



COLLOQUES



ÉDITIONS

PANTHÉON-ASSAS

La notion  
de constitution  
dans la doctrine  
constitutionnelle  
de la Troisième  
République

Sous la direction de  
Armel Le Divellec

**LA NOTION  
DE CONSTITUTION  
DANS LA DOCTRINE  
CONSTITUTIONNELLE DE  
LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE**

**sous la direction de  
Armel Le Divellec**

Ouvrage issu du colloque du Centre d'études constitutionnelles  
et politiques de l'université de Paris II Panthéon-Assas  
organisé les 10 et 17 juin 2016.

Tiré à part  
Ne peut être vendu

## Table des matières

|                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Table des auteurs .....                                                                                                                                               | 7   |
| La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la<br>Troisième République : <i>le pays où l'on n'arrive jamais</i><br><b>Armel Le Divellec</b> ..... | 9   |
| La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle préclassique de la<br>Troisième République (1870-1896)<br><b>Elina Lemaire</b> .....                     | 49  |
| Saleilles et Esmein : deux formes de pensée constitutionnelle<br><b>Jean-Louis Halpérin</b> .....                                                                     | 71  |
| La notion de constitution chez Adhémar Esmein<br><b>Philippe Lauvaux</b> .....                                                                                        | 85  |
| La notion de constitution dans l'œuvre de trois constitutionnalistes parisiens :<br>Chavegrin, Lapradelle, Gidel<br><b>Armel Le Divellec</b> .....                    | 97  |
| La notion de constitution dans l'œuvre de Léon Duguit<br><b>Olivier Jouanjan</b> .....                                                                                | 117 |
| La notion de constitution dans l'œuvre de Carré de Malberg<br><b>Éric Maulin</b> .....                                                                                | 131 |
| Tel un ruban de Möbius.<br>La notion de constitution dans la pensée de Maurice Hauriou<br><b>Jacky Hummel</b> .....                                                   | 141 |
| La notion de constitution chez Joseph Barthélemy, Paul Duez, Achille Mestre<br>et Julien Laferrière<br><b>Alain Laquière</b> .....                                    | 163 |
| La notion de constitution dans l'œuvre de Boris Mirkine-Guetzévitch<br><b>Julie Benetti</b> .....                                                                     | 183 |
| La notion de constitution dans la doctrine de Marcel Waline<br><b>Agnès Roblot-Troizier</b> .....                                                                     | 193 |
| La notion de constitution chez René Capitant, Georges Burdeau et Marcel Prélot<br><b>Jean-Marie Denquin</b> .....                                                     | 209 |
| La notion de constitution chez Charles Eisenmann et Roger Pinto<br><b>Cécile Guérin-Bargues</b> .....                                                                 | 233 |
| Propos de conclusion<br><b>Constance Grewe</b> .....                                                                                                                  | 253 |

# **La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République : *le pays où l'on n'arrive jamais***

**Armel Le Divellec**

*Professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas  
Directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques*

« Qu'est-ce donc que les lois constitutionnelles ou – malgré la méfiance que pourrait inspirer à juste titre ce mot, trop souvent utilisé pour embrumer les idées juridiques – qu'est-ce que la constitution ? »

Charles Eisenmann, 1928

Notre époque valorise considérablement, tant dans l'espace public en général que dans les travaux de la science juridique en particulier, la notion de « constitution ». Cette tonalité est plus récente en France que chez ses voisins occidentaux : elle remonte surtout à une trentaine d'années et s'est accentuée plus récemment encore avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en vigueur depuis 2010. Mais la notion de constitution est-elle vraiment bien saisie par ceux-là mêmes qui sont censés au premier chef être capables d'en parler avec autorité, à savoir les juristes-universitaires ? Il est permis d'en douter, d'en douter très fortement.

On ne peut manquer d'être frappé par le contraste entre le discours sur le soi-disant « renouveau du droit constitutionnel » et la pauvreté de la conceptualisation de l'objet-cardinal de la discipline : nous n'avons, à bien y regarder, guère de théories un peu poussées de la constitution (au sens juridique et politique – il faut lier à dessein les deux termes), et même fort peu de satisfaisantes esquisses.

Si l'on observe la doctrine française, on pourrait dire que la constitution s'apparente à un « pays où l'on n'arrive jamais » (pour reprendre le titre d'un roman naguère un peu célèbre). Cela, non pas tant au sens où la France a été l'une

des plus grandes consommatrices de textes constitutionnels en Occident. Mais bien plutôt parce que notre pays, pétri d'une histoire particulièrement riche et fort d'une tradition de penseurs de la *res publica*, avait tout pour développer un vaste savoir, une véritable pensée de la constitution. De fait, pourtant, bien que notre littérature constitutionnelle, depuis deux bons siècles, ne soit pas négligeable, elle fait, dans une certaine mesure, l'impasse sur la notion de constitution ; du moins cette littérature campe-t-elle sur quelques « vérités » trop simples, peu réinterrogées.

Il est difficile de ne pas s'étonner du fait que l'on ne trouve, dans la littérature française des cinquante (ou même des cent trente) dernières années, presque aucun ouvrage portant directement sur la notion de constitution elle-même<sup>1</sup>.

Certes, les manuels de droit constitutionnel sont légion, qui abordent inévitablement la notion de constitution, mais ils le font dans les contraintes du genre, c'est-à-dire de manière nécessairement réduite et (trop) simplifiée<sup>2</sup>. Certes encore, les articles isolés<sup>3</sup> ou les actes de colloque<sup>4</sup> voire les entrées de dictionnaire<sup>5</sup>

1 L'une des rares études un peu ample est celle de Paul Bastid, *L'idée de constitution*, publiée chez Economica en 1985 (coll. « classiques », avec une préface de Jean Rivéro) et qui est la transcription presque intégrale d'un cours de doctorat délivré à la Faculté de droit de Paris en 1962-1963. Le fait de publier ce cours (amputé du chapitre sur les États-Unis) est révélateur de l'absence, en France au milieu des années 1980, d'ouvrages centrés sur la notion de constitution. Encore le livre de Bastid concerne-t-il davantage, comme son titre l'indique, « l'idée » que la « notion » ; il privilégie l'histoire des doctrines, spécialement avant le XVIII<sup>e</sup> siècle, au détriment de la doctrine spécifiquement juridique contemporaine (il discute certes un peu, mais pas de manière approfondie, Carré de Malberg, évoque Duguit et Kelsen, M. Prélot et Burdeau). Les doctrines étrangères en sont, pour la période contemporaine, à peu près totalement absentes. On peut ajouter que peu avant (en juin 1961), un colloque sur « l'idée de constitution » avait été organisé à Paris par (cela est significatif) l'Institut international de philosophie politique, où les conférenciers étaient presque tous étrangers ; il fut publié tardivement et de manière partielle dans un recueil quelque peu confidentiel : Pierre Arnaud *et al.* (dir.), *L'idée de philosophie politique. Annales de philosophie politique*, vol. 6, PUF, 1965, p. 130-193. Il existe d'autre part quelques monographies (centrées sur une période historique déterminée), peu nombreuses : Pierre Duclos, *La notion de constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Dalloz, 1932 (tirée d'une thèse de doctorat en droit soutenue à Poitiers sous la direction de Marcel Waline). François Galy, *La notion de constitution dans les projets de 1793*, Thèse, Paris, 1932. Plus récemment, la belle étude d'Arnaud Vergne, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, De Boccard, 2006.

2 Christophe Jamin, « Le droit des manuels de droit ou l'art de traiter la moitié du sujet », dans Anne-Sophie Chambost *et al.* (dir.), *Histoire des manuels de droit*, LGDJ/Lextenso, 2014, p. 9-24.

3 Il y a lieu de mentionner ici particulièrement les travaux de Michel Troper, qui aborde à plusieurs reprises la notion de constitution, sous un angle conceptuel et théorique, d'ailleurs dans une perspective qui lui est propre.

4 Notamment Michel Troper, Lucien Jaume (dir.), *1789 ou l'invention de la constitution*, Bruylant, 1994. *Écrire la constitution*, C.E.R.H.I.P., PUAM, 2011.

5 Notam. Olivier Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », dans Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 257-266. Pierre Brunet, « Constitution », *Encyclopaediae universalis*, éd. 2007. Pascal Mbongo, « Constitution », dans Pascal Mbongo, François Hervouët, Carlo Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Berger-Levrault, 2014, p. 162-168 ; du même : « Constitution (savoirs d'État) », *ibid.*, p. 169-174.

ne sont pas rares sur le sujet, mais ils ne remplacent pas des études plus amples, tandis que les essais – un genre trop peu développé en France – consacrés à un tel sujet sont presque inexistants<sup>6</sup>.

Au-delà de ce premier constat, quelque peu superficiel et essentiellement quantitatif, il est possible, en examinant cette littérature existante, de relever trois points saillants. En premier lieu, ce sont généralement les mêmes questions qui sont abordées en liaison avec la notion de constitution (en particulier le mode d'établissement et la révision des constitutions formelles, la hiérarchie des normes, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité – le thème de l'interprétation étant presque exclusivement abordé sous ce prisme aujourd'hui – ou encore la coutume constitutionnelle, d'ailleurs pas toujours réellement pensée dans le problème plus vaste du droit non écrit). Ensuite, les écrits de la doctrine française ont tendance à faire les mêmes impasses sur nombre de questions cruciales (notamment : l'effectivité des prescriptions des constitutions formelles, le rapport entre constitution et réalité sociopolitique, la capacité des textes à influencer sur la vie politique, mais aussi le problème de l'écriture constitutionnelle ou encore le problème de la combinaison entre normes et l'unité de la constitution). Enfin, il est étonnant de relever des différences non négligeables dans les définitions de la constitution (la distinction entre les définitions formelle et matérielle notamment)<sup>7</sup>.

Ce déficit (à nos yeux, il s'agit bien de cela) a certainement plusieurs raisons, l'une d'entre elles pouvant provenir du profond scepticisme français (fort compréhensible, certes) quant à « l'efficacité », disons de façon plus neutre – quant au rôle – des textes constitutionnels, en particulier sous nos trois dernières républiques<sup>8</sup>. En un sens, ce scepticisme a nourri l'éclipse conceptuelle qu'a représenté le « moment politiste » de la doctrine constitutionnelle française<sup>9</sup> (en gros, depuis 1945 jusqu'au début des années 1990), éclipse qui s'est – paradoxalement, à notre sens – prolongée avec l'avènement du paradigme

6 Il y a bien sûr, quelques (brillantes) exceptions, notamment : Jacky Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Michel Houdiard, 2010. De même, mais sur un objet qui ne touche qu'en partie la notion de constitution : Pierre Avril, *Les conventions de la constitution*, PUF, coll. « Léviathan », 1997. De même Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1996.

7 V. sur ce point nos remarques : « De quelques facettes du concept juridique de constitution. Essai de clarification sémantique », *Mélanges Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 727-753.

8 Problème posé de façon crue par Georges Burdeau dans son célèbre article « Une survivance : la notion de constitution », *Mélanges Mestre*, 1956 (rééd. dans Georges Burdeau, *Écrits de droit constitutionnel et de science politique*, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 235-243).

9 Pour une tentative (limitée) d'en sortir : Dominique Rousseau, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1990, p. 1. Et la réplique de Pierre Avril, « La constitution, Lazare ou Janus ? », *RDP*, 1990 (rééd. dans *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 229). Pour un regard oblique : Stéphane Rials, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1984, p. 587-606.

contentieux à partir des années 1980-1990<sup>10</sup>. Mais rechercher les causes de ce déficit n'est pas l'objet du présent propos.

L'intuition qui a sous-tendu le présent colloque est que la situation actuelle de la doctrine française quant à la notion de constitution vient de loin. C'est pourquoi il était nécessaire de revenir sur la doctrine passée.

## I. PROLÉGOMÈNES EN FORME DE SPICILÈGE : PRÉHISTOIRE DU DISCOURS SCIENTIFIQUE SUR LA CONSTITUTION (AVANT 1870)

Mais alors, pourquoi commencer par la Troisième République ?

Après tout, il eût été plus logique d'examiner d'abord les idées de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle (autour de la Grande révolution). Et de fait, on trouverait de nombreux éléments importants dans les premiers débats constituants modernes de la France, en particulier chez les grandes figures politiques qui ont prolongé leur pensée par des écrits substantiels, ainsi notamment Sieyès<sup>11</sup>, Benjamin Constant et Guizot. Mais quelques doctes que ceux-ci aient pu être, leurs idées, concentrées sur les problèmes du moment, n'étaient, par la force des choses, pas développées de manière systématique et, en outre, ils étaient avant tout des hommes politiques engagés dans les débats politiques de leurs temps, si bien que leurs réflexions ne s'inscrivaient pas exactement dans la perspective de l'art juridique scientifique. Pareille difficulté était également celle de juristes, notamment ceux politiquement engagés dans le camp libéral. L'un d'eux, Hello, a bien formulé cet état incertain. En 1827, dans une phase critique de la Restauration donc, il précisait :

Le temps viendra où les principes de notre droit public seront fixés. Alors, sans doute, il aura ses Domat et ses Pothier, et l'on y verra, comme dans le droit civil, une véritable science. Jusque-là nos doctrines n'auront rien d'assez positif pour cesser d'être l'objet d'une controverse, et pour devenir la matière d'un enseignement. Mais la justice et

<sup>10</sup> Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 71-89. Alexandre Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », dans Bertrand Mathieu (dir.), 1958-2008. *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 519-526. Jean-Marie Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP*, 2014, p. 1472-1482. Guillaume Tusseau, « La V<sup>e</sup> République et l'événement (provisoire ?) de la crise : du droit constitutionnel à la science du droit constitutionnel », dans Cercle des constitutionnalistes, *Les 60 ans de la Constitution. 1958-2018*, Dalloz, 2018, p. 45-61.

<sup>11</sup> Dont on connaît la position, développée dans son fameux discours de 1795 (dans lequel il justifie sa proposition de créer sa « jurie constitutionnaire ») : « Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code ? » (*Opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même, l'an III de la République, dans Moniteur*, Séance du 18 thermidor an III, p. 1311).



la nécessité d'une constitution écrite et promulguée sont deux vérités aujourd'hui classiques, que l'on peut présenter moins comme un système que comme un principe<sup>12</sup>.

Il confirmera cette difficulté dans une nouvelle version de son essai, paru à la fin de la monarchie de Juillet, malgré les efforts de celle-ci pour installer l'enseignement du droit constitutionnel (v. *infra*) :

J'aurais [...] pu prendre le ton de l'enseignement, poser des axiomes, tirer des conséquences ; mais je n'ai pas tardé à m'apercevoir que le temps de la méthode géométrique n'était pas venu pour le droit constitutionnel ; [...] Tant s'en faut que la science constitutionnelle en soit à ce degré d'exactitude, que même le caractère et le nom de science ne lui sont pas unanimement reconnus<sup>13</sup>.

S'il est donc difficile de parler déjà de « doctrine » constitutionnelle au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, pouvait-on tout de même trouver des perspectives dans la littérature constitutionnelle qui s'ébauche avant 1870 et demeure à ce jour encore assez mal connue et insuffisamment explorée ? On est conduit à noter que la notion de constitution ne fait alors l'objet d'aucune étude conceptuelle systématique<sup>14</sup>. Les publicistes traitant des questions constitutionnelles le font soit en se concentrant sur les problèmes politiques concrets de la France depuis 1789, ou bien ne l'évoquent, au mieux, qu'en passant. Donner une image précise de leurs conceptions de la constitution impliquerait de fouiller de manière systématique leurs écrits pour reconstruire schématiquement la façon dont ils pensent la notion de constitution. Ce travail devra être entrepris un jour. On ne bornera à donner ici un aperçu, assez large mais sans prétention à l'exhaustivité.

12 *Du régime constitutionnel, ou introduction à l'étude de la Charte*, Paris, Ponthieu et cie, 1827, p. 6.

13 *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Paris, A. Durand, 1848, t. I, p. xxv (idem dans la 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 1849, p. 9).

14 À titre d'indice, on peut noter combien sont révélatrices de l'état encore limité de la littérature spécialisée à la disposition des premiers professeurs de droit, en observant les références bibliographiques que donne Firmin Laferrière dans son *Cours de droit public et administratif* (5<sup>e</sup> éd. Cotillon, 1860, t. I) : en ouverture du chapitre sur le « Droit politique » (*loc. cit.*, p. 1), il mentionne Domat, Montesquieu, Portalis, Benjamin Constant, Macarel, Ortolan, Tocqueville, Schutzenberger, Serrigny et trois auteurs allemands : Kant, Ancillon et Ahrens ; en tête du chapitre suivant le « Droit constitutionnel » (*loc. cit.*, p. 41), il cite, outre certains des précédents (Montesquieu, Constant, Ortolan, Tocqueville), Lanjuinais, Hello, Rossi, de Carné et l'Américain Story. Quand, une cinquantaine d'années plus tard, Ferdinand Larnaude brosse un tableau de la doctrine française du droit public (« Les sciences juridiques et politiques », dans *La Science française*, Paris, Larousse, 1915, p. 20-25), il commence par mentionner les grandes personnalités de la Révolution, avant de citer « la doctrine proprement dite » en débutant par Constant, Chateaubriand, Guizot, Tocqueville, de Broglie, Prévost-Paradol et Laboulaye. Viennent ensuite seulement quelques auteurs parmi les professeurs de droit : Rossi, Esmein, Duguit, notamment mais il est significatif qu'il cite immédiatement aussi des publicistes extérieurs aux facultés de droit : Emile Boutmy, Charles Benoist et Eugène Pierre.



Lanjuinais, par exemple, ne fut pas seulement acteur de la Constituante de 1789 mais également professeur de droit à Rennes. Dans un ouvrage paru en 1819<sup>15</sup>, on le voit raisonner en véritable juriste à propos de la Charte de 1814, qu'il prend au sérieux et analyse comme une véritable loi positive<sup>16</sup>, à laquelle il attribue d'ailleurs le caractère supérieur aux lois ordinaires. Cependant, son essai ne développe pas la notion de constitution elle-même.

Dans la préface à leur recueil, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques*<sup>17</sup>, Dufau, Duvergier et Guadet tentent une sorte de définition :

Qu'est-ce à proprement parler que la constitution ? Quelles sont les lois qui en font essentiellement partie ? (...) [L]es publicistes, les jurisconsultes ont laissé des définitions et des classifications plus ou moins propres à nous diriger dans notre choix. (...) La constitution est l'ordre ou distribution des pouvoirs qui ont lieu dans un État, c'est-à-dire la manière dont ils y sont répartis, le siège de la souveraineté et la fin que s'y propose la société civile<sup>18</sup>.

Le propos est assez général mais présente le mérite, selon nous, de ne pas enfermer la notion de constitution dans une acception purement technique. Alors même que l'objet de leur ouvrage est la publication des textes constitutionnels, les préfaciers emploient le terme « ordre », qui suggère qu'une constitution est davantage qu'un simple texte.

À la même époque, l'avocat (et futur conseiller de cour d'appel) Jean-Baptiste Pailliet publie un volumineux *Droit public français ou histoire des institutions politiques*<sup>19</sup>, qui se présente comme un recueil de textes divers (normatifs comme politiques), assortis de commentaires, dans lequel il insiste sur la nature de loi supérieure de la notion de constitution :

La loi constitutionnelle est une loi à part, différente des autres lois. On ne conçoit pas ce que serait une loi constitutionnelle que rien ne distinguerait des lois ordinaires. Admettre l'existence d'une constitution, c'est donc reconnaître deux ordres de lois, l'un supérieur, l'autre subordonné. Reconnaître deux ordres de lois, c'est reconnaître deux ordres de législation inégaux en pouvoir : le même pouvoir ne saurait effectivement rendre des lois d'une force inégale et leur imprimer une sanction différente. De là sort une conséquence rigoureusement obligée, c'est que dans tout État régi par une loi constitutionnelle, la puissance législative a nécessairement deux degrés : au degré inférieur est le législateur

15 *Constitutions de la Nation française avec un essai de traité historique et politique sur la Charte et un recueil de pièces corrélatives*, Paris, Librairie constitutionnelle, 1819, 2 volumes.

16 « Ce n'est pas seulement, comme on a osé le dire, une collection de principes à consulter par les chambres, un amas de maximes sans application nécessaire ; elle définit nos droits ; elle déclare et limite nos grands pouvoirs ; elle remplace toutes les constitutions précédentes ; elle abroge expressément les lois secondaires qui la contredisent. » (*loc. cit.*, t. I, p. 3).

17 Paris, Chanson, t. I, 1821, p. V-VI.

18 Ils renvoient alors à Aristote, *Politique*, liv. IV, chap. I<sup>er</sup>.

19 Paris, Kleffer, 1822, p. 736.

ordinaire ; au degré supérieur est le législateur constituant ; ce dernier seul est au-dessus de la constitution ; le premier est borné et dominé par elle.

Notion « superlégislative », donc, mais législative avant tout.

Avec le *Cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel*<sup>20</sup> publié par Elzéar Ortolan, nous sommes cette fois en présence d'un ouvrage du genre véritablement académique puisque si l'auteur, docteur en droit et un temps avocat, est alors bibliothécaire adjoint à la Cour de cassation (1830), il deviendra bientôt professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris (en 1837 et jusqu'à sa mort en 1873)<sup>21</sup>. Consacré presque en totalité à l'histoire ancienne des pays européens, il esquisse tout de même, dans la première leçon, une approche de la constitution en tant que notion. Après avoir évoqué l'image du corps physique, il en vient aux « sources positives du droit public », qui le fait distinguer « la coutume et les précédents » puis les « lois écrites ». Parmi ces dernières, il est des « lois générales qui fixent le droit politique dans tout son ensemble, et que notre langue moderne désigne sous les noms de *lois fondamentales, chartes, constitutions* » (p. 23). On n'en saura pas davantage.

Ortolan, néanmoins, reviendra sur la notion quelques années plus tard<sup>22</sup>, en conservant son approche délibérément large et historique : à ses yeux, le droit constitutionnel peut être « fondé sur un acte écrit nommé charte, constitution, ou de toute autre manière, ou seulement sur des coutumes et sur des traditions séculaires » ; il précise plus loin que la constitution, outre le cas purement coutumier (« l'empire des usages et des précédents »), peut être établie par « une loi unique et fondamentale, formant constitution », ou bien « une suite d'actes positifs », et de citer la longue cohorte des textes médiévaux de type Magna Charta anglaise, Bulle d'Or hongroise ou allemande. Les limites intrinsèques de ce « système incoordonné des constitutions » provenaient, selon Ortolan, non de la forme mais du fond : l'absence d'égalité devant la loi. C'est ce « grand principe » qui « [sépare] les temps actuels des temps passés » et fait advenir « le droit constitutionnel moderne ». Le futur professeur parisien privilégiait donc une approche matérielle (les règles d'organisation du pouvoir peuvent être de différentes formes), en employant à plusieurs reprises le terme de « système »<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Paris, Fanjat, 1831.

<sup>21</sup> Ortolan s'était présenté sans succès aux concours de suppléant pour une chaire de professeur à la Faculté de droit en 1830, 1831 et 1833. Le cours en question avait été professé en 1830 en Sorbonne (v. Vida Azimi, « Le "grand" Ortolan : une leçon de droit constitutionnel », *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 143-166).

<sup>22</sup> Ortolan, « Droit constitutionnel », dans William Duckett (dir.), *Dictionnaire de la conversation et de la lecture*, 2<sup>e</sup> éd. Paris, Firmin Didot, t. 8, 1854, p. 39-43 (la première édition date de 1835).

<sup>23</sup> Ortolan délivrera en 1848 un cours portant sur une question constitutionnelle et politique (*De la souveraineté du peuple et des principes du Gouvernement républicain moderne*, Paris, Joubert, 1848, 126 p.), mais où l'on ne trouve pas de développement sur la notion de constitution elle-même.

Autre universitaire, Macarel, publie en 1833 ses *Éléments de droit politique*<sup>24</sup>, également issus d'un cours, et qui se présentent nettement comme une sorte de manuel de droit constitutionnel avant l'heure. Mais il n'y développe presque rien sur la notion de constitution<sup>25</sup>.

Il est tout aussi révélateur que Pellegrino Rossi, titulaire de la première chaire officielle de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris (il enseigna effectivement de 1834 à 1845, mais son cours complet ne fut publié qu'en 1866), soit également succinct sur la notion de constitution<sup>26</sup> :

Or, cela étant, qu'est-ce donc que la constitution d'un État ? À proprement parler, la constitution c'est un ensemble de lois qui forme l'organisation d'un État et en règle l'action et la vie, de même qu'on appelle constitution du corps physique, l'ensemble des lois qui président à son organisation et en règlent le mouvement de la vie. Voilà le sens général de ce mot. D'où il résulterait qu'en prenant le mot constitution dans ce sens, il n'y a pas d'État qui n'ait une constitution, car tout ce qui existe a une manière d'exister, bonne ou mauvaise, conforme ou non à la raison, mais une manière quelconque d'exister, de même que le corps humain, que tout ce qui vit, a une constitution plus ou moins parfaite et produisant des effets plus ou moins durables.

Il est vrai maintenant que ce mot constitution est pris aujourd'hui dans un sens plus restreint et nous-mêmes, nous l'employons souvent dans ce sens moins général.

Les libertés humaines avaient disparu ou à peu près de la surface de l'Europe. [...] c'était le pouvoir absolu [...]. Quand le moment d'une réaction contre cet ordre de choses est arrivé, on a demandé ou formé ce qu'on a appelé les constitutions, c'est-à-dire qu'on a rétabli les lois d'organisation sociale et politique qui ont paru les plus propres à garantir les droits de chacun, les libertés naturelles de l'homme. [...] c'est ordinairement par la loi écrite qu'on a voulu atteindre ce résultat. De là ces pactes entre le pouvoir et le pays, de là ces chartes, de là ce sens spécial du mot constitution. C'est dans ce sens qu'on dit aujourd'hui que tel pays a ou n'a pas une constitution. [...] Dans ce sens plus étroit, la constitution est la loi des pays libres, des pays qui ont échappé au règne du privilège et qui sont arrivés à l'organisation d'un peuple jouissant de ses libertés.

Quels sont les éléments d'une constitution ? Que doit renfermer la constitution, la loi fondamentale du pays ? Il est évident que si elle est complète, écrite ou non, loi proprement dite ou coutume, [...] elle doit renfermer les bases : 1° de l'organisation sociale ; 2° de l'organisation politique. Ce sont là les deux éléments nécessaires de l'organisation de l'État.

L'approche est donc à la fois normative et matérielle.

<sup>24</sup> Paris, Nève. V. Simon Gilbert, *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 36, 2016, p. 677-686.

<sup>25</sup> On peut en dire de même de Silvestre Pinheiro-Ferreira, *Principes du droit public constitutionnel, administratif et des gens ou Manuel du citoyen sous un gouvernement représentatif*, Paris, Rey et Gravier et al., 3 vol., 1834.

<sup>26</sup> *Cours de droit constitutionnel* (1835), dans *Œuvres complètes de Pellegrino Rossi*, t. I, Paris, Guillaumin, 1866 (rééd. partielle, Dalloz, 2012), Leçon n° 1 (ici t. I, p. 6-8).

Le suisse Sismondi, proche du groupe de Coppet (auquel avait été lié Rossi) publie en 1836 des *Études sur les constitutions des peuples libres*<sup>27</sup>, dans lequel la dimension matérielle et factuelle, domine le propos, d'ailleurs fort succinct en ce qui concerne la notion elle-même :

On a donné dans l'ordre politique le nom de constitution à la manière d'exister d'une société, d'un peuple ou d'une nation. Ce mot représente l'ensemble des lois et des usages qui font des individus rassemblés un seul corps, un seul tout agissant pour sa propre conservation, d'après une volonté commune. Dans ce sens, il ne saurait exister aucun État sans constitution, comme manière d'être. Mais en général l'usage s'est introduit de n'honorer du nom de constitution que les combinaisons qui se rapprochent du but pour lequel les hommes se sont associés, [...]. C'est en ce sens qu'on distingue les États constitutionnels de ceux qui ne le sont pas<sup>28</sup>.

Le reste de l'ouvrage n'approfondit pas la notion.

L'avocat Félix Berriat Saint-Prix (fils d'un professeur de droit civil et pénal à la Faculté de droit de Paris) présente cette originalité d'avoir publié au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle deux ouvrages de facture tout à fait assimilable à un véritable travail universitaire. Dans le premier, un *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*<sup>29</sup> (qu'il suit article par article, genre exceptionnel en France, qui fera fortune bien plus tard en Allemagne), il est l'un des premiers à adopter nettement le point de vue normatif, qu'il énonce dès la première phrase du livre : « une constitution est l'ensemble des règles qui déterminent la manière dont un peuple doit être gouverné. Ces règles peuvent être non écrites » (p. 1), tout en défendant la thèse selon laquelle la Charte de 1830 possède une valeur supérieure aux lois ordinaires (p. 118 *sq.*), en mettant en avant l'argument (très idéologique) du pouvoir constituant du peuple<sup>30</sup>.

Dans son second ouvrage, *Théorie du droit constitutionnel français*<sup>31</sup>, qui peut être regardé comme le premier manuel à visée pédagogique de la discipline (en reprenant là encore le commentaire article par article), il s'étend davantage sur la notion elle-même, dans une longue introduction (p. 1-91) qui lui est tout entièrement consacrée :

1. Le mot « constitution » a des significations diverses. Pris dans son acception étymologique, il veut dire établissement, organisation ; – ou bien, dans un sens passif, manière d'être, mode suivant lequel une chose est organisée. C'est ainsi que l'on dit, soit des États, soit des individus, que leur constitution est ébranlée ou raffermie, affaiblie ou fortifiée.

<sup>27</sup> Strasbourg, Treuttel et Würtz, 1836.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 4.

<sup>29</sup> Paris, Videcoq, 1836.

<sup>30</sup> Il écrit encore : « si la Charte était une loi ordinaire, elle pourrait être abrogée par une loi de même nature ; ce qui est inadmissible (V. art. 23, § 26). La Charte est une véritable constitution rédigée par la Chambre des députés selon le vœu et dans l'intérêt du peuple français (V. n° 2 de la Déclaration), et qui ne saurait être désormais modifiée ou révisée que par une puissance égale à celle qui l'a tacitement ratifiée » (*op. cit.*, p. 27. Nous soulignons).

<sup>31</sup> Paris, Videcoq, 1851.

La Constitution française, ainsi entendue, appartient au domaine de l'économie politique et de l'histoire plutôt que de l'interprétation juridique.

2. Dans le langage ordinaire, et surtout quand il est écrit au frontispice de dispositions légales, le mot constitution désigne la collection des règles qui déterminent la forme du gouvernement d'un peuple. C'est la loi qui fixe la distribution des pouvoirs politiques. Elle dit comment sera conféré et à quelles conditions sera exercé le mandat de faire les lois, de les exécuter et de les appliquer aux différends.

On verra tout à l'heure que la pratique ne réalise pas toujours rigoureusement l'idée que donne ma définition.

3. Ai-je besoin d'expliquer l'expression figurée par laquelle on donne, dans l'usage, le nom de constitution elle-même à l'écrit ou au livre qui la renferme ?

4. Le droit de faire une constitution se nomme *pouvoir constituant*.

La constitution est une loi ; donc le pouvoir constituant est une sorte de pouvoir législatif<sup>32</sup>.

Suivent de longs développements sur le pouvoir constituant, inspirés par la conception française prévalant depuis 1789 (p. 2-45). Mais il y ajoute encore d'autres considérations intéressantes : il admet les avantages du système de l'Angleterre et donc qu'un pays puisse être doté d'une constitution quoique non écrite et non rigide. Il estime également qu'il y aurait plus d'avantages que d'inconvénients à réduire une constitution au plus petit nombre d'articles possible : « il suffirait d'y formuler deux principes : 1° le pouvoir législatif appartient à l'assemblée des représentants ; 2° les représentants sont élus par l'universalité des citoyens » (p. 18). Par quoi l'on voit qu'il mêle des considérations orientées dans le sens libéral-démocratique à son analyse juridique, même s'il prend soin de distinguer « le droit constitutionnel philosophique » (spéculatif et idéal) et « le droit constitutionnel positif » (science d'interprétation, qui « prend la constitution existante comme un fait accompli », c'est-à-dire essentiellement descriptif) (p. 17-18). Et poursuit : « Il est sage de formuler par écrit les règles constitutionnelles. [...] L'interprétation des lois engendre assez de difficultés par elle-même, sans y joindre à plaisir celles qu'occasionne l'incertitude sur l'existence des lois. »

Enfin, il termine ses considérations :

[L]'écriture seule peut vulgariser les lois et leur procurer l'attachement des masses.

Quels que soient les avantages inhérents à une description écrite, *il ne faut pas, par une illusion trop commune, se les exagérer au point de croire que l'écriture vaut le fait* et que toute loi promulguée est exécutée<sup>33</sup>. On a beau imprimer officiellement que tous les hommes sont libres et égaux ; cela ne suffit point pour établir la liberté et l'égalité, si le gouvernement et les mœurs y résistent.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 1-2.

<sup>33</sup> Nous soulignons. Il renvoie alors en note au *Traité de législation, ou Exposition des lois générales : suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent, ou restent stationnaires*, Éd. Chamerot, 1835 du député libéral Charles Comte (1782-1837).

Si l'écriture est insuffisante à faire de la loi une puissance réelle, elle n'est pas davantage nécessaire pour lui donner l'existence. [...] Si ce gouvernement observe certaines formes constantes ou presque constantes, si l'autorité se transmet suivant un mode à peu près fixe, il est évident que le pays a une constitution telle quelle<sup>34</sup>.

En d'autres termes, Berriat Saint-Prix trahit une certaine ambivalence dans le traitement de la notion de constitution. Des éléments idéologiques le poussent à la réduire à une loi constitutionnelle formelle et rigide, mais il est obligé de convenir que ce sens n'épuise pas la réalité du constitutionnalisme contemporain. On retrouvera la même difficulté chez nombre d'auteurs ultérieurs.

Au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, plusieurs ouvrages traitant de droit général ou de droit constitutionnel en particulier, offrent la même impression qu'aucune notion ferme de constitution ne s'impose. Ainsi un professeur suppléant à la Faculté de droit de Strasbourg, Eschbach, demeure sur une dualité d'approche. D'un côté, il estime que « l'ensemble des conditions du pacte de sujétion s'appelle le *régime politique* de l'État, la *forme de gouvernement*, la *Constitution* ». Et, plus loin, avance que l'« on appelle spécialement *constitutions* ou *lois politiques* (art. 2123 et 2128 du Code civil) les lois qui déterminent la manière dont un peuple doit être gouverné ; et c'est l'ensemble de ces lois fondamentales qui compose le *Droit constitutionnel* ou *Droit politique* »<sup>35</sup>.

Dans les ouvrages de deux juristes libéraux engagés en faveur de la monarchie de Juillet, Denis Serrigny, professeur à la Faculté de droit de Dijon<sup>36</sup>, comme celui de Charles-Guillaume Hello<sup>37</sup>, les vastes développements de droit constitutionnel se concentrent sur le système de la Charte de 1830 mais ne s'élèvent guère sur la notion de constitution en général, qu'ils ne prennent pas la peine de définir de manière précise. Le sens (super-)législatif s'entremêle sans cesse avec un sens matériel et organique<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> *Loc. cit.*, p. 22.

<sup>35</sup> *Cours d'introduction générale à l'étude du droit, ou manuel d'encyclopédie juridique*, Paris, Joubert, 2<sup>e</sup> éd. 1846, respectivement p. 62 et p. 84 (les italiques – et les majuscules – sont de l'auteur lui-même).

<sup>36</sup> *Traité du droit public des Français*, Dijon, Joubert, 1846, 2 vol. (en particulier le tome 1). (Dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, 1845, vol. 23, Bulletin bibliogr., p. 424-425 : « Ce premier volume fera désirer la publication du second, car nous n'avons pas encore de traité de droit public proprement dit, et nous attendons depuis longtemps un cours de droit constitutionnel, que tous les amis de la science seraient heureux de voir enfin paraître »).

<sup>37</sup> *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, t. I : *Droit public des Français* ; t. II : *De la division des pouvoirs*, Paris, Auguste Durand, 1848, nouv. éd. (en un volume), Bruxelles, 1849 (une première version du livre fut écrite en 1827 mais victime de la censure). Hello fut élève de Toullier à Rennes, devint avocat puis député à plusieurs reprises à partir de 1815. Il devint, à partir de 1830, procureur, avocat général puis conseiller à la Cour de cassation.

<sup>38</sup> C'est un peu moins vrai pour Hello que pour Serrigny. Le premier exalte la Charte comme loi fondamentale, prend soin de préciser qu'à ses yeux, la Charte de 1830, bien que muette sur sa propre révision, est l'œuvre du pouvoir constituant et qu'à ce titre, elle est supérieure aux lois ordinaires (3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 258-276).

Au contraire, sans être très riche, la notice « Constitution, système constitutionnel » du *Dictionnaire de la conversation et de la lecture*<sup>39</sup> paru, dans une seconde édition, en 1854, contient néanmoins deux points intéressants. D'une part, le fait qu'elle accole le syntagme « système constitutionnel » au terme de « constitution » est le signe plus qu'implicite que traiter de ce dernier implique forcément d'embrasser le premier, c'est-à-dire l'idée d'un ensemble qui déborde le seul acte formel (d'autant qu'elle reprend la position classique selon laquelle « dans un sens plus restreint et plus ordinaire, [le terme de constitution] signifie loi fondamentale écrite », tout en reconnaissant que la France, jusqu'en 1789, avait une véritable « constitution non écrite »). Et elle s'ouvre par cette remarque qu'« au point de vue politique, le mot constitution est un de ces termes qu'il est aisé de traduire, mais difficile d'expliquer, à moins de le prendre dans son sens le plus étroit. Dans l'acception la plus large, il représente les conditions d'existence d'une nation ». La notice ne détaille aucunement le sens étroit (la « loi fondamentale écrite ») mais développe de manière judicieuse l'idée de système constitutionnel, pour montrer que c'est principalement du modèle anglais qu'est sorti le gouvernement représentatif qui est à la base des États libéraux.

De même, le cours (traduit en français dès 1839) dispensé par le juriste libéral allemand Heinrich Ahrens (1808-1874), un temps exilé à Paris puis qui enseigna à Bruxelles, définit la constitution comme « l'ensemble des institutions et des lois fondamentales destinées à régler l'action de l'administration [*i. e.* les organes de gouvernement – ALD] et de tous les citoyens »<sup>40</sup>. L'intérêt de sa position est de ne pas réduire la constitution à une collection de règles formelles (ces règles pouvaient être non écrites) et surtout d'y inclure les institutions. Il insistait également sur l'ancrage historique et culturel nécessaire à la formalisation des règles constitutionnelles. Mentionné par Firmin Laferrière en 1860, ce cours pouvait donc être connu des juristes français.

En revanche, signe de l'éclipse, sous le Second Empire, de la jeune science juridique française en ce qui concerne la pensée constitutionnelle<sup>41</sup>, les quatre principaux ouvrages de référence de l'époque en matière de droit public, sont particulièrement indigents sur la notion de constitution. Que ce soient les *Éléments de droit public et*

39 Paris, Firmin Didot, t. VI, 2<sup>e</sup> éd., 1854, p. 384-388 (sous la direction de W. Duckett). La notice est rédigée par un certain Auguste Husson, auteur d'un *Traité de rhétorique générale* (1833) et d'un *Précis de l'histoire de France sous les Capétiens directs* (1834).

40 *Cours de droit naturel ou Philosophie du droit*, trad. fr., 7<sup>e</sup> éd. 1875, Leipzig, Brockhaus, t. II p. 380.

41 La chaire de droit constitutionnel à Paris, déclarée vacante par l'arrêté du 15 juin 1848 (Rossi n'étant pas revenu l'occuper après avoir été démis, en février 1848, des fonctions d'ambassadeur qu'il exerçait depuis 1845), est fermée par décret du ministre de l'Instruction publique du 8 décembre 1852. Dès lors, le cours de droit public et administratif était censé fournir, en introduction, les notions élémentaires de droit constitutionnel.



*administratif* d'Emile Foucart<sup>42</sup>, le *Cours de droit public et administratif*<sup>43</sup> de Firmin Laferrière ou bien le *Cours de droit administratif* de Théophile Ducrocq<sup>44</sup>, qui comportent pourtant une partie élémentaire sur le droit constitutionnel. Il en est de même du monumental *Traité de droit public et administratif* de Barbie<sup>45</sup>, le terme de constitution lui-même y étant rare – ce n'est qu'à travers telle ou telle constitution française que celle-ci est évoquée de façon éparses.

De ce point de vue, mieux valait alors consulter les ouvrages d'un publiciste évoluant en marge des Facultés de droit mais qui publia de nombreux ouvrages pédagogiques en droit public, Paul Pradier-Fodéré (1827-1904)<sup>46</sup>, qui présente un triple sens au mot constitution : factuel, matériel et formel<sup>47</sup> :

Pris dans son sens étymologique, le mot constitution exprime la manière d'être, le mode suivant lequel une chose est organisée. À ce point de vue, on peut dire qu'il n'y a pas de société sans constitution, puisque la société suppose l'ordre, l'organisation.

Dans le langage politique, on donne le nom de constitution à l'ensemble des règles qui déterminent la manière dont une nation doit être gouvernée. « La constitution est un ensemble de règles écrites ou non écrites, mais claires et fixes, qui définissent nettement les attributions, les droits, les devoirs réciproques des pouvoirs politiques, et qui déterminent les rapports légaux de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés »<sup>48</sup>. Ces règles peuvent être non écrites [...] ; la constitution anglaise n'est pas écrite non plus.

On nomme enfin, par figure de langage, Constitution, l'écrit qui renferme la loi fixant la distribution des pouvoirs.

Contrairement à la plupart de ses contemporains, Pradier ne s'étend pas longuement sur le caractère rigide des lois constitutionnelles (formelles), même s'il défend le principe de leur supériorité à l'égard des lois ordinaires (au nom du pouvoir constituant). Mais pour lui, si « le mot constitution est synonyme de loi

42 Paris, Marescq et Dujardin, 4<sup>e</sup> éd., 1855, p. 60 : « Lorsque la science du droit public a fait des progrès, la nation éprouve le besoin d'en consigner les résultats par écrit, pour mettre les principes en évidence et leur donner la sanction législative. La loi qui renferme les principes généraux du Droit public a pris successivement en France les noms de *Constitution* et de *Charte constitutionnelle* ; on l'appelle aujourd'hui *Constitution*.

Elle sert de fondement et de base à toutes les autres lois de droit public et de droit privé ; elle en diffère en ce qu'elle ne peut être modifiée que suivant des formes spéciales, de nature à garantir les intérêts supérieurs qu'elle règle ». Au reste, Foucart se borne à mentionner les textes constitutionnels français successifs intervenus depuis 1791.

43 5<sup>e</sup> éd. Cotillon, 1860.

44 Paris, Durand, 1862 (le terme *constitution* n'apparaît qu'en trois occurrences dans l'index thématique).

45 Paris, Larose et Forcel, 1<sup>re</sup> éd. 1861-1868, 2<sup>e</sup> éd. 1885-1894 (7 volumes).

46 V. sa notice par François Saint-Bonnet dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, PUF, 2007, p. 641.

47 *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Paris, Guillaumin : Auguste Durand et Pedone Lauriel, 1869, p. 207-208.

48 Pradier tire cette citation de Prosper Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire en France*, Paris, M. Lévy, t. I, 1857, p. 6.

fondamentale », il justifie surtout son caractère fondamental par l'importance de son contenu. En revanche, il insiste plutôt sur l'inévitable incomplétude de celle-ci, et sur le fait que, dès lors, « les lois secondaires sont celles qui règlent les détails. [...] Les constitutions ne contiennent, ordinairement, que des préceptes généraux, extrêmement larges, dont la rédaction, vague parfois, ferait naître dans l'application de nombreuses difficultés, si les lois secondaires, autrement dit organiques, ne venaient leur donner le mouvement et les développer »<sup>49</sup>.

Enfin il discute certaines questions (l'idée de constitution comme contrat entre le peuple et le chef, ou entre citoyens, les modes de révision du texte, la place éventuelle des déclarations de droits) et évoque enfin le problème de l'acceptation : « il ne suffit pas de faire une bonne constitution. Il faut encore, quand la constitution est faite, qu'elle soit acceptée par le pays, et que chaque citoyen s'en fasse le défenseur »<sup>50</sup>. Autrement dit que « les mœurs soutiennent les institutions ». Par quoi il réintroduit implicitement une vision qui n'est pas exclusivement technique.

Tout bien considéré, à la veille de la Troisième République, la situation est, en somme, si peu brillante qu'un juriste extérieur aux facultés de droit, Laboulaye (hérald de l'École historique) peut écrire : « Alors même que l'on rétablirait à l'école de droit, un cours de droit constitutionnel, le mien serait utile encore, car je me tiendrais moins dans la lettre de la loi, je remonterais davantage aux origines et à l'esprit de la Constitution, esprit que je dois connaître puisque j'ai vu la Constitution se faire sous mes yeux »<sup>51</sup>. Le fondateur de la Société de législation comparée laissait ainsi entendre que les juristes-universitaires n'étaient à l'époque guère en mesure de dépasser une rudimentaire technique de type exégétique pour penser de façon pertinente la constitution comme objet juridique. C'est d'ailleurs un reproche de même type qu'exprimera peu de temps après le fondateur de l'École libre des sciences politiques, Emile Boutmy, contestant que le droit constitutionnel puisse être utilement enseigné par les professeurs des facultés de droit<sup>52</sup>. De fait, Laboulaye, qui n'était pas

49 *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, op. cit., p. 63. Il y revient plus loin en précisant que les lois constitutionnelles « resteraient alors inappliquées, si des lois secondaires, qu'on appelle organiques, ne venaient leur donner le mouvement et les développer. » (p. 209).

50 *Loc. cit.*, p. 218.

51 Leçon d'ouverture au cours de droit constitutionnel pour l'année 1878-1879, dans *Trente ans d'enseignement au Collège de France (1849-1858)*, Larose et Forcel, 1888, p. 299-322 (310). On rappellera qu'en réalité l'ancien suppléant (en 1845-1847) de Pellegrino Rossi, Gabriel Colmet-Daâge, avait dispensé à nouveau le cours de droit constitutionnel à la Faculté de Paris dès novembre 1870 mais dût s'arrêter deux ou trois années après pour raisons de santé, semble-t-il. Le cours reprendra en 1878-1879 (ce que paraît alors ignorer Laboulaye) et 1879-1880, dispensé par un jeune agrégé, Charles Lefebvre (il en sera question plus bas), avant qu'un nouveau titulaire de la chaire, officiellement recréée, ne soit nommé en la personne de Philippe Jalabert qui officiera à partir de 1880 (Guillaume Sacriste, *La république des constitutionnalistes*, Presses de Sciences Po, 2011, p. 75-80).

52 Sur cette vive attaque, v. Guillaume Sacriste, op. cit., p. 103-108 ; Guillaume Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Dalloz, 2015, p. 112-125.

enfermé dans certaines contraintes de la position classique des professeurs des facultés de droit, avait esquissé une intelligence modeste et pratique de la constitution, qui n'était pas dénuée de pertinence<sup>53</sup>. On peut voir en lui « une source doctrinale de la compréhension non écrite du droit constitutionnel »<sup>54</sup> qui a pu inspirer des juristes de la période ultérieure (notamment Hauriou).

## II. PROPOS DE MÉTHODE

### §1. Précisions liminaires

Quoi qu'il en soit et bien qu'une exploration plus approfondie des discours sur la notion de constitution avant la Troisième République resterait à mener, il est difficile de contester que ce thème était resté le parent pauvre des études constitutionnelles. Il a donc semblé plus pertinent d'aborder directement l'après 1870, qui marque, en France, les véritables débuts de la doctrine juridique en matière constitutionnelle<sup>55</sup>.

Le présent ouvrage se concentre sur la doctrine constitutionnelle *française*. Sans doute aurait-il été souhaitable de ne pas rester dans le cadre purement français et confronter celui-ci aux doctrines étrangères (américaine et allemande notamment) de la même époque. Mais cela aurait impliqué de réduire chacune d'elles à quelques auteurs, et le risque était de n'analyser que superficiellement à la fois ces doctrines et leur homologue française<sup>56</sup>.

De même s'est-on concentré ici sur la doctrine des juristes-universitaires<sup>57</sup>. Car il s'agissait avant tout d'identifier l'élaboration d'un discours censé être proprement scientifique et théorique (double considération qui écartait d'autres types de juristes de droit public tels que les conseillers d'État) qui, même s'il a ses impératifs discursifs (notamment pédagogiques, lorsqu'il s'agit des cours magistraux et des manuels), possède idéalement des impératifs conceptuels.

53 Vida Azimi, « La Constitution et ses limites selon Edouard de Laboulaye », *RFDC*, n° 26, 1996, p. 243-271.

54 Tanguy Pasquiel-Briand, *La réception de la Constitution anglaise au XIX<sup>e</sup> siècle*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 542.

55 Olivier Jouanjan « Histoire de la science du droit constitutionnel », dans Michel Troper, Dominique Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. I, p. 69-111. La doctrine constitutionnelle commence plus tôt en Allemagne (v. Jean-Louis Halpérin, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Classiques Garnier, 2015).

56 Les travaux de la doctrine allemande, en particulier, sont nombreux. Sur l'histoire du concept, v. notamment Heinz Mohnhaupt, Dieter Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995 (principalement autour des auteurs allemands).

57 On pourrait ajouter « publicistes », mais cette distinction est très relative puisque la plupart des auteurs ont été agrégés avant le sectionnement du concours (1896) et occupent encore la scène jusqu'aux années trente.

Sans doute n'aurait-il pas été sans intérêt de ménager une place aux discours du personnel politique (en particulier dans les débats parlementaires) sur la notion de constitution. Toutefois, outre les difficultés pratiques d'une telle entreprise (sur quelque soixante-dix ans de 1870 à 1940) et à supposer même qu'il eût été possible d'y repérer, à l'occasion, une pensée un tant soit peu développée, il est évident que la portée de discours essentiellement politiques ne peut avoir les mêmes objectifs qu'un discours universitaire ordinaire.

## §2. Les enjeux de la recherche

Quelques années avant la fin de la Troisième République, Pierre Duclos écrivait, au début de sa thèse<sup>58</sup> : « la notion de constitution, malgré les travaux d'auteurs éminents, est loin d'être parfaitement définie » (p. 2). Et « si l'on cherche à préciser ce que les juristes mettent actuellement sous le mot "constitution", la diversité des définitions ne manque pas de surprendre » (p. 3). Il passe très (pour ne pas dire : trop) rapidement en revue les « quatre grands », Esmein, Hauriou, Duguit, Carré de Malberg, complète le panorama avec Kelsen, seul auteur étranger convoqué<sup>59</sup>. Ainsi donc, la doctrine constitutionnelle parfois appelée « classique » n'aurait, en ce qui concerne la notion de constitution, guère progressé pendant soixante années et serait demeurée, à peu de chose près, dans le même état d'indigence théorique que celle que l'on pouvait diagnostiquer en 1870. Pareil constat n'est-il pas trop sévère ? Il semble en tout cas implicitement confirmé par l'étude réalisée (beaucoup plus tard) par Marie-Joëlle Redor dans son livre *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*<sup>60</sup>, dans laquelle la notion de constitution est singulièrement absente<sup>61</sup>.

Quoi qu'il en soit, les juristes-universitaires français de la Troisième République devaient tout de même disposer d'une notion, même rudimentaire, de constitution afin de pouvoir discuter des problèmes juridiques et politiques de leur temps. Pour ce faire, la doctrine était forcément obligée d'imaginer les fondements conceptuels du droit constitutionnel, aussi limités fussent-ils, autrement dit bâtir les fondations d'une dogmatique même modeste, permettant d'ordonner un discours sur le droit positif

<sup>58</sup> *La notion de constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Dalloz, 1932, p. 2-3.

<sup>59</sup> Duclos fait complètement l'impasse sur la doctrine allemande de la République de Weimar, pourtant agitée d'intenses débats dans ces années.

<sup>60</sup> Economica, 1992.

<sup>61</sup> De même est-elle absente dans l'aperçu donné naguère par Marcel Waline, « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX<sup>e</sup> siècle », *Mélanges Jean-Jacques Chevallier*, Éd. Cujas, 1977, p. 259-269.

d'alors. Sous ce rapport, on cherchera donc moins les théories de la constitution que les représentations dogmatiques<sup>62</sup>.

Il était donc nécessaire d'en avoir le cœur net et de mener cette enquête de manière plus approfondie, non seulement sur les « grands auteurs » reconnus comme tels, mais également sur d'autres, implicitement considérés comme de second rang (tout étant relatif), soit sous-estimés pour ce qui concerne leur contribution en matière constitutionnelle (comme Saleilles), soit encore complètement oubliés alors même qu'ils ont formé des générations de juristes, notamment à la Faculté de droit de Paris (Chavegrin, Gidel) et ont pu participer à répandre ce que l'on pourrait appeler la vulgate constitutionnaliste sur la notion de constitution.

Ce faisant, il ne pouvait être question d'être tout à fait exhaustif : ont ainsi été écartés Maurice Deslandres, Joseph Delpech, Jean-Jacques Chevallier, Louis Trotabas, André Hauriou et quelques autres<sup>63</sup>, parfois faute de sources, mais plus généralement parce que leur production scientifique sur le sujet ne le justifiait pas<sup>64</sup>.

Enfin, il était important de respecter la dimension temporelle dans l'ordre des contributions, pour tenir compte du fait que le mouvement des idées pouvait progresser à la mesure des contributions nouvelles de tel ou tel auteur dont se réclameraient ensuite les autres.

### §3. Les questions

Dans la mesure où il n'existait pas ou peu d'études approfondies directement consacrées à la notion de constitution, il s'agissait de tenter de reconstituer la manière dont les publicistes de la Troisième République ont pu penser la constitution et les problèmes conceptuels fondamentaux qu'elle soulève.

Pour ce faire, il avait été proposé aux contributions de porter une attention particulière aux problèmes suivants :

- évaluer de façon générale la place que chaque auteur accorde à la notion de constitution dans ses réflexions en droit constitutionnel ;

---

62 Sur cette distinction entre théorie et dogmatique, particulièrement prise en Allemagne, mais rarement conceptualisée en France, v. Matthias Jestaedt, « La double constitution. Une stratégie positiviste », *Jus Politicum*, n° 6 en ligne, et Dalloz, vol. IV, 2012, p. 275-291.

63 Une contribution sur Gaston Jèze et Roger Bonnard, deux personnalités incontestablement importantes de la science française du droit public de leur époque (Jèze a dirigé la *Revue du droit public* de 1904 à 1953, Bonnard de 1935 à 1943) développée à l'oral lors du colloque, n'a pu être livrée pour le présent volume. Il faut dire que le premier a peu écrit en droit constitutionnel et le second pas directement sur notre thème.

64 Pour respecter scrupuleusement la limite temporelle, Georges Vedel a, lui aussi, été écarté puisque s'il fut agrégé en 1936, il n'avait pas encore publié en droit constitutionnel avant 1946.

- savoir si l’auteur s’essaie à une définition précise de la constitution, s’il tend à la réduire à une notion unique ou bien s’il la considère sous différentes facettes (notamment en recourant à des adjectifs pour spécifier, par exemple : « au sens strict », « au sens formel », ou bien au sens « nominal » ou « réel ») ;
- savoir si l’auteur distingue les dimensions formelle et matérielle – cette distinction est aujourd’hui habituellement opérée – et, dans l’affirmative, comment il les articule entre elles ;
- quels objets (ou quels contenus) sont privilégiés dans ses analyses : le système de gouvernement, les principes structurants ou les droits et libertés ;
- quel est le rapport entre droit et politique dans l’appréhension de la constitution et l’idée de normativité ;
- quelle place est faite à la question du droit non écrit ou de l’articulation entre les normes et les pratiques (le problème ne pouvait pas ne pas être crucial, dans le contexte de la Troisième République) ;
- quelle place est réservée, le cas échéant, à la question du contrôle de constitutionnalité des lois et/ou de la justice constitutionnelle ;
- savoir si l’auteur a bâti une typologie des constitutions ou repris une typologie déjà formulée par un autre auteur ;
- savoir si l’auteur s’insère clairement dans un courant de pensée existant ou s’il innove dans son approche.

#### §4. Les objectifs : Que pouvait-on attendre d’une étude sur la notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République ?

Le premier objectif de la recherche était bien sûr de livrer une sorte de photographie des idées régnant, dans la doctrine française de cette époque, sur la notion de constitution. Étant entendu qu’il convenait de tenir compte du moment : comme il a été rappelé plus haut, la fin du XIX<sup>e</sup> siècle était une époque au cours de laquelle la science du droit public en général, du droit constitutionnel en particulier, était balbutiante et se cherchait encore. Mais les premiers essais de construction d’un discours scientifique avaient été entrepris (avec notamment Esmein puis, un peu plus tard, quoique différemment, chez Carré de Malberg). Il était également nécessaire de noter que nos auteurs avaient pu être contraints par la nécessité de la pédagogie (notamment lorsqu’ils écrivent des manuels) si bien qu’il était inévitable que leurs développements sur la constitution comportent souvent des « passages obligés » et donc parfois peu originaux.

Il s’agissait en outre de repérer, outre les constantes, les continuités de pensée, de possibles évolutions, des inflexions dans le discours des constitutionnalistes français sur soixante-dix ans.

Mais plus encore que ces regards rétrospectifs, l'objectif de cette étude était de contribuer à comprendre d'où vient (peut-être) notre manière ou plutôt nos manières actuelles de penser la constitution, identifier dans quelle mesure la doctrine constitutionnelle de la Troisième République, que l'on qualifie souvent de « classique », a pu façonner les analyses de la période ultérieure, autrement dit : la nôtre.

### III. BILAN : QUELS ENSEIGNEMENTS DE L'EXAMEN DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE DE LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE ?

#### §1. Considérations générales

L'intuition qui avait été à l'origine du colloque s'est trouvée, dans une large mesure, confirmée par les contributions ici réunies : la notion de constitution en soi a peu intéressé la doctrine constitutionnelle de la Troisième République. Du moins ne lui a-t-elle pas consacré systématiquement le plus gros de ses efforts. On trouve, dans cette doctrine, de longues analyses des poutres maîtresses du droit constitutionnel : État, nation, souveraineté, représentation, distinction (« séparation ») des pouvoirs, etc. mais pas autant sur la constitution en tant que telle.

Il est tout de même frappant qu'Esmein, qui passe pour le père fondateur du droit constitutionnel en tant que discipline académique et scientifique véritable, ne lui ait consacré qu'un seul chapitre – qui vient d'ailleurs tardivement (il s'agit du dixième chapitre, vers la fin de la première partie consacrée au droit constitutionnel général ; il se situe en milieu de l'ouvrage) – de son *Traité-manuel* « canonique » (Jean-Louis Halpérin) dont on peut dire qu'il a orienté de manière décisive toute la doctrine constitutionnelle française classique<sup>65</sup>. Et encore ses développements apparaissent comme relativement scolaires si l'on ose dire. Cette façon de faire va se perpétuer au cours des décennies suivantes, dans une discipline bientôt déjà excessivement dominée par les manuels. Y sont développés, après une définition sommaire, essentiellement ce que l'on peut nommer les passages obligés : établissement des constitutions formelles, révision (explicite) des textes, contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Mais nombre de questions fondamentales sont escamotées, si bien que la notion en tant que telle demeure confuse.

Certes, le caractère laconique des Lois constitutionnelles de 1875, les circonstances de leur élaboration, leur concrétisation ou leur orientation très précoce dans un

---

<sup>65</sup> *Éléments de droit constitutionnel*, Larose, 1<sup>re</sup> éd., 1896, p. 391-428 ; 6<sup>e</sup> éd., revue par J. Barthélémy, Sirey, 1914 (rééd. éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2001, p. 565-602).



sens particulier (pour faire court : un système parlementaire moniste déséquilibré, confinant au « gouvernement par délégation parlementaire », selon la formule de Burdeau), apparemment « loin du texte » (du moins selon l'approche communément reçue), ont pu contribuer à expliquer que les juristes aient négligé la notion de constitution. Était-ce pourtant une raison suffisante ? On pourrait tout aussi bien soutenir à l'inverse que, précisément, ce caractère laconique des textes aurait pu stimuler l'inventivité théorique de la doctrine, la pousser à développer un discours plus audacieux sur la notion de constitution.

Il ne faut pas non plus oublier, un peu à la décharge de nos auteurs français, que la doctrine étrangère n'était pas encore très développée à cette époque sur la notion de constitution. Délibérément minorée (en partie pour des raisons dans lesquelles entraine une part d'idéologie monarchique et « conservatrice ») par la doctrine allemande (à commencer par ses deux plus célèbres auteurs, Laband et Jellinek), elle restait encore balbutiante en Grande-Bretagne où Dicey<sup>66</sup> et Bryce<sup>67</sup> commençaient tout juste à poser les jalons d'une approche en termes de science juridique, tandis que la doctrine américaine était encore relativement repliée sur elle-même<sup>68</sup>.

Au début des années 1950, Marcel Prélôt avait finement tracé le bilan des premières décennies de la science française du droit constitutionnel : il relevait à juste titre

l'attitude embarrassée imposée aux premiers publicistes par le voisinage des civilistes et par l'hégémonie de leur enseignement sur toute l'École de Droit. Très longtemps, trop longtemps, les études juridiques ont été dominées par l'idée que notre droit national était exclusivement un droit écrit. [...] Le droit civil a été la science d'un livre, puis la science de la loi. [...] On a voulu étendre cet idéal à tout le droit, notamment au droit constitutionnel naissant. Lorsque Guizot crée en 1834 la première chaire qui lui soit consacrée, il entend valoriser la nouvelle discipline en invitant le premier titulaire à suivre pas à pas la Charte, ainsi que le Code lui-même.

Il relevait que Pellegrino Rossi avait cependant fait autrement et ne s'était pas limité à l'exégèse de la Charte. Toutefois, Prélôt ajouta :

<sup>66</sup> La première édition de son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan, Londres) paraît en 1885, la traduction française (*Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, trad. fr. A. Batut, G. Jèze, Paris, Giard & Brière) date de 1902.

<sup>67</sup> Sa conférence de 1884 n'est diffusée qu'à partir de la publication de ses *Studies in History and Jurisprudence* (Clarendon Press, Oxford, 1901) : « Flexible and Rigid Constitutions », t. I, p. 145-252 (trad. fr. partielle dans *Jus Politicum*, n° 11 en ligne, 2013).

<sup>68</sup> Certes, les *Commentaries on the Constitution of the United States* de Joseph Story (1833) avaient déjà traduits en français dès 1845 (*Commentaires sur la Constitution des États-Unis*, Paris, Joubert, 2 vol. – ils étaient mentionnés par Laferrrière en 1860, comme on l'a vu) mais le genre ne se prêtait pas à une théorie générale. Plus tard, le *Gouvernement congressionnel* de Woodrow Wilson (publié en 1884) est le principal ouvrage américain de droit constitutionnel diffusé en Europe (trad. fr. en 1900), par son objet et sa méthode, il est de portée limitée en ce qui concerne la notion de constitution. La *République américaine* de Bryce (*The American Commonwealth* (1888), vol. I, London, Macmillan), traduite en français en 1900, semblait suffire aux Européens.

Plus tard, les seconds fondateurs [...] s'avèrent largement influencés par la tendance scripturale, sans qu'on puisse dire toutefois qu'ils se lient étroitement au texte. Bien que la brièveté des lois de 75 les incitât à chercher ailleurs, l'importance du phénomène coutumier échappe longtemps à leurs vues. C'est croyons-nous à Raymond Saleilles, admirable éveilleur d'idées comme de vocations, que revient le mérite d'avoir brisé nettement avec le préjugé<sup>69</sup>.

En effet, on trouve chez ce dernier – que l'on aurait tort de limiter à la figure d'un privatiste occasionnellement égaré en droit public<sup>70</sup> – de puissantes idées :

[I]l est certain, quoi que l'on pense de la valeur des procédés d'évolution coutumière en matière de droit privé, que, sur le terrain du mécanisme politique, la coutume est presque tout et que les textes écrits ne sont guère que la trame très légère sur laquelle travaille et fonctionne la force organisatrice et régulatrice qui met en œuvre la vie collective d'un pays. C'est par la coutume que s'est créée la Constitution anglaise et qu'était en voie de se construire la Constitution de l'ancienne France ; c'est par leurs déviations coutumières que se coordonnent et se règlent toutes les institutions de droit public établies par voie de constitution écrite dans les pays régis par une charte de ce genre. [...] De même que le mouvement se démontre en marchant, on peut dire, en matière de droit public, que le droit se crée en fonctionnant<sup>71</sup>.

Une telle idée forte n'était pas une remarque isolée, ponctuelle et accessoire, chez Saleilles, mais le fruit d'une réflexion fondamentale qu'il a développée à plusieurs reprises dans divers écrits. Ainsi, dès 1890 :

En matière de droit public, l'interprétation du texte importe beaucoup moins que le fonctionnement tel qu'il résulte de la pratique, des rouages principaux de l'État[...] [...] Il est impossible que sur un point quelconque de son fonctionnement la pratique n'apporte pas quelque déviation imprévue[...] [...] Tout ce qui devient usage acquis se transforme vite en tradition, et ici la tradition fait la loi. [...]

[L]a prescription en matière de droit public ne doit avoir d'autre but que de confirmer et de fixer les progrès de la constitution fondamentale du pays et non d'introduire des déviations au développement du génie traditionnel de la nation, encore moins d'assurer une garantie à l'arbitraire ou à l'injustice. Il y a donc en droit constitutionnel une chose qui domine tout le reste, c'est l'étude de la constitution normale du pays conforme au génie traditionnel de la race et à son développement historique, constitution organique [...] qui pourrait même fort bien se passer des constitutions écrites, comme cela arrive en Angleterre, par exemple. De sorte que la légitimité d'un usage constitutionnel, je n'ose pas dire la légalité, le mot ayant un faux air d'interprétation littérale que je tiens à écarter, sera en raison de sa conformité à cette constitution idéale du pays, c'est-à-dire, en somme, en raison de sa conformité au développement historique et traditionnel de la nation.

69 Préface à Boris Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions européennes*, PUF, 1951, t. I, p. IX.

70 Il faut rappeler que Saleilles, agrégé en 1884, assura le cours de droit constitutionnel à Dijon de 1889 à 1895.

71 Saleilles, « Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ? », *Revue politique et parlementaire*, 1903 (texte récemment réédité chez Dalloz dans la collection « Tiré à part », 2012, avec une présentation par Carlos Miguel Herrera ; le passage se trouve p. 41-42). Cet article discutait celui de son ami M. Deslandres paru peu auparavant à la *RDP* (1902).

De sorte que dans tous les cas, l'interprétation du texte de la constitution écrite devra être faite dans le sens de cette constitution idéale dont la première n'est censée (être) que le reflet, et [...] dont la constitution écrite a dû avoir pour but de favoriser les manifestations successives<sup>72</sup>.

De même, dans son long article de 1895, qui se rapproche d'un petit essai, consacré au développement de la constitution actuelle de la France, il formule :

C'est en raison de sa forme fragmentaire et du fait que la Constitution ne contient pas tout et qu'elle n'a pas élaboré toute l'organisation politique et administrative selon un plan unique, que l'on reconnaît que quelque chose a existé avant elle et que ce quelque chose continue d'exister depuis. [...] La Constitution, qui ne doit pas son origine à un droit écrit, *continue à se développer et à se façonner en dehors du droit écrit*, sous l'influence de cette vie sociale. Ainsi, une constitution organique se crée en France, reposant sur les fondations fournies par la constitution écrite. [...] Indubitablement, en dépit de toute législation prétendue positive, il y a toujours eu *cette sorte de poussées spontanées et imperceptibles*, comme cela se produit dans toutes les constitutions<sup>73</sup>.

Plus loin, après avoir signalé les changements formels subis par les Lois constitutionnelles de 1875, il ajoute :

il existe d'autres courants, à commencer par ceux qui résultent de la façon dont la Constitution est appliquée par ceux à qui en incombe le soin – corps politiques, assemblées et gouvernement. Il va sans dire que cette pratique constitutionnelle fait partie de la description et de l'étude de la Constitution elle-même. [...] De tels courants affectent la Constitution, dans la mesure où ceci inclut non seulement l'enveloppe légale et écrite du pays, ce qui en fait un phénomène purement juridique, mais qui inclut aussi toute la structure sociale du pays<sup>74</sup>.

Au fond, Saleilles aurait pu résumer sa position en disant : « Au-delà de la constitution formelle, mais par la constitution formelle », la seconde partie de la formule étant chez lui, comme en droit civil, moins importante que la première. On peut déjà repérer un propos de tonalité comparable (encore qu'en pointillé) dès 1882 chez Charles Lefebvre<sup>75</sup>. Mais revenons à Marcel Prélôt qui poursuit : « malgré la netteté de l'orientation ainsi donnée, la plupart des constitutionnalistes ont longtemps hésité à faire le pas décisif<sup>76</sup> ». Tout en affirmant l'insuffisance du droit constitutionnel écrit, leurs critiques de la conception exégétique est, d'ordinaire,

72 « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, n° 19, 1890, p. 482-503 (483 et 499-501).

73 *Le droit constitutionnel de la Troisième République* (1895), éd. fr. Dalloz, 2010, p. 64-65. Souligné par nous.

74 Art. cit., p. 90-91 *passim*. Saleilles termine en renvoyant, en note, à l'ouvrage « suggestif » de Christopher Tiedeman, *The unwritten constitution* (New York-Londres, Putnam, 1890).

75 V. la contribution d'Elina Lemaire dans cet ouvrage.

76 Il réservait toutefois les cas de Duguít et Hauriou, « engagés par leurs positions sociologiques, sur de toute autres voies ».

restée implicite »<sup>77</sup>. Sous ce rapport, on pourrait dire que les constitutionnalistes ont manqué le « moment 1900 » qui avait quelque peu secoué la science juridique privatiste. La conférence de René Capitant, en 1930, marquera un tournant, bien tardif (v. *infra*).

Confirmant l'hypothèse émise en amont de cette enquête, toutes les contributions au présent volume ont évoqué le peu de consistance des développements des auteurs concernant la notion de constitution elle-même. Qu'elle soit « négligée », « contournée », « neutralisée » (par la loi ordinaire), cette tendance est trop forte pour pouvoir être niée. Il ne peut s'agir d'une coïncidence. Tout bien considéré, il est permis de voir dans cet état de fait de la part de la doctrine une sorte de position d'esquive, un véritable évitement de la notion de constitution, abordée, quand il fallait bien la définir, en position de repli. Cette attitude n'est pas sans enseignements sur la façon dont cette doctrine aborde les problèmes posés par la constitution. Et l'on peut néanmoins discerner quelques tentatives d'une approche plus fine.

## §2. La loi constitutionnelle au détriment de l'ordre constitutionnel ou l'arbre qui cache la forêt

### A. UNE NOTION RABATTUE SUR LA LOI CONSTITUTIONNELLE

Un premier enseignement de l'examen du discours des constitutionnalistes français de la Troisième République française réside dans la tendance dominante à réduire la notion de constitution à la loi constitutionnelle formelle ou, plus exactement, à donner l'impression qu'une telle réduction est possible. Certes, nombre d'auteurs commencent par évoquer un « sens général », ou un « sens large » – qui n'est pas toujours exactement le même selon les uns ou les autres – mais ils aboutissent presque tous à le faire suivre d'un « sens véritable » (par ex. Lapradelle), un « sens propre » (Gidel) qui se ramène à une notion législative, le plus souvent même super-législative (parce qu'ils estiment qu'il convient d'inclure la propriété de la rigidité à la forme écrite solennelle) : autrement dit, la constitution est une loi ou un ensemble de lois, souvent une « loi supérieure ». D'une certaine manière, on peut y voir l'effort de juridiciser le discours constitutionnel de la part d'une science alors encore jeune (du fait aussi de la relative jeunesse du constitutionnalisme libéral moderne de type occidental). Au passage, notons que le lien fait par la majorité des auteurs entre le caractère formel et le

<sup>77</sup> Prélôt cite alors cette anecdote : « Je me souviens encore d'une conférence faite, en 1926, à des étudiants étrangers visitant la Faculté de droit de Paris, par mon éminent maître, Louis Rolland. Celui-ci, voulant bien à la sortie s'inquiéter de mes impressions, craignait d'avoir été un peu loin en affirmant que le droit constitutionnel français pouvait impliquer certains recours – très limités – à la coutume » (p. X). L'article de Rolland a été publié dans la revue d'inspiration démocrate-chrétienne fondée par Prélôt : *Politique. Revue de doctrine et d'action*, en septembre 1927 (p. 679).

caractère supérieur (donc la rigidité) est certainement dû à l'influence de la théorie du pouvoir constituant dans les conceptions américaines et françaises. Il n'est pourtant pas parfaitement convaincant, comme on a tenté de le montrer par ailleurs<sup>78</sup>. En tout cas, les « Quelques réflexions sur la notion de constitution en droit positif français » (cette dernière précision du titre étant elle-même révélatrice : il ne s'agit surtout pas de faire de « théorie ») que présente Marcel Waline<sup>79</sup>, vers la fin de notre période, aboutissant à n'admettre qu'un sens exclusivement formel à la constitution, sont assez éloquents du positionnement moyen et dominant de la doctrine française.

## B. L'ÉMERGENCE D'UN DISCOURS DOGMATIQUE TECHNICIEN AUTOUR DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE RIGIDE

Quoi qu'il en soit, on constate que la doctrine de la Troisième République, dans le prolongement d'une telle position, commence à développer ce qu'il est possible d'appeler un discours dogmatique technicien autour de la loi constitutionnelle rigide. Presque tous les auteurs consacrent le plus clair de leurs développements relativement à la notion de constitution à détailler les modes d'établissement et de révision explicite des lois constitutionnelles<sup>80</sup>. L'exaltation du pouvoir constituant, comme on l'a dit, s'y rencontre fréquemment, appuyée par les exemples français et américains. Elle a d'ailleurs quelque chose d'assez idéologique. Que la situation puisse être différente dans certains pays (notamment les monarchies de type limité comme en Allemagne avant 1918) est en général occulté. Le luxe de détails sur les procédures de révision formelle des lois constitutionnelles contraste avec le relatif silence qui entoure non pas tant, certes, le contenu de celles-ci (il est souvent longuement abordé par ailleurs, quoique de manière peu articulée) que les caractères, les fonctions des énoncés et leurs effets réels. On trouve également, peu à peu, un discours relatif au contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, encore essentiellement limité

78 Armél Le Divellec, « De quelques facettes du concept juridique de constitution. Essai de clarification sémantique », *Mélanges Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 727-753.

79 *Archives de philosophie du droit*, 1933, p. 112-119. V. la contribution d'Agnès Roblot-Troizier.

80 N'est-il pas significatif que le jeune Georges Burdeau ait consacré sa thèse de doctorat à un sujet si peu original : *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français* (Paris, 1930) ? À vrai dire, le sujet semble lui avoir été imposé par son directeur, Achille Mestre, comme Burdeau le racontera bien plus tard (« Du droit à la science politique », 1984, rééd. dans Burdeau, *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, Éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 656). Le jeune docteur écrit dans sa préface : « Aujourd'hui [...] la question ne passionne plus l'opinion [...]. Ressortant désormais du strict domaine de l'analyse juridique, elle peut être étudiée avec de plus sérieuses garanties d'exactitude » (p. x). C'est l'aveu (malgré le titre) d'une démarche ressortissant davantage à la dogmatique qu'à la théorie. Ce qui ne veut toutefois pas dire que la thèse ne contienne pas de très intéressantes considérations.

au prototype américain avant les années 1920<sup>81</sup>, un peu plus large ensuite, à mesure qu'il commence à apparaître en Europe (Autriche, Tchécoslovaquie) et relance la discussion sur son opportunité pour la France.

### C. L'ABSENCE DE LIEN CONCEPTUEL ENTRE LOI CONSTITUTIONNELLE ET SYSTÈME DE GOUVERNEMENT

Il est frappant de constater qu'un tel discours « technicien » autour de la loi constitutionnelle formelle est presque systématiquement déconnecté des développements relatifs au droit positif et, en particulier, au problème – majeur pour les auteurs de cette époque – du système de gouvernement du ou des pays considérés. Il y a disjonction des analyses : le système de gouvernement est généralement étudié sans articulation un peu précise avec la notion de constitution considérée sous l'angle technique (même Mirkin-Guetzévitch, l'un des auteurs ayant cerné de plus près la problématique des systèmes de gouvernement, a échoué à établir cette relation il est vrai complexe)<sup>82</sup>. Et quand ce problème est évoqué, les auteurs emploient (sans le préciser) « constitution » dans un sens différent de la seule loi constitutionnelle<sup>83</sup>. Seul René Capitant fait exception, comme on le verra.

### D. LES HÉSITATIONS ENTRE FORMALISME ET « RÉALISME » CONSTITUTIONNEL

Dans tout pays doté d'une constitution formelle (« écrite ») se pose le problème fondamental de toute science du droit constitutionnel : l'écart (ou du moins l'impression d'un écart) entre les énoncés d'un texte constitutionnel et la réalité, entre

81 Ainsi notamment dans la discussion du rapport de Larnaude à la Société de législation comparée en 1902 (*Bulletin de la Société de Législation comparée*, t. XXXI, 1902). On y trouve l'une des rares interventions de Philippe Jalabert (p. 252-253) qui, pour l'occasion, tient un discours très classiquement technique sur la constitution en tant que loi supérieure et plaide en faveur d'un tel contrôle en France. À cette occasion, Saleilles (*ibid.*, p. 240-246), cette fois, envisage la constitution (seulement) en tant que loi. De même la célèbre consultation donnée par Gaston Jèze et Henry Berthélémy dans l'affaire des tramways de Bucarest en 1912 ainsi que l'affaire Ratier en 1925 donnent l'occasion à la doctrine de plaider en faveur du contrôle juridictionnel au nom de la logique découlant de la supériorité de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire (v. Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre droit et politique*, LGDJ-Fondation Varenne, 2009, p. 48-54).

82 V. la contribution de Julie Benetti ainsi que celle d'Alain Laquière à propos de Joseph Barthélémy.

83 Ou bien ils emploient constitution dans un sens qui ne peut être le seul sens législatif : ainsi la notice « Constitution » du Répertoire Fuzier-Herman de 1895, qui a commencé à définir la constitution comme un « acte (ayant pour objet d'assurer les droits de l'individu vis-à-vis de l'État, en organisant les pouvoirs publics [...]) », ébauche un peu plus loin une « classification des constitutions », distinguant : les « constitutions unitaires ou fédérales, les constitutions monarchiques, aristocratiques et démocratiques, les constitutions à gouvernement direct, représentatif et parlementaire » (p. 792). Autrement dit, il ne s'agit pas à proprement parler de la loi elle-même mais du résultat global qu'elle produit.

les règles de droit censées s'appliquer et leur réalisation effective. Félix Berriat Saint-Prix fut l'un des rares à poser crûment la question au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle : « il ne faut pas croire que l'écriture vaut le fait et que toute loi promulguée est exécutée »<sup>84</sup>. Mais une telle interrogation n'est pas systématique dans la doctrine antérieure comme postérieure à 1875. Elle n'apparaît qu'en creux, et encore, de façon partielle, à travers le thème de la coutume (v. *infra*).

Au fond, la plupart des auteurs ne parviennent pas à être clairs sur cette épineuse question et déplorent parfois qu'une disposition écrite de la constitution formelle soit ou paraisse ineffective. Le cas concerne principalement le statut et les prérogatives du président de la République. Esmein livre à cet égard des explications embarrassées et parfois contradictoires<sup>85</sup>. Barthélémy également, qui s'échine à livrer nombre d'informations sur la pratique politique sans parvenir à conclure de manière nette. Seuls Carré de Malberg et Capitant, en sachant distinguer lorsque nécessaire entre dispositions nominales et réelles, proposent un raisonnement conceptuel adéquat (v. *infra*).

Plus généralement, la récurrence du discours sur la nécessité de « tenir compte du réel » ou de conserver au droit constitutionnel son caractère « vivant » révèle *a contrario* la difficulté de notre doctrine française à proposer une conception raisonnablement « réaliste » des normes et de leur combinaison, tout en revendiquant le fait de demeurer dans une démarche juridique assumant un certain formalisme. Certains auteurs protestent de leur souci de ne pas s'enfermer dans la scolastique et l'abstrait, sans préciser comment ils résolvent la difficulté<sup>86</sup>.

C'est en grande partie pour réagir à ce sentiment répandu que l'analyse juridique (soi-disant « stricte ») passait à côté de la « réalité constitutionnelle » que la doctrine va emprunter son tournant politiste après 1945. Il y avait quelque chose de caricatural dans cette attitude. Et en dépit de la judicieuse mise au point d'Eisenmann en 1950<sup>87</sup>, le malentendu subsistera (et subsiste encore, au moins partiellement, aujourd'hui).

84 *Théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Videcoq, 1851, p. 22.

85 Sur le rôle du président en général, v. ses *Éléments de droit constitutionnel*, 1896, p. 495-497. Sur l'exemple du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires, *op. cit.*, p. 517-518. V. la contribution de Philippe Lauvaux.

86 Ainsi, parmi bien d'autres, Gilbert Gidel.

87 « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques » (1950), dans Charles Eisenmann, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 237-287 (v. la contribution de Cécile Guérin-Bargues).



## E. LE THÈME DE LA « CONSTITUTION COUTUMIÈRE » COMME BÉQUILLE CONCEPTUELLE

On peut ensuite relever le thème récurrent de la coutume ; il occupe une part non négligeable des développements de nos auteurs, à la fois lorsqu'il s'agissait de parler du cas anglais (par la force des choses), mais également dans le cas français de la Troisième République. Avant même d'évoquer l'approche de René Capitant, qui présente selon nous une portée plus profonde, force est de constater que les discussions relatives à la coutume, pour être à peu près systématiques, restent largement superficielles, loin de la portée principielle que leur avait attribuée Saleilles. Même chez les auteurs admettant une place relativement importante à la coutume en matière constitutionnelle, elle apparaît comme une sorte de béquille conceptuelle qui masque mal le défaut de conceptualisation d'ensemble de la notion de constitution<sup>88</sup>. Ainsi, Maurice Deslandres, proche de Saleilles, a pu formuler :

Même dans les pays où il y a une constitution écrite et rigide en principe, les institutions politiques ne sont pas des œuvres délibérées par une autorité supérieure et les règles constitutionnelles ne sont pas sanctionnées par un pouvoir supérieur qui en impose aux pouvoirs de l'État le respect. On sait, en effet, qu'à toute constitution écrite se substitue bientôt une constitution coutumière, faite de pratiques suivies par les corps de l'État eux-mêmes, constitution qui étant la seule vivante, est la vraie constitution du pays<sup>89</sup>.

Sous ce rapport, on peut observer qu'en privilégiant le terme de coutume à celui de droit non écrit qui, plus large, conviendrait souvent davantage à la problématique véritable du sujet, la majorité des auteurs s'enfermaient dans une impasse<sup>90</sup>. *A contrario*, elle tend à révéler que la plupart des juristes-universitaires français étaient habités par une représentation naïve de la loi constitutionnelle formelle, implicitement censée (selon eux) fournir un système de gouvernement prêt à l'emploi et, plus encore, contenir une vérité absolue (en l'occurrence, pour la Troisième République, un système parlementaire effectivement dualiste).

<sup>88</sup> La thèse Marc Réglade (*La coutume en droit public interne*, Bordeaux, 1919), élève de Duguit et qui sera agrégé en 1925, comporte des idées originales, dans la lignée de son maître, mais ne va pas jusqu'à conceptualiser spécifiquement la notion de constitution, qui se dissout dans un processus d'évolution permanente des règles de droit.

<sup>89</sup> « Observations sur la fonction de la science du droit comparé par rapport au droit public », Documents relatifs au Congrès international de droit comparé, n° juin-juillet du Bulletin, 1900, p. 12 (cité par Stéphane Pinon, *Maurice Deslandres et le droit constitutionnel. Un itinéraire*, Éd. univ. de Dijon, 2012, p. 9).

<sup>90</sup> C'est, par exemple, le cas de Burdeau qui termine sa thèse par une longue conclusion sur « la révision et la coutume constitutionnelle » (*op. cit.*, p. 317-337). Son propos est nuancé puisqu'il admet (contre Carré de Malberg) que la coutume « apparaît comme un phénomène juridique indéniable ; seulement il importe d'en limiter strictement la portée » (*op. cit.*, p. 333), en l'occurrence son caractère purement supplétif du droit écrit.

## F. UNE CONTRADICTION : LES INÉVITABLES DISTINCTIONS INTERNES À LA NOTION DE CONSTITUTION

Alors même que la grande majorité des auteurs prétendent implicitement que la notion juridique de constitution se ramènerait à la seule loi constitutionnelle formelle<sup>91</sup>, tous les auteurs opèrent des distinctions au sein du terme « constitution ». Il existe, selon nous, une contradiction dans cette attitude. Outre la distinction, longtemps cardinale chez nos juristes, entre constitution « coutumière » et constitution « écrite » (tous la reprennent dans leur exposition de la notion) – alors même que le caractère relatif de cette distinction est évident et a fini par être relevé par certains (Lapradelle et Barthélémy notamment), tous sont également obligés d'évoquer la distinction entre constitution souple et constitution rigide. Certains vont plus loin en distinguant les constitutions d'après leur contenu (par exemple, la forme monarchique ou républicaine, le type de système de gouvernement institué...), signe de l'insuffisance de la conception ramenant la notion de constitution à la loi constitutionnelle formelle.

## G. L'ABSENCE DE CAPACITÉ DE SYNTHÈSE : L'INDICIBLE SYSTÈME OU ORDRE CONSTITUTIONNEL

Il existe, en somme, dans cette doctrine de la Troisième République, un contraste radical entre, d'une part, l'affirmation doctrinale quasi unanime selon laquelle la constitution est, au sens juridique « véritable », une loi formelle, c'est-à-dire un ensemble de règles écrites et, pour le plus grand nombre d'auteurs, de valeur supérieure (« supralégislative »), et, d'autre part, l'aveu que ce point de référence doit être complété par des sens annexes ou complémentaires (nécessaires pour faire ressortir la singularité de la constitution comme loi fondamentale écrite), ainsi que l'aveu que la coutume (ou d'autres types de normes non écrites) joue, d'une manière ou d'une autre, un rôle sinon dans la détermination du droit positif, du moins dans la compréhension de son effectivité.

Ce contraste s'analyse en un refus (sans doute inconscient, du moins implicite), de la part de nos juristes, de tenter de réaliser une synthèse conceptuelle des résultats de leurs analyses et réflexions. Pour certains professeurs d'alors, le caractère limité (d'abord quantitativement) de leurs écrits ne leur a pas permis de développer un

---

<sup>91</sup> Duguit faisant en quelque sorte exception par la netteté de sa formule : « personne ne pense que l'étude du droit constitutionnel se réduise au commentaire des quelques textes qui, en France ou dans les pays étrangers, ont le caractère constitutionnel rigide ; dès lors, le droit constitutionnel, ou n'est rien, ou comprend l'ensemble des règles relatives à la structure interne de l'État et à son organisation comme à la limite de ses droits et à l'étendue de ses obligations » (*Traité de droit constitutionnel*, éd. 1911, t. I, p. 58). Mais il n'emploie pas ici le terme « constitution ».

propos de synthèse. En revanche, pour ceux d'entre eux qui se sont spécialisés en droit constitutionnel et ont eu l'occasion d'écrire amplement sur la matière, cette absence de synthèse est plus surprenante. Joseph Barthélémy en est le meilleur exemple. Il ressort notamment des différentes considérations de son manuel quant à la problématique de la constitution qu'il ne limite pas celle-ci à la loi constitutionnelle formelle, qu'il privilégie l'approche matérielle, qu'il admet l'importance sinon de la coutume proprement dite, du moins des pratiques institutionnelles. Pourtant, il ne cherche pas à dépasser la « mosaïque »<sup>92</sup> d'éléments qu'il a plus ou moins identifiés pour analyser son objet.

Une hypothèse explicative pourrait être celle-ci : la France est depuis longtemps un pays où, certainement plus qu'ailleurs, le droit constitutionnel se fonde en grande partie sur des théories, forgées par les politiques (acteurs comme penseurs) et ce, bien avant la naissance d'une science académique du droit public. Dès lors, les universitaires se sont approprié (plus exactement : ils ont cru devoir s'approprier) certaines théories politiques (ou politico-institutionnelles) sur le pouvoir et ce qui l'environne, sans parvenir toujours à les intégrer harmonieusement dans leur discours technique. Tel a notamment été le cas pour l'objet constitution lui-même, techniquement réduit, finalement, à la loi constitutionnelle formelle. Il est vrai que la France de 1789 à 1875 savait rédiger et mettre en vigueur des lois constitutionnelles, mais elle ne savait pas trouver une pensée commune et consensuelle sur le projet constitutionnel arrêté en façade. La chose est frappante en ce qui concerne la théorie de la « séparation » des pouvoirs et le gouvernement parlementaire, dont les universitaires « plaquent » (si l'on peut dire) le schéma théorique forgé par les penseurs politiques (schéma à peu près partagé par le plus grand nombre, même s'il restait lui-même en partie confus et souvent contradictoire) sur l'idée rudimentaire de constitution formelle, mais sans affiner l'articulation entre les deux.

En tout état de cause, tous les auteurs étaient obligés de penser (inconsciemment) la constitution comme un ordre constitutionnel, résultant de la combinaison des normes (de différente nature pour les plus avancés, au moins des normes juridiques formelles pour les autres) et éventuellement des principes. Dans la mesure où tous tentaient d'expliquer comment la France est gouvernée, ils faisaient de son système de gouvernement l'horizon de leurs analyses, autrement dit devaient penser de manière systémique. Ils y étaient obligés mais furent incapables d'articuler cette dimension avec l'instrument formel que représentait la loi constitutionnelle.

Dès lors, en rabattant toujours le cœur de la notion de constitution à la loi constitutionnelle formelle, attitude également, sans doute, suscitée par l'impératif de simplification dû au souci de pédagogie (et, pour certains, par l'adhésion à une forme étroite de « positivisme » élémentaire ou encore à une pensée légicentriste),

---

92 C'est le terme qu'emploie Alain Laquière dans sa contribution.

la doctrine française se condamnait à laisser la constitution au rang de ce que l'on pourrait appeler un simple « outil notionnel » incomplet, plutôt qu'une « notion » (ou un « concept ») véritable.

### §3. De rares ouvertures sans lendemain

Seuls quelques trop rares auteurs de la Troisième République ont proposé d'autres façons de penser la constitution et tracé, nous semble-t-il, des voies pour l'appréhension globale de cette notion cardinale. Ils ont tenté d'ouvrir des pistes de réflexion plus larges, tant il est évident que la focalisation sur la seule loi constitutionnelle conduisait à des impasses pour développer un discours un peu poussé sur le phénomène constitutionnel.

#### A. AU-DELÀ DES NORMES FORMELLES, LA CONSTITUTION-KALÉIDOSCOPE CONVERGEANT VERS L'IDÉE D'ORDRE CONSTITUTIONNEL CHEZ CARRÉ DE MALBERG

Carré de Malberg présente un cas relativement à part, en raison de l'ambition considérable de ses travaux, sa volonté d'offrir une analyse de grande ampleur du droit public<sup>93</sup>, mais aussi sa recherche de profonde rigueur et son positionnement « positiviste » revendiqué. Ce qui explique entre autres choses son rejet de principe de la coutume pour l'analyse du droit constitutionnel<sup>94</sup>. Pour autant, plusieurs paradoxes peuvent être relevés à son endroit. D'une part, si l'objet principal de ses recherches concernait l'État et la loi, et non directement la constitution elle-même, celle-ci est néanmoins présente d'une manière plus riche qu'il n'y paraît au premier abord. Elle apparaît quoiqu'en creux ou de manière implicite, au terme de multiples développements. Éric Maulin, dans sa contribution au présent ouvrage, a relevé trois usages et l'on peut même en discerner un quatrième, comme on le verra.

D'autre part, en dépit de son approche apparemment positiviste et technique, qui le conduit à affirmer dans un premier temps que la constitution ne peut se définir utilement que de manière purement formelle<sup>95</sup>, il est conduit peu à peu à dépasser ce point de vue étroit et fait affleurer des idées implicites qui démentent largement sa première approche de la constitution. Il finit par admettre que celle-ci ne se limite pas

<sup>93</sup> On pourrait noter en passant qu'en évitant le genre « manuel » pour privilégier l'essai de grande facture (la *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920-1922) ou bien l'essai plus court mais également dense (*La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931 comme la *Confrontation...* de 1933), il se donnait les moyens d'approfondir les questions contrairement à la plupart de ses collègues.

<sup>94</sup> *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, t. II, p. 582 (note 5); *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.*, p. 107.

<sup>95</sup> *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, t. II, p. 570-578.

à un ensemble de règles écrites, mais repose sur des principes qu'il prétend d'abord tirer du texte de la loi constitutionnelle puis invoque ultimement un fondement trouvé dans la Constitution de 1791 dont les acteurs républicains auraient recueilli l'héritage.

En outre, il a besoin d'une notion plus large que celle de loi constitutionnelle ou même que celle d'un ensemble de principes pour éclairer le droit positif : c'est ainsi qu'il évoque tantôt l'idée de « système »<sup>96</sup>, tantôt même d'« ordre constitutionnel » : « il va de soi, en effet, que le souverain en fondant son ordre juridique constitutionnel, fera entrer dans la Constitution elle-même toutes les matières qu'il entend soustraire aux entreprises des Législatures [...] »<sup>97</sup>. Plus net encore, il conclut son essai de 1931 en évoquant la possibilité d'établir un contrôle juridictionnel de conformité des lois à la constitution (formelle), dont la raison principale serait « la subordination du Parlement à l'ordre constitutionnel »<sup>98</sup>. Certes, il ne définit pas cette notion d'ordre, mais il est permis de considérer que l'emploi de ce terme révèle ce qu'il faut bien appeler une conception systémique du droit<sup>99</sup> et celle-ci l'amène à des conclusions à bien des égards beaucoup plus justes que la plupart de ses collègues français. Pour ce faire, il a d'abord la capacité de distinguer entre les « apparences purement extérieures [et] la réalité constitutionnelle »<sup>100</sup>, entre « le droit nominal et le droit véritable »<sup>101</sup> (en ce sens, il n'est pas un pur formaliste) et, raisonnant en termes systémiques, il peut par exemple affirmer :

toutes les facultés qui se trouvent ainsi assurées aux Chambres touchant la formation du ministère, la direction de l'activité exécutive, la révocation des ministres ou le renversement du Président lui-même, ne sont pas seulement des pouvoirs de fait, mais de véritables pouvoirs juridiques : tout cela n'est pas simplement de la pratique, plus ou moins conforme aux principes constitutionnels ; mais c'est bien du droit parlementaire : car, tout cela résulte naturellement du jeu des institutions consacrées par la Constitution<sup>102</sup>.

96 Il évoque les auteurs qui ont défini la loi [...] « sans se préoccuper ni du langage des textes de 1875, ni davantage du *système général qui se dégage de ce langage* quant à la distinction et à l'organisation actuelles des pouvoirs » (*La loi...*, *op. cit.*, p. 4. Nous soulignons). Ailleurs, il énonce « la Constitution de 1875 elle-même, dont nous n'avons fait qu'exposer le système » (*loc. cit.*, p. 100).

97 *Loc. cit.*, p. 110.

98 *Ibid.* Ce qui ne veut pas dire : ordre fixe déterminant absolument toute l'action des organes. Au contraire, précise Carré : « les lois dites constitutionnelles de 1875 ne forment, dans leur concision extrême, qu'un *cadre organique* à l'intérieur duquel nos institutions de droit public ont gardé la possibilité de se mouvoir et de se transformer même, avec une grande liberté » (*La loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 138). Nous soulignons.

99 V. Joachim Tavoillot, *Constitution et système de gouvernement chez Carré de Malberg*, Mémoire de Master 2, université Paris II Panthéon-Assas, 2019.

100 *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. II, p. 90.

101 *Ibid.*, t. II, p. 101. Mais on trouve cette distinction en de nombreux autres passages.

102 *Ibid.*, t. II, p. 103.

Même si l'on peut demeurer sceptique sur le fond de sa thèse générale selon laquelle le Parlement français de la Troisième République devait être considéré comme un organe « supérieur » aux autres et que l'idée de souveraineté parlementaire (ou de parlementarisme absolu) était une vérité « juridique » incontestable, il n'en demeure pas moins que le maître strasbourgeois parvenait à élaborer un schéma de pensée robuste reliant le droit de la constitution (*i. e.* les différentes normes formelles) et le système de gouvernement.

Enfin, un dernier paradoxe apparaît chez ce grand esprit : il affirme, d'une part, avec force que « les intentions de l'organe constituant ne suffisent pas à créer du statut constitutionnel. La Constitution se fait uniquement au moyen de textes : les intentions de ses auteurs ne comptent pas ou, du moins, elles ne possèdent pas de force constitutionnelle »<sup>103</sup>. Mais, d'autre part, il lui arrive d'adopter une vision essentialiste en postulant une sorte de vérité objective du système découlant des textes constitutionnels, ainsi qu'il le fait à propos de la Constitution allemande de Weimar, à laquelle il prête pratiquement une volonté ou une pensée propre :

La Présidence allemande n'est pas exclusivement parlementaire : elle est aussi plébiscitaire. *La Constitution en déduit* que le Président aura, de son côté, qualité pour parler au nom de la démocratie, c'est-à-dire pour jouer, en certains cas, un rôle actif et même dirigeant. La preuve qu'*elle n'envisage pas* sa fonction comme devant rester inerte, c'est qu'elle s'est gardée de le rendre irresponsable<sup>104</sup>.

Des potentialités maximales offertes par le texte constitutionnel à tel organe, il déduisait une sorte de vérité unique de l'ordre constitutionnel, tout en négligeant ici la pratique et même, dans le cas de Weimar, la logique ordinaire du gouvernement parlementaire (qui s'était pourtant imposée *grosso modo* de 1919 à 1930, son dérèglement postérieur n'étant pas inéluctable).

Au fond, toute son analyse du système constitutionnel de la Troisième République est construite sur une sorte de constitution idéelle implicite mais à ses yeux clairement identifiable, qui dicte un sens cohérent et objectif aux énoncés disparates du texte constitutionnel formel. En ce sens, partant d'un positionnement apparemment formaliste, Carré de Malberg avait trouvé certaines clefs d'approfondissement de la notion de constitution vers celle d'ordre constitutionnel dynamique.

## B. LES INTUITIONS AUDACIEUSES D'HAURIU

Maurice Hauriou, cela ne saurait étonner, occupe également une position originale dans le (relativement morne) paysage de la doctrine de son temps. On sait que ses contributions à la pensée constitutionnelle ont été surtout délivrées à la fin de sa

<sup>103</sup> *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, p. 107.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 205. Nous soulignons.

carrière, comme des œuvres de maturité. S'il convient de ne pas négliger les évolutions de sa pensée, elles ne remettent pas radicalement en cause sa (relative) cohérence globale quant à la notion de constitution. Hauriou est un véritable théoricien – à ce titre, il ne se laisse jamais enfermer dans l'étude de surface du droit positif mais est « toujours soucieux de penser le droit réel, le droit tel qu'il se fait et s'applique »<sup>105</sup>. Un théoricien « buissonnant » (Albert Brimo), dont il n'est pas aisé de démêler l'écheveau. Sa pensée s'appuie sur des prémisses (relativement à l'État, au pouvoir, à la liberté, au droit) particulièrement originales, tout à fait différentes de celles de ses contemporains, et d'une extraordinaire subtilité et complexité. Pour autant, il ne néglige pas les questions juridiques techniques et l'on trouve chez lui, en particulier dans son *Précis de droit constitutionnel* (l'ouvrage ne porte pas toujours bien son nom, qui tient à la fois tantôt du manuel pédagogique, tantôt du traité, et tantôt de l'essai de réflexion), nombre d'analyses équivalentes à celles des manuels classiques. Mais davantage encore.

C'est peut-être dans la deuxième édition de son *Précis élémentaire de droit constitutionnel* (1930), plus bref mais aussi finalement plus clair que le *Précis* (de 1925 puis de 1929)<sup>106</sup> qu'apparaît sans doute plus nettement le fond de sa pensée relative à la constitution. S'il reste, en 1930, fidèle à sa présentation duale (du moins pour la France) qui juxtapose constitution politique<sup>107</sup> et constitution sociale<sup>108</sup>, mais reliées pour ne pas dire entremêlées (la seconde primant en définitive la première), « tel un ruban de Möbius » (comme l'écrit joliment Jacky Hummel), il n'en délivre pas moins une présentation générale (non limitée au cas français) de la notion de constitution, qu'il annonce même comme une « théorie générale du droit de la constitution » (p. 73-83) avant d'aborder, de manière plus descriptive et pédagogique (enrichie par son idée bien connue de cycles), « les constitutions de la France » (de 1791 à 1875).

Il place ses développements dans un livre second – après le premier dénommé « Les principes constitutionnels » (relatifs à l'État et à la liberté politique moderne) – un peu curieusement intitulé « Les lois constitutionnelles ». Curieusement en apparence seulement. Sans doute, le titre du livre comme celui du chapitre incline à y penser qu'il se situe dans une conception pleinement mais (selon nos idées reçues)

<sup>105</sup> Éric Maulin dans Olivier Cayla, Jean-Louis Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2015, p. 246-254 (247).

<sup>106</sup> Il est cependant à noter que certaines de ses idées, en particulier sur le statut des pratiques, sont déjà formulées dans la seconde édition de ses *Principes de droit public* (Sirey, 1916, notam. p. 682-684).

<sup>107</sup> Et non « constitution juridique », comme l'écrit par erreur Pierre Duclos (*op. cit.*, p. 3). Il est important de souligner que sa « constitution sociale » est également juridique.

<sup>108</sup> À certains endroits, Hauriou va même jusqu'à parler de « constitution judiciaire », liée à la Constitution sociale (*Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd. 1938, p. 292-294). Celle-ci aurait existé avant l'apparition de l'État moderne au XVI<sup>e</sup> siècle. Mais elle a pu subsister en partie après, notamment en Angleterre.



étroitement juridique<sup>109</sup>. Ce qui ne veut pas dire : purement formelle. Au contraire. Il commence par distinguer « la constitution au sens du fond et au sens de la forme » (formules qui correspondent apparemment à la distinction constitution matérielle / formelle, selon le vocabulaire allemand adopté par la doctrine française depuis Carré de Malberg<sup>110</sup>, mais de façon originale), et limite d'ailleurs, à ce moment, la définition « au fond » à des règles. Leur objet est d'établir le statut politique et social de l'État (tout organisme possède un statut).

Lorsqu'il examine ensuite ces règles d'après leur forme, il opère une distinction qui n'est pas courante dans la doctrine, en évoquant trois types : « les pratiques et coutumes de la constitution », la « légalité ordinaire de la constitution » et la « superlégalité constitutionnelle ». Autrement dit, son sens formel fait apparaître la diversité des règles, là où la doctrine habituelle réserve ce sens à la loi constitutionnelle suprême. Surtout, il ajoute : « d'ailleurs, ces différentes espèces de règles se trouvent en général cumulées dans une même constitution »<sup>111</sup>, signe irréfutable qu'Hauriou considère que la constitution désigne quelque chose de plus large que l'un de ces éléments et qu'il ne la limite donc pas, en réalité, au sens de loi constitutionnelle formelle.

Cependant, Hauriou adopte un point de vue curieux : à côté des « pratiques suivies pour les délibérations du conseil des ministres et les usages suivis pour la mise en œuvre de la responsabilité ministérielle devant les Chambres » – ce qui se comprend dès lors que, sous la Troisième République, il s'agissait véritablement de règles non écrites – il range, dans la rubrique des « pratiques de la constitution », les règlements des assemblées législatives (il aurait dû dire, selon ses propres vues : délibérantes) au motif que ceux-ci n'ont pas « valeur de règles législatives » (et qu'ils n'ont pas le caractère de généralité de la loi). Il poursuit : « ce ne sont que des coutumes particulières au monde gouvernemental. Il s'ensuit qu'elles ne sont pas applicables par le juge »<sup>112</sup>. Il admet cependant que « si elles ne sont pas sanctionnées

<sup>109</sup> La formule « droit de la constitution » qu'Hauriou reprend (dès le *Précis* de 1925) semble inspirée de la traduction française (parue en 1900 chez Giard & Brière) du *Law of the constitution* de l'Anglais Dicey qui, on le sait, rangeait sous cette appellation le droit strict (par opposition aux *constitutional conventions* que le professeur d'Oxford ne considérait pas comme du droit). La traduction emploie tantôt « loi de la constitution », tantôt « droit de la constitution ».

<sup>110</sup> Hauriou emploie habituellement le terme « constitution écrite » pour désigner la constitution formelle (il n'utilise ce dernier terme qu'une seule fois – sauf erreur de ma part –, dans le *Précis de droit constitutionnel*, 1929, p. 95), tout en l'assimilant aux constitutions rigides (ainsi dans le *Précis élémentaire*, 1938, p. 74). Il y a quelque incohérence de sa part, puisqu'il avait critiqué auparavant la *summa divisio* entre constitution écrite et coutumière qui régnait dans la doctrine majoritaire (*Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd. 1916, p. 684).

<sup>111</sup> *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd. 1930, p. 74. Il poursuit : « Les constitutions écrites [l'adjectif est, ici, de trop, nous semble-t-il – ALD] comme la nôtre, qui sont à base de superlégalité, possèdent aussi des pratiques et coutumes constitutionnelles ; les constitutions à base de légalité ordinaire, comme celle de l'Angleterre, ne possèdent pas de superlégalité, mais, en revanche, elles ont des coutumes et pratiques de la constitution ».

<sup>112</sup> *Ibid.*

par le juge, [ces coutumes] le sont très énergiquement par une contrainte privée qui se ramène au droit de légitime défense de chacun des partenaires du jeu politique »<sup>113</sup>.

Un peu plus loin, dans un passage consacré à la « superlégalité constitutionnelle » (et après avoir traité de façon assez classique du pouvoir constituant et de la rigidité des lois constitutionnelles), il avance que celle-ci « contient des principes dont la légitimité est supérieure au texte même de la constitution écrite et qui n'ont pas besoin d'y être exprimés » (p. 81). Il cite la forme républicaine de gouvernement « pour laquelle il y a un texte » (LC du 25 février 1875, art. 3 in fine), mais « il est beaucoup d'autres principes pour lesquels il n'est pas besoin de texte ». Il les regroupe en deux catégories : « les principes des libertés individuelles », à savoir ceux contenus dans les déclarations des droits de l'époque révolutionnaire, « que la Constitution du 14 janvier 1852 confirme en bloc » ; et « bien d'autres principes encore [...] : le principe de l'égalité et de la publicité de l'impôt, le principe de la séparation des pouvoirs entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, celui de la hiérarchie administrative ». Là encore, Hauriou ne réduit pas la notion juridique de constitution aux textes. Notant que la Constitution de 1875 « n'a pas reproduit cette confirmation [de 1852] et ne contient aucune référence formelle à ces principes du droit public », il poursuit : « ce silence, qui a embarrassé les auteurs hypnotisés par *la conception étroite de la constitution écrite*, ne doit pas nous impressionner. [...] Ces principes de nos libertés publiques sont de plein droit dans la légitimité constitutionnelle » (p. 82). *A contrario*, cela confirme qu'Hauriou ne fait pas sienne la « conception étroite de la constitution écrite » dont il a remarqué qu'elle hypnotisait (le terme est bien choisi) la majeure partie de la doctrine (française). Évidemment, cette idée de légitimité qui double la superlégalité a de quoi faire frémir le plus modéré des positivistes.

On peut, enfin, considérer qu'Hauriou adopte un sens englobant à la constitution, comme il a été suggéré plus haut, lorsqu'il détaillait les trois types de règles d'après leur forme : il justifie l'existence de principes supérieurs parce qu'ils « proviennent de ce que le droit est un système organisé » (p. 81).

Malheureusement, Hauriou en reste au stade des fulgurances, il ne synthétise pas de manière suffisamment ramassée l'ensemble de ses idées<sup>114</sup> quant à ce que pourrait être la constitution entendue dans le sens englobant qu'il a pourtant esquissé.

On peut même signaler un fâcheux manque de cohérence du maître de Toulouse lorsqu'il affirme d'une part que « les pratiques et usages (ou coutumes particulières) sont cependant des règles de droit mais ne sont pas sanctionnables par le juge », et d'autre part que certaines d'entre elles peuvent être des « faussemments de la

<sup>113</sup> *Loc. cit.*, p. 75.

<sup>114</sup> Ce qui était sans doute inévitable : « on dirait que Hauriou n'est pas le plus convaincant quand il systématise et "théorise" », estime Olivier Beaud (préface à la rééd. de la 1<sup>re</sup> éd. des *Principes de droit public* [1910], Dalloz, 2010, in fine).

constitution », « de simples états de fait qui ne modifient pas l'état du droit »<sup>115</sup>. Mais l'essentiel n'est-il pas qu'il admette qu'il existe plusieurs types de règles de droit et dessine implicitement la complexité irréductible de la constitution entendue comme un ordre ou un système ? Idée assez révolutionnaire mais dont on ne saurait nier qu'elle permet de rendre compte juridiquement du phénomène constitutionnel.

On peut en outre regretter qu'il n'ait pas cherché à articuler davantage ses idées sur l'institution dans ce qu'il annonce comme une « théorie générale de la constitution ». Il affirmait pourtant, dans son *Précis* que « tout le secret de l'ordre constitutionnel est dans la création d'institutions vivantes. Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles. Elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions »<sup>116</sup>. Par quoi l'on peut voir la proximité profonde avec Saleilles.

De même, sa conception du pouvoir exécutif comme pouvoir originaire, manifestement préexistant à la mise en forme de l'ordre constitutionnel par des normes juridiques et demeuré irréductible à elles, n'est pas articulée. Enfin, ses réflexions sur la dualité entre règles de droit et standards<sup>117</sup>, qu'il a limitées au droit administratif, auraient pu trouver (il l'admet lui-même) dans la matière constitutionnelle de quoi préciser sa pensée.

Pour autant, il est permis de considérer qu'Hauriou fournit un nombre important de clefs pour une compréhension riche et originale de la notion constitution, tandis que son ami rival Duguit « crée le chaos, où plus rien ne tient debout », comme l'a montré Olivier Jouanjan. Et c'est à tort que d'aucuns ont voulu rabattre le maître toulousain vers la sociologie, comme si une analyse sortant du positivisme étriqué ne pouvait pas être véritablement juridique.

En tout état de cause, la pensée d'Hauriou était trop complexe, trop subtile, trop audacieuse sans doute pour pouvoir faire des adeptes et être véritablement prolongée ou précisée par d'autres.

<sup>115</sup> *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, resp. p. 221 et p. 261. Ici, Hauriou est lui aussi tombé dans le travers (pour ne pas dire : l'erreur) consistant à considérer que la pratique constitutionnelle suivie par les élites françaises après 1877 a « considérablement faussé » le « jeu de la Constitution de 1875 » (p. 260), en particulier quant aux pouvoirs du président de la République (droit de dissolution, droit de demander une nouvelle délibération de la loi). Sur ce point, il se méprend sur le caractère de norme d'habilitation de telles compétences présidentielles et reste captif d'une vision dualiste effective du gouvernement parlementaire.

<sup>116</sup> *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. 1929, p. 5.

<sup>117</sup> Dans son article « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanoury : Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, p. 265-312 (Republié dans : *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud et Gay, 1933, p. 147-191).

### C. « CHERCHER LA CONSTITUTION AILLEURS QUE DANS LES TEXTES » (CAPITANT)

Autre juriste-universitaire publiciste qu'il convient de mettre en exergue dans la présente enquête, René Capitant, dont on sait l'originalité dans la corporation académique française de son temps<sup>118</sup>. Marcel Prélôt qualifie, à juste titre, de « discours retentissant » celui qu'il prononça en 1930 sur la coutume constitutionnelle<sup>119</sup> et qui « renversait radicalement les positions admises », allant jusqu'à affirmer que « le droit positif n'est autre que le droit qui s'applique réellement et dont les prescriptions sont suivies »<sup>120</sup> et reconnaissant à la coutume une valeur constituante. Ce n'était pas un éclat ponctuel. Résumant, en 1932, les « données du droit écrit » énoncées par le texte de la Constitution allemande de Weimar, le jeune René Capitant poursuivait : « tout cela prouve que les constitutions ne se trouvent pas dans les textes qui sont censés les fonder et qui ne sont même pas capables de les décrire. Elles se trouvent dans la coutume et les doctrines en vigueur et c'est là qu'il faut aller les chercher »<sup>121</sup>. Il réaffirmait ainsi son approche originale, en radicale opposition avec la vulgate doctrinale française de son époque (à l'exception d'Hauriou, dont on vient de voir les thèses hardies) et esquissait ce que l'on peut appeler une véritable conception de la notion même de constitution<sup>122</sup>.

Capitant ne se contente pas du topos dominant qui assimile constitution à loi constitutionnelle formelle. Il parle de « la véritable notion de constitution »<sup>123</sup>, formule qui révèle que celle-ci doit être cherchée ailleurs.

Contrairement à ce que l'on en a généralement retenu, la vision de Capitant ne se limitait pas simplement à affirmer un primat accordé à la coutume sur le droit écrit, à substituer des normes (non écrites) à d'autres normes (écrites). Il apportait deux points originaux.

En premier lieu, en affirmant que

la notion de constitution est tout imprégnée de la notion de coutume [...] en quelque sens que l'on prenne le mot constitution. *Que par ce mot, l'on désigne les institutions politiques et le système de gouvernement ou bien l'ensemble des règles de puissance renforcée,*

<sup>118</sup> V. sur ce point : Olivier Beaud, « Découvrir un grand juriste : le premier René Capitant », Préface à René Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 7-53.

<sup>119</sup> « La coutume constitutionnelle » [1930], rééd. dans *Écrits d'entre-deux-guerres, op. cit.*, p. 283-295.

<sup>120</sup> Affirmation qu'il réitère dans son article « Le droit constitutionnel non écrit », *Mélanges Gény*, 1934, rééd. dans *Écrits d'entre-deux-guerres, op. cit.*, p. 297-304 (298).

<sup>121</sup> « Le rôle politique du Président du Reich », *Politique*, mars 1932 (rééd. dans *Écrits d'entre-deux-guerres, op. cit.*, p. 393-403 (396).

<sup>122</sup> Une esquisse, plutôt, et non à proprement parler une « théorie de la constitution » (comme l'écrit pourtant Olivier Beaud, art. cit., p. 40), ce qui nous paraît trop dire, car le juriste strasbourgeois n'a pu alors composer une analyse systématique mais a procédé par touches successives et partielles à travers divers articles, laissant nécessairement, de ce fait, quantité de questions dans l'ombre.

<sup>123</sup> « La coutume constitutionnelle », *Écrits d'entre-deux-guerres, op. cit.*, p. 292.

excédant la compétence du législateur ordinaire, dans l'un et l'autre cas, dans l'un et l'autre sens, la constitution présente un caractère essentiellement coutumier<sup>124</sup>,

il adoptait donc, quoiqu'implicitement, une conception de la constitution comme un ordre constitutionnel et plus spécifiquement : comme un système de gouvernement.

En second lieu, il apportait des précisions qui avaient toujours manqué aux constitutionnalistes français. Ainsi lorsqu'il notait que la constitution formelle c'est-à-dire, dans le cas français, les Lois constitutionnelles de 1875 « doivent être complétées, fréquemment, par des textes simplement législatifs ou même réglementaires »<sup>125</sup>, puis, d'autre part, lorsqu'il affirmait que les règles caractérisent le régime politique, elles ne font que l'esquisser : il rappelait l'incomplétude inévitable de toute constitution formelle et la nécessité de concrétiser les énoncés de celle-ci, à la fois par d'autres textes et par des interprétations et pratiques. Surtout, enfin, en ajoutant que « la coutume, [dissimule] l'originalité de ses règles sous le masque de la procédure prévue par le texte. [...] Quoique le Président ne gouverne plus, c'est lui encore qui signe les actes du Gouvernement. Ainsi, *la procédure a subsisté identique, quand le fond du droit se modifiait. Car une même forme peut recouvrir des réalités différentes.* [...] »<sup>126</sup>. Il est permis de considérer que cette distinction entre la forme et le fond du droit est fondamentale et offre dans la plupart des cas un moyen pertinent d'analyser avec rigueur le droit positif<sup>127</sup>.

On peut donc estimer que Capitant a dessiné en creux une ébauche de théorie originale de la constitution, qui rend justice de la complexité de la notion elle-même en distinguant ses différentes facettes, dont la loi constitutionnelle formelle n'est qu'un élément, et qui vise ultimement à identifier le système global qui résulte de ses différentes composantes.

L'intérêt et, à nos yeux, la pertinence, des thèses de Capitant ne doivent pas masquer qu'elles n'étaient pas sans quelques approximations. Ainsi, par exemple, quand il affirme que « les lois de 1875 ne renferment qu'une *description* très incomplète de nos institutions politiques et qui, en outre, ne correspond que très imparfaitement à la réalité »<sup>128</sup>. La formule est ambiguë car le rôle des textes constitutionnels n'est pas de « décrire ». D'ailleurs, cette idée de description est en partie contradictoire avec la distinction que fait Capitant entre la forme et le fond du droit. On peut

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 285. Nous soulignons.

<sup>125</sup> « La crise et la réforme du parlementarisme en France » [1936], *ibid.*, p. 345-246.

<sup>126</sup> *Loc. cit.*, p. 288. Nous soulignons.

<sup>127</sup> Elle est reprise de nos jours par Pierre Avril, par ex. dans « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, n° 20 en ligne, décembre 2018.

<sup>128</sup> *La réforme du parlementarisme* [1934], dans *Écrits...*, *op. cit.*, p. 326 (nous soulignons). Il reprend cette même formule dans son article sur « la crise et la réforme du parlementarisme en France » [1936], *ibid.*, p. 345.

également émettre quelques doutes sur la possibilité d'affirmer que la coutume peut être constituante.

Quoi qu'il en soit, comme pour Hauriou, la position de Capitant était sans doute trop audacieuse pour convaincre ses pairs<sup>129</sup>. À l'exception peut-être de son ami Marcel Prélot qui, après-guerre, fera sienne la thèse capitantienne du droit positif comme le droit réellement appliqué<sup>130</sup>.

Une phrase – insérée dans une question – du jeune Charles Eisenmann, au tout début de sa thèse de doctorat de 1928, permet peut-être de résumer toute l'affaire de la notion de constitution dans la doctrine de la Troisième République. Pour définir l'objet de sa thèse, l'auteur s'efforçait de donner une définition de la justice constitutionnelle, « cette sorte de justice [...] qui porte sur les lois constitutionnelles ». Il devait alors définir celles-ci et s'interroger : « Qu'est-ce donc que les lois constitutionnelles ou – malgré la méfiance que pourrait inspirer à juste titre *ce mot, trop souvent utilisé pour embrumer les idées juridiques* – *qu'est-ce que la constitution ?* »<sup>131</sup>. De cette manière, Eisenmann révélait (ou confirmait) plusieurs choses. Non seulement qu'à la presque fin de la Troisième République, les discours juridiques relatifs à la notion de constitution restaient très incertains et même confus, que le terme « constitution » pouvait encore, aux yeux des juristes eux-mêmes, recouvrir plusieurs sens. Mais aussi que, face à cette pluralité d'usages (et donc de sens possibles), c'était par un choix délibéré qu'il optait, au nom de la (prétendue) rigueur juridique, en faveur de la réduction de « la constitution » aux « lois constitutionnelles »<sup>132</sup>. Toute autre vue, plus large, lui paraissant receler le danger d'altérer (« embrumer ») la pensée. Pour un juriste, sortir de l'équation « constitution = loi formelle (suprême) » était périlleux et l'on préférerait se pelotonner dans le confort d'une notion courte, technique, insuffisante sans doute mais tellement rassurante parce qu'apparemment plus saisissable. Une telle position de principe était compréhensible pour le normativiste qu'était Eisenmann à cette époque<sup>133</sup>. Se justifiait-elle pour les autres, qui, pour la

<sup>129</sup> V. la contribution de Jean-Marie Denquin dans ce volume. On peut citer à cet égard la réaction sceptique d'Yvon Gouet (dans l'éphémère *Revue de droit constitutionnel français et étranger*, vol. 1, 1935 p. 269-270) à l'article de Capitant dans les *Mélanges Gény* de 1934.

<sup>130</sup> Qu'il a formulé de la manière la plus radicale dans son *Cours de Droit parlementaire*, Paris, Les cours de droit, 1953-54, t. I, p. 44-48 : « À mon sens, la constitution, la législation, la réglementation, fût-ce le règlement lui-même de l'Assemblée, ne sont pas nécessairement et par eux-mêmes du droit, il faut qu'à l'appel de la lettre écrite corresponde la pratique effective » (p. 45) ; « il n'y a de droit que quant à la règle se trouve correspondre son accomplissement. Il ne peut y avoir de dichotomie du Droit et du Réel, puisqu'un droit sans réalité n'est pas du Droit [...] » (p. 47).

<sup>131</sup> *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928, rééd. Economica, 1986, p. 2 (nous soulignons).

<sup>132</sup> Il les met au pluriel, non pas tant à cause de la France (et ses trois lois de 1875) que parce qu'il intègre tout type de loi constitutionnelle.

<sup>133</sup> Il évoluera après-guerre. V. la contribution de Cécile Guérin-Bargues.

plupart, n'adoptaient pas tous un positionnement aussi radical ? On peut en douter. Et ce d'autant plus qu'Eisenmann lui-même reconnaissait la relativité de la notion formelle de constitution (qu'il accouplait à celle de caractère supra-législatif) par rapport à la notion matérielle, à savoir, pour lui, « l'ensemble des règles sur la législation, c'est-à-dire sur la création des normes juridiques générales » ; et que c'est bien « cette définition matérielle [qui] est fondamentale »<sup>134</sup>. Plus encore, ce jeune disciple d'Hans Kelsen concluait que « les règles sur la création des normes juridiques suprêmes d'un État – que ce soient les lois ordinaires ou les lois constitutionnelles [...] – forment l'armature de la pièce fondamentale du système du droit elle-même et par là de *ce système tout entier* [...]. Elles sont donc en quelque sorte *le noyau permanent, le centre fixe – relativement – de la Constitution* »<sup>135</sup>. Voilà qu'à peine chassé, le terme qui « embrume » est déjà de retour ! Ce qui révèle que même pour un normativiste, l'idée de système est nécessaire et qu'il est difficile sinon impossible de ne pas se représenter, derrière la loi constitutionnelle formelle, l'image d'une « constitution » plus large. Il était décidément difficile à l'arbre de cacher longtemps la forêt.

Esquives, approximations, impasses, faibles ouvertures conceptuelles, absence d'effort prolongé pour bâtir une véritable pensée, tel pourrait résumer le bilan de la doctrine constitutionnelle française de la Troisième République pourtant dite « classique » sur le thème de la constitution. Derrière ces traits anciens, est-il excessif d'apercevoir également ceux de la doctrine française contemporaine ? Si tel était le cas, on pourrait convenir que la situation actuelle non seulement vient de loin mais s'est prolongée au-delà du raisonnable.

---

<sup>134</sup> *Op. cit.*, p. 3.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, p. 7. Nous soulignons.



Omniprésente dans les discours juridiques et politiques des démocraties libérales contemporaines, la notion de constitution, qui a même donné son nom à une discipline, le droit constitutionnel, est-elle vraiment bien appréhendée par la doctrine des juristes d'aujourd'hui ? Rien n'est moins sûr. Employée dans des sens passablement différents, parfois contradictoires, elle fait partie des notions faussement claires de la science juridique. Les incertitudes qui caractérisent l'emploi du mot constitution viennent de loin. Une étude approfondie des travaux de la doctrine constitutionnelle française classique, celle de la Troisième République (1870-1940), permet de mettre en lumière cet état de fait. Le présent ouvrage examine, en quatorze contributions, cette doctrine à travers ses principaux auteurs, connus et moins connus, pour tenter de discerner dans quelle mesure s'est élaborée la manière (ou plutôt les manières) dont les juristes français pensent, tant bien que mal, la constitution aujourd'hui.

« Ou'est-ce donc que les lois constitutionnelles ou – malgré la méfiance que pourrait inspirer à juste titre ce mot, trop souvent utilisé pour embrumer les idées juridiques – qu'est-ce que la constitution ? »

Charles Eisenmann, 1928

Avec les contributions de

Julie Benetti, Jean-Marie Denquin,  
Constance Grewe, Cécile Guérin-Bargues,  
Jean-Louis Halpérin, Jacky Hummel, Olivier Jouanjan,  
Alain Laquière, Philippe Lauvaux, Armel Le Divellec,  
Élina Lemaire, Éric Maulin et Agnès Roblot-Troizier.

