

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

La notion de constitution dans l'œuvre de trois constitutionnalistes parisiens : Chavegrin, Lapradelle, Gidel

Armel Le Divellec

Professeur de droit public à l'université de Paris II Panthéon-Assas

Tenter de reconstituer et de « cartographier » les conceptions de la constitution de la doctrine constitutionnelle française d'une époque suppose de ne pas passer sous silence les auteurs aujourd'hui oubliés ou considérés comme secondaires : dans la mesure où ils ont enseigné voire publié en droit constitutionnel, ils ont, eux aussi, participé au discours doctrinal sur la notion de constitution et, le cas échéant, propagé la vulgate.

C'est pourquoi les développements qui vont suivre se proposent d'examiner les travaux de trois professeurs à la Faculté de droit de Paris, représentants de l'ancienne génération du droit public (après Esmein et avant la jeune génération montante des années vingt et trente) : Chavegrin, Lapradelle et Gidel. Les étudier relevait un peu de l'exploration en milieu difficile... La moisson est relativement maigre, mais, au fond, assez instructive pour établir notre photographie de la manière dont la doctrine de la Troisième République a abordé – faiblement – la notion de constitution.

Précisons au préalable que, parmi les publicistes parisiens de la première période (1870-1920 – avec Gidel, nous dépassons quelque peu), il aurait été en principe nécessaire d'étudier également l'apport d'autres personnalités¹, en particulier :

- Philippe Jalabert (1823-1907), qui fut nommé à Paris le 31 décembre 1879 sur la chaire de droit constitutionnel (l'ancienne chaire de Pellegrino Rossi, recrée) et assura le cours de doctorat dans cette matière de 1880 à 1893.

¹ On peut laisser de côté Gaston May et Jules Basdevant, qui n'assurèrent que très brièvement (deux ans chacun) le cours de droit constitutionnel de première année à Paris (May en 1905-1907 et Basdevant en 1919-1921), avant de revenir à leurs matières de prédilection, le droit romain, pour le premier, le droit international pour le second.

- Ferdinand Larnaude (1853-1942), nommé à Paris en 1882, qui assura brièvement le cours (alors semestriel) de droit constitutionnel de première année en 1889-1890 (parallèlement à Esmein), avant d’enseigner le nouveau cours de Droit public général (rapidement appelé *Principes de droit public*) en doctorat, jusqu’en 1922. Celui qui fut le fondateur de la *Revue du droit public* en 1894 a joué un grand rôle dans la promotion du droit public en France (il présida d’ailleurs le jury des deux premiers concours d’agrégation de droit public)².
- Émile Chénon (1857-1927), qui succéda à Esmein dans le cours de droit constitutionnel de première année, et assura cet enseignement de 1895 à 1905, avant de se consacrer à l’histoire du droit.

Mais ces trois professeurs n’ont laissé aucun écrit en droit constitutionnel (Jalabert, Chénon)³, ou bien ne traitent pas de la constitution (Larnaude). Le cas de ce dernier est particulièrement révélateur de cette doctrine qui semble « fuir » la notion de constitution : en presque trente ans de cours (entre 1891 et 1922), Larnaude ne choisit jamais le thème de la constitution⁴, alors même que la raison d’être de son cours aurait pu le justifier⁵. Précisons enfin que le fondateur de la RDP publie de nombreuses études et, parmi elles, il faut signaler son important rapport sur « les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif »⁶, à la Société de législation comparée en 1902⁷. Cependant, son propos n’est, en ce qui concerne la notion de constitution elle-même, guère fouillé ni original : il la ramène aux lois supérieures aux lois ordinaires⁸.

Revenons donc aux trois auteurs parisiens qui ont été ici retenus. Il s’agit de trois professeurs publicistes⁹ qui ont enseigné pendant longtemps, de 1893 à 1939 le droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris. Ils ont pour trait commun d’être

2 Armél Le Divellec, « La fondation et les débuts de la *Revue du droit public et de la science politique* (1894-1914) », *RDP*, 2011, n°2, p. 521-553.

3 Nous ne disposons que de leurs plans de cours (v. Guillaume Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Dalloz, 2015, par ex. p. 488 pour Jalabert).

4 V. la liste des thèmes dans Guillaume Richard, *op. cit.*, p. 297-298 : prédominent ceux de l’État et des libertés.

5 Il voulait proposer un « cours élevé, philosophique, politique », se distinguant de l’enseignement plus positif des cours de première et deuxième années (Guillaume Richard, *op. cit.*, p. 293-294).

6 *Bulletin de la Société de Législation comparée*, t. XXXI, 1902, p. 175-229, ainsi que ses réponses aux intervenants dans la discussion (notamment Saleilles, Thaller et Jalabert), p. 255-257.

7 Sur ce débat, v. Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre droit et politique*, LGDJ-Fondation Varenne, 2009, p. 47.

8 Dès lors, il admet qu’un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois est, en soi, logiquement justifié. Cependant, il considère que celui-ci n’est, dans le cas de la France, pas souhaitable : par défiance envers les organes juridictionnels, il plaide pour le primat du politique exprimé par le législateur représentant du peuple. Par quoi l’on voit ce trait si français de prévalence d’un discours de politique constitutionnelle sur le discours théorique.

9 Chavegrin étant agrégé par le concours indistinct, les deux autres par le concours de droit public institué en 1896.

aujourd'hui largement oubliés (en tout cas des constitutionnalistes), de n'avoir pas été des spécialistes de la matière lorsqu'ils ont commencé à l'enseigner¹⁰, et enfin d'avoir très peu publié en droit constitutionnel, en dehors de leur cours – mais nous disposons d'une partie de leur enseignement (Répétitions écrites ou manuel).

Une brève présentation est requise.

- Ernest Chavegrin, né en 1854 et mort en 1933 (et non 1936 comme il est parfois écrit) est reçu docteur en droit à Nancy en 1877. Agrégé en 1879 (il est major à son second concours, dix candidats étant reçus), il reste dans sa faculté d'origine (il y enseigne la procédure civile puis le droit international privé) puis est appelé à la Faculté de droit de Paris dès 1884, assure les cours les plus divers (le droit administratif, la science financière, mais aussi le droit criminel, le droit commercial, le droit maritime, ainsi que la législation des assurances). Jalabert parti à la retraite, Chavegrin lui succède le 7 novembre 1893 comme professeur titulaire de la chaire de droit constitutionnel, laquelle est renommée chaire de « droit constitutionnel comparé » à partir de 1895. Il dispense ainsi un cours de droit constitutionnel comparé en doctorat sans interruption jusqu'en 1924 (soit pendant trente-et-un ans). Malheureusement, il ne publie que fort peu dans sa matière, en dehors de notices (et de traductions de lois), certes très minutieuses, notamment dans l'*Annuaire de législation étrangère*, principalement sur la Prusse et l'Allemagne, ou encore, mais plus rarement, sur la France¹¹. Il n'a ainsi jamais publié, en quelque trente années, la moindre contribution dans la *Revue du droit public* fondée par son collègue parisien et contemporain Larnaude. Pourtant, on peut relever que ses analyses en 1919-1922 sur la récente Constitution allemande de Weimar et les nouvelles constitutions de l'après 1918¹² dénotent une certaine finesse de pensée, même si elles tendent à confirmer qu'il n'est guère porté vers les discussions doctrinales et théoriques¹³. Son dernier article paraît l'année de sa mort, aux *Mélanges Carré de Malberg*, sur un thème un peu

¹⁰ À cela près que Chavegrin avait toutefois publié assez régulièrement des « Notices sur les travaux du Landtag de Prusse » dans l'*Annuaire de législation étrangère* (à partir de 1883).

¹¹ Par ex., la note sur la loi du 8 janvier 1918 établissant la procédure à suivre pour le Sénat constitué en Haute-Cour de Justice pour juger du président de la République et des ministres, *Annuaire de législation française*, 1919, p. 33-41.

¹² « Notice sur les lois constitutionnelles de 1919 en Allemagne », *Annuaire de législation étrangère*, 1919, 2^e série, 17^e année, p. 306-328. « Communication sur le Président de l'Empire allemand », *Bulletin de la Société de Législation comparée*, t. LII, 1922-23, p. 67-82. Préface à: Dareste, *Les constitutions modernes*, 4^e éd. (par J. Delpach et J. Laferrière) Sirey, 1928, t. I, p. v-xxix.

¹³ Il est, par exemple, frappant qu'il préfère consacrer une notice détaillée précédant sa traduction de la loi sur 27 mars 1930 sur la condition juridique du Chancelier et des ministres du Reich allemand (*Annuaire de législation étrangère*, 1930, p. 68-73) plutôt que de s'intéresser aux nombreux et lourds problèmes posés par le fonctionnement du système constitutionnel de Weimar (comme le fera, en revanche, le jeune René Capitant).

éloigné de ses cours, encore qu'il ne soit pas sans résonance avec la problématique constitutionnelle moderne¹⁴.

- Albert de Geouffre de La Pradelle de Leyrat (1871-1955)¹⁵, reçu docteur à Paris en 1894, est le major du premier concours d'agrégation de droit public en 1897. En poste à Grenoble, il est appelé à Paris en 1906 afin de remplacer temporairement le titulaire, Antoine Pillet, dans le cours d'histoire des traités. Il est déjà, par ses travaux, spécialiste de droit international¹⁶, mais est rapidement chargé du cours de droit constitutionnel de première année (ainsi que le cours de « Droit public » en troisième année), qu'il assure de 1907 à 1912¹⁷, avant de pouvoir se consacrer entièrement au droit international jusqu'à sa retraite en 1939. Il présente toutefois l'originalité d'avoir publié son cours sous la forme d'un manuel de droit constitutionnel (paru chez Pédone en 1912)¹⁸, qui comporte certains aspects originaux (par contraste avec les cours de Chavegrin et Gidel, pourtant censés être plus approfondis).
- Gilbert Gidel (1880-1958) est reçu docteur en droit à Paris en 1904 et 1905, agrégé de droit public en 1908 (major), appelé à la Faculté de droit de Paris en mars 1920, dont il sera le vice-doyen. Il occupe la fonction de recteur de l'Université de Paris en 1941-1944¹⁹ et fut mis en cause à la Libération²⁰. Spécialiste de droit international public²¹, il doit cependant assurer d'autres cours, en l'occurrence le cours de droit constitutionnel de première année (entre 1921 et 1924, soit trois années) puis, succédant à Chavegrin, le cours de droit constitutionnel comparé en doctorat de 1924 à 1939 (soit quinze ans)²² avant de pouvoir enseigner sa matière

14 « Les doctrines politiques des Physiocrates », *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 59-70.

15 On écrira plus simplement Lapradelle, comme il est inscrit sur ses ouvrages.

16 V. sa notice par Antal Berkes : <http://www.sfdi.org/internationalistes/la-pradelle/>

17 Et 1913-1914 selon Guillaume Richard (*op. cit.*, p. 837).

18 Dans la version qu'il adopte à partir de 1909. Guillaume Richard note (*op. cit.*, p. 521) que le plan de Lapradelle change en 1909, au profit d'une orientation plus théorique. Alors qu'il reprenait en 1907-1909 le plan-type à la Esmein (Principes / Histoire / Organisation politique de la Troisième République), il opte désormais pour 1° L'État (nature, formes, avec des passages sur l'État constitutionnel), 2° Le gouvernement, 3° Les Libertés.

19 Il est également nommé au Conseil national de Vichy et participe à la préparation du projet de constitution de Pétain à l'été 1941 (comme ses collègues parisiens, Achille Mestre, Julien Laferrière et Joseph Barthélémy, ce dernier, alors garde des Sceaux, présidant la commission de travail).

20 Il est toutefois défendu, dans deux nécrologies, par Georges Scelle (*Annuaire de droit international public*, 1958, p. 1-4) et Charles Rousseau (*Revue générale de droit international public*, 1958, p. 393-399).

21 Ses deux thèses portent sur cette discipline, ce qui est rare à l'époque ; il dirigera de nombreuses thèses en droit international, dont celle de Suzanne Bastid ; il anime l'Institut de droit international ainsi que l'Académie de La Haye, est, enfin, consultant du Gouvernement.

22 Cette longue durée explique sans doute qu'il ait dirigé des thèses en droit constitutionnel, dont celle de Roger Pinto (sur les opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis, 1934).

de prédilection. S'il n'a pas cessé de publier dans cette dernière²³, même entre 1921 et 1939²⁴, il n'a rien écrit en droit constitutionnel en dehors de ses cours.

I. REMARQUES GÉNÉRALES

Disons-le d'emblée : le thème de la constitution n'est pas central chez ces auteurs.

Chavegrin ne lui consacre directement aucun de ses enseignements de doctorat, et ce, en trente et un ans. Seuls deux de ses cours touchent de plus près, quoiqu'en partie seulement, à la notion de constitution : il traite en effet du pouvoir constituant en 1899-1900²⁵ et en 1923-1924 (sa dernière année)²⁶. Au reste, il aborde des sujets divers, souvent en privilégiant l'Allemagne et la Suisse, mais rarement à partir d'un concept central du droit constitutionnel²⁷.

Dans le manuel de Lapradelle, la notion de constitution fait l'objet²⁸ d'un chapitre intitulé « *De l'État sans constitution à l'État constitutionnel. Théorie générale des constitutions* » (p. 96-140). Mais les « notions générales » par lesquelles il débute ce chapitre sont « expédiées » en cinq pages (p. 96-100), avant que l'auteur ne se tourne, très classiquement, vers l'établissement des constitutions (p. 100-119), la révision des constitutions (p. 119-139) puis l'effet des révolutions sur les constitutions (p. 139-140). On voit cette tendance typique à accorder une place démesurée aux questions d'adoption et de révision des textes constitutionnels, au détriment de l'analyse directe de leurs caractères propres et leur contenu.

Chez Gidel – que Guillaume Richard qualifie, un peu exagérément, de « théoricien des formes constitutionnelles »²⁹ –, la notion de constitution est traitée en quelques pages dans son cours de première année. Il faut en revanche noter que son cours de doctorat marque une certaine inflexion par rapport à Chavegrin : resserrés, les

23 Ses *Mélanges* (posthumes) parus en 1961 seulement sont presque exclusivement consacrés au droit international public.

24 Il est vrai qu'il assure un cours de droit international à l'École libre des sciences politiques de 1918 à 1945 (Richard, *op. cit.*, p. 121).

25 *Le pouvoir constituant : pays à constitution coutumière et écrite* (Richard, *op. cit.*, p. 614).

26 *Le pouvoir constituant*, Cours de droit constitutionnel comparé, Les cours de droit, Paris, 1923-1924. (Cujas : 47.665 / 1923-24).

27 Le même désintérêt se retrouve dans les pourtant très nombreuses thèses que dirige Chavegrin tout au long de sa carrière à Paris. Il privilégie la question des modes de scrutin (Thomas Marty, « La production doctorale de la doctrine juridique : division du travail académique et politisation des thèses en droit sur les modes de scrutin (1885-1923) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, Publications de la Sorbonne, 2011, n° 25 (2), p. 281-304).

28 Dans le Titre II du livre II de la première des trois parties, consacré aux « formes intérieures de l'État ».

29 Guillaume Richard, *op. cit.*, p. 623-635. Dans la notice que lui consacre Niki Aloupi sur le site de la SFDI, il est qualifié de « juriste d'esprit positiviste » (<http://www.sfdi.org/internationalistes/gidel/>).

thèmes sont plus théoriques et en particulier plus proches de ce que l'on pourrait attendre d'une esquisse de théorie de la constitution. Il traite ainsi à plusieurs reprises (1924, 1928 et 1934) des déclarations de droits ou de la protection des libertés (« Libertés publiques et contrôle de constitutionnalité » en 1937 ; « Protection constitutionnelle des libertés publiques » en 1932). Il fait même de la « théorie des constitutions écrites » l'objet de son cours de 1926³⁰ et du pouvoir constituant de celui de 1931³¹. Cependant, la dimension comparatiste de son cours est limitée (il y est beaucoup question de la France).

Ce peu d'intérêt porté à la notion de constitution peut notamment s'expliquer par le fait que deux des professeurs considérés (Lapradelle et Gidel) étaient sinon à contre-emploi du moins n'étaient pas des spécialistes de la discipline, si bien qu'il était difficile d'attendre de leur part des idées originales sur un thème complexe³². L'excuse (si l'on peut dire) vaut moins pour Chavegrin dans la mesure où il a enseigné très longtemps et qui plus est en doctorat. Mais rappelons tout de même qu'il était au départ un publiciste généraliste, nullement un « constitutionnaliste » attitré.

Il y a lieu enfin de souligner ici l'importance de la chronologie : Chavegrin et Lapradelle interviennent pour l'essentiel avant les études novatrices d'Hauriou (les *Principes de droit public* de 1910 et 1916, et le *Précis de droit constitutionnel* de 1923-1929) et surtout de Carré de Malberg (1920-1922). Gidel, lui, a pu discuter parfois les positions de tel ou tel auteur (dont Hauriou et Duguit).

II. EXAMEN COMPARATIF

§1. Quel positionnement épistémique ?

Il est difficile de prétendre que nos trois auteurs s'insèrent chacun dans un courant de pensée spécifique et bien défini. Ils apparaissent bien plutôt comme en phase avec les positions commençant alors à se répandre : celles de l'effort progressif pour bâtir une science juridique constitutionnelle (pour faire court : à partir d'Esmein). On ne peut guère affirmer qu'ils ont innové dans leur approche de la constitution et des questions adjacentes.

Par rapport à son prédécesseur Jalabert, volontiers grandiloquent, lyrique et abstrait, Chavegrin, bien plus sobre, tente une approche plus « juridique », inspirée

30 Gilbert Gidel, *Théorie des constitutions écrites, Répétitions écrites de Droit constitutionnel comparé*, D.E.S. de droit public, Les Cours de droit, 1926-1927.

31 Les autres années, il traite tantôt de « Questions relatives au régime représentatif » (1933 et 1938), du régime parlementaire (1925, 1930, 1936) ou des États composés et du fédéralisme (1927, 1929 et 1935).

32 Surtout qu'en outre, Lapradelle n'enseigne le droit constitutionnel qu'en première année.

de la méthode de Théophile Ducrocq en droit administratif : particulièrement minutieux et méthodique, il analyse les faits et procède par induction³³.

Guillaume Richard le qualifie de « constitutionnaliste comme compilateur des formes constitutionnelles »³⁴. Sans être tout à fait juste, selon nous, cette formule a néanmoins le mérite d'indiquer combien Chavegrin était, au fond, passablement éloigné d'une pensée théorique et conceptuelle un peu poussée. Bien plus, ce que ses élèves, devenus ses collègues, ont pu dire de lui fournit un trait complémentaire : Roger Bonnard écrit ainsi que « dans le livre de M. Barthélémy, on reconnaîtra la remarquable méthode de notre éminent maître de la Faculté de droit de Paris, M. Chavegrin, méthode qui consiste non à dédaigner les théories abstraites, mais à considérer qu'elles ne sont rien lorsqu'on les sépare des réalités qu'elles recouvrent »³⁵. Ce lien au « concret » (par opposition à l'abstrait de la – « grande » – théorie) est un peu un lieu commun des juristes-constitutionnalistes français de ce temps ; elle tend à montrer que la doctrine française (à de brillantes exceptions près) a toujours été très « pragmatique » (Olivier Beaud), peu portée à (re)travailler ses concepts.

Lapradelle débute son cours-manuel par quelques considérations générales destinées à marquer la spécificité de la matière droit constitutionnel : « les règles du droit public n'ont pas la même netteté que celles du droit privé : trop de précision nuirait à l'État » (p. 3). Il insiste sur l'importance « considérable » du droit constitutionnel, lequel « domine le droit administratif, qui n'en est que la mise en œuvre » ; et même « c'est tout le droit privé qu'il domine » (p. 6). Il fait l'apologie de l'ouverture de l'analyse juridique aux pays étrangers (p. 9) ; « les constitutions sont des résultantes de l'histoire, et non des ouvrages de l'esprit » (p. 10). Mais aussi, ce beau morceau d'équilibrisme intellectuel : « le droit est une science des textes » (p. 11) ; « j'ajoute que c'est une science de vie. Vous animerez les textes par l'histoire, et vous chercherez à dégager, des textes ainsi rendus au milieu qui les fait naître et les fait vivre, les principes juridiques, qui en sont la sève profonde » (p. 12). Propos éclectique, donc, tout à fait dans la tonalité habituelle de la doctrine française de l'époque. Mais on doit reconnaître qu'il était adapté à un public d'étudiants débutant l'étude du droit.

Comme pour nombre de ses contemporains (et peut-être plus particulièrement en droit international comme en droit constitutionnel), Lapradelle n'hésite pas, en de nombreux passages de son cours, à formuler des jugements prescriptifs. Ainsi sur la nécessité de l'écrit en matière constitutionnelle, « il est, estime-t-il, nécessaire qu'un texte catégorique, solennel et précis, pose des limites à l'exercice du pouvoir, détermine

³³ Guillaume Richard, *op. cit.*, p. 422.

³⁴ Guillaume Richard, *op. cit.*, p. 612-623.

³⁵ Recension de : Joseph Barthélémy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, RDP, 1907, p. 601.

les garanties... » (p. 97). De plus, il fixe à la loi constitutionnelle un contenu standard, dessinant davantage un idéal-type idéologiquement marqué qu'une synthèse du droit positif de son temps : « une constitution écrite digne de ce nom, doit renfermer [...] trois parties [une reconnaissance de la liberté civile ; une reconnaissance de la liberté politique ; une procédure pour la révision de la Constitution] » (p. 99). Enfin il ajoute : elle ne sera « ni trop longue ni trop courte » (p. 100). D'autre part, il s'engage franchement en faveur du principe du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, qu'il considère comme le corollaire d'une constitution vraiment juridique (p. 487-493).

Une notice récente à propos de Gidel évoque son « esprit rigoureux de positiviste convaincu »³⁶. Quoi qu'il en soit, il est le seul des trois à s'exprimer ouvertement sur la question de la méthode. Dès le cours de première année, il revendique la « méthode juridique », tout en apportant cette nuance : « On peut objecter à la méthode juridique qu'elle est un peu sèche, qu'elle ne tient pas compte assez des forces sociales, qui sont très importantes. Il est facile d'éviter cette objection en la combinant avec d'autres méthodes », en l'occurrence, les méthodes « expérimentale », « comparative » et « historique »³⁷. Et d'opposer les (nécessaires) « abstractions (qui sont des généralisations) » aux « fictions » (qui aboutiraient à « prêter vie à quelque chose qui n'existe pas »), qu'il faut éviter.

En doctorat, il précise : « La méthode juridique [...] qui consiste à discuter sur des choses abstraites, ne doit pas être exclusivement employée. [...] Il faut faire aussi une très large place à la méthode historique. [...] Des développements seront consacrés aux faits comme aux idées. Un fait sans idée n'est rien et inversement »³⁸. Chavegrin n'aurait sans doute pas dit mieux. Lapradelle non plus. Pour autant, Gidel ne renonce pas à être prescriptif, comme on le verra.

En outre, il s'efforce de définir le rapport du droit constitutionnel à la politique :

[la politique] est l'art du bien public, recherche ce qui doit être [³⁹]. Au contraire, le droit constitutionnel s'occupe avant tout de ce qui est. [...] Cependant, le droit constitutionnel ne prend son véritable intérêt que si on cherche à l'éclairer par les leçons de la politique, et à rendre concrète, à transformer en science vivante une discipline qui, par ailleurs, serait un peu abstraite. Le but de ce cours ne sera pas de rechercher quelle est la meilleure forme de gouvernement, mais celle qui, à un moment donné, convient à un pays donné. Le but du droit constitutionnel, c'est d'étudier les rapports des rouages qui entrent dans un mécanisme politique à un moment donné.⁴⁰

36 Par Niki Aloupi : <http://www.sfdi.org/internationalistes/gidel/>

37 *Cours 1^{re} année*, 1922-1923, p. 6.

38 Cours de doctorat, 1926-1927, p. 4.

39 Il l'entend manifestement au sens d'un idéal, non point d'un devoir-être, de *Sollen* de type humien ou kelsénien.

40 *Cours 1^{re} année*, 1922-1923, p. 10.

Sur ce point encore, Gidel s'inscrit certainement dans le courant dominant des constitutionnalistes de son temps.

§2. Unité ou diversité de la notion de constitution ?

Nos trois auteurs parisiens réduisent-ils la constitution à une notion unique ou bien la considèrent-ils sous différentes facettes ? Dans ce dernier cas, présentent-ils une typologie ?

A. LES DISTINCTIONS AU SEIN DE LA NOTION DE CONSTITUTION

Un certain flou règne quant à Chavregrin, faute de sources suffisamment claires sur ce point. Mais comme nombre de ses contemporains et de ses successeurs (jusqu'à aujourd'hui), il emploie ordinairement le mot « constitution » pour désigner la seule constitution formelle, tout en concédant qu'il peut également exister le « type coutumier ». Il se contente de bâtir son cours de 1899-1900 sur la distinction (elle en forme le titre) entre « pays à constitution coutumière et écrite ». En 1923-1924, son dernier cours sur le pouvoir constituant distingue « les pays qui ont incorporé le pouvoir constituant au pouvoir législatif », et ceux qui établissent la « séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif »⁴¹. S'en tenant strictement à son thème, il n'en profite pas pour esquisser une quelconque présentation globale de la notion de constitution, du moins en dehors de l'idée que la constitution est en toute hypothèse une loi⁴².

Lapradelle, quant à lui, avance dès son introduction la formule selon laquelle « dans certains pays, la constitution, cette loi des lois, s'appelle "loi fondamentale" », ce qui sous-entend déjà une hiérarchie. Il décline celle-ci : « au sommet, la Déclaration des droits, où le constituant énonce les principes, qui le guident ; au-dessous, la Constitution, qui développe les principes de la Déclaration ; au-dessous encore, les lois ordinaires, qui, dans les limites et dans les formes tracées par la Constitution, fixent les règles du droit objectif »⁴³. Un tel schéma fait bon marché du droit positif puisqu'il ne correspond ni au cas anglais, ni au cas français de la Troisième République. Il est vrai que Lapradelle porte une attention toute particulière aux États-Unis.

Il revient sur la notion de constitution dans un chapitre ultérieur qui se présente – de manière bien exagérée – comme une théorie générale des constitutions ».

⁴¹ Il ajoute les « systèmes composites, où le pouvoir législatif et le pouvoir constituant sont à la fois réunis en un sens et séparés en un autre » (dans lesquels il range la France de 1875, la Belgique, la Roumanie, Dantzig et le royaume des Serbes, des Croates et des Slovènes).

⁴² Tout en avançant que dans certaines monarchies allemandes du XIX^e siècle, prévalait l'idée des constitutions-contrats (entre le prince et le peuple).

⁴³ *Op. cit.*, p. 6.

Il vise la « constitution au sens précis » (p. 96), « au sens moderne » (p. 97), « au sens véritable » (p. 98) ou encore la constitution « digne de ce nom » (p. 99). Implicitement, il s'agirait d'une loi écrite supérieure. Mais on est en peine de comprendre quel en est le critère exact. Il avance qu'ont pu exister des « États sans constitution ». Tel était à ses yeux le cas des pays, avant la fin du XVIII^e siècle, qui, certes, ont été dotés de « lois relatives à l'organisation des pouvoirs publics », telle la Pennsylvanie à partir de 1682 ou encore la France d'avant 1789, mais auxquels il dénie la possession d'une constitution véritable dans la mesure où ces règles « ne renfermaient en elles aucune garantie ni pour la nation, ni pour l'individu » (p. 97)⁴⁴. Il s'agit donc d'un critère matériel et même substantiellement orienté : « une constitution est une proclamation de la liberté politique et de la liberté civile ; une double garantie, du peuple et de l'individu, contre les abus du pouvoir » (p. 96). Il ajoute ensuite un autre critère, formel, celui-là : le caractère essentiellement écrit : « un texte catégorique (sic), solennel et précis » est « nécessaire » (p. 99). « Une constitution toute coutumière ne serait donc pas, au sens véritable du mot, une constitution » (p. 98). À ce stade, il n'ajoute pas encore la qualité de supériorité du texte constitutionnel et donc sa « rigidité », même si cette nouvelle propriété suivra bientôt.

L'originalité du professeur parisien se manifeste toutefois à travers une précision qu'il donne, en réfutant l'opposition, déjà répandue dans la doctrine française de son temps⁴⁵, entre constitutions écrites et constitutions non écrites ou coutumières (v. *infra*). En effet, relève-t-il de manière parfaitement juste, « nulle part, il n'existe de constitution, qui soit ou totalement écrite, ou totalement coutumière. Les constitutions dites coutumières ont des parties écrites ; les constitutions dites écrites ont des parties coutumières » (p. 98). Ainsi peut-il compter l'Angleterre elle-même parmi les pays dotés d'une constitution véritable. « Le droit coutumier et le droit écrit s'entremêlent » (p. 98). La doctrine ultérieure perdra parfois cette juste – encore que non entièrement claire chez notre auteur – observation.

Lapradelle traite plus loin du problème de la révision des constitutions et est obligé d'introduire la distinction entre les constitutions « flexibles » et les constitutions « rigides », pour reprendre les termes popularisés par James Bryce (qu'il ne cite pas⁴⁶). Il le fait en considérant qu'« une grande loi de concordance domine le sujet : l'autorité qui procède à l'établissement d'une constitution est seule qualifiée pour procéder à la révision de cette constitution » (p. 120), ce qui est inexact dans le cas

⁴⁴ Lapradelle reconnaît pourtant qu'existaient des « lois fondamentales » du royaume de France, auxquelles le prince ne pouvait déroger, mais, ajoute-t-il, il s'agissait de « garanties pour la souveraineté », non point pour le peuple ou l'individu (p. 97).

⁴⁵ Ainsi chez Esmein.

⁴⁶ Bien que la distinction pédagogiquement établie par l'Anglais dans sa conférence de 1884 était connue depuis plusieurs années (v. *supra*, notre article d'ouverture dans ce volume).

de constitutions octroyées par un monarque dès lors que le texte lui-même exige l'approbation parlementaire pour la révision (système qui prévalait dans plusieurs constitutions de monarchies allemandes au XIX^e siècle jusqu'en 1918 et a fini par s'imposer sous la monarchie de Juillet et dans l'Italie du Statut albertin)⁴⁷.

Gidel, quant à lui, est également obligé d'opérer des distinctions lorsqu'il aborde la notion de constitution, mais ses développements ne brillent pas par leur clarté d'exposition et l'on peut même dire qu'il commet de fâcheuses confusions.

Dans son cours de première année (1922), il commence par évoquer les « constitutions au sens large », à savoir « les lois qui règlent le fonctionnement et les rapports des pouvoirs publics » (on pourrait dire qu'il s'agit d'une définition matérielle, mais il n'emploie pas le terme à cet instant). Celles-ci peuvent prendre plusieurs aspects : les « lois constitutionnelles au sens propre », les « lois organiques (qui développent les lois constitutionnelles) » ou encore les « lois constitutionnelles coutumières »⁴⁸.

Puis il oppose les « constitutions écrites » aux « constitutions non écrites », étant tout de même précisé que la Constitution anglaise, « coutumière », est accompagnée de « quelques textes » (p. 18-19). Dans un chapitre ultérieur du même cours⁴⁹, il distingue cette fois les lois constitutionnelles « au sens formel » et « au sens matériel », ainsi que les constitutions rigides et les constitutions souples. On observera que les termes « formel » et « matériel » (qui auraient dû logiquement être évoqués dans le chapitre initial) ont été diffusés en France par Carré de Malberg, inspiré par la doctrine allemande⁵⁰.

On aurait pu s'attendre à une présentation plus aboutie dans les cours de doctorat que Gidel délivre à partir de 1924 mais il n'en est rien. En 1924, il va jusqu'à affirmer que « les constitutions sont écrites parce que rigides » (elles seraient une conséquence de l'idée de pacte social)⁵¹, ce qui est pour le moins curieux et, à vrai dire, faux.

En 1926-1927, dans le cours de doctorat justement consacré à la « théorie des constitutions écrites », Gidel commence par annoncer une distinction fondamentale entre les constitutions coutumières et les constitutions écrites. « L'expression "constitution écrite" a un sens bien déterminé en droit constitutionnel », affirme-t-il.

47 Cette contradiction semble échapper à Lapradelle qui évoque pourtant ce cas : « l'octroi serait vain, si le roi pouvait revenir sur les concessions faites. Il ne peut modifier la charte qu'à la condition de ne pas diminuer les libertés, politique ou civiles, qu'il a spontanément données. Comment s'en assurer ? En demandant l'assentiment du Parlement » (p. 120). Par quoi l'on voit qu'il introduit une nouvelle fois son critère matériel et, si l'on peut dire, finalisé (une constitution doit garantir les libertés).

48 *Cours 1^{re} année*, 1922-1923, p. 17.

49 Dans la troisième partie, consacrée à la « Constitution de 1875 », le chapitre 8 traitant de « la révision des lois constitutionnelles ».

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

51 *Les déclarations de droits, Cours de doctorat*, 1924-1925, p. 26.

Quand on parle de la théorie des constitutions écrites, on fait allusion, non seulement à l'opposition entre les constitutions écrites, incorporées dans un texte, et les constitutions coutumières, mais encore au but spécial que se sont proposés ceux qui ont entendu donner la forme écrite à leur constitution. Il est évident qu'une constitution écrite peut avoir certains avantages de précision et d'indiscutabilité, que ne possède pas une constitution coutumière. Mais lorsqu'on parle de la théorie des constitutions écrites, on fait allusion surtout au désir des gouvernants de certains pays de donner à leur constitution un caractère particulièrement efficace au point de vue juridique⁵².

Pour lui, les constitutions écrites sont des moyens de technique constitutionnelle destinés à limiter les pouvoirs des gouvernants (p. 2). Il passe alors en revue diverses théories relatives à la limitation de l'État (de Rousseau et Kant jusqu'à Carré de Malberg et Hauriou en passant par Jellinek et Seydel). Il en conclut : « pour avoir une limitation efficace, des sanctions sont nécessaires ». Elles sont plurielles, mais « les constitutions écrites sont le principal type de sanction préventive. Des règles de droit sont tracées, dans lesquelles devront nécessairement évoluer les gouvernants » (p. 14). Il distingue ici « les déclarations de droits et les constitutions proprement dites » (*ibid.*) ; les premières étant « d'un caractère beaucoup plus général : elles se bornent à donner des principes, en réservant au législateur constituant ou même au législateur ordinaire le soin de les mettre en œuvre ». Et il poursuit :

Les constitutions, au contraire, sont plus efficaces en ce qui concerne la limitation de pouvoirs des gouvernants. Ce sont en effet des textes qui peuvent être beaucoup plus détaillés que les déclarations ; les constitutions peuvent contenir, non seulement la proclamation d'un principe, mais aussi sa réglementation et une réglementation suffisamment complète pour que le législateur ne puisse pas se méprendre sur les limites qui sont fixées. Car c'est bien contre les législateurs que sont prises [dans la période contemporaine] les précautions principales⁵³.

Il applique la distinction commune pour les phénomènes juridiques : le critère matériel et le critère formel. « Le critère matériel s'attache à la substance, au fond de l'acte ; le critère formel s'attache à la forme, à l'autorité de laquelle elle émane » (p. 16). Elle est dit-il,

applicable aux lois constitutionnelles. Dans tous les pays, il y a des lois constitutionnelles matérielles, parce que dans tout État civilisé, il y a une organisation politique. La loi constitutionnelle au sens matériel est celle qui règle l'organisation politique d'un État déterminé. À l'inverse, il n'y a pas dans tous les pays de lois constitutionnelles formelles, en ce sens que dans certains pays, les lois seront dites constitutionnelles, lorsqu'elles seront faites suivant une procédure déterminée, mais il n'y aura pas dans tous les pays de procédure particulière pour l'élaboration des lois, réglant l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics. Quand on parle des lois constitutionnelles sans

⁵² *Cours de Doctorat*, 1926-1927, p. 3.

⁵³ *Ibid.*, p. 14-15.

spécifier, on entend exclusivement les lois qui, quel que soit leur objet, ont été élaborées suivant une procédure particulière⁵⁴.

On voit par là que Gidel mélange complètement la distinction matérielle/formelle et la distinction souple/rigide. « Constitution souple veut dire seulement absence de constitution formelle »⁵⁵, poursuit-il. Et de prendre l'exemple – non pertinent de l'Angleterre – pour dire que, sa constitution étant souple (*i. e.* pouvant « être modifiée à tout moment par le Parlement »), elle n'est pas formelle. Les cas – devenus rares, il est vrai, après 1918 – de constitutions formelles (*i. e.* consignée dans un document solennel) mais souples, lui échappent⁵⁶.

À l'opposé, dans un paragraphe annoncé sous le titre « la constitution rigide ou écrite », il avance :

une constitution écrite, c'est d'abord la codification des usages et des formes du gouvernement. Cette codification peut présenter par elle-même certains avantages, notamment celui d'empêcher l'incertitude sur le point de savoir où telle ou telle règle de droit existe, et sur la nature de cette règle de droit. Mais si l'on écrit une constitution, c'est surtout pour faire de la règle constitutionnelle une règle hiérarchiquement supérieure aux autres règles de droit du pays.⁵⁷

Autrement dit, en commençant par donner (à juste titre) le premier élément d'une définition formelle, il glisse vers un argument téléologique : on écrirait un texte constitutionnel pour que certaines règles juridiques soient supérieures aux lois (ordinaires) et autres règles subalternes. Ce qui est une réduction tout de même un peu considérable de l'histoire des monarchies européennes.

B. TYPOLOGIE ?

On vient de voir que Gidel établissait sa *summa divisio* sur l'opposition entre « constitutions non écrites » et « constitutions écrites » – ce qui est classique chez les auteurs de l'époque –, mais qu'elle correspondait chez lui à la dualité entre constitutions souples et rigides et qu'il considère que ces dernières seules comme des constitutions véritables. C'est donc au sein des constitutions rigides qu'il avance une (brève) typologie, distinguant :

- les « constitutions de type inférieur » qui « se bornent à tracer aux divers organes de gouvernement des règles ou des maximes politiques sans prendre aucune

⁵⁴ *Ibid.*, p. 15-16.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁶ Certes, il discute longuement (avec beaucoup de digressions hors du sujet proprement dit) des questions que posaient à cet égard les Chartes françaises de 1814 et 1830, pour conclure à l'abandon *in fine* de la distinction entre lois ordinaires et lois constitutionnelles (*ibid.*, p. 109-144), mais occulte tous les autres cas étrangers. Ce qui confirme combien Gidel n'était pas un véritable comparatiste.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 22-23.

mesure pour en assurer l'observation effective ». Tel serait le cas de la France de la Troisième République.

- les « constitutions de type supérieur », dans lesquelles « le pouvoir judiciaire vérifie la constitutionnalité des lois ordinaires, si bien qu'il ne peut être porté atteinte aux principes énoncés dans la constitution ». Tel est le cas aux États-Unis⁵⁸.

Le choix des épithètes est significatif de la préférence de Gidel, qui fait confiance au pouvoir juridictionnel pour assurer l'autorité des règles de la constitution rigide (v. *infra*).

Quant à l'équilibre relatif entre les dimensions formelle et matérielle, on peut noter que Chavegrin privilégie nettement le point de vue implicitement matériel (l'accent est nettement mis sur l'organisation des pouvoirs publics, le système de gouvernement ; il ne s'intéresse guère aux questions techniques posées par la révision des lois constitutionnelles formelles ni au contrôle juridictionnel des lois), tandis qu'il existe chez Gidel un relatif décrochage entre le point de vue formel et le point de vue matériel (il aborde séparément les deux). Lapradelle, de son côté, n'utilise pas la distinction formel / matériel, se borne à constater que dans les États fédérés américains, « les constitutions, extrêmement développées, renferment toute une série de textes qui, par leur nature, appartiennent à la législation générale » (p. 583), que ces constitutions sont « alourdies, dénaturées, sont devenus de grands codes » (p. 100).

§3. Le problème de l'articulation entre énoncés formels et pratique. Quelle normativité constitutionnelle ?

De nos trois auteurs, Chavegrin étant celui qui a le moins écrit directement sur la notion de constitution, il est un peu difficile de reconstituer sa pensée. On peut toutefois discerner sa conception au moins implicite, lorsqu'il aborde les questions liées aux systèmes de gouvernement. Ainsi, en commentant la nouvelle Constitution de Weimar, il essaye de construire un raisonnement, d'ailleurs (comme toujours chez lui) minutieux, très soigné et argumenté, permettant de trouver le sens systémique découlant de la combinaison des multiples articles de la Constitution. Il est, ce faisant, tout à fait dans la ligne générale des constitutionnalistes français ou non (d'hier comme d'aujourd'hui). Une approche systémique est certainement indispensable à cet égard. Mais elle comporte le risque de vouloir à tout prix discerner une vérité unique résultant d'un texte constitutionnel, auquel il prête une portée « performative » unique. C'est ce que manifeste sa phrase de conclusion énonçant « qu'aujourd'hui, la présidence [du Reich] *telle que la veut la Constitution*, n'existe

⁵⁸ Il reprend la même distinction dans son cours de doctorat de 1926-1927 (p. 161).

encore que sur le papier⁵⁹. » Il y a là certes la reconnaissance que les interprétations et la pratique peuvent modifier d'une manière ou d'une autre l'effectivité des compétences et le rôle global d'une institution constitutionnelle, mais surtout, simultanément, l'aveu qu'il existerait une nature objective de cette institution à travers ce texte. C'est une tendance assez naturelle des juristes que de procéder ainsi, du moins lorsqu'ils sont appelés à commenter un texte constitutionnel à ses débuts, mais peut mener à d'importants contresens, dès lors qu'un système de gouvernement relativement stable résulte d'une multitude de paramètres et n'est pas le simple résultat mécanique de normes formelles⁶⁰.

Lapradelle présente cet intérêt de faire l'effort – en dépit de sa propension à délivrer des pétitions de principe – de justifier ses conceptions et de les relier à des questions précises de droit positif (ce qui est plutôt rare chez les auteurs de la Troisième République). Il commence par s'interroger : l'ancienne France avait-elle une constitution ? Il y répond par la négative, considérant qu'elle

eut des règles politiques, un droit d'État, et, dès lors, des *lois fondamentales*. [...] Mais c'étaient des règles, qui ne renfermaient en elles aucune garantie ni pour la nation, ni pour l'individu. [...] La France est une "pure monarchie" : la souveraineté [...] n'appartient qu'au roi ; ses sujets n'ont aucun pouvoir ; il y a des lois, auxquelles le prince ne peut déroger [...] comme [...] la loi salique. [...] La théorie du droit divin, en fondant le droit du Roi, le limite. [...] Tempérament extra-juridique. La France a des lois fondamentales, elle n'a pas de constitution.⁶¹

Pareille réponse, un peu caricaturale, n'est possible qu'en l'estant la notion de constitution d'une charge idéologique déterminée, celle du constitutionnalisme libéral avancé.

Une constitution peut-elle être coutumière ?, poursuit-il. Sa réponse est frappée du sceau de l'ambiguïté :

Autant il est naturel que la coutume modifie, suivant les données de l'expérience, le fonctionnement des organes du gouvernement, autant il est nécessaire qu'un texte catégorique, solennel et précis, pose des limites à l'exercice du pouvoir, détermine les garanties du peuple (droit de représentation, par exemple), c'est-à-dire la liberté

59 « Communication de M. E. Chavegrin sur le Président de l'Empire allemand d'après la Constitution du 11 août 1919 », *Bulletin de la Société de Législation comparée*, t. LII, 1922-23, p. 67-82 (82). Les italiques sont de Chavegrin.

60 De la même manière, Chavegrin tombe dans le même travers (partagé avec la plupart de ses contemporains, en dehors de Mirkine-Guetzévitch et René Capitant) en prétendant que la Constitution d'Autriche de 1920 établissait un régime d'assemblée. Une vision essentialiste et *a priori* du système parlementaire de gouvernement ne lui permettait pas de concevoir un parlementarisme avec un chef de l'État très limité ou absent.

61 *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 96-97.

politique, et celles de l'individu [...], c'est-à-dire la liberté civile. Une constitution toute coutumière ne serait donc pas, au sens véritable du mot, une constitution⁶².

La première remarque, judicieusement réaliste, est obscurcie par la seconde affirmation, qui tient du postulat idéologique. Nous avons vu plus haut qu'il récusait en fait la pertinence de l'opposition radicale entre constitutions écrites et coutumières.

Nulle part, il n'existe de constitution qui soit ou totalement écrite, ou totalement coutumière. Dans toutes, la coutume agit sur la structure des organes de la souveraineté, dans aucune sur le système des libertés, politique ou civiles. [...] Le droit coutumier et le droit écrit s'entremêlent, l'un s'attachant à l'organisation, au fonctionnement des pouvoirs, l'autre maintenant intact, sous l'enveloppe protectrice des textes, le noyau des garanties essentielles⁶³.

Le distinguo est intéressant, mais Lapradelle l'illustre de manière contestable. Il considère ainsi que, « en Angleterre, la règle que les ministres choisis par le Roi dans le Parlement, doivent se retirer tous ensemble quand la Chambre des communes leur refuse sa confiance est de droit coutumier »⁶⁴. Il ne reprend donc pas la distinction, répandue par Dicey (dont l'ouvrage majeur avait déjà été traduit en français), entre coutume et convention de la constitution et adopte dès lors une notion extensive de droit coutumier, qui n'est pas sans inconvénient.

En examinant, plus loin, le cas de la Troisième République, Lapradelle affine de manière intéressante son propos. Estimant que la France a fait clairement le choix du régime parlementaire en 1875, il note :

Les lois constitutionnelles du 25 février et du 16 juillet 1875 lui donnent expressément toutes ses pièces essentielles : le président de la République est politiquement irresponsable (L 25.2., art. 6, § 2) ; il a le droit de dissolution (art. 5) ; les ministres [...] ont leur entrée dans les deux Chambres [...] ; enfin, ils sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du gouvernement [...]. Pour la première fois, le régime parlementaire, en son trait essentiel, la responsabilité des ministres, s'inscrit expressément dans la Constitution. *Mais il reste encore, sur plus d'un point, du jeu pour une évolution coutumière.*

C'est d'abord la coutume qui fixe le rôle du président de la République dans les délibérations ministérielles⁶⁵.

Il examine (rapidement) quelques points (présidence du conseil des ministres, création ou suppression d'un département ministériel, nomination et retraite des ministres) où jouent, dans l'ensemble, les coutumes favorables au cabinet des ministres et limitant donc le pouvoir de décision du chef de l'État, conformément à la logique du gouvernement parlementaire. Mais Lapradelle ne peut que rester dans l'incertitude. Ainsi, par exemple : « si la coutume défend au Président de demander

⁶² *Op. cit.*, p. 97-98. Nous soulignons.

⁶³ *Op. cit.*, p. 98.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 355. Nous soulignons.

spontanément leur démission aux ministres, la discipline de partis, plus faible en France qu'en Angleterre, lui laisse, dans leur nomination, un rôle inférieur à celui du roi des Belges, mais supérieur à celui du roi d'Angleterre »⁶⁶. En somme, on ne sait plus vraiment comment s'articulent le droit textuel et le « droit coutumier ».

Lapradelle prend, d'autre part, le temps de discuter le problème de la responsabilité politique du gouvernement devant le Sénat, très controversé dans la doctrine de l'époque⁶⁷, détaillant les déclarations diverses des acteurs, la pratique. Il conclut pourtant d'une façon curieuse. Il commence par affirmer : « les précédents s'accordent, ainsi, avec les textes et les principes pour donner au Sénat le droit de renverser les ministères ». Ce triptyque de facteurs pour déterminer le droit positif manifeste de façon judicieuse que notre professeur parisien ne se contente pas des facilités d'un raisonnement purement formaliste. Cependant, il ajoute : « une telle conclusion, pourtant, n'est pas permise. » Il examine ensuite tous les arguments propres à relativiser ceux qu'il avançait en sens contraire et, finalement, nier fermement qu'il faille admettre une responsabilité ministérielle devant le Sénat. Son argumentation paraît fragile : il croit pouvoir faire du président de la République l'arbitre de la situation⁶⁸, grâce à qui un cabinet en difficulté au Sénat pourrait faire arbitrer le conflit par le corps électoral. Une telle explication, insistant sur les résidus (formellement incontestables) de dualisme de la Constitution de 1875, était fort peu en harmonie avec les idées largement dominantes dans les élites parlementaires de l'époque, ne serait-ce que parce que le droit de dissolution était subordonné en droit à l'accord du Sénat, sans même parler de la convention entreprise par Grévy⁶⁹. Mais l'essentiel est peut-être moins la réponse finalement donnée par Lapradelle à une question ponctuelle que le fait qu'il admette la nécessité de compléter l'analyse de la lettre du texte constitutionnel par celle de précédents et de principes⁷⁰. Sous ce rapport, la fibre internationaliste de l'auteur pouvait être utile à son raisonnement en droit constitutionnel.

De son côté, Gidel n'est pas davantage clair dans l'exposition de l'articulation entre le texte et sa pratique, entre des énoncés textuels et leur mise en œuvre.

« La Constitution de 1875 a été modifiée par la pratique. La Constitution étant extrêmement courte et ne prévoyant absolument que l'indispensable, le texte même de la Constitution est devenu peu de chose à côté de l'application. Elle a été déformée d'une façon profonde par l'esprit démocratique dans les principes mêmes sur lesquels

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 357.

⁶⁷ On sait que Esmein le contestait, tandis que Duguit la reconnaissait.

⁶⁸ Lapradelle parle trois fois de la confiance présidentielle, qui resterait déterminante pour la situation du cabinet. Ce faisant, il s'inscrit dans la lignée d'Esmein sur ce point.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 358-361.

⁷⁰ Même s'il glisse néanmoins que « la lettre de la constitution [...] est la seule qui donne aux textes toute leur valeur » (p. 360), ce que dément pourtant sa propre démonstration.

elle reposait et cette déformation s'est produite grâce à son laconisme »⁷¹. Il réitère exactement la même idée dans son cours de doctorat : « du fait de l'extrême brièveté de la Constitution de 1875 », il en infère que « l'usage est devenu prépondérant dans le fonctionnement de notre constitution, il est évident qu'elle est appliquée d'une manière profondément différente de celle qui avait été prévue à l'origine par ses auteurs »⁷².

Gidel se situe donc dans le schéma de raisonnement classique de la plupart des juristes de son temps, en distinguant les normes et leur application. Il ne cherche pas à expliquer ce que suppose le « fonctionnement de la constitution », ce que cela pourrait recouvrir pour une intelligence globale de la notion.

En revanche, Gidel examine longuement la question de savoir si, dans la mesure où les lois constitutionnelles de 1875 sont très brèves, l'on peut considérer qu'existent des principes constitutionnels supérieurs (*i. e.* supra-législatifs) non écrits, susceptibles de servir de fondement à un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Il présente la thèse de Maurice Hauriou sur la superlégalité et légitimité constitutionnelles⁷³ et rappelle la source d'inspiration de celle-ci dans les écrits de François Gény citant Portalis quant au rôle du juge⁷⁴. Gidel critique cette thèse comme « très intéressante » mais « dangereuse » ; elle

semble, au premier abord, donner une place éminente à l'idée de constitution, elle semble faite pour rehausser la notion de constitution, mais elle finit par la détruire. En effet, plus n'est besoin de constitution écrite, s'il n'y a pas besoin de recourir à un texte positif pour aller chercher les principes que l'on qualifie de constitutionnels. Le danger est également grand, lorsqu'il s'agira de déterminer quel principe est constitutionnel et quel autre ne l'est pas. C'est le juge qui aura à procéder à ce triage ; le juge arrivera à être l'organe suprême dans l'État [...]⁷⁵.

Argument de politique constitutionnelle davantage que de théorie, donc. Se référant à la critique de la thèse d'Hauriou par Duguit, il critique en outre ce dernier qui, à défaut de superlégalité constitutionnelle non écrite, voulait reconnaître la valeur juridique positive à la Déclaration de 1789. Et Gidel de conclure, en « positiviste »

71 *Cours, 1922-1923*, p 81. Il l'illustre ainsi : « On se demande si le président de la République a des pouvoirs ou s'il n'en a pas. On constate que les présidents de la République sont gênés pour agir librement, qu'ils ne peuvent pas exercer une action sur la plupart des actes du gouvernement, qu'ils sont prisonniers de leur cabinet, et cependant, le président de la République a des pouvoirs considérables » (*ibid.*). Mais Gidel ne cherche pas à proposer une explication conceptuelle à ce problème.

72 *Cours de Doctorat, 1926-1927*, p 193.

73 Tout en relevant que c'est Edmond Thaller, professeur de droit commercial à la Faculté de droit de Paris, qui, le premier avait avancé cette idée lors du débat sur le rapport de Larnaude en 1902 (v. notre introduction dans ce volume).

74 « Nous reconnaissons dans les juges [l'autorisation de] statuer sur les choses qui ne sont pas déterminées par les lois » (extraits du discours préliminaire sur le projet de Code civil).

75 *Cours de Doctorat, 1926-1927*, p. 197.

classique (c'est-à-dire imparfait), qu'en droit positif, la constitution se limite aux lois constitutionnelles de 1875.

C'est, au fond, sans doute en raison de cette vision relativement limitée de la constitution, réduite à la loi constitutionnelle formelle, et de sa prudence quant aux approches conceptuelles en général, que Gidel consacre une bonne partie de son cours à la question de la sanction de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, à savoir principalement le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois en France et à l'étranger (il limite le thème de la justice constitutionnelle à la question des lois, bien que le droit positif ait pu l'amener à élargir un peu l'analyse)⁷⁶. Elle occupe le tiers de son cours de 1926 (p. 160-240) et sert de point d'aboutissement à tous ses développements. Tout en ne celant pas certains inconvénients d'un tel contrôle juridictionnel, Gidel y est dans l'ensemble favorable. Lapradelle se situe sur une position comparable, plus favorable encore au juge⁷⁷, tandis que Chavegrin semble avoir largement dédaigné le problème, qui n'a jamais été un thème de son cours (il s'agit peut-être d'une question de génération)⁷⁸. Relevons tout de même qu'il évoque le problème général du contrôle juridictionnel des lois dans l'analyse très institutionnelle qu'il fait de la pensée des Physiocrates : il estime

le juge des physiocrates, clairement invité [...] à ne point tenir compte des lois du Prince quand elles sont incompatibles avec celles de l'ordre supérieur, aurait ressemblé beaucoup au juge des États-Unis qui refuse l'application des lois inconstitutionnelles. [...] Le parallélisme est saisissant. N'allons pas toutefois jusqu'à dire qu'il y ait identité de part et d'autre. *Une Constitution, même rédigée en termes un peu larges, a une précision tout autre que les lois naturelles*, qui ne sont écrites nulle part et sur lesquelles peuvent se produire des interprétations fort diverses⁷⁹.

On notera enfin que les deux premiers, qui tirent directement cette position de leur insistance sur la distinction entre loi constitutionnelle et loi ordinaire⁸⁰, semblent avoir eu l'illusion qu'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois changerait véritablement la normativité effective de la constitution.

⁷⁶ Gidel traite toutefois aussi du contrôle politique de constitutionnalité en France (Sieyès et les sénats des Empires napoléoniens), pour en montrer les limites.

⁷⁷ V. notamment *Cours, op. cit.*, p. 487-493 et toute la troisième partie sur « les libertés publiques et leur garantie ». Il écrit encore : « Pas de libertés publiques sans une garantie judiciaire (sic) de la Constitution. [...] Aux États-Unis, [...] le pouvoir judiciaire a, pour ramener le législateur au respect de la Constitution, une base nettement plus ferme que dans les trop brèves déclarations de droits françaises. » (p. 583).

⁷⁸ Dans sa préface à la 4^e éd. du recueil *Les Constitutions modernes* (Sirey, 1928, p. xxvi), il note que la censure, par un juge, des lois « a une gravité évidente et entraîne des dangers difficiles à nier chez les nations dont les mœurs n'imposent pas la patience aux assemblées législatives ».

⁷⁹ *Art. précité* aux *Mélanges Carré de Malberg*, p. 69. Nous soulignons.

⁸⁰ Lapradelle, *Cours, op. cit.*, p. 487.

Cette courte enquête sur trois constitutionnalistes ayant enseigné sur une longue période est finalement assez instructive. Elle confirme à travers eux, nous semble-t-il, plusieurs caractéristiques assez communes régnant dans la doctrine de la Troisième République, du moins dans le gros de ses bataillons.

Non seulement nos trois auteurs n'ont eu aucune ambition conceptuelle et théorique poussée sur la notion de constitution. Ce qui peut être compréhensible pour des constitutionnalistes de circonstances (Lapradelle et Gidel), l'est moins pour Chavegrin. Ces trois professeurs n'ont pas apporté d'inflexions conceptuelles majeures sur la notion de constitution par rapport aux autres auteurs. Pour tendre à réduire la notion de constitution à la loi constitutionnelle formelle et rigide (en estimant que la rigidité est une propriété inhérente à une constitution formelle digne de ce nom), ils n'en faisaient pas moins preuve d'approximation quand il s'agissait de définir précisément les termes employés.

Et quoique différents, nos trois auteurs ont tous eu du mal à penser le système de gouvernement en lien avec les prescriptions du texte constitutionnel, à articuler la problématique de l'effectivité des textes, sauf à tomber dans le schéma dual opposant le texte à la pratique. La constitution est restée, chez eux, une notion incertaine, en ce que s'ils la considéraient essentiellement comme un texte normatif, ils demeurent flous sur ses implications fondamentales.

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 Divillec,
Élina Lemaire, Éric Maulin et Agnès Roblot-Troizier.

