

Adhémar Esmein et les théories du gouvernement parlementaire

Armel LE DIVELLEC

Professeur à l'Université du Maine

Le nécessaire mais encore embryonnaire travail sur l'histoire de la construction de la doctrine publiciste française contemporaine renvoie une image contrastée d'Adhémar Esmein. Dans son *Anthologie de la pensée juridique*, le Professeur Philippe Malaurie ne cache pas son admiration pour l'un des plus célèbres « maîtres » de la Faculté de droit de Paris : « *Il sait tout, il dit bien tout et sa méthode est lumineuse* »¹. Le propos, affectueux, vise un juriste-savant qui avait la capacité aujourd'hui perdue de parcourir de multiples champs du droit. Il contraste toutefois avec le jugement que, sur un thème plus étroit, celui du gouvernement parlementaire, René Capitant avait émis en 1933 : « *Des maîtres comme Esmein, Duguit, Hauriou s'abusent étrangement lorsque, décrivant nos institutions contemporaines, ils voient encore dans notre Président le chef du pouvoir exécutif et dans le ministère un organe de liaison et de collaboration entre le Président et le Parlement. Ils se laissent sans doute tromper par les formes désuètes et contradictoires que revêt encore le régime parlementaire, et dont il est à la fois si difficile et si nécessaire de faire abstraction pour apercevoir les véritables règles de son fonctionnement. Plus encore, ils se laissent séduire par une secrète tendresse pour cette théorie subtile, raffinée, harmonieuse dans ses symétries, du parlementarisme à son âge d'or, et l'on devine qu'ils préfèrent à la tristesse de savoir perdue une si rare et précieuse institution l'illusion de la croire encore vivante* »².

1. *Anthologie de la pensée juridique*, 2^e éd. Cujas, 2001, p. 227.

2. R. CAPITANT, « Régimes parlementaires », *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, rééd. in CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres* [désormais : EEG], éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 317. Le même rendit toutefois hommage aux *Éléments de droit constitutionnel*, même s'il parle de l'« œuvre d'un historien doctrinaire » (« L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », *Arch. Phil. Dr. Soc. Jur.*, 1937, n° 1-2, p. 81-93, rééd. in EEG, p. 259-269 [262]). La critique de Capitant s'inspirait des analyses de Carré de Malberg, qui avait développé en profondeur une réfutation de la conception dualiste du parlementarisme de la III^e République.

Plus récemment, le Professeur Gérard Conac, le premier, à notre connaissance, à avoir fourni une étude sur un aspect de la pensée constitutionnelle d'Esmein³, n'est guère plus indulgent, notant que sa distinction entre séparation stricte et souple des pouvoirs est « *une théorisation réductrice et quelque peu artificielle* ». Puisqu'il considérait que le principe de séparation des pouvoirs était lié à l'essence du constitutionnalisme libéral, « *il était important de démontrer qu'il subsistait dans le gouvernement anglais. (...) Il ne pouvait admettre que l'Angleterre, la mère des Parlements, ne soit pas restée fidèle à cette séparation des pouvoirs qu'elle avait été la première à expérimenter* ». Finalement, « *à vouloir fonder sa classification des régimes libéraux sur la séparation des pouvoirs, Esmein a été condamné à une impasse* »⁴.

Ces critiques envers l'un des maîtres fondateurs du droit constitutionnel moderne français paraissent dures mais elles me semblent justes. Si l'on doit toujours lire avec profit Esmein (sa façon de discuter de certaines questions est enrichissante, d'autant plus qu'il le fait dans un si riche manuel, ce qui éveille admiration et suscite quelque nostalgie), il n'est pas sûr que l'on puisse être convaincu par ses thèses⁵, en particulier sur le gouvernement parlementaire, cela alors même qu'une grande partie de la doctrine constitutionnelle d'aujourd'hui, notamment française, reste sur ce thème très largement captive de la manière de voir et d'expliquer de ce « *grand Ancien* ».

Je vais tenter de m'en expliquer, mais il faut toutefois apporter d'emblée un bémol et rappeler que le paysage historique dans lequel écrit Esmein est celui des deux décennies avant 1914, c'est-à-dire qu'il devait raisonner dans le contexte des constitutions des monarchies dualistes du XIX^e siècle qui s'étaient parlementarisées conventionnellement, ainsi que leur épigone, la III^e République, qui en était la transposition *mutatis mutandis*. Or, nous avons aujourd'hui une palette plus étendue pour penser le gouvernement parlementaire, notamment après cette période-clé qu'est l'entre-deux-guerres, qui voit se multiplier les constitutions libérales et démocratiques se donnant pour objectif d'organiser le parlementarisme selon des techniques et des formes juridiques pour partie différentes des premières expériences.

Il convient de souligner d'entrée qu'il existe une difficulté fondamentale à penser le système parlementaire de gouvernement en termes juridiques ou, plus exactement, à le penser en juriste, c'est-à-dire d'une façon spécifique par rapport au regard des historiens ou des politistes, qui sont sinon

3. « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », *Mélanges P. Gélard*, Montchrestien, 2000, p. 13-23.

4. *Art. précit.*, p. 19.

5. Dans le même sens, v. désormais : S. PINON, « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel. Le cas d'Adhémar Esmein », *RDP*, 2007, p. 193-229. On mentionnera l'étude de Alexis MICHEL, *Le gouvernement parlementaire dans la pensée d'Adhémar Esmein*, Mémoire de DEA, Paris II (Panthéon-Assas), 2002, mais dont l'objet et la perspective sont quelque peu différents.

indifférents aux formes, du moins ne sont pas *ex officio* portés à considérer celles-ci de manière particulièrement attentive.

Je me concentrerai ici sur la « *théorie* » du gouvernement parlementaire défendue par Esmein sans m'arrêter sur tous les aspects de ses développements, afin de proposer une évaluation de son apport à la doctrine constitutionnelle (essentiellement) française.

I – SOURCES ET MÉTHODE D'ESMEIN

C'est, bien sûr, essentiellement dans son traité, les *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, paru en 1896 et enrichi au fil des rééditions jusqu'à sa mort (1913) que sont exposées les thèses d'Esmein sur le gouvernement parlementaire. Toutefois certaines de ses idées sont esquissées dès 1894 dans son célèbre article intitulé « *Deux formes de gouvernement* », paru dans le premier numéro de la *Revue du droit public*, dont l'objet est quelque peu différent, mais qui le conduit à certaines positions théoriques relativement au gouvernement parlementaire⁶. Dans l'ensemble, il ne me semble pas qu'il ait changé de position au fil du temps et des rééditions successives de son manuel. Tout au plus ajoute-t-il des précisions à ses thèses sur le parlementarisme.

Pour évaluer l'éventuelle originalité de la façon dont Esmein analyse le gouvernement parlementaire, il conviendrait idéalement de commencer par faire le point de l'état de la doctrine constitutionnaliste française avant les premiers écrits du grand professeur parisien. On se contentera de relever qu'il n'existait pas alors de manuel ou d'essai très puissant traitant « *scientifiquement* » de ce thème. Le paysage des ouvrages académiques de droit constitutionnel était encore clairsemé. En dépit de la vigueur des controverses anciennes sur les relations entre l'exécutif et le parlement sous la Monarchie de Juillet, les analyses universitaires évoquaient peu ou de façon

6. « Deux formes de gouvernement », *RDP*, vol. I, 1894, p. 15-41. Il y expose en effet une distinction entre le « *gouvernement représentatif* » (qui inclut aussi bien le type parlementaire que le type américain de « *séparation tranchée des pouvoirs* ») et le « *gouvernement semi-représentatif* », qui en serait une altération. Par ailleurs, divers articles publiés parallèlement par Esmein se réfèrent également au gouvernement parlementaire, mais sans apporter d'éléments foncièrement différents : – « De la délégation du pouvoir législatif. À l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs" présenté par M. Crispi au Parlement italien », *Revue politique et parlementaire (RPP)*, août 1894, p. 306-313 – « Note de jurisprudence parlementaire : les additions aux ordres du jour motivés », *RPP*, 1901, t. 27, p. 502-510 – Note de lecture de : Mosei OSTROGORSKI, « La démocratie et l'organisation des partis politiques », *RPP*, 37, juillet-août 1903, p. 117-132 et p. 357-368 – « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Acad. des Sc. morales et pol.*, t. LXXII, 1909, p. 473 s. et t. LXXIV, 1910, p. 464 (paru également chez Picard, 1910, 86 p.).

imprécise cette problématique⁷. Au moment où paraît le traité d'Esmein, la littérature juridique⁸ n'est ainsi pas bien développée à cet égard, même si quelques ouvrages préparent le terrain⁹. L'ouvrage sommaire de Xénocrate Combothecra¹⁰ le caractérise (rapidement) déjà dans des termes comparables, sauf sur certains points comme on le verra.

Toutefois, notons que le *Précis de droit constitutionnel* de Félix Moreau, dont la première édition paraît en 1892¹¹, évoque déjà plusieurs éléments développés ensuite par Esmein (notamment, on y reviendra, l'idée de « *souplesse* » de la séparation des pouvoirs). Esmein ne le cite pas ; en revanche, il évoque parfois Duguit, dont les écrits en droit constitutionnel commencent à se multiplier à partir de 1889, mais pas de manière significative à propos de notre sujet. En 1896, Esmein est doctrinalement encore un peu seul. Le temps des controverses doctrinales sur la « *nature* » ou « *l'essence* » du gouvernement parlementaire viendra, notamment dans les années d'entre-deux-guerres.

Esmein synthétise, précise, polit une théorie (qu'on appellera plus tard « *dualiste* ») du gouvernement parlementaire, conforme à ce qui était majoritairement pensé à son époque (du moins dans les cercles académiques, et dans une partie seulement du monde politique), en cherchant à l'ancrer dans l'histoire constitutionnelle et intellectuelle de la France moderne. La place qu'il consacre à l'étude du gouvernement parlementaire dans son traité est importante. Dans la première partie, dédiée au droit constitution-

7. Ainsi notamment des deux ouvrages de Félix BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836 et *Théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Videcoq, 1851. Ou bien Charles Guillaume HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, t. 1 : *Droit public des Français* ; t. 2 : *De la division des pouvoirs*, Paris, 1848. De même pour le cours de Pellegrino Rossi, publié seulement en 1866 (*Œuvres complètes. Cours de droit constitutionnel*, 4 vol., Paris, Guillaumin, 2^e éd., 1877).

8. Assez nombreux sont cependant les ouvrages « académiques » traitant du parlementarisme, mais qui ne prétendaient pas développer une méthodologie ou un appareil conceptuel spécifiquement juridique. Ainsi notamment des travaux de l'une des figures de la jeune École libre des Sciences politiques de Paris, Eugène D'EICHTHAL, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, Paris, F. Alcan, 1895.

9. Le travail de Charles Lefebvre – qui suppléa, vers 1878-80, le Doyen Colmet-Daâge pour le cours de droit constitutionnel de doctorat à la Faculté de droit de Paris avant de se consacrer à l'histoire du droit –, *Études sur les lois constitutionnelles de 1875* (Maresq, 1882), développe son propos de façon assez « littéraire » et, limité à la France, expose moins systématiquement les principes qu'un manuel ; sur le fond, Esmein ne paraît guère éloigné de ses analyses. En revanche, le *Manuel de droit constitutionnel* d'Antoine DE SAINT GIRONS (Larose et Forcel, 1884) est véritablement construit et assez développé, mais ses partis pris ouvertement monarchiques affectent la rigueur scientifique de son propos. Par ailleurs, le manuel, assez descriptif, de Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE (professeur à la Faculté libre de droit d'Angers), *Éléments de droit constitutionnel français*, Paris, Librairie générale de jurisprudence, 1892, (p. 371 s.) décrit très succinctement le système parlementaire français et oppose sans beaucoup d'explications la « *théorie* » et les « *faits* ».

10. *Essai sur le régime parlementaire*, Paris, Larose et Forcel, 1889.

11. *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 1^{re} éd. Paris, Larose, 1892 (nous citons d'après la 2^e éd. 1894).

nel général (« *la liberté moderne, principes et institutions* »), un chapitre entier lui est dévolu, précédé d'un autre consacré à « *la responsabilité des ministres* », relevant tous deux des « *institutions et principes fournis par le droit de l'Angleterre* » ; il y revient dans un titre 2 à l'intérieur d'un chapitre consacré à la séparation des pouvoirs. Enfin, dans la seconde partie, concernant « *le droit constitutionnel de la République française* », quantité de questions relatives au parlementarisme sont, par la force des choses, abondamment évoquées.

Abordé au titre du droit constitutionnel général, le gouvernement parlementaire est présenté comme l'un des apports de l'expérience de l'Angleterre. Le chapitre V de la première partie (du Titre 1) débute par l'examen, en huit pages, des « *règles essentielles du gouvernement parlementaire* », avant de poursuivre sur la façon dont il s'est développé en Angleterre et en France. On pourrait s'étonner qu'Esmein procède ainsi, que l'historien semble passer derrière le théoricien : « *Voilà les règles et la logique du gouvernement de cabinet ; voyons maintenant comment il s'est développé en Angleterre* »¹². La méthode semble donc, ici, essentiellement déductive. Mais sur quoi bâtit-il sa théorie ? Il se livre, comme tant d'autres avant et après lui, à cette curieuse opération d'échafaudage de thèses d'abord découplées des milieux réels à partir desquels on pourrait, dans le meilleur des cas, esquisser une théorie. Évidemment, en réalité, Esmein a d'abord regardé l'histoire avant d'extrapoler et de théoriser. Il utilise pour cela d'importants matériaux historiques (les archives et documents parlementaires d'Angleterre ou de France, notamment des débuts de la Révolution, sans compter la presse¹³) ainsi qu'une conséquente littérature, non seulement française mais encore étrangère, avec une visible prédilection pour les Anglo-saxons (que leurs œuvres aient été traduites ou non : Locke, Blackstone, Bagehot, Todd, Dicey, Bryce, Burgess...) ¹⁴. On mesure, à la lecture du traité, l'ampleur du travail qu'il a mené ¹⁵. Mais peut-être son regard était-il déjà conditionné par d'autres considérations ou idées préconçues qui guidaient (ou faussaient) la première partie de son analyse. Quoi qu'il en soit, une telle démarche l'amenait à se placer dans une situation un peu fautive, comme on le verra. Elle illustre en tout cas cette façon assez française de faire du droit constitutionnel. Gérard Conac a souligné qu'Esmein se « *laisse aller au goût très français des belles ordonnances classiques* » ; on peut dire que, sur le gouvernement parlementaire,

12. *Éléments...*, 1896, p. 103 ; 6^e éd., 1914, p. 159.

13. Ainsi pour évoquer des régimes politiques étrangers lointains : les régimes sud-américains (ex. p. 310-311, notes).

14. On peut toutefois relever l'absence des auteurs allemands (Jellinek mis à part), alors qu'Esmein paraît avoir utilisé cette littérature en histoire du droit.

15. On notera toutefois qu'il lui arrive de commettre des erreurs, notamment celle, assez grossière, sur la diffusion du gouvernement parlementaire en Europe (Chap. I-5, p. 95) : en 1896, Esmein le voit déjà à l'œuvre au Danemark, en Suède et même en Autriche (alors que ces pays ne pratiqueront le gouvernement de cabinet que plus tard, respectivement à partir de 1901, 1907-1911 et de 1918).

le maître parisien restera jusqu'au bout inflexible sur la défense de sa « *cathédrale* » théorique.

Bénéficiant en quelque sorte d'une attention privilégiée dans son manuel (ce qui peut s'expliquer, outre l'anglomanie de l'auteur des *Éléments*, par le fait qu'en cette fin du XIX^e siècle, le gouvernement de cabinet est déjà la formule libérale la plus répandue en Europe et qu'il est, en particulier, celui adopté par la France contemporaine), le gouvernement parlementaire apparaît chez Esmein non seulement comme un type spécifique de système de gouvernement mais encore, implicitement, comme le plus achevé. Ce n'est au fond qu'en creux qu'émerge chez lui une sorte d'esquisse de typologie des systèmes de gouvernement, fondée, comme on sait, sur « *la séparation des pouvoirs* ». Le régime des États-Unis est défini essentiellement de façon négative, celui de la Suisse est peu évoqué, tandis que les systèmes non-parlementaires de l'Allemagne et de la Suède ne sont pas étudiés. En revanche, Esmein évoque à plusieurs reprises les « *déviations* » du système parlementaire, ouvrant par là la voie à la formule doctrinale – hasardeuse – du « *régime d'assemblée* ».

II – LES THÈSES PRINCIPALES D'ESMEIN SUR LE GOUVERNEMENT PARLEMENTAIRE

Esmein commence à énoncer que « *le gouvernement parlementaire n'est pas autre chose que la responsabilité ministérielle poussée jusqu'à ses dernières limites* »¹⁶. Son interprétation du gouvernement de cabinet est marquée au coin d'un certain classicisme.

A. Les thèses positives

1) Le gouvernement parlementaire ou gouvernement de cabinet, commence Esmein, « *suppose le gouvernement représentatif* » ; il « *suppose aussi la séparation juridique du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, qui sont conférés à des titulaires distincts et indépendants* »¹⁷.

Le Pouvoir exécutif est confié à un chef (monarque ou président de la République) « *au nom et par l'ordre duquel se font tous les actes qui constituent l'exercice de ce pouvoir* », les plus importants de ces actes étant décidés au préalable par des ministres.

16. *Éléments*, 1896, p. 95 (1914, p. 151). On donnera, en règle générale, la référence de la 1^{re} et de la 6^e édition (1914, qui a fait l'objet d'une réédition aux éditions Panthéon-Assas, en 2001, avec un avant-propos de D. Chagnollaude), la dernière (quoique revue par Joseph-Barthélemy) qui soit de la main d'Esmein.

17. *Éléments*, 1896, p. 96 ; 1914, p. 151.

Le choix des ministres, « *droit formel et apparent* » du Président, est « *singulièrement restreint par une série de règles et conditions auxquelles doit satisfaire le ministère et qui constituent l'essence même du gouvernement parlementaire* ». Elles se ramènent à trois règles principales :

– les ministres doivent être pris dans le parti de la majorité au Parlement (ou du moins de la Chambre populaire en cas de bicamérisme). C'est une conséquence nécessaire de ce qu'ils sont responsables devant le Parlement¹⁸. Ils « *sont, par suite, naturellement et ordinairement les chefs de la majorité dans les Chambres* » ;

– le cabinet doit être homogène ; il doit exister entre ses membres une unité de vues (« *Pour faciliter cette composition homogène, en fait, le chef de l'État ne choisit pas lui-même et directement tous les membres* » du cabinet ; c'est le Premier ministre, « *le chef naturel du ministère* » qui opère ce choix) ;

– les ministres sont politiquement et solidairement responsables de la politique du gouvernement devant les chambres. Cette responsabilité est « *proprement et purement politique* » ; elle a pour sanction unique la perte du pouvoir.

Esmein met donc en avant une dualité juridique fondamentale entre deux pouvoirs – entendons des organes¹⁹. Comment la concilie-t-il avec cette dépendance structurelle qu'instaure le principe de responsabilité politique de cette autre partie du « *pouvoir exécutif* », à savoir les ministres ?

Il s'interroge tout d'abord : quel rôle reste-t-il au chef de l'État dans le gouvernement de cabinet ? « *Un rôle très grand et très utile* », non pas « *ce rôle cérémonial et figuratif [qui paraît si important à Bagehot]* », mais « *une action réelle et très efficace. Le chef du pouvoir exécutif n'est pas une simple figuration ; il a voix au chapitre pour tous les actes du gouvernement* »²⁰. Et cela serait « *vrai surtout pour un président de la République, qui tire son origine de l'élection et qui préside (...) les principaux conseils des ministres. Dans tous les cas, c'est au nom du chef de l'État, quel qu'il soit, que se font tous les actes par lesquels s'exerce le pouvoir exécutif ; il*

18. Il est « *dans la logique du système* » que les ministres soient eux-mêmes membres des chambres, mais il peut y avoir des exceptions en pratique.

19. Certes, Esmein, conformément à des vues classiques chez les acteurs et théoriciens (anciens ou contemporains) définit les « pouvoirs » d'abord par ce qu'il estime être « leur » fonction (c'est-à-dire leur fonction principale : exécutive ou législative), mais il doit immédiatement les faire exercer par des « titulaires », c'est-à-dire des organes. Cette façon de procéder complique toutefois dangereusement l'explication, car elle sous-entend une spécialisation rigoureuse (qui n'est, en réalité, jamais établie en droit ou en fait) et prétend subsumer toutes les compétences d'un organe sous une seule fonction, ce qui est plus que douteux. D'ailleurs, Esmein ne reste pas cohérent, à cet égard, lorsqu'il précise d'autre part : « il est dans la logique du système que les ministres soient eux-mêmes membres du Parlement, *unissant ainsi les fonctions législatives à celles d'agents supérieurs du pouvoir exécutif* » (p. 96 – nous soulignons).

20. *Éléments...*, p. 100 (éd. 1896), p. 156 (éd. 1914).

faut donc sa signature sur chacun d'eux »²¹. Il peut, sinon refuser catégoriquement sa signature pour les actes, du moins discuter, persuader ses ministres, « *utilement ralentir ou détourner certains courants* ». Il « *apparaît donc d'une façon permanente comme un élément pondérateur et modérateur* », et cela encore davantage en cas de crise ministérielle²².

On voit ainsi qu'Esmein met en avant des arguments plus factuels que juridiques. Pour justifier ces affirmations, Esmein doit démontrer que « *le pouvoir exécutif* » est fondamentalement indépendant du Parlement. Pour cela, il met en avant deux arguments : le principe d'irresponsabilité du chef de l'État et l'existence du droit de dissolution.

Le premier est d'abord essentiellement implicite. Esmein l'évoque dans le chapitre sur la responsabilité des ministres²³, qui précède celui spécifiquement consacré au gouvernement parlementaire. Dans ce dernier, il ne s'étend pas dessus mais y revient doublement ensuite.

Dans un autre chapitre, spécialement consacré à la « *séparation des pouvoirs* », Esmein souligne l'importance d'un « *chef du pouvoir exécutif (Roi ou Président) inamovible* », qui, dans le cas d'une République, « *ne peut être révoqué* » par le Parlement, ce qui garantit en droit « *l'indépendance qu'exige le principe de séparation* »²⁴. À cette condition, « *les ministres, une fois nommés, tirent leur principale autorité devant les chambres de ce qu'ils parlent au nom du pouvoir exécutif* »²⁵. Plus loin, enfin, dans un paragraphe touchant au Président de la III^e République, il admet qu'existe une responsabilité de celui-ci, mais il affirme qu'elle est « *tout à fait exceptionnelle* » et qu'elle « *n'est pas politique mais pénale* »²⁶, et que la règle est l'irresponsabilité du chef de l'État républicain du fait de la reconnaissance du principe de la responsabilité des ministres ; or, précise-t-il, « *il y a une incompatibilité logique ; l'une des responsabilités exclut l'autre* »²⁷.

Esmein appuie ce premier argument sur un second, sur lequel il est plus net encore : le droit de dissolution revêt un rôle crucial dans sa théorie

21. *Éléments...*, p. 101 (éd. 1896), p. 156 (éd. 1914).

22. *Ibid.* Dans un rapprochement discutable, Esmein ajoute sur ce dernier point : « *Lorsque la situation n'est point toute réglée d'avance par l'état des partis en présence, il devient véritablement ce grand électeur, que jadis Sieyès voulait établir en France. C'est lui qui peut alors, par un choix perspicace, rétablir l'harmonie momentanément interrompue* » (p. 101).

23. *Éléments...*, pp. 81-93 (éd. 1896), pp. 138-150 (éd. 1914).

24. *Éléments...*, p. 311 (éd. 1896), pp. 483-484 (éd. 1914). Que ce Président soit élu par le Parlement, comme le prévoit la Constitution de 1875, lui apparaît secondaire (v. toutefois p. 497, éd. 1896).

25. *Éléments...*, p. 312 (éd. 1896), p. 485 (éd. 1914). M. Hauriou reprendra à sa façon cet argument : « *les ministres pris dans le Parlement passent, par le fait même de leur nomination, dans le camp du pouvoir exécutif* » (*Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929, p. 369).

26. *Éléments...*, p. 592 (éd. 1896), p. 784 (éd. 1914). V. cependant la nuance, *infra*, note 90.

27. *Éléments...*, p. 583 (éd. 1896), p. 783 (éd. 1914). Esmein invoque à l'appui de son affirmation la Constitution de 1848, le gouvernement de Thiers entre 1871 et 1873, et enfin l'autorité de Prévost-Paradol. Mais c'est une chose que d'admettre que les deux responsabilités peuvent s'entrechoquer, et une autre que d'affirmer qu'elles s'excluent radicalement.

du gouvernement parlementaire, argument appelé à une fortune considérable dans la doctrine française : « *pour maintenir l'indépendance constitutionnelle, l'irrévocabilité du chef exécutif, le gouvernement parlementaire admet, non le droit de veto, qui ne pourrait là servir à rien, (...) mais le droit de dissoudre la chambre des députés* »²⁸. Esmein conçoit ce droit, déjà évoqué parmi les règles essentielles de ce type de système de gouvernement, comme une prérogative essentiellement aux mains du chef de l'État : « *Le gouvernement parlementaire comporte aussi normalement pour le titulaire du pouvoir exécutif une prérogative spéciale..., qui lui permet de réagir contre une majorité de la Chambre populaire qui voudrait lui imposer un ministère et, par conséquent, une politique déterminée* ». Le droit de dissolution, concède-t-il, « *peut se concevoir sans le gouvernement parlementaire* », mais avec ce type de système, « *il est naturel, légitime et presque nécessaire* »²⁹. « *Il est simplement la garantie d'une suffisante séparation des pouvoirs. Sans lui, la Chambre des députés, alors même qu'elle n'est plus soutenue par l'opinion du pays, pourrait annihiler l'indépendance du pouvoir exécutif* »³⁰.

Ainsi, la dissolution servirait à la fois à garantir l'indépendance et l'immovibilité du chef de l'État, et l'autonomie des ministres vis-à-vis du Parlement.

2) On notera que tout en insistant sur cette indépendance des pouvoirs, Esmein ne va cependant pas jusqu'à affirmer qu'il s'agit d'un équilibre parfait ou d'une rigoureuse égalité des pouvoirs, comme le feront nombre d'auteurs après lui (notamment Duguit puis Redslob) : « *il est même inévitable que l'un des pouvoirs ait la prépondérance sur les autres, et celui-là est tout naturellement désigné : c'est le pouvoir législatif. Cela résulte de ce que, par les lois qu'il fait, il est le régulateur de tous les autres ; cela résulte aussi et surtout de ce que, dans tous les pays libres, c'est lui qui vote et fixe le budget, et que, par là, il tient dans ses mains la faculté redoutable d'arrêter l'action même de tous les pouvoirs et de toutes les fonctions* »³¹.

Pourtant, cette « *prépondérance* » n'affecte pas fondamentalement, aux yeux d'Esmein, le principe d'indépendance : « *Cela étant reconnu, le prin-*

28. *Éléments...*, p. 313 (éd. 1896), p. 485 (éd. 1914).

29. *Éléments...*, p. 102 (éd. 1896), p. 157 (éd. 1914). Et même, dans un autre passage : « *Dans le génie et l'équilibre du gouvernement parlementaire, le droit, pour une Chambre, de décider du sort des ministères, de les faire tomber ou de les maintenir par ses votes, a pour contre-partie nécessaire le droit, pour le pouvoir exécutif, de dissoudre cette assemblée avant l'expiration de ses pouvoirs (...). Ce droit de dissolution est essentiel dans cette forme de gouvernement, parce que, seul, il peut y maintenir au pouvoir exécutif une indépendance suffisante ; sans cela, on retombe dans la plus dangereuse confusion des pouvoirs* » (p. 829). Le droit de dissolution est l'argument principal qu'il avance à l'appui de sa contestation du droit pour le Sénat de la III^e République de renverser le cabinet.

30. *Éléments...*, p. 102 (éd. 1896), p. 158 (éd. 1914).

31. *Éléments...*, pp. 291-292 (éd. 1896), p. 464 (éd. 1914). En cela, il suit Prévost-Paradol (*La France nouvelle*, 1868, rééd. Paris-Genève, Ressources, 1979, p. 92-94) qu'il cite à l'appui.

cipe de la séparation des pouvoirs disparaît-il ou perd-il toute utilité ? En aucune façon. Il se réduit alors à ceci : que les pouvoirs reconnus distincts doivent avoir des titulaires, non seulement distincts, mais indépendants les uns des autres, en ce sens qu'un des pouvoirs ne peut pas révoquer à volonté le titulaire d'un autre pouvoir. C'est là, dans l'irrévocabilité réciproque, que gît le principe actif et bienfaisant. C'est par là que les divers pouvoirs peuvent véritablement, dans la limite de leurs attributions, se contrôler les uns les autres et s'opposer au besoin, sur le terrain légal, ces résistances pacifiques qui sauvegardent la liberté publique. (...) Même là où règne le gouvernement parlementaire, bien que, par le ministère, la direction du pouvoir exécutif dépende largement de la Chambre populaire, l'irrévocabilité du chef du pouvoir exécutif, monarque ou président, garantie par le droit de dissolution, fournit un point fixe, une force au moins de résistance en dehors du pouvoir législatif »³².

B. Corollaire : les réfutations d'Esmein

L'énonciation des « *principes* » sur lesquels Esmein fonde sa théorie du gouvernement parlementaire s'accompagne de vives réfutations destinées à parfaire celle-ci et à démontrer son rattachement à « *la séparation des pouvoirs* ». Il vise tout particulièrement les thèses provocantes que l'essayiste britannique Walter Bagehot avait développées dans *The English Constitution*³³ et qui commençaient à être connues notamment en France³⁴.

D'emblée, Esmein conteste l'idée de « *fonction élective* » défendue par l'Anglais, c'est-à-dire le fait que dans le gouvernement de cabinet d'outre-Manche, la Chambre des Communes élit, en réalité (quoique non en la forme), le Premier ministre³⁵. Certes, Esmein admet que le choix du chef de l'État est contraint, mais l'idée que l'on puisse parler d'une « *véritable élection* »³⁶, comme le formule Bagehot, le révolte : « *C'est là très certainement une erreur juridique, une exagération de langage. La Chambre n'élit*

32. *Éléments...*, pp. 292-293 (éd. 1896), pp. 464-466 (éd. 1914).

33. Préparé par des articles de journaux, l'étude paraît sous forme de livre en 1867 qui fut traduit en français (*La Constitution anglaise*) chez Germer Baillière en 1869.

34. Elles sont également évoquées ou discutées par d'autres auteurs avant Esmein : É. DE LAVELEYE, *Essai sur les formes de gouvernement dans les sociétés modernes*, Germer Baillière, 1872, p. 65 ; X. COMBOTHECRA, *op. cit.*, p. 65 ; C. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 95-106 ; A. DE SAINT-GIRONS, *op. cit.*, p. 438 ou encore E. D'EICHTHAL, *op. cit.*, p. 200.

35. Esmein cite également, dans son article de 1894 (« Deux formes... », *Art. précit.*, p. 33), un député belge au Congrès constituant de 1830, qui, non sans audace, affirmait déjà : « *La Chambre élective, ouvrant et fermant à volonté la bourse des contribuables, tient dans sa main la destinée du cabinet ; elle impose à la couronne ses exclusions et ses choix : elle élit donc en réalité, quoique indirectement le ministère tout entier* » (séance du 20 novembre 1830).

36. Une élection « *quoique non en forme* », précise-t-il scrupuleusement, mais sans en tirer la conséquence (cf. *infra* III).

*pas le cabinet qui, en droit, ne tient ses pouvoirs que du chef de l'État. Tout au plus a-t-elle à cet égard un droit de présentation indirecte et tacite ; ou plutôt, elle (...) les désigne par un mode qui n'a rien de juridique, (...) par voie de sélection naturelle »*³⁷. Il distingue le cas dans lequel la majorité est « certaine », ce qui implique que « le chef de l'État ne peut constituer un Cabinet viable qu'en appelant au ministère les chefs de la majorité », du cas dans lequel, « la majorité est incertaine ou n'a point d'hommes qui s'imposent à elle pour la diriger », et dans ce cas, le chef de l'État « reprend, dans une large mesure, le libre choix des ministres. M. Bagehot le reconnaît lui-même »³⁸.

De même en ce qui concerne la démission des ministres : « En leur refusant sa confiance, la majorité de la Chambre révoque indirectement les ministres » mais, précise Esmein, « ici encore, il ne s'agit pas d'une révocation juridique : c'est une simple indication donnée aux ministres d'un côté, et d'autre part au chef de l'État » ; ce qui ne l'empêche pas d'ajouter immédiatement : « Mais en fait, cette indication est un ordre »³⁹ et d'admettre, plus loin, finalement que « ce ministère, c'est la majorité des Chambres qui en dicte le choix »⁴⁰.

Par suite, il s'élève évidemment contre la formule – toujours de Bagehot – selon laquelle « le gouvernement parlementaire n'est pas autre chose que le pouvoir exécutif exercé par un Comité, que nomme la Chambre populaire et qu'elle peut révoquer à son gré »⁴¹. Il s'agit à ses yeux de « formules bien exagérées et qui tendent à devenir courantes ». Or, ajoute-t-il, « ce n'est pas là le droit ; ce n'est même le fait qu'en partie. Le chef du pouvoir exécutif a le droit formel de nommer ou révoquer les ministres ; en fait, lorsque les majorités sont ou incertaines ou mal disciplinées, sa sagesse et sa perspicacité déterminent, pour une large part, la formation du cabinet »⁴². De plus, « les ministres sont avant tout les agents nommés par le chef de l'État et ses représentants devant le Corps législatif. Il suit de là qu'ils ne sont point simplement (...) les commissaires du Corps législatif (...), chargés seulement d'exécuter ses volontés »⁴³.

Car admettre les thèses de Bagehot (du moins telles qu'il les comprend), ruinerait à la fois sa conception de la séparation des pouvoirs et implicitement de l'indépendance de l'Exécutif à l'égard du Parlement. À ses yeux, « le gouvernement parlementaire consommerait la confusion des deux pouvoirs, si les ministres (...) étaient élus en la forme par la Chambre des députés.

37. *Éléments...*, p. 97 (éd. 1896), pp. 153-154 (éd. 1914).

38. *Éléments...*, p. 98 (éd. 1896), p. 154 (éd. 1914).

39. *Éléments...*, p. 99 (éd. 1896), p. 155 (éd. 1914).

40. *Éléments...*, p. 312 (éd. 1896), pp. 487 (éd. 1914). Et encore : « Le gouvernement parlementaire, c'est au fond, sinon le choix des ministres, au moins l'existence du ministère mis à la discrétion de la représentation nationale » (p. 624 ; 1914, p. 816).

41. *Éléments...*, p. 312 (éd. 1896), pp. 484-485 (éd. 1914).

42. *Éléments...*, p. 312 (éd. 1896), pp. 484-485 (éd. 1914).

43. *Éléments...*, p. 100 (éd. 1896), p. 156 (éd. 1914).

Ils cesseraient alors d'être vraiment les agents du pouvoir exécutif »⁴⁴. Outre son étonnement devant le fait qu'« *un parlementaire aussi correct [sic !] que M. Bryce* »⁴⁵ ait repris l'essentiel des thèses de Bagehot, Esmein est littéralement consterné que l'Orléaniste Prévost-Paradol, pour qui il nourrit visiblement une certaine tendresse intellectuelle, ait pu faire un pas dans ce sens en proposant l'élection directe du chef du gouvernement par la chambre⁴⁶. « *Comment cet esprit distingué, ajoute Esmein, ne voyait-il pas que c'était justement là l'anéantissement du gouvernement parlementaire, la création d'un ministère analogue à ceux de la Convention ? La seule explication de ce passage, c'est qu'il est écrit en France en 1868* »⁴⁷.

Il apparaît, en somme, qu'Esmein entend fonder dogmatiquement le système de gouvernement parlementaire sur une variante spécifique « *du* » principe de séparation des pouvoirs, à savoir celle qui « *n'admet pas la séparation tranchée du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif* »⁴⁸, qui s'opposerait à la « *séparation absolue des pouvoirs* »⁴⁹ ou encore qui « *ne les confond pas cependant* »⁵⁰. Compris selon cette variante, le gouvernement parlementaire « *admet seulement entre eux une certaine pénétration réciproque* »⁵¹ ; « *atténue la séparation de deux pouvoirs, mais la maintient cependant* »⁵². On l'aura compris : il s'agirait d'une séparation « *souple* » des

44. *Éléments...*, p. 313 (éd. 1896), p. 487 (éd. 1914).

45. *Éléments...*, p. 312 (éd. 1896), p. 484 (éd. 1914). Voir J. BRYCE, *The American Commonwealth* (1888), trad. fr. *La République américaine*, 2^e éd., Giard & Brière, en particulier t. I, 1911, p. 406-434.

46. *Éléments...*, p. 313-314 (éd. 1896), pp. 487 (éd. 1914). « *Il y aurait lieu d'examiner, dit-il, s'il ne conviendrait pas de remettre directement à la chambre élective la désignation formelle du Président du Conseil qui, une fois élu, choisirait librement ses collègues, et qui serait investi par cette élection d'une bien plus haute autorité que par le passé, soit auprès d'un souverain constitutionnel, soit auprès du président de la République, soit enfin sur ses collègues eux-mêmes. Cette élection du Président du Conseil serait naturellement valable pour un temps indéterminé, c'est-à-dire jusqu'à la démission de ce chef de cabinet ou jusqu'à ce que la Chambre crût nécessaire, à défaut de cette démission, de procéder à une élection nouvelle. On pourrait décider, par exemple, que, sur la demande du tiers de ses membres, la chambre serait tenue soit d'élire un successeur au président du conseil, soit de le confirmer dans ses fonctions par un nouveau vote qui n'aurait alors pour effet que de retremper son autorité. Notre Président du Conseil deviendrait ainsi, dans toute la force du terme, un véritable leader de la Chambre ; mais sa situation aurait la netteté qui convient à l'esprit français et serait mieux déterminée qu'en Angleterre* » (*La France nouvelle*, p. 102).

47. *Éléments...*, p. 314 (éd. 1896), p. 488 (éd. 1914). Cette suggestion de Prévost-Paradol est également critiquée par Ch. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 95-96, ou encore SAINT-GIRONS, *Manuel*, *op. cit.*, p. 438-439. Elle est en revanche approuvée par COMBOTHECRA, *op. cit.*, 1889, p. 65.

48. *Éléments...*, p. 99 (même formule p. 121) (éd. 1896), p. 155 (éd. 1914).

49. *Éléments...*, p. 291 (éd. 1896), p. 464 (éd. 1914).

50. *Éléments...*, p. 99 (*idem* p. 314) (éd. 1896), p. 155 (*idem* p. 488) (éd. 1914).

51. *Éléments...*, pp. 99-100 (éd. 1896), p. 156 (éd. 1914).

52. *Éléments...*, p. 311 (éd. 1896), p. 483 (éd. 1914). Ailleurs, il affirme : « *Le gouvernement de cabinet paraît encore la combinaison la plus efficace pour avoir un gouvernement responsable et sans cesse contrôlé, sans réunir cependant tous les pouvoirs en une seule main (...)* » (*Éléments*, p. 143 (éd. 1896), nous soulignons). Cette formule contredit encore une fois Bagehot, inspiré par Henry GREY (v. les références dans notre ouvrage *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, LGDJ, 2004, p. 60).

pouvoirs, comme l'on dira plus tard, mais notons au passage qu'Esmein, contrairement à ce que l'on a pu écrire, n'emploie pas littéralement la formule de « *séparation souple* » des pouvoirs ; simplement, l'idée y est, incontestablement.

Repoussant véhémentement tout ce qui évoque à ses yeux l'idée de confusion, l'absence d'indépendance et finalement de relatif équilibre des organes, Esmein utilise un contre-modèle pour donner davantage de crédibilité à ses thèses sur le gouvernement parlementaire : il esquisse une autre « *forme de gouvernement* », alternative au (véritable) régime représentatif, celui qui « *confond les deux pouvoirs* »⁵³, et se « *propose ce but, en privant le pouvoir exécutif de toute indépendance, en le subordonnant expressément au pouvoir législatif* », aux fins de « *dégager le plus sûrement et faire exécuter le plus promptement possible la volonté nationale* »⁵⁴. Sans doute s'agit-il encore en apparence d'une variété de gouvernement représentatif, mais elle a les mêmes objectifs que le « *gouvernement direct* ». Elle se traduirait par les caractéristiques suivantes : la « *position dominante du pouvoir législatif* », incarné par une assemblée législative unique, permanente, qui peut révoquer à volonté ses agents d'exécution. Elle préfigure ou correspond en gros à ce que les acteurs politiques et la doctrine appelleront volontiers le « *gouvernement d'assemblée* »⁵⁵.

Ce type aurait trouvé, d'après Esmein, des illustrations dans diverses propositions constitutionnelles notamment en France. Il faudrait y rattacher le système proposé par le célèbre « *amendement Grévy* » d'octobre 1848⁵⁶. Esmein prétend qu'il fut repris en substance par le député radical Alfred Naquet devant l'Assemblée nationale le 28 janvier 1875, ce qui est plus que douteux puisque la proposition Naquet prévoyait que « *les ministres ne sont responsables de leurs actes que vis-à-vis du Président ; ils ne peuvent point faire partie de la Chambre* »⁵⁷. En revanche, la référence à la proposition du député radical René Goblet en 1894, que mentionne Esmein⁵⁸ paraît plus justifiée. De même évoque-t-il plusieurs passages – alambiqués – de Condorcet de 1793⁵⁹, qui tentait de combiner la subordination de principe des agents exécutifs à la « *puissance législative* » avec l'absence de « *dépendance servile* » de ces mêmes agents.

53. Qu'il appelle le « *gouvernement semi-représentatif* » en 1894 (*art. précit.*, p. 25) et « *direct ou semi-représentatif* » en 1896 (*Éléments*, p. 13).

54. *Éléments...*, p. 314 (éd. 1896), p. 488 (éd. 1914).

55. A. LE PILLOUER, « La notion de "régime d'assemblée" et les origines de la classification des régimes politiques », *RFDC*, 58, 2004, p. 305-333.

56. « *L'Assemblée délègue le pouvoir exécutif à un citoyen qui prend le titre de Président du Conseil des ministres. Le Président du Conseil des ministres est nommé par l'Assemblée nationale au scrutin secret à la majorité absolue des suffrages. Le Président du Conseil des ministres est élu pour un temps illimité. Il est toujours révocable* » (cf. la discussion dans le *Moniteur* des 6, 7 et 8 octobre 1848).

57. Pour Esmein, « *c'était combiner le système américain avec celui de la confusion de deux pouvoirs* » (p. 315, note 4, éd. 1896, p. 489 éd. 1914), ce qui est pour le moins hasardeux.

58. *Éléments...*, p. 315 (éd. 1896), p. 489 (éd. 1914).

59. *Éléments...*, pp. 316-317 (éd. 1896), p. 490-491 (éd. 1914).

Enfin, il aurait trouvé une réalisation historique concrète avec le système pratiqué en France de 1871 à 1873⁶⁰ : « *La responsabilité du Président absorbait la responsabilité ministérielle... Ce système de gouvernement, qu'on avait présenté en 1848 comme supprimant nécessairement tous les conflits entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, se montra fertile en conflits incessants. Dans toutes les questions graves et délicates, le président de la République intervenait en personne, montait à la tribune, et cherchait à faire triompher dans l'Assemblée sa politique personnelle : mais en même temps, il s'exposait à tomber devant un vote contraire de la majorité* »⁶¹.

Se tournant vers la III^e République, Esmein multiplie, au fil des rééditions, les références pour montrer que la tendance au « régime semi-représentatif » est à l'œuvre dans la pratique institutionnelle et les discours d'une partie de la classe politique, en particulier la tendance à considérer le gouvernement comme subordonné aux Chambres. Il évoque notamment la pratique controversée, au temps du cabinet Combes, de la concertation institutionnalisée entre le cabinet et sa majorité avec la « déléation des gauches »⁶², qu'il ne se prive pas de condamner : « *Il y a là, sans doute, affirme-t-il, une déviation hors du véritable gouvernement parlementaire* ».

Terminons cette présentation complémentaire. On ne saurait prétendre qu'Esmein s'enferme dans des analyses purement juridiques du parlementarisme. Il évoque souvent le rôle des partis politiques dans le gouvernement parlementaire. Dès la première édition, il note l'importance du système des partis, en particulier que « *les conditions les plus favorables pour son application régulière* » résultent, en Angleterre, du bipartisme. S'il constate que la situation est moins favorable en France, il considère que la formation d'une majorité et d'une opposition délimitées est la pente « naturelle » de tout système parlementaire. À ses yeux, « *la constitution de deux grands partis, l'un conservateur, l'autre progressiste, destinés à se succéder alternativement au pouvoir sous le gouvernement parlementaire, est un phénomène probable, presque inévitable, si des causes particulières ne l'empêchent pas de se dégager* »⁶³. Mais peut-être les implications qu'il en tire sont-elles un peu trop frustes. Dans sa discussion des thèses d'Ostrogorski⁶⁴, il est très en-deçà des analyses du politiste russe⁶⁵.

60. *Éléments...*, pp. 317 et 437 (éd. 1896), pp. 491 et 615 (éd. 1914).

61. *Éléments...*, p. 441 (éd. 1896), p. 614 (éd. 1914).

62. *Éléments...*, pp. 179-182 (4^e éd. 1906), pp. 256-258 (éd. 1914).

63. *Éléments...*, pp. 142-143 (éd. 1896), pp. 239-240 (éd. 1914).

64. Notamment dans sa longue note de lecture à la RPP, 1903.

65. Pierre Avril note à cet égard (Préface à la réédition de : M. OSTROGORSKI, *La démocratie et les partis politiques*, Fayard, 1993, p. 25-26) : « *L'analyse étonnamment moderne qu'en donna Ostrogorski échappa longtemps aux manuels de droit constitutionnel. Ce n'est pas que l'importance des partis fût ignorée par les contemporains ; simplement, ils ne mesuraient pas à quel point l'organisation extra-parlementaire transformait la nature même du régime établi au XIX^e siècle. Ainsi, un illustre professeur de droit comme Esmein, (...) s'étonnait de ses accents critiques en rappelant que l'on "tenait communément que la formation des partis et leur organisation aussi complète que possible était une condition naturelle, presque essentielle,*

C'est parce qu'il a conscience de l'intérêt pratique de l'existence d'une majorité à peu près disciplinée pour le gouvernement de cabinet qu'Esmein prend nettement position contre la représentation proportionnelle au niveau national⁶⁶. Par ailleurs, sa défense du régime représentatif l'amène à exprimer son hostilité au référendum⁶⁷.

C'est dire qu'à côté – ou en complément – de son ambition théorique, Esmein réfléchit sur les évolutions du parlementarisme de son temps. Il enrichit les éditions successives des *Éléments* par des ajouts tirés notamment de la vie constitutionnelle anglaise (ainsi par exemple sur la genèse du *Parliament Act* de 1911 dans la dernière édition, 1914, pp. 175-213). De même se penche-t-il davantage, au fil des rééditions, sur le thème – alors déjà omniprésent – de la « crise » du gouvernement parlementaire⁶⁸. Le juriste républicain défend toutefois le système, et même son application française, face aux critiques. Il n'hésite pas à dénoncer l'instabilité ministérielle, la désorganisation du travail législatif, l'attitude des partis qui ne font que lutter pour la conquête du ministère, d'où les « intrigues incessantes », des « coalitions anormales, l'incertitude et l'imprévu... »⁶⁹. Après avoir cité plusieurs propositions de révision, il conclut néanmoins en faveur du *statu quo* : « Malgré des éléments de trouble incontestables et de regrettables déviations », qui tiennent surtout au nombre trop élevé de partis et surtout à l'indiscipline de leurs élus, Esmein proclame sa « foi la plus profonde » dans le gouvernement parlementaire⁷⁰.

pour le bon fonctionnement du gouvernement parlementaire". Le préfacier ajoute : « Esmein ajoutait qu'on "attribuait, pour une bonne part, les difficultés que ce fonctionnement rencontre chez nous à l'émiettement des partis et, plus encore, à leur organisation rudimentaire". Il faut toutefois préciser que l'analyse reproduite plus haut ne figurait pas dans l'édition de 1903, laquelle s'en tenait à la perte d'indépendance des députés au profit des leaders, et que les règles de fonctionnement du nouveau parlementarisme n'ont été explicitement dégagées qu'à l'occasion de la refonte du livre pour l'édition de 1912 ». (*ibid.*, p. 26). »

66. 1914, notamment pp. 320-345 : « Si je repousse et combats la représentation proportionnelle dans les élections politiques, c'est parce que j'y vois un germe de divisions de plus en plus multiples et de faiblesse croissante dans les assemblées législatives et représentatives ; je n'y verrais point les mêmes inconvénients pour les élections aux assemblées locales et administratives. Là, en effet, il n'y a point de législation à élaborer ni de direction gouvernementale à donner » (p. 345).

67. Dès l'article de 1894 : « Le referendum n'est pas seulement un préservatif contre une législation arbitraire et mauvaise, c'est aussi un obstacle souvent invincible à une bonne législation. (...) Le referendum a un autre défaut : il diminue en fait le pouvoir délibérant des assemblées, j'entends par là leur aptitude à discuter utilement. Leur responsabilité décroissant avec la possibilité de referendum, et leur œuvre n'étant point assurée d'aboutir, la préparation et le vote des lois se font fatalement plus à la légère » (art. précit., pp. 40-41). Également : *Éléments...*, 6^e éd. 1914, pp. 401 et 431-437.

68. 3^e éd. 1903, pp. 158-160 et 833-843 ; 6^e éd. 1914, pp. 241-260 et 1046-1048.

69. *Éléments...*, pp. 833 (3^e éd. 1903), p. 1046 (éd. 1914).

70. *Éléments...*, p. 259 (éd. 1914).

III – APPRÉCIATION DE LA THÉORIE D'ESMEIN

En dépit du charme incontestable qui émane d'elles, l'appréciation des thèses d'Esmein sur le gouvernement parlementaire mérite d'être nuancée. En particulier, il nous paraît pour le moins difficile de les considérer comme convaincantes, même pour l'époque à laquelle il les énonça.

On peut adresser un grand nombre de critiques scientifiques à sa théorie. Il faut relever d'emblée que sa démarche encourt assez manifestement les reproches majeurs qu'un auteur comme Michel Troper a pu adresser à la doctrine, notamment française : sa double tendance à être prescriptive sous couvert d'énonciation de « principes », et à succomber à un « réalisme ontologique », consistant à considérer les catégories (ici : de régime constitutionnel) comme des êtres réels⁷¹. On pourrait ajouter qu'Esmein est victime d'un certain « idéalisme juridique », à savoir une surestimation des vertus du concept juridique pour résoudre des problèmes juridiques concrets⁷².

Il serait possible de montrer longuement combien la démarche du grand professeur parisien n'est, pour l'essentiel, guère tenable. On se concentrera sur certains aspects.

1) La logique interne de la théorie d'Esmein est d'abord sujette à caution, et ce, sur quantité de points.

Il revendique tout d'abord une certaine généralité des principes de droit constitutionnel qu'il énonce (ce qui, bien entendu, participe de son travail de constitution d'une véritable « science » du droit constitutionnel⁷³), généralité qu'il prolonge par une affirmation de la netteté des caractères du gouvernement de cabinet qui, « importé d'Angleterre, est au fond partout le même dans les divers pays où il a été introduit ; partout, il présente les caractères essentiels qui ont été relevés plus haut »⁷⁴. Et pourtant, lorsqu'il s'agit de préciser ces caractères, son propos se fait finalement plus fuyant. On peut, par exemple, relever le flou de ses positions relativement à la constitution d'un ministère (sans d'ailleurs qu'il juge bon d'opérer éventuellement des distinctions selon les pays, notamment selon le cas de l'Angleterre et celui de la France) : nombre de formules citées plus haut attestent

71. M. TROPER, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel » et « Les classifications en droit constitutionnel », repris in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, notamment p. 244 et p. 259.

72. Grief adressé – quoique pour des raisons différentes – par Olivier BEAUD à propos de Carré de Malberg, « La souveraineté dans la “Contribution à la théorie générale de l'État” de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p. 1251-1301 (1298). Ce point est relevé également par S. PINON, « Regard critique sur les leçons d'un “maître” du droit constitutionnel : le cas Adhémar Esmein », art. précit., p. 216.

73. V. G. SACRISTE, *Le droit de la République (1870-1914). Légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début de la III^e République*, Thèse Science politique, Paris I, 2002.

74. *Éléments...*, p. 142 (éd. 1896), p. 239 (éd. 1914).

qu'Esmein est conscient que les rapports de force au Parlement sont largement déterminants pour la désignation des membres du cabinet. Ainsi, lorsqu'il énonce qu'en conséquence de leur responsabilité politique à l'égard du Parlement, les ministres « *doivent être pris dans le parti qui réunit la majorité* », qu'ils sont « *ordinairement les chefs de la majorité* ». Et pourtant, sa défense dogmatique de l'utilité (voire de la « *nécessité* ») d'un droit de dissolution autonome aux mains du chef de l'État l'amène à affirmer que cette prérogative « *lui permet de réagir contre une majorité de la chambre populaire qui voudrait lui imposer un ministère et, par conséquent, une politique déterminée* »⁷⁵ (nous soulignons). Ainsi donc, Esmein qui par ailleurs, on l'a vu, récuse véhémentement l'idée bagehotienne de « *fonction élective* » du Parlement, présente tour à tour la nomination des ministres par le chef de l'État comme contrainte puis comme discrétionnaire⁷⁶.

Il n'est pas davantage clair à propos du droit de révocation des ministres par le président de la République⁷⁷ : « *Le droit formel de révoquer les ministres appartient également au président de la République. S'ils étaient considérés comme ses simples délégués, ce droit résulterait des principes généraux sur la délégation. S'ils sont de véritables fonctionnaires, le droit résulte de principes déjà exposés [supra, p. 523]. Mais avec le gouvernement parlementaire, si ce droit n'est pas, comme on l'a dit, "purement fictif, n'ayant jamais l'occasion de s'exercer"*⁷⁸, son exercice ne pourra être que très rare et supposera des circonstances exceptionnelles. Il ne pourra s'exercer, en effet, qu'avec le contreseing d'un ministre et avec l'appui d'un ministère pouvant trouver une majorité dans la Chambre des députés. Il faudrait supposer, par exemple, un ministre manquant gravement à ses obligations envers le chef du pouvoir exécutif, de telle manière que ses collègues même ne pourraient l'approuver, ou encore un ministère, à plusieurs reprises battu dans la Chambre des députés et s'obstinant à ne point démissionner »⁷⁹. Une telle façon d'exposer la question est un peu courte. Dans la logique d'Esmein, attaché à exalter l'autonomie du « *titulaire* » du pouvoir exécutif, une telle affirmation de principe immédiatement atténuée de fortes restrictions mériterait une explication plus dense. C'est qu'au-delà de l'affirmation de principe, on sent poindre un équilibre effectif nouveau, bref la reconnaissance implicite que le système parlementaire n'est déjà plus vraiment effectivement dualiste. Or, Esmein passe presque entièrement sous silence le nouvel équilibre issu de la crise du 16 mai 1877⁸⁰. Au lieu d'admettre ouvertement que ces questions, au moins pour un juriste, échappent dans

75. *Éléments...*, p. 101 (éd. 1896), p. 157 (éd. 1914).

76. De telles contradictions sont relevées par l'Allemand Hermann REHM (*Allgemeine Staatslehre*, Fribourg-Tübingue, Mohr, 1899, p. 346).

77. *Éléments...*, p. 599 (éd. 1896), p. 791 (éd. 1914).

78. Il s'agissait d'une formule de Eugène PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 1893, n° 92 (rééd. Loysel, 1989, p. 101).

79. *Éléments...*, pp. 599-600 (éd. 1896), p. 791 (éd. 1914).

80. Voir *infra*, note 100.

une large mesure à une détermination trop étroite, il ne justifie pas vraiment par ses arguments la ligne relativement droite qu'il annonçait ⁸¹.

Dans un registre analogue, la description qu'il fait des « *caractères généraux du pouvoir présidentiel* » sous la III^e République est très loin d'être claire : certes, il admet que dans la République parlementaire, système qui lui donne « *son caractère distinctif et décisif* » ⁸², « *le président de la République, quelque grands que soient les pouvoirs à lui conférés par la Constitution, ne peut rien par lui-même ; il ne peut les exercer qu'avec le concours et l'assentiment d'un ministère qui dépend largement des Chambres ; et la nature de sa propre élection, émanée du corps législatif réuni en Assemblée nationale, ne lui donne point la force morale nécessaire pour faire prédominer quand même, malgré les fictions et les conventions constitutionnelles, sa volonté personnelle* » ⁸³. Ces formules sont fortes et tranchent avec ce qui a été dit plus haut concernant l'affirmation par Esmein de l'indépendance du « *pouvoir exécutif* ». Le Président de la III^e République, poursuit-il, ne peut donc évidemment pas être comparé au Président américain et « *c'est donc plutôt à un monarque parlementaire qu'il convient de comparer notre Président, quant à l'exercice de ses pouvoirs* ». Mais, insiste Esmein, au contraire de la Reine d'Angleterre, qui conserve à l'évidence « *une grande influence morale* » malgré son « *effacement constitutionnel* » ⁸⁴, « *le président de la République française, au contraire, participe activement au gouvernement dont il est le chef* » ⁸⁵, notamment à travers la présidence du Conseil des ministres. Ses pouvoirs, et notamment ceux qui n'ont pas « *simplement pour but l'exécution des lois (...), [qui] sont, au contraire, discrétionnaires (...), font de lui un véritable représentant de la souveraineté nationale au sens propre du mot* » ⁸⁶. Là encore, l'affirmation est forte mais est bientôt tempérée, à propos du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires : « *Mais il ne faut pas oublier que cette prérogative, comme toutes les autres, s'exerce conformément aux règles du gouvernement parlementaire. Ce sont en réalité les ministres qui font les choix et les nominations que signe le Président* » ⁸⁷.

81. Sans doute, Esmein nuance-t-il parfois sa position « *doctrinaire* » par de très bonnes remarques, notamment lorsqu'il précise que le jeu du gouvernement parlementaire est « *complexe et délicat* », et « *échappe dans une large mesure à une réglementation légale. Il vit surtout d'usages, de traditions et de conventions communément acceptées* », et ce, tant en Angleterre que dans la France de la III^e République où « *par la force des choses, beaucoup de règles de ce régime manquent de détermination légale et de sanction directe* » ; « *le Parlement, pour faire respecter les règles du gouvernement parlementaire par les ministres et par le chef du pouvoir exécutif, ne dispose que de moyens de contrainte indirects* » [ainsi notamment du refus de voter le budget] (*Éléments...*, p. 103 (éd. 1896), pp. 158-159 (éd. 1914)). Mais il tente de conjuguer à l'excès cette fluidité des règles avec le respect des « *principes* » théoriques qu'il a énoncés en commençant son analyse.

82. *Éléments...*, p. 496 (éd. 1896), p. 664 (éd. 1914).

83. *Éléments...*, p. 497 (éd. 1896), p. 665 (éd. 1914).

84. *Éléments...*, p. 497 (éd. 1896), p. 665 (éd. 1914).

85. *Éléments...*, p. 498 (éd. 1896), p. 668 (éd. 1914).

86. *Éléments...*, pp. 500-501 (éd. 1896), p. 665 (éd. 1914).

87. *Éléments...*, p. 517 (éd. 1896), p. 689 (éd. 1914).

Autrement dit, à force de nuances, Esmein brosse un tableau bien peu lisible de la position constitutionnelle du Président de la III^e République. Et s'il en est ainsi, c'est sans doute en partie parce qu'il tente, le plus souvent (mais parfois non) de concilier les règles formelles – dont, en outre, en ce qui concerne les compétences, il sous-estime le caractère de règles d'habilitation – avec une évaluation substantielle de la position effective du chef de l'État français. Cette tension entre le formalisme et l'effectivité parcourt largement les pages des *Éléments* et brouille le propos d'ensemble.

Cela se confirme avec la question du droit de dissolution, qu'Esmein juge (au rebours d'une partie de la classe politique) compatible avec une doctrine républicaine. Mais il passe presque entièrement sous silence le fait que cette prérogative est, dans la France de son temps, pratiquement paralysée : il note seulement que la nécessité de l'avis conforme du Sénat a « rendu plus difficile, plus improbable, l'exercice de ce droit. (...) Le Sénat, devenu totalement électif et vraiment républicain, n'autoriserait une dissolution de la Chambre des députés que si l'opinion publique l'imposait véritablement »⁸⁸. On voit mal, dans ces conditions, comment le droit de dissolution pourrait garantir l'indépendance du chef de l'État affirmée hautement par ailleurs – et sans guère de nuance – par Esmein. D'ailleurs, à propos de la Constitution américaine, il se contredit en affirmant : « Le veto est la seule prise qu'ait le pouvoir exécutif sur le législatif. On ne pourrait songer à lui donner le droit de dissoudre la Chambre des députés ; ce serait une violation plus formelle du principe de séparation »⁸⁹. Ainsi, l'arme censée défendre l'autonomie constitutionnelle du chef de l'État, justifiée par ce même principe de séparation, représenterait simultanément sa violation !

Mais au total, sa thèse centrale selon laquelle le gouvernement parlementaire repose sur « la séparation des pouvoirs » entendue de façon substantielle, c'est-à-dire effective, comme impliquant « l'irrévocabilité mutuelle » des deux « pouvoirs » ne saurait tenir à la fin du XIX^e siècle, au moins dans le cas de la III^e République : non seulement le principe d'irresponsabilité du Président est douteux, mais encore l'argument de la dissolution comme élément-clé de l'irrévocabilité manque complètement dans les faits, ce qu'Esmein omet de dire.

C'est sans doute parce qu'il semble prendre peu à peu conscience d'une faiblesse de sa thèse qu'Esmein finit par préciser ce point : le principe de l'irresponsabilité du président de la République, dont l'exception tout à fait limitée serait de nature pénale et non politique, est proclamé⁹⁰ mais,

88. *Éléments...*, pp. 559-560 (éd. 1896), p. 749-750 (éd. 1914).

89. *Éléments...*, p. 305 (éd. 1896), p. 476 (éd. 1914).

90. Citant le passage de l'art. 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, il poursuit : « Il ressort de ce texte que la responsabilité du Président est tout à fait exceptionnelle, l'irresponsabilité étant la règle, et qu'elle n'est pas politique mais pénale ». Un peu plus loin, il précise toutefois : « En parlant de la haute-trahison qui rend le Président responsable, la loi constitutionnelle du 25 février me paraît avoir voulu quelque chose de plus. Elle a eu en

dans la dernière édition (1914), il évoque tout de même : « *Il faut reconnaître cependant que le gouvernement parlementaire fournit au pouvoir législatif un moyen extrême, révolutionnaire quoique pacifique, de forcer le titulaire du pouvoir exécutif à se retirer. Il suffit pour cela que les chambres soient parfaitement résolues à empêcher la formation de tout ministère. Le titulaire du pouvoir exécutif, ne pouvant gouverner sans un cabinet, ne peut plus gouverner du tout et force lui est d'abdiquer ou de démissionner* »⁹¹. Et il évoque l'exemple de Grévy en 1887 et le cas du Roi de Norvège en 1905. Il ne voit toutefois dans ces exemples rien qui l'oblige à réviser sa théorie : « *Quoi qu'on en dise, ce sont là des actes inconstitutionnels auxquels le jeu du gouvernement parlementaire donne une apparence de constitutionnalité. Mais ils se produisent au milieu de faits qui rendent de toute façon le résultat inévitable* »⁹².

2) Fragile dans sa logique interne, la théorie d'Esmein est en outre loin des faits de son temps, plus particulièrement en ce qui concerne la France. Elle tente implicitement de canoniser un certain équilibre historique – non seulement idéalisé mais surtout déjà en grande partie dépassé, notamment à l'ère du suffrage « *universel* » (masculin) – entre l'Exécutif (c'est-à-dire, aux yeux d'Esmein, essentiellement le chef de l'État) et le Parlement, équilibre pétrifié comme devant être le « véritable » gouvernement parlementaire. Cette conception, très essentialiste, préfigurait le débat ultérieur, notamment dans l'entre-deux-guerres, sur la « *véritable nature* » ou « *l'essence* » supposée du système parlementaire de gouvernement. Accroché à sa conception finalement monolithique, Esmein déplore la pratique déséquilibrée du parlementarisme à la française de son époque ; il ne se prive pas de le dire et, par suite, d'avancer nombre d'affirmations purement prescriptives à ce sujet⁹³ plutôt que de tenter d'éclairer son objet.

Sa vision est sourde aux autres conceptualisations possibles du gouvernement parlementaire, phénomène évolutif – par-delà la continuité de ses formes techniques – dont il ne parvient pas à conceptualiser vraiment la

vue une répression politique plutôt que légale » ; et il admet qu'il s'agit d'une « *déchéance* », c'est-à-dire une destitution (p. 594 ; 1914, p. 787).

91. *Éléments...*, p. 485 (éd. 1914).

92. *Éléments...*, p. 486 (éd. 1914). CARRÉ DE MALBERG (*Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1922, t. II, p. 103) conteste qu'il s'agisse d'un moyen « *révolutionnaire* » ; de façon plus réaliste, il considère qu'une telle faculté était dans la logique de l'ensemble des mécanismes et moyens d'action fournis aux chambres par la Constitution française.

93. Il indique ainsi : « *les idées que je combats s'attestent de temps à autres à la tribune...* » (5^e éd., 1906, p. 179) ou conclut son évocation de la pratique de la « *Délégation des gauches* » : « *Cela n'est certainement pas là une bonne condition pour le fonctionnement du gouvernement parlementaire* » (6^e éd., 1914, p. 256). « *Il ne faut point, affirme-t-il, qu'il y ait entre le ministère et l'union des groupes un véritable contrat qui puisse enchaîner la liberté d'action soit de chaque groupe, soit du ministère* » (5^e éd. 1909, p. 213 ; 6^e éd. 1914, p. 258). On voit par cette dernière citation que l'auteur des *Éléments* aime visiblement le monde de la fluidité, typique de l'Angleterre avant l'apparition des partis modernes, ou encore de la Monarchie de Juillet, et qu'il ne se résigne pas à prendre acte des comportements politiques de son temps.

dernière phase de développement. En l'occurrence, Esmein n'a pas su penser la distinction théorique entre (pour faire court) les variantes dualiste et moniste du gouvernement parlementaire⁹⁴. Or, quoique délicate à formuler finement, cette distinction est pourtant utile et éclairante : au moment où paraissent les *Éléments*, l'équilibre du gouvernement parlementaire est, en Grande-Bretagne comme en France⁹⁵, bien éloigné de ce que, en dépit de ses nuances, suggère pour l'essentiel le professeur parisien. Plus précisément, le rapport de forces institutionnel entre le chef de l'État et le cabinet est tel que la formule selon laquelle le premier gouvernerait à l'aide du second⁹⁶ n'est plus qu'une fiction⁹⁷, et ne recouvre plus une réalité sensible⁹⁸. Plus encore, la cécité d'Esmein sur cette distinction obscurcit certainement une bonne part de la compréhension du fonctionnement et des enjeux concrets des systèmes parlementaires à l'ère du suffrage universel. Sans doute, les exigences d'une « science du droit » qui se veut un tant soit peu rigoureuse conduisent le juriste à ne pas négliger les aspects

94. Précisons que cette distinction théorique, bien française (on peinerait à en trouver une formulation explicite comparable dans les doctrines allemande ou anglaise), est elle-même relative et qu'il ne s'agit pas ici de remplacer un dogmatisme par un autre. L'histoire précise de cette distinction reste à écrire. Contentons-nous d'indiquer à ce stade qu'elle est une manière utile de marquer deux grandes phases dans le droit et la pratique des systèmes parlementaires à travers l'histoire. Mais elle est délicate à formuler. L'un de ses précurseurs, Carré de Malberg, au terme d'une démarche complexe, opposait les systèmes reposant sur une « véritable dualité de puissances » (l'Exécutif et le Parlement), et ceux dans lesquels ce dualisme n'était plus qu'une vérité nominale. Aujourd'hui, la doctrine la plus répandue la définit plus simplement par la responsabilité politique du cabinet, double (devant le chef de l'État et le Parlement) dans le cas du dualisme, et simple (devant le seul parlement) dans le cas du monisme. Il n'est pas certain que ce soit exactement satisfaisant. On peut encore ajouter qu'il ne s'agit que de repères approximatifs, et qu'il serait certainement possible d'identifier des degrés au sein de chacune des deux variantes.

95. Pour s'en tenir à ces deux pays où la situation est alors relativement claire. D'autres États gouvernés selon les principes du parlementarisme (la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas) offraient à la même époque un tableau sensiblement moins net : la lecture classiquement dualiste y restait alors largement pertinente.

96. Comme l'énoncent Esmein (notamment p. 96 ; 1914, p. 152) et nombre d'auteurs avant et encore après lui.

97. Ce qui ne veut pas dire qu'une fiction ne puisse être fort utile. En l'occurrence, il n'a sans doute pas été dénué d'importance, historiquement, que le cabinet britannique soit demeuré le « *Gouvernement de Sa Majesté* » ; l'autorité du cabinet au Parlement, sur le long terme, s'en est certainement mieux portée. Mais pareil constat difficile à évaluer toutefois (*a contrario*, elle a moins joué dans d'autres monarchies parlementaires telles que la Belgique ou les Pays-Bas) ne signifie pas pour autant que l'analyse théorique du gouvernement parlementaire puisse demeurer tout entière construite autour de ce principe. Au surplus, il est très hasardeux de prétendre qu'elle était reproductible au cas des républiques, car l'*Auctoritas* d'un Président élu pour un temps limité ne peut jamais être tout à fait équivalente à la légitimité historique d'un monarque et d'une dynastie. Esmein le sent, comme on l'a vu, mais il ne se résigne pas à en tirer les conséquences théoriques.

98. Il est significatif qu'Esmein minimise sensiblement le rôle du Président du Conseil, institution il est vrai non mentionnée par les lois constitutionnelles de 1875, comme on sait. C'était pourtant le titre porté dès le premier ministère formé en mars 1876 (1^{er} cabinet Dufaure). Esmein admet qu'il est « *le chef naturel du ministère* » (p. 98) mais n'en parle plus tout au long de ses développements (l'index de la 6^e édition n'en mentionne que deux occurrences, dont une qui ne concerne pas la III^e République).

strictement juridiques de ces relations, mais une analyse exclusivement formelle ne saurait suffire, sauf à commenter une Constitution purement imaginaire (ce qui n'entre d'ailleurs pas dans le dessein d'Esmein). À ce compte, il est nécessaire, comme l'avait relevé René Capitant en 1933, de regarder en partie au-delà des formes du droit strict pour percevoir les normes et équilibres effectifs. C'est pourquoi un auteur comme Walter Bagehot est si important pour la réflexion sur le gouvernement parlementaire moderne, dans la mesure où le directeur de *The Economist* n'avait pas hésité à formuler – avec un brin de provocation, il est vrai – les nouveaux principes sur lesquels il était, nous semble-t-il, pertinent de fonder l'équilibre modifié des relations entre la Couronne, le cabinet et les chambres dans l'Angleterre des années 1860, équilibre que l'on pourra appeler plus tard « *moniste* » en ce qu'il représentait une nouvelle phase du parlementarisme.

Sans doute Esmein s'approche-t-il de la question lorsqu'il mentionne le débat sur le rôle du chef de l'État sous la Monarchie de Juillet et rappelle succinctement les positions classiques de Thiers (« *le roi règne et ne gouverne pas* ») et Guizot (le chef de l'État a le « *droit d'être une partie active et réelle du gouvernement* ») sur le sujet⁹⁹. Mais il n'en tire aucune conséquence pour son approche théorique, se bornant à dire : « *On peut trouver cette seconde conception [celle, dualiste, de Guizot] moins simple que la première ; on peut soutenir que c'est une complication nouvelle dans un système déjà bien complexe : mais on ne saurait prétendre qu'elle est inconciliable avec le gouvernement parlementaire, dont elle respecte tous les principes essentiels* ». Il est significatif qu'Esmein taise presque complètement la crise du 16 mai 1877¹⁰⁰, pourtant si fondamentale pour l'équilibre du parlementarisme de la III^e République. Ce silence est même grandement surprenant pour un théoricien qui ne répugne en aucune manière à appuyer et illustrer son propos sur la pratique institutionnelle et politique. On peut se demander si cette crise n'embarrasse pas notre auteur, car elle place dans une situation délicate l'universitaire sincèrement républicain qui, pourtant, défend idéologiquement ce qui est moins une théorie scientifique qu'une thèse de « *politique constitutionnelle* », celle d'une conception équilibrée des rapports entre l'Exécutif et les chambres, pour laquelle l'autorité du cabinet ne peut venir que du soutien du chef de l'État. Il apparaît finalement que cette omission de toute distinction (même approximative) entre dualisme et monisme éclaire nombre de points sur lesquels les thèses d'Esmein sont peu convaincantes.

99. *Éléments...*, pp. 128-130 (éd. 1896), pp. 227-228 (éd. 1914).

100. Il ne l'évoque qu'à de très rares reprises. Ainsi, dans une brève note de bas de page destinée à préciser que la révocation du cabinet de Jules Simon avait été « *annoncée sous une forme quelque peu dissimulée* » (démission spontanément offerte par les ministres suite à la lettre du Président le 16 mai), mais que dans son message ultérieur aux chambres, Mac Mahon avait dit sans fard : « *j'ai dû me séparer du ministère...* » (p. 599, note 5 ; 1914, p. 791). Ou sous la forme d'une allusion secondaire, à propos de la dissolution (p. 559 ; 1914, p. 749).

Il existe en effet un profond malentendu – pour ne pas dire un contresens – dans la réfutation, par Esmein, des thèses monistes de Bagehot, et, en même temps, on peut admettre que le grand universitaire français mérite des circonstances atténuantes.

Malentendu sur les idées de « *fonction élective* », de « *révocation* », de « *fusion des pouvoirs* » et de « *cabinet, comité du Parlement* » avancées par l'essayiste britannique, car Esmein est heurté par la brutalité apparente de ses formules – le publiciste d'outre-Manche ne prétendait pas être un juriste et, à ce titre, pouvait prendre quelque liberté avec les formules d'une science du droit. Or, sur le premier point, Bagehot sait bien qu'en droit strict, c'est la Couronne qui nomme les ministres, et il admet tout à fait que la Chambre des Communes « *ne les choisit pas directement, il est vrai* »¹⁰¹. Ce qui ne l'empêchait pas de parler tout de même de « *fonction élective* » parce qu'il discernait au-delà des formes classiques, l'apparition d'une nouvelle fonction constitutionnelle des *Communes*¹⁰², qui découlait de la logique institutionnelle du parlementarisme. Cela est pourtant encore trop dire, aux yeux d'Esmein qui, mettant en avant le maintien des formes classiques (la nomination par décret présidentiel), ne peut se résoudre à entériner comme « *juridique* » le conditionnement croissant de la prérogative de désignation. L'argument du professeur parisien selon lequel, en cas d'incertitude de la situation des majorités parlementaires, le chef de l'État retrouve une certaine autonomie concrète dans la désignation des ministres (argument que ne réfute d'ailleurs pas Bagehot) lui paraît suffisant pour repousser le principe défendu par l'Anglais. Bref, chez Esmein, l'exception occulte entièrement la règle de principe. S'il en est ainsi, c'est (outre les préjugés) qu'il ne semble pas prendre conscience qu'il s'agit, en réalité, d'une norme d'habilitation, une faculté que le Parlement, pour des raisons diverses, peut ne pas être à même d'exercer dans telle ou telle conjoncture. Du point de vue des principes constitutionnels pourtant, l'essentiel est que, lorsqu'existe une majorité parlementaire organisée et déterminée à gouverner, elle ait la faculté d'imposer la nomination de ses chefs au gouvernement. Les cas-limites, lorsque cette majorité est dans l'incapacité de dégager une volonté positive, peuvent s'analyser en une renonciation par les chambres à exercer la « *fonction élective* »¹⁰³.

101. « *Son choix est presque tout-puissant, bien qu'il soit indirect* » poursuit-il (*La Constitution anglaise*, trad. fr., 1869, p. 15 – nous soulignons).

102. Qu'il range parmi le « *travail invisible* » du Parlement (« *The unseen Work of Parliament* », *The Economist*, 9 février 1861, rééd. in *The collected Works of Walter Bagehot*, éd. Norman St John Stevas, Londres, The Economist, 1974, t. 6, p. 46). Il semble que ce soit la première occurrence de l'idée de fonction élective chez Bagehot.

103. La doctrine allemande de la fin du XIX^e siècle (inspirée par Friedrich-Julius Stahl et Robert von Mohl) a, dans l'ensemble, beaucoup insisté sur le fait que la logique institutionnelle du parlementarisme aboutissait à vider *de facto* de son contenu la prérogative royale de nomination du gouvernement et, par suite, à donner raison à la lecture de Bagehot. Du fait de leur hostilité (le plus souvent) à l'égard d'un tel système, les Allemands mettaient ainsi le doigt sur un problème-clé du débat sans le « *voiler* » derrière une vision quasi mystique de la séparation des pouvoirs.

Ce malentendu est conforté par une question de principe : admettre la formule bagehotienne de l'« *élection* » (et l'on peut dire de même pour la formule du « *comité du Parlement* », qui lui est connexe) représenterait, pour Esmein, la fin du principe de « *séparation des pouvoirs* » et conduirait inmanquablement à un système analogue à celui de la Convention¹⁰⁴. C'est donc un préjugé dogmatique qui empêche Esmein de voir combien il n'y avait, en réalité, pas contradiction. Il opère en effet implicitement une liaison causale, pourtant scientifiquement contestable pour ne pas dire intenable, entre une procédure (ou son équivalent) et un résultat politique : l'élection signifierait *automatiquement* subordination, ce qui, en soi, est logiquement et pratiquement faux¹⁰⁵. La subordination d'un organe, en particulier un organe d'action comme le gouvernement ne se décrète pas par le droit ; elle résulte d'une conjonction de facteurs au sein desquels les éléments politiques sont déterminants¹⁰⁶. Esmein transpose sans précaution le schéma de pensée abstrait inspiré de grands penseurs politiques et particulièrement cultivé en France depuis la Révolution, qui tend à prendre des concepts (une assemblée législative, des agents d'un « *pouvoir exécutif* ») pour des êtres réels. En outre, la thèse de Bagehot (reprise par Bryce et bien d'autres auteurs anglais) n'avait nullement pour but de justifier une lecture (ou une pratique) « *conventionnelle* » du parlementarisme. Au contraire, le gouvernement y demeure entièrement pensé comme un pouvoir moteur et de direction du Parlement (le droit de dissolution, purement ministériel, jouant à leurs yeux un rôle important, d'ailleurs peut-être même surévalué). De façon intéressante, l'idée de fonction élective était défendue même par Prévost-Paradol, pourtant défenseur, à côté de la dissolution ministérielle, d'une possibilité de dissolution royale (qui avait tant surpris Bagehot)¹⁰⁷. Plus pragmatiques qu'Esmein, ces auteurs

104. *Éléments...*, p. 314 (éd. 1896), p. 488 (éd. 1914).

105. D'ailleurs, comme on l'a vu, Esmein n'applique pas ce « *théorème* » au Président de la III^e République, qui est pourtant élu par les deux assemblées réunies. (Il est vrai qu'il bénéficierait de l'irresponsabilité de principe et disposerait du droit de dissolution pour défendre son autonomie. Mais on a vu la fragilité de ces arguments, spécialement dans le cas de la III^e République.)

106. Ce que confirmeront d'ailleurs quantité de constitutions écrites au XX^e siècle, celles plus ou moins « *rationalisées* » et strictement monistes de l'après 1918, aux fortunes diverses. On nous pardonnera de renvoyer, sur ces questions, à nos études : *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, LGDJ, 2004, et « Le cabinet, portion dirigeante du Parlement », *Jus Politicum* (revue électronique), n^o 1, 2008.

107. Elle avait également été défendue par Félix BERRIAT-SAINT-PRIX en 1851, dans sa *Théorie du droit constitutionnel français* (Paris, Videcoq, 1851, p. 448-452 (§ 934-941) : « J'avoue qu'il m'eût paru plus politique et plus rationnel à la fois de ne point créer de président de la République : (...). Le chef du pouvoir exécutif s'appellerait, à plus juste titre, président du Conseil des ministres ou Premier ministre. Chargé de former un cabinet et d'imprimer à l'ensemble des affaires une direction générale uniforme, selon les vues du corps législatif, il devrait être nommé par l'Assemblée : non pas pour plusieurs années, mais pour un temps indéfini, la majorité conservant la faculté de le révoquer aussitôt qu'il y aurait entre elle et lui un désaccord sérieux. On aurait ainsi un gouvernement parlementaire, dans toute la force de l'expression. Cette idée semble paradoxale au premier coup d'œil ; elle ne constitue pourtant pas une organisation réellement neuve : c'est la reproduction pure et simple

cherchaient à proposer des logiques de fonctionnement du gouvernement parlementaire sans se préoccuper d'échafauder une théorie de « *séparation des pouvoirs* » en amont de l'observation du fonctionnement des régimes politiques et découlée d'eux¹⁰⁸.

Le « *dogmatisme* » d'Esmein¹⁰⁹ avait d'ailleurs une fonction de politique constitutionnelle qui n'était pas loin d'être nettement affichée. Une clé d'explication de sa construction théorique du gouvernement parlementaire peut être trouvée par le rappel des conceptions qui dominaient la classe politique républicaine française à la fin du XIX^e siècle. En effet, dans le sillage de la pensée révolutionnaire dominante depuis 1789, perpétuée au fil des décennies et renforcée en réaction aux expériences autoritaires (notamment du Consulat et des deux Empires), l'idéologie constitutionnelle républicaine s'évertuait, dans son aile la plus avancée, à défendre une perspective hiérarchisante de la distribution des pouvoirs, qui aboutissait spécialement à ériger en acte de foi la subordination du gouvernement au parlement, le premier étant réduit à un pouvoir essentiellement d'exécution des volontés du premier. Les stratégies d'union et de compromis nécessaires pour la mise en place de la III^e République avaient d'abord laissé dans un certain flou la doctrine constitutionnelle des Républicains. Après le départ de Mac-Mahon en 1879, les dissensions devaient (ré)apparaître. Harcelés par l'extrême-gauche (Clémenceau, Barodet...) ¹¹⁰, les « *Républicains de gouvernement* » ont toutes les peines à justifier une conception et une pratique de gouvernement permettant l'action d'un cabinet solide et se démarquant de la conception « *conventionnelle* », cela, sans défendre pour autant la conception dualiste effective des Orleanistes, du moins dans sa

de ce qui était, moins la personne irresponsable au nom de laquelle agissait le conseil des ministres. En effet, dans les pays où la royauté fonctionne régulièrement, comme en Angleterre, toutes les fois que la majorité du parlement se tourne contre le Premier ministre, celui-ci donne sa démission et cède la place à un membre de la majorité, qui forme un nouveau ministère. Pourquoi ce qui paraissait tout simple, quand il y avait derrière les ministres une personne considérée comme ne gouvernant pas, paraîtrait-il impraticable quand cette personne est supprimée ? Je n'en aperçois aucun motif solide ». C'était admettre que le gouvernement parlementaire à l'anglaise devait être possible en république et sans les formes classiques du dualisme.

108. On pourrait montrer également en quoi Esmein se méprend sur le sens de la « *fusion* », qu'il assimile à la « *confusion* » (p. 313 ; 1914, p. 487). Or, dit Bagehot, « *Le système anglais ne consiste donc point dans l'absorption du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, il consiste en leur fusion* » (*La Constitution anglaise*, p. 20) [en partie grâce au droit de dissolution, selon lui]. En réalité, ces débats sont en partie confus parce que tous les auteurs ne se situent pas simultanément sur le même plan : la thèse de « *l'unité de pouvoir* » est en réalité une thèse de l'unité des pouvoirs (il subsiste une distinction formelle entre l'exécutif et les chambres, mais elle n'a pas la même qualité que ce qui prévaut dans les régimes non-parlementaires).

109. Ne laisse-t-il pas lui-même échapper : « *Le gouvernement semi-représentatif ne compte point parmi ses dogmes la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif* » (« Deux formes... », *art. précit.*, p. 30).

110. En particulier pour combattre le *leadership* de Gambetta. Ferry en sera bientôt également la victime (v. O. RUDELLE, *La République absolue*, Presses de la Sorbonne, 1982).

version « *brutale* » pratiquée à l'occasion de la crise du 16 mai 1877. Sous ce rapport, il apparaît qu'Esmein, dont on sait la proximité idéologique avec la classe dirigeante, cherche à fournir une « *théorie* » venant appuyer la conception de ces Républicains de gouvernement contre l'aile radicale.

Dans un tel contexte, il n'était pas étonnant que le professeur parisien répugne aux thèses « *monistes* » d'un Bagehot. Celles-ci furent en effet instrumentalisées par l'aile républicaine radicale et mises au service de leur conception conventionnelle, comme en témoigne le contresens de Louis Blanc sur la « *fonction élective* »¹¹¹. Valider la thèse bagehotienne au plan scientifique aurait pu paraître contribuer à légitimer les discours sur le « *gouvernement d'assemblée* ».

Autrement dit, ce qui aurait pu être la théorie moniste est emporté chez Esmein, dans le flot de la critique envers le « *gouvernement semi-représentatif* » (qui ne serait qu'un succédané du « *gouvernement direct* »¹¹²), formule par laquelle il condamne la « *déviance* » du parlementarisme de la III^e République vers le gouvernement conventionnel. Mais son analyse pêche par idéalisme juridique en ce qu'il surestime les effets d'une procédure (l'élection formelle du président du conseil par les chambres) – et, pourrait-on ajouter, des concepts¹¹³ – sur l'équilibre institutionnel entre le cabinet et le Parlement, équilibre qui dépend, en dernière analyse, de conditions politiques bien plus que de conditions juridiques. Esmein, comme tant d'autres avant¹¹⁴ et après lui (et jusqu'à nos jours), bute sur le problème fondamental de mêler – et même mélanger – l'identification des règles juridiques du gouvernement parlementaire, qui sont

111. « *Aujourd'hui, si l'Angleterre vit politiquement d'une vie tranquille, c'est précisément parce que l'idée de la prédominance nécessaire du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif y a tout à fait prévalu ; c'est parce que la toute puissance exécutive y est concentrée entre les mains du Premier ministre qui est censé être nommé par la Reine, mais qui est, en réalité, nommé par la Chambre des Communes, laquelle le renvoie dès qu'il lui déplaît ; c'est enfin parce que le pouvoir exécutif dépend d'une manière absolue du pouvoir législatif qu'un publiciste distingué, M. Bagehot, a pu écrire avec vérité : "En Angleterre, le cabinet est une simple commission parlementaire" » (Annales de l'Assemblée nationale, séance du 21 juin 1875, t. 39, p. 71) [cité par ESMEIN dans « Deux formes... », art. précit., p. 33-34].*

112. « Deux formes de gouvernement », art. précit., p. 25.

113. Ainsi de l'utilisation des concepts développés par les philosophes (Rousseau notamment) et des hommes politiques sous la Révolution française. Esmein rappelle ainsi (p. 227, éd. 1896 ; p. 392, éd. 1894) la distinction opérée par Barnave et Roederer (Assemblée constituante, séance du 10 août 1791) entre le « *représentant* » et le « *fonctionnaire* », entre les « *pouvoirs représentatifs et les pouvoirs commis* », et en fait une application quelque peu forcée à sa théorie des variantes de la séparation des pouvoirs, comme si ces concepts pouvaient opérer en eux-mêmes.

114. Déjà Saint-Girons critiquait l'idée d'élection des ministres par le Parlement : « *Les ministres ne seraient plus le trait d'union entre les pouvoirs publics, le meilleur moyen d'organiser la collaboration : ils deviendraient les instruments de l'omnipotence parlementaire* » (op. cit., p. 439). Il admettait pourtant qu'« *en fait, et en temps normal, ils [les ministres] sont virtuellement élus par elles [les chambres]* » ; mais il tenait à ménager l'hypothèse d'un cabinet de combat formé par le Président. L'idéalisme juridique se doublait ainsi d'un penchant prescriptif.

d'abord essentiellement formelles, et leur effet pratique, qui est singulier et propre à chaque pays et chaque époque. Il est porté – mais c'est une tentation naturelle du juriste théoricien – à couler des équilibres pratiques et politiques dans des principes juridiques fixes.

Le caractère discutable de la méthode d'Esmein peut encore être illustré par sa prise de position sur la question de savoir si le Sénat de la III^e République est en droit de mettre en jeu la responsabilité politique du cabinet. Contre l'opinion de Duguit et de Félix Moreau, Esmein conteste longuement¹¹⁵ un tel droit, son principal argument étant que le Sénat ne peut être dissous (et qu'il ne puisse y avoir de « *fournée* » de sénateurs – par analogie aux « *fournées de pairs* » dans les chambres hautes aristocratiques). Il s'agit d'une argumentation dogmatique car il entre dans la logique institutionnelle par laquelle s'est construit le système parlementaire, que face à une assemblée dotée d'un veto absolu en matière législative – budget compris –, un cabinet peut toujours être forcé à démissionner ; il existe un lien consubstantiel entre gouvernement et législation. En accordant la priorité aux principes « *construits* » autour de sa logique un peu abstraite (la dissolution comme pièce maîtresse de la séparation des pouvoirs), Esmein manque singulièrement de réalisme¹¹⁶.

On peut noter au surplus que sa conception quelque peu étriquée du régime représentatif l'amène à ne pas tirer précisément les conséquences du rôle, d'ailleurs fort surévalué par lui, du droit de dissolution – indépendamment du fait qu'il ne reprend pas la distinction entre la dissolution ministérielle et la dissolution royale (ou présidentielle) : le peuple, ou du moins le corps électoral, est l'un des grands absents du schéma théorique d'Esmein.

Il serait bien sûr exagéré de prétendre qu'Esmein n'aurait « *pas compris* » le gouvernement parlementaire : il saisit incontestablement différents points importants de sa « *logique institutionnelle* ». Mais il peine à la concilier avec ses présupposés théoriques-dogmatiques (la séparation des pouvoirs entendue dans un sens substantiel). Or, Esmein cherche à légitimer une pratique « *saine* » du gouvernement parlementaire français, celle des cabi-

115. Dans la 1^{re} édition, pp. 623-626 (ainsi qu'un long additif, pp. 818-832) ; 1914, pp. 815-839.

116. Sur ce point, sa position est d'ailleurs un peu en contradiction avec ce qu'il répondra plus tard à Ostrogorski. Ce dernier avait suggéré, pour atténuer la « *mécanisation* » du parlementarisme anglais du fait des partis excessivement disciplinés, d'abandonner la responsabilité politique solidaire du cabinet pour la remplacer par une responsabilité individuelle de chaque ministre. Celle-ci devrait être en quelque sorte rationalisée, être mise en jeu sous une forme solennelle, après débat contradictoire, et un vote direct. Esmein lui répond : « *Je crois peu à l'efficacité de ces restrictions formelles ; ce sont toiles d'araignées faciles à déchirer ; dans un régime de liberté, la Chambre saura bien, si elle le veut, obliger le ministre à donner sa démission.* » (RPP, 1903, p. 364-365). Le professeur parisien défend donc ici l'idée très juste que la responsabilité n'a pas besoin d'une loi ou d'une procédure formelle pour jouer ; il aurait pu pousser cette idée en admettant que dans un bicamérisme égalitaire en matière législative (et budgétaire), la responsabilité a vocation à jouer devant les deux assemblées.

nets forts : c'est pourquoi il insiste tant sur l'indépendance de principe du « *pouvoir exécutif* » et le droit de dissolution ; c'est pourquoi il condamne les cabinets qui « *se mettent à la remorque de leur majorité* ». Mais, finalement, en posant en axiome préalable que le gouvernement parlementaire « *repose sur la séparation juridique du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif* », Esmein utilise une formule trop simple pour être fautive mais aussi pour être utile. Elle restreint à l'excès la problématique des pouvoirs ; elle est maladroite, car elle ne distingue pas suffisamment organes et fonctions ; il y a toujours, dans un système représentatif libéral, à des degrés divers, une distinction des organes, qui est relative, ainsi qu'une répartition des fonctions, qui ne se réduit pas à une stricte spécialisation : parlement et gouvernement concourent tous deux à l'exercice de la plupart des fonctions étatiques, en particulier de la fonction législative. Mais cette formule occulte tout ce qui, dans l'activité étatique, rentre difficilement dans ces catégories. La tentative d'une légitimation scientifique des républicains de gouvernement empruntait ainsi une grille de lecture implicitement dualiste, historiquement déjà dépassée et, dès lors, en importante contradiction avec les faits. Sans être tout à fait originale, la théorie d'Esmein allait connaître, du fait de la grande influence des *Éléments*, une durable fortune dans la doctrine constitutionnelle française.

IV – LA THÉORIE DU GOUVERNEMENT PARLEMENTAIRE D'ESMEIN DANS LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

Sans prétendre fournir ici une analyse exhaustive de la place exacte de la théorie d'Esmein relative au gouvernement parlementaire dans la doctrine constitutionnelle française – elle excéderait de beaucoup le cadre de cette étude –, il convient d'apporter synthétiquement quelques précisions.

1) En premier lieu, il y a sans doute lieu de relativiser le caractère novateur d'Esmein concernant la théorie du gouvernement parlementaire. Le professeur parisien invente en effet moins une doctrine originale qu'il n'a synthétisé, systématisé, précisé et, parfois, reformulé des conceptions en partie émises par d'autres avant lui. Même si aucun ouvrage doctrinal français n'a développé le schéma théorique du parlementarisme avec la même ampleur que les *Éléments*, on peut discerner chez d'autres auteurs, avant Esmein, la même façon, pour l'essentiel, de caractériser le gouvernement parlementaire comme un système fondé sur une dualité de pouvoirs. Mais chaque auteur a son vocabulaire et ses façons de mettre l'accent sur tel ou tel aspect de la question. Parfois, des prémisses initiales communes aboutissent à des prises de position différentes sur un point particulier.

Ainsi, en ce qui concerne l'idée que le système parlementaire repose sur un principe cardinal de séparation des pouvoirs, mais dans sa variante « *atténuée* », non « *absolue* » ou non « *tranchée* ».

Saint-Girons, auteur de l'un des premiers manuels (chronologiquement parlant) de droit constitutionnel français de la III^e République¹¹⁷, énonce : « *il est bien entendu que le mot "séparation" est inexact et qu'il vaudrait mieux employer le mot "division du pouvoir" ou mieux encore "division des fonctions du pouvoir"* » (p. 85). Il estime que « *la séparation absolue existe, au contraire, aux États-Unis. Ils ont établi l'isolement des pouvoirs* » (p. 400), tandis que la responsabilité ministérielle « *réalise la collaboration des pouvoirs* » (p. 426). Mais Saint-Girons, de sensibilité monarchiste, défend des conceptions engagées notamment sur le parlementarisme, et s'applique moins à tenter de décrire ou d'analyser ce qui est, mais cherche à défendre un modèle dualiste effectif¹¹⁸, dont il admet d'ailleurs plus ou moins qu'il n'est guère réalisé dans la pratique française des années 1880.

Dans son essai plus synthétique, *Combothecra*, pour sa part, évoque « *l'entente nécessaire entre les pouvoirs publics* », qui « *empêche l'isolement des organes des pouvoirs sans opérer la confusion des attributions. C'est ce qu'on appelle la séparation des pouvoirs* » (pp. 6-7) ; dès lors, « *il ne peut pas y avoir de confusion* » et c'est « *une erreur de dire que le régime parlementaire est la confusion des pouvoirs. Ceux qui pensent ainsi confondent le vrai principe du gouvernement parlementaire avec sa fausse application. (...) Et quand Bagehot dit que la Constitution anglaise est la fusion des pouvoirs, il ne veut nullement dire que ç'en est la confusion. D'autre part, le régime parlementaire n'est pas la séparation absolue des pouvoirs* »¹¹⁹. Cet auteur n'a pas de difficulté à donner raison à Bagehot lorsqu'il affirme que « *le Parlement peut être considéré comme nommant les ministres, parce qu'en fait c'est lui, la majorité de ses membres, qui, par le fait même de la confiance qu'il leur accorde, désigne les hommes qui doivent être appelés aux fonctions ministérielles ; le Parlement peut être considéré comme possédant le pouvoir de révoquer les ministres, parce qu'un vote de blâme de sa part oblige le cabinet à se retirer de ses fonctions* ». Il estime néanmoins que « *tel qu'il est limité par la Constitution, le rôle du chef de l'État est encore considérable* » (p. 56) et que si le précédent de la démission de Grévy en 1887 « *venait à entrer dans les mœurs politiques, et à se répéter, la France pourrait bien se trouver, un jour... sous un tout autre régime que le régime parlementaire* » (p. 57).

On trouve, d'autre part, dès 1892 dans le manuel de Félix Moreau¹²⁰, des formules proches d'Esmein mais pourtant conçues dans un esprit bien

117. *Manuel de droit constitutionnel*, Larose et Forcel, 1884. Il avait publié auparavant un *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Larose, 1881.

118. Il estime en effet que « *nul n'a mieux que Guizot formulé sur ce point la vraie doctrine parlementaire* » (p. 443) et combat ouvertement toute interprétation du gouvernement parlementaire tendant à la prééminence des chambres sur l'exécutif ou au transfert du pouvoir de décision au sein de l'Exécutif vers le cabinet.

119. *Essai sur le régime parlementaire*, 1889, p. 7.

120. *Précis de droit constitutionnel*, Larose, 1892. Nous citons d'après la 2^e édition (1894).

plus sceptique quant au principe de séparation des pouvoirs. Le professeur aixois, contrairement à son collègue parisien, n'en fait pas véritablement l'épine dorsale de l'analyse théorique des systèmes de gouvernement¹²¹. Il qualifie, déjà, « *la séparation rigoureuse des pouvoirs* » du type de celle établie par la Constitution fédérale américaine, pour l'opposer implicitement, comme Esmein, au genre de séparation réalisée dans un système parlementaire tel que celui de la France : « *On ne peut pas songer à établir entre les pouvoirs une séparation complète et exacte. La classification des attributions dues à chaque pouvoir est très difficile (...) Cette indécision donne au jeu des pouvoirs la souplesse indispensable aux affaires indéfiniment variées dont se compose la vie d'un peuple...* » (p. 358). Surtout, il indique que « *les lois de 1875 ne contiennent à ce sujet aucune formule générale. Elles ont cherché la meilleure combinaison politique non pas dans une classification rigoureuse des attributions, mais dans l'indépendance et la collaboration des pouvoirs...* ». Et il note qu'en France, « *la séparation des pouvoirs n'est pas rigoureuse, au contraire ; personne ne dira que la tyrannie en soit résultée, ni l'anarchie* ». Il condamne d'autre part, comme Esmein, la « *tendance à concentrer toute l'impulsion politique dans le Parlement* » et « *à subordonner à cette Chambre le Sénat et le président de la République* ». Dès lors, le régime parlementaire « *est une combinaison qui se propose d'organiser la collaboration harmonieuse et indépendante des pouvoirs publics et d'exclure soit leur séparation totale, soit leur subordination* » (p. 363). Sa définition quelque peu large l'amène à préciser encore : « *On lui reproche [au régime parlementaire] encore de violer la séparation des pouvoirs. On sait ce qu'il faut penser de ce principe. (...) les essais de séparation absolue entre les pouvoirs ont toujours préparé l'anarchie ou le despotisme* » (p. 365). Son rapport à l'idée de séparation est ainsi quelque peu différent d'Esmein, et il convient de noter que si la conception d'ensemble de la dualité et de l'équilibre (idéalisé) des pouvoirs ne diffère pas fondamentalement de son collègue, Moreau est plus souvent plus précis : Il parle de la « *fiction qui attribue au chef de l'État les actes des ministres* » et considère que le Président ne peut imposer ses volontés aux ministres, même s'il « *peut exercer sur les ministres, comme sur les chambres et la nation l'influence due à sa situation* » (p. 326). « *En fait, le régime parlementaire oblige le chef de l'État à prendre les ministres dans la majorité des chambres. (...) Quant au droit de révoquer les ministres qui appartient au président de la République (...), le régime parlementaire le réduit à néant* » (p. 340). Enfin, moins dogmatique qu'Esmein, s'il affirme, très classiquement, que le droit de dissolution « *constitue l'un des éléments essentiels*

121. « *C'est aujourd'hui une notion courante, presque banale, que la nécessité de cette séparation. Elle n'est pourtant pas unanimement admise : certains la considèrent comme une dangereuse erreur, contraire à la fois à l'unité du pouvoir et à l'unité de la volonté nationale... Ses partisans même n'emploient pas pour la justifier des arguments semblables. (...) Le tort de toutes ces théories, c'est d'être trop absolues. (...) En tout cas, la vie ne dure que par l'accord, l'harmonie, la collaboration des organes et des fonctions, et par leur indépendance respective, en un mot par leur équilibre* » (pp. 357-358).

du régime représentatif et parlementaire » (p. 381) et que son non-usage depuis 1877 est fâcheux en pratique, il ne lui assigne pas autant qu'Esmein une place cruciale dans son schéma théorique.

L'idée du caractère « souple » de la séparation des pouvoirs (exécutif et législatif) n'est ainsi pas une invention d'Esmein. L'adjectif lui-même apparaît chez Albert de Lapradelle en 1912¹²², mais il semble finalement que Maurice Hauriou soit celui qui, en 1923, emploiera explicitement la formule¹²³. Celle-ci sera abondamment reprise jusqu'à nos jours, de concert avec l'idée et le terme – privilégiés par Duguit¹²⁴ – de « collaboration des pouvoirs »¹²⁵.

2) En dépit de nuances sur lesquelles nous ne pouvons nous arrêter ici¹²⁶, il faut relever que la théorie du gouvernement parlementaire canonisée par Esmein allait être très longtemps suivie. Pour l'essentiel, tant Duguit que Hauriou continuent de fonder et, par là, confortent ce système pensé sur le schéma théorique sur la dualité « souple » de deux pouvoirs, à

122. *Cours de Droit constitutionnel*, Pédone, 1912, p. 251.

123. *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1923, 2^e éd. 1929, p. 196 : le gouvernement parlementaire est « une forme de gouvernement, à base de régime représentatif et de séparation des pouvoirs souple, dans laquelle une collaboration continue est établie entre le pouvoir exécutif et le Parlement (...) par l'intermédiaire d'un organe exécutif, qui est le cabinet des ministres... » (v. également p. 359-360). Dans ses *Principes de droit public* (Sirey, 1910, 2^e éd., 1916, p. 698-700), il parlait de l'« élasticité de la séparation », et de la nécessité pour les « pouvoirs exécutif et délibérant » de « collaborer ». Chez Hauriou, la définition de ces pouvoirs est, on le sait, un peu plus fine que chez les autres auteurs.

124. *Manuel de droit constitutionnel*, Fontemoing, 1907, p. 331-332 : « Tout notre droit public moderne, toute notre vie politique protestent contre l'isolement complet des différents organes et impliquent au contraire leur pénétration intime. (...) Aussi croyons-nous que pour éviter une confusion, au lieu de séparation des pouvoirs, il faut dire collaboration des organes ». Peu avant, le maître de Bordeaux avait, sur un registre plus pratique, affirmé que le régime parlementaire est « la négation même de la séparation des pouvoirs » (« La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1883, p. 357).

125. Parmi tant d'autres : J. BARTHÉLÉMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Dalloz, 1933, p. 158 ; G. BURDEAU, *Cours de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., LGDJ, 1942, p. 78-81 ; J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Domat-Monchrestien, 1947, p. 768 ; M. DUVERGER, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, PUF, 1948, p. 152 ; G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 167 ; A. HAURIUO, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1966, 2^e éd., 1967, p. 209 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, 20^e éd., A. Colin, 2003, p. 95 et 133 s.

126. Ainsi par exemple, Duguit mettait en avant « l'égalité » entre Exécutif et Parlement, tandis qu'Esmein ne formulait pas les choses ainsi, et que Hauriou réfutait aussi l'idée d'égalité (*Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 423) : « Toujours l'un des deux pouvoirs domine l'autre, et l'équilibre résulte de ce que le pouvoir dominé possède cependant les moyens de résistance qui lui permettent de limiter la pression du pouvoir dominateur ». Il est approuvé ici par REDSLOB (*Le régime parlementaire*, M. Giard, 1924, p. 194, note n° 1) : « L'équilibre ne signifie pas l'équivalence des prérogatives de part et d'autres. Comment mesurerait-on la valeur comparative de droits dissemblables en leur substance ? L'équilibre est le fait qu'un pouvoir possède une ligne défensive imprenable, qui arrêtera l'autre pouvoir à un point déterminé ». Par ailleurs, Joseph-Barthélemy était sceptique sur l'idée d'irresponsabilité du Président de la III^e République. Ce qui ne l'empêchait pas de défendre, pour l'essentiel, quoiqu'un peu confusément, la conception classique du gouvernement de cabinet.

savoir l'Exécutif, toujours incarné par le chef de l'État, et les assemblées parlementaires. Suivant une tendance à l'analyse mécaniste et substantielle (les organes pris comme des corps réels), les tenants de cette conception développent les mêmes récriminations à l'encontre de la pratique « *défectueuse* » du parlementarisme français, le regret de voir la dissolution factuellement paralysée. La plupart réfutent également les formules de Bagehot, au nom des principes de la séparation des pouvoirs, dans des termes comparables à ceux d'Esmein¹²⁷.

Il faudra attendre Carré de Malberg pour trouver une analyse foncièrement différente. Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, le professeur strasbourgeois développe longuement une remise en cause frontale et très argumentée de la thèse qu'il appelle dualiste¹²⁸. Au terme de sa démonstration éblouissante et serrée, il réfute point par point les thèses dont Esmein (avec Duguit) est le représentant principal (le *Précis de droit constitutionnel* d'Hauriou n'ayant alors pas encore paru). Carré entend montrer que cette conception classique ne correspond plus qu'à une vérité tout juste nominale, du moins dans le cas français (qui est celui sur lequel il fonde principalement sa démonstration)¹²⁹, et qu'une forme d'unité de pouvoirs est réalisée au profit du Parlement. L'analyse du maître de Strasbourg nous paraît convaincante, au moins sur la « déconstruction » des thèses des dualistes, même si elle n'échappe pas, elle aussi, à sa manière, à un certain idéalisme juridique.

Dans les années 1920-1930, la discussion est relancée – en France mais aussi en Allemagne voire ailleurs en Europe continentale – par les thèses de Robert Redslob, Alsacien « *exilé* » en Allemagne¹³⁰, qui s'est inspiré de Duguit (et donc indirectement, mais en le citant moins, d'Esmein) pour reformuler la (ou : une) thèse dualiste classique « *substantielle* »¹³¹ : tout

127. Ainsi M. HAURIOU, *op. cit.*, 1929, p. 368 : « *Le gouvernement parlementaire, ainsi compris, reste bien un cas de séparation des pouvoirs souple et ne devient pas un régime de confusion [sic !] des pouvoirs. Le cabinet des ministres n'est pas un comité du Parlement [Bagehot]* ». De même, J. LAFERRIÈRE, (*op. cit.*, p. 786) : « *C'est une exagération évidente, le régime parlementaire dans son type normal, réalise une séparation des pouvoirs véritable, quoique très élastique* ». Plus tôt, les formules de Bagehot avaient également été récusées par le grand publiciste italien V. E. ORLANDO, dans la traduction française de ses *Principes de droit public et constitutionnel*, Fontemoing, 1902, p. 365. Il citait pour cela explicitement Esmein.

128. Sirey, 1922, notamment dans le second tome.

129. Il n'est pas tout à fait aisé de distinguer ce qui, chez Carré, pourrait être généralisé à d'autres pays. Ses remarques sur le parlementarisme britannique laissent entendre une différence tenant, notamment, au caractère historique de la Couronne, qui a permis aux reliquats dualistes de fortifier le cabinet. Mais il souscrit largement aux thèses « *monistes* » de Bagehot, même s'il n'est parfois pas loin du malentendu sur l'idée de « *comité* ».

130. Sur son parcours, v. A. LE DIVELLEC, « Robert Redslob, juriste alsacien entre la France et l'Allemagne », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)*, t. 55, 2007, p. 479-507.

131. *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form*, Tubingue, Mohr, 1918. Une traduction française paraît peu après : *Le régime parlementaire*, M. Giard, 1924.

en sachant que le chef de l'État n'est plus (en Angleterre ou en France) un gouvernant, il lui concède non seulement une influence sur la marche des affaires mais surtout fonde l'autonomie du gouvernement responsable sur ce pilier exécutif nettement indépendant. Redslob décerne même le brevet d'« *authentiques* » aux systèmes parlementaires fondés sur l'équilibre, et qualifie d'« *inauthentiques* » ceux qui, à l'instar de la III^e République, se traduisent par le déséquilibre au profit du Parlement. Cette thèse éminemment normative est à certains égards une consécration des thèses et de la démarche idéaliste et prescriptive d'Esmein. Son relatif succès résulte probablement du sentiment croissant de déception devant le fonctionnement jugé défectueux du parlementarisme français, de même que celui de nombreuses démocraties voisines dans les années 1930¹³². Or, sur le plan scientifique, elle est moins crédible que jamais du fait de l'apparition de nouvelles constitutions codifiant le « *monisme pur* » ou « *parlementarisme prussien* », comme l'a noté René Capitant.

L'affrontement entre deux « *théories* » (françaises) du gouvernement parlementaire est encore exposée par Yvon Gouet, qui leur donne leur qualificatif respectif : la conception dualiste et la conception moniste¹³³ et, contestant vivement la « *théorie* » moniste incarnée par Carré de Malberg et s'appuie sur Duguit et Hauriou, un peu sur Esmein. La thèse moniste sera en revanche relayée et étayée par Boris Mirkin-Guetzévitch¹³⁴ et René Capitant¹³⁵. Le premier développe une analyse pragmatique, qui congédie les conceptions étroites de la « *séparation des pouvoirs* » et, appuyée sur le droit comparé, conclut avec justesse que la question du caractère authentique ou non des régimes parlementaires ne se pose pas : « *Il y a des régimes parlementaires qui fonctionnent et d'autres qui ne fonctionnent pas* ». Le second montre comment dualisme et monisme correspondent surtout à deux phases de développement du gouvernement responsable et qu'il y a lieu de considérer, à l'époque, que la conception

132. En ce sens, elle demeurerait fondamentalement prescriptive. Roger Pinto, (*Éléments de droit constitutionnel*, Lille, Morel et Cordurant, 1948, 2^e éd. 1952, p. 332) note ainsi à propos de la théorie constitutionnelle de la III^e République : elle « *n'a pas tenu compte des enseignements des faits. Elle persiste à maintenir un dualisme égalitaire entre l'Exécutif et le Parlement* ».

133. *De l'unité du cabinet parlementaire*, Dalloz, 1930, p. 11 : « *Il existe sur la nature du parlementarisme un désaccord si profond, que, tandis que la majorité des auteurs y voit un régime "dualiste" de séparation des pouvoirs atténuée par leur collaboration et une certaine compénétration ; quelques auteurs n'y admettent pas de séparation des pouvoirs et définissent comme un régime "moniste" le régime parlementaire. Enfin, même parmi ceux qui croient (ils sont la majorité) au caractère "dualiste" de ce régime, et à la séparation des pouvoirs – les uns veulent donner à l'exécutif, les autres au législatif l'autorité prépondérante – tandis qu'un troisième groupe soutient que le parlementarisme tend, non seulement à la collaboration, mais à l'équilibre des deux pouvoirs* ». Également, du même : « *Qu'est-ce que le régime parlementaire ?* », *RD*, 1932, p. 197-243.

134. Dans de nombreux écrits. V. notamment *Le régime parlementaire dans les Constitutions européennes d'après-Guerre*, Sirey, 1937. Sur cet auteur, v. S. PINON, « Boris Mirkin-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, 46, 2007, p. 183-212.

135. « Régimes parlementaires », *art. précit.*, ainsi que « La crise et la réforme du parlementarisme en France », *JöR*, 23, 1936 (rééd. *EEG*, p. 343-380).

dualiste n'est plus pertinente (il changera en partie de position sous la IV^e et la V^e Républiques). Moins théoricien qu'observateur lui aussi pragmatique, Émile Giraud insistera de même sur le fait que le débat sur la « *nature* » supposée du gouvernement parlementaire est « *mal posé* » par la doctrine, que l'on « *commet une erreur de méthode quand, pour ce faire, on part de données dogmatiques en procédant par déduction. C'est à l'induction qu'il faut recourir en considérant l'expérience des divers pays* »¹³⁶. Moins élégantes, en apparence, ces approches pragmatiques du gouvernement parlementaires n'ont pourtant eu qu'un effet limité sur la doctrine française d'après 1945¹³⁷. La conception dualiste demeurerait attractive, notamment sans doute devant les dysfonctionnements du parlementarisme de la IV^e République, et elle fut finalement revigorée par la Constitution de 1958 qui restaure avec une certaine apparence de succès le cadre juridique dualiste.

Dans le sillage du Discours de Bayeux, Michel Debré, en 1958, dans son discours devant le Conseil d'État, ressuscite la vision dualiste du « *véritable régime parlementaire* ». Comme Esmein, il doit caricaturer le parlementarisme de la IV^e République et le qualifier de « *régime d'assemblée* » pour mieux justifier la restauration (d'abord technique, essentiellement formelle) d'un cadre plus dualiste (nomination du Premier ministre par le président de la République, dissolution inconditionnée et confiée aux mains du chef de l'État...) qui finira par permettre même des cabinets fort peu dans l'esprit du gouvernement parlementaire. Le succès de cette entreprise explique en grande partie qu'aient largement survécu, *nolens volens*, dans la doctrine française contemporaine, les cadres explicatifs dualistes forgés au temps d'Esmein¹³⁸, à savoir notamment la représentation d'une dualité fondamentale de deux « *pouvoirs* », la justification, par l'existence d'un chef de l'État, de l'autonomie du gouvernement vis-à-vis du Parlement, le rôle de la dissolution... Plus important encore : la façon d'appréhender les problèmes du parlementarisme de façon mécaniste, souvent essentialiste et prescriptive a étonnamment survécu. Sous ce rapport, Esmein reste emblématique d'une façon française de penser le gouvernement parlementaire.

136. *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique*, Sirey, 1938, notam. p. 100-103.

137. On pourrait même noter que, bien que la conception du gouvernement parlementaire répandue en France à la Libération ait emprunté une vision nettement moniste, la Seconde Assemblée constituante de 1946 a cru bon de renoncer à l'élection directe du Président du conseil par l'Assemblée nationale (1^{er} projet de Constitution d'avril 1946) pour la remplacer dans la Constitution d'octobre par l'investiture après désignation du président de la République. Le rapporteur, Paul Coste-Floret, estimant que c'était un meilleur moyen d'« *assurer l'indépendance du pouvoir exécutif* ». Demeurerait ainsi, même à la marge, un résidu de conception dualisante à la Esmein.

138. V. A. LE DIVELLEC, « Le Prince inapprivoisé », *Droits*, n° 44, 2007, p. 101-137. À l'inverse, l'expérience constitutionnelle très différente (en particulier le cheminement inverse, du dualisme de Weimar au monisme de la RFA) explique que la doctrine constitutionnelle d'un pays comme l'Allemagne soit aujourd'hui très différente de celle de la France en ce qui concerne le parlementarisme.