁵⁶ Selon cette conception, les « dispositions subjectives sont générées par les institutions de l'esprit objectif, elles ne sont pas déterminées par elles au sens où elles en seraient le reflet superstructurel. »²⁵⁷ En d'autres

²⁵²*Ibid.*, p. 46

²⁵³*Ibid.*, p. 45

²⁵⁴*Ibid.*, p. 45

²⁵⁵*Ibid.*, p. 45

²⁵⁶J.-F. KERVEGAN, « Le droit du monde. Sujets, normes et institutions » in *Hegel penseur du droit*, Paris, CNRS Editions, 2004, p. 38

²⁵⁷*Ibid.*, p. 38

termes, le cadre institutionnel et légal créé par l'État permet la constitution de la liberté mais il ne la détermine pas, il n'en fixe ni le contenu ni l'expression. Cette conception s'oppose donc radicalement au totalitarisme et à toute forme d'interventionnisme dirigiste mais elle récuse aussi les thèses libérales prônant un État minimal, celui-ci laissant rapidement place à l'arbitraire des individus plus qu'à leur réelle liberté. Nous pensons donc qu'Eisenmann a bien développé une théorie étatique et non étatiste. Il voit dans l'État un instrument indispensable à l'exercice de la liberté et défend sa légitimité à cet égard mais il n'en fait qu'un moyen et non une fin. Cette conception du rôle de l'État est à notre sens dictée par son attachement à l'autonomie individuelle et à l'indépendance intellectuelle dont il n'a jamais cessé de faire usage.

Conclusion

Au terme de cette étude il est possible de dégager deux traits caractéristiques de la pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann.

Le premier est qu'il n'est ni le disciple inféodé à Hans Kelsen ni le positiviste que l'on présente habituellement. Il s'est seulement inspiré du normativisme kelsénien et à su développer à partir des théories du maître viennois, une pensée qui lui est propre. En effet, sur le plan de la théorie du droit, il a adopté des positions sensiblement différentes de Hans Kelsen. Il a par exemple partiellement intégré une conception décisionniste du droit pour penser des concepts tels que la souveraineté ou le pouvoir constituant alors que Kelsen rejetait vigoureusement ce type de notions, les jugeant métaphysiques et étrangère à la science du droit. De même, il n'a pas hésité à rectifier voir critiquer les écrits de Kelsen. Grâce à son indépendance intellectuelle, la science juridique du droit constitutionnel de Charles Eisenmann se révèle beaucoup moins dogmatique que celle de Hans Kelsen. Elle est fortement empreinte de la philosophie normativiste, Eisenmann promeut une conception formelle de la Constitution et voit dans la justice constitutionnelle le moyen d'en assurer l'effectivité, mais son réalisme lui permet d'en faire la critique et de souligner les dangers qu'elle comporte. Son pragmatisme ressort également dans son étude de l'organisation du régime politique des États. L'homme, qu'il soit gouvernant ou gouverné, est au centre de ses préoccupations. Sa réflexion sur la classification des régimes politiques l'atteste parfaitement puisque c'est moins la question de savoir qui exerce le pouvoir suprême qui intéresse Eisenmann que l'autonomie individuelle dont jouissent les gouvernés dans chaque régime. Ce réalisme de Charles Eisenmann l'a amené à se détacher de manière beaucoup plus nette des thèses de Hans Kelsen. Il a en effet remis en cause partiellement l'idée de pureté de la science juridique en prônant un dualisme modéré entre cette science et les sciences politiques. Contrairement à Kelsen, Charles Eisenmann n'a pas réduit le droit à la science du droit. Il a véritablement fait, en juriste, de la science politique du droit constitutionnel en abordant des problèmes politiques, sociologiques et philosophiques comme le montre sa tentative de penser juridiquement les régimes autoritaires et dictatoriaux ou le lien existant entre la philosophie libérale et le régime politique démocratique. Ce champ d'étude particulièrement étendu qu'il assignait au constitutionnaliste témoigne de l'originalité et de l'intérêt de son œuvre.

Le second trait caractéristique de sa pensée est relatif aux principes politiques qu'il a implicitement défendus lorsqu'il aborda des sujets de sciences politiques. Charles Eisenmann a toujours proclamé la nécessité, au nom de la pureté de la science du droit (la pureté devant s'entendre ici comme une neutralité axiologique du chercheur), d'« exclure de l'étude et de la solution des problèmes de la théorie juridique toute doctrine politique ou sociale »²⁵⁸ mais il

²⁵⁸C. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie*

n'a pas entièrement respecté cette exigence. A raison de son inspiration libérale, il a vigoureusement combattu les doctrines autoritaires et les doctrines libérales prônant un état minimal (état-gendarme). A l'encontre de ces dernières, il s'est évertué à démontrer la nécessité d'une intervention étatique pour réaliser pleinement la liberté individuelle. Cet aspect de son œuvre est particulièrement intéressant à deux égards. D'une part, Eisenmann s'efforce toujours de relier les principes politiques aux règles de droit qui en assurent la transposition dans l'ordre juridique. Il montre ainsi dans quelles mesures un juriste peut et même doit s'intéresser à des problèmes extra- normatifs pour mieux comprendre les normes juridiques sur lesquelles il travaille. D'autre part, il cherche à penser un interventionnisme étatique non dirigiste et les mécanismes juridiques permettant de mettre en œuvre une telle intervention. L'actualité de ces questions montre que sa pensée est loin d'être obsolète et recèle une utilité bien au-delà de la seule théorie du droit.

La thèse implicitement défendue par Eisenmann d'un État interventionniste fixant un cadre légal pour permettre aux individus de réaliser leur liberté fait écho aux théories ordolibérales mises en œuvre dans la république fédérale allemande dans l'immédiat après-guerre. Les tenants de cette école ont été fortement influencés par la pensée kantienne, à l'instar de Hans Kelsen, et ont été très actifs durant les années 1920 à 1930 en Allemagne et en Autriche. Il serait intéressant d'étudier si Eisenmann a eu connaissance de leurs idées et dans l'affirmative de chercher dans quelles mesures elles ont pu influencer sa conception du rôle de l'État et du droit. Par, ailleurs, la question des rapports exacts entre la pensée de Hans Kelsen et de Charles Eisenmann sur les problèmes de théorie du droit mériterait d'être plus amplement approfondie. Notre étude se contente de montrer que Charles Eisenmann a remis en cause la conception radicale de la pureté du droit telle que la concevait Kelsen, et qu'il a également fait quelques entorses au normativisme à raison de son intérêt moindre pour l'épistémologie juridique. En revanche, une comparaison méthodique et exhaustive des théories des deux auteurs fait défaut et un travail plus poussé sur ce sujet serait un apport précieux.

Laurent Bonnard

Ancien étudiant du Master 2 Droit Public Approfondi Université Panthéon-Assas Paris II souhaitant préparer une thèse en droit constitutionnel.

Bibliographie générale

I.- Ouvrages, traités et monographies

ARENDDT (H.), *Les origines du totalitarisme, 3e partie : Le Système totalitaire*, Paris, Gallimard, 2002, 380 p.

ARISTOTE, *Les politiques*, Paris, Flammarion, 2ème éd., 1993, 575 p.

BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Collection Léviathan, 1994, 512 p.

EISENMANN (C.), *Cours de droit constitutionnel comparé*, Paris, les Cours de droit, 195, 222 p.

EISENMANN (C.), *Informations et structures politiques : informations et régimes politiques*, Nancy, Centre Européen Universitaire, département des sciences politiques, 1964-1965, 48 p.

EISENMANN (C.), *Libertés politiques et régime politique*, Nancy, Centre Européen Universitaire, département des sciences politiques, 1967-1968, 23 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris-Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1999, 367 p.

LEBEN (C.), *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, 668 p.

SCHMITT (C.), *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995, 115 p.

SCHMITT (C.), *Théorie de la constitution*, Paris, PUF « Quadrige », 1ère éd., 2008, 576 p.

II.- Thèses

CHIFFLOT (N.), *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, 2009, 450 p.

EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, 383 p.

III.- Articles de doctrine

BEAUD (O.), « A propos des Écrits de théorie du droit de Charles Eisenmann », *Droits*, n° 36, pp. 189-200.

CAPITANT (R.), « Rapport sur les titres de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, Journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, 1986, Annexe III, pp. 247-249.

DRAGO (R.), « Les fonctions de l'État dans la pensée de Charles Eisenmann » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, 1986, pp. 75-83

EISENMANN (C.), « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, 1930, pp. 231-279.

EISENMANN (C.), « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Duchemin, 1933, pp. 165-192.

EISENMANN (C.), « L'organisation constitutionnelle du troisième Reich : de Weimar à Postdam », *Bulletin mensuel jaune*, Strasbourg, juin 1934, n° 9, pp. 194-203

EISENMANN (C.), « Le Gouvernement de l'Allemagne national socialiste », *Bulletin mensuel jaune*, Strasbourg, novembre 1935, n° 11, pp. 280-296.

EISENMANN (C.), « Napoléon, précurseur de la dictature idéologique », *Politique*, n° 28, 1947, pp. 781-797.

EISENMANN (C.), « Napoléon, précurseur de l'encadrement totalitaire de la Nation », *Politique*, n° 35, 1948, pp. 520-531.

EISENMANN (C.), « Bonn et Weimar, deux constitutions de l'Allemagne » in *La documentation française, Notes et Etudes documentaires*, 1950, n° 1337

EISENMANN (C.), « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques » in *La science politique contemporaine*, Paris, UNESCO, 1950, pp. 96-137.

EISENMANN (C.), « Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle) », *RDP*, 1952, pp. 904-979.

EISENMANN (C.), « La pensée constitutionnelle de Montesquieu » in Mirkine-Guetzevitch (B.) et Puget (H.) (dir.), *Recueil Sirey du Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948 : La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, 1952, pp. 133-160, rééd. In *Cahier de philosophie politique*, n° 2-3, 1985, pp. 35-66.

EISENMANN (C.), « Le système constitutionnel de Montesquieu et le temps présent » in *Actes du Congrès Montesquieu*, réuni à Bordeaux du 23 au 25 mai 1955 pour commémorer le deuxième centenaire de la mort de Montesquieu, Bordeaux, Delmas, 1956, pp. 241-248.

EISENMANN (C.), « La cité de Jean-Jacques Rousseau » in *Etudes sur le Contrat Social de J.-J. Rousseau*, Actes des journées d'études organisées à Dijon pour la commémoration du 200^e anniversaire du *Contrat Social*, Publications de l'Université de Dijon, t. XXX, 1956, pp. 191-201.

EISENMANN (C.), « Droit constitutionnel et science politique », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, Paris, PUF, 1957, pp. 72-85.

EISENMANN (C.), « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen » in *Colloque de Strasbourg sur Méthode sociologique et droit*, 1956, Paris, Dalloz, 1958, pp. 61-73.

EISENMANN (C.), « Le juriste et le droit naturel », *Annales de philosophie politique*, n° 3, Paris, PUF, 1959, pp. 206-229.

EISENMANN (C.), « La justice dans l'État » in *La Justice*, Centre de science politique de l'Institut d'Etudes juridiques de Nice, VII, Paris, PUF, 1961, pp. 11-56.

EISENMANN (C.), « Les fonctions de l'État » in E. Faure et L. Trotabas (dir.), *Encyclopédie française, Tome X : l'État*, Paris, Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, XV-438 p., pp. 291-311.

EISENMANN (C.), « Sur la théorie kelsénienne du domaine de validité des normes juridiques » in *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, edited by Salo Engel with the cooperation of Rudolf A. Metall, Knoxville, the University of Tennessee Press, 1964, pp. 60-69.

EISENMANN (C.), « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg » in *Relations des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, organisées par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg, 1961, Paris, Dalloz, 1966, pp. 49-71.

EISENMANN (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des

classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. XI, 1966, pp. 25-43.

EISENMANN (C.), « Sur la légitimité juridique des gouvernants », *Annales de philosophie politique*, n° 7, Paris, PUF, 1967, pp. 97-127.

EISENMANN (C.), « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *Politique*, n° 41-44, 1968, pp. 5-86.

EISENMANN (C.), « Le contrôle juridictionnel des lois en France » in *Sixièmes Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin*, tenues à la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 1973.

EISENMANN (C.), « Politique et Religion chez Jean-Jacques Rousseau » in *Etudes offertes à Jean-Jacques Chevalier*, Paris, Cujas, 1977, pp. 73-90.

EISENMANN (C.), « La justice constitutionnelle dans la République Fédérale d'Allemagne » in *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, pp. 195-215.

FAVOREU (L.), « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, 1986, pp. 85-101.

GROSHENS (J.-C.), « Propos introductif » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, 1986, pp. 7-12.

KELSEN (H.), « Préface », in *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, p. XI.

KERVEGAN (J.-F.), « Le droit du monde. Sujets, normes et institutions » in *Hegel penseur du droit*, Paris, CNRS Editions, 2004, p. 38

LEBEN (C.), « Préface » in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, coll. « les introuvables », 2002, p. 7-9.

RIALS (S.), « Charles Eisenmann, historien des idées politiques ou théoricien de l'État » in *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du

droit de Paris, Paris, Economica, 1986, pp. 103-129

TIMSIT (G.), « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann » in *La pensée de Charles Eisenmann, Journées d'études*, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, 1986, pp. 15-30.

VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif » in *La pensée de Charles Eisenmann, Journées d'études*, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, 1986, pp. 15-30.

IV.- Articles de journaux

EISENMANN (C.), « Le projet de traité sur la communauté européenne de défense et la constitution française », *Le Monde*, 2 juin 1954, rééd., Droits, 1992, n° 16, pp. 102-111.

EISENMANN (C.), « Le traité sur la CED : loi simple ou loi constitutionnelle ? Réponse à deux arguments », *Le Monde*, 15 juin 1954

Thèmes : droit constitutionnel – France – régimes politiques - libertés publiques

Résumé :

Charles Eisenmann est traditionnellement perçu comme un positiviste et un fidèle disciple de Hans Kelsen ayant introduit en France les idées du maître viennois, notamment en matière de justice constitutionnelle. Le volet administratif de son œuvre a également contribué à sa renommée et fait l'objet de plusieurs études doctrinales dont la récente thèse de Nicolas Chiffot sur le droit administratif de Charles Eisenmann. Pourtant ses écrits ne se limitent pas à ses deux aspects et la présente étude est consacrée à la partie méconnue de sa pensée constitutionnelle. Son examen montre qu'Eisenmann a fait preuve d'une réelle autonomie vis-à-vis de Hans Kelsen pour développer des concepts qui lui sont propres et surtout ne pas réduire le droit à la science du droit. Ainsi, loin d'être un pur positiviste, il a abordé en juriste des questions réputées appartenir au domaine de la science politique et ses écrits laissent apparaître en filigrane sa conception du rôle de l'État.