UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE

UFR Droit et Science Politique
École doctorale Sciences de l'Homme et de la Société

ADHÉMAR ESMEIN ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL DE LA LIBERTÉ

Thèse pour le doctorat en droit public

Présentée et soutenue publiquement
le vendredi 30 novembre 2012
par

Antoine CHOPPLET

Membres du jury

Mme Julie BENETTI, professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
M. Jean-Jacques BIENVENU, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
M. Julien BOUDON, professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, directeur de thèse
M. Jean-Marie DENQUIN, professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense
M. Luc HEUSCHLING, professeur à l'Université du Luxembourg
M. Pierre-Henri PRÉLOT, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

L'Université de Reims Champagne-Ardenne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE

Partie I La liberté dans la pensée d'Adhémar Esmein

Titre I Les sources philosophiques de la liberté

Chapitre I L'influence des écrits de Montesquieu
Chapitre II L'apport des philosophes des Lumières

Titre II Les sources historiques de la liberté : le droit anglo-saxon

Chapitre I Les institutions judiciaires de l'Angleterre
Chapitre II Les institutions politiques de la Constitution anglaise

Partie II La liberté sauvegardée par les institutions

Titre I La souveraineté nationale, fondement du gouvernement représentatif

Chapitre I La conciliation entre les institutions représentatives et le principe de la souveraineté nationale
Chapitre II La « nation », pivot de l'organisation du gouvernement représentatif

Titre II La séparation des pouvoirs, principe cardinal du gouvernement représentatif

Chapitre I Une séparation des pouvoirs susceptible de degrés
Chapitre II Le « pouvoir » judiciaire comme troisième pouvoir

Partie III Le régime législatif des droits individuels

Titre I Le libéralisme incontestable de la législation de la IIIe République

Chapitre I Le régime juridique des libertés essentielles à la liberté politique
Chapitre II La liberté individuelle, élément justificatif d'une politique sociale

Titre II Le refus d'une consécration constitutionnelle des droits individuels

Chapitre I L'exigence d'un régime juridique législatif des droits individuels
Chapitre II Le rejet d'un contrôle de constitutionnalité des lois

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AHFD	Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
Cass. Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
NRHD	Nouvelle revue historique de droit français et étranger
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGA	Revue générale d'administration
RHD	Revue historique du droit français et étranger
RHDFE	Revue d'histoire du droit français et étranger
RHSH	Revue d'histoire des sciences humaines
RIE	Revue internationale de l'enseignement
RIES	Revue internationale de l'enseignement supérieur
RPP	Revue politique et parlementaire
RTDCiv	Revue trimestrielle du droit civil

INTRODUCTION

Il y a plus de dix ans, Gérard Conac regrettait l'absence de toute étude approfondie sur Adhémar Esmein[1]. La lacune était en effet criante. Entre la fin de l'année 1913, où se succédèrent les notices nécrologiques[2] saluant la mémoire du professeur disparu quelques mois plus tôt, jusqu'à la toute fin du XXe siècle, rares sont les études consacrées à celui qui « fut certainement le plus grand constitutionnaliste de la fin du dix-neuvième siècle »[3]. Hormis un article de Jean-Louis Halpérin[4] et quelques pages d'un ouvrage de Pierre Favre[5], Esmein et son œuvre constitutionnelle semblaient devoir être relégués dans les bibliographies des manuels de droit constitutionnel contemporains[6].

Si les années 1980 virent l'amorce d'un regain d'intérêt pour l'historiographie juridique[7], les années 2000 le confirmèrent s'agissant plus particulièrement d'Esmein et de sa doctrine en leur accordant la place légitime qui leur était due dans l'histoire de la pensée juridique française. La publication d'un hommage compilant certaines de ses études les plus importantes en droit romain[8] marqua le point de départ de la « redécouverte » de celui qu'on ne citait plus mais dont on n'avait pourtant pas oublié l'apport à la science juridique. C'est notamment, en 2001, la réédition de la sixième édition de ses *Éléments de droit constitutionnel*[9] – ouvrage centenaire qui était quasiment introuvable dans les bibliothèques universitaires de France, et notamment de province – qui a permis à une

---

[1] « Il serait juste qu'Adhémar Esmein soit le sujet d'un grand colloque ou d'une thèse approfondie » (« Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », *Mélanges offerts à Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 13).

[2] Voir par exemple : P. Fournier, « Discours sur la tombe d'Adhémar Esmein », *RIES*, 1913, t. LXVI, p. 206-220 ; G. Jèze, « Le Professeur Esmein », *RDP*, 1913, t. XXX, p. 617-618 ; D. Touzaud, « Adhémar Esmein, notice sur sa vie et ses œuvres », *Bulletins et mémoires de la Société archéologique et historique de la Charente*, 1913, t. IV, p. 113-133 ; M. Vernes, « Notice nécrologique d'Adhémar Esmein », *Annuaire de l'École pratique des hautes études, section des sciences religieuses*, 1913, p. 19-22. Voir également le long éloge d'André Weiss en 1917. La date de 1917, qui peut paraître tardive, s'explique par la difficulté causée par la première guerre mondiale à pourvoir le siège laissé vacant par le décès d'Esmein à l'Institut de France : « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1917, t. LXXXVII, p. 437-474.

[3] G. Conac, « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », art. cité, p. 13.

[4] J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *RHD*, 1997, p. 415-433.

[5] P. Favre, *Naissances de la science politique en France, 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989, p. 192-199.

[6] Voir par exemple : F. Hamon, M. Troper, G. Burdeau, *Droit constitutionnel*, 33e édition, Paris, LGDJ, 2012, p. 1. Ou encore J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26e édition, Paris, Montchrestien, 2012, p. 1.

[7] « L'histoire de la pensée juridique bénéficie depuis les années 1980 d'un regain d'intérêt dans les Facultés de droit, situation qui n'est peut-être pas totalement sans rapport avec le sentiment de crise que connaissent les membres de la doctrine juridique, notamment les professeurs » (N. Hakim et F. Melleray, « La Belle Époque de la pensée juridique française », *Le Renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, ss. dir. N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009, p. 1).

[8] J. Bouineau (dir.), « Hommages à Adhémar Esmein », *Méditerranées : Revue du centre d'études internationales sur la romanité*, n° 22-23, 2000, 230 pages. Voir notamment la notice biographique p. 13-16.

[9] A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* [*Éléments…*], 6e édition revue par J. Barthélemy, Paris, Larose et Tenin, 1914, 1246 pages, réédition avec un avant-propos de D. Chagnollaud, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2001.

jeune génération de juristes et d'étudiants en droit[1] de remettre au goût du jour l'un des ouvrages majeurs de droit constitutionnel de la IIIe République. La « réédition bienvenue »[2] de cette somme, sobrement intitulée *Éléments de droit constitutionnel*, fournit un nouveau champ d'investigation à la doctrine constitutionnelle contemporaine. Bien entendu, Guillaume Sacriste n'avait pas attendu cette réédition pour entreprendre une thèse en science politique soutenue en 2002[3], et publiée[4] depuis, démontrant la contribution fondamentale d'Esmein dans l'affermissement du régime républicain à la toute fin du XIXe siècle. Mais l'organisation en 2007 du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein »[5] – à l'initiative du Centre de philosophie juridique et politique de l'Université de Cergy-Pontoise – fut sans aucun doute le meilleur moyen[6] de réparer l'injustice relevée par Gérard Conac.

Car l'injustice était certaine. Adhémar Esmein fut à n'en pas douter l'un des juristes français les plus réputés et les plus importants de la « Belle Époque »[7], période charnière du XIXe et du XXe siècle qui constitua en même temps « l'âge d'or »[8] de la IIIe République. À ce titre, il eût été juste qu'il fût autant reconnu que Duguit, Hauriou ou même Carré de Malberg dont les travaux ont tous fait l'objet d'études nombreuses et remarquables[9] au cours du XXe siècle et avec lesquels tout étudiant en droit d'aujourd'hui se familiarise dès les premières années de son cursus.

Jean-Paul-Hyppolite-Emmanuel Esmein est né le 1er février 1848 dans la petite commune de Touvérac, en Charente, région à laquelle il restera fortement attaché tout au long de sa vie[10]. Issu d'une famille plutôt aisée – son père Jean-Emmanuel Esmein est

---

[1] Nous avons pris part à ce regain d'intérêt pour la doctrine d'Esmein avec la rédaction en 2006, sur une suggestion du Pr Julien Boudon, d'un mémoire intitulé « La classification des régimes politiques chez Adhémar Esmein » dans le cadre d'un master en droit public à l'Université de Reims-Champagne Ardenne.

[2] S. Pinon, « Présentation générale », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, ss. dir. S. Pinon et P.-H. Prélot, Paris, Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2009, p. VIII.

[3] G. Sacriste, *Le droit de la République : légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début du siècle*, thèse soutenue à l'Université Paris I, ss. dir. J.-C. Colliard, 2002, 789 pages.

[4] G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France, 1870-1914*, Paris, Presses de Science Po, 2011, 570 pages. [*La république des constitutionnalistes…*]

[5] Voir *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.*, p. VIII.

[6] Nous n'ignorons pas toutefois les quelques études consacrées à Esmein et publiées postérieurement à l'organisation de ce colloque. Voir par exemple : S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *RDP*, 2007, n° 1, p. 193-229. Également J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, ss. dir. N. Hakim et F. Melleray, *op. cit.*, p. 263-280.

[7] Nous convenons avec Nader Hakim et Fabrice Melleray que la délimitation temporelle de la Belle Époque est sujette à discussion : voir N. Hakim et F. Melleray, « La Belle Époque de la pensée juridique française », *Le Renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, ss. dir. N. Hakim et F. Melleray, *op. cit.*, p. 2-3. Nous entendons ici la période qui s'étend de la fin des années 1890 – marquées à la fois politiquement par la « liquidation » de l'affaire Dreyfus et économiquement par une nette hausse de la production industrielle – jusqu'à l'éclatement de la première guerre mondiale en 1914. Voir sur ce point : D. Lejeune, *La France de la Belle Époque*, 1896-1914, Paris, A. Colin, 1991, 191 pages.

[8] J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 415.

[9] Pour ne viser que les thèses de doctorat qui leur furent consacrées, voir par exemple: É. Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972, 316 pages ; L. Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966, 513 pages ; É. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, 344 pages.

[10] J.-C. Colliard relève qu'Esmein est le fondateur avec Édouard Laferrière de « La Cagouille », une association amicale des Charentais à Paris. De même, Esmein consacrera un court ouvrage en 1910 aux traditions de sa

juge de paix, maire de la commune et conseiller général du canton – l'homme prend, semble-t-il, le surnom d'Adhémar dans sa prime jeunesse, en référence à un ancêtre du XIIIe siècle[1]. Après de brillantes études secondaires au lycée d'Angoulême, le jeune homme prend la direction de Paris pour des études supérieures à la Faculté de droit[2].

En 1872, à l'âge de 24 ans, Esmein obtient le grade de docteur en droit avec la présentation de deux thèses[3], conformément au statut de la loi du 15 mars 1850[4]. La première, en droit romain, intitulée *De la collatio bonorum et de la collatio dotis* et la seconde, en ancien droit français, intitulée *Des rapports à succession*, toutes deux dirigées par son « maître »[5], l'historien du droit et romaniste Paul Gide[6]. Les années 1873 et 1874 le voient échouer par deux fois aux épreuves du concours commun d'agrégation des Facultés de droit encore régi par le statut de 1854[7]. Mais sa troisième présentation en 1875 sera celle du succès. Après une « intense préparation »[8] dont il évoque quelques souvenirs dans la nécrologie qu'il écrit à la mémoire de Léon Michel[9], Esmein arrive deuxième au terme d'un « concours exceptionnellement brillant »[10] sous la présidence de Charles Giraud, après avoir composé sur deux sujets savants : l'un en droit romain « *De concursu actionum* », l'autre en droit français : « De quels actes sont incapables les personnes interdites judiciairement ou légalement ? ».

---

région natale : *La vieille Charente. Chansons et croquis saintongeais. Contes populaires de la Charente*, Angoulême, Constantin, 1910, 167 pages. Voir J.-C. Colliard, « Portrait d'Adhémar Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, *op. cit.*, p. 8.

[1] « Ce pseudonyme provient de l'ancêtre mythique d'Esmein, Ademarus Emenos (al. Emenomus), journalier au service des moines de l'abbaye de Baignes, cité au XIIIe siècle », J. Bouineau, « Racines universitaires de Romuald Szramkiewicz », *Hommage à Romuald Szramkiewicz*, Paris, Litec, 1998, p. 388, note 153.

[2] Voir notamment les souvenirs rapportés par J.-C. Colliard, « Portrait d'Adhémar Esmein », art. cité, p. 3-8. Voir également D. Touzaud, « Adhémar Esmein, notice sur sa vie et ses œuvres », art. cité. Et également une brochure rédigée par A. Levent, aimablement mise à notre disposition par le Pr Pierre-Henri Prélot.

[3] Voir A. Esmein, *Droit romain : De la collatio bonorum et de la collatio dotis. Ancien droit : Des rapports à succession*, Paris, Donaud, 1872, 409 pages.

[4] Le statut de 1850 impose en effet la présentation de deux thèses, dont l'une obligatoirement en droit romain. Voir J. Imbert, « Passé, présent et avenir du doctorat de droit en France », *AHFD*, n° 1, 1984, p. 23-24.

[5] P. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte velléien*, 2ème édition avec un notice biographique, des additions et des notes par A. Esmein, Paris, Larose et Forcel, 1885, p. II-III.

[6] Voir la notice biographique relative à Paul Gide : *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte velléien*, 2ème édition avec un notice biographique, des additions et des notes par A. Esmein, *op. cit.*, p. III-XXIV.

[7] « À cette époque, l'unité était la loi du concours. Les mêmes épreuves ouvraient à tous l'accès de nos chaires. L'agrégation n'avait pas encore subi le sectionnement qui, par une judicieuse répartition des matières entre plusieurs groupes de concurrents, fait place aujourd'hui dans le corps enseignant aux compétences et aux spécialités les plus diverses », A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », art. cité, p. 443. Les deux sujets du concours de 1873 furent ainsi libellés : « *Vendirori, pretio non soluto quemadmorum caveatur in jure romano* ? » et « Recherchez quelle est, en matière civile, l'autorité de la chose jugée au criminel ? ». Ceux du concours de 1874 étaient les suivants : « *De natura et effectu litis contestationis* » et « Du droit de rétention ».

[8] J.-C. Colliard, « Portrait d'Adhémar Esmein », *art. cité*, p. 5.

[9] Il écrit à propos du civiliste Léon Michel : « Je l'avais connu tout d'abord en 1875, lorsque je m'apprêtais à tenter de nouveau les épreuves du concours d'agrégation, et que lui, plus jeune de quelques années, s'y préparait déjà sans concourir encore. Nous nous rencontrions toutes les semaines, dans une petite conférence particulière, toute fraternelle et sans président, comme il y en avait beaucoup alors : là se trouvait aussi Charles Lescoeur, aujourd'hui Professeur à la Faculté libre de Paris (c'était le maître de la maison), et nos collègues Henry Michel (mort en 1897), Arthuys et Bonneville » (« Léon Michel », *NRHD*, 1901, t. XXV, p. 93).

[10] A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », art. cité, p. 449.

Cette deuxième place au classement offre au nouvel agrégé la possibilité de ne pas trop s'éloigner de Paris : il est nommé à la Faculté de droit de Douai. Il passera quatre années dans cette « capitale judiciaire » des Flandres où il trouvera, selon les souvenirs qu'il en rapporte, une douceur de vivre alliée au plaisir d'être entouré de plusieurs autres jeunes enseignants qu'il avait connus pour la plupart durant ses études parisiennes : « Et là, dans cette tranquille ville des Flandres, ce fut vraiment pendant quelques années un milieu charmant et fécond. Nous étions à la Faculté de droit tout un groupe d'agrégés et de chargés de cours, dont la jeunesse différait à peine de quelques années, et que rapprochait soit la camaraderie d'études poursuivies ensemble à la Faculté de Paris soit le trait d'union des amis communs. Lors de l'arrivée de Beauregard et de Léon Michel, les célibataires de ce groupe eurent l'idée d'établir une table commune dans la petite maison que les deux amis avaient louée pour y vivre ensemble, rue Jean-Boulogne. Là se trouvaient aussi (je parle de ceux de la première heure), nos collègues Féder, Poisnel, Adrien Bastid, Audibert puis Fernand Faure. J'ai vécu pendant deux ans dans ce milieu, où deux fois par jour nous nous retrouvions réunis. C'était vraiment un foyer de chaude amitié, de franche gaieté, de spéculations nobles et désintéressées. Que d'idées, sages ou folles, nous avons remuées dans nos propos de table ! »[1].

À Douai, Esmein est chargé en premier lieu du cours de droit criminel qui, à n'en pas douter, ne sera pas sans incidence sur sa philosophie juridique. Deux ans après son arrivée, il se voit confier un enseignement d'histoire du droit laissé vacant par le départ de Barthélemy Terrat – avec lequel il avait concouru au concours d'agrégation de 1873 – pour la Faculté libre de Paris. C'est dans les deux dernières années à Douai que le jeune professeur entame la rédaction de son mémoire participant au concours du prix Bordin lancé par l'Académie des sciences morales et politiques et dont le sujet porte sur l'histoire du droit criminel français, plus précisément sur l'histoire de l'Ordonnance criminelle de 1670. Le mémoire, remanié, sera publié en 1881 et constituera le premier ouvrage d'une longue série. L'*Histoire de la procédure criminelle en France*[2] connaîtra même la postérité par une traduction destinée aux lecteurs anglophones en 1914[3], quelques mois après la mort de son auteur.

L'année 1879 marque le retour d'Esmein à Paris[4]. À la suite de la nomination de Charles Lyon-Caen à la chaire de droit romain de la Faculté, il se voit chargé du cours de législation commerciale et industrielle. Mais très vite, en 1881[5], la création d'un cours annuel d'histoire générale du droit français public et privé en première année de licence lui permet de renouer avec la science historique qu'il affectionne tant et dont Paul Gide et Charles Giraud lui avaient transmis un goût immodéré. Car, pour Esmein, l'étude du droit réside avant tout dans la connaissance des « institutions » au sens large et de leur histoire.

---

[1] A. Esmein, « Léon Michel », art. cité, p. 93-94.

[2] A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours* [*Histoire de la procédure criminelle en France…*], Paris, Larose et Forcel, 1882, 596 pages.

[3] A. Esmein, *A history of continental criminal procedure, with special reference to France*, trad. J. Simpson, Londres, Murray, 1914, 640 pages.

[4] Pour les renseignements professionnels sur la carrière d'Esmein, nous renvoyons aux dossiers conservés aux archives nationales : AJ/16/1063, AJ/16/214, F/17/25770, F/14/2833.

[5] Il deviendra titulaire de la chaire d'histoire du droit français à la Faculté de Paris en 1891, titularisation qui confirme, s'il le fallait, la qualité de son enseignement.

Le « vrai jurisconsulte » doit savoir apprécier toute institution en en recherchant l'origine et les fondements afin de pouvoir en restituer toute l'essence à son auditoire ou à son lecteur. C'est ce qu'il exprimera dans un rapport rendu au Congrès de droit comparé tenu à Paris en 1900 : « l'étude des principes et de la nature des institutions, c'est l'étude même du droit, en tant qu'il constitue une science. Celui qui possède ces principes et qui connaît cette nature est un vrai jurisconsulte. Il n'a pas seulement la clef des solutions que la loi elle-même a formulés expressément ; il trouvera sûrement celles que le droit impose sur les points que la loi n'a pas tranchés. Il sait et peut prédire les conséquences et les répercussions qui se produiront dans le droit d'une institution donnée par l'introduction d'un nouveau principe, par exemple, par l'introduction du divorce dans une loi qui reconnaît jusque-là l'indissolubilité du mariage. Il discernera clairement toute la suite des conséquences diverses que le législateur dépose en germe dans son œuvre, lorsqu'il donne à une institution telle ou telle nature juridique, lorsqu'il adopte par exemple, le système des preuves légales ou celui des preuves morales. Enfin, pour être viables, ou tout du moins durables, les diverses institutions d'un peuple doivent reposer sur des principes entre lesquels existe une harmonie générale et suffisante : cette logique, la plus haute de toutes, est également accessible au vrai jurisconsulte. Scientifiquement, toute l'étude du droit est là »[1]. L'auteur considère ainsi que l'étude de droit ne peut se passer de connaissances historiques approfondies. Il estime aussi que l'histoire a un avantage d'ordre méthodologique, nous y reviendrons.

Dès 1881, Esmein mène donc une carrière universitaire d'historien du droit. Cette année-là, il rejoint notamment le comité de direction de la renommée *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* dans laquelle il ne cessera de publier de très nombreux articles[2] et compte rendus d'ouvrages[3] jusqu'à la fin de sa vie, comme il le fera d'ailleurs

---

[1] A. Esmein, « Le droit comparé et l'enseignement du droit. Rapport rédigé pour le Congrès de droit comparé tenu à Paris en août 1900 », *NRHD*, 1900, t. XXIV, p. 493.

[2] Voir par exemple : « Le délit d'adultère à Rome », *NRHD*, 1878, t. II, p. 1-35 et p. 397-442 ; « Études sur les contrats dans le très ancien droit français », *NRHD*, 1880, t. IV, p. 659-699 (première partie), *NRHD*, 1881, t. V, p. 21-43 (deuxième partie), *NRHD*, 1882, t. VI, p. 35-75 (troisième partie), *NRHD*, 1883, t. VII, p. 99-139 (quatrième et dernière partie) ; « Quelques observations sur les nouveaux textes de droit romain publiés par M. Dareste », *NRHD*, 1883, t. VII, p. 479-502 ; « Le testament du mari et la *donatio ante nuptias* », *NRHD*, 1884, t. VIII, p. 1-31 ; « Sur l'histoire de l'usucapion », *NRHD*, 1885, t. IX, p. 261-302 ; « Les baux de cinq ans en droit romain », *NRHD*, 1886, t. X, p. 1-10 ; « Courtes études. L'intransmissibilité première des créances et des dettes. Le vin d'appointement », *NRHD*, 1887, t. XI, p. 48-65 ; « Le droit de la chose jugée dans le droit de la monarchie franque », *NRHD*, 1887, t. XI, p. 545-556 ; « Le serment promissoire en droit canonique », *NRHD*, 1888, t. XII, p. 248-277 et p. 311-352 ; « Nouveaux fragments de l'édit d'Euric », *NRHD*, 1889, t. XIII, p. 428-435 ; « La juridiction de l'Église sur le mariage en Occident », *NRHD*, 1890, t. XIV, p. 173-221 ; « La propriété foncière dans les poèmes homériques », *NRHD*, 1890, t. XIV, p. 821-845 ; « La nature originelle de l'action *rex uxoriae* », *NRHD*, 1893, t. XVII, p. 145-171 ; « Un chapitre de l'histoire du droit des contrats en droit anglais », *NRHD*, 1893, t. XVII, p. 555-566 ; « Nouvelles théories sur les origines féodales », *NRHD*, 1894, t. XVIII, p. 523-544 ; « Un passage de La Somme rural de Boutillier dans l'édition de Charondas le Caron de Paris 1603 », *NRHD*,1895, t. XIX, p. 48-58 ; « Trois documents sur le mariage par vente », *NRHD*, 1899, t. XXIII, p. 613-621 ; « La coutume primitive dans un conte populaire », *NRHD*, 1900, t. XXIV, p. 5-25 ; « La théorie de l'intervention internationale chez quelques publicistes du XVIe siècle », *NRHD*, 1900, t. XXIV, p. 549-574 ; « Les coutumes primitives dans les écrits des mythologues grecs et romains », *NRHD*, 1901, t. XXV, p. 121-135 (première partie), *NRHD*, 1902, t. XXVI, p. 5-31 et p. 113-146 (deuxième partie) ; « Le jugement de Daniel », *NRHD*, 1907, t. XXXI, p. 729-754 ; « L'École du régime domanial », *NRHD*, 1911, t. XXXV, p. 331-347.

[3] Nous renvoyons à la bibliographie que nous avons établie dans *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op. cit.*, p. 235-243.

dans d'autres revues historiques[1]. Certaines de ces publications seront mêmes réunies sous la forme d'ouvrages. Ainsi paraissent en 1883 ses *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*[2] et en 1886 ses *Mélanges d'histoire du droit et de critique*[3]. Cette même année 1886 voit se créer à l'École pratique des hautes études une section des sciences religieuses à laquelle Esmein est nommé en tant que maître de conférences pour l'enseignement de l'histoire du droit canonique[4], en raison notamment de son agnosticisme selon Guillaume Sacriste[5]. Le juriste gravira les échelons au sein de la section en y devenant successivement « professeur adjoint » en histoire du droit canonique, puis « directeur adjoint » des études en histoire du droit canonique pour enfin se voir attribuer la présidence de la section elle-même en 1906[6]. Sa santé chancelante l'obligera à quitter la présidence de la section au cours de l'année 1907[7]. Mais ses fonctions au sein de l'institution lui donneront l'occasion de publier, outre des articles importants[8], un ouvrage intitulé *Étude sur le droit canonique privé : Le mariage en droit canonique*[9] qui recevra le prix Koenigswarter décerné par l'Académie des sciences morales et politiques en 1895. Son intérêt pour le droit canonique ne se démentira pas par la parution trois ans plus tard d'une autre étude, *Les ordalies dans l'Église gallicane au IXe siècle. Hincmar de Reims et ses contemporains*[10].

Historien du droit reconnu, Esmein siège à de très nombreuses reprises[11] dans des jurys de thèses de doctorat en histoire du droit. Dans la foulée du sectionnement du concours d'agrégation des Facultés de droit en 1896 – auquel il participe en tant que membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique –, Esmein préside le premier jury du concours d'agrégation d'histoire du droit, et le présidera encore trois fois, en alternance avec Ernest Glasson.

Sa carrière sera couronnée par le succès de son *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, publié pour la première fois en 1892, qui fera l'objet de pas moins de quatorze rééditions[12] successives, la dernière datant de 1930. Pour l'essentiel voué à l'histoire du

---

[1] Notamment dans le *Journal des savants*, la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* ou encore la *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*.

[2] *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1883, 235 pages.

[3] *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris, Larose et Forcel, 1886, 420 pages.

[4] Voir J. Toutain, *La section des sciences religieuses de l'École pratique des hautes études de 1886 à 1911, son histoire, son œuvre*, Paris, Imprimerie nationale, 1911, p. 11.

[5] Sur les conditions de création de la section des sciences religieuses et la composition du corps professoral, voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 219-223.

[6] Voir J. Toutain, *La section des sciences religieuses de l'École pratique des hautes études de 1886 à 1911, son histoire, son œuvre*, *op. cit.*, p. 33.

[7] Voir J. Toutain, *La section des sciences religieuses de l'École pratique des hautes études de 1886 à 1911, son histoire, son œuvre*, *op. cit.*, p. 79.

[8] « La question des investitures dans les Lettres d'Yves de Chartres », *Bibliothèque de l'École pratique des hautes études, section des sciences religieuses*, 1889, p. 139-178. Également, « Le serment des inculpés en droit canonique », *Bibliothèque de l'École pratique des hautes études, section des sciences religieuses*, 1896, p. 231-248.

[9] *Étude sur le droit canonique privé : le mariage en droit canonique*, 2 vol., Paris, Larose et Forcel, 1891, 431 et 391 pages.

[10] *Les ordalies dans l'Église gallicane au IXe siècle. Hincmar de Reims et ses contemporains, Imprimerie nationale*, Paris, 1898, 45 pages.

[11] Nos recherches ont permis d'établir sa participation à plus d'une trentaine de soutenances de thèses au cours de sa carrière.

[12] *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 2e édition, Paris, Larose, 1895, 812 pages ; 3e édition, Paris, Sirey, 1898, 825 pages, ; 4e édition, Paris, Sirey, 1901, 826 pages ; 5e édition, Paris, Sirey, 1903, 828 pages ; 6e

droit public et des institutions[1], l'ouvrage tend à décrire la lente constitution de l'État aux dépens de la féodalité qui est toujours assimilée à l'anarchie. Enfin, son second ouvrage « généraliste » d'histoire du droit français, publié en 1908, est conçu comme la suite logique de son *Cours élémentaire :* il relate l'histoire des institutions publiques de la Révolution jusqu'à la Restauration. Ce *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 : Révolution, Consulat et Empire*[2], qui fera l'objet d'une réédition en 1911, est, là encore, le produit de son enseignement. Esmein a en effet obtenu en 1895 le cours d'histoire du droit public pour les étudiants en doctorat *ès* sciences politiques et économiques nouvellement créé à la Faculté. L'ouvrage détaille avec minutie les évolutions des institutions, mais aussi des libertés publiques, jusqu'à la chute du Premier Empire.

Par formation[3], Adhémar Esmein est aussi un civiliste reconnu. Fondateur *avec*[4] Raymond Saleilles, Charles Massigli et Albert Wahl de la fameuse *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902, le juriste aura même l'honneur d'en inaugurer le premier numéro avec un article[5] capital appelant à la nécessaire alliance de la méthode dogmatique et de la jurisprudence dans la méthode d'enseignement du droit civil, à une époque où l'exégèse d'un Code presque centenaire ne suffit plus[6]. Si sa production en matière de droit civil se limitera à deux autres articles savants[7] et à quelques notes de jurisprudence publiées au *Recueil Sirey*[8], ses compétences et ses connaissances en histoire du droit privé lui valent d'être désigné membre de la Commission de réforme du Code civil : sa contribution au *Livre du centenaire* démontrera la filiation entre le Code et l'ancien droit français[9]. Son expertise reconnue en droit civil, et particulièrement en droit des successions, feront d'ailleurs de lui un consultant de choix – avec l'allemand Paul Laband et le hollandais Tobias Asser – pour le gouvernement belge dans le procès intentée par les filles du roi Léopold II – défendues par le futur président de la République Raymond Poincaré – à l'État belge pour se voir restituer les biens et domaines attribués à la Donation royale par le monarque avant sa mort[10].

édition, Paris, Sirey, 1905, 828 pages ; 7e édition, Paris, Sirey, 1906, 826 pages ; 8e édition, Paris, Sirey, 1907, 828 pages ; 9e édition, Paris, Sirey, 1908, 828 pages ; 10e édition, Paris, Sirey, 1910, 828 pages ; 11e édition, Paris, Sirey, 1912, 902 pages ; 12e édition, Paris, Sirey, 1919, 902 pages ; 13e édition, Paris, Sirey, 1920, 902 pages ; 14e édition, Paris, Sirey, 1921, 784 pages ; 15e édition, Paris, Sirey, 1930, 784 pages.

[1] Voir par exemple la critique qu'en fait Raymond Saleilles : R. Saleilles, « Compte rendu du *Cours élémentaire d'histoire du droit français* », *Revue historique*, 1894, t. LVI, p. 389-399. Voir également A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », art. cité, p. 451.

[2] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 : Révolution, Consulat et Empire* [*Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*], Paris, Sirey, 1908, 382 pages.

[3] Sur la domination des études civilistes dans les Facultés de droit dans le seconde moitié du XIXe siècle, voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p 29-52.

[4] Julien Boudon fait remarquer que la *Revue* n'indiquera que le nom d'Esmein au rang de ses fondateurs jusqu'en 1995 : J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cité, p. 275, note 4.

[5] A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTDciv*, 1902, t. I, p. 5-19.

[6] Voir notamment sur ce point : J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cité, p. 275-276.

[7] « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », *RTDciv*, 1904, t. III, p. 5-53 ; « L'effet relatif de la chose jugée », *Mélanges Gérardin*, Paris, Larose, 1907, p. 229-253.

[8] Nous renvoyons à la bibliographie que nous avons établie dans *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op. cit.*, p. 243-245.

[9] « L'originalité du Code civil », *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Société d'études législatives, Paris, 1904, t. I, p. 5-21.

[10] Nous n'avons pu trouver trace de cette consultation. Daniel Touzaud affirme dans sa notice nécrologique que « c'est Esmein qui avait rédigé la consultation et ce sont ses idées propres qui y sont contenues : ces idées sont

Le caractère unique du concours d'agrégation des Facultés de droit fait d'Esmein et de l'ensemble des agrégés d'avant 1896 des jurisconsultes complets, disposés à enseigner et à écrire dans toutes les branches du droit[1]. C'est en 1889 qu'Esmein entre de plain-pied dans le droit public[2]. La création d'un cours semestriel d'éléments de droit constitutionnel en première année de licence en droit[3] a pour effet de réduire l'enseignement de l'histoire du droit à un seul semestre. Aussi le cours lui est-il confié de façon presque naturelle et il le conçoit d'ailleurs comme la continuation de son cours d'histoire du droit qui s'arrêtait à la Révolution. Esmein devient alors le premier chargé du cours de droit constitutionnel pour les très nombreux étudiants parisiens en licence[4]. On notera que par la suite, en 1902, l'École libre des sciences politiques s'attachera ses services pour le cours d'histoire législative et parlementaire ; Esmein connaissait déjà l'École pour avoir en 1880 suppléé temporairement Ernest Glasson, le titulaire du cours de législation comparée[5].

Esmein considère que le droit constitutionnel est « la partie fondamentale du droit public » mais, plus encore, qu'il est la source première et unique de tout le droit dans les pays de droit écrit : « Le droit constitutionnel est, dans les pays civilisés, la partie fondamentale du droit public ; toutes les autres branches de ce droit en supposent l'existence ; le droit privé la suppose aussi, lorsqu'il se présente sous forme de loi écrite »[6]. Aussi appréhende-t-il la matière comme le fondement même de tout système juridique et il participera largement à l'autonomisation de cette matière nouvelle, et prenant un soin particulier à la différencier du droit administratif dans lequel il ne s'investira jamais.

À partir de cet enseignement débuté en 1889, on constate que le nouveau chargé de cours – il n'occupera jamais la chaire de « droit public » à Paris qui sera confiée à Ferdinand Larnaude en 1892 – investit progressivement le champ du droit constitutionnel qu'il avait jusqu'alors abordé sous l'angle historique. En témoigne son article inaugurant

---

celles de son enseignement sur la souveraineté, appuyées sur l'autorité traditionnelle empruntée à Jean Bodin… » (« Adhémar Esmein, notice sur sa vie et ses œuvres », art. cité, p. 8).

[1] « Suivant la conception primitive, qui avait été celle du statut de 1854, l'agrégé sorti vainqueur du concours devait être prêt indistinctement à tous les emplois. Une présomption flatteuse lui prêtait une culture juridique universelle, le rendant capable de suppléer sans effort et sans délai tous les professeurs empêchés ou malades, de compléter tous leurs enseignements par des conférences, et de constater, sur tous les points, l'insuffisance des candidats qui se présentaient aux examens. La spécialisation, condition nécessaire du progrès scientifique, ne devait venir que plus tard ; […]. L'agrégé, tout en possédant des connaissances déjà étendues dans toutes les branches du droit vers lesquelles le hasard incertain de sa carrière pourrait le diriger, devait avant tout montrer les qualités et les dons de son esprit, et laisser deviner ce qu'il serait un jour », A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », art. cité, p. 443-444.

[2] Nous considérons que sa première incursion dans le droit public se fit avec la publication de son *Histoire de la procédure criminelle en France* précédemment citée. Esmein, nous le verrons, considère en effet que le droit criminel est une branche du droit public.

[3] Sur la création du cours semestriel d'éléments de droit constitutionnel en première année de licence en droit, nous renvoyons à l'étude de Guillaume Sacriste : G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 112-121.

[4] Un cours existait déjà depuis les années 1880 pour les étudiants en doctorat : voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France, 1870-1914, op. cit.*, p 27-112. L'auteur relève le nombre élevé d'auditeurs au cours d'Esmein à partir des statistiques établies par la Faculté de Paris qui l'estime à un millier : G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 337, note 7.

[5] Voir A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », p. 457.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 1.

la *Revue du droit public et de la science politique* créée par Larnaude en 1894[1] intitulé « Deux formes de gouvernement »[2] : c'est non seulement un résumé de l'enseignement qu'il dispense déjà depuis quatre ans mais surtout, nous le verrons, une annonce programmatique de son ouvrage de droit constitutionnel par son attachement au gouvernement représentatif. Cette année 1894 voit également la naissance d'une autre revue qui, à défaut d'être exactement juridique, se veut au moins « publiciste » : la *Revue politique et parlementaire*[3]. Esmein contribue également à la première livraison[4] de ce périodique par un article de droit constitutionnel intitulé « De la délégation du pouvoir législatif. À l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs" présenté par M. Crispi au parlement italien »[5]: on y retrouve les notions fondamentales qui structurent son enseignement, à savoir les principes de souveraineté nationale et de séparation des pouvoirs. Une dizaine d'autres articles[6] publiés jusqu'à la fin de sa vie viendront compléter son étude du droit constitutionnel, avec notamment des études sur le droit constitutionnel anglais auquel il semble vouer une véritable passion.

Mais ce sont bien ses *Éléments de droit constitutionnel* qui constituent son apport le plus significatif à la science du droit constitutionnel. L'ouvrage, publié pour la première fois en 1896, fera l'objet de sept rééditions[7], les trois dernières rééditions étant assurées par Joseph Barthélemy, puis Henry Nézard. Ce traité, considérablement enrichi lors des éditions successives, permet une plongée dans l'histoire constitutionnelle et politique des débuts de la IIIe République. L'ouvrage en lui-même est un véritable monument, il compte sept cent cinquante pages dès l'édition de 1896 et en comprendra presque mille deux cent lors de la sixième édition de 1914 sur laquelle l'auteur travaillait au moment de

---

[1] Voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 153-163. Voir également la définition du « programme » de la *Revue* par son fondateur : F. Larnaude, « Notre programme », *RDP*, 1894, t. I, p. 1-14.

[2] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *RDP*, 1894, t. I, p. 15-41.

[3] Voir le « programme » de la *Revue* par son fondateur : M. Fournier, « Notre programme », *RPP*, 1894, t. I, p. 1-6.

[4] Pour être précis, Esmein livre son article lors du deuxième numéro de la *Revue*, deuxième numéro contenu dans le premier tome.

[5] « De la délégation du pouvoir législatif. À l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs" présenté par M. Crispi au parlement italien », *RPP*, 1894, t. I, p. 200-224.

[6] Voir « Les Constitutions du Protectorat de Cromwell », *RDP*, 1899, t. XII, p. 139-218 et p. 405-442 ; « Notes de jurisprudence parlementaire : I. Les additions aux ordres du jour motivés », *RPP*, 1901, t. XXVII, p. 502-510 ; « Note de jurisprudence parlementaire : II. La déchéance des députés et des sénateurs », *RPP*, 1901, t. XXVIII, p. 295-314 ; « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski », *RPP*, 1903, t. XXXVII, p. 117-132 et p. 357-368 ; « Une survivance qui disparaît : *the Demise of the Crown Act* », *Annales des sciences politiques*, 1903, p. 97-116 ; « Un arrêt de la Cour Suprême de la République argentine », *RPP*, 1904, t. XXXIX, p. 118-125 ; « Le projet de révision de la Constitution du Royaume de Wurtemberg », *RPP*, 1906, t. XLVII, p. 108-116 ; « La loi sur la Séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" », *RPP*, 1906, t. L, p. 31-49 ; « L'affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre », *RPP*, 1910, t. LXVI, p. 443-465 ; « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 473-493 ; « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1910, t. CLXXIV, p. 453-475 et p. 598-657 ; « La dernière phase de la crise constitutionnelle en Angleterre », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1910, t. CLXXVIII, p. 462-503.

[7] *Éléments…*, 2e édition, Paris, Larose, 1899, 794 pages ; 3e édition, Paris, Larose, 1903, 884 pages ; 4e édition, Paris, Larose et Tenin, 1906, 972 pages, 5e édition, Paris, Larose et Tenin, 1909, 1154 pages ; 6e édition revue par J. Barthélemy, Paris, Larose et Tenin, 1914, 1246 pages, 7e édition revue par Henry Nézard, Paris, Sirey, 1921, 2 volumes, 600 et 677 pages ; 8e édition revue par Henry Nézard, Paris, Sirey, 1927-1928, 2 volumes, 600 et 677 pages.

son décès en juillet 1913[1]. Construits en deux parties, l'une consacrée aux « principes »[2] du droit constitutionnel moderne et l'autre dédiée aux institutions de la République française, les *Éléments de droit constitutionnel* – qui deviendront les *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* dès la deuxième édition de 1899 – innovent dans le domaine des ouvrages et des manuels de droit constitutionnel de la IIIe République. Ceux qui existaient n'avaient pas une immense ambition intellectuelle. Ils se bornaient au début à l'*Étude sur les lois constitutionnelles de 1875*[3] publiée en 1882 par Charles Lefèbvre, premier chargé de cours de droit constitutionnel à la Faculté de Paris pour les étudiants en doctorat[4] et qui se limitait à un simple commentaire de la Constitution. Puis furent publié en 1884 le *Manuel de droit constitutionnel*[5] du monarchiste Antoine Saint Girons, le *Précis élémentaire de droit constitutionnel*[6] du professeur d'Aix Félix Moreau en 1892 et enfin le *Manuel de droit constitutionnel*[7] de Théophile Aumaître en 1893. Ces deux derniers ouvrages, sans aucun doute républicains, se limitaient eux aussi à une étude positiviste des institutions de la République, sans définir de véritables « principes » de droit constitutionnel comme le fera l'ouvrage d'Esmein.

Les *Éléments de droit constitutionnel* rencontrent un grand succès dès leur première édition. L'ouvrage paraît d'abord quelques années après les deux premières grandes crises du régime républicain : crise boulangiste et affaire Dreyfus. Mais ces deux événements furent les symptômes d'une crise plus profonde, celle des institutions représentatives et parlementaires que Marie-Joëlle Redor a décrite il y a vingt ans[8]. Cette crise politique et institutionnelle met en cause les fondements mêmes de la République. Comme l'a souligné Pierre Rosanvallon[9], le centenaire de la Révolution française a imposé aux publicistes de tous bords une réflexion sur le legs idéologique de la Révolution et sur ce qu'en a fait la jeune République. Esmein, par l'intégration des idéaux de 1789 dans sa réflexion constitutionnelle, donne alors un fondement idéologique et juridique à la seule République d'Europe, et ce dans un moment de doute intense.

L'ouvrage paraît également à un moment-clé de l'histoire de la République parlementaire nouvelle, qui cherche à stabiliser ses règles de fonctionnement. Dès la fin de l'année 1895[10], le cabinet dirigé par le radical Léon Bourgeois est confronté à l'hostilité de

---

[1] On trouve en effet dans cette sixième édition de l'ouvrage des développements nouveaux, ajoutés par Esmein lui-même. Sauf indication contraire, les mentions de l'ouvrage et les citations reproduites dans cette étude se réfèrent à cette sixième édition de 1914, version la plus accessible au lecteur depuis sa réédition en 2001 à l'initiative des Éditions de l'Université Panthéon-Assas.

[2] Marcel Waline parlera des « colonnes du temple » (« Le mouvement des idées constitutionnelles dans les Facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XXe siècle », *Histoire des idées et idées sur l'histoire, Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 260).

[3] C. Lefèbvre, *Étude sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, Maresq, 1882, 245 pages.

[4] Voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France, 1870-1914, op. cit.*, p 75-76.

[5] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Forcel, 1884, 706 pages.

[6] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Forcel, 1892, 547 pages.

[7] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Pichon, 1893, 313 pages.

[8] Voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914* [*De l'État légal à l'État de droit…*], Paris, Economica, 1992, 389 pages.

[9] Voir P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable : histoire de la représentation démocratique en France* [*Le peuple introuvable…*], Paris Gallimard, Folio Histoire, 2002, 491 pages.

[10] Voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France, 1870-1914, op. cit.*, p. 339-343.

la majorité républicaine conservatrice au Sénat. Les *leaders* de cette majorité entendent exploiter l'ambiguïté de l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui institue la responsabilité solidaire des ministres devant « *les* Chambres »[1]. Or, nous le verrons, les *Éléments de droit constitutionnel* affirment, par comparaison avec le parlementarisme anglais, que le cabinet est responsable politiquement devant la *seule* Chambre basse, et ce malgré l'ambiguïté certaine du texte[2]. Comme l'a relaté Guillaume Sacriste, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* se livre d'ailleurs le 19 février 1896 à une interview – la première du genre – par un journaliste du *Grand journal* venu recueillir son avis de constitutionnaliste sur la crise qui se déroule au Parlement[3]. De sorte que l'ouvrage d'Esmein, à sa publication, devient la référence de la majorité radicale-socialiste de la Chambre des députés, face à une majorité sénatoriale accrochée à son supposé droit de renvoyer le cabinet par un vote de défiance. Esmein devient alors, sans doute un peu malgré lui, le théoricien juridique d'un parti dans un contexte de crise politique et constitutionnelle[4].

Par là, l'ouvrage semble une apologie de l'orthodoxie parlementaire la plus pure, calquée sur le parlementarisme anglais, et fournissant un fondement juridique et scientifique au régime existant. Par sa défense de l'orthodoxie parlementaire, par le fondement juridique qu'il donne à la forme républicaine de l'État, par l'apologie du légicentrisme typique de la IIIe République, l'œuvre constitutionnelle d'Esmein a pu apparaître d'un classicisme consommé aux yeux de la doctrine constitutionnelle de la seconde moitié du XXe siècle, elle-même empreinte de normativisme kelsénien dont elle ne se départit pas. À n'en pas douter, on trouve ici la raison principale de l'ignorance progressive dont a fait l'objet la théorie d'Esmein. Son droit constitutionnel est indéniablement marqué par son époque - la toute fin du XIXe siècle français – et semblera rapidement dépassé aux yeux des juristes « réformateurs »[5] de l'après 1914 qui feront basculer la science du droit constitutionnel dans le XXe siècle. Si les *Éléments de droit constitutionnel* innovent sur ce point en comparaison des ouvrages de droit constitutionnel publiés auparavant, la théorie constitutionnelle de leur auteur n'en n'est pas moins critiquée dès la parution de l'ouvrage. Les constitutionnalistes et publicistes dits réformateurs n'ont en effet cessé de prendre pour cible la doctrine d'Esmein. Guillaume Sacriste a mis en relief les antagonismes criants entre les professeurs « parisiens » – au premier rang desquels se trouve Esmein – et les professeurs provinciaux partisans d'une réforme des institutions mais aussi de la méthode d'enseignement du droit constitutionnel[6]. Stéphane Pinon a lui aussi souligné[1] les critiques émises par Maurice

---

[1] Loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 6 : « Les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels. – Le président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison ».

[2] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 815-828.

[3] Voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 340-342.

[4] André Weiss écrit à propos de la réception des *Éléments de droit constitutionnel* en 1896 : « Touchant à des questions de puissante actualité, livrées à l'ardente controverse des partis, un tel ouvrage ne pouvait manquer de soulever et d'alimenter, même en dehors du monde savant, les discussions les plus vives » (« Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », art. cité, p. 454).

[5] Stéphane Pinon vise notamment Léon Duguit, Maurice Deslandres et Maurice Hauriou comme contestataires de la doctrine d'Esmein : voir S. Pinon, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, *op. cit.*, p. 217-222.

[6] G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 204, p. 331-536. Voir également G. Sacriste, « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle », *RHSH*, 2001, n°4, p. 69-94.

Deslandres[2], professeur à Dijon, et par Léon Duguit[3], professeur à Bordeaux, qui sont les deux principaux adversaires de la doctrine esmeinienne. Tous deux, partisans des sciences sociales naissantes à la fin du XIXe siècle, entendent contester la méthode employée par Esmein qu'ils tiennent pour dogmatique. Par le recours à « principes généraux de droit constitutionnel » tels que la souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs, Esmein fait preuve à leurs yeux d'un conservatisme politique et juridique au service de la justification d'institutions politiques qu'ils tiennent pour dépassées.

La fin du XIXe siècle voit s'ouvrir un vif débat épistémologique dans lequel vont s'affronter les partisans de deux méthodes d'enseignement du droit constitutionnel tenues pour opposées[4] : l'une dite dogmatique, l'autre dite historique ou d'observation. Esmein n'ignore pas ce débat et les oppositions qui en découlent, son rapport « Le droit comparé et l'enseignement du droit » s'en fait l'écho : « Mais comment peut-on dégager les principes et préciser la nature des institutions ? Il y a pour cela deux méthodes. L'une est la méthode dogmatique et abstraite, - elle est vieille comme le droit lui-même et toujours légitime. Elle consiste à rechercher patiemment la pensée du législateur quand ils 'agit d'une loi écrite ; à interpréter, s'il se peut, l'esprit des populations, quand il s'agit d'une coutume, et surtout à rapprocher et à combiner les solutions précises fournies par le droit positif. Par cet examen intense, en suivant la logique des idées, on arrive à découvrir les conceptions fondamentales sur lesquelles repose une institution et à faire un système de ses règles. L'autre méthode est nouvelle et c'est une méthode d'observation. Elle emploie deux instruments de précision : l'histoire du droit, appliquée d'ailleurs au présent comme au passé, et le droit comparé. L'histoire du droit, en montrant comment les institutions qui durent longtemps voient successivement et à plusieurs reprises changer leur âme, c'est-à-dire l'idée vivante dont elles sont la traduction, en dégage sûrement les principes, elle excelle également à préciser la nature juridique des institutions en en suivant les lentes modifications. Mais pour cela le droit comparé fournit une méthode plus exacte et plus puissante encore, soit qu'il montre dans plusieurs législations l'application parallèle des mêmes idées fondamentales, soit qu'il fasse surgir les oppositions et mette face à face les contraires »[5].

Dans le processus de redécouverte d'Esmein et de son œuvre à laquelle on assiste depuis une quinzaine d'années, on constate que la question de la méthode d'enseignement

---

[1] Voir S. Pinon, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit,* p. 217-222.

[2] Voir l'important article de Deslandres : « La crise de la science politique en France », *RDP*, 1900, t. XIII, p. 5-49, p. 245-287, p. 435-469. ; *RDP*, 1901, t. XV, p. 394-427, *RDP*, 1901, t. XVI, p. 45-95, p. 402-451.

[3] Voir notamment L. Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, Paris, Colin, 1889, 24 pages.

[4] Voir notamment sur ce point : G. Sacriste, « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle », *RHSH*, 2001/1, n°4, p. 69-94. Voir également J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cité, p. 263-280.

[5] A. Esmein, « Le droit comparé et l'enseignement du droit. Rapport rédigé pour le Congrès de droit comparé tenu à Paris en août 1900 », *NRHD*, 1900, t. XXIV, p. 493-494. Julien Boudon résume cette opposition des deux méthodes : « La méthode historique et comparatiste met l'accent sur l'expérience et l'observation ; elle est faite de scepticisme. Si la méthode dogmatique tourne autour de deux pôles – "abstraction" et "certitude", à quoi on peut ajouter la "déduction" – la méthode historique et comparatiste, que l'on qualifie aussi de "sociologique", se bâtit sur des pôles antagoniques : l'"expérience" et l'"observation", le "scepticisme" et l'"induction". Dans une veine dévalorisante, qui triomphe à la fin du XIXe siècle, le dogmatisme est censé se réfugier dans une abstraction desséchante et délaisser la vie ou le réel qui se donnent à voir grâce à l'observation minutieuse des faits sociaux tels qu'appréhendés dans leurs dimensions spatiale (la comparaison) et temporelle (l'histoire) », J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cité., p. 264.

du droit constitutionnel chez Esmein a fait l'objet de plusieurs analyses discordantes. Jean-Louis Halpérin et Christophe Jamin[1] semblent tenir Esmein pour un partisan de la méthode dite d'observation. Jean-Louis Halpérin concède dans son article de 1997 l'idée d'un « mélange des genres »[2] dans la méthode employée par Esmein. L'article relève que l'auteur « revendiquait l'emploi de la "méthode historique" »[3] tout en reconnaissant que « la doctrine d'Esmein était ouvertement prescriptive : considérant l'histoire du droit constitutionnel comme un progrès dont la IIIe République était la fin, Esmein ne cachait pas ses préférences »[4]. Toutefois, en 2001, l'analyse est moins tempérée : « Selon lui [Esmein], le droit constituait une science dans la mesure où il s'appliquait à dégager la nature intime des institutions : ce résultat pouvait être obtenu par deux méthodes, la méthode dogmatique fondée sur la déduction et la méthode historique ou comparative faisant appel à l'observation. Il ne fait pas de doute qu'Esmein préférait la seconde, "appelée à renouveler toutes les sciences juridiques" »[5].

En sens contraire, et de prime abord, Guillaume Sacriste paraît faire d'Esmein un partisan exclusif de la méthode dogmatique : « Le professeur d'histoire du droit, de droit canon et de droit constitutionnel de la faculté de Paris possède alors grâce à ses appuis républicains, une position institutionnelle sans commune mesure. Grâce aux ressources qu'elle lui procure, il monopolise pratiquement le marché des manuels scolaires avec ses Éléments de droit constitutionnel. Or dans cet ouvrage devenu rapidement un classique de la littérature juridique, il faisait une stricte application de la méthode dogmatique »[6]. Mais, comme l'a remarqué Julien Boudon[7], la note associée à cette affirmation vient, sinon contredire, du moins nuancer le propos. La note indique ainsi : « Ceci étant, Adhémar Esmein était également l'un des professeurs d'histoire du droit les plus reconnus et il ne faisait application de la méthode dogmatique en droit constitutionnel qu'en établissant les fondements de sa démonstration dogmatique sur des données historiques recueillies selon une stricte application de la méthode historique d'observation »[8].

Il faut ici s'accorder avec l'analyse de Julien Boudon[9] : Esmein ne pratique aucune exclusive. L'auteur procède en effet à une conciliation, ou du moins à une tentative de conciliation, entre ces deux méthodes dont il souligne la complémentarité. Il le démontre avec clarté dans la préface à la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* à propos desquels il écrit : « Dans une première partie, j'ai cherché à dégager et à construire la théorie juridique des institutions fondamentales et des règles supérieures qui, au XIXe siècle, figurent nécessairement ou alternativement dans le droit constitutionnel des

---

[1] Voir C. Jamin, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°596, 15 avril 2004.
[2] J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 424.
[3] J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 422.
[4] J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 423-424.
[5] J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *RHSH*, 2001/1, n°4, p. 24.
[6] G. Sacriste, « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle », art. cité, p. 87.
[7] « Cette affirmation tempère celle justifiant l'appel de note : Esmein "faisait une stricte application de la méthode dogmatique" […]. Le redoublement de l'adjectif "stricte" est contradictoire ; Esmein ne fait aucune utilisation "stricte" de l'une ou de l'autre méthode ; il combine les deux, tout en privilégiant la méthode dogmatique », J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cité, p. 278, note 5.
[8] G. Sacriste, « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle », art. cité, p. 87, note 88.
[9] J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cité, p. 263-279.

peuples libres d'Occident. Je les ai ramenées aux deux sources uniques d'où elles dérivent et qui sont : d'un côté, la Constitution anglaise, et, d'autre part, la Révolution française et le mouvement d'idées qui l'a préparée. *Je me suis efforcé de les éclairer par l'histoire et le droit comparé* »[1]. Cette complémentarité des deux méthodes sera d'ailleurs réaffirmée de façon constante par Esmein, qu'il s'agisse de son rapport présenté au Congrès de droit comparé de 1900[2] ou de son article inaugurant la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902 mentionné plus haut[3].

Toutefois, la conciliation de la méthode dogmatique et de la méthode d'observation n'est pas sans comporter des difficultés. Il existe en effet certains hiatus entre les principes - les dogmes – et la réalité des faits, tirée de l'observation. Face à ces difficultés, on observe qu'Esmein privilégie la méthode dogmatique. En témoigne, nous le verrons, son attitude dans la délicate conciliation entre le principe de la souveraineté nationale avec le droit constitutionnel de l'Angleterre ou encore entre le principe de la séparation des pouvoirs avec le droit de la république américaine. Ainsi, cette « recherche d'une voie médiane »[4] par la conciliation des deux méthodes se fait au prix de difficultés et d'accros indéniables. Mais la critique n'effraie pas l'auteur. Comme l'écrit André Weiss : « Esmein aimait et appelait la critique. Elle n'altérait jamais sa sérénité ni sa bonne humeur ; il y puisait un motif de soumettre sa pensée et ses opinions à une nouvelle épreuve, de les fortifier par la réflexion. La recherche probe et désintéressée de la vérité, à laquelle il n'hésitait pas à sacrifier tout vain amour-propre, donnait à sa persévérance dans les principes qu'il avait une fois affirmés une valeur inestimable »[5]. Les éditions successives des *Éléments de droit constitutionnel* soulignent combien leur auteur prend en compte les critiques qui lui sont adressées. On y trouve en effet, particulièrement dans les troisième et cinquième éditions, de nombreux ajouts destinés à contrecarrer les théories développées par ses adversaires, et en premier lieu, voire en unique lieu, par Léon Duguit.

Il est remarquable de constater que les écrits de Duguit n'ont de cesse de discuter et de contester la doctrine constitutionnelle d'Esmein. *L'État, le droit objectif et la loi positive*[6], paru en 1901, et le *Manuel de droit constitutionnel*[7] publié en 1907 entendent en effet s'opposer radicalement à la théorie juridique développée dans les *Éléments de droit constitutionnel*. S'engage alors dès la fin du XIXe siècle une cordiale mais redoutable bataille doctrinale entre les deux auteurs. Qu'il s'agisse de l'État, de la souveraineté, de la nation ou encore de la séparation des pouvoirs, tout distingue les deux juristes. On constatera d'ailleurs qu'Esmein, dans le flot des critiques émises à son endroit, n'accorde

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. XVII, nous soulignons.

[2] « Il en est du droit comparé comme de l'histoire du droit : pour faire ou suivre l'histoire d'un droit quelconque, comme pour comprendre le droit comparé, il faut d'abord être plus ou moins juriste et c'est par cette nouvelle étude que l'on devient un juriste complet », A. Esmein, « Le droit comparé et l'enseignement du droit. Rapport rédigé pour le Congrès de droit comparé tenu à Paris en août 1900 », art. cité, p. 498.

[3] « Que l'on m'entende bien. Je ne prétends point que l'enseignement juridique élémentaire, et spécialement l'enseignement du droit civil, doive cesser d'être dogmatique. Il aura toujours pour élément essentiel et principal ce qui composait jadis son fonds tout entier : la connaissance des textes et l'exposition des principes. Il devra seulement réserver une place suffisante pour faire comprendre et enregistrer les résultats, chaque jour plus abondants et plus sûrs, que donnera l'étude directe et synthétique de la jurisprudence », A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », art. cité, p. 11-12.

[4] Nous empruntons l'expression à Julien Boudon : voir J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cité, p. 274.

[5] A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », art. cité, p. 454.

[6] L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, 623 pages.

[7] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907, 1140 pages.

d'importance qu'à la doctrine duguiste. Or le principal argument opposé par Esmein à Duguit ne variera jamais : la défense de la liberté individuelle.

Si Esmein fait figure de conservateur face au réformisme de Duguit, c'est parce qu'il considère que le régime de la IIIe République a su offrir à la France, de façon paisible, la liberté individuelle pleine et entière qu'elle n'avait jamais su obtenir des régimes politiques qui se sont succédés depuis 1791. C'est pourquoi, selon Esmein, malgré les défauts de la vie parlementaire de son époque, source d'instabilité ministérielle et d'omnipotence des Chambres, les institutions du régime sont fondamentalement bonnes. La meilleure preuve de cet attachement aux institutions de 1875 est l'ajout d'un chapitre à la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* consacré à la réglementation des droits individuels. Cet ajout veut prouver le libéralisme incontestable du régime français tel qu'il existe.

Cette faveur pour la méthode dogmatique, lorsque les faits contredisent les principes s'explique par la volonté d'Esmein de démontrer que les principes de la souveraineté nationale et de la séparation des pouvoirs doivent respectivement servir de fondement et de règle d'organisation aux institutions de l'État afin de permettre l'éclosion et le développement de la liberté. Car la liberté constitue la clef de la doctrine constitutionnelle d'Esmein. C'est cela que la présente étude entend prouver.

Outre la question épistémologique, l'historiographie juridique actuelle s'est attachée à mettre en exergue le républicanisme d'Esmein. Ce républicanisme est présenté comme le trait saillant de sa doctrine constitutionnelle et constitue ainsi l'angle principal de la redécouverte des *Éléments de droit constitutionnel*. Tout en soulignant la difficulté de « connaître les opinions politiques de cet homme discret, à la santé fragile, qui ne se présenta jamais comme un intellectuel engagé »[1], Jean-Louis Halpérin a, le premier, relevé « le projet républicain d'Esmein »[2]. Par la défense en règle des institutions républicaines et parlementaires des lois constitutionnelles de 1875[3] à laquelle il procède, l'ouvrage est présenté comme « un plaidoyer argumenté en faveur d'une vision républicaine du droit constitutionnel »[4]. Dans sa démonstration du rôle d'Esmein dans l'affermissement du régime républicain de la IIIe République, Guillaume Sacriste campe également l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* en « légiste de l'État républicain »[5] en en faisant, de façon moins nuancée, un « républicain convaincu et militant »[6].

---

[1] Il poursuit : « Si l'on peut s'interroger sur la tradition politique dans sa famille et sur ses convictions de jeunesse, il n'y a toutefois pas de doute possible sur la fibre républicaine d'un universitaire qui préfaça une étude sur le parti républicain sous la monarchie de Juillet en exaltant un idéal dont il vantait l'actualité », J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 416.

[2] J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 419.

[3] « Sur ces bases, la seconde partie des *Éléments* se présente comme une défense et illustration de la Constitution de 1875, qui serait en quelque sorte l'aboutissement de l'histoire constitutionnelle française. En premier lieu, la forme républicaine de l'État, qui a préexisté à la constitution, est justifiée au nom de l'acceptation tacite du pays entier. Ensuite la République parlementaire est la solution "logique" de l'histoire : non seulement elle constitue une transaction "naturelle" entre la république démocratique et la monarchie constitutionnelle, capable de "s'acclimater" en France en raison de sa ressemblance avec des régimes antérieurs, mais elle a trouvé un juste point d'équilibre et réalisé comme une moyenne entre les différences expériences constitutionnelles françaises », J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 420-421.

[4] J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 420.

[5] G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 245.

[6] G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 220.

Il est impossible de nier le républicanisme d'Esmein. Les institutions de la IIIe République telles qu'elles existent et telles qu'elles fonctionnent sont assurément défendues par l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel.* Puisés dans la doctrine révolutionnaire, les principes de la souveraineté nationale et de la séparation des pouvoirs justifient chacun le gouvernement représentatif et sa forme parlementaire. L'ouvrage-maître d'Esmein est sans conteste un ouvrage républicain, ne serait-ce que par contraste avec les autres ouvrages de droit constitutionnel. Saint Girons assume résolument sa préférence pour la monarchie constitutionnelle dans son *Manuel*[1], Moreau et Aumaître restant très discrets, voire silencieux, sur la forme républicaine de l'État ou quant à leurs préférences personnelles.

Esmein est républicain à plus d'un titre. D'abord, il vient d'une famille républicaine, son père ayant étant élu conseiller général aux premières heures de la Deuxième République en 1848. Ensuite, ses relations houleuses avec son beau-père sont édifiantes. Le 25 novembre 1880, Esmein épouse Marie Paule Valérie Le Blant, sœur du peintre Julien Le Blant, mais surtout fille du juriste et archéologue Edmond Le Blant. Celui-ci est connu pour ses opinions légitimistes et son rejet de la République née en 1875. Les souvenirs familiaux rapportés par Jean-Claude Colliard[2] font état de relations difficiles en raison de cette divergence politique. De même, les gratifications successives que lui offre l'État républicain ne peuvent qu'attester son attachement à la République. Fait officier d'Académie en 1881, puis officier de l'Instruction publique en 1888, il devient membre suppléant du Tribunal des Conflits en 1893. Mais Esmein fait surtout carrière au sein de l'administration du ministère de l'Instruction publique : il est en effet nommé en 1896 membre de la section permanente du Conseil supérieur de l'Instruction publique – il devient notamment président de la commission du contentieux et de la discipline de ce Conseil – section dans laquelle il exercera une grande influence et sera un relais efficace de la politique des ministres successifs[3]. En cette qualité, Esmein reçoit l'année suivante des mains du ministre Rambaud la médaille de chevalier de la Légion d'honneur, avant d'obtenir le grade d'officier de ce même ordre en 1906. Sa carrière dans l'administration du ministère de l'Instruction se poursuivra puisqu'en 1898 il est nommé membre de la section du droit du Comité consultatif de l'enseignement public[4]. Enfin, il sera élu au fauteuil d'Armand Colmet de Santerre à la section législation, droit public et jurisprudence de l'Académie des sciences morales et politiques en 1904. L'ensemble de ces gratifications et fonctions officielles l'amène de façon évidente à fréquenter le monde politique :

---

[1] Les développements de Saint Girons sur « la forme royale » de l'exécutif sont extrêmement clairs : *Manuel de droit constitutionnel*, 2e édition, Paris, Larose et Forcel, 1885, p. 330-345. Il avait d'ailleurs déjà exprimé ses opinions monarchistes dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire* [*Essai sur la séparation des pouvoirs…*], Paris, Larose, 1881, p. 247-253.

[2] « Entre-temps il [Esmein] s'est marié, en 1880, et c'est un beau mariage ! Sa femme, Valérie Le Blant, est la fille d'un éminent archéologue, membre de l'Institut, avec qui les relations seront complexes puisque son beau-père est un légitimiste convaincu, à tel point qu'il faudra, raconte la légende familiale, aménager des cheminements différents dans les maisons qu'ils occupaient ensemble », J.-C. Colliard, « Portrait d'Adhémar Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.,* p. 5-6.

[3] Sur les conditions de sa nomination : voir G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…, op. cit.,* p. 233-242.

[4] Il sera également nommé au Comité des travaux historiques et scientifiques à la section des sciences morales et économiques en 1901.

Jean-Claude Colliard rapporte que le Président du Conseil Émile Combes fut reçu à diverses occasions au domicile particulier du juriste[1].

Toutefois, on doit souligner que la carrière d'Esmein est exclusivement académique, par ailleurs sans doute parfaitement méritée. Sans prétention à entrer dans la vie politique[2], ses fonctions au sein du Conseil supérieur de l'Instruction publique le conduisent à traiter de questions portant uniquement sur l'enseignement du droit et l'organisation des études juridiques. Aussi se fait-il un ardent défenseur de l'enseignement du droit romain dans le cursus de la licence en droit[3], tout comme il prendra une part non négligeable à la réforme de sectionnement du concours d'agrégation des Facultés de droit en 1896 qui procède à la révision du statut de 1854 en substituant au concours unique la création de quatre sections[4]. D'ailleurs, on doit concéder que sa carrière professionnelle, toute honorable qu'elle soit, n'est pas une carrière « extraordinaire » au premier sens du terme, comme en convient Guillaume Sacriste lui-même[5]. Esmein ne sera titulaire *que* de la chaire d'histoire du droit français à la Faculté en 1891 et la conservera jusqu'à sa mort. Jamais la chaire de droit constitutionnel – ou de droit public pour être exact – ne lui sera offerte, ce qui, selon nous, vient tempérer l'image d'un « républicain convaincu et militant ».

Nous croyons qu'Adhémar Esmein est *avant tout chose* un partisan résolu du libéralisme typique du XIXe siècle et que son républicanisme toujours mesuré s'explique par un attachement profond et sincère à l'idéal libéral. La notion de « liberté » - notion qui n'est jamais définie formellement par l'auteur – trouve place dans la quasi-totalité de ses écrits en droit constitutionnel et en droit pénal. Entendue comme la soumission de tous à la loi, la « liberté politique » est la figure de proue de son enseignement constitutionnel et constitue la condition essentielle au développement « des libertés » ou des « droits individuels » qui n'en sont que la traduction juridique.

Il faut garder à l'esprit qu'Esmein est un enfant de la seconde moitié du XIXe siècle. Né quelques jours seulement avant la révolution de février 1848 qui donna la Deuxième République, l'homme grandit sous le Second Empire et entame ses études supérieures alors que le régime autoritaire se fissure. Esmein a tout juste vingt ans en 1868, au moment où l'Empire devient « libéral » au moyen d'un certain nombre de réformes qu'il évoquera d'ailleurs dans le chapitre des *Éléments* consacré à la réglementation des droits individuels. Or il est indéniable que la formation intellectuelle du jeune étudiant se nourrit principalement, voire exclusivement, des écrits des libéraux du Second Empire. Par l'un

---

[1] J.-C. Colliard, « Portrait d'Adhémar Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.,* p. 7.

[2] Sur ce point, André Weiss note seulement : « Peut-être le savant interprète des constitutions françaises a-t-il lui-même éprouvé parfois le regret inavoué des luttes pour lesquelles il se sentait si bien armé ? », (« Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », art. cité, p. 455).

[3] « La Licence en droit et le droit romain », *RIE*, 1902, p. 289-307. Également : « Quelques mots sur l'enseignement du droit romain », *RIE*, 1907, p. 16-18.

[4] La réforme procède donc à la création d'une section de droit privé et criminel, d'une section de droit public, d'une section d'histoire du droit et d'une section des sciences économiques. Voir A. Esmein, « Rapport présenté au Conseil supérieur de l'Instruction publique par M. Esmein, au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de réorganisation des Facultés de droit », *NRHD*, 1897, p. 39-57. Guillaume Sacriste fait remarquer qu'Esmein souhaitait la création de seulement trois sections en voulant maintenir l'histoire du droit dans un tronc commun à ces trois sections. Le ministère en décida autrement en procédant à la création de quatre sections (*La république des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 204, p. 236-237).

[5] G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 204, p. 335, note 5.

de ses articles[1], on sait qu'Esmein s'échappe souvent de la Faculté de droit pour fréquenter le cours que professe Hyppolite Taine à l'École des Beaux-Arts de Paris. Si, par l'analyse qu'il fait de la Révolution française et de ses dérives[2], Taine peut légitimement être qualifié de « conservateur », il n'en n'est pas moins libéral. La liberté individuelle est pour lui un acquis fondamental des premières heures de la Révolution. On trouve également dans l'œuvre d'Esmein, comme on le constatera, quelques références[3] à la *France nouvelle*[4] de Prévost-Paradol, le publiciste libéral trouve même une place dans la table alphabétique des *Éléments de droit constitutionnel* à partir de la deuxième édition. Mais l'auteur capital, celui qui a joué un rôle prépondérant dans la formation intellectuelle d'Esmein, est à n'en pas douter Édouard Laboulaye.

Dans l'éloge posthume d'Esmein, André Weiss rapporte[5] qu'outre l'École des Beaux-Arts, Esmein fréquenta durant ses études supérieures le Collège de France où Laboulaye dispensa des cours durant une trentaine d'années[6], notamment un cours de législation comparée. À défaut de pouvoir affirmer avec certitude que le jeune Esmein suivit ce cours de législation comparée, on peut néanmoins penser qu'il en lisait les comptes rendus publiés hebdomadairement par la *Revue des cours littéraires* dans les années 1860. La filiation intellectuelle entre les deux hommes est en tout cas absolument incontestable. Outre leurs parcours similaires – tous deux sont historiens du droit et voient certaines de leurs œuvres primées par l'Institut de France – on retrouve chez Esmein, parfois même jusque dans l'expression écrite, les idées constamment défendues par Laboulaye. L'admiration pour Locke et pour Montesquieu est sans doute le premier indice de cette filiation. Laboulaye publie en effet en 1850 un court ouvrage sur John Locke, le présentant comme le père de la Constitution de la colonie de Caroline, et n'aura de cesse de l'évoquer dans ses cours de législation comparée au Collège de France[7]. Mais Laboulaye assure surtout la réédition des œuvres complètes de Montesquieu entre 1875 et 1879[8], tout comme il le fit une décennie plus tôt pour Benjamin Constant[9]. Enfin, nous le verrons, Esmein et Laboulaye appréhendent de la même manière les notions cruciales de « liberté politique » et de « liberté individuelle ». Les ouvrages de ce dernier tels que *L'État et ses limites*[10]publié en 1863 et *Le Parti libéral : son programme, son avenir*[1] paru l'année

---

[1] Voir A. Esmein, « Les premières idées politiques de Taine », *RPP*, 1903, t. XXXV, p. 154-168.
[2] Voir H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, 11 vol., Paris, Hachette, 1901-1904.
[3] Voir notamment *Éléments…*, *op. cit*, p. 630-634.
[4] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, Paris, Lévy, 1868.
[5] « Étudiant exemplaire, Esmein ne s'était pas contenté de fréquenter la Faculté de droit, où chaque année de nombreuses boules blanches le mettaient à la tête de ses condisciples [référence ici au système de boules blanches utilisées par les jurées des examens]. La Sorbonne, le Collège de France, l'École des Hautes-Études, récemment fondée, recevaient souvent sa visite ; et pendant cinq ans, il nous le dit lui-même, le cours d'histoire esthétique professé par Taine à l'École des Beaux-Arts n'a pas eu d'auditeur plus assidus », A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », art. cité, p. 455.
[6] Voir É. Laboulaye, *Trente ans d'enseignement au Collège de France, 1849-1882*, Paris, Larose, 1888, 322 pages.
[7] Voir É. Laboulaye, *Locke, législateur de la Caroline*, Paris, Durand, 1850, 30 pages. L'ouvrage est tiré de son enseignement sur la Constitution des États-Unis dispensé au Collège de France.
[8] Voir Montesquieu, *Œuvres complètes éditées par É. Laboulaye*, 7 vol., Paris, Masson, 1875-1879.
[9] Voir B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle ou Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif avec une introduction et des notes par M. É. Laboulaye* [*Cours de politique constitutionnelle…*], 2 vol., Paris, Guillaumin, 1861-1862.
[10] É. Laboulaye, *L'État et ses limites, suivi de Essais politiques sur A.. de Tocqueville, l'instruction publique, les finances, le droit de pétition* [*L'État et ses limites…*], Paris, Charpentier, 1863, 391 pages.

suivante structurent ainsi de façon très nette la pensée d'Esmein. L'attachement de Laboulaye aux « principes » de 1789, tout comme l'anglophilie caractérisant la littérature libérale française de la seconde moitié du XIXe siècle, se retrouvent indéniablement dans la pensée constitutionnelle d'Esmein.

On remarque par ailleurs une influence très nette du « premier professeur de droit constitutionnel français »[2], Pellegrino Rossi. Là encore, il faut signaler que si Rossi professe son *Cours* à la Faculté de droit de Paris entre 1835 et 1848 – par la création d'une chaire de droit constitutionnel taillée sur mesure pour lui par son protecteur Guizot[3] – son enseignement ne sera publié qu'en 1866 et 1867[4], années durant lesquelles Esmein étudie le droit à la Faculté de Paris. On constatera dans la présente étude la grande proximité entre les deux hommes. Hormis quelques différences tenant à l'appréhension du droit naturel comme source de la liberté individuelle ou aux acquis de la Révolution de 1789, Esmein emprunte en effet les grandes notions développées en son temps par Rossi. Qu'il s'agisse de la notion de droits individuels – divisés en « droits publics » et « droits politiques » –, de la définition de la liberté individuelle *stricto sensu* ou de la faveur pour la procédure pénale anglaise, tout indique la filiation évidente entre les deux constitutionnalistes.

Car le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein est un droit constitutionnel éminemment libéral. Procédant à la synthèse des doctrines d'un Laboulaye ou d'un Rossi, Esmein enseigne que le droit constitutionnel est constitué avant toute chose par la détermination des règles et des limites de l'État au profit de la liberté de l'individu. Les *Éléments de droit constitutionnel* visent ainsi à établir une véritable théorie générale de l'État par laquelle se trouvent strictement limités les droits de ce dernier. L'État est donc envisagé comme une construction juridique formant la garantie suprême et indépassable de la liberté des individus. En cela, comme le remarque Luc Heuschling[5], l'État est, dans la pensée d'Esmein, nécessairement *légal*. Cette conception libérale du droit constitutionnel se situe donc aux confins du droit constitutionnel proprement dit – du droit des institutions politiques – et des libertés publiques, c'est-à-dire des « libertés envisagées en tant qu'objets de la réglementation juridique »[6] édictées par l'État. On constate d'ailleurs que l'enseignement d'Esmein est d'une modernité frappante, en ce sens qu'il envisage des questions qui, aujourd'hui encore, taraudent le droit public français. Sa réflexion sur la sûreté, ou la liberté individuelle *stricto sensu*, a des conséquences sur la procédure pénale, notamment sur l'instruction pénale et son corollaire qu'est la garde à

---

[1] É. Laboulaye, *Le Parti libéral : son programme, son avenir* [*Le Parti libéral…*], Paris, Charpentier, 1864, 332 pages.

[2] P. Lavigne, « Le Comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français », *Histoire des idées et idées sur l'histoire, Études offertes à Jean-Jacques Chevallier, op. cit.*, p. 173-178.

[3] Voir sur ce point l'introduction de Julien Boudon à la réédition du *Cours de droit constitutionnel* de Rossi, Paris, Dalloz, 2012.

[4] Voir *Œuvres complètes de P. Rossi publiées sous les auspices du Gouvernement italien. Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris, recueilli par M. A. Porée, précédé d'une introduction par M. C. Bon-Compagni, ministre plénipotentiaire, député au Parlement italien*, Paris, Guillaumin, 4 vol., 1866-1867.

[5] Voir L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law. Étude comparative*, Paris, Dalloz, 2002, p. 422-423.

[6] P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 6e édition, 2009, p. 2.

vue qui a fait l'objet d'une réforme en France il y a seulement quelques mois[1]. On peut en dire autant du régime juridique des « aliénés » qui, lui aussi, a fait l'objet d'une réforme récente sous le titre de l'hospitalisation sans consentement[2]. L'attention d'Esmein s'est également portée sur des libertés sociales telles que la liberté religieuse[3] ou la liberté syndicale et l'exercice du droit de grève[4] qui, ces dernières années, ont donné lieu à des lois nouvelles et importantes.

Notre propos n'est donc pas de contester le républicanisme d'Esmein : le traitement qu'il réserve au régime des congrégations religieuses institué par la loi du 1er juillet 1901 ou ses développements relatifs à la justice politique de la Haute Cour de justice témoignent, s'il le fallait encore, de son attachement à la République. Il faut toutefois nuancer l'image d'un républicain « engagé et militant » en faisant observer la modération et la relative discrétion avec lesquelles Esmein exprime son républicanisme durant sa carrière débutée en 1875, et notamment dans ses *Éléments de droit constitutionnel*. En effet, Esmein ne se montre jamais le promoteur exalté d'une quelconque idéologie républicaine, Jean-Louis Halpérin semble en convenir dans une certaine mesure[5].

Cette modération s'explique sans aucun doute par le contexte politique lui-même. Les *Éléments de droit constitutionnel* paraissent en 1896, à l'heure où la question de la forme de l'État n'est plus d'actualité. La mort du comte de Chambord plus de dix ans auparavant et la fin du mouvement boulangiste semblent avoir mis un terme définitif aux tentations de restauration monarchique. Il n'est donc plus nécessaire pour la doctrine publiciste de développer les arguments tendant à installer, à défendre, voire à sauver un régime républicain qui s'est acclimaté en France. Dans le même sens, il est vain de procéder à une déconsidération virulente des institutions de la monarchie constitutionnelle telles qu'elles existent dans la quasi-totalité des États européens de l'époque, à commencer par l'Angleterre.

Si l'année 1896 n'est pas marquée par une crise de l'institution républicaine elle-même, elle n'en est pas moins marquée par une crise des institutions représentatives qu'Esmein entend défendre vigoureusement au nom de la liberté. Cette défense des institutions représentatives – et républicaines – entreprise dans les *Éléments de droit constitutionnel* s'explique par l'attachement d'Esmein, non à l'idée républicaine en elle-même, mais à l'idée d'une République des libertés, c'est-à-dire à des institutions étatiques garantes de l'exercice des libertés individuelles.

L'État garant de la liberté individuelle, c'est tout l'objet de la démonstration d'Esmein. Ainsi sa présentation du droit constitutionnel vise à prouver que les institutions du régime républicain en place sont une traduction juridique parfaite de l'idée faisant de

---

[1] Voir la loi n° 2011-392 du 14 avril 2001 relative à la garde à vue.

[2] Voir la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et à leur prise en charge.

[3] Quant à la liberté religieuse, voir par exemple la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

[4] Sur l'exercice du droit de grève, voir par exemple la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

[5] « Les sentiments républicains d'Esmein ne sont pas affichés avec militantisme dans tel ou tel de ses ouvrages : ils apparaissent discrètement au fil des pages de ses travaux successifs, tissant une toile assez serrée pour aboutir à une œuvre de conviction, sinon de combat » (« Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », art. cité, p. 417).

l'État le premier et unique protecteur des libertés individuelles. Réside ici, croyons-nous, tout l'intérêt et l'originalité de la doctrine constitutionnelle d'Esmein telle qu'elle est notamment exprimée dans les *Éléments de droit constitutionnel.*

Ainsi, on peut avancer qu'Esmein est républicain parce que libéral. C'est ce que nous tenterons de démontrer dans cette étude. À cette fin, nous utiliserons presque exclusivement ses écrits de droit constitutionnel en prenant soin de ne pas les dénaturer, ce qui expliquera les nombreuses citations qui seront faites. Il est intéressant de replacer la doctrine d'Esmein telle qu'elle apparaît en 1896 dans son contexte immédiat et de la confronter à ses concurrents directs, afin de restituer le plus exactement possible ce « moment 1896 ». Seront ainsi mobilisés les écrits des auteurs d'ouvrages de droit constitutionnel publiés entre 1880 et 1909, date de la dernière édition des *Éléments de droit constitutionnel* revue *entièrement* par Esmein lui-même, notamment par l'ajout d'un nouveau chapitre. La comparaison s'établira pour l'essentiel avec les écrits d'Antoine Saint Girons, de Félix Moreau, de Théophile Aumaître mais aussi de Léon Duguit dont le *Manuel de droit constitutionnel*[1] paru en 1907 vient poursuivre la critique de la doctrine esmeinienne engagée dès 1901. Cette délimitation temporelle nous amène alors à exclure de notre champ de recherche la doctrine constitutionnelle de Maurice Hauriou dont les *Principes de droit public*[2] paraissent pour la première fois en 1910 ainsi que celle de Raymond Carré de Malberg dont la *Contribution à la théorie générale de l'État*[3] paraîtra, elle, après le premier conflit mondial.

Par cette étude, nous tenterons d'abord de cerner le concept de liberté tel que l'entend Esmein en en recherchant les sources. On observera alors que celles-ci ont deux origines. La première est purement philosophique et provient des auteurs les plus illustres du mouvement des Lumières. La seconde est historique et possède un caractère éminemment pratique en se fondant sur le droit institutionnel anglo-saxon (Partie I). Nous démontrerons ensuite que l'exposé des institutions de la IIIe République tend à prouver que celles-ci ne sont qu'une exacte application du principe de liberté tel qu'il l'entend. Ainsi, les principes de la souveraineté nationale et de la séparation des pouvoirs forment les principes directeurs de l'organisation institutionnelle de la IIIe République (Partie II). Enfin, nous nous attacherons à souligner le soin que prend Esmein à prouver que cette organisation institutionnelle est parfaitement propice à la protection des droits individuels qui constitue la seule et unique raison d'être de l'État (Partie III).

---

[1] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907.
[2] Voir M. Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose, 1910.
[3] Voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale l'État*, Paris, Sirey, 2 vol., 1920-1922.

PREMIERE PARTIE

La liberté dans la pensée d'Adhémar Esmein

Lors de la séance de l'Académie des sciences morales et politiques du 10 février 1917, André Weiss, succédant à Adhémar Esmein[1], conclut l'éloge consacré à son prédécesseur par ces mots : « Mon maître et mon ami, *vous avez cru à la liberté, vous avez enseigné la justice.* Vos yeux, fermés à temps, n'ont pas vu la civilisation outragée par un ennemi parjure, la patrie violée, la Belgique esclave et martyre. Une invasion criminelle a pour un jour foulé votre poussière. Mais votre âme immortelle a déjà salué l'aube de la victoire libératrice, de la victoire française. A vos fils vaillants qui l'ont préparée, à la jeunesse héroïque qui n'a pas oublié vos leçons, à la France qui sortira plus grande, plus pure et plus belle de l'épreuve sanglante, toute votre œuvre crie que le Droit ne peut pas périr »[2]. Nul n'a sans doute mieux résumé l'œuvre d'Esmein en soulignant son amour de la liberté et son combat pour la justice.

N'ayant jamais cessé par la majorité de ses travaux de rechercher puis d'enseigner les conditions nécessaires à l'établissement et à la préservation de la liberté, Esmein appartient indéniablement au courant libéral français du XIXe siècle. L'éminent professeur peut même, sans exagération, être considéré comme un « apôtre volontaire » de « l'école libérale » telle que décrite par Édouard Laboulaye[3].

Ses *Éléments de droit constitutionnel* constituent, non pas un manifeste politique libéral, mais une étude juridique destinée à démontrer la justesse de la transformation en règles juridiques des idées politiques libérales de la fin du XIXe siècle. L'observation et l'étude du champ lexical employé dans les *Éléments de droit constitutionnel* sont révélatrices. Il émane de l'ouvrage une fragrance discrète mais persistante de liberté, émanation due à la terminologie à la fois variée et simple utilisée par Esmein. On trouve ainsi des occurrences nombreuses et répétées du terme « liberté » et de ses dérivés.

Si le plan de l'ouvrage lui-même est axé sur la notion de « liberté moderne », la préface à la deuxième édition évoque, dans le souci de fixer le cadre de l'étude, la « liberté politique ». Le corps de l'ouvrage, lui, offre un nombre important et varié des emplois du terme « liberté ». Ainsi Esmein évoque-t-il la « liberté »[4] sans qualificatif particulier, la « liberté politique »[5], la « liberté individuelle »[1], la « liberté personnelle »[2] puis toute une

---

[1] André Weiss succède à Adhémar Esmein au fauteuil numéro huit de la section Législation, droit public et jurisprudence.

[2] A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux d'Adhémar Esmein », art. cité, p. 480, nous soulignons.

[3] É. Laboulaye écrit : « Deux grandes écoles se partagent le monde politique : l'une, qui appartient au passé, c'est l'école de l'autorité. L'autre, à laquelle appartient l'avenir, c'est l'école libérale. […] Pour l'école libérale qui n'a jamais eu que des apôtres volontaires, l'homme est une créature naturellement portée au bien. Quand ses passions ne l'égarent pas, il use de sa liberté pour améliorer sa situation, celle de sa famille, celle de son pays. Sa raison et son intérêt le poussent sans cesse dans la voie du progrès. Le vice l'arrête, mais le vice est une maladie de l'individu, et non pas la condition normale de l'humanité. ». B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle…, op. cit.*, p. XLIII.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 80, p. 262, p. 269, p. 270, p. 285, p. 495, p. 500, p. 539, p. 543, p. 550 (notre relevé ne prétend pas à l'exhaustivité).

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 63, p. 68, p. 139, p. 241, p. 244, p. 265, p. 282, p. 288, p. 291, p. 296 (notre relevé ne prétend pas à l'exhaustivité).

série de locutions ou d'expressions relatives à la liberté telles que « les libertés anglaises »[3], « la liberté britannique »[4], « la liberté occidentale »[5], « les pays libres »[6], « les États libres »[7], « les peuples libres »[8]. Ainsi l'ouvrage use du vocabulaire et d'expressions propres aux auteurs libéraux du XIXe siècle. Mais l'objection principale que l'on peut formuler est l'absence de définition des termes. À aucun moment de son introduction ou des développements, Esmein ne propose de définition des divers emplois du terme « liberté ».

Aussi doit-on, dans un souci de précision, rechercher brièvement le sens possible de ces diverses expressions, et particulièrement des plus fréquentes. On constate alors que les termes employés par Esmein peuvent être facilement reconnus et rapprochés de ceux présents dans les écrits des auteurs libéraux français et notamment de ceux de Benjamin Constant.

Considéré par Édouard Laboulaye comme « l'expression la plus vive du libéralisme français »[9], Benjamin Constant définit la liberté comme « le triomphe de l'individualité, tant sur l'autorité qui voudrait gouverner par le despotisme, que sur les masses qui réclament le droit d'asservir la minorité à la majorité »[10]. Il fixe ainsi, en France, le canon du libéralisme politique : la défense de l'individu et de sa liberté, liberté traduite juridiquement par des droits individuels. C'est là tout le sens de la notion de « liberté moderne » si chère à Adhémar Esmein.

La première des deux parties composant les *Éléments de droit constitutionnel*, axée sur la notion de « liberté moderne », est intitulée « La liberté moderne : principes et institutions ». Et cette notion de liberté moderne n'a sans doute jamais été aussi bien définie que par Benjamin Constant. Dans son fameux discours prononcé en 1819, le publiciste, opposant liberté des Anciens et liberté des Modernes, s'exprime ainsi quant à cette dernière : « Demandez-vous d'abord, Messieurs, ce que de nos jours un Anglais, un Français, un habitant des Etats-Unis d'Amérique, entendent par le mot liberté ? C'est pour chacun le droit de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être ni arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d'aucune manière, par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou de plusieurs individus. C'est pour chacun le droit de dire son opinion, de choisir son industrie et de l'exercer ; de disposer de sa propriété, d'en abuser même ; d'aller, de venir, sans en obtenir la permission, et sans rendre compte de ses motifs et de ses démarches. C'est, pour chacun, le droit de se réunir à d'autres individus, soit pour conférer sur ses intérêts, soit pour professer le culte que lui et ses associés préfèrent, soit simplement pour remplir ses jours et ses heures d'une manière plus conforme à ses inclinations, à ses fantaisies. Enfin c'est le droit pour chacun, d'influer sur l'administration du gouvernement, soit par la nomination de tous ou de certains fonctionnaires, soit par des

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 291, p. 544, p. 545, p. 550, p. 1107, p. 1115, p. 1116, p. 1118, p. 1122 (notre relevé ne prétend pas à l'exhaustivité).
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 1109.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 64.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 84.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 127.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 464.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 478.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 310 : il évoque plus précisément « les peuples les plus libres » et p. 515 « les peuples libres des temps modernes ».
[9] B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle…, op.cit.*, p. XLVI.
[10] B. Constant, *Mélanges de littérature et de politique*, Paris, Pichon et Didier, 1829, p. VI.

représentations, des pétitions, des demandes, que l'autorité est plus ou moins obligée de prendre en considération. Comparez maintenant à cette liberté celle des anciens »[1].

Benjamin Constant poursuit ce discours : « Nous somme des modernes, qui voulons jouir, chacun, de nos droits ; développer, chacun, nos facultés comme bon nous semble, sans nuire à autrui ; veiller sur le développement de ces facultés dans les enfants que la nature confie à notre affection, d'autant plus éclairée qu'elle est plus vive, et n'ayant besoin de l'autorité que pour tenir d'elle les moyens généraux d'instruction qu'elle peut rassembler »[2].

On retrouve cette idée d'émancipation et de développement de l'individu dans les écrits d'Adhémar Esmein : « Mais cela ne fait point que les sociétés politiques soient des êtres réels et aient des droits propres. Les individus vivants qui les composent sont au contraire des êtres qui ont le sentiment de la responsabilité morale et qui peuvent librement diriger leurs actes, sauf à voir leur effort se briser s'ils se heurtent à une force naturelle. En droit et en raison, c'est dans leur seul intérêt que fonctionne la société politique. Mais le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir librement développer ses facultés propres ; et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de se diriger lui-même, spontanément, à sa guise, et à ses risques et périls, tant qu'il n'entamera pas le droit égal d'autrui. Or assurer ce libre développement, c'est justement le but des diverses libertés qui constituent les droits individuels : en ne les respectant pas, la société politique manquerait à sa mission essentielle, et l'État perdrait sa première et principale raison d'être »[3].
Édouard Laboulaye, fidèle lecteur de Constant, résumera sa pensée : « On voit maintenant ce qu'est la liberté moderne pour Benjamin Constant ; c'est la liberté de l'individu, le plein exercice de toutes ses facultés humaines »[4]. Le sénateur de la IIIe République reprendra d'ailleurs cette idée et l'exprimera ainsi : « Voilà le triomphe de la liberté moderne ; mais si nous remontons le chemin que nous avons parcouru, il est facile de voir que cette liberté est le contre-pied des idées d'Aristote. C'est la souveraineté de l'individu, opposée à l'antique souveraineté de l'État »[5].

Ainsi la « modernité » doit être comprise comme l'autonomisation de l'individu face à l'État, comme l'émergence et la protection d'une sphère individuelle, à côté de la sphère publique, sphère destinée à permettre à chaque individu de développer ses facultés et ses capacités physiques et intellectuelles. De là découle une distinction majeure que l'on retrouve dans les écrits constitutionnels d'Adhémar Esmein : celle entre liberté politique et liberté individuelle.

La notion de liberté politique apparaît à de très nombreuses reprises[6] dans les *Éléments de droit constitutionnel*, mais également dans un certain nombre d'articles. Mais l'objection portée à l'absence de définition des termes vaut également pour cette notion.

---

[1] B. Constant, *Œuvres politiques avec introduction, notes et index par Charles Jouandre*, (*Œuvres politiques…*) Paris, Charpentier, 1874, p. 260- 261.
[2] B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit*. p. 278.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 542.
[4] B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle…*, *op. cit.*, p. XXVI.
[5] É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*,*op. cit.*, p. 127. Cette définition résumée sera reprise par A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 231.
[6] *Éléments…*, *op.cit.*, p. 63, p. 68, p. 139, p. 241, p. 244, p. 265, p. 282, p. 288, p. 291, p. 296 (le relevé ne prétend pas à l'exhaustivité).

Dans la préface à la seconde édition des *Éléments de droit constitutionnel*, Adhémar Esmein, répondant aux critiques de Xénocrate Combothécra[1], justifie les choix opérés dans l'ouvrage par son intérêt pour « les constitutions, et celle là seulement, qui "ont la liberté politique pour objet direct" selon le mot de Montesquieu »[2]. Là encore, malgré la référence directe au philosophe français du XVIIIe siècle, Esmein se contente d'expliquer les caractères de ces constitutions, mais il ne définit pas la notion de « liberté politique ».

Il en est de même pour la notion de « liberté individuelle ». Les occurrences sont, là encore, nombreuses[3] dans l'ouvrage de droit constitutionnel mais on ne trouve trace d'aucune définition propre à l'auteur. On notera seulement une référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La liberté individuelle a été admirablement définie par la Déclaration des droit de l'homme et du citoyen de 1789, article 4 : « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi »[4].

Benjamin Constant définit la liberté individuelle comme « le but de toute association humaine ; sur elle s'appuie la morale publique et privée : sur elle reposent les calculs de l'industrie, sans elle il n'y a pour les hommes ni paix, ni dignité, ni bonheur »[5] et considère qu'elle doit aller de pair avec la liberté politique. Aussi écrit-il : « La liberté individuelle, je le répète, voilà la véritable liberté moderne. La liberté politique en est la garantie ; la liberté politique est par conséquent indispensable. »[6]. Édouard Laboulaye explicitera ce lien entre ces deux « espèces de libertés »[7]. Définissant la liberté individuelle comme « le droit qui appartient à tout homme de disposer comme il l'entend de sa personne et de ses biens, pourvu qu'il n'envahisse ni la personne ni les biens d'autrui »[8], le sénateur considère qu'elle n'est rien sans la liberté politique, censée en garantir le respect et la protection[9]. Ainsi, les libertés politiques, déclinaisons juridiques de la liberté politique, « ont donc une importance suprême »[10] vis-à-vis de la liberté individuelle.

---

[1] Xénocrate Combothécra fît paraître un compte rendu critique de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* dans le quatrième numéro du *Journal du droit international et public* paru en 1897. Dans cette critique, il reproche au professeur parisien de ne pas avoir tenu compte, pour la conception et la rédaction de l'ouvrage, des écrits constitutionnels produits par la science allemande.

[2] « D'autre part, comme l'indique le titre général que j'ai donné à ma première partie (La liberté moderne), j'ai voulu étudier les constitutions, et celles-là seulement, qui « ont la liberté politique pour objet direct », selon le mot de Montesquieu. Elles me paraissent facile à distinguer : ce sont celles qui ont proclamé et pris pour base le principe de la souveraineté nationale (quelle que soit d'ailleurs la forme de gouvernement qu'elles organisent), et celles des monarchies, qui, sans proclamer ce principe, ont adopté et pratiquent le gouvernement parlementaire ou gouvernement de cabinet ». *Éléments…, op. cit.*, p. XX.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 291, p. 544, p. 545, p. 550, p. 1107, p. 1115, p. 1116, p. 1118, p. 1122 (le relevé ne prétend pas à l'exhaustivité).

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 545.

[5] B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.* p. 181-182.

[6] B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.*, p. 278-279.

[7] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 11 et suivantes.

[8] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 13.

[9] « Il ne suffit pas qu'un peuple possède les libertés que nous avons indiquées, il faut, en outre, que ces libertés soient garanties, autrement la jouissance en serait précaire ; […]. Les libertés politiques ont pour objet de donner ces garanties, ce qu'elles font de deux façons : d'une façon générale, en attribuant à la nation ou à ses représentants une part de contrôle et d'influence sur les affaires publiques ; d'une façon particulière, en assurant à chaque citoyen qu'en cas de violence ou d'injustice, sa plainte sera entendue par le pays, et son droit vengé. » É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 125-126.

[10] *Ibid.*

Cette prise en considération première de l'individu, son institution en tant que pivot d'un système politique, et donc d'un système juridique, est incontestablement la marque identitaire du libéralisme politique du XIXe siècle en France, marque que l'on retrouve dans l'œuvre d'Adhémar Esmein, et notamment dans ses travaux de droit constitutionnel.

Cet esprit libéral transparaît d'abord dans la conception qu'il se fait et dans la définition qu'il donne de la science du droit constitutionnel : « Le droit constitutionnel est, dans les pays civilisés, la partie fondamentale du droit public ; toutes les autres branches de ce droit en supposent l'existence ; le droit privé la suppose aussi, lorsqu'il se présente sous forme de loi écrite.Le droit constitutionnel a un triple objet. Il détermine : 1° la forme de l'État ; 2° la forme et les organes du gouvernement ; 3° les limites des droits de l'État »[1].

Il précise sa définition et consolide la détermination des éléments constitutifs du droit constitutionnel quelques pages plus loin en détaillant notamment la notion de limitation des droits de l'État. Cette limite des droits de l'État ne consiste ni plus ni moins qu'en la reconnaissance de « la liberté » ou de « libertés » aux individus, traduites par l'exercice de droits individuels. L'existence de ces droits individuels trouve sa source dans la reconnaissance au profit de l'individu de « droits antérieurs et supérieurs à ceux de l'État, qui s'imposent par conséquent au respect de l'État »[2].

Ainsi, l'existence de droits individuels, droits qui doivent être conférés et garantis à tout individu, forme une partie de la science du droit constitutionnel, et constitue une part de son essence même : « il [ce principe] forme avec ses conséquences un objet essentiel du droit constitutionnel »[3]. Dès l'introduction de son ouvrage, la substance même du droit constitutionnel est donc clairement identifiée comme un triptyque d'éléments indissociables, qualifiés de « naturels et nécessaires », et doit se limiter à cela [4].

Si Adhémar Esmein, par l'accent mis sur les droits individuels, offre une définition « libérale » du droit constitutionnel, il faut constater qu'en cela il ne s'écarte pas des définitions données par ses prédécesseurs auteurs d'ouvrages de « droit constitutionnel » à proprement parler[5]. Tous ces auteurs intègrent dans leur définition du droit constitutionnel la question de la limitation des droits de l'État au profit de la reconnaissance de droits individuels.

Pellegrino Rossi, sans pour autant offrir une définition scientifique, appréhendait le droit constitutionnel comme l'étude de la constitution d'un État, notion pouvant être entendue dans un sens élargi comme les règles régissant l'organisation d'un État, mais également dans un sens restreint comme « la loi des pays libres, des pays qui ont échappé

---

[1] *Éléments…, op.cit.,* p. 1.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 30
[3] *Ibid.,* nous soulignons.
[4] « La forme de l'État, la forme du gouvernement, la reconnaissance et la garantie de droits individuels, tels sont les objets naturels et nécessaires du droit constitutionnel ; on ne saurait en trouver aucun autre qui y rentre essentiellement, et dans ce traité je n'en comprendrai point d'autres », *Éléments…, op. cit.,* p. 30.
[5] Nous excluons ici les auteurs d'ouvrages de « droit public et administratif » tels Emile-Victor Foucart ou Anselme Batbie, de « droit politique » tel que Louis-Antoine Macarel, ou de commentaires spécifiques sur des textes constitutionnels tels Félix Berriat Saint Prix à propos de la Charte constitutionnelle de 1830 ou encore Charles Lefèbvre à propos des lois constitutionnelles de 1875. Ces auteurs ne proposent pas de définition véritablement scientifique du droit constitutionnel.

au règne du privilège et qui sont arrivés à l'organisation d'un peuple jouissant de ses libertés »[1].

Antoine Saint Girons définit le droit constitutionnel de façon moins schématique et sans doute avec moins de clarté que ne le fera Esmein. Saint Girons écrit : « Le droit constitutionnel, compris dans son étendue naturelle, est celui qui règle la création, l'organisation et les attributions des pouvoirs publics, qui, par suite, détermine, au moins en principe, les garanties individuelles et les droits reconnus aux citoyens pour la conservation de leurs libertés »[2]. Dans son manuel, Théophile Aumaître considère également que le droit constitutionnel est le droit qui étudie l'organisation des pouvoirs publics mais aussi la réglementation de ce qu'il nomme les « droits publics »[3].

Ainsi, la reconnaissance de l'existence de droits antérieurs et supérieurs à ceux de l'État implique la reconnaissance de « libertés » ou de « la liberté » au profit des individus dans leurs rapports avec l'État. Reconnaître et conférer des droits aux individus, reconnaître ces droits comme « antérieurs et supérieurs » aux droits de l'État, c'est reconnaître *de facto* l'existence de la liberté aux individus. Ces droits individuels ne sont que la traduction juridique et positive de la liberté individuelle, cette liberté individuelle étant un élément indispensable à la substance de la science constitutionnelle telle qu'elle est définie par Esmein.

Si la conception du droit constitutionnel, fortement empreinte des idées libérales développées au XIXe siècle, est commune à l'ensemble des constitutionnalistes de la fin du siècle, l'étude de la matière elle-même varie d'un auteur à l'autre. Le plan des *Éléments de droit constitutionnel* d'Adhémar Esmein constitue un élément pour le moins révélateur de son attachement à la notion de liberté et diffère, de façon plus ou moins remarquable, des plans d'études offerts par ses prédécesseurs.

Esmein propose un plan de son ouvrage en deux parties bien distinctes. La première est consacrée à la « liberté moderne », la seconde aux institutions issues des lois constitutionnelles de 1875 et à leurs rapports. L'objectif d'Esmein est simple et se reflète parfaitement dans le plan d'étude qu'il propose. Il s'agit pour lui de révéler l'existence de principes universels qui constituent le concept de « liberté moderne » et fondent les bases même du droit constitutionnel « moderne », puis de démontrer ensuite que le régime républicain des lois constitutionnelles de 1875 ne consiste qu'en la stricte application de ces grands principes de la « liberté moderne ». Joseph Delpech, dans son compte rendu, estime que « l'ouvrage forme ainsi un ensemble harmonieux : les définitions et les principes généraux contenus dans l'introduction, l'historique d'idées et de faits qui forme

---

[1] P. Rossi, *Œuvres complètes publiées sous les auspices du gouvernement italien, cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris recueilli par M. A. Porée, précédé d'une introduction par M. C. Bon-Compagni, ministre plénipotentiaire, député au Parlement italien,* (*Œuvres complètes…*) 1866, Paris, Guillaumin et Cie, tome 1er, p. 8.

[2] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 3, nous soulignons.

[3] « Le droit *constitutionnel* est une subdivision du droit public. Quel en est le domaine propre ? Parmi les questions d'intérêt général, il faut placer au premier rang l'organisation des *pouvoirs publics* et la réglementation des *droits publics*. Le droit constitutionnel est la partie du droit public qui les étudie l'une et l'autre. On peut dire qu'il donne les règles *supérieures* du droit public interne ». T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, 1893 2e édition, Paris, Cotillon, p. 1.

la première partie sont destinés à permettre de comprendre et de critiquer la seconde, étude de droit positif, conclusion et aboutissement logique de l'œuvre »[1].

Au-delà des implications méthodologiques sur lesquelles nous reviendrons, il faut constater qu'Esmein est le premier, et donc le seul en 1896, à envisager et à structurer l'enseignement du droit constitutionnel sous l'angle unique de la « liberté moderne ». À la lecture des ouvrages de droit constitutionnel parus avant 1896, on remarque que ni Antoine Saint Girons, ni Félix Moreau n'envisagent et ne structurent l'enseignement du droit constitutionnel sous cet angle unique de la liberté moderne.

Saint Girons propose dans son *Manuel* de 1884 un plan très synthétique et resserré autour des notions les plus importantes du droit constitutionnel[2] sans jamais consacrer de développements étendus et particuliers à la notion de liberté et à ses sources. Il se limite simplement à une courte définition de la « liberté moderne » au sein du chapitre consacré au gouvernement représentatif mais sans en faire le pivot ou le point structurant de son étude[3].

On peut d'ailleurs souligner que si Saint Girons adopte une conception libérale du droit constitutionnel en y intégrant la notion de « garanties individuelles », comme on l'a vu plus haut, il ne consacre pour autant aucune portion de son *Manuel* à l'étude de ces garanties individuelles, et cela dans un souci de délimitation de la matière, afin de ne pas franchir la fragile limite la séparant du droit administratif et du droit pénal : « Si, à l'exemple de Rossi, dont le *Cours de droit constitutionnel* est, sur beaucoup de points, resté un modèle, nous donnions à ce Manuel son étendue légitime, nous devrions, après avoir étudié les pouvoirs publics, traiter des droits individuels, des garanties assurées par la Constitution aux citoyens contre les pouvoirs publics. Toutefois nous ne pouvons pas oublier que nous écrivons surtout pour des étudiants en droit, qui trouvent, dans les cours de droit administratif et de droit criminel, un moyen de combler une lacune que nous laisserons volontairement. Sans doute il serait intéressant d'approfondir plusieurs questions que nous ne ferons qu'effleurer. Les pétitions, la presse, les réunions et associations, qui sont les grands moyens d'exprimer l'opinion publique, gagneraient peut être à être étudiées à côté des pouvoirs publics. Il en serait de même de la responsabilité des fonctionnaires et de toutes les questions de liberté et d'égalité »[4].

Le plan de l'ouvrage de Théophile Aumaître est, à cet égard, plus intéressant. Sans reconnaître formellement l'existence de grands principes de droit constitutionnel, Aumaître s'attache dans la deuxième partie de son *Manuel de droit constitutionnel* à recherche

---

[1] J. Delpech, « Compte rendu de *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, par M. A. Esmein, 2e éd., Paris, Larose, 1899 », *RDP*, 1899, t. XII, p. 534. On remarquera que Joseph Delpech a participé de façon indirecte à la seconde édition des *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* en assurant la rédaction de la table des matières alphabétique de l'ouvrage, comme le signale Esmein à la fin de la préface à la seconde édition.

[2] Antoine Saint Girons propose un plan de douze chapitres, le premier étant une introduction générale, les suivants correspondant tous aux grandes notions de la matière : souveraineté nationale, pouvoir constituant et révision constitutionnelle, pouvoirs constitués, séparation des pouvoirs, formes politiques, gouvernement représentatif et élections, pouvoir législatif, pouvoir exécutif, collaboration nécessaire des pouvoirs publics, moyens d'influence réciproque des deux pouvoirs, autorité judiciaire.

[3] « Telle n'est pas la notion exacte de la liberté moderne, de la liberté chrétienne, qui, en émancipant l'individu de l'État, a, en même temps, rectifié l'idée fausse de souveraineté. La liberté a été, non pas la possession du pouvoir, la participation au gouvernement, mais la limitation des pouvoirs publics au profit des droits individuels, la constitution de garanties contre le despotisme de l'État », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 105.

[4] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 3.

les origines de la Constitution française de 1875 et dans ce cadre s'intéresse aux théories philosophiques du XVIIIe siècle ainsi qu'à l'influence des institutions politiques anglaises.

Ainsi, Adhémar Esmein n'est pas le premier à consacrer une partie de son ouvrage à l'influence des théories philosophiques du courant des Lumières et les institutions anglaises, mais il est néanmoins le premier à l'inclure dans une étude plus globale tendant à démontrer l'existence de « principes généraux de droit constitutionnel »[1] formant la notion de « liberté moderne ». En effet, il considère qu'ont émergé de l'Histoire des principes communs de droit constitutionnel, sortes de lois générales communes aux États dits modernes et reconnus comme tels, à l'image d'Édouard Laboulaye qui, en son temps, reconnaissait et affirmait déjà l'existence de « principes qui conviennent à toutes les sociétés chrétiennes »[2] susceptibles de permettre l'accomplissement et de garantir la liberté moderne.

À la suite de l'introduction des *Éléments de droit constitutionnel*, Adhémar Esmein annonce le plan d'étude[3] de son ouvrage et justifie notamment la première partie consacrée aux principes et aux institutions de la liberté moderne. À ce titre, il s'attache aux sources qui ont permis de constituer cette notion et aux éléments qui ont permis de mettre l'individu au cœur de la réflexion politique et juridique moderne. Ainsi voit-il deux sources : d'abord des sources intellectuelles ou philosophiques (Titre 1er) puis des sources factuelles ou institutionnelles (Titre 2).

---

[1] « Ainsi s'est constitué un fonds commun de principes et d'institutions qui représentent véritablement la liberté moderne. Il y a de nos jours pour les peuples libres d'Occident des principes généraux de droit constitutionnel. D'ailleurs les Constitutions, qui en sont l'application, présentent des variétés nombreuses et marquées, non seulement dans les détails, mais aussi, quoique dans une mesure plus restreinte, quant à leurs règles fondamentales ». *Éléments…, op. cit.*, p. 59.

[2] Édouard Laboulaye s'exprime quant à la constitution anglaise et écrit : "Cette constitution, sans doute, il ne faut pas la transporter toute entière dans un pays où la société n'est point organisée comme la société anglaise. Mais à côté des formes particulières, locales, *il y a des principes qui conviennent à toutes les sociétés chrétiennes*. Une représentation nationale librement choisie, le vote effectif et annuel de l'impôt et de l'armée, un contrôle efficace sur les dépenses publiques, une haute influence sur les affaires, la liberté de la tribune et de la presse : *voilà les conquêtes de la civilisation qui ne sont le monopole d'aucun pays*.» B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle…, op. cit.*, p. XXVII., nous soulignons.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 60.

TITRE PREMIER

Les sources philosophiques de la liberté

Pour Esmein, la notion de liberté moderne, formée de « principes généraux », trouve en partie sa source dans la philosophie du XVIIIe siècle. Il est à remarquer l'importance que tiennent les auteurs de la seconde moitié du XVIIIe siècle dans l'œuvre d'Esmein. Il n'est pas rare de trouver dans les écrits constitutionnels, mais aussi dans certaines pages d'histoire du droit, des références nombreuses et importantes à ces auteurs désignés tour à tour comme « les philosophes»[1], « les hommes»[2], « les publicistes »[3] du XVIIIe siècle ou comme des « philosophes politiques »[4].

Les *Éléments de droit constitutionnel* sont, sans aucun doute, la meilleure preuve de l'intérêt d'Esmein pour la philosophie politique du XVIIIe siècle, mais aussi le signe incontestable de son importance pour sa réflexion juridique.
Au sein du deuxième titre de la première partie, intitulé « principes dégagés par la philosophie du XVIIIe siècle et proclamés par la Révolution »[5], l'auteur consacre un chapitre[6] entier à ces auteurs et à leur apport respectif dans la définition de la notion de liberté. Sans doute conscient de l'impossibilité d'étudier en profondeur l'ensemble de ces auteurs, Esmein renvoie, dès les premières lignes de ce chapitre, à une fraction d'un article[7] de Laboulaye issu de son enseignement en législation comparée au Collège de France. Esmein démontre là encore son attachement à Laboulaye et la proximité intellectuelle qui les lie.

Au-delà de son ouvrage de droit constitutionnel, les références aux philosophes du XVIIIe siècle se retrouvent dans les articles d'Esmein. Ainsi trouve-t-on mention, pour appuyer ses démonstrations, de Rousseau[8], Montesquieu[9] mais aussi de Locke[10] dans certains articles de droit constitutionnel. Tout comme il est fait mention, de manière plus

---

[1] A. Esmein, « Le "*Criminal Evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », *RPP*, 1898, t. XVIII, p. 347.
[2] *Éléments…*, *op.cit.*, p. 471, p. 477.
[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, p. 350. Mais aussi *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, p. 743. Ou encore *Précis élémentaire de l'histoire du droit français...*, p. 97.
[4] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 144. Il évoque même « la science politique des philosophes et publicistes du XVIIIe siècle », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 261.
[5] *Éléments…*, *op.cit.*, p. 261 et suivantes.
[6] *Ibid*.
[7] É. Laboulaye, « L'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, Paris, Germer Baillère, p. 417, p. 437, p. 468, p. 497, p. 520, p. 553, p. 585, p. 601, p. 633, p. 669, p. 687, p. 700, p. 722, p. 745, p. 769, p. 778. Puis, *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, Paris, Germer Baillère, p. 8, p. 42, p. 83, p. 149, p. 281, p. 378, p. 697, p. 715, p. 736, p. 766, p. 785. Esmein renvoie le lecteur de son ouvrage à la fin de cet article, sur les parties relatives à « l'influence des idées sur les destinées d'un peuple », à « Milton, et Locke », à « Locke » et à « l'abbé de Mably ».
[8] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 23, p. 30.
[9] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 29.
[10] A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit « des pleins pouvoirs » présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 205.

générale, à l'influence de ces philosophes dans certains articles de droit pénal[1] ou d'histoire du droit[2].

Les autres ouvrages d'Esmein témoignent encore, s'il le fallait, de son attachement et de l'intérêt qu'il porte à ce mouvement philosophique propre au XVIIIe siècle. Ainsi évoque-t-il, dans *Gouverneur Morris, un témoin américain de la Révolution française*, « la philosophie du XVIIIe siècle »[3] et les auteurs[4] qui la marquèrent tels que Locke, Montesquieu ou Rousseau. Deux de ses ouvrages d'histoire du droit font référence aux mêmes auteurs, de façon assez discrète dans le *Cours élémentaire d'histoire du droit français*[5], et de façon plus prononcée dans le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*[6]. Enfin, un dernier ouvrage doit être signalé : l'*Histoire de la procédure criminelle en France* qui consacre, à l'image des *Éléments de droit constitutionnel*, un chapitre entier à « la procédure criminelle et l'esprit public au XVIIe et XVIIIe siècles »[7] et au sein duquel on remarque de très nombreuses références aux auteurs du XVIIIe siècle[8]. On constate face à l'ensemble de ces références qu'Esmein n'use jamais de l'expression contemporaine « philosophie des Lumières », alors que les auteurs auxquels il fait appel dans ses démonstrations et dans ses références appartiennent tous à ce courant de pensée. Cette absence d'emploi de l'expression « Lumières » pour désigner le courant philosophique du XVIIIe siècle s'explique par le fait qu'en 1896, date de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*, l'expression n'a pas encore émergé. Jean de Viguerie[9] remarque que l'usage du terme s'est popularisé après 1945, et qu'on n'en trouve aucune trace avant cette date.

Pourtant, la conception que se fait Esmein de l'influence de ces écrits philosophiques du XVIIIe siècle peut être rapprochée de l'idée de « connaissances », de l'idée « d'illumination de l'esprit »[10] afférente à la notion de « Lumières ». En effet, dans la plupart des ouvrages cités ci-dessus, Esmein considère que les idées et principes issus de la philosophie du XVIIIe siècle ont eu une influence extraordinaire sur le monde

---

[1] A. Esmein, « Le "*Criminal Evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 347.

[2] Il évoque « la philosophie du XVIIIe siècle » dans A. Esmein, « La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », *Essays in legal history read before the international studies held in London, 1913*, Oxford Univserity Press, 1913, p. 214.

[3] A. Esmein, *Gouverneur Morris, un témoin américain de la Révolution française*, (*Gouverneur Morris…*) Paris, Hachette, 1906, p. 17.

[4] Locke : *Gouverneur Morris…, op. cit.*, p. 93, p. 152, p. 156, p. 312. Montesquieu : *Gouverneur Morris…, op.cit.*, p. 17, p. 19, p. 82, p. 156, p. 300. Rousseau : *Gouverneur Morris…, op. cit.*, p. 64, p. 67, p. 78, p. 152, p. 289, p. 316.

[5] Montesquieu : *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 49, p. 101, p. 420. Rousseau : *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 176. Voltaire : *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 101, p. 104.

[6] Montesquieu : *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 34, p. 37, p. 97, p. 152, p. 216, p. 250. Rousseau : *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 139, p. 144, p. 164, p. 172. : *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 105, p. 250. Beccaria, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 250.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 348 et suivantes.

[8] Montesquieu : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 358, p. 259, p. 360, p. 361, p. 362, p. 363, p. 370. Voltaire : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 349, p. 359, p. 360, p. 361, p. 362, p. 363, p. 365, p. 366, p. 368, p. 370. Beccaria : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 349, p. 358, p. 361, p. 362, p. 363, p. 370.

[9] Jean De Viguerie, *Histoire et dictionnaire du temps des Lumières*, Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1995, p. 1138.

[10] *Ibid.*

occidental et qu'ils ont en quelque sorte éclairé le monde plongé, depuis les temps féodaux, dans une forme de pénombre intellectuelle.

Ainsi, évoquant cette philosophie « des Lumières », il écrit : « Cependant peu à peu les idées anciennes, la vieille conception de la société, devaient céder sous la poussée d'un esprit nouveau. La philosophie du XVIIIe siècle se levait, et pour la décision de toutes les questions sociales, elle n'admettait plus que deux principes : la raison et ce sentiment de sympathie pour l'espèce humaine, qu'on appela l'humanité ou la nature. Les philosophes, selon le mot d'un de leurs disciples, avaient pour cri de guerre : raison, tolérance, humanité »[1]. Dans des termes similaires, il écrit dans les *Éléments de droit constitutionnel* à propos de ce courant majeur de pensée : « Mais la philosophie du XVIIIe siècle introduisit en Occident un courant nouveau d'idées. Dans la mesure où elle s'appliqua aux spéculations politiques, elle fut un immense effort pour reconstituer les sociétés modernes d'après les règles de la raison et la justice naturelle. Ce fut un levain puissant qui devait transformer le monde »[2]. Si le terme de « Lumières » ou l'expression « philosophie des Lumières » ne sont jamais employés par Esmein, celui-ci adopte une image similaire, bien que plus modérée, en comparant la diffusion des idées par ces écrits à un semis destiné à germer dans le monde occidental[3]. Si la comparaison est moins saisissante que l'idée « d'illumination », elle n'en n'est pas moins juste et porte même en elle l'idée d'enracinement, forme proche d'une certaine continuité ou de stabilité. On peut d'ailleurs rapprocher cette description de celle exprimée par Hippolyte Taine, dont Esmein a suivi les cours dans sa jeunesse, et qui compare également la diffusion de la philosophie du XVIIIe siècle en Europe continentale à la croissance d'un végétal.[4]

De la philosophie du XVIIIe siècle, source de sa conception de la liberté moderne, Esmein tient alors Montesquieu pour le véritable et le premier « semeur de vérités » (Chapitre 1er) et offre une place certaine mais moindre à Rousseau, Voltaire et Beccaria (Chapitre 2).

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 357.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 59.

[3] « Nos philosophes du XVIIIe siècle en les [les doctrines de l'école du droit de la nature] acceptant les transformèrent. Ils ne reculèrent point devant les conséquences dont les principes étaient gros, et les déduisirent au contraire sans hésitation, chacun suivant la nature de son esprit et tous avec un ardent amour de la liberté. Ce n'est point qu'ils prévissent ou voulussent pour leur pays, sauf Mably, une prompte et profonde révolution politique ; non seulement Montesquieu, mais même Rousseau fait preuve à cet égard d'esprit conservateur. *Mais les vérités hardies qu'ils semaient ne pouvaient manquer de germer dans les esprits plus promptement qu'ils ne le pensaient.* » *Éléments…, op. cit.*, p. 270, nous soulignons.

[4] « Née en Angleterre, la philosophie du dix huitième siècle n'a pu se développer en Angleterre. […]. Au contraire, en France, la graine importée d'Angleterre végète et pullule avec une vigueur extraordinaire. Dès la Régence elle est en fleur. Comme une espèce favorisée par le sol et le climat, elle envahit tous les terrains, elle accapare l'air et le jour pour elle seule… […] C'est que la nouvelle semence est tombée sur le terrain qui lui convient, je veux dire dans la patrie de l'esprit classique. En ce pays de raison raisonnante, elle ne rencontre plus les rivales qui l'étouffaient de l'autre côté de la Manche, et tout de suite elle acquiert, non seulement la force de sève, mais encore l'organe de propagation qui lui manquait ». H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, 24e édition, Paris, Hachette, t. II, p. 79 et p. 80.

CHAPITRE PREMIER

L'influence des écrits de Montesquieu

Comme nous l'avons constaté, les références, les mentions et les citations des auteurs de la philosophie des Lumières sont très nombreuses et très variées dans les travaux d'Adhémar Esmein, et notamment dans ses travaux constitutionnels. Ce constat s'applique tout particulièrement à Montesquieu et à son ouvrage *De l'Esprit des lois*, ouvrage « souvent invoqué parmi les œuvres fondatrices du libéralisme »[1], devenu un « classique du répertoire »[2].

Le philosophe français est, sans conteste, la source première et principale d'Esmein dans sa définition des contours de la liberté. Qu'il s'agisse des *Éléments de droit constitutionnel*[3], du *Précis élémentaire de l'histoire du droit de 1789 à 1814*[4] ou encore de l'*Histoire de la procédure criminelle en France*[5], Montesquieu est l'auteur du XVIIIe siècle le plus mentionné et surtout le plus cité. Au-delà même des simples mentions ou citations, Esmein use de superlatifs afin de marquer l'admiration qu'il lui voue. Considéré comme « le plus grand »[6] des philosophes du XVIIIe siècle, l'auteur de *l'Esprit des lois* est loué pour son « génie »[7] et pour son « œil perçant »[8] qui ont permis de dégager des principes fondamentaux destinés à garantir la liberté de l'individu.

Montesquieu constitue ainsi la référence suprême d'Esmein. Comme nous l'avons déjàsignalé plus haut, la préface à la deuxième édition des *Éléments de droit constitutionnel* offre à Esmein la possibilité de réaffirmer son attachement à la philosophie du juriste bordelais, mais surtout de fixer son programme d'étude, de délimiter les bornes du droit constitutionnel. À Xénocrate Combothécra qui lui reprochait de ne pas avoir tenu compte de l'ensemble de la littérature constitutionnelle, et notamment des écrits de la science juridique allemande, Esmein répliquait que son étude portait sur « les constitutions, et celles-là seulement, qui "ont la liberté politique pour objet direct", selon le mot de Montesquieu. Elles me paraissent facile à distinguer : ce sont celles qui ont proclamé et pris pour base le principe de la souveraineté nationale (quelle que soit d'ailleurs la forme de gouvernement qu'elles organisent), et celles des monarchies, qui, sans proclamer ce principe, ont adopté et pratiquent le gouvernement parlementaire ou gouvernement de cabinet. Il y a dans le monde, comme dit encore Montesquieu, de grandes monarchies qui n'ont point la liberté politique pour objet direct de leurs constitutions ; celles-ci "ne tendant qu'à la gloire des citoyens, de l'État et du prince". Elles forment aussi un objet

---

[1] Céline Spector, « Montesquieu était-il libéral ? », *La pensée libérale, histoire et controverses*, Paris, Ellipses, 2010, p. 57.
[2] *Ibid*.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 65, p. 66, p. 175, p. 214, p. 220, p. 261, p. 262, p. 395, p. 451, p. 458, p. 462, p. 466, p. 471, p. 475, p. 477, p. 496, p. 497, p. 498, p. 500, p. 505, p. 509, p. 510, p. 514 ; p. 523, p. 531, p. 723, p. 733, p. 734, p. 758, p. 991, p. 1113, p. 1114, p. 1116.
[4] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 34, p. 37, p. 97, p. 152, p. 216, p. 250.
[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 358, p. 359, p. 360, p. 361, p. 362, p. 363, p. 370.
[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 262.
[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 261 et p. 451.
[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 220.

d'étude intéressant ; mais ce n'est pas celui que je me suis proposé. La Constitution de l'Empire d'Allemagne et celles de la plupart des États particuliers qui le composent appartiennent à cette seconde classe. Par suite et tout naturellement, c'est en vue des constitutions de ce type que les écrivains allemands ont construit leurs théories constitutionnelles. Voilà pourquoi, moi, qui doit tant par ailleurs à la science allemande, je ne l'ai point mise ici à contribution. J'ai largement puisé, au contraire, dans la littérature constitutionnelle de l'Angleterre et des États-Unis »[1]. Ainsi, la seule et simple référence à Montesquieu et à la « nation dans le monde qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique »[2] suffit à Esmein pour déterminer l'objectif, et donc le programme, de son ouvrage de droit constitutionnel.

Esmein n'est certes pas le seul juriste à faire appel aux théories de Montesquieu dans son ouvrage de droit constitutionnel. Les ouvrages de droit constitutionnel précédant les *Éléments de droit constitutionnel* font état, dans une dimension beaucoup plus modeste, des écrits des philosophes du XVIIIe siècle, à commencer par ceux du Baron de la Brède

Dans son *Manuel de droit constitutionnel*, Antoine Saint Girons mentionne à plusieurs reprises Montesquieu et ses théories, à commencer par la théorie de « séparation des pouvoirs ». S'il reconnaît la qualité de « grand penseur »[3] au philosophe, malgré son aversion pour la « métaphysique »[4] et notamment la philosophie du XVIIIe siècle, le Professeur lyonnais émet une vive critique[5] de la conception des trois pouvoirs et de leur prétendue séparation, considérant notamment que « Montesquieu a surtout complètement méconnu la constitution anglaise en se prononçant pour la séparation absolue des pouvoirs »[6].

De façon moins vive, Félix Moreau, qui cite Montesquieu à quelques reprises[7] dans son *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, critique également la notion de séparation des trois pouvoirs en soulignant l'imprécision[8] du chapitre VI de *l'Esprit des lois* et donc de l'impossibilité d'en tirer une théorie juridique.

Consacrant quelques courtes pages de son *Manuel de droit constitutionnel* aux théories philosophiques issues du XVIIIe siècle, Théophile Aumaître est sans aucun doute le moins critique à l'égard du philosophe français. Relevant que Montesquieu, tout comme Rousseau et Voltaire, a « illustré la lutte de laquelle sont sorties les institutions

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. XX et p. XXI.

[2] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, Londres, Nourse, 1767, tome II, p. 207, orthographe modernisée (l'orthographe sera modernisée pour l'ensemble des citations de Montesquieu au cours de cette étude). Montesquieu évoque ici la Constitution d'Angleterre qui sera étudiée dans son chapitre suivant.

[3] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 291.

[4] « Trop souvent il en a été ainsi et le métaphysicien est devenu au moyen-âge, comme au XVIIIe siècle, le serviteur, le préparateur du despotisme », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 88.

[5] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 8.

[6] *Ibid.* Il écrit plus loin dans l'ouvrage : « La séparation absolue des pouvoirs n'existe pas en Angleterre, bien que Montesquieu, et surtout les imitateurs, qui ont exagéré ses doctrines, aient cru la trouver dans la Constitution anglaise », p. 398. On notera qu'Antoine Saint Girons ne fait ici que renouveler la critique à l'égard de Montesquieu et de sa théorie de la séparation des trois pouvoirs qu'il avait déjà émise quelques années auparavant : voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 4.

[7] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel : organisation des pouvoirs publics et libertés publiques*, 9e édition, Paris, Larose et Forcel, 1921, p. 7, p. 16, p. 17, p. 40, p. 121, p. 401, p. 403.

[8] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel : organisation des pouvoirs publics et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 16.

modernes »[1], il le réduit lui aussi à sa théorie la plus célèbre en en critiquant une partie qui a longtemps donné matière à débat, celle de savoir si le pouvoir judiciaire constitue le troisième pouvoir[2] de la triarchie.

Adhémar Esmein est donc le premier et le seul à offrir une telle place à Montesquieu dans ses travaux constitutionnels. Il est aussi le premier et le seul, malgré quelques critiques sur lesquelles nous reviendrons, à adhérer de façon aussi claire aux théories constitutionnelles déterminées et exprimées dans *l'Esprit des lois*. En cela il se rapproche encore indéniablement du courant libéral français du XIXe siècle qui tient Montesquieu pour l'un des pères du libéralisme politique. L'appréciation d'Esmein est à rapprocher des écrits d'Hyppolite Taine qui font un résumé pour le moins élogieux[3] de l'œuvre de Montesquieu et qui le tiennent pour l'auteur « le mieux instruit, le plus sagace et le plus équilibré de tous les esprits du siècle »[4] et qui « démêlait ces vérités parce qu'il était à la fois érudit, observateur, historien et jurisconsulte »[5].

Benjamin Constant, dans ses œuvres à caractère politique, témoigne également un grand respect à l'auteur de *l'Esprit des lois*. Ainsi le rapproche-t-il de Machiavel pour en faire « les deux plus grands publicistes des temps modernes »[6] en soulignant sa qualité première qui fit défaut à Rousseau ou à Mably, celle d'être « doué d'un esprit observateur, parce qu'il avait une tête moins ardente »[7]. Enfin l'admiration que porte Édouard Laboulaye à Montesquieu est connue, le sénateur de la IIIe République étant à l'origine, à partir de 1875, de la réédition[8] des œuvres de « cet esprit puissant, sage et bon »[9].

Se situant ainsi dans la droite ligne du courant libéral du XIXe siècle, Esmein voit en Montesquieu celui qui a su le mieux exploiter et synthétiser la philosophie des tenants du droit naturel qui avait « pensé l'individu » et y apporter les solutions juridiques et constitutionnelles que constitue la liberté politique afin de garantir ces droits naturels inhérents à l'individu (Section 1). Plus encore, aux yeux d'Esmein, Montesquieu est le premier à avoir compris et défendu l'idée selon laquelle la sûreté, c'est-à-dire la garantie juridique de la liberté corporelle, est la condition primordiale à l'existence effective de la liberté politique (Section2).

---

[1] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 29.

[2] « On voit donc que, d'un côté Montesquieu avait omis de comprendre l'autorité administrative dans sa division des pouvoirs et que d'un autre côté, il avait élevé l'autorité judiciaire au rang de pouvoir fondamental et en avait fait l'égale du pouvoir exécutif, dont elle n'est qu'une dépendance », T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 34.

[3] « Pour le ton et les façons, Montesquieu est le premier. Point d'écrivain qui soit plus maître de soi, plus calme d'extérieur, plus sûr de sa parole. Jamais sa voix n'a d'éclats ; il dit avec mesure les choses les plus fortes », H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op.cit.*, p. 89. Ou encore « Au plus fort de la bouffonnerie comme au plus fort de la licence, il reste homme de bonne compagnie, né et élevé dans ce cercle aristocratique où la liberté est complète, mais où le savoir-vivre est suprême, où toute pensée est permise, mais où toute parole est pesée, où l'on a le droit de tout dire, mais à condition de ne jamais s'oublier », H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op. cit.*, p. 92.

[4] H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op. cit.*, p. 16.

[5] *Ibid*. Voir également p. 100.

[6] B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.* p. 43.

[7] B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.* p. 273.

[8] *Œuvres complètes de Montesquieu avec les variantes des premières éditions : un choix des meilleurs commentaires et des notes nouvelles par Édouard Laboulaye*, 6 volumes, Paris, Garnier, 1875.

[9] *Œuvres complètes de Montesquieu avec les variantes des premières éditions : un choix des meilleurs commentaires et des notes nouvelles par Édouard Laboulaye*, vol. I, Paris, Garnier, 1875, p. VI.

Section 1

La maturation des idées du droit naturel et leur expression chez Montesquieu

À l'aune de la définition[1] du droit constitutionnel figurant à la première page des *Éléments de droit constitutionnel*, on ne peut que constater la volonté de l'auteur d'établir une frontière claire entre les droits de l'État et les droits de l'individu. En référence directe à Montesquieu, nous l'avons souligné, seules seront étudiées les Constitutions ayant pour objet direct la « liberté politique »[2]. Il s'agit là des Constitutions qui, en limitant les droits de l'État, autorisent et définissent l'existence d'une sphère privée à laquelle sont attachés les droits de l'individu. Si le philosophe français est le premier à définir la liberté politique tout en proposant une construction institutionnelle aboutie – un « système »[3] – Esmein entend rechercher l'origine de l'affirmation de l'existence des droits individuels, afin de remonter aux sources de la philosophie de Montesquieu.

Le mérite de Montesquieu reconnu par Esmein – qui le considère comme « le plus grand »[4] – est d'avoir apporté des solutions institutionnelles à la problématique centrale du libéralisme. Celle-ci consiste à savoir comment préserver la liberté ou, plus exactement, comment fonder une organisation politique susceptible de ne pas envahir et, plus encore, de protéger cette sphère privée de l'individu formée d'un certain nombre de droits dits « naturels ».

Esmein estime que Montesquieu propose la forme la plus aboutie de structure institutionnelle visant à garantir la liberté politique. Il reconnaît que si le philosophe bordelais n'est pas le premier à s'être penché sur la question de l'organisation du pouvoir politique, il est celui qui offre la meilleure réponse[5] (II). Le professeur parisien admet que la réponse proposée n'est que le résultat d'une réflexion amorcée dés le XVIe siècle, réflexion qui permit à Montesquieu d'énoncer une théorie juridique acceptable et solide : « Montesquieu seul a été véritablement un esprit créateur dans le domaine de la science politique, tout en devant beaucoup à ceux qui l'avaient précédé. Les philosophes du XVIIIe siècle trouvaient déjà formulés et établis la plupart des axiomes politiques qu'ils firent accepter par leurs contemporains »[6] (I).

---

[1] « Le droit constitutionnel est, dans les pays civilisés, la partie fondamentale du droit public; toutes les autres branches de ce droit en supposent l'existence; le droit privé la suppose aussi, lorsqu'il se présente sous forme de loi écrite. Le droit constitutionnel a un triple objet. Il détermine : 1° la forme de l'État; 2° la forme et les organes du gouvernement; 3° *les limites des droits de l'État* ». *Éléments…, op. cit.*, p. 1, nous soulignons.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. XX.

[3] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. II, p. 251.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 262.

[5] « Ces conceptions n'étaient point nouvelles pour la plupart, et leur élaboration remontait même assez haut; Montesquieu seul a été véritablement *un esprit créateur* dans le domaine de la science politique, tout en devant beaucoup à ceux qui l'avaient précédé. Les philosophes du XVIIIe siècle trouvaient déjà formulés et établis la plupart des axiomes politiques qu'ils firent accepter par leurs contemporains », *Éléments…, op. cit.*, p. 263, nous soulignons.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 263. Il écrit plus haut : « Comment un petit nombre d'hommes ont-ils pu, en un demi-siècle, changer les idées traditionnelles de tout un peuple et découvrir une série de vérités nouvelles douées d'une telle force d'expansion ? En réalité, il n'y a là qu'une apparence » *Éléments…, op. cit.*, p. 262.

I
Les legs de l'École du droit naturel

La formation d'historien du droit d'Esmein l'entraîne de façon presque mécanique à rechercher ce qu'il dénomme « les filiations »[1] des diverses institutions qu'il soumet à son étude. Cette recherche des origines d'une institution s'applique aussi, d'une certaine manière, aux idées politiques. Attaché à l'étude de l'histoire des idées et des doctrines, à l'image d'Édouard Laboulaye[2], il considère que cette discipline « peut s'appliquer utilement à toutes les manifestations de l'esprit humain, à la religion, à la morale, au droit, aux sciences et aux arts »[3]. Mais surtout, il insiste sur son utilité particulière en science politique[4] : « Elle [l'histoire des doctrines] est féconde surtout pour la science politique. En effet, parmi les éléments qui forment et transforment les institutions humaines, à côté des besoins qui s'affirment et des précédents qui s'enchaînent peu à peu, figure le travail d'un certain nombre d'hommes, qui dégagent lentement les idées destinées à devenir communes et les réduisent en corps de doctrines et en formules saisissantes »[5]. Fidèle à cette opinion, la première partie des *Éléments de droit constitutionnel* propose un exposé relativement concis – remanié et approfondi à partir de l'édition de 1899 – des « filiations » que l'on peut établir entre les principes philosophiques et juridiques délivrés par Montesquieu et les écrits des auteurs qui l'ont précédé.

Par ce chapitre consacré à la philosophie du XVIIIe siècle[6], Esmein s'attache au « contexte intellectuel jusnaturaliste dans lequel Montesquieu doit penser son propre effort et trouver sa place »[7]. Car c'est bien au droit naturel et à ses auteurs les plus emblématiques que va se consacrer cette courte étude. Le professeur parisien relève en effet toute l'importance et la prégnance des écrits des auteurs de « l'École du droit de la nature et du droit des gens » [8] qui ont précédé l'auteur de l'*Esprit des lois* et qui l'ont, sinon

---

[1] « Faire l'histoire d'une loi disparue, ce n'est pas dire seulement comment elle fut rédigée, appliquée et plus tard abrogée : il faut encore rechercher l'origine du droit qu'elle contenait, il faut se demander si elle n'a rien transmis aux législations plus jeunes qui lui ont succédé. *Ici, comme dans le monde physique, s'impose la nécessité des filiations*. Quand en particulier, il s'agit d'un Code qui a longtemps vécu, on peut affirmer que le législateur a trouvé autour de lui, épars et incomplets peut-être, les éléments dont il a composé son corps de lois ; il a donné une forme nouvelle, il a réformé, mais la matière qu'il façonnait était déjà créée. » *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. VI, nous soulignons. Voir également *Éléments…, op. cit.*, p. 455.

[2] « Comment l'idée de tolérance a-t-elle paru dans le monde ? C'est là une question qui peut vous paraître étrange. Quand on n'a pas étudié l'histoire à ce point de vue, il semble que les idées acceptées aujourd'hui aient toujours existé. Pas du tout. *Les idées ont leur date, et cette date, on peut la constater ; c'est une des études les plus instructive qu'on puisse faire*. » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, p. 379, nous soulignons.

[3] A. Esmein, préface à I. Tchernoff, *Le parti républicain sous la monarchie de Juillet. Formation et évolution de la doctrine républicaine*, 2e édition, Paris, Pedone, 1905, p. XIII.

[4] La matière est, au XIXe siècle, indistinguée du droit constitutionnel proprement dit.

[5] A. Esmein, préface à I. Tchernoff, *Le parti républicain sous la monarchie de Juillet. Formation et évolution de la doctrine républicaine, op. cit.*, p. XIII. Il poursuit plus loin : « Puis au hasard des événements, alors parfois qu'on s'y attend le moins, la doctrine ainsi élaborée entre subitement en maîtresse dans le domaine des faits et transforme les institutions. C'est alors l'histoire seule des doctrines qui peut faire comprendre l'histoire des faits. Sans elle la loi de continuité qui domine le développement des institutions recevrait le plus irréparable démenti »

[6] Il s'agit du premier chapitre du second titre de la première partie de l'ouvrage. Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 261 et suivantes.

[7] J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme*. Fayard, coll. Ouvertures, Paris, 2011.

[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 263. Voir également *Éléments…, op. cit.*, p. 265.

influencé, au moins guidé. Ainsi, à propos de ces « axiomes»[1] exprimés par les philosophes des Lumières, il écrit : « Ceux à qui ils les empruntèrent étaient des jurisconsultes, qui formèrent au XVIIe et au XVIIIe siècles une école véritable, ayant des représentants dans les divers pays d'Europe : l'École du droit de la nature et du droit des gens »[2].

Les *Éléments de droit constitutionnel* sont remarquables sur ce point. Leur auteur est en effet le premier et le seul[3] à exposer brièvement, dans un chapitre d'un ouvrage de droit constitutionnel de la fin du XIXe siècle, les théories et les principes dégagés par des auteurs tels que le hollandais Hugo Grotius[4], les allemands Samuel von Puffendorf[5] et Christian Wolff[6] ou encore le suisse Emer de Vattel[7]. Mais ce sont surtout, nous le verrons, les écrits des auteurs anglais Thomas Hobbes[8] et John Locke[9] qui vont particulièrement retenir son attention.

Ces auteurs ont engagé la réflexion et ont posé la « thèse centrale du libéralisme »[10] : la souveraineté de l'individu. Leurs écrits ont permis de « penser l'individu » et forment ainsi la source première de la pensée de Montesquieu. Leurs travaux ont en effet accouché d'une conception de l'individu dans sa nature première et originelle, individu détaché de tout environnement social, autrement dit d'une conception de l'homme « naturel » dictée par le droit naturel.

Car c'est bien dans le droit naturel qu'Esmein décèle le principe de souveraineté de l'individu, principe qui guidera la démonstration établie par Montesquieu. Le professeur parisien va alors s'attacher à démontrer toute l'importance de ce droit de la nature et, *de facto*, y apporter une adhésion mesurée. Mais il est absolument nécessaire de signaler que la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* accorde une place beaucoup moins importante à l'analyse de la philosophie du droit naturel que ne le feront les éditions suivantes. En termes purement quantitatifs, la première édition de l'ouvrage limite le chapitre à cinq pages[11], tandis que les éditions suivantes - qui conserveront toutes la même version - y accordent six pages[12] supplémentaires. D'un point de vue qualitatif, l'addition de développements à ce chapitre s'explique par une plus grande attention accordée aux théories du droit naturel. La formulation de la définition du droit naturel varie de la première édition aux éditions suivantes et l'intérêt porté aux concepts d'état de

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 261.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 263.
[3] Cela peut être considéré comme l'effet de la cause. Comme nous l'avons montré, Adhémar Esmein est bien le seul à accorder une place prépondérante à la philosophie des Lumières dans son enseignement du droit constitutionnel, de sorte qu'il est également le premier et le seul en 1896 à s'attacher aux origines de la philosophie des Lumières et aux auteurs qui en constituent la source.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 265, p. 267, p. 268, p. 269, p. 275, p. 280 et p. 290.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 265, p. 267 et p. 268.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 265, p. 267, p. 268, p. 269, p. 290, p. 541 et p. 569.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 265, p. 267, p. 280, p. 568, p. 569 et p. 572.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 265, p. 266, p. 267, p. 268, p. 269, p. 1109, p. 1178.
[9] *Éléments…, op. cit.*, p. 265, p. 266, p. 267, p. 268, p. 269, p. 274, p. 277, p. 452, p. 453, p. 454, p. 455, p. 456, p. 458, p. 541, p. 682, p. 1107, p. 1108.
[10] « La thèse centrale du libéralisme peut se résumer en une formule: il n'existe pas de subordination naturelle des êtres humains et chaque individu est souverain et libre de décider pour lui-même face à toutes les autorités, morales ou religieuses, les pouvoirs, politiques ou autres, tous les despotismes, qui voudraient le soumettre », C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Folio, coll. Essais, 2009, p. 29.
[11] *Éléments…*, 1ère éd., 1896, Paris, Larose, p. 145-149.
[12] *Éléments…, op. cit.*, p. 261-271.

nature et de contrat social est beaucoup plus restreint en 1896, même s'il n'est pas moins vif que dans les éditions qui suivront. Il nous sera donc permis d'étudier l'analyse offerte par Esmein dans sa version la plus étoffée, offerte dés la deuxième édition de 1899, tout en signalant les variations avec la version d'origine, lorsqu'elles seront dignes d'intérêt.

À partir de 1899[1], l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* définit par trois fois, et de façon similaire, la notion de « droit naturel ». D'abord comme des « données fournies par la raison »[2], ensuite comme « les préceptes et les données de la raison humaine, de la droite raison »[3], enfin comme « l'ensemble des règles, dictées par la raison, qui devaient régir les rapports des hommes dans l'état de nature »[4]. Si on ne trouve nulle part ailleurs dans l'œuvre d'Esmein d'autre tentative de définition du droit naturel[5], on constate que celles fournies par son ouvrage de droit constitutionnel se bornent à assimiler le droit naturel à la raison. Ces trois brèves – mais semblables – définitions tranchent avec les définitions, souvent conséquentes[6], offertes par certains juristes de la fin du XIXe siècle.

---

[1] La première édition offre, sinon une définition différente de la version de 1899, au moins une formulation résumée du droit naturel tel qu'il est conçu à partir du XVIe siècle qui diffère de la version adoptée en 1899 : « Une École se fonda qui se proposa directement et principalement, de dégager d'après les données de la raison : 1° les droits et les devoirs des hommes, considérés dans un état de nature antérieurs aux sociétés civiles et dont l'existence était admise généralement; 2° les conditions dans lesquelles avaient pu légitimement se former les sociétés civiles et, par suite, les principes sur lesquels reposait l'État; 3° les droits et les devoirs réciproques des nations restées, elles, dans l'état de nature. On peut considérer comme le fondateur de cette école Grotius qui publia, en 1625, son célèbre traité *De jure belli et pacis* » *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 148.

[2] Il s'agit là d'une note de bas de page. Esmein écrit : « Cela [le droit de sanctionner les règles par contrainte et usage de la force légitime par l'État] est si vrai que Locke, voulant faire du *droit naturel*, c'est à dire des données fournies par la raison, un véritable droit, qu'il concevait comme ayant régi les hommes dans l'état de nature, a été conduit à lui donner comme sanction et comme complément un pouvoir exécutif », *Éléments…*, *op. cit.*, p.35.

[3] « Sans doute il [le droit naturel] fut conçu diversement, ce qui était inévitable puisqu'il s'agissait au fond de comprendre et d'interpréter les leçons et les préceptes que la nature donne aux hommes. Les uns comprirent seulement dans le droit naturel les actes que l'instinct seul inspire aux êtres vivants, aux animaux comme aux hommes; mais la conception toujours dominante fut de chercher ce droit dans les préceptes et les données de la raison humaine, de la droite raison » *Éléments…*, *op. cit.*, p. 263.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 266.

[5] On trouve seulement deux autres mentions du droit naturel dans son œuvre. L'une dans son *Cours élémentaire d'histoire du droit français* lorsque l'auteur explique : « La première mesure est contenue dans un édit célèbre de Louis le Hutin, de 1315, dont le préambule, inspiré par le droit romain, proclame que la liberté est de droit naturel; le roi offrait aux serfs de ses domaines l'affranchissement, mais moyennant finance », *Cours élémentaire d'histoire du droit français...*, *op. cit.*, p. 650. L'autre figure dans son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, lorsque l'auteur évoque le droit civil de la période révolutionnaire : « Le testament en particulier était fort mal vu des hommes de cette époque. Ils élevaient d'abord contre lui un premier reproche, que leur fournissait la doctrine classique de nos anciens jurisconsultes : elle enseignait qu'à la différence de la donation entre-vifs qui, d'après elle, était de droit naturel, le testament était simplement une institution du droit civil », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français...*, *op. cit.*, p. 220.

[6] « La philosophie du droit, ou le droit naturel, est la science qui expose les premiers principes du droit conçus par la raison et fondés dans la nature de l'homme, considérée en elle-même et dans ses rapports avec l'ordre universel des choses. Cette science prend sa source dans la croyance commune de l'humanité, qu'il existe des principes de justice indépendants des lois et des institutions positives, propres à servir de base aux jugements qui sont portés sur elle; et aux réformes dont elles sont susceptibles; c'est cette croyance, intimement liée aux convictions générales que les hommes se forment sur l'ordre moral du monde et sur la cause suprême, qui a été le levier le plus puissant de tous les progrès sociaux, le point lumineux, qui, dans le passé, éclaire la marche de l'humanité et fait, pour l'avenir, entrevoir un ordre social plus conforme aux principes de vérité, de bien et de justice », H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit complété, dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*, Leipzig, Brockhaus, 1875, t. I, p. 1-2. La définition offerte par Théodore Jouffroy s'en rapproche : « La fin de l'Homme étant connue, quelle doit être sa conduite dans toutes les circonstances possibles; ou, en d'autres termes, quelles sont les règles de la conduite humaine ? Cette question est celle là même qui fait le sujet de la science du droit naturel, en, prenant ce mot, mal fait mais

Ernest de Chabrol-Chaméane, par exemple, définit le droit naturel comme « l'ensemble de ces règles admises d'un commun accord entre tous les hommes parce qu'elles dérivent de leur nature. Les devoirs réciproques du père et des enfants, du mari et de la femme, l'exécution des promesses, etc. remontent à l'origine même de l'humanité, et n'ont eu besoin d'aucune promulgation. La loi naturelle qui n'est l'œuvre d'aucun législateur particulier, est au fond la même partout. *Non alia romae, non alia Athenis*, dit Cicéron »[1]. Victor Molinier, dans son *Programme du cours de droit criminel*, offre une définition assez proche de la définition fournie en 1835 par le *Dictionnaire* d'Ernest de Chabrol-Chaméane. Le professeur à la Faculté de Toulouse écrit : « On appelle Droit naturel l'ensemble méthodique des lois naturelles, c'est-à-dire des règles de conduite moralement obligatoires, qui émanent de la nature de l'homme et qui sont propres à le diriger dans l'accomplissement de sa destinée. Le Droit naturel est antérieur et supérieur aux lois positives, il exprime la pensée de Dieu lors de la création ; il est immuable, parce qu'il retrace les décrets d'une suprême intelligence »[2].

Esmein souligne toute la difficulté de définir ce « cap des tempêtes »[3] que constitue la notion de « droit naturel » ainsi que la difficulté d'en déterminer précisément le contenu et la consistance : « Le droit naturel, depuis que la philosophie grecque en eut dégagé pour la première fois la notion, n'avait jamais cessé de tenir une place importante dans les théories philosophiques, juridiques et politiques. Sans doute il fut conçu diversement, ce qui était inévitable puisqu'il s'agissait au fond de comprendre et d'interpréter les leçons et les préceptes que la nature donne aux hommes »[4]. Aussi va-t-il, en quelques pages, brosser le tableau de l'évolution de la notion de droit naturel en constatant que l'indétermination de son contenu, jusqu'au XVIIe siècle, en faisait « simplement une philosophie des lois »[5].

Esmein s'attache particulièrement à la césure qui se produit à partir du XVIIe siècle[6], provoquée par les écrits des auteurs qu'il rattache à l'École du droit de la nature et du droit des gens. Cette césure correspond d'abord à une forme de laïcisation[7] de la

---

consacré, dans son acception la plus étendue ». T. Jouffroy, *Cours de droit naturel professé à la faculté de Lettres de Paris*, Paris, Hachette, 1843, p. 6.

[1] E. de Chabrol-Chaméane, *Dictionnaire de législation usuelle, contenant les notions du droit civil, commercial, criminel et administratif*, Paris, 1835, t. I, p. 372.

[2] V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel fait à la Faculté de Toulouse*, Toulouse, Bonnal et Gibrac, 1851, t. I, p. 3.

[3] « Le concept de droit naturel est en effet l'un des plus vieux concepts de la philosophie, mais aussi l'un de ceux dont l'évolution sémantique a été considérable et qui a le plus suscité la polémique : à lui seul, il est, dans sa rémanence obstinée, un *cap des tempêtes* », S. Goyard-Fabre, « Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques », *Des théories du droit naturel*, Caen, Centre de publications de l'Université de Caen, 1988, p. 9.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 263.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 265.

[6] « La Modernité, dont on s'accorde à situer le commencement au début du XVIIe siècle, s'est, en réalité, préparée de longue date, dés l'expansion, au XIVe siècle du nominalisme occamien » S. Goyard-Fabre, « Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques », *Des théories du droit naturel*, *op. cit.*, p. 24.

[7] Il écrit à propos de la notion de droit naturel au XVIe siècle : « Mais, qu'on le remarque bien, la plupart de ces limitations de la souveraineté ne constituaient au profit du sujet ou citoyen, au profit de l'individu, aucun droit propre et né de sa personne. Elles avaient leur fondement unique dans l'idée de Divinité et dans la volonté divine à laquelle on ramenait la loi naturelle: c'est pour cela qu'elle s'imposait au souverain. C'était pour lui un devoir religieux de les respecter: mais le sujet n'en tirait le principe d'aucune revendication qu'il pût faire valoir contre lui; tout au plus la théorie des théologiens l'autorisait-elle à refuser de ce chef l'obéissance », *Éléments…*,

notion, c'est-à-dire au droit naturel « détaché du ciel et ramené sur la terre »[1]. Cet « éloignement de Dieu »[2] du concept s'accompagne d'une modification inévitable des perspectives : les auteurs jusnaturalistes donnèrent en effet naissance à la conception « moderne » du droit naturel, opposée à une conception classique, comme l'explique Simone Goyard-Fabre : « Le passage de l'une à l'autre de ces conceptions, en modifiant considérablement le champ de l'investigation, suscite donc très différemment la réflexion. M.Villey n'a pas tort de différencier, parfois jusqu'à l'opposition, le droit naturel classique, ontologiquement fondé, et le droit naturel moderne, marqué par l'obsession individualiste. En effet, tandis que le premier s'inscrit dans l'être du monde où il désigne l'autre du chaos en étant objet de la philosophie première, le second se rapporte, de manières diverses d'ailleurs, à la nature de l'homme et se réclame des exigences rationnelles qui en font la supériorité et l'autorité »[3].

Stéphane Rials résume le phénomène en ces termes : « En simplifiant à l'extrême, les grands thèmes de l'École moderne du droit naturel, qui iront s'intensifiant, peuvent être ramenés à quelques idées clefs. Sur fond de laïcisation du droit et d'individualisme cette fois sans faille, l'École rejette l'idée d'un droit à découvrir dans la nature des choses et promeut l'affirmation d'une nature de l'homme abstraite à partir de laquelle tout droit doit être déduit. Ce que l'on peut désormais appeler les droits de l'homme n'est plus vraiment le reflet de Dieu »[4]. C'est bien à cet individualisme caractérisant le droit naturel moderne que l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* va accorder tout son intérêt. C'est par cette réflexion sur « la nature de l'homme » engagée par Grotius et Pufendorf[5] que va émerger la conception de l'individu – ou de l'homme moderne – qui servira de base à la philosophie dite libérale et débouchera ainsi sur l'affirmation de l'existence de droits individuels inhérent à la nature humaine.

La conceptualisation de la souveraineté de l'individu par les auteurs jusnaturalistes – Esmein évoque lui « la liberté native »[6] – donne donc naissance à une théorie des droits individuels pensés comme « naturels ». Ces droits individuels sont caractérisés avant tout par leur antériorité à la formation l'État – conçu comme puissance sociale – ensuite par leur supériorité sur le droit positif, c'est-à-dire le droit édicté par l'État, conçu cette fois comme une construction juridique productrice de normes. On se trouve alors face à

---

op. cit., p. 540. Ou encore : « C'est, comme je le disais plus haut, lorsque le droit naturel s'est laïcisé et consolidé en un corps de doctrine que s'est dégagée la théorie du contrat social…», *Éléments…*, *op. cit.*, p. 275.

[1] « La théorie des droit individuels devait sortir pourtant de l'idée du droit naturel, mais autrement compris, détaché du ciel et ramené sur la terre », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 540. Il écrit plus loin : « Il [le droit naturel] devint une science indépendante, qui pouvait se suffire à elle-même et qui prétendit dominer la jurisprudence. Il était dicté directement par la raison, et si, dans les écrits qui en établissent le système, les citations de l'Ecriture et des historiens, les références aux lois des divers peuples, tenaient souvent encore une large place, tout cela n'était qu'un complément, un élément de comparaison. Bien que ces écrivains fussent déistes, ils reconnaissaient à la raison humaine, source du droit naturel, une autorité propre indépendante de toute croyance à l'existence de Dieu », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 266.

[2] S. Goyard-Fabre, « Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques », art. cité, p. 25.

[3] S. Goyard-Fabre, « Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques », art. cité, p. 23.

[4] L'auteur poursuit : « Coupés de cette source limitatrice à laquelle ils doivent originairement tout en notamment leur sacralisation, les droits inhérents à la seule nature de l'homme, antérieurs à la société politique, sont exaltés exclusivement. Et s'impose définitivement l'idée que la société n'est pas un donné, qu'elle n'est pas naturelle, mais qu'elle doit être fondée rationnellement à partir de la nature de l'homme et par la volonté de celui-ci. L'hypothèse, à vrai dire ancienne, du contrat social acquiert désormais une place centrale », S. Rials, « Les droits de l'homme. Ouverture : généalogie des droits de l'homme », *Droits*, 1985, n°2, p. 5 et p. 6.

[5] Voir S. Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1993, p. 251.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 540.

l'élément essentiel qui sera retenu dans la démarche esmeinienne et son enseignement constitutionnel. C'est par la théorie des droits individuels à laquelle il donne naissance que le droit naturel prend toute son importance. Il écrit : « La théorie des droits individuels devait sortir pourtant de l'idée du droit naturel, mais autrement compris, détaché du ciel et ramené sur la terre. Cela se rattache aux hypothèses de l'état de nature et du contrat social. L'indépendance absolue de l'individu, réglée seulement dans sa responsabilité morale par le droit naturel, apparaissait comme l'état premier, antérieur à toute société civile, comme le point de départ nécessaire. En renonçant à cette absolue liberté pour créer, par un contrat unanime, l'État et la souveraineté publique, les hommes devaient être considérés comme n'ayant abdiqué que la portion de leur indépendance native absolument incompatible avec la notion de l'État ; ils n'avaient consenti que les sacrifices rigoureusement indispensables. Ce qu'ils avaient conservé, au contraire, ce résidu de leur liberté native, constituait des droits individuels supérieurs à ceux de l'État, puisqu'ils lui étaient antérieurs, et s'imposaient à son respect. Telle était la théorie très ingénieuse et très bien construite que présentaient Locke, Wolff, Blackstone, Rousseau lui-même, et enfin Sieyès, pour ne citer que ceux qui lui ont donné l'expression la plus saisissante »[1].

Le mérite des auteurs de l'École du droit de la nature et du droit des gens est d'avoir, en reconnaissant l'existence de droits naturels, amorcé une réflexion déterminante sur les modalités de vie en société des individus. D'où une intense spéculation sur les modalités de construction et de fonctionnement de l'État en tant que puissance souveraine. À partir de la deuxième édition, dans le chapitre consacré à la philosophie du XVIIIe siècle, Esmein expose de façon assez brève les deux « hypothèses »[2] – intimement liées – qui « devinrent classiques dans la science politique »[3] : celles de l'état de nature et du contrat social. Constatant l'antériorité du concept d'état de nature sur les écrits des publicistes du XVIe et du XVIIe siècle[4], le professeur parisien l'appréhende comme indissociable du concept plus global de droit naturel. Perçu comme « le point de départ »[5] de la théorie, l'état de nature est entendu comme « une donnée fondamentale, la déterminante même du droit naturel »[6], c'est-à-dire sa raison d'être. Il l'explique : « Pour les hommes de l'École des XVIIe et XVIIIe siècles, l'état de nature, d'ailleurs, n'avait point

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 540-541.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 266.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 266.
[4] « L'hypothèse de l'état de nature impliquait une condition première de l'humanité dans laquelle la société civile et la souveraineté qui la caractérise n'existaient pas. Chacun vivait dans un état de complète indépendance, aucune autorité humaine n'existant qui lui fût supérieure et s'imposât à lui. Une semblable conception, qui flottait vaguement dans les légendes antiques sur l'âge d'or et dans la tradition biblique sur l'état d'innocence, se trouvait à la base de beaucoup de théories anciennes sur le droit naturel, mais jamais elle n'avait eu l'importance que lui donna l'École du droit de la nature et du droit des gens aux XVIIe et XVIIIe siècles » *Éléments…, op. cit.,* p. 266. Il reformule cette idée dans les premiers paragraphes de son chapitre consacré à la souveraineté nationale : « Cette hypothèse [de l'état de nature] était d'ailleurs admise, comme on l'a vu, par toute l'École du droit de la nature et généralement aussi par les théoriciens antérieurs, légistes ou théologiens. Elle figurait sous la forme de l'âge d'or, dans les rêves de l'antiquité classique sur les origines humaines, et pour les théologiens, elle se confondait avec celle de l'état d'innocence », *Éléments…, op. cit.,* p. 273.
[5] « Mais la définition du droit naturel devenait néanmoins précise pour la première fois, et, par voie de conséquence, ceux qui acceptaient *ce point de départ* étaient amenés à rechercher comment avait pu se former légitimement la société civile substituant à la loi naturelle des lois positives » *Éléments…, op. cit.,* p. 266-267, nous soulignons.
[6] *Éléments…, op. cit.,* p. 266.

coïncidé avec un état de pure animalité. Tout au contraire, l'homme, créature raisonnable, avait eu, dans cette condition première, des lois naturelles dictées par sa raison et par les besoins de la conservation »[1].

Tout en exposant cette théorie de l'état de nature, qu'il qualifie prudemment « d'hypothèse », Esmein n'y adhère que de façon extrêmement modérée. Sa prudence scientifique l'amène à soulever la principale objection relative à la réalité de l'existence d'un tel état. Il constate ainsi toute l'utilité d'un tel concept dans le discours des philosophes du droit naturel moderne mais souligne aussi l'incrédulité de ces auteurs – et la sienne[2] – quant à une véritable existence de cet état naturel. À cette fin, il précise : « Il ne faudrait pas croire que ces écrivains se fissent de grandes illusions sur la réalité préhistorique d'un semblable état de nature à l'origine des sociétés humaines. Mais ils considéraient cette donnée première comme rationnellement nécessaire et essentielle pour déterminer les droits de l'homme »[3]. Ainsi cette théorie – pour ne pas dire cette invention – de l'état de nature a pour fonction de permettre une justification rationnelle de l'existence de droits inaliénables et imprescriptibles inhérents à chaque individu. De sorte que le professeur parisien puisse affirmer, comme nous l'avons constaté, que la théorie des droits individuels, conçue comme un héritage de la philosophie des Lumières[4], trouve sa source dans le droit naturel.

La seconde hypothèse exposée par l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* est celle du contrat social, intimement liée au concept d'état de nature. Ce contrat est censé mettre un terme à l'absolue indépendance des individus. Esmein explique : « Les hommes, à l'origine complètement indépendants, ne perdaient cette liberté première et illimitée que par leur propre volonté, par un contrat formé entre eux, qui en consommait le sacrifice pour former une autorité supérieure aux volontés individuelles et par là constituer la société civile »[5]. S'il avoue l'existence de théories alternatives susceptibles d'expliquer la

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 273. On remarquera que résonne ici la définition du droit naturel telle que déjà exprimée par Esmein, mais surtout l'influence des écrits de John Locke qui appréhende et détermine la loi de la nature à la fois comme la loi de la raison ayant pour but la conservation de l'homme. Locke écrit dans son deuxième chapitre : « L'état de nature a la loi de la nature, qui doit le régler, et à laquelle chacun est obligé de se soumettre et d'obéir : la raison, qui est cette loi, enseigne à tous les hommes, s'ils veulent bien la consulter, qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à l'autre, par rapport à sa vie, à sa santé, à sa liberté, à son bien : car, les hommes étant tous l'ouvrage d'un ouvrier tout-puissant et infiniment sage, les serviteurs d'un souverain maître, placés dans le monde par lui et pour ses intérêts, ils lui appartiennent en propre, et son ouvrage doit durer autant qu'il lui plaît, non autant qu'il plait à un autre », J. Locke, *Traité du gouvernement civil* , introduction, bibliographie, chronologie et notes par S. Goyard-Fabre, Paris, GF Flammarion, 1992, p. 145. Il écrit plus loin : « Mais, afin que personne n'entreprenne d'envahir les droits d'autrui, et de faire tort à son prochain; et que les lois de la nature, qui a pour but la tranquillité et la conservation du genre humain, soient observées, la nature a mis chacun en droit, dans cet état, de punir la violation de ses lois, mais dans un degré qui puisse empêcher qu'on ne les viole plus » J. Locke, *Traité du gouvernement civil* , *op. cit*., p. 146.

[2] Sa propre contestation de l'hypothèse de l'état de nature est liée à celle du contrat social rousseauiste au sein du chapitre consacré à la souveraineté nationale, comme nous le constaterons dans le deuxième chapitre de cette partie.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 267. Il poursuit : « Plusieurs d'entre eux d'ailleurs considéraient que tout homme venant au monde, ou tout au moins arrivé à l'âge adulte, se trouvait, même au milieu des sociétés civiles, dans l'état de nature, c'est à dire de complète indépendance, et qu'il n'abdiquait cet état qu'en y renonçant volontairement, comme il va être dit bientôt. Telle était la théorie de Locke et de Vattel, comme sera celle de Rousseau », *Ibid.*

[4] « Les théories qui se ramènent à ces origines [de la philosophie du XVIIIe siècle] sont au nombre de quatre : la théorie de la souveraineté nationale, la théorie de la séparation des pouvoirs, la théorie des droits individuels, la théorie des constitutions écrites et du pouvoir constituant », *Éléments…, op. cit.*, p. 271.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 267. Il le définit de la même façon quelques pages plus loin, dans le chapitre consacré à la souveraineté nationale : « Un contrat social, formel ou tacite, par lequel tous les hommes, voulant former une

naissance de la société civile et du pouvoir étatique et d'en justifier la souveraineté[1], Esmein considère que « ce fut l'École du droit de la nature et du droit des gens qui lui donna sa consécration et sa précision dernières »[2]. Là encore la contestation de la théorie du contrat social porte sur l'existence réelle d'un tel accord entre les individus composant la société. Aussi expose-t-il la position de John Locke qui admettait déjà en son temps la difficulté de prouver l'existence réelle d'un tel contrat, mettant un terme à un putatif état de nature : « Locke avait essayé d'y répondre en disant qu'il ne faut point s'étonner si l'histoire donne peu de renseignements sur les hommes qui vivaient dans l'état de nature ; car les documents historiques sont partout moins anciens que l'établissement du gouvernement et de la société civile. "Cependant, peut-on nier, dit-il, que l'origine de Venise et de Rome se trouve dans l'union de plusieurs hommes libres et indépendants l'un de l'autre, parmi lesquels n'existait aucune supériorité naturelle, aucune sujétion ?". Il cite aussi, d'après Josephus Acosta, l'exemple des tribus rudimentaires américaines, " les habitants de la Floride, les Cheriquanas, ceux du Brésil, et beaucoup d'autres nations qui n'ont pas rois attitrés, mais choisissent leurs chefs comme il leur plaît, suivant que l'occasion se présente en paix ou en guerre"»[3].

Esmein en vient alors à la conclusion que, à l'image de l'état de nature, le concept de contrat social est uniquement destiné à expliquer et à justifier la naissance de la société civile et du pouvoir étatique. À ce titre, la théorie contractualiste doit simplement être tenue pour ce qu'elle est : une fiction juridique servant de terreau à des théories juridiques et institutionnelles. C'est ce qu'il affirme – à trois reprises en quelques lignes[4] – avec la plus grande netteté en étudiant la théorie rousseauiste du contrat social. Sur ce point précis, Catherine Audard appelle à établir une distinction entre une lecture purement descriptive de l'état de nature – auquel le contrat social est censé mettre un terme – et une lecture proprement normative. Cette distinction est justifiée selon l'auteur par la nécessité d'appréhender les éléments de la théorie jusnaturaliste dans un cadre de lutte idéologique, c'est à dire dans le contexte politique de leurs temps[5]. On peut en effet considérer que par

---

nation, avaient mis fin à l'état de nature par un consentement unanime, en créant une autorité supérieure aux volontés individuelles » *Éléments…, op. cit.*, p. 273.

[1] Il expose a deux reprises l'idée de Francisco Suarez fondée en partie sur le droit divin : « L'hypothèse du contrat social admise par Grotius et Pufendorf, formant la base même des théories de Hobbes et de Locke, pleinement développé par Wolff, n'était point au XVIIe siècle une nouveauté. Sans remonter plus haut, elle avait été clairement dégagée par un certain nombre d'auteurs du XVIe siècle; elle avait été spécialement développée par le jésuite Suarez, qui cherchait d'ailleurs à la concilier avec le principe d'une souveraineté de droit divin » *Éléments…, op. cit.*, p. 267. « D'autres, cependant, parmi les théologiens de cette époque [le moyen âge], placent à la base de la société civile un véritable contrat formé entre ses premiers membres, Suarez en particulier: mais ils ne font point de cette convention l'acte générateur de la souveraineté. Celle-ci ne vient pas des individus, car aucun d'eux ne possédait auparavant les droits qui appartiendront au corps social; elle vient de la Divinité: le contrat social en est la condition, mais non pas la cause. C'est, comme je le disais plus haut, lorsque le droit naturel s'est laïcisé et consolidé en un corps de doctrine que s'est dégagée la théorie du contrat social, telle que Rousseau devait la recueillir et la vivifier » *Éléments…, op. cit.*, p. 275.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 267.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 277.

[4] « Mais ainsi compris, le contrat social n'est plus qu'une *fiction juridique* destinée à traduire une idée juste d'ailleurs, à savoir que le droit public, comme le droit privé, a son point de départ dans l'individu, moralement libre, raisonnable et responsable. […] La *fiction du contrat social* présente d'ailleurs deux inconvénients. » *Éléments…, op.cit.*, p. 279. Puis dans le paragraphe suivant : « La *fiction du contrat social* étant écartée, sur quelle idée peut-on et doit-on faire reposer la souveraineté nationale ? » *Éléments…, op. cit.*, p. 280, nous soulignons.

[5] C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ?, op. cit.*, p. 32.

une lecture normative, le sens et l'utilité de ces hypothèses – à commencer par celle de l'état de nature – sont mis en lumière : « Présocial n'est pas à prendre en un sens descriptif, temporel ou historique, ce qui serait absurde puisque tout être humain a besoin d'un milieu pour se développer et le libéralisme ne nie aucunement l'existence de ces conditions. Il faut au contraire lui donner un sens normatif : parler d'une nature présociale est une manière négative d'affirmer en droit l'indépendance au moins partielle de l'être humain vis-à-vis du groupe, des conditions sociales ou historiques au lieu qu'il en soit seulement le réceptacle passif »[1]. Mais les *Éléments de droit constitutionnel* ne prétendent pas être ce qu'ils ne sont pas : un ouvrage de philosophie du droit. La première édition en témoigne par la brièveté de l'exposé relatif au droit naturel. L'intérêt porté par Esmein aux théories jusnaturalistes ne se focalise en réalité que sur les conséquences juridiques et institutionnelles qui en découlent. C'est ce qu'il affirme très clairement dans la version remaniée du chapitre : « Par là même les écrivains de cette école [du droit de la nature et du droit des gens] étaient conduits à rechercher quelles formes d'État et de gouvernement étaient conciliables avec cette hypothèse, et ils se trouvèrent fonder ainsi sur de nouvelles bases la science du droit constitutionnel »[2]. A cet égard, deux auteurs retiennent particulièrement son attention[3] : les anglais Thomas Hobbes et John Locke. Tous deux sont en effet, à ses yeux, « plus grands et plus originaux que tous les autres »[4].

Si Hobbes a le mérite d'être cité dans la version remaniée du chapitre, ses théories ne seront pourtant pas étudiées comme le seront celles de Locke. L'auteur du *Léviathan* est présenté en contrepoints des théories lockéennes[5] et se trouve rapidement déconsidéré, coupable de s'être fourvoyé en mettant « ses principes au profit de la monarchie absolue »[6]. Esmein adopte là une attitude tout à fait similaire, quoique plus modérée, à celles des auteurs libéraux de son siècle. L'auteur anglais, par sa justification finale de l'absolutisme de la dynastie Stuart[7], est tenu pour le chantre du despotisme par Benjamin Constant, comme « l'homme qui a le plus spirituellement réduit le despotisme en système [et qui] s'est empressé de reconnaître la souveraineté comme illimitée, pour en conclure à la légitimité du gouvernement absolu d'un seul »[8].

---

[1] C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ?, op. cit.*, p. 32-33. Jean Goldzink exprime la même idée : « L'état de nature précède fictionnellement l'état civil, mais c'est ce dernier qui lui donne sens et dessine ses traits au gré de chaque philosophe », J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme, op.cit.*, p. 74.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 267-268.

[3] Remarquons que ce n'est que dans la version remaniée du chapitre à partir de 1899 que ces deux auteurs font l'objet de cette attention particulière. L'édition princeps de l'ouvrage n'offre pas de traitement différent selon les auteurs, à tel point que Thomas Hobbes ne figure pas parmi les auteurs cités.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 265.

[5] A propos de l'hypothèse de l'état de nature, Esmein écrit : « Sans doute il subsistait des divergences, parfois extrêmes, quant à la détermination de ces règles [du droit naturel]; elles sont toutes autres, par exemple, pour Hobbes que pour Locke », *Éléments…, op. cit.*, p. 266.

[6] Esmein écrit précisément : « Hobbes, détourna ses principes au profit de la monarchie absolue, soutenant la cause de Charles Ier et de Charles II », *Éléments…, op. cit.*, p. 265. Il le rappelle quelques pages plus loin : « Hobbes, on le sait, avait adopté, avec la cause de Charles Ier, celle de la monarchie absolue » *Éléments…, op. cit.*, p. 269.

[7] Notons que l'interprétation des écrits de Thomas Hobbes est soumise à contestation. « Unanimement, aux XVIIe-XVIIIe siècles, le hobbisme a été considéré comme une conception absolutiste de la souveraineté. Simone Goyard-Fabre, éminente spécialiste, y voit avec d'autres glossateurs une grave erreur d'interprétation. Mais dans son introduction au *De Cive* (GF-Flammarion), elle ne le démontre nullement, à ce qu'il me semble. Il me paraît quant à moi malaisé de croire tout uniment que Montesquieu, Diderot, Constant et tant d'autres ne comprennent rien à rien, à la différence des universitaires à toges et doctorats », J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme, op. cit.*, p. 23.

[8] B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.* p. 6-8.

On constate que la philosophie de Hobbes n'est mentionnée que très rapidement dans l'article de Laboulaye dont une partie est consacrée à John Locke. Le sénateur se contente d'exposer l'opposition qui règne entre les conceptions hobbesienne et lockéenne de l'état de nature et les conséquences de cette opposition dans leurs théories respectives[1]. Car c'est bien John Locke qui, par ses écrits, deviendra le fondateur[2] de la doctrine libérale, celui qui posera les fondations[3] de ce qui deviendra une idéologie politique[4]. Esmein l'affirme très clairement, le présentant comme un « des meilleurs apôtres de la liberté politique »[5]. Il insiste en précisant que l'auteur du *Traité du gouvernement civil* est le seul auteur de cette École jusnaturaliste qui « avait naturellement mis ses principes au service de la liberté »[6], soulignant les accointances des auteurs qui l'ont précédé avec les divers pouvoirs politiques sous l'autorité desquels ils produisaient et publiaient leurs écrits[7]. Ici encore, Esmein s'inscrit dans la continuité des auteurs qui semblent l'avoir inspiré et se situe dans la droite ligne du mouvement libéral du XIXe siècle qui fait de Locke la figure paternelle de l'idéologie libérale.

On remarque notamment la proximité de vues avec Laboulaye qui, consacrant une partie de son article[8] au philosophe anglais, considère que « Locke a été le grand

---

[1] « Comme tous les politiques et les jurisconsultes du XVIIe siècle, Locke admet un *état de nature* qui a précédé la société; mais tandis que Hobbes, Bossuet, Spinoza entendent par là une guerre brutale de tous contre tous; Locke, à l'exemple de Milton, entend par là un état de parfaite liberté, dans lequel, sans dépendre d'aucune volonté étrangère, chacun peut faire ce qui lui plaît et disposer de sa personne et de ses biens comme il le juge à propos; pourvu qu'il n'envahisse ni la personne ni les biens d'autrui » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 717. On constatera enfin que la philosophie politique de Hobbes est absente de l'étude à laquelle se livre Hippolyte Taine dans *les Origines de la France contemporaine*.

[2] Lucien Jaume, tout en faisant état de thèses opposées, considère que « Locke est avant Montesquieu le premier fondateur de la pensée libérale: comme lui il pense l'existence de la liberté humaine à l'intérieur du rapport à la loi (selon une source commune qui est Pufendorf), et comme lui il se préoccupe de descendre jusqu'au sentiment vécu par le citoyen dans le cadre du système social et politique », L. Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme*, *op.cit.*, p. 127-128. Jean Goldzink, évoquant Locke, le qualifie de « fondateur du libéralisme », voir J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme*, *op. cit.*, p. 41.

[3] « Locke ne défend pas une doctrine "libérale" déjà constituée contre l'absolutisme ou la tradition (le mot même de libéralisme est bien ultérieur) : il pose avec rigueur les premiers principes de ce qui sera le libéralisme, tout en anticipant sur les difficultés, voire les apories, de la politique libérale », P. Raynaud, « John Locke, fondateur du libéralisme ? », *La pensée libérale, histoire et controverses*, *op. cit.*, p. 32 et p. 33.

[4] « Présentée ainsi, la thèse qui fonde la libéralisme classique est évidemment trop complexe et susceptible d'interprétations contradictoires pour être satisfaisante, ce d'autant plus que le libéralisme n'est pas une philosophie systématique, mais une idéologie politique, faite pour l'action », C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, *op. cit.*, p. 30.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 265.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 269.

[7] « Mais les écrivains de l'École du droit de la nature et nos philosophes du XVIIIe siècle, bien que les premiers soient les maîtres et les seconds les disciples, il y a une différence profonde. Les premiers, quelle que fût la hardiesse de leurs thèses fondamentales, se gardaient bien de leur faire produire leurs conséquences naturelles. Protégés par les princes d'Europe, à peu près absolus, ils savaient mettre leur doctrine d'accord avec les droits de leurs protecteurs : " Grotius, dit Rousseau, réfugié en France, mécontent de sa patrie et voulant faire sa cour à Louis XIII, à qui son livre est dédié, n'épargne rien pour dépouiller les peuples de leurs droits, et pour en revêtir les rois avec tout l'art possible ". Puffendorf était animé des mêmes tendances; Hobbes, on le sait, avait adopté, avec la cause de Charles Ier, celle de la monarchie absolue, et Wolff pouvait dédier sans danger son livre au roi Frédéric de Prusse. Seul Locke avait naturellement mis ses principes au service de la liberté. Quant aux autres, ils opéraient la conciliation entre leurs prémisses hardies et leurs conclusions conservatrices par divers procédés, soit en utilisant la vieille idée qui faisait rentrer dans le droit naturel le respect de toutes les institutions équitables, soit surtout en cherchant à démontrer que la souveraineté, qui réside originairement dans le peuple, avait pu valablement être aliénée par lui » *Ibid.*

[8] Cette partie de l'article est intitulée « Milton et Locke », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 715-719.

philosophe et le grand politique du XVIIIe siècle, la France s'est mise à son école ; c'est par là qu'il nous appartient »[1]. L'oeuvre de John Locke est regardée comme uniquement axée sur la recherche et la préservation de la liberté et forme ainsi, aux yeux d'Esmein et des libéraux, la doctrine la plus achevée – et donc la meilleure – de l'École jusnaturaliste. Comme le rappelle Catherine Audard : « C'est à Grotius, comme l'a montré Richard Tuck, que revient le mérite d'avoir formulé le premier la doctrine de la souveraineté illimitée de l'individu. Mais c'est chez John Locke que la doctrine prend toute sa signification politique quand on la précise par son corollaire, la thèse de la souveraineté limitée de l'État »[2]. En effet, la différence entre les conceptions de Hobbes et de Locke sur l'état de nature[3] – plus précisément du comportement de l'homme dans l'état de nature – amène l'école libérale à reconnaître le second comme son inspirateur originel. Cette idée de limitation de la souveraineté de l'État – opposée à l'absolutisme – fait de John Locke le premier penseur du libéralisme mais aussi et surtout, aux yeux d'Esmein, l'inspirateur des opinions constitutionnelles de Montesquieu.

C'est bien ainsi que l'œuvre de John Locke est analysée par Esmein dans les *Éléments de droit constitutionnel*. Schématiquement, Locke considère que la souveraineté de l'individu – traduite pas l'existence de droits naturel inaliénables – impose à l'État le respect de ces droits inhérents à l'homme, de ces « droits de l'homme » qu'il identifie au droit à la vie, à la liberté[4] et au droit de propriété[5]. C'est en tant que concepteur de cette notion de « droits de l'homme » qu'il est loué par le professeur parisien : « Locke avait aussi dégagé l'idée et l'expression des droits de l'homme, c'est-à-dire des droits qui, dérivant de la loi naturelle, lui appartiennent dans l'état de nature, et qu'il ne saurait perdre en passant dans la société civile »[6]. Dans le raisonnement d'Esmein, ce sont ces propositions lockéennes relatives à la limitation de la souveraineté étatique qui vont former le terreau à l'éclosion de l'architecture constitutionnelle proposée par Montesquieu : un gouvernement représentatif organisé autour du principe de la séparation de trois pouvoirs.

---

[1] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 716. Il poursuit quelques lignes plus loin : « Locke est un de ces esprits chercheurs et hardis, qui effrayent leurs contemporains, et qui ne sont bien compris que par les générations qui viennent après eux ». Il termine cette partie de l'article : « Locke a été le grand publiciste de la révolution américaine. Il a été aussi plus d'une fois invoqué en France pendant la révolution, quoiqu'en général on lui ait pris ses idées de seconde main, sans le connaître ou sans le nommer. Est-ce un révolutionnaire ? Non ; on n'est pas un révolutionnaire quand on fait connaître à chacun ses droits et ses devoirs et qu'on apprend à chacun à les respecter. Les révolutionnaires ne sont pas ceux qui parlent d'un contrat et d'un devoir mutuel, ce sont ceux qui parlent des droits absolus du prince ou du peuple. Avec le droit divin des rois, l'Angleterre a eu deux révolutions en un demi-siècle, avec les principes de Locke, elle a eu deux siècles de paix et de grandeur; énigme inexplicable pour ceux qui vivent dans le passé, chose toute simple pour ceux qui croient à la puissance de la vérité et de la raison » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 719.

[2] C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, *op. cit.*, p. 48.

[3] « La philosophie morale de Locke et son interprétation de "la loi de nature" (*Traité du gouvernement civil*, chap. II, § 4) semblent donc avoir les moyens de résoudre le problème légué par Hobbes en interprétant la souveraineté des individus non pas en termes *positifs et descriptifs*, comme le règne des appétits et des désirs, mais en termes *négatifs et normatifs*, comme l'imposition de droits et de limites. Il faut *traiter la puissance non plus comme un fait, mais comme un droit* et imposer en son nom des limites légales à l'interférence d'autrui et à l'autorité politique », C. Audard, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, *op. cit.*, p. 54.

[4] Voir J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, chapitre IV « De l'esclavage ».

[5] Voir J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, chapitre V « De la propriété des choses ».

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 268.

Comme le rappelle Simone Goyard-Fabre, le *Traité du gouvernement civil* de Locke ne propose pas à proprement parler d'architecture ou d'organisation institutionnelle à l'image de *l'Esprit des Lois* : « Sur ce point, il convient de lever un malentendu, probablement né des circonstances. Au lendemain de la Révolution anglaise, on a beaucoup trop insisté sur l'aspect constitutionnaliste de l'œuvre de Locke. Le projet du philosophe n'était pas d'exposer, comme le fera Montesquieu dans le plus célèbre chapitre de *l'Esprit des lois*, les clauses d'une Constitution définissant les compétences des pouvoirs de l'État en organisant leurs rapports réciproques. Pour lui le gouvernement civil, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de texte constitutionnel, correspond, par son institution même à la téléologie immanente à la loi de nature »[1]. Toutefois, comme il le fera pour son analyse de *l'Esprit des lois*, Esmein entend adopter une lecture proprement et uniquement juridique du *Traité du gouvernement civil* et établir les filiations entre les deux œuvres.

L'apport des propositions de Locke visant à limiter la souveraineté de l'État – donc à en déterminer les droits[2] – et la filiation avec les propositions propres à Montesquieu sont très clairement établis dans le troisième chapitre de la première partie[3] des *Éléments de droit constitutionnel*, consacré à l'étude de la théorie de la séparation des pouvoirs.

L'analyse d'Esmein se limite aux propositions proprement institutionnelles émises par le philosophe. On constate en effet que les *Éléments de droit constitutionnel* offre une étude extrêmement sélective de la philosophie de Montesquieu. La conception que celui-ci se fait de l'état de nature ou de son opinion quant à l'existence d'un contrat social ne sont pas mentionnées, encore moins commentées. Pourtant, si l'on suit Jean Goldzink, il faut admettre les différences majeures entre la philosophie de Locke et celle de Montesquieu, notamment quant aux notions fondatrices du droit naturel. D'abord une différence de conception relative à l'utilité première du concept d'état de nature, le Français n'y voyant qu'une utilité secondaire : « L'état de nature relève en effet de la réflexion théorique, et peut passer pour une fiction philosophie, indispensable chez Hobbes et Locke, bien moins impérieuse chez Montesquieu, l'ordre de sa venue le montre »[4]. Puis une différence relative au contenu de ce concept : « Il est important de

---

[1] J. Locke, *Traité du gouvernement civil* , *op. cit.,* p. 115 et p. 116. L'auteur de l'introduction à cette édition poursuit : « Cependant, un gouvernement sans lois positives serait "un mystère politique": il faut qu'en toute communauté des règles établies et fixes permettent de distinguer le licite de l'illicite, le permis et l'interdit; il faut que ces règles soient générales et bien fondées car une communauté civile que les décrets improvisés, arbitraires et imprévisibles d'un seul prétendraient régir est une contradiction dans les termes. L'idée même de gouvernement implique la nécessité de lois fixes et écrites connues de tous par leur promulgation (§131, 136, 137) et dont l'application est scrupuleusement observée (§219). L'anomie – ou l'ineffectivité des lois établies – conduit la communauté à l'anarchie et la nie en tant que telle : là ou finissent les lois, commence la tyrannie (§202) ».

[2] Rappelons que déterminer les droits de l'État et en établir les bornes constitue le dernier des trois objets assignés à la science du droit constitutionnel telle que définie par Esmein. Voir *Éléments…, op. cit.,* p.1.

[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 451-537.

[4] J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme, op. cit.,* p. 74. L'auteur écrit plus haut : « Le paragraphe final du premier chapitre [de *l'Esprit des lois*] autoriserait par conséquent à passer à l'analyse interne du droit positif (objet du chapitre 3), ce droit chargé d'aider les hommes à brider leur redoutable liberté d'infraction. Mais Montesquieu insère alors un chapitre sur l'état de nature, concept central du droit naturel moderne, par lequel Hobbes et Locke s'estimaient tenus de commencer leur analyse. Pour penser le politique, il faut selon eux penser d'abord un état pré-civil, pré-politique. On voit aussitôt combien la démarche de Montesquieu diffère de la leur, puisqu'il a déjà obtenu la nécessité du droit positif et de normes éternelles sans en passer par là, *sans faire aucun usage de cette démarche* », J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme, op. cit.,* p. 73-74. Ou encore : « La fonction philosophique de l'état de

noter que Montesquieu définit cet homme en état de nature comme d'abord isolé (§2), ce qui n'est pas le cas, à ma connaissance, chez ses deux illustres devanciers : leur état de nature n'est certes pas civil, ce qui serait une pure contradiction, mais tout à fait social (relationnel) »[1].

Stéphane Rials écrit de son côté : « Pour ce qui concerne Montesquieu, certes il se réfère à l'hypothèse purement logique d'un état de nature (*Esprit des lois*, I, 2). Mais il réduit, selon l'expression juste de Mme Goyard-Fabre, les lois naturelles à quelques "mois d'un psychisme élémentaire" (conscience par chacun de sa fragilité, besoin alimentaire, pulsion sexuelle, "désir de vivre en société"). On est loin de véritables « droits naturels » au sens moderne et l'on sent souvent percer sous l'homme des Lumières le lecteur d'Aristote »[2]. Mais, en conséquence, c'est surtout sur le concept de contrat social censé donner naissance à l'état civil que la différence entre Montesquieu et Locke s'affirme.

---

nature s'est donc fortement étiolée; elle a perdu sa place centrale, c'est-à-dire préliminaire à toute réflexion politique », J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme, op. cit.*, p. 76.

[1] J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme, op. cit.*, p. 74.

[2] S. Rials, « Les droits de l'homme. Ouverture : généalogie des droits de l'homme », art. cité., p. 9.

II
La filiation entre Locke et Montesquieu

Il n'est pas question pour Esmein, qui produit un ouvrage de droit constitutionnel, de discuter de ces différences. Son but est d'établir les liens existants entre les théories de Locke et de Montesquieu dans une dimension uniquement juridique, et plus précisément constitutionnelle. Le premier legs de l'auteur anglais au philosophe français réside dans la définition de la liberté. Locke définit la liberté civile comme suit : « La liberté, dans la société civile, consiste à n'être soumis à aucun autre pouvoir législatif qu'à celui qui a été établi par le consentement de la communauté, ni à aucun autre empire qu'à celui qu'on y reconnaît, ou à d'autres lois qu'à celles que ce même pouvoir législatif peut faire, conformément au droit qui lui en a été communiqué »[1]. Montesquieu qui insiste sur la difficulté de définir la liberté[2], distingue la liberté philosophique de la liberté politique[3]. Si « la liberté philosophique consiste dans l'exercice de sa volonté, ou du moins (s'il faut parler dans tous les systèmes) dans l'opinion où l'on est que l'on exerce sa volonté »[4], sa définition de la liberté politique est « double »[5]. Le philosophe considère d'abord que « la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. Il faut se mettre dans l'esprit ce que c'est que l'indépendance, et ce que c'est que la liberté. La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent : et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir »[6]. Et le livre suivant nous apprend que « la liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté »[7].

La définition de la liberté politique se rapproche donc de celle de la liberté civile offerte par Locke dans le rapport établi entre liberté et loi, entendue comme un acte juridique adopté par le pouvoir législatif. Si la liberté de l'individu ne découle pas du même processus intellectuel chez Locke et chez Montesquieu[8], il n'en reste pas moins que tous deux perçoivent dans le gouvernement de la loi – ou gouvernement légal – la seule garantie de préservation de cette liberté individuelle. Esmein adhère à cette opinion et

---

[1] Il poursuit : « La *liberté* donc n'est point ce que le Chevalier Filmer nous marque. *Une liberté, par laquelle chacun fait ce qu'il veut, vit comme il lui plaît, et n'est lié par aucune loi*. Mais la liberté des hommes, qui sont soumis à un Gouvernement, est d'avoir, pour la conduite de la vie, une certaine *règle commune*, qui ait été prescrite par le *pouvoir législatif* qui a été établi, en sorte qu'il puisse suivre et satisfaire leur volonté en toutes les choses auxquelles cette *règle* ne s'oppose pas; et qu'ils ne soient point sujets à la fantaisie, à la volonté inconstante, incertaine, inconnue, arbitraire d'aucun autre homme: tout démontre de même que la *liberté de la nature* consiste à n'être soumis à aucunes autres lois, qu'à celles de la *nature* » J. Locke, *Traité du gouvernement civil* , *op. cit.*, §22, p. 160.

[2] « Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manières, que celui de *liberté* » Montesquieu, *De l'Esprit des Lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XI, chapitre II, *op. cit.*, t. II, p. 204.

[3] Lucien Jaume propose un tableau récapitulatif des diverses notions de liberté qu'offre *l'Esprit des lois*. Voir L. Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme, op. cit.*, p. 115.

[4] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XII, chapitre II, *op. cit.*, t. II, p. 251.

[5] L. Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme, op.cit.*, p. 109.

[6] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XI, chapitre III, *op. cit.*, t. II, p. 205-206.

[7] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XII, chapitre II, *op. cit.*, t. II, p. 251.

[8] Voir J. Glodzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme, op. cit.*, p. 129-153.

calque l'ensemble de son enseignement constitutionnel sur ce principe du gouvernement légal. Toutefois il ne se livre pas à une étude sémantique ni même à la confrontation des définitions fournies par les deux philosophes, à tel point que la définition offerte par Locke ne figure à aucun moment dans son œuvre. Les *Éléments de droit constitutionnel* ne retiennent que la définition du philosophe français, l'introduction de l'ouvrage est limpide : « La première forme du gouvernement, c'est le gouvernement despotique ou arbitraire ; la seconde, c'est l'essence même de la liberté politique : on peut l'appeler le gouvernement légal »[1]. Le texte renvoie directement à une note consacrée à l'extrait le plus significatif du troisième chapitre du onzième livre de *l'Esprit des lois*[2]. Ainsi la liberté politique, dont la définition se borne à une citation de l'ouvrage de Montesquieu correspond au gouvernement légal, c'est-à-dire à la soumission de tous les individus à la loi. Le principe est infaillible dans les écrits de Locke comme dans ceux de Montesquieu : tous les individus doivent être soumis à une même règle de droit définie et adoptée par la représentation du peuple[3] ; tous, à commencer par le législateur, quel que soit le mode de représentation établi. L'arbitraire ne cesse donc que lorsque tous les individus se soumettent à une règle commune adoptée par le ou les représentant(s) du peuple.

Il est intéressant de constater comme cette idée est présente dans l'œuvre d'Esmein et s'affirme pleinement dans l'un de ses derniers écrits, si ce n'est le dernier. Sa communication destinée au Congrès international des études historiques de 1913[4] peut en effet être regardée dans une certaine mesure comme la touche ultime d'une œuvre consacrée à la promotion de la liberté politique. L'ouvrage[5] rassemblant l'ensemble des contributions des divers participants à ce Congrès offre un article intitulé « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français »[6] dans lequel Adhémar Esmein se propose d'étudier cet adage du Digeste[7], l'un des plus célèbres d'Ulpien. Généralement traduit en « le Prince est délié des lois », le professeur parisien l'analyse comme tel : « On regardait donc comme une règle incontesté (*sic*) et absolue du droit romain que le Prince était affranchi de l'observation des lois et cette règle, comme tant d'autres appartenant au

---

[1] *Éléments…, op.cit.*, p. 20.

[2] Voir Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XI, chapitre III, *op. cit.*, t. II, p. 205-206.

[3] « Ce pouvoir législatif n'est pas seulement le suprême pouvoir de l'État, mais encore est sacré, et ne peut être ravi à ceux à qui il a été une fois remis. Il n'y a point d'édit, de qui que ce soit, et de quelque manière qu'il soit conçu, ou par quelque pouvoir qu'il soit appuyé, qui soit légitime et ait force de loi, s'il n'a été fait et donné par cette autorité législative que la société a choisie et établie; sans cela une loi ne saurait avoir ce qui est absolument nécessaire à une loi; savoir le consentement de la société, à laquelle nul n'est en droit de proposer des lois à observer qu'en vertu du consentement de cette société, et en conséquence du pouvoir qu'il a reçu d'elle » J. Locke, *Traité du gouvernement civil* , *op. cit.*, §134, p. 242-243.

[4] L'*International congress of historical studies* eu lieu du 3 au 8 avril 1913 dans les locaux de l'*Honourable Society of Lincoln's Inn*. Voir P. Vinogradoff, *Essays in legal history read before the international congress of historical studies held in London in 1913*, Oxford University Press, 1913, p. V. Remarquons qu'Esmein ne pût se rendre à Londres pour ce Congrès et laissa à Paul Huvelin, Professeur à la faculté de Lyon, le soin de lire la communication qu'il avait rédigée. P.Vinogradoff, *Essays in legal history…, op.cit.*, p. VII.

[5] Esmein décède avant l'impression de l'ouvrage. C'est son fils, Paul Esmein, qui apportera les corrections nécessaires au texte de la communication originale avant son impression. Paul Vinogradoff écrit en introduction de l'ouvrage : « *While these sheets were in the press, the sad news arrived of the death of one of our most distinguished contributors, Professor A. Esmein. We are indebted to his son, Monsieur Paul Esmein, for the corrections of the proof wich were forwarded to his late father* », *Ibid*.

[6] A. Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 201-214.

[7] Digeste, I, 3, L.31.

même fond, se fit recevoir en France »[1]. Son article entend exposer l'usage qui fut fait de cette règle – qui s'oppose par essence même à l'idée de liberté politique – dans le droit de la monarchie française du XIIIe siècle jusqu'à la Révolution. Cette contribution n'est en réalité, il faut le noter, qu'un approfondissement de quelques éléments historiques et juridiques figurant dans l'introduction des *Éléments de droit constitutionnel* à partir de la deuxième édition[2]. Le texte s'attache particulièrement à démontrer les conséquences tragiques de cet adage en droit public : « Mais la seconde série de conséquences était autrement plus grave et importante, visant le droit public. On tenait que lorsque le roi intervenait en personne, pour décider lui-même d'un acte d'administration ou de juridiction, il pouvait le faire valablement sans tenir compte des lois, que ses officiers, au contraire, étaient tenus d'observer et de respecter. Cela était surtout remarquable quand il s'agissait de l'administration de la justice, que le roi, s'il le voulait, pouvait rendre lui-même à ses sujets »[3]. L'article ne manque évidemment pas de relever les résistances suscitées par cette maxime devenue l'une des règles fondamentales du droit de la monarchie française. Esmein mentionne notamment les Monarchomaques.

Il faut constater que le professeur parisien signale, à plusieurs reprises dans deux de ses ouvrages, l'existence de cette « école libérale »[4] mais à l'occasion de leur réédition. En effet l'édition *princeps* des *Éléments de droit constitutionnel*, ainsi que l'édition *princeps* du *Cours élémentaire d'histoire du droit français,* ne contiennent aucune mention de cette « remarquable école »[5]. Le lecteur doit attendre les rééditions de la toute fin du siècle[6] pour voir l'auteur évoquer « les écrivains français, protestants ou catholiques, qui, dans la seconde moitié du XVIe siècle, s'efforçaient d'établir chez nous les principes de liberté politique »[7] et user de cette formulation – quasiment consacrée[8] – qu'il utilise de nouveau dans son article[9]. Par ces développements consacrés à la philosophie politique des

---

[1] A. Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 203.

[2] Le texte de l'introduction remaniée à partir de 1899 offre un développement supplémentaire dont voici un extrait : « Il est vrai qu'en sens contraire, particulièrement chez les Anglais, se développait la conception d'une monarchie vraiment légale, c'est-à-dire dans laquelle le Prince était astreint aux lois. En France les écrivains qui, dans la seconde moitié du XVIe siècle, développaient les théories de la liberté politique, défendent énergiquement le principe de la monarchie légale. Mais notre ancien droit public avait adopté, au moins en partie, le principe opposé. L'une de ses maximes, empruntée à un texte du Digeste, était : *Princeps legibus solutus est*. L'un de ces conséquences qu'on en tirait était que, si les officiers du prince et les magistrats devaient agir et juger conformément aux lois, le roi au contraire en était affranchi lorsque, intervenant directement et en personne, il ordonnait, décidait ou jugeait » *Éléments…, op.cit.*, p. 21-22.

[3] A. Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 205.

[4] *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, 1898, 3e édition, Paris, Larose, p. 345.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 283. Il évoque une « école remarquable » dans son cours d'histoire du droit. Voir *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, 1898, 3e édition, Paris, Larose, p. 345.

[6] Il faut attendre la troisième édition du *Cours élémentaire d'histoire du droit français* en 1898 et la deuxième édition des *Éléments de droit constitutionnel* en 1899. Remarquons que si le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* ne fait pas explicitement référence à la maxime *Princeps legibus solutus est*, ses développements s'attache à une règle proche qui contrevient par essence à la notion esmeinienne de liberté politique : la maxime *Quod principi placuit legios habet vigorem*. Voir *Cours élémentaire d'histoire du droit français, op. cit.*, p. 467.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 63.

[8] Esmein écrit plus loin dans son ouvrage de droit constitutionnel à propos d'Hotman : « il fait partie d'un groupe d'auteurs remarquables, les uns protestants, les autres catholiques, qui, dans la seconde moitié du XVIe siècle, dans la période des guerres de religions, cherchèrent à développer en France les principes de liberté politique », *Éléments…, op.cit.*, p. 282.

[9] Il écrit a propos de la maxime *Princeps legibus solutus est* : « Il faut attendre la seconde moitié du XVIe siècle pour trouver une répudiation énergique de la maxime, une contestation formulée en vertu de principes bien arrêtés. Elle émane des écrivains, qui, dans la période des guerres de religion, s'efforcèrent de développer en

Monarchomaques, le lecteur obtient confirmation de la conception esmeinienne de la liberté politique bien qu'elle ne soit pourtant jamais clairement définie dans son oeuvre. Il écrit – dans son article relatif à la maxime d'Ulpien – à propos de Charondas le Caron : « Comme le disaient les Monarchomaques, ses contemporains, en parlant surtout des lois fondamentales, il affirme que la loi est une convention entre le Prince et ses sujets, qui lie les deux parties. Comme Bracton, il proclame que le Prince doit respecter la loi, parce qu'il ne règne que par elle. Il considère d'ailleurs que le monarque est un officier public et remplit une charge, et il doit à ses sujets l'exemple nécessaire du respect des lois »[1].

Les *Éléments de droit constitutionnel* insistent sur ce point précis de la soumission du Prince à la loi : « Ils [les Monarchomaques] s'efforçaient de démontrer deux choses, par des arguments parfois scolastiques et parfois très profonds : 1° que la souveraineté avait résidé originairement dans le peuple ; 2° que celui-ci ne l'avait point aliénée en en transmettant l'exercice au roi ; le roi devant être considéré comme le premier magistrat et le représentant de la nation »[2]. Ainsi, la liberté politique au sens esmeinien correspond bien à la soumission de tous à la loi. La conclusion de ce qui restera comme le dernier article du professeur parisien finit d'en persuader le lecteur. Qu'il nous soit permis de la citer *in extenso* : « Mais la philosophie du XVIIIe siècle, reprenant avec une force la doctrine exposée par les Monarchomaques du XVIe siècle, proclamait, comme une règle essentielle de l'État, l'empire absolu et inévitable de la loi. Je ne citerai qu'un passage de Voltaire, qui dans un de ses *Dialogues* fait ainsi parler un anglais : " Ce que je trouve de plus juste c'est liberté et propriété… Je veux que chacun ait sa prérogative. Je ne connais de lois que celles qui me protègent, et je trouve notre gouvernement le meilleur de la terre parce que chacun y sait ce qu'il a, ce qu'il doit et ce qu'il peut. Tout est soumis à la loi, à commencer par la royauté et par la religion. " C'était une cause gagnée devant l'opinion publique, et la Constitution française de 1791 enregistrait la règle nouvelle dans ces termes, d'une précision et d'une élévation admirables : " Il n'y a point en France d'autorité supérieure à la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance "»[3].

Ainsi, malgré l'absence de définition personnelle, Esmein enseigne au lecteur, au moyen des références à Montesquieu, que la liberté consiste en la soumission de tous à la loi. Comme l'écrit Jean Goldzink : « Il y a liberté là où il y a permission et interdiction : légalité »[4]. L'idée d'une soumission de l'État – entendu comme une construction juridique productrice de normes – aux normes qu'il produit lui-même fait émerger la notion d'État de droit, c'est-à-dire d'un État soumis au droit qu'il édicte. Mais, comme nous le constaterons dans la troisième partie de cette étude, c'est avant tout à la loi appréhendée comme norme suprême que les autorités revêtues de la souveraineté étatique devront se soumettre, de sorte parlera plus exactement d'État légal.

Ce n'est donc pas tant la définition précise de la liberté politique qui préoccupe Esmein que la détermination exacte des modalités de production de la loi à laquelle chaque individu doit se soumettre pour protéger la liberté de tous. Le lien que le

---

France les principes de liberté politique », A.Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 208-209.

[1] A. Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 211.

[2] *Éléments…*, *op.cit.*, p. 282-283.

[3] A. Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 214.

[4] J. Goldzink, *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme*, *op. cit.*, p. 130.

professeur parisien entend établir entre Locke et Montesquieu se situe en amont de la liberté politique : il tient aux modalités juridiques de création de la loi, celles qui permettent l'existence même et la permanence de cette liberté. La loi, adoptée et appliquée par un gouvernement modéré[1], en permet l'existence. Mais encore faut-il que la loi, à la fois dans sa dimension matérielle et formelle, assure cette liberté. Esmein insiste de façon très nette sur ce point, en expliquant que la liberté de l'individu dépend des caractères de la loi : « Il n'y a pas de liberté véritable, même avec la souveraineté populaire, si l'assemblée du peuple peut prendre arbitrairement n'importe quelles mesures contre un citoyen déterminé contrairement aux lois générales. Ce qui fait la vertu protectrice de la loi, c'est sa conception même. Elle peut, en effet, être définie : une règle impérative ou prohibitive posée par le souverain, qui statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et à toujours »[2] .

Comme le rappelle Lucien Jaume, Montesquieu « ne dit pas que la loi ainsi conçue est l'expression d'une volonté générale exerçant la souveraineté (directement ou par représentation) : selon un autre trait caractéristique du libéralisme, la loi n'est pas l'instrument d'un souverain. Il n'y a pas de " bon souverain " qui libérerait en ordonnant ; en lieu et place du souverain (encore si présent chez Pufendorf), " il faut faire un système " »[3]. C'est bien ce point qui va attirer toute l'attention du constitutionnaliste et sur lequel il va tisser un lien direct entre les propositions lockéennes et celles de Montesquieu. L'établissement d'un « système »[4], c'est-à-dire d'une organisation institutionnelle, peut, seul, limiter la souveraineté du législateur et permettre d'offrir et de conserver à la loi son caractère protecteur. Ce « système », c'est la théorie de la séparation des pouvoirs.

La théorie de la séparation des pouvoirs exposée par Montesquieu, clé de sa démonstration, constitue pour Esmein la théorie la plus affinée et surtout la plus juste pour déterminer une organisation institutionnelle visant à limiter les droits de l'État. Dans le chapitre consacré à cette théorie, les *Éléments de droit constitutionnel* dressent en effet les liens indéniables entre les écrits de l'Anglais et du Français. Si John Locke n'est pas le premier à conceptualiser l'existence de plusieurs pouvoirs qui s'exercent au sein d'un même État, il en a conçu, le premier[5], une répartition visant à limiter la souveraineté au profit du respect des « droits de l'homme ». Esmein constate : « Les auteurs de l'École du droit de la nature et des gens avaient fait cette analyse, et ils désignaient les attributs assez nombreux qu'ils avaient ainsi dégagés sous le nom de *partes potentiales summi imperii.* Mais ils tenaient d'ordinaire que, pour que l'État fût fort et régulièrement organisé, tous ces pouvoirs devaient être réunis dans la même main »[6]. Le mérite de la théorie lockéenne est donc d'inscrire une division des pouvoirs dans le cadre du régime représentatif : « Le

---

[1] « La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés » Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XI, chapitre IV, *op. cit.*, t. II, p. 206.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 20.
[3] L. Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme, op. cit.*, p. 111-112.
[4] « Pour établir un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les tempérer, les faire agir et les régler; donner un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre; enfin, il faut faire un système », Montesquieu, *Pensées*, n°633, citée par L. Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme, op. cit.*, p. 112.
[5] « Le premier parmi les publicistes, Locke a une théorie sur la séparation des pouvoirs » *Éléments…, op. cit.*, p.452. On remarquera que la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* ne qualifie pas Locke de « publiciste » : « Le premier Locke a une théorie sur la séparation des pouvoirs » *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 280.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 451-452.

premier aussi, il examine la question au point de vue d'un gouvernement représentatif de la souveraineté nationale ; les auteurs plus anciens raisonnaient en prenant pour point de départ le gouvernement direct et surtout celui d'une pure monarchie »[1]. Il est en effet très clair pour Locke que le pouvoir législatif[2], qualifié de « suprême pouvoir de l'État »[3], doit être exercé par un organe représentatif – possiblement collégial[4] – sans pour autant préciser la moindre modalité du processus de représentation et de désignation : « l'autorité législative ne peut remettre en d'autres mains le pouvoir de faire des lois. Car cette autorité n'étant qu'une autorité confiée par le peuple, ceux qui l'ont reçue n'ont pas le droit de la remettre à d'autres. Le peuple seul peut établir la forme de l'État, c'est-à-dire faire résider le pouvoir législatif dans les personnes qu'il lui plaît, et de la manière qu'il lui plaît »[5].

On peut considérer qu'il s'agit là de l'originalité de John Locke, qui fait de lui le plus grand des auteurs jusnaturalistes[6] – avec Hobbes – et qui explique sa place dans le schéma de pensée esmeinien. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* voit en effet dans le régime représentatif « un certain degré de civilisation »[7], sans aucun doute le plus haut, et en fait un des principes fondamentaux de son enseignement juridique comme nous le constaterons dans la deuxième partie de cette étude. Mais si Locke est le plus grand du mouvement jusnaturaliste et constitue par son œuvre « l'aboutissement d'un siècle »[8], Montesquieu est, lui, le plus grand des philosophes du mouvement des Lumières en ayant su faire aboutir le raisonnement de Locke. Le *Traité du gouvernement civil* distingue[9] le

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 452.

[2] « Le *pouvoir législatif* est celui qui a droit *de régler comment les forces d'un Etat peuvent être employées pour la conservation de la communauté et de ses membres* » J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, §143, p. 250.

[3] J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, §134, p. 242. Voir également §135, p. 243.

[4] Cela n'est pas affirmé avec une grande clarté dans le *Traité du gouvernement civil* : « Quoique le *pouvoir législatif* (soit qu'on l'ait remis à une seule personne ou à plusieurs, pour toujours, ou seulement pour un temps et par intervalles) soit le *suprême pouvoir* d'un État; cependant, il n'est pas premièrement, et ne peut être absolument arbitraire sur la vie et les biens du peuple. Car, ce pouvoir n'étant autre chose que le pouvoir de chaque membre de la société, remis à cette personne ou à cette assemblée, qui est le législateur, ne saurait être plus grand que celui que toutes ces différentes personnes avaient dans *l'état de nature*, avant qu'ils entrassent en société, et eussent remis leur pouvoir à la communauté qu'il formèrent ensuite », J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, §135, p. 243.

[5] J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, §141, p. 249.

[6] Rappelons qu'Esmein écrit : « Mais cette école [École du droit de la nature et du droit des gens] compte aussi deux représentants, plus grands et plus originaux que tous les autres. Ce sont deux Anglais, dont l'un, Hobbes, détourna ses principes au profit de la monarchie absolue, soutenant la cause de Charles Ier et de Charles II; l'autre, au contraire, Locke, écrivant au lendemain de la Révolution de 1688, fût des meilleures apôtres de la liberté politique » *Éléments…*, *op. cit.*, p. 265.

[7] Il écrit à propos de l'institution que constitue le jury judiciaire anglais « De nos lois elle a successivement passé dans les divers codes des nations européennes, et elle est devenue une de ces institutions, qui, comme le système représentatif, caractérisent plutôt un certain degré de civilisation qu'une race ou un pays », A. Esmein, « Compte-rendu de *Projet de Code pénal pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 8e mois de la 10e année de Meiji (août 1879) : Tokio (août 1879) – Projet de Code de procédure criminelle, pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 9e mois de la 12e année de Meiji (septembre 1879) : Tokio (septembre 1879)* », *NRHD*, 1880, p. 632.

[8] H.-J. Laski, *Le libéralisme européen du Moyen Age à nos jours*, trad. française, Paris, 1950, p. 117, cité par S. Goyard-Fabre *in* J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 113.

[9] J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, chapitre XII, p. 250-253.

pouvoir législatif[1], le pouvoir exécutif[2] et le pouvoir fédératif[3] et cela, selon Esmein, par la simple description de la constitution anglaise telle qu'elle existait au XVIIe siècle : « Il [Locke] avait simplement reproduit les traits essentiels de la Constitution anglaise »[4]. Si Locke identifie bien trois pouvoirs mais sa théorie ne prône la séparation que de deux de ces pouvoirs seulement[5] : le législatif et l'exécutif. Les *Éléments de droit constitutionnel*, au moyen de larges extraits de l'œuvre de Locke, l'expose clairement : « Il [Locke] distingue trois pouvoirs dans son *Essay on civil government* : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif ou droit de faire la paix ou la guerre et les traités. Il admet que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif doivent être séparés, placés dans des mains différentes et voici ses raisons : […]. Au contraire, Locke, tout en déclarant parfaitement distinct le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif, reconnaît qu'ils doivent naturellement être réunis »[6]

La fortune de Montesquieu se trouve ici dans cet inachèvement – cette faille pourrait-on dire – du raisonnement lockéen. C'est en effet, aux yeux d'Esmein, dans l'identification des trois pouvoirs, offrant la touche finale à la théorie, que réside le génie du philosophe français. Celui-ci « a tellement transformé les éléments fournis par le philosophe anglais qu'il en a fait une création nouvelle ; d'un embryon il a tiré un être arrivé à son développement et pourvu de tous ses membres »[7]. Ainsi le chapitre le plus fameux de *l'Esprit des lois* présente une théorie nouvelle par l'identification de « la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil »[8] comme troisième pouvoir. Ce qu'Esmein nommera le « pouvoir judiciaire » constitue donc la « nouveauté »[9] de la théorie de Montesquieu mais il en forme surtout le point de perfection absolue. Par la substitution dans la triarchie des attributs de la souveraineté du pouvoir judiciaire au pouvoir fédératif lockéen, Montesquieu offre une théorie parfaite sur laquelle se fonde l'ensemble du discours constitutionnel et libéral d'Esmein. Tout en soulignant la filiation par les termes communs aux deux auteurs, le professeur parisien constate que le philosophe français « a vu très nettement que l'emploi de la force publique et de l'action gouvernementale à l'intérieur, pour assurer l'ordre et l'exécution des lois [la puissance exécutrice], présente une affinité naturelle avec l'action de la diplomatie et l'emploi de la

---

[1] « Le *pouvoir législatif* est celui qui a droit *de régler comment les forces d'un État peuvent être employées pour la conservation de la communauté et de ses membres* » J. Locke, *Traité du gouvernement civil, op. cit.*, §143, p. 250.

[2] « Mais parce que les lois qui sont une fois et en peu de temps faites, ont une vertu constante et durable, qui oblige à les observer et à s'y soumettre continuellement, il est nécessaire qu'il y ait toujours quelque puissance sur pied qui fasse exécuter ces lois, et qui conserve toute leur force : et c'est ainsi que le pouvoir législatif, et le pouvoir exécutif, se trouvent souvent séparés », J. Locke, *Traité du gouvernement civil, op. cit.*, §144, p. 251.

[3], J. Locke, *Traité du gouvernement civil , op. cit.*, §146, p. 252.

[4] Il poursuit : « La description qu'il donne du pouvoir législatif, de ces diverses personnes qui ont le pouvoir de faire la loi par elles-mêmes ou conjointement avec d'autres, et qui ne sont que momentanément en activité, c'est l'image reflétée du Parlement anglais, des deux Chambres statuant conjointement avec le roi. C'est en Angleterre qu'il trouve le pouvoir exécutif distinct, quoique non complètement séparé du pouvoir législatif; c'est là qu'il trouve aussi le pouvoir fédératif pleinement réuni au pouvoir exécutif entre les mains du monarque (…) » *Éléments…, op.cit.*, p. 454.

[5] Voir J. Locke, *Traité du gouvernement civil, op. cit.*, §144, p. 251 et §148, p. 252-253.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 453-454.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 455.

[8] Montesquieu, *De l'Esprit des Lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, p. 207.

[9] *Éléments…, op. cit.*, p. 456.

force armée dans les relations extérieures [le pouvoir fédératif lockéen] ; il y a là un faisceau d'attributions qui sont les moyens de la politique proprement dite »[1].

Cette distinction de trois pouvoirs nouveaux chez Montesquieu est motivée par une vision pessimiste de la nature humaine – que l'on retrouve dans toute la littérature libérale – et s'explique donc par la volonté de préserver la liberté de l'individu en limitant le pouvoir de l'État, volonté qui deviendra le *leitmotiv* du libéralisme politique. Cela est très clair dans l'*Esprit des lois*, comme le remarque Esmein en citant le passage le plus significatif de l'ouvrage, définissant la liberté politique : « La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les gouvernements modérés. Elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir ; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ? La vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »[2].

Cette limitation, condition du gouvernement légal, doit en effet permettre qu'aucun représentant exerçant la souveraineté – nous constaterons dans la seconde partie qu'Esmein situe son discours dans le seul cadre du gouvernement représentatif – ne puisse se délier du respect de la loi. C'est ici l'idée maîtresse de la conception esmeinienne de la liberté : la liberté par la soumission de tous à la loi unique.

Ainsi le « système » doit interdire au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif d'exercer le pouvoir judiciaire précisément chargé de sanctionner les infractions à la loi. Dans le premier cas, si la fonction législative exerce la fonction judiciaire, « il n'y a plus de loi fixe »[3]. Dans le second cas, si la fonction exécutive exerce la fonction judiciaire, la première « aura un intérêt à ce que la loi soit appliquée dans tel ou tel sens »[4]. L'opinion d'Esmein est faite. Il cite abondamment le chapitre six du onzième livre de *l'Esprit des lois* et y adhère sans réserve, considérant que « rien n'est plus certain »[5].

C'est donc, on le voit, le désintéressement de l'exercice de la fonction judiciaire, chargée de « l'application rigoureuse et scientifique du droit pénal et du droit privé »[6] qui est l'objectif affirmé de la théorie afin que « la justice […] constitue un domaine absolument distinct, une fonction de l'État naturellement déterminée par d'autres règles »[7]. Le professeur parisien l'écrit très clairement : « La raison la plus forte d'établir l'autorité judiciaire comme un pouvoir distinct et indépendant, c'est qu'il n'y a pas de meilleur moyen pour assurer son entier désintéressement »[8].

La conception d'une triarchie comportant un pouvoir judiciaire et la séparation de ces trois pouvoirs est donc la clé du système de Montesquieu, et constituent également la réponse institutionnelle à la problématique libérale de la limitation du pouvoir de l'État. C'est par l'institution d'un pouvoir judiciaire indépendant de l'un et de l'autre pouvoir

---

[1] *Ibid*.
[2] Montesquieu, *De l'Esprit des Lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, p. 206.
[3] « Si le pouvoir législatif est en même temps l'exécuteur de la loi ou le juge des litiges que soulève son application, il n'y a plus de loi fixe », *Éléments…, op. cit.*, p. 457-458.
[4] « Si, d'autre part, le pouvoir exécutif seul est réuni au pouvoir judiciaire, l'exécutif ne pourra point directement modifier la loi, mais il n'offrira pas toujours les garanties suffisantes quant à son application contentieuse, car parfois il sera lui-même partie en cause ou, tout du moins, il aura un intérêt à ce que la loi soit appliquée dans tel ou tel sens » *Éléments…, op. cit.*, p. 458.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 457.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 456.
[7] *Ibid*.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 458.

composant la triarchie que le gouvernement sera « légal » et assurera ainsi à chacun la liberté politique. L'aphorisme est célèbre : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet »[1].

Suivant Montesquieu, cette liberté de chacun doit se percevoir dans la notion de « sûreté » : aucun des individus composant la société politique ne doit craindre le gouvernement et ses institutions. Chacun doit être assuré de la stricte et bonne application de la loi, censée garantir la liberté des personnes et la jouissance de leurs biens. Esmein calque alors l'ensemble de sa réflexion libérale sur le discours du philosophe français et offre logiquement à la notion de « sûreté » une place de choix dans son œuvre.

[1] Montesquieu, *De l'Esprit des Lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, p. 206.

Section 2

La sûreté comme condition première de la liberté moderne

Dans la philosophie de Montesquieu, la notion de sûreté ou, plus exactement, le sentiment que le « citoyen moyen »[1] a de sa sûreté, illustre le règne de la loi et, par là, fait figure d'antinomie parfaite à l'arbitraire. Toute la liberté politique repose sur cette garantie[2], garantie conférée à tout individu par la loi et qui doit être avant toute chose une garantie physique ou corporelle. Le deuxième chapitre du douzième livre de *l'Esprit des lois* est limpide : « La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté. Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen. […] Quand l'innocence des citoyens n'est plus assurée, la liberté ne l'est pas non plus. Les connaissances que l'on a acquises dans quelques pays, et que l'on acquerra dans d'autres, sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels, intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait lieu au monde. Ce n'est que sur la pratique de ces connaissances que la liberté peut être fondée ; et dans un État qui aurait là-dessus les meilleures lois possibles, un homme à qui on ferait son procès, et qui devrait être pendu le lendemain, serait plus libre qu'un pacha ne l'est en Turquie ». La pensée d'Esmein semble s'être agrégée autour de l'idée centrale exprimée par Montesquieu dans ce douzième chapitre de *l'Esprit des lois* : l'existence de la liberté politique, qui caractérise « la liberté moderne », dépend de « la liberté individuelle *stricto sensu* »[3], liberté qui doit être évidemment garantie à l'individu par la loi.

---

[1] « Le parallèle en terme d' "opinion sur" fait sentir que c'est dans la conscience de soi, dans un certain sentiment vécu, que la liberté s'apprécie : abstraitement on se sait capable de vouloir, concrètement on se sait en sûreté. […] Le citoyen "moyen", qui ne raisonne pas, s'en tiendra au vécu immédiat : le sentiment de sûreté à l'égard du pouvoir, vis-à-vis d'autrui » L. Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme*, *op. cit.*, p. 109-110.

[2] Le *Dictionnaire de la langue française* d'Émile Littré, comme le *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle* de Pierre Larousse, offre parmi les définitions du terme de « sûreté » le terme de « garantie ». É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. IV, Hachette, 1875, p. 2097-2098. On remarquera d'ailleurs la référence directe à Montesquieu dans le *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle* : P. Larousse, *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle*, t. XIV, Administration du grand dictionnaire, 1865, p. 1268-1269. On notera enfin que le *Dictionnaire de législation usuelle contenant les notions de droit civil, droit commercial, droit criminel et administratif* d'E. de Chabrol-Chaméane, et paru en 1835, n'offre aucune entrée au terme de « sûreté ».

[3] Évoquant la notion de « sûreté » développée par Montesquieu, Esmein écrit : « De là, le terme de *sûreté*, employé dans ce sens, est passé dans le grand ouvrage de Blackstone, disciple de Montesquieu, et de là dans la Déclaration de 1789. Aujourd'hui, pour désigner la chose, on emploie plutôt le terme de liberté individuelle *stricto sensu*. », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1114. Il écrit également : « La liste des droits individuels en comprend encore deux : la liberté de conscience et de culte ; la liberté individuelle au sens strict du mot, c'est-à-dire celle de la personne. De la liberté de conscience et de culte, nous avons parlé suffisamment dans le chapitre précédent. Pour ce qui est de la liberté individuelle, *stricto sensu*, la Constitution de 1791 la garantissait et la définissait en termes très larges… », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 215.

I
La définition de la sûreté et l'importance du droit criminel

Dans certains de ses ouvrages, Esmein reprend la notion de sûreté telle qu'elle est exprimée par Montesquieu[1] et en offre une définition claire, précise et surtout quasiment constante. L'auteur l'entend avant tout comme une « garantie » contre l'arbitraire en matière d'arrestations, de détention, de perquisitions ou de pénalités dont pourrait faire l'objet un individu. Ainsi définit-il la sûreté à deux reprises dans les *Éléments de droits constitutionnel* : d'abord comme « la garantie contre les arrestations, emprisonnements et pénalités arbitraires »[2], puis comme « la garantie contre les arrestations et les pénalités arbitraires »[3]. La notion en elle-même est appréciée comme un élément du triptyque de la « liberté personnelle », notion fondée sur le principe de propriété. Aussi la sûreté doit-elle être entendue comme une application de la « propriété corporelle » de l'individu qui pourrait être placée à côté de la notion plus restrictive de « propriété privée » au sens d'un droit acquis et exercé sur des biens matériels, mobiliers et immobiliers. Esmein s'en explique de façon très brève, en référence à Siéyès : « La liberté, la propriété et la sûreté qu'indique comme droits de l'homme la Déclaration de 1789 ne sont que des conséquences successives de la liberté personnelle, telle qu'on l'entendait alors, c'est-à-dire le droit que chacun a sur sa personne : "La propriété de sa personne est le premier des droits ", disait Sieyès dans son Préliminaire de la Constitution ; et il ajoutait, dans son projet de déclaration, art.3 : "Tout homme est seul propriétaire de sa personne et cette propriété est inaliénable" »[4]. La sûreté est donc analysée comme un droit de propriété que l'individu exerce, seul et sans contrainte, sur son propre corps.

Mais le juriste n'écarte pas pour autant l'idée d'un droit de propriété exercé sur des biens matériels. La définition fournie par le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* diffère quelque peu, en substituant le terme « perquisition » au terme « emprisonnement », intégrant ainsi la notion de droit de propriété que l'individu exerce sur ses biens, et avant tout sur son domicile ou son lieu de résidence. Cette définition fournie en 1908 est d'autant plus intéressante qu'elle s'insère dans l'expression d'une idée majeure de la pensée d'Esmein, celle de l'importance déterminante du droit pénal : « Mais l'application la plus bienfaisante de cette liberté [individuelle] était le plus souvent, dans le langage de cette époque, désignée par le terme de sûreté, emprunté dans cette acception à Montesquieu. C'est la garantie, contre les arrestations, perquisitions et pénalités arbitraires ; et cette garantie réside essentiellement dans les dispositions des lois pénales et de procédure criminelle »[5]. Le lecteur peut considérer que le fond de la réflexion d'Esmein sur la liberté se trouve ici constitué et affirmé. La garantie selon laquelle l'individu ne peut faire l'objet d'un acte arbitraire qui porte atteinte à sa liberté proprement physique constitue la base de la liberté politique que le emprunte explicitement à Montesquieu.

La sûreté devient en quelque sorte la clef de voûte de l'édifice que constitue la liberté moderne et structure alors l'ensemble de l'étude constitutionnelle du professeur

---

[1] Esmein cite l'extrait le plus fameux du chapitre deux du douzième livre de *l'Esprit des lois* : *Histoire de la procédure criminelle en France, op.cit.,* p. 362 ; mais aussi *Éléments…, op. cit.,* p. 1113.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 545.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 1113.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 1109.
[5] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 216.

parisien, revendiquée par lui-même comme l'étude des principes et institutions de la liberté moderne[1]. On comprend aisément : le caractère primordial du droit criminel qui, seul, peut offrir à l'individu la première des garanties, la première de ses libertés individuelles. Il s'inscrit là dans les pas de Laboulaye qui, dans *Le Parti libéral*, envisage et désigne la sûreté comme « la liberté corporelle » en relevant que seuls le droit criminel et l'organisation de la justice criminelle sont à même de la garantir à chaque individu[2].

Esmein a retenu la célèbre maxime de *l'Esprit des lois* qui résume mieux que nulle autre l'intérêt premier de son auteur pour les règles formant le droit criminel : « Les connaissances que l'on a acquises dans quelques pays, et que l'on acquerra dans d'autres, sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements criminels, intéressent le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde » [3]. Ce goût pour la philosophie de Montesquieu apparaît d'abord avec force dans le *Cours élémentaire d'histoire du droit français*[4] : « Le droit pénal, dont la détermination précise est à nos yeux la condition même de la liberté individuelle, n'avait que pour faible part une expression sûre et législative. C'est un des vices principaux que signaleront les publicistes du XVIIIe siècle dans le système de notre ancien droit public »[5]. La conviction est sans ambiguïté : du contenu des règles du droit criminel et de leurs formes dépendent l'existence même de la liberté politique. Il faut cependant attendre la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* en 1896 pour que l'auteur déploie sa réflexion et assume sa complicité avec Montesquieu : « Mais, comme l'avait montré Montesquieu, ce qui, mieux que toutes les déclarations et tous les axiomes, garantit la liberté individuelle, c'est un bon système de droit criminel, soit quant à la procédure, soit quant au droit pénal proprement dit. À cet égard, les hommes de la Révolution firent tout ce qui leur était possible »[6]. Il est alors nécessaire, voire indispensable, d'étudier un aspect trop souvent ignoré, mais non moins essentiel de l'œuvre d'Esmein : son intérêt pour le droit criminel.

Esmein offre dans son *Cours élémentaire d'histoire du droit français* une définition quasiment incidente[7] du droit criminel. La matière est, selon lui, composée de deux parties distinctes : d'une part le droit pénal, défini comme « l'ensemble des règles déterminant les actes punissables et les peines qu'ils entraînent »[8], et d'autre part la procédure criminelle

---

[1] Rappelons que la première partie des *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* est ainsi intitulée « La liberté moderne. Principes et institutions. ».

[2] Nous empruntons ici l'expression à Édouard Laboulaye qui, semble-t-il, la préfère à l'emploi du terme sûreté : « Cette liberté [la liberté individuelle proprement dite] est complexe; elle comprend trois éléments qu'il est aisé de distinguer : *la liberté corporelle*, le libre jeu de notre activité intellectuelle, et enfin le libre emploi de la propriété et du capital qui sont le fruit de notre activité. […]. Entendue au premier sens, la liberté individuelle est pour tout citoyen non accusé le droit d'agir sans avoir rien à craindre de la police, et d'être maître dans sa maison, comme le baron féodal était roi en son château. La loi veille à la porte du citoyen anglais, la justice seule à droit d'en franchir le seuil. Pour l'accusé la liberté individuelle est le droit d'être tenu pour innocent et respecté comme tel jusqu'à la condamnation. C'est en outre le droit d'être jugé par des magistrats inamovibles ou par le jury, en vertu de lois qui à l'avance ont défini le crime et réglé la procédure et la peine ». É. Laboulaye, *Le parti libéral. Son programme et son avenir, op. cit.*, p. 13-14, nous soulignons.

[3] Montesquieu, *De l'Esprit des Lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, p. 252.

[4] Rappelons que la première édition de *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*fut publiée en 1892.

[5] *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 743, nous soulignons.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 1116, nous soulignons.

[7] Il est en effet nécessaire au lecteur de s'attarder sur plusieurs pages de ce *Cours élémentaire d'histoire du droit français…* pour se forger une définition exacte du droit criminel émanant de l'auteur.

[8] *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 33.

qui, elle, est définie comme « cette partie du droit qui détermine la poursuite, l'instruction et le jugement des procès criminels »[1].

On remarque d'abord que la terminologie esmeinienne use de l'expression « droit criminel » pour définir la matière et cela de façon constante[2]. L'emploi d'une telle expression n'est pas, en soi, une innovation. En effet, au regard des ouvrages relatifs à la matière pénale publiés au XIXe siècle, il est indéniable que la majorité des auteurs use de l'expression « droit criminel » pour l'intitulé des ouvrages et pour désigner la matière dans leurs développements. Ainsi, à titre d'exemple, Jacques Berriat Saint Prix publie en 1807 un *Cours de droit criminel*[3] qui sera réédité à plusieurs reprises au cours du siècle, tout comme Victor Molinier qui propose en 1851 un *Programme du cours de droit criminel*[4] qu'il dispense à la faculté de droit de Toulouse ou encore Adrien Laborde et son *Cours élémentaire de droit criminel*[5] publié dans la dernière décennie du siècle.

Ces trois auteurs se distinguent de certains de leurs contemporains qui, malgré l'intitulé de leurs ouvrages, choisissent d'employer l'expression « droit pénal » dans leurs développements à l'image de Joseph Lefort en 1877 qui use par intermittence et avec une certaine indifférence des deux expressions[6] ou René Garraud qui semble favoriser l'emploi de l'expression « droit pénal »[7] dans son *Précis de droit criminel* publié pour la première fois en 1881. On ne peut d'ailleurs omettre qu'à l'occasion de la deuxième édition de cet ouvrage, en 1885, l'auteur prend soin de souligner la concurrence entre les deux expressions et l'explique selon que l'on se situe du point de vue de l'individu ou du point de vue de la société. Ainsi explique-t-il : « Droit criminel ou droit pénal, suivant qu'on considère le fait individuel de la transgression, auquel la peine fait contrepoids, ou le fait social de la punition, conséquence de la transgression »[8]. On constate enfin qu'Esmein diverge d'autres auteurs tels Pellegrino Rossi[9] ou Joseph Ortolan[1] qui, tous

---

[1] *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 35.

[2] La lecture des titres des sections ou des sous-sections du *Cours élémentaire d'histoire du droit français…* suffit à s'en convaincre. Toutefois on remarque un emploi que l'on peut estimer ambigu de l'expression « droit pénal », alors qu'il semble qu'Esmein désirait désigner la matière comme il l'entend dans les premières pages de son *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, c'est-à-dire englobant à la fois le « droit pénal » et la « procédure criminelle ». Ainsi déclare-t-il «*Le droit pénal,* dont la détermination précise est à nos yeux la condition même de la liberté individuelle, n'avait que pour faible part une expression sûre et législative », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 743, nous soulignons.

[3] L'auteur use, dés la première page de l'ouvrage de l'expression « droit criminel », J. Berriat Saint Prix, *Cours de droit criminel*, 2e éd., Paris, Nève, 1821, p. 1.

[4] L'auteur use de l'expression « droit criminel » et y reste fidèle tout au long des deux volumes de l'ouvrage, V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel fait à la faculté de Toulouse, op. cit.*, p. 7. Pour l'emploi constant de l'expression : V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel fait à la faculté de Toulouse, op.cit.*, vol. 2, p. 4.

[5] L'auteur use également de l'expression « droit criminel », A. Laborde, *Cours élémentaire de droit criminel conforme au programme des facultés de droit*, Paris, Rousseau, 1891, p. 4.

[6] L'auteur utilise l'expression « droit pénal », J. Lefort, *Cours élémentaire de droit criminel*, 1ère éd., Paris, Thorin, 1877, p. 2 pour, quelques lignes plus loin, réemployer l'expression « droit criminel » sans justifier à aucun moment de ce changement : voir p. 3.

[7] R. Garraud, *Précis de droit criminel comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, (*Précis de droit criminel…*) 1ère édition, Paris, Larose, 1881, p. 1, p. 2 et p. 8. On remarque qu'Adhémar Esmein livrera un compte-rendu critique de cette première édition : voir *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 5e année, 1881, p. 115 à 117.

[8] R.Garraud, *Précis de droit criminel comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 2e éd., Paris, Larose et Forcel, 1885, p. 3. Là encore, Adhémar Esmein consacrera un compte-rendu critique à cette deuxième édition : voir : voir *NRHD*, 1885, p. 129-131.

[9] P. Rossi, *Traité de droit pénal*, 3 vol., Paris, Sautelet et Barbezat, 1829.

deux, intègrent dans l'intitulé de leurs ouvrages l'expression « droit pénal » et qui y seront fidèles au cours de leurs exposés respectifs.

Malgré ces variations lexicales, la conception de la matière est, elle, invariable. Les définitions proposées sont proches[2] de la définition fournie par le *Dictionnaire de législation usuelle* d'Ernest de Chabrol-Chaméane qui considère que « le droit criminel a pour objet la poursuite et la punition des infractions qui troublent l'ordre public »[3]. L'idée générale, partagée par l'ensemble de ces auteurs, est que le droit criminel a pour objet l'exercice du « droit de punir » ou de sanctionner, droit qui ne peut appartenir qu'à l'État auquel incombe la régulation des rapports sociaux. Ainsi, comme le souligne Victor Molinier[4], la quasi-totalité des auteurs du XIXe siècle admet et affirme que, par sa mission de régulation sociale, le droit criminel constitue une des divisions du droit public interne, la troisième « branche »[5] après le droit constitutionnel et le droit administratif pour René Garraud, ou encore une « partie spéciale »[6] pour Joseph Ortolan.

L'opinion d'Esmein ne diverge pas de l'opinion commune aux criminalistes de la seconde moitié du XIXe siècle. Toutefois, il ne s'appesantit pas sur la question de la classification du droit criminel au sein de la *summa divisio* que constituent le droit public et le droit privé. C'est au moyen d'une simple phrase contenue dans le compte rendu critique d'un ouvrage d'histoire du droit romain[7] de Jean-Baptiste Mispoulet que l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* affirme sa position sur cette question qui, en réalité, ne prête à aucun débat juridique et dont la réponse ne relève que de la simple « logique ». Ainsi écrit-il : « Quant au droit criminel, logiquement il rentre bien dans le droit public, mais il est assez important pour mériter d'être étudié à part dans un traité spécial : l'exposition de M. Mispoulet, sur ce dernier point (t. II, p.506-526) me paraît écourtée et

---

[1] J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, 3e éd., 2 vol., Paris, Plon, 1863-1864. Remarquons que Joseph Ortolan est, avec Faustin Hélie, mentionné et reconnu par Esmein comme un criminaliste qui combat en faveur « de l'humanité et de la liberté sage ». *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 560.

[2] Victor Molinier définit le droit pénal comme l'ensemble des règles « qui ont pour objet de sanctionner l'observation des préceptes du droit, en menaçant d'une peine ceux qui enfreignent ces préceptes, et en organisant des moyens propres à réaliser cette menace », V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel fait à la faculté de Toulouse*, vol.1, *op. cit.*, p. 7. René Garraud considère que « le droit criminel ou droit pénal se compose de l'ensemble des lois qui règlent l'exercice du droit de punir », R. Garraud, *Précis de droit criminel…*, *op. cit.*, p. 1. Joseph Ortolan propose cette définition : « le droit pénal est une conception de la raison humaine, déduite d'un rapport d'homme à société, dans lequel la société a le droit de faire subir à l'homme un certain mal, à raison d'une violation de droit qu'il a commise », J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, 3e éd., vol. 1, *op. cit.*, p. 8.

[3] E.de Chabrol-Chaméane, *Dictionnaire de législation usuelle contenant les notions de droit civil, commercial, criminel et administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 372.

[4] « On voit, d'après ce classement, que le droit criminel constitue une des branches du droit public. Cette place lui est aujourd'hui assignée dans l'ensemble encyclopédique de la science du Droit par presque tous les juristes ». V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel fait à la faculté de Toulouse*, vol. 1, *op. cit.*, p. 8.

[5] « Il faut reconnaître que le droit criminel n'est qu'une branche du droit public d'un peuple, qui se subdivise ainsi en droit constitutionnel, droit administratif et droit criminel », R. Garraud, *Précis de droit criminel comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 2e éd., *op. cit.*, p. 13.

[6] « Les personnes qui figurent dans ce rapport sont toujours : d'une part la société qui punit; d'autre part le violateur du droit qui est puni. Il faut donc dire que le droit pénal est une partie spéciale du droit public interne, qui intervient, comme moyen sanctionnateur dans toutes branches quelconques du droit » J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, 3e éd., t. I, *op. cit.*, p. 10.

[7] J.-B. Mispoulet, *Les institutions politiques des Romains, ou exposé historique des règles de la Constitution et de l'Administration romaines depuis la fondation de Rome jusqu'au règne de Justinien*, 2 vol., Paris, Pedone-Lauriel, 1882-1883.

vraiment insuffisante »[1]. Une dizaine d'années plus tard, par son rapport relatif à la réorganisation du concours d'agrégation des facultés de droit, il réaffirmera de façon plus claire et plus conséquente sa position quant à la place du droit criminel dans la *summa divisio*, concluant malgré tout, comme le relève Maud Baldovini[2] au maintient académique du droit pénal dans le droit privé : « Logiquement, scientifiquement, il [le droit criminel] appartient au droit public, car dans sa conception moderne tout délit est une atteinte à l'ordre public, une attaque contre l'État. En outre le droit pénal contient les théories pénitentiaires qui n'ont aucun rapport avec le droit privé, et la procédure criminelle, en tant qu'elle organise la garantie de la liberté individuelle et règle l'institution du jury, rentre incontestablement dans le droit public. Mais, d'autre part, le droit criminel est appliqué par les tribunaux judiciaires comme le droit civil ; il est interprété par les mêmes jurisconsultes dans la pratique et par les mêmes méthodes. Enfin, bien que nous rompions avec le passé, nous ne pouvons oublier que, dans nos concours jusqu'en 1891, le droit criminel est resté constamment marié au droit civil ; c'est cette union traditionnelle que nous proposons de maintenir »[3].

On comprend donc que la définition même de l'objet du droit criminel ne préoccupe pas Esmein qui, rappelons-le, ne produit pas d'ouvrage de droit criminel et ne se considère pas lui-même comme un « criminaliste »[4], contrairement aux auteurs précités. L'élément central de la définition que nous avons pu tirer de son *Cours élémentaire d'histoire du droit français* tient aux éléments constitutifs de la matière elle-même. À l'image de la plupart des auteurs précités, il considère que la matière, peu importe son appellation, est composée de plusieurs éléments d'études. S'il n'en dénombre que deux, le droit pénal et la

---

[1] « Dans le plan adopté par l'auteur je relèverai un autre trait. Le volume deuxième expose non seulement l'administration de l'Italie et des provinces, le régime municipal, l'état des personnes, les finances, les poids et mesures, l'armée et la religion, mais encore la justice, c'est-à-dire les sources du droit, l'organisation judiciaire, la procédure et le droit criminel. Je crois, bien que l'auteur ici ait suivi d'illustres exemples, qu'il eût mieux valu laisser de côté ce dernier point, au moins pour la plus grande partie. L'organisation judiciaire fait corps avec les institutions politiques et administratives, et il est impossible de la négliger, quand on étudie les magistratures romaines: mais les sources du droit et la procédure seront toujours mieux et plus complètement étudiées dans les ouvrages consacrés au droit civil, dont on ne saurait les séparer sans leur enlever leur véritable signification. *Quant au droit criminel, logiquement il rentre bien dans le droit public, mais il est assez important pour mériter d'être étudier à part dans un traité spécial*: l'exposition de M. Mispoulet sur ce dernier point (t. II, p. 506-526), me paraît écourtée et vraiment insuffisante. », A. Esmein, Compte rendu de *Les institutions politiques des Romains, ou exposé historique des règles de la Constitution et de l'Administration romaines depuis la fondation de Rome jusqu'au règne de Justinien*, 2 volumes, Paris, Pedone-Lauriel, 1882-1883., *NRHD*, 1883, p. 683-687, nous soulignons.

[2] Voir M. Baldovini, *La classification académique du droit pénal, entre droit public et droit privé. Sur un paradoxe de la science du droit*, Thèse pour le doctorat en droit public soutenue le 10 décembre 2009 à l'Université de Caen-Basse Normandie, p. 175 et suivantes notamment.

[3] A. Esmein, « Rapport présenté au Conseil supérieur de l'Instruction publique par M. Esmein, au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit », *NRHD*, 1897, p. 46.

[4] C'est du moins ce qu'il laisse entendre lorsqu'il invite les spécialistes du droit criminel, « les criminalistes », à se pencher sur une question particulière : « Nous aurions voulu étudier bien d'autres points; mais il faut nous borner, recommandant aux criminalistes l'étude de ces intéressants projets », A. Esmein, « Compte rendu de *Projet de Code pénal pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 8e mois de la 10e année de Meiji (août 1879) : Tokio (août 1879) – Projet de Code de procédure criminelle, pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 9e mois de la 12e année de Meiji (septembre 1879) : Tokio (septembre 1879)* », *NRHD*, 1880, p. 637. On notera qu'André Weiss qualifie Adhémar Esmein de « jeune criminaliste » lorsqu'il évoque ses premières années d'enseignement : voir A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux d'Adhémar Esmein », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu, op. cit.*, p. 447.

procédure criminelle[1], les auteurs tels que, Victor Molinier[2] Joseph Ortolan[3] ou René Garraud[4] en distinguent trois, à savoir le « droit pénal proprement dit »[5], la procédure et l'organisation des juridictions[6]. Malgré cette divergence de vue, là encore, les conceptions sont proches. Esmein intègre, comme semble-t-il Jacques Berriat Saint Prix[7], l'examen de l'organisation des juridictions répressives et leurs compétences dans le cadre plus large de la procédure criminelle. C'est du moins ce que l'on peut déduire des *Éléments de droit constitutionnel* : l'organisation juridictionnelle est rangé dans le paragraphe[8] consacré à la procédure criminelle. Ainsi Esmein conçoit bien une partition de la matière criminelle, partition logique car fondée sur la distinction du Code pénal et du Code d'instruction criminelle : le droit pénal et la procédure criminelle à laquelle est adjointe l'étude des juridictions.

---

[1] Le droit pénal étant défini comme « l'ensemble des règles déterminant les actes punissables et les peines qu'ils entraînent », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 33. La procédure criminelle étant, elle, définie comme la « partie du droit qui détermine la poursuite, l'instruction et le jugement des procès criminels » *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 35. La distinction entre droit pénal et procédure criminelle paraît déjà en 1882 : « Montesquieu, pour la procédure criminelle, comme pour le droit pénal, s'en tient aux idées générales… », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 362. Il confirme l'existence et surtout la distinction de ces deux éléments composants la matière criminelle en 1908 : « Le droit pénal de l'ancienne France était atroce; l'ancienne procédure criminelle ne valait pas mieux, bien qu'en 1788 elle eût définitivement et complètement éliminé son élément le plus horrible, je veux dire la torture.», *Précis élémentaire d'histoire du droit…, op. cit.*, p. 249.

[2] « On voit par cette notion que le droit criminel se divise en trois parties, qui embrassent : 1° le droit pénal; 2° les dispositions qui organisent les tribunaux de répression, tant ordinaires que d'exception, et qui déterminent leurs attributions; 3° la procédure criminelle. » V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel fait à la faculté de Toulouse*, vol. 2, *op. cit.*, p. 4. Victor Molinier ne fait que confirmer ce qu'il a déjà écrit : voir V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel fait à la faculté de Toulouse*, vol. 1, *op. cit.*, p. 7.

[3] « D'où il suit que le droit pénal se divise, à son tour, en trois parties : 1° le droit pénal proprement dit, ou le précepte pénal, la pénalité; 2° les juridictions pénales; 3° la procédure pénale. » J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, 3e éd., t. I, *op. cit*. p. 9.

[4] « Comme toutes les branches du droit positif, il [le droit criminel] comprend trois parties essentielles à son fonctionnement : - le *précepte*, c'est-à-dire l'énumération des infractions et des peines; - la *juridiction*, c'est-à-dire l'organisation des autorités, chargées d'assurer l'application du précepte; - la *procédure*, c'est-à-dire la marche à suivre pour atteindre ce résultat. » R. Garraud, *Précis de droit criminel comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 1ere éd. , *op. cit.*, p. 1.

[5] Nous empruntons ici l'expression à Joseph Ortolan. Voir : J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, 3e éd., t. I, *op. cit*. p. 9.

[6] On notera qu'Edouard Laboulaye, qui ne livre pas non plus d'ouvrage de droit criminel, distingue quatre composants du droit criminel : « Toute législaltion criminelle contient : le division des crimes, l'établissement des juges, la procédure, la pénalité ». É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 746.

[7] « On nomme droit criminel, le système, l'ensemble des règles relatives aux délits. Il se divise en deux parties, la législation et la procédure criminelle. La législation criminelle a pour but de prévenir et de réprimer les délits. La procédure criminelle détermine les règles qu'on doit observer lorsqu'il s'agit de parvenir au second de ces buts. La législation et la procédure criminelle sont par conséquent deux branches différentes du droit, et par conséquent aussi il est naturel de diviser en deux parties le cours où nous devons traiter de l'une et de l'autre. », J. Berriat Saint Prix, *Cours de droit criminel*, 2e éd., *op. cit.*, p. 1.

[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 1117. Cela est par ailleurs confirmé dans le commentaire relatif aux projets de Code pénal et de Code de procédure criminelle japonais qu'offre Esmein en 1880, traitant là encore les juridictions et leurs compétences dans le cadre plus large de la procédure criminelle. Voir A. Esmein, *Compte-rendu de Projet de Code pénal pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 8e mois de la 10e année de Meiji (août 1879) : Tokio (août 1879) – Projet de Code de procédure criminelle, pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 9e mois de la 12e année de Meiji (septembre 1879) : Tokio (septembre 1879), NRHD*, 1880, p. 629-637.

II
L'importance capitale de la procédure criminelle

Plus encore que le droit criminel entendu dans son ensemble, c'est la procédure criminelle qui semble intéresser Esmein. La procédure criminelle[1], c'est-à-dire les formes du droit criminel, constitue chez lui la garantie première contre l'arbitraire et devient alors le cœur même de la notion de sûreté. À tel point que le droit pénal ne peut convenablement remplir sa mission sans être accompagné des formes nécessaires à son application. Ainsi écrit-il : « Voilà un axiome capital : la procédure criminelle ne regarde pas seulement les malfaiteurs ; elle est la garantie de toutes les libertés ; c'est ainsi que Rossi dira "Le Jury et le Parlement anglais sont les colonnes d'un même édifice". Mais à quelles conditions les lois criminelles seront-elles réellement protectrices ? Il faudra deux choses : des formes certaines et la possibilité d'une libre défense »[2]. Esmein ne cache pas déduire cet « axiome capital », tel qu'il le nomme lui-même, de la philosophie de Montesquieu en citant un passage fameux du chapitre intitulé « De la simplicité des lois criminelles dans les divers gouvernements » du sixième livre de *l'Esprit des Lois*.

Voyant dans la création d'une procédure du droit répressif et dans son application le passage à « un certain degré de civilisation »[3], il considère donc que seules les formes sont la véritable garantie du principe de sûreté. Et l'on atteint ici l'un des points névralgiques de la pensée libérale. Si on a mentionné Édouard Laboulaye, l'auteur libéral le plus explicite sur la question des « formes » comme antinomies de l'arbitraire est sans aucun doute Benjamin Constant. Ses *Principes de politique* insistent à plusieurs reprises sur l'importance cruciale du formalisme pour assurer la liberté de tous. D'abord dans son chapitre consacré à la liberté individuelle : « Ce qui préserve de l'arbitraire, c'est l'observance des formes. Les formes sont les divinités tutélaires des associations humaines ; les formes sont les seules protectrices de l'innocence, les formes sont les seules relations des hommes entre eux. Tout est obscur d'ailleurs : tout est livré à la conscience solitaire, à l'opinion vacillante. Les formes seules sont en évidence, c'est aux formes seules

---

[1] On remarque qu'Adhémar Esmein emploie quasiment uniquement l'expression « procédure criminelle », dans l'ensemble des ses ouvrages. Il semble qu'il n'emploie l'expression de « procédure pénale » qu'à trois reprises : la première dans un compte rendu critique de l'ouvrage de René Garraud, la seconde dans son ouvrage d'histoire de la procédure. Voir A. Esmein, « Compte rendu de *Précis de droit criminel comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, Paris, Larose et Forcel, 1885 », *NRHDE*, 1885, p. 129- 131. On note que ce choix lexical paraît motivé par le fait que l'auteur de l'ouvrage commenté use, lui-même, de l'expression. Pour la troisième, voir *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 439.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 362-363, nous soulignons.

[3] À propos de l'histoire de la répression du vol par arbitrage il écrit : « Les législations anciennes des peuples indo-européens retracent ce procès primitif en traits à peu près identiques, mais cette institution ne leur appartient pas en propre. *Elle distingue non une race déterminée mais un certain degré de civilisation*. […] En conduisant les parties de la guerre privée à l'arbitrage, la coutume adoucie reflète les premières pratiques, mais pacifiée pour ainsi dire: du fait brutal on passe à la procédure », A. Esmein, « Note pour l'histoire des institutions primitives », *Revue générale du droit, de législation et de jurisprudence*, 1884, p. 5-6, nous soulignons. Quelques années auparavant, Esmein considérait déjà que l'institution de la procédure par jurés puisée dans le droit anglais et adaptée en France « est devenue une de ces institutions qui, comme le régime représentatif, caractérisent plutôt un certain degré de civilisation qu'une race ou un pays », A. Esmein, « *Compte-rendu de Projet de Code pénal pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 8e mois de la 10e année de Meiji (août 1879) : Tokio (août 1879) – Projet de Code de procédure criminelle, pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 9e mois de la 12e année de Meiji (septembre 1879) : Tokio (septembre 1879) »*, *NRHD*, 1880, p. 632.

que l'opprimé peut en appeler »[1]. Mais de façon encore plus éclatante dans un passage relatif aux garanties judicaires : « C'est parce que les formes ont paru l'unique moyen pour discerner l'innocent du coupable, que tous les peuples libres et humains en ont réclamé l'institution. Quelqu'imparfaites que soient les formes, elles ont une faculté protectrice qu'on ne leur ravit qu'en les détruisant ; elles sont les ennemies nées, les adversaires inflexibles de la tyrannie, populaire ou autre. Aussi longtemps qu'elles subsistent, les tribunaux opposent à l'arbitraire une résistance plus ou moins généreuse, mais qui sert à le contenir »[2].

La loi doit donc déterminer les formes juridiques que doit prendre chaque étape de la répression d'un acte répréhensible commis pas un individu : la sûreté de l'ensemble des citoyens en dépend de façon directe. Cela vaut notamment et surtout en matière d'arrestation, c'est-à-dire lorsque l'autorité chargée de la répression va appréhender l'individu suspecté en exerçant une contrainte sur sa personne même, sur son corps physique. De sorte que la loi doit encadrer les atteintes portées à l'exercice de la liberté d'aller et venir dont chaque individu dispose en vertu du droit de propriété qu'il a sur son propre corps. Ainsi, la garantie pour l'individu de ne pas faire l'objet d'une arrestation arbitraire, selon la propre définition[3] d'Esmein, impose que des formes soient édictées afin de déterminer les causes d'une possible arrestation mais aussi et surtout afin de fixer les conditions dans lesquelles celle-ci doit se produire – à commencer par la délivrance d'un acte émané d'une autorité compétente pour requérir l'appréhension de l'individu – et se poursuivre ensuite par un emprisonnement éventuel et provisoire. Seule la procédure criminelle peut déterminer ces formes, il s'agit là de sa raison d'être.

Le caractère primordial accordé à la procédure criminelle dans le schéma intellectuel d'Esmein et plus particulièrement dans sa réflexion en droit public se comprend par le fait que le droit criminel fut la première matière qu'il eut à enseigner dés l'année 1875. Reçu deuxième au concours d'agrégation de droit en juillet 1875, il fut nommé à la Faculté de droit de Douai en y étant chargé, jusqu'à l'été 1879, du cours de droit criminel avant de se voir chargé, en sus, de l'enseignement d'histoire du droit à partir de 1877. Ces deux disciplines irrigueront la majeure partie de ses travaux et écrits universitaires, à commencer par la publication de son premier ouvrage, souvent ignoré et pourtant digne d'intérêt à plus d'un titre : l'*Histoire de la procédure criminelle en France.* André Weiss considère que, par cet ouvrage, Esmein a réalisé « l'heureuse alliance des deux enseignements dont il avait assumé la charge »[4].

En 1882 (Esmein a alors 34 ans), est publié *l'Histoire de la procédure criminelle en France.* Cet ouvrage est le fruit de la participation et de la distinction d'Esmein à l'un des nombreux concours de l'Académie des sciences morales et politiques[5], institution dont il

---

[1] B. Constant, *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France,* (*Principes de politique*…), Paris, Eymery, 1815, p. 292.
[2] B. Constant, *Principes de politique…, op. cit.,* p. 311.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 545.
[4] A. Weiss, « Notice sur la vie et les travaux d'Adhémar Esmein », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu, op. cit.,* p. 447.
[5] G. Picot, *Concours de l'Académie : sujets proposés, prix et récompenses décernés, liste des livres couronnés ou récompensés, 1834-1900, Institut de France, Académie des sciences morales et politiques,* Paris, Imprimerie nationale, 1901, p. 104-105. On signalera qu'Esmein obtiendra en 1894 le Prix Koenigswarter également décerné par la Section de législation, droit public et jurisprudence pour deux de ses ouvrages : *Études sur l'histoire du droit canonique privé. Le mariage en droit canonique* et son *Cours élémentaire d'histoire du droit*

sera élu membre une vingtaine d'années après. En 1878, Charles Giraud, au nom de la Section de législation, droit public et jurisprudence de l'Académie, propose dans le cadre du prix Bordin le sujet suivant : « Exposer l'histoire de l'Ordonnance criminelle de 1670 ; Rechercher quelle a été son influence sur l'administration de la justice et sur la législation qui lui a succédé à la fin du XVIIIe siècle »[1]. Esmein participe alors au concours, probablement à l'invitation de son « maître » Paul Gide, comme le suggère Guillaume Sacriste[2], et cela dès le lancement du concours semble-t-il[3]. Lors de la séance du 4 janvier 1879, le bilan établi[4] par le Secrétaire perpétuel de l'Académie fait état de deux mémoires rendus qui, par leurs qualités limitées[5], provoquent l'insatisfaction de la Section de législation, droit public et jurisprudence. Cela motivera alors la décision de l'Académie de remettre le sujet au concours en offrant plus de dix-huit mois supplémentaires aux éventuels participants au concours pour traiter le sujet. Aussi, le 18 décembre 1880, le mémoire rédigé par Adhémar Esmein et dont les qualités sont louées par Rodolphe Dareste[6], est déclaré lauréat du concours et son auteur se voit décerner le prix Bordin[7].

Ainsi l'ouvrage publié en 1882 n'est que la version remaniée du mémoire qui fut primé par l'Académie des sciences morales et politiques et pour lequel son auteur avait largement dépassé les limites du sujet proposé afin d'établir une véritable généalogie des institutions et principes gouvernant le droit criminel dans la France féodale puis d'Ancien régime.

---

français à l'usage des étudiants de première année, parus respectivement en 1891 et 1892. Voir G. Picot, *Concours de l'Académie : sujets proposés, prix et récompenses décernés, liste des livres couronnés ou récompensés, 1834-1900, Institut de France, Académie des sciences morales et politiques, op.cit.*, p. 173.

[1] On remarquera une certaine proximité entre ce sujet et le sujet mis au concours par la section de législation, droit public et jurisprudence en 1874 et prorogé jusqu'au 1er octobre 1880 pour le Prix Odilon Barrot « Quels ont été les vicissitudes et le caractère de la procédure civile et de la procédure criminelle en France et en Angleterre depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, et quelle améliorations pourraient être adoptées en France, suite à cette comparaison ? », concours dont Ernest Glasson fut le lauréat avec son mémoire publié sous le titre *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparé au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours* , Paris, Pedone-Lauriel, 1882-1883.

[2] G. Sacriste, « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein », tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise sous la direction de Stéphane Pinon et Pierre-Henri Prélot, op. cit.*, p. 21.

[3] Esmein explique dans la traduction anglaise de l'ouvrage que l'écriture commença dés 1877, c'est-à-dire dès la première mise au concours du sujet : « *This book is the first work of mine. It was composed between 1877 and 1880; I began it at Douai and finished it in Paris.* », A. Esmein, *A history of continental procedure with special references to France, op. cit.*, p. XLV.

[4] *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1879, t. CXI, p. 445.

[5] « La section a trouvé les deux mémoires trop courts, très faibles et fort insuffisants, bien que le n°2 le soit à un moindre degré que le n°1. Aussi la section propose-t-elle de remettre le sujet au concours, et l'Académie adoptant les conclusions de la section, fixe le dépôt des mémoires au 1er octobre 1880 », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1879, t. CXI, p. 574. On peut raisonnablement penser, compte tenu des éléments fournis par Esmein dans la préface de la traduction anglaise de l'ouvrage, que l'un des deux mémoires visés était celui rédigé par Adhémar Esmein.

[6] *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1881, t. CXV.

[7] Signalons que deux mentions honorables furent attribuées, la première à Joseph Bressoles et la seconde à Paul Bernard. Voir G. Picot, *Concours de l'Académie : sujets proposés, prix et récompenses décernés, liste des livres couronnés ou récompensés, 1834-1900, Institut de France, Académie des sciences morales et politiques, op. cit.*, p. 105.

L'ouvrage connut, à l'époque, une fortune certaine puisqu'en 1913, à l'initiative de l'*Association of American Law Schools*, il fut remanié[1] et traduit en langue anglaise, pour la très grande satisfaction[2] de l'auteur, et proposait ainsi aux lecteurs anglo-saxons une vision historique et globale de la procédure criminelle du droit continental, en particulier du droit français, qui diverge sur de très nombreux points de la *common law*. On ne peut que regretter que *l'Histoire de la procédure criminelle en France* n'ait pas fait l'objet d'éditions successives, comme ont pu l'être la plupart des ouvrages d'Esmein. On signalera seulement une première réimpression de l'ouvrage en 1969[3] puis une heureuse et récente réimpression[4] de ce « chef d'œuvre »[5] à l'initiative d'une Université parisienne. L'ouvrage est une étude des plus minutieuse et des plus documentée sur l'évolution de la procédure criminelle et, dans une moindre mesure de la législation pénale, censée démontrer l'iniquité et la violence de l'Ordonnance criminelle de 1670 et des lois pénales d'exception jusqu'à l'adoption du Code d'instruction criminelle en 1808, et ainsi prouver l'importance cruciale des formes garantissant la liberté individuelle. Par là, et cela n'est pas étonnant, Esmein s'inscrit dans la droite ligne des écrits de Montesquieu, mais il est aussi remarquable de constater que l'expression de la nécessité des formes pénales porte l'empreinte des enseignements de Laboulaye.

Si la majorité des ouvrages de droit criminel dresse de façon plus ou moins brève une histoire du droit criminel[6] et, par extension, une histoire de la procédure criminelle, on peut légitimement croire à l'influence d'Édouard Laboulaye dans la construction de l'ouvrage d'Esmein qui renvoie[7] lui même à quelques reprises aux écrits du sénateur.

En 1865 et 1866, Laboulaye livre à la *Revue des cours littéraires* une série d'articles compilant ses enseignements en législation comparée dispensés au Collège de France et consacrés à « l'administration française sous Louis XVI »[8]. Dans le cadre de cette étude de

---

[1] La structure du plan de l'ouvrage destiné aux anglo-saxons est légèrement différente de celle proposée en 1882 dans sa version française. Voir, A. Esmein, *A history of continental procedure with special references to France, op. cit.*, p. XVII à XXIV.

[2] « *I am very glad to see it translated into English; for I am an admirer and friend of the Anglo-Saxon race. I am glad to see this translation published in the United States, the greatest democracy of modern times, wich has set us an admirable example in its magnificent efforts to develop among its people the highest intellectual culture* », A. Esmein, *A history of continental procedure with special references to France, op.cit.*, p. XLV.

[3] A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Francfort-sur-le-Main, Verlag Sauer et Auvermann KG, 1969.

[4] A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Editions Panthéon-Assas, coll. Introuvables, 2010.

[5] « Les chefs d'œuvre sont souvent négligés après la disparition de leur auteur, mais c'est également le signe avant-coureur d'une renaissance salutaire », Y. Mayaud, Avant-propos de A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Editions Panthéon-Assas, coll. Introuvables, 2010, p. I.

[6] À titre d'exemple, Victor Molinier propose dès le début de son cours de droit criminel une partie consacrée à l'histoire du droit criminel : V. Molinier, *Programme du cours de droit criminel fait à la faculté de Toulouse*, vol. 1, *op. cit.*. Joseph Ortolan offre une « introduction historique » dans le premier volume de son ouvrage en s'attachant notamment à l'ordonnance criminelle de 1670 dans l'étude des sources de la matière : J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalités, juridictions, procédure*, 3e éd., t. I, *op.cit.*, p.52-67. Enfin le manuel de Joseph Lefort débute également par une brève histoire du droit criminel qui évoque de façon succinte les auteurs et jurisconsultes ayant contribué à la formation de la matière criminelle moderne : J. Lefort, *Cours élémentaire de droit criminel*, 1ere éd., *op. cit.*, p. 36-37.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 350, p. 372, p. 389.

[8] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 417, p. 437, p. 468, p. 497, p. 520, p. 553, p. 585, p. 601, p. 633,

la « constitution »[1] de la France d'Ancien régime, destinée à démontrer par les faits le caractère purement arbitraire[2] de l'action étatique, le professeur consacre une partie substantielle de son cours au droit criminel et à la procédure qui l'accompagne[3] après s'être attaché de façon plus rapide aux caractères de la justice civile[4]. Cette étude, beaucoup plus brève que ne sera celle d'Esmein en 1882, se fixe comme champ d'investigation la justice criminelle telle qu'elle exista du XIIIe siècle[5] à la Révolution. Si la période choisie par Esmein dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France* n'est pas exactement la même[6] que celle proposée dans le cours de Laboulaye, les points de départ de leurs études respectives sont similaires. Car les deux auteurs partagent un même objectif : dénoncer les méfaits du caractère inquisitoire[7] de la procédure criminelle telle qu'elle fut pratiquée sous l'Ancien régime et organisée par l'Ordonnance criminelle de 1670 et, par là, démontrer l'importance du principe de sûreté de l'individu. Pour parvenir à cet objectif, Esmein s'autorise une large extension du champ temporel proposé, mais non imposé, par le sujet mis au concours en 1878 par l'Académie des sciences morales et politiques et la justifie : « Tel est le chemin que nous nous proposons de parcourir. Notre travail se divise naturellement en trois parties : la procédure criminelle avant l'Ordonnance de 1670; l'Ordonnance de 1670; les lois de l'époque intermédiaire et le Code d'instruction criminelle. Dans notre première partie, nous ne remontons point aux première origines de la procédure criminelle en France; nous partirons du XIIIe siècle: à cette époque on

---

p. 669, p. 687, p. 700, p. 722, p. 745, p. 769, p. 778. Puis, *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, *op. cit.*, p.8, p. 42, p. 83, p. 149, p. 281, p. 378, p. 697, p. 715, p. 736, p. 766, p. 785.

[1] « En ce sens général, qui revient très souvent dans la discussion quand on est à bout d'arguments, il est évident que la France de l'ancien régime avait une constitution, puisque la France existait et qu'elle était une monarchie ». É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.* p. 439. « Nous arrivons ainsi à la question véritable, et quand on demandera si la France avait une constitution, il ne s'agira pas de savoir s'il y avait une monarchie et certains ordres dans l'Etat; il s'agira de savoir si, en 1774, quand Louis XVI arriva au pouvoir, il y avait des limites à la puissance publique et des garanties pour la liberté des citoyens ». É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 440.

[2] « C'est la distinction qu'il faut faire quand on parle de l'ancienne France comme d'un pays despotique. La vieille France n'était pas un pays despotique, elle était un pays d'arbitraire. L'arbitraire, c'est le despotisme qui dort paisiblement et laisse aller les choses, puis qui tout d'un coup se révèle et qui, à certaines heures, vient troubler la nation entière » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 440.

[3] Cela fait l'objet de trois parties au sein de l'article. Voir É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 745 à 752, p. 769 à 775, p. 778-785.

[4] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op.cit.*, p. 722-717.

[5] « Si l'on prend la France au XIIIe siècle et même plus haut, on trouve des institutions criminelles qui ressemblent singulièrement à ce que nous essayons d'établir aujourd'hui » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 745.

[6] Esmein couvre par son ouvrage l'ensemble de la période révolutionnaire, dite « période intermédiaire », ainsi que les quatre cinquièmes du XIXe siècle : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 399-589.

[7] Esmein offre une définition de la procédure inquisitoire, en opposition à la procédure accusatoire: « On distingue quant à la poursuite, deux systèmes fondamentaux et opposés, la procédure accusatoire et la procédure inquisitoire. Dans le système accusatoire, le procès criminel ne peut s'engager sans un accusateur qui en prend l'initiative et la responsabilité; dans le système inquisitoire, au contraire, le juge entame les poursuites de son propre mouvement et se saisit d'office de l'affaire », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 35.

trouve encore, intacte dans ses grandes lignes, l'ancienne procédure accusatoire, et les premières formes de la procédure inquisitoire se développent déjà »[1].

La dénonciation répétée de la procédure inquisitoire est nette dans l'œuvre d'Édouard Laboulaye. La qualifiant de « système exécrable, horrible, qui ne se comprend qu'à une époque où l'idée des droits individuels avait disparu »[2] et « empruntée aux plus mauvaises lois du despotisme romain »[3] par « les Valois, ces princes tyranniques et détestables »[4], la procédure inquisitoire, instituée par l'ordonnance de 1539 et « aggravée »[5] par l'ordonnance de 1670, constitue l'un des points majeurs sur lequel s'élèveront les contestations des philosophes et juristes du XVIIIe siècle auxquels Laboulaye et Esmein rendent hommage.

Pour les deux auteurs que tout rapproche sur ce point, il est alors légitime, voire naturel, de consacrer une partie de leur étude à la démonstration de l'influence directe de ces écrits sur « l'humanisation » de la procédure criminelle à partir de la Révolution. À l'image du professeur au Collège de France, qui dédie deux parties de son article aux « protestations contre la procédure criminelle »[6], Esmein consacre, comme on l'a déjà remarqué, un chapitre entier de son *Histoire de la procédure criminelle en France* aux rapports entre « la procédure criminelle et l'esprit public aux XVIIe et XVIIIe siècle »[7], esprit public qu'il qualifie de « vrai roi du siècle »[8] soulignant ainsi l'influence prépondérante des écrits et théories philosophiques sur l'émergence des contestations[9] relatives à la

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p.VIII et IX, nous soulignons.

[2] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 746.

[3] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p.16. Ou encore « Occupons nous maintenant de la procédure. C'était celle de l'inquisition, qui était elle-même empruntée aux plus mauvais temps de l'empire romain » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 749.

[4] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 16.

[5] « Ainsi, dans la procédure civile, on ne force jamais quelqu'un à reconnaître une dette; le défendeur n'a rien à prouver: au contraire, dans la procédure criminelle, c'est l'accusé, c'est-à-dire celui qu'on attaque, qui doit prouver son innocence. Cela a duré jusqu'à la révolution. Sous Louis XIV, l'ordonnance de 1670, qui fut une réforme de la procédure établie en 1539, ne fit que l'aggraver ». É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 746. Adhémar Esmein exprime une position similaire : « L'Ordonnance de 1670 était venue non pas innover mais réformer. Les principes qu'elle consacre existaient avant elle, et les rigueurs, qu'elle enregistre, nouvelles en apparence, se trouvaient déjà dans la pratique pour la plupart », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 329.

[6] « Protestations contre la procédure criminelle : Montaigne, Pierre Ayrault, Lamoignon, Augustin Nicolas, Montesquieu, Voltaire » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 769-775. « Lois criminelles (fin). Voltaire, Beccaria, Marat, Brissot, Servan » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 778-785.

[7] Il s'agit du deuxième chapitre du second titre de la deuxième partie de l'ouvrage. *Histoire de la procédure criminelle en France…, op.cit.*, p. 348-396.

[8] « Quelle que fût l'opinion des jurisconsultes, ce n'étaient plus eux désormais qui devaient être écoutés. *Le vrai roi du siècle c'était l'esprit public*; on peut suivre pas à pas les progrès qu'il fait, et cette histoire a été écrite », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 384, nous soulignons. On remarquera qu'il use variablement de l'expression « esprit public » : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 348, p. 376 ou de l'expression « esprit nouveau » *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 357 ou p. 386.

[9] « Il est bon de montrer qu'en France, même aux plus mauvais jours de la procédure criminelle, la lumière du vrai ne s'est jamais éteinte, et que des hommes généreux se sont passé de l'un à l'autre le sacré flambeau », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 350.

procédure criminelle. Si cet « esprit public » est le fruit de la philosophie des Lumières, Édouard Laboulaye, et Esmein par la suite, révèlent que des contributions plus anciennes mais non moins importantes ont inauguré cette dénonciation. Les deux mêmes auteurs sont particulièrement mis en avant. D'abord Pierre Ayrault, reconnu par Édouard Laboulaye comme « le plus grand criminaliste qu'ait produit la France »[1] et auteur à la fin du XVIe siècle de *Ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les anciens Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques conféré au style et usage de notre France*, « livre admirable »[2], devenu « un ouvrage classique »[3]. Esmein fait dit son admiration[4] pour Pierre Ayrault considéré comme « un grand esprit et un grand cœur »[5], doué d'une « bonne foi »[6] qui le guida dans sa défense des droits de l'accusé constituant sa liberté[7], ce qui, sans doute, poussa le jeune agrégé à faire figurer une citation du criminaliste du XVIe siècle en devise de son mémoire rendu à l'Académie des sciences morales et politiques[8].

Le second auteur est Augustin Nicolas, « un de ces magistrats qui unissaient la science à la hauteur de l'âme »[9] auquel de nombreuses pages[10] de *l'Histoire de la procédure criminelle en France* sont consacrées. Esmein répondait sans doute à la déception exprimée par Édouard Laboulaye[11] de voir ce magistrat du XVIIe siècle et son « petit chef d'œuvre d'ironie et de bon sens »[12] si peu étudiés par la science juridique et historique. Le « descendant intellectuel de Pierre Ayrault » s'était élevé dès 1681 contre la pratique institutionnalisée de la torture, laquelle attirera les foudres des philosophes du siècle

---

[1] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 772.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 359.

[3] *Ibid.*

[4] « Mais plus haut encore que Dumoulin parle un autre homme qu'on ne saurait assez louer, c'est Pierre Ayrault », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 162.

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*

[7] « On nous pardonnera d'avoir multiplié ces citations; il n'était pas inutile de montrer que, dans notre pays, le sentiment de la liberté vraie subsistait dans quelques âmes élevées, alors même que les institutions s'en éloignaient le plus », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 167-168.

[8] « Reste le mémoire n°2, qui l'emporte de beaucoup sur les trois autres, et dans lequel le sujet proposé par l'Académie est traité avec une grande supériorité dans toutes ses parties. Ce mémoire forme un volume de 720 pages, in-4°, et porte deux devises dont la première est tirée de Virgile, et dont la seconde est empruntée au vieux criminaliste Ayrault », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1881, t. CXV, p. 462.

[9] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 350.

[10] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 350-356.

[11] « Cet homme peu connu, ou pour mieux dire parfaitement inconnu, était un conseiller au Parlement de Bourgogne, Augustin Nicolas. Excepté M. Faustin Hélie, qui lui a consacré un article il y a six ans, et moi qui ai parlé de lui il y a vingt-cinq ans, dans le Droit, jamais, que je sache, on n'a rien dit de cet homme, dont j'ai trouvé la trace dans le Ménagiana ». É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 773. Adhémar Esmein écrit exactement, en référence au passage précité « Il [Augustin Nicolas] a été révélé de nos jours, on peut le dire, par MM. Laboulaye et Faustin Hélie », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 350.

[12] « Cependant si vous rencontrez ce petit livre sur les quais, je vous engage à l'acheter; c'est un petit chef d'œuvre d'ironie et de bon sens. On n'y trouve point autant de profondeur que dans celui d'Ayrault, mais il y a beaucoup d'esprit, de finesse, de courage. Imprimé en 1681 et dédié au roi, cet ouvrage a pour titre : Si la torture est un moyen sûr a vérifier les crimes secrets, dissertation morale et juridique, par laquelle il est amplement traité des abus qui se commettent partout en l'instruction des procès criminels, et particulièrement en la recherche du sortilège ». É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 773. A propos de ce même ouvrage, Esmein écrit «Le style, on le voit, est pathétique et plein d'images; mais généralement le discours est modéré, empreint de pitié et non de colère: on sent la conscience d'un sage », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 354.

suivant. D'où l'un des plus beaux compliments qu'Esmein puisse formuler : « On croit entendre un homme de la fin du XVIIIe siècle quand il revendique les droits de la raison et du bon sens »[1].

Car il est avant tout question de l'influence des Lumières. Voyant dans l'émergence et la diffusion des idées rationalistes et humanistes « la plus importante »[2] des causes de la Révolution française de 1789, l'apport de la philosophie du XVIIIe siècle sur le droit révolutionnaire est, pour Esmein, une évidence. Quant au droit criminel, le droit de la Révolution, manifesté par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 et par les textes postérieurs adoptés par l'Assemblée constituante, a permis de « réaliser le programme des philosophes »[3] basé sur « des vérités suprêmes »[4] qui permirent « une révolution profonde dans la procédure criminelle »[5]. Si l'influence incontestable de Montesquieu sur le droit pénal moderne n'est plus à démontrer aujourd'hui[6], on constate qu'Esmein le place au premier rang[7] des contributeurs idéologiques de la Révolution française par ses réflexions nombreuses sur le droit criminel, alliages subtils de condamnations des pratiques d'Ancien régime et de prescriptions directement tirées de l'étude du droit anglais. Aussi son œuvre est-elle à l'origine de la plupart des « nouveaux principes » et des « nouveaux modèles »[8] qui doivent présider à l'édiction des règles du droit criminel. Plus encore : le philosophe est loué pour avoir exprimé par ses « axiomes »[9] figurant dans *l'Esprit des Lois*[10] « les vrais principes du droit pénal et de la procédure criminelle »[11]. Ainsi la réflexion esmeinienne quant à la procédure criminelle, seule garantie de la sûreté, est calquée sur les extraits les plus célèbres de *l'Esprit des lois*. Affirmant que « la procédure criminelle […] est la garantie de toutes les libertés »[12] et que ces dernières ne seront assurées qu'au moyen « de formes certaines et la possibilité d'une libre défense »[13], il résume la pensée de Montesquieu en le citant : « "Dans les républiques il faut pour le moins autant de formalités que dans les

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 353. Il écrit plus loin : « C'est qu'en effet, à bien des égards, Augustin Nicolas n'est pas un homme de son temps. Il est partisan de la tolérance religieuse, il a ce souci de l'observation précise, du détail pittoresque et familier, qui distingue nos habitudes d'esprit ». *Ibid.*

[2] « La dernière série de cause, la plus importante en ce sens qu'elle a donné à la Révolution sa forme et sa portée, c'est le mouvement d'idées qui se développa au XVIIIe siècle, particulièrement dans notre pays. Le facteur capital est ici la philosophie politique du XVIIIe siècle; mais ce n'est pas le seul. En dehors des grands philosophes et de leurs disciples proprement dits, tous les esprits cultivés fermentaient en France dans la seconde moitié du XVIIIe siècle; il en reste une immense littérature de livres et de brochures, souvent anonymes ou signés de noms aujourd'hui inconnus », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 4-5.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France …, op. cit.*, p. 361.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 1114.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 431.

[6] Voir notamment J. Graven, « Montesquieu et le droit pénal », *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952, p. 209-254.

[7] « Il nous paraît utile d'analyser les idées des trois hommes qui firent le plus parmi les philosophes pour la réforme de la loi criminelle : Montesquieu; Beccaria et Voltaire », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 362.

[8] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 361.

[9] *Ibid*. Voir également A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, op. cit.*, p. 465.

[10] On remarquera, une fois n'est pas coutume, qu'Esmein fait référence aux *Lettres persanes*. Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 361.

[11] « Puis dans les livres VI et XII de *l'Esprit des lois*, il pose les vrais principes du droit pénal et de la procédure criminelle », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 361, nous soulignons.

[12] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 362.

[13] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 363.

monarchies. Dans l'un et l'autre gouvernement, elles augmentent en raison du cas que l'on y fait de l'honneur, de la fortune, de la vie et de la liberté des citoyens… ; dans les États modérés, où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur et ses biens qu'après un long examen, on ne le prive de la vie que lorsque la patrie elle-même l'attaque, et elle ne l'attaque qu'en lui laissant tous les moyens possible de se défendre." Ajoutez à cela la nécessité de lois fixes qui ne laisse rien à l'arbitraire du juge, et on aura la théorie de Montesquieu »[1].

Dans son entreprise de promotion, ou de défense, du principe de sûreté, il est intéressant de constater avec quelle ténacité et avec quelle constance Adhémar Esmein s'attache à dénoncer, dans une partie de son œuvre, la pratique des lettres de cachet et qu'en cela, il fait écho une fois de plus aux enseignements d'Édouard Laboulaye.

On peut en effet considérer que la lettre de cachet symbolise parfaitement la négation du principe de sûreté : édictée sur la volonté d'un seul, généralement le souverain, à n'importe quel moment et pour n'importe quel motif, permettant de disposer du corps de l'individu, elle est le symbole même de l'anti-procédure. Assimilés dans son *Cours élémentaire d'histoire du droit* à la catégorie des « lettres royaux »[2], et plus précisément encore à celle des « lettres closes »[3], les lettres de cachet consistaient en « des ordres secrets du pouvoir royal, remis sous pli fermé à celui qui devait en assurer l'exécution »[4] et « qui contenaient souvent un ordre d'exil ou d'emprisonnement sans jugement, qui auraient pu contenir toute autre expression de la volonté arbitraire du roi »[5], par exemple en matière matrimoniale, comme Esmein l'explique dans *Le mariage en droit canonique*[6].

---

[1] *Ibid*. Nous soulignons. Il s'agit du deuxième chapitre de ce Livre VI, voir Montesquieu, *De l'Esprit des Lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, tome I, p.99 à 101. On remarquera l'erreur d'impression de l'*Histoire de la procédure criminelle en France…* qui situe cette citation dans le « chapitre 22 » du Livre VI qui n'en contient pourtant que 21. L'erreur contenue dans la première édition, ne fut pas corrigée pour la réimpression de l'ouvrage en 1969, voir A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire du XIII*e *siècle jusqu'à nos jours*, Francfort-sur-le-Main, Verlag Sauer et Auvermann KG, 1969, p. 363.

[2] *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 428.

[3] *Ibid*.

[4] *Ibid*. On retrouve sous sa plume une définition identique quelques années après : « Elles [les lettres de cachet] pouvaient contenir un ordre quelconque du monarque. Mais en fait, employées comme moyen de répression, elles ne contenaient jamais qu'un ordre d'emprisonnement sans jugement dans une prison d'Etat, ou un ordre d'exil ». A. Esmein, « La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 207.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 22, nous soulignons. Il est à noter que ce détail du contenu des lettres de cachet n'apparaît qu'à partir de la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel*, en 1903. Quelques années auparavant, Esmein offre quelques précisions supplémentaires sur ces actes dans le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* : « Elles ne passaient point par la chancellerie, n'étant pas munies du sceau de l'État, et, par suite, n'étaient pas soumises au contrôle du chancelier. Elles étaient seulement revêtues du cachet particulier du roi (de là leur nom) et signées par un secrétaire d'État. Elles pouvaient contenir toutes sortes d'ordres, mais, en fait, elles n'en contenaient guère que deux; un ordre d'emprisonnement, sans forme de procès, dans une prison d'État, ou un ordre d'exil ou d'éloignement de la cour. Elles avaient deux fonctions principales. D'un côté, elles servaient à frapper des hommes politiquement gênants ou dangereux, sans la publicité d'un procès; d'autre part, les familles puissantes obtenaient des lettres de cachet pour faire emprisonner sans aucun scandale leurs membres compromettants », *Cours élémentaire d'histoire du droit français..., op. cit.*, p. 428-429. On remarquera qu'Esmein décèle dans le « jury de famille » contenu dans le projet de Code d'instruction criminelle discuté devant le Conseil d'État en l'an XII et l'an XIII une pratique similaire à celle des lettres de cachet : « Cependant il y eut encore une discussion assez sérieuse, car on se rappelait que les lettres de cachet avaient jadis rempli souvent analogue à celle qu'on avait voulu attribuer à ce jury de famille », *Histoire de la procédure criminelle en France..., op. cit.*, p. 558.

[6] Esmein, dans son *Cours élémentaire d'histoire du droit français...*, signale en référence ce passage suivant :

Édouard Laboulaye, qui consacre une partie entière de son article[1] aux lettres de cachet, les définit de manière similaire, comme « des lettres fermées contenant un ordre du roi, qu'on exécutait sans discussion ; c'était un mandement administratif et non pas un acte législatif ; elles étaient signées par un secrétaire d'État et ne subissaient pas le contrôle du Parlement »[2]. Il relève, comme Esmein, l'absence de jugement[3] précédant la détention ou la mesure d'exil décidée à l'encontre d'un individu.

À partir de la troisième édition, les *Éléments de droit constitutionnel* indiquent que l'origine juridique des lettres de cachet est à trouver dans la maxime issue du droit romain « *Princeps legibus solutus est* » et qu'elles en constituent « l'application la plus nette »[4] en dispensant le monarque d'observer le respect de la loi et par voie de conséquence les règles relatives à la procédure criminelle, plaçant alors cette pratique « sur le domaine du bon plaisir »[5].

Étudier ces « voies de fait »[6] et notamment cet « exercice du pouvoir absolu »[7] que constituent les lettres de cachet permet au professeur parisien de souligner l'absolue nécessité de préserver la sûreté, et cela au moyen d'une procédure légale déterminée et applicable à tout individu. Il n'est alors nullement étonnant de trouver dans les *Éléments de droit constitutionnel*, dans le chapitre portant sur « la réglementation des droits individuels »[8], des développements consacrés au principe de sûreté et à sa préservation depuis la Révolution. Ainsi l'auteur relève-t-il[9] que le premier Empire rétablit les lettres de cachet que la Révolution avait supprimées. Le *Précis élémentaire d'histoire du droit français* consacre quelques lignes au décret du 3 mars 1810 rétablissant les prisons d'État et *de facto* la pratique des lettres de cachet, en citant de larges extraits, soulignant toujours et encore l'absence de jugement précédant la mise en détention et concluant au caractère despotique du régime bonapartiste[10].

« Mais la pression exercée par l'autorité royale pour imposer certains mariages reparut, au contraire, avec le pouvoir absolu. En France, du moins, c'est une pratique nettement saisissable au XVIe siècle, et c'est elle surtout qui doit avoir attiré l'attention du concile [le concile de Trente]. L'instrument qui servait à cela était la lettre de cachet, comme nous l'apprennent les grandes ordonnances du XVIe siècle, rendues sur les doléances des états généraux, et qui condamnent cet abus, mais vainement. […].Pour les lettres de cachet délivrées dans ce but, les défenses des ordonnances, comme les prohibitions du concile, furent également inefficaces; l'usage s'en conserva en France jusqu'à la Révolution ». A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Paris, Larose et Forcel, 1891, t. II, p. 257-258.

[1] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, Paris, Germer Baillère, p. 8-14.

[2] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 9.

[3] « Mais venons à ces lettres de cachet qui ordonnent un véritable exil, qui ruinent un citoyen, ou qui, sans jugement, le font enfermer dans une prison d'Etat ». *Ibid.* Édouard Laboulaye note un peu plus haut qu'il ne s'attachera qu'aux « lettres de cachet, pour ainsi dire, privées, qui envoyaient les personnes en exil ou en prison ». *Ibid.*

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 22.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 257.

[6] À propos des lettres de cachet et de la mise à mort sans jugement, Esmein écrit « Nos anciens auteurs appelaient cela procéder par des *voies de fait*; mais ils estimaient que le monarque ne devait procéder que par des *voies de droit*, c'est-à-dire par des procédures régulières » A. Esmein, « La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 208.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 409.

[8] Chapitre intégré à l'ouvrage à partir de la cinquième édition, en 1909.

[9] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1115.

[10] « La liberté individuelle n'est jamais assurée sous un pouvoir absolu. Mais sous l'Empire il y eut quelque chose de plus. Napoléon par un décret du 3 mars 1810 *concernant les prisons d'État*, rétablit légalement (autant qu'il pouvait le faire dans un décret-loi) cette institution de l'ancienne monarchie absolue, et en même temps, par la force des choses, des ordres analogues aux anciennes lettres de cachet. Les motifs donnés dans le préambule

Adhémar Esmein et Édouard Laboulaye relèvent dans leurs définitions de la lettre de cachet l'absence de toute intervention, *a fortiori* d'un véritable « jugement », d'un membre de l'autorité judiciaire dans la décision d'arrestation et d'emprisonnement appliquée à l'individu, comme cela a pu être fixé de bonne heure en Angleterre par l'acte *d'Habeas Corpus* sur lequel nous reviendrons. À l'image du droit anglais, l'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, cité dans les *Éléments de droit constitutionnel*[1], impose que la loi détermine les situations et les formes selon lesquelles doivent être opérées les arrestations et les éventuelles détentions. L'idée est ainsi fixée : la sûreté existe si, et seulement si, la procédure criminelle, légalement définie, conditionne la possibilité d'ordonner l'arrestation d'un individu – et de le placer en détention avant son éventuelle comparution devant une juridiction de jugement – à l'intervention d'un membre de l'autorité judiciaire.

Il est alors particulièrement intéressant d'observer avec quel soin l'étude sur la procédure criminelle s'attache à étudier les règles relatives à l'arrestation et au placement en détention provisoire d'un individu, c'est-à-dire à l'instruction dite préparatoire, faisant écho à des questions qui, aujourd'hui encore, donnent lieu à des discussions juridiques et à des débats politiques[2].

Constatant que l'arrestation d'un individu par l'autorité publique trouve son origine dans la procédure médiévale de l'aprise[3], l'auteur de l'*Histoire de la procédure criminelle en France* souligne le bouleversement opéré par l'Assemblée constituante qui, en adoptant la loi éminemment libérale[4] des 8 et 9 octobre 1789, accède aux requêtes exprimées dans les cahiers de doléances[5]. Le droit révolutionnaire détermine en effet des règles précises quant à l'appréhension d'un individu et à son emprisonnement provisoire en fixant qu'il ne pourra y avoir de « prise de corps », prononcée par un organe collégial composé de magistrats, qu'en cas de crime dont la peine encourue a un caractère corporel et en

---

sont les suivants : " Considérant qu'il est un certain nombre de nos sujets, détenus dans les prisons de l'État, *sans qu'il soit convenable de les faire traduire devant les tribunaux, ni de les faire remettre en liberté*; - que plusieurs ont, à différentes reprises, attenté à la sûreté de l'État; qu'ils seraient condamnés par les tribunaux à des peines capitales; mais que des considérations supérieures s'opposent à ce qu'ils puissent être mis en jugement ". D'ailleurs le décret réglementait dans une certaine mesure l'institution, comme l'ancienne monarchie avait eu l'intention de le faire dans ses derniers jours : " Considérant qu'il est de notre justice de nous assurer que tous ceux qui sont détenus dans les prisons de l'État le sont *pour cause légitime, en vue d'intérêts publics* et non pour des considérations ou passions privées; - qu'il convient d'établir pour l'examen de chaque affaire des *formes légales* et solennelles; - et, qu'en faisant procéder à cet examen, rendre les premières décisions dans un conseil privé, et revoir de nouveau chaque année les causes de la détention, pour reconnaître si elle doit être prolongée, nous pourvoirons également à la sûreté de l'État et à celles des citoyens…". Il est difficile d'exposer plus hardiment et plus naïvement les théories du despotisme », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 324-325.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1114.

[2] Voir par exemple la réforme des dispositions relatives à la garde à vue en France par la loi n°2011-392 du 14 avril 2011.

[3] Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 78 et suivantes.

[4] « Cette loi, qui dans la pensée de ses auteurs ne devait avoir qu'une existence éphémère, était pourtant harmonieusement combinée. C'est qu'en réalité, elle était prête depuis longtemps; et les réformes qu'elle introduisait, réclamées maintes fois, avaient été pour ainsi dire rédigées par l'opinion publique. Pour la première partie du procès criminel, c'est-à-dire l'information, l'interrogatoire et le décret, elle se montrait plus libérale que ne le seront les lois postérieures », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 415. Il écrit également que cette loi « purifia, sans l'abolir, l'ancienne procédure criminelle, y introduisant largement l'air et la lumière, la liberté de la défense », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 250.

[5] Évoquant les réclamations contenues dans les cahiers de doléances : « La liberté individuelle sera efficacement protégée, l'interrogatoire du captif devra nécessairement avoir lieu dans les vingt-quatre heures », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 407.

précisant que l'interrogatoire du suspect ne pourra avoir lieu au moins vingt-quatre heures après son arrestation. Cela en fait, selon Esmein, « une loi respectueuse, jusqu'à l'exagération, des droits de la défense »[1].

Si, avec la loi des 16 et 29 septembre 1791, « il semble que rien ne subsiste plus de l'ancienne procédure »[2] conséquemment à la disparition du « système des preuves légales, si malfaisant dans l'ancien droit »[3], l'instruction préparatoire subsiste. En pointant du doigt les catégories de « mandats », qui sont les actes juridiques permettant de procéder à l'arrestation et au placement en détention dans le but d'un interrogatoire, et en regrettant qu'aucune « citation », qui, elle, n'implique pas de placement en détention, ne soit autorisée par la loi, l'auteur relève que l'Assemblée constituante fut plus sévère que les textes de l'ancien régime : « La loi de 1791 n'en connaissaient que deux [de mandats], celui d'amener et celui d'arrêt ; elle n'admettait pas, en matière répressive, de citation pure et simple, analogue aux assignations de la procédure civile, et en cela elle se montrait plus sévère que l'Ordonnance qui, a côté du décret de prise corps, plaçait non seulement l'ajournement personnel, mais le décret d'assigné pour être ouï »[4]. Mais, en matière de procédure criminelle, le texte qui retient l'attention et qui, surtout, fait l'admiration d'Esmein est le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. L'œuvre de Philippe Antoine Merlin[5], regardée comme « un chef-d'œuvre de théorie »[6], en réformant les règles relatives aux mandats, créant notamment le mandat de comparution, mais surtout en établissant « un système très simple, excluant tout arbitraire »[7] par ses dispositions relatives à la mise en liberté provisoire du suspect réintroduisait dans le droit « sauf quelques retouches, [le système] qu'avait établi l'Assemblée constituante, mais il était cette fois réglé, précisé dans les moindres détails par la main d'un grand jurisconsulte, libre de ses mouvements. Les garanties accordées à la défense étaient multipliées presque à l'excès. Les formalités étaient minutieuses »[8]. Ainsi, la procédure criminelle de la période révolutionnaire, non exempte de défauts, constitue pour Esmein la forme la plus aboutie d'une procédure criminelle libérale, autant qu'elle puisse l'être dans un système inquisitoire.

En toute logique, la procédure criminelle post-révolutionnaire, motivée par « un immense besoin de repos »[9], est considérée comme un malheureux et néfaste recul.

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 413.
[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 438.
[3] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 255.
[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 444 et 445.
[5] « Le Code de Brumaire an IV fut en réalité l'œuvre de Merlin, qui accomplit ainsi un travail prodigieux », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 441.
[6] « On sait que ce chef d'œuvre de théorie se trouve fort défectueux dans la pratique; ce mécanisme admirable avait été conçu sans qu'on tînt compte du frottement », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 442.
[7] « La mise en liberté sous caution était une des conquêtes de la Révolution. L'ancien droit ne la connaissait pour ainsi dire plus, car il ne l'admettait pas toutes les fois qu'il s'agissait d'une affaire réglée à l'extraordinaire. Le Code de brumaire an IV avait établi un système très simple, excluant tout arbitraire. Il ne connaissait que deux situations: ou la liberté provisoire était un droit pour le prévenu, ou elle ne pouvait être accordée; on se trouvait dans le premier cas lorsque la peine éventuelle était correctionnelle ou simplement infamante; dans le second, lorsqu'elle était afflictive », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 536.
[8] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 259.
[9] « La procédure criminelle telle que l'avait organisé le Code de Brumaire an IV, devait bientôt subir de profondes modifications. A l'user elle se montra insuffisante pour la répression. Cela tenait en partie à ce que la

Esmein dénonce particulièrement « les points les plus graves peut être de l'instruction préparatoire : la comparution du prévenu et son interrogatoire, la détention préventive et la possibilité d'une mise en liberté provisoire »[1]. La loi du 7 pluviôse an IX est regardée comme un retour à la sévérité des pratiques d'ancien régime[2] en modifiant, une fois de plus, les dispositions relatives à l'arrestation et au placement en détention du prévenu au moyen du « mandat de dépôt » édicté par le seul ministère public[3].

Mais, de façon assez évidente, c'est le Code d'instruction criminelle adopté en 1808 qui va mobiliser une grande partie des critiques d'Esmein. Toujours en vigueur en 1882 lors de la parution de l'*Histoire de la procédure criminelle en France*, tout comme en 1896 lors de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*, mais aussi en 1909 lors de l'intégration à cet ouvrage du chapitre relatif à « la réglementation de droits individuels », le Code d'instruction criminelle est qualifié « d'œuvre composite et de transaction »[4] mêlant des héritages divers. À tel point que le juriste distingue très nettement[5] les règles relatives à l'instruction préparatoire des autres dispositions du Code, notamment les règles régissant la procédure devant les juridictions de jugement[6]. Ce sont les dispositions propres à l'instruction qui suscitent son intérêt. Ainsi souligne-t-il a de nombreuses reprises les défauts, subsistants ou retrouvés, de l'instruction criminelle qui devient alors à ses yeux « la partie la plus critiquable du Code d'instruction criminelle »[7] puisque constituée par « ces formes rigoureuses et ces règles peu libérales conservées jusqu'à nos jours »[8]. Si le Code de 1808 se borne à reprendre, sans en modifier l'esprit, les quatre catégories de mandats[9] successivement créées depuis 1789, Adhémar Esmein décèle dans

---

poursuite et l'instruction préparatoire avaient été énervées, cela tenait surtout au milieu dans lequel fonctionna d'abord l'institution du jury. Faussé par les passions politiques, impuissant en face du brigandage qui se développa sur toute une portion de la France, il faillit périr dans la crise terrible qui secouait alors le pays. Au désir du progrès succéda un immense besoin de repos, et les difficultés du présent faillirent donner la victoire au passé », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 451.

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 534.

[2] « Elle [la loi du 7 pluviôse an IX] réorganisa en même temps l'instruction préparatoire, suivant un type qui se rapprochait singulièrement de l'ancienne procédure », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 451-452.

[3] « C'était là une création nouvelle, et à vrai dire on donnait au ministère public un pouvoir qu'il n'avait jamais eu. La barrière, qu'on déclarait élever entre l'instruction et la poursuite, s'abaissait devant lui; toutes les pièces se concentraient entre ses mains et il ordonnait la détention préventive », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 453.

[4] « Cependant l'institution du jury est sauvée après bien des discussions et des luttes, et nous avons assisté à l'élaboration pénible du Code d'instruction criminelle, œuvre composite et de transaction, qui emprunte aux lois de la Révolution presque toutes les règles des débats et de jugements, à l'Ordonnance de 1670 presque toutes celles de l'instruction préparatoire », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 559.

[5] « Deux parties bien distinctes composent, nous l'avons vu, le Code d'instruction criminelle: les règles qui concernent le jugement et celles qui régissent l'instruction. Les premières devaient être plus stables que les secondes; elles avaient repris peu de choses aux institutions du passé », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 561.

[6] « Au contraire, pour la procédure devant les juridictions de jugement, ce fut le droit de la Révolution qui l'emporta et se fit recevoir; la procédure, orale et publique, avec la pleine liberté de la défense; et le système des preuves morales, sauf de rares exceptions », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 336.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 572.

[8] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 532. Il décrit la procédure établie en 1808 de façon similaire en 1908 : « Pour l'instruction préparatoire en matière de crimes et de délits, on reprit, amélioré, le système de l'ancien droit, l'instruction secrète, écrite, rarement contradictoire, sans liberté de la défense. Les lois de l'an IX indiquées plus haut avaient d'ailleurs préparé ce résultat », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 336.

[9] Il s'agit des mandats d'arrêt, des mandats d'amener, des mandats de comparution et enfin des mandats de dépôt.

les règles déterminant la pratique de l'interrogatoire du suspect et le régime de son éventuel placement en détention provisoire la « dure empreinte »[1] de l'Ordonnance de 1670. Concernant l'interrogatoire lui-même, le jugement et sévère et sans ambiguïté : signalant le maintien de « la seule garantie » du délai de vingt-quatre heures après la délivrance du mandat pour procéder à l'interrogatoire, les autres dispositions font figure de retour en arrière : « Toutes les garanties que depuis 1789 on avait donné à la défense ont disparu peu à peu »[2]. Quant à la possibilité d'accorder à l'inculpé la liberté provisoire, les règles scrupuleuses introduites par le Code du 3 brumaire an IV sont bouleversées et laissent place à un régime plus sévère et donc moins libéral : « Le Code d'instruction criminelle ne considéra donc jamais la mise en liberté provisoire comme un droit du prévenu ; il la prohibait absolument lorsqu'il s'agissait d'un crime (art.113) et en matière correctionnelle lorsque le prévenu était un vagabond ou repris de justice (art.115) : toujours un cautionnement d'au moins 500 fr. était exigé. C'était la chambre du conseil qui statuait sur les demandes de mises en liberté, et ses décisions pouvaient être attaquées par le procureur impérial et la partie civile, mais non par le prévenu (art.135) »[3].

Nonobstant ces critiques importantes et regrets, le Code d'instruction criminelle, tel qu'adopté en 1808, reste à ses yeux un compromis acceptable en raison des règles procédurales suivies devant les juridictions de jugement qui permettent d'être « certain qu'en fin de compte l'innocence pourra aisément triompher »[4]. En conséquence, le Code de 1808, tend véritablement au respect des garanties qu'impose le principe de sûreté de l'individu : « Quelle que soit la rigueur de l'instruction, elle ne peut faire disparaître le sentiment de sécurité que donne la procédure définitive »[5]. Cette satisfaction *a minima* du professeur parisien ne l'empêche nullement de relever la qualité des dispositions du Code en matière d'instruction préparatoire et particulièrement de celle relatives à la liberté provisoire. Aussi souligne-t-il avec un intérêt non dissimulé, parmi les multiples réformes opérées entre 1808 et la chute du Second Empire, la loi du 14 juillet 1865 qui vint adoucir cet aspect du Code, le conformant un peu plus au principe de sûreté. Se réjouissant de l'importance accordée à ce point crucial par les hommes du Second Empire[6], il salue l'adoucissement du régime de la liberté provisoire opéré par cette loi « conçue dans un esprit vraiment libéral »[7] et qui, sans redonner vie aux règles, quasiment idéales, adoptées à la Révolution, reconstitue la mise en liberté provisoire comme un droit du prévenu[8], sauf quelques exceptions expressément visées par le Code réformé.

---

[1] « Mais le système de l'ancienne procédure, repoussé définitivement sur ce point, laisse des traces profondes dans d'autres parties de la loi [de 1808], où il parvint à dominer : l'instruction préparatoire fut surtout marquée de sa dure empreinte », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 527.

[2] Il ajoute : « En 1789, on faisait lire à l'inculpé, avant de l'interroger, la plainte et tous les documents qu'avait déjà recueilli le juge; il avait dés lors un conseil avec lequel on voulait qu'il pût conférer avant de répondre », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 535.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 537.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 560.

[5] *Ibid.*

[6] « Cette question de la détention préventive, et de la liberté provisoire, que nous venons de rencontrer dans les articles 135 et 114, fut en matière d'instruction préparatoire la principale préoccupation des législateurs du second Empire », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 575.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 576.

[8] « Cependant la loi de 1865 est allée plus loin; elle décide que dans certains cas la mise en liberté provisoire sera de droit, sans être aussi large à cet égard que la loi de 1791 et le Code des délits et des peines…», *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 577.

Aussi, dans son étude des grands principes dirigeant la procédure criminelle suivie sous la IIIe République, sous laquelle « les vrais principes devaient reparaître »[1], Esmein signale la réforme « capitale »[2] du 8 décembre 1897 qui offre notamment « à toute personne mise en état d'arrestation provisoire pour crime ou délit la comparution dans un délai de vingt-quatre heures au plus devant le juge d'instruction »[3]. Mais ce qui attire particulièrement son attention, quant à l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire dans l'arrestation et la mise en détention d'un individu, est un article isolé du Code d'instruction criminelle. Les dispositions de l'article 10 du Code[4], toujours en vigueur en 1909 lors de l'incorporation du chapitre relatif à « la réglementation des droits individuels », permettaient notamment aux préfets de départements, mais aussi et surtout au préfet de police de Paris, d'accomplir personnellement, comme le souligne Esmein, les actes visés par l'article 8 du même Code[5], c'est-à-dire l'ensemble des actes de police judiciaire. Il s'agit alors de confier à des autorités administratives, nommées et révocables par le pouvoir exécutif, des compétences en principe dévolues à des autorités judiciaires, officiers de police ou magistrats comme le prévoit l'article 9[6], à commencer par les actes d'arrestation et de placement en détention provisoire. Cet article est alors rangé par Esmein dans la même catégorie que le décret-loi du 3 mars 1810 évoqué plus haut, celle des actes tyranniques[7], donc arbitraires, portant une atteinte certaine au principe même de sûreté de l'individu. Sa préoccupation tenant à la sûreté des individus l'amène à s'attacher,

---

[1] « C'est sous la troisième République que les vrais principes devaient reparaître. Je ne parle pas ici des nombreuses réformes qui ont introduit dans notre droit criminel des règles nouvelles à la fois humaines et scientifiques : lois sur la libération conditionnelle des condamnés, sur leur séparation, sur le sursis des condamnations, sur la réhabilitation. Je ne m'occupe ici que des garanties de la liberté individuelle », *Éléments…, op. cit.*, p. 1118.

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.*

[4] « Les préfets des départements, et le préfet de police à Paris, pourront *faire personnellement,* ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'article 8 ci-dessus ». Nous reprenons ici l'article 10 du Code d'instruction criminelle tel qu'il est cité par Esmein, en conservant son soulignage. *Éléments…, op. cit.*, p. 1115. On remarquera qu'en 1882, *l'Histoire de la procédure criminelle en France…* signale de façon très fugace l'existence ce cet article du Code d'instruction criminelle sans que l'auteur ne soulève son caractère si ce n'est tyrannique, du moins fortement contestable quant au respect du principe de sûreté : « la question d'ailleurs se perdit dans une autre plus vaste posée par Napoléon : quels seraient les rapports des magistrats de sûreté et des préfets ? », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 529. Ou encore, se contenant de renvoyer aux résumés des débats recueillis par Jean Guillaume Locré de Roissy : « Toutes les dispositions que nous venons d'analyser, sauf celle sur la liberté provisoire, passèrent au Conseil d'État presque sans discussion. Le texte qui occupa le plus longtemps l'attention fut l'article 10, qui confère au préfet des attributions de police judiciaire et que Napoléon soutint en personne ». *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 537.

[5] Article 8 du Code d'instruction criminelle de 1808 : « La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves, et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir ».

[6] Article 9 du Code d'instruction criminelle de 1808 : « La police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours impériales, et suivant les distinctions qui vont être établies: par les gardes champêtres et les gardes forestiers, par les commissaires de police, par les maires et les adjoints de maire, par les procureurs impériaux et leurs substituts, par les juges de paix, par les officiers de gendarmerie, par les commissaires-généraux de police, et par les juges d'instruction ».

[7] « Sous le Consulat et le premier Empire surtout, la liberté individuelle fut peu respectée et l'on sait que Napoléon, par un simple décret, rétablit le régime des prisons d'États et l'équivalent des lettres de cachet. C'étaient là *des actes tyranniques qui devaient disparaître avec l'Empire*; mais le Code d'instruction criminelle de 1808 contient *une disposition qui subsiste encore* et qui permet aux préfets de se substituer à l'autorité judiciaire pour accomplir les actes d'instruction au nombre desquels figurent l'arrestation et la détention provisoire », *Éléments…, op. cit.*, p. 1115, nous soulignons.

dans les deux dernières éditions de son ouvrage, aux tentatives nombreuses d'abrogation[1] de cet article 10 du Code d'instruction criminelle. Il salue notamment dans l'édition de 1914 l'amorce d'une réforme « libérale »[2] par l'adoption, le 2 mars 1909, en seconde lecture au Sénat du projet de loi sur les garanties de la liberté individuelle, dit « projet Clémenceau-Briand »[3] qui, entre autres[4], abroge purement et simplement l'article 10 du Code d'instruction criminelle. L'espoir de voir « le jour où l'ancien régime aura légalement pris fin »[5] sera largement déçu puisque l'article 10 ne sera supprimé qu'en 1933 après un « marathon parlementaire »[6] de plus de trente années, avant d'être rétabli le 25 mars 1935.

La question de l'arrestation et du placement en détention provisoire amène Esmein à celle de l'internement d'office des individus atteint d'aliénation mentale ou considérés comme tels. Là encore, le principe de sûreté de l'individu peut subir une atteinte par la procédure légalement définie régissant l'internement, c'est-à-dire le placement dans une institution spécialisée, acte analogue dans ses effets au placement en détention provisoire[7]. Le chapitre des *Éléments de droit constitutionnel*, consacré à « la réglementation des droits individuels », signale et s'attache au régime légal de cet acte et l'auteur renvoie directement à son propre rapport sur le Prix Saintour décerné en 1907[8] par l'Académie des sciences morales et politiques. Rappelant que sous l'Ancien régime le placement des individus

---

[1] « Vivement dénoncé dés les débuts de la IIIe République, l'art.10 a suscité, en effet de nombreuses propositions de lois visant à le supprimer, mais on ne renonce que difficilement à l'arbitraire et à ses charmes, et l'exercice réel du pouvoir amène à se satisfaire d'instruments que l'on avait pourtant vivement critiqués dans l'opposition. Le récit des tentatives législatives faites pour supprimer ce texte en dit long sur l'absence de volonté réelle de la part des législateurs, des hommes politiques, des gouvernements qui se sont succédés pendant des décennies, pour faire aboutir une réforme que rien, hormis un idéalisme naïf, ne semblait exiger et qu'au contraire, tout commandait de ne pas faire. Cette longue succession d'échecs, de propositions avortées, de projets enterrés, de manœuvres et d'artifices dilatoires, jette une lumière crue sur les mœurs politiques et le fonctionnement interne d'un régime, comme sur le réalisme de certains hommes politiques ». J.M Berlière, « Une menace pour la liberté individuelle sous la République. L'article 10 du code d'instruction criminelle », *Criminocorpus, revue hypermédia en ligne*, Histoire de la police, articles, mis en ligne le 1er janvier 2008, n°23. http://criminocorpus.revues.org/262

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1119.

[3] J.-M. Berlière, « Une menace pour la liberté individuelle sous la République. L'article 10 du code d'instruction criminelle », *op. cit.*, n°28.

[4] « En même temps, une disposition a pour but d'assurer l'exacte observation des formes que la loi impose pour les mandats qui mettent en état d'arrestation provisoire ou de détention préventive ; " l'inobservation sera toujours punie d'une amende de 50 francs au moins contre le greffier, et, s'il y a lieu, d'injonctions au juge d'instruction et au procureur de la République, même de prise à partie s'il y échet "», *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1119.

[5] *Ibid*.

[6] « De navette parlementaire en chute de ministère, d'oublis en renoncements, de fin de législature accablée par d'autres préoccupations, de première en deuxième lecture, de commissions en rapports, de règlements en manœuvres dilatoires, d'urgence demandée en urgence oubliée, ce marathon parlementaire aboutissait en près de trente ans ! C'est ainsi qu'un article qui incarnait l'arbitraire napoléonien, survécut à plus d'un demi-siècle de République, une pérennité qui rend rétrospectivement prophétique le jugement exprimé par Ribot en 1901 devant la Société générale des prisons : " je soupçonne fort qu'aucun gouvernement ne renonce facilement à ce moyen puissant, mais excessif, d'investigation […] on craint que, en désarmant le Préfet de police […], on n'enlève au gouvernement des facilités de répression ", la suite des événements allait lui donner doublement raison ». J.M Berlière, « Une menace pour la liberté individuelle sous la République. L'article 10 du code d'instruction criminelle », *op. cit.*, n°31.

[7] « La liberté individuelle peut aussi être menacée par les internements des aliénés dans les asiles ou maisons de santé, lorsqu'ils portent à faux », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1122.

[8] Le sujet mis au concours par l'Académie des sciences morales et politiques dans le cadre du prix Saintour était le suivant : « Des modifications à apporter à la législation française sur les aliénés au double point de vue de la liberté individuelle et de la sécurité des personnes ». Voir A. Esmein, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Saintour*, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1907, t. LXVIII, p. 200-228.

considérés comme atteint d'aliénation mentale s'effectuait au moyen des lettres de cachet[1], Esmein s'intéresse au régime défini par la loi du 30 juin 1838 qui, à la manière de l'acte d'*Habeas corpus*, par son article 29 « a placé la liberté des citoyens sous la garantie de la justice »[2] en permettant à tout individu faisant l'objet d'une mesure de placement, ou à son représentant légal, de saisir l'autorité judiciaire afin qu'elle se prononce sur le bien-fondé et le maintien d'une telle mesure[3].

Mais le professeur parisien soulève la « grave imperfection »[4] évidente de cette législation qui ne fait que potentiellement intervenir l'autorité judiciaire, *a posteriori*, dans la procédure de placement, c'est-à-dire après que la mesure a été prise à l'encontre de l'individu. Il considère qu'il s'agit là, certes, d'un moyen légal pour faire cesser une atteinte à la sûreté de l'individu mais que ce moyen n'est qu'un « moyen répressif, réparateur »[5] et qu'il est donc incomplet en ce qu'il ne permet pas de prévenir l'atteinte avant qu'elle ne puisse se produire : « Cette intervention [de l'autorité judiciaire] ne donne une garantie complète que si elle est préventive, devant nécessairement précéder le placement, dont elle est une condition »[6]. Aussi, en tant que rapporteur désigné pour le prix Saintour mais aussi en tant que constitutionnaliste libéral, insiste-t-il sur le fait qu'une réforme législative doit être engagée en ce sens : « Mais, on peut le dire, l'opinion commune et réfléchie s'arrête à une garantie essentielle, à savoir l'intervention nécessaire et préalable de l'autorité judiciaire pour le placement des aliénés dans les asiles »[7] et se réjouit que les

---

[1] « C'était le plus souvent par des lettres de cachet que s'opérait alors l'internement des fous dans un hospice, un hôpital ou une prison; et les lettres de cachet délivrées à cet effet sont les premières que signala la circulaire adressée en mars 1784 par le baron de Breteuil, ministre de la Maison du roi, aux intendants du royaume et au lieutenant de police à Paris ». A. Esmein, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Saintour*, art. cité, p. 201. Il le confirme en 1909 : « Dans l'ancien régime, le plus souvent ces internements s'opéraient par des lettres de cachet », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1122.

[2] *Ibid.*

[3] « L'article 29, rappelant à certains égards la procédure anglaise de l'habeas corpus, décide : " Toute personne placée ou retenue dans un établissement d'aliénés, son tuteur si elle est mineure, son curateur, tout parent ou ami, peuvent à quelque époque que ce soit se pourvoir devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate "». *Ibid.*

[4] « Elle [la loi du 30 juin 1838] permet au préfet d'ordonner son placement d'office [de l'aliéné], sans même exiger expressément un certificat médical. Sans doute, une fois la personne entrée dans l'établissement, le législateur exige des médecins et directeurs des constations précises et minutieuses : mais s'il y a eu erreur, si la personne internée n'était pas aliénée, un mal a été accompli, peut être irréparable. Sans doute aussi le législateur, pour surveiller les établissements d'aliénés, à organisé tout un système de visites et de contrôles de la part des autorités administratives et judiciaires; mais, il faut le dire, et des constatations précises contenues dans plusieurs de nos Mémoires l'établissent clairement, jamais ce système n'a fonctionné avec régularité et efficacité. *Il y a là évidemment une grave imperfection*, et, pour la réparer, des moyens divers ont été proposés, on en verra plus loin quelques uns ». A. Esmein, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Saintour*, art. cité., p. 205, nous soulignons.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1122. Il regrettait déjà en 1907 que les dispositions de l'article 29 de la loi du 30 juin 1938 ne constituent qu'un « moyen correctif et réparatoire », A. Esmein, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Saintour*, art. cité, p. 207.

[6] A. Esmein, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Saintour*, art. cité, p. 207.

[7] A. Esmein, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Saintour*, art. cité, p. 205-206. Ou encore, en 1909 : « Aussi l'opinion publique demande-t-elle depuis longtemps la réforme de la législation sur les aliénés ; elle réclame l'intervention nécessaire de l'autorité judiciaire pour que l'internement puisse être accompli ; au mois de janvier 1907, une proposition de loi dans ce sens a été discutée par la Chambre des députés et votée par elle », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1122.

participants sélectionnés par l'Académie préconisent tous une intervention de l'autorité judiciaire en amont de la décision de placement d'un individu atteint d'aliénation mentale[1].

La notion de sûreté telle que définie par Esmein recouvre, outre les « arrestations » et « pénalités arbitraires », la question des perquisitions domiciliaires[2]. L'inviolabilité du domicile, est une « conséquence de la sûreté »[3]. Toutefois, la réflexion se fait minimaliste, de sorte qu'il est probable que c'est la liberté corporelle, qui importe à Esmein, beaucoup plus que le droit à l'inviolabilité de son domicile. Rappelant rapidemnt le caractère arbitraire des « perquisitions et visites domiciliaires qu'entraînait avec elle l'administration de la gabelle et celle des aides et droits annexes »[4] sous l'Ancien régime, le régime légal des perquisitions domiciliaires ne fait pas l'objet de longs développements ni même d'insistance répétée dans les écrits du professeur parisien, contrairement à la « liberté corporelle »[5]. Ainsi, admettant que le principe d'inviolabilité du domicile ne peut être tenu pour absolu[6], il indique seulement les garanties offertes en la matière par les constitutions françaises antérieures à la IIIe République. Il relève les « règles particulièrement nettes et raisonnables »[7] de l'article 76 de la Constitution de l'an VIII qui, plus précisément que les textes constitutionnels qui lui sont antérieurs, encadrait les possibilités de procéder à une perquisition domiciliaire, interdisant notamment les perquisitions nocturnes. Il met en avant l'intérêt du Code d'instruction criminelle de 1808 qui, sur ce point, emprunte aux dispositions « libérales » du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV : « Pour les perquisitions et les saisies, quelques garanties sont inscrites dans la loi ; elle devront avoir lieu en présence du prévenu s'il a été arrêté (art.39 et 89), et celui-ci pourra fournir des explications, reconnaîtra les objets saisis et paraphera les scellés. Ces dispositions étaient empruntées, non à l'Ordonnance, mais au Code des délits et des peines (art.125-131) »[8].

Quant au régime des perquisitions sous la République, Esmein se contente d'abord de renvoyer de manière très brève[9] aux dispositions du Code pénal et du Code

---

[1] « Il est remarquable que tous les Mémoires que la Section propose de retenir dans ce concours comme étant vraiment critiques, admettent, sous une forme ou sous une autre, l'intervention de l'autorité judiciaire ». A. Esmein, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Saintour*, art. cité, p. 207.

[2] Rappelons qu'il définit la sûreté dans son *Précis élémentaire d'histoire du droit français* comme « la garantie, contre les arrestations, perquisitions et pénalités arbitraires », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 216.

[3] « Comme conséquence de la *sûreté*, la Révolution proclama aussi l'inviolabilité du domicile », *Éléments…, op. cit.*, p. 1115.

[4] « La haine de l'arbitraire en matière d'impôts. C'était surtout de l'arbitraire dont on avait souffert dans l'ancien régime et l'opinion publique voulait, avant tout, faire disparaître ce vice, le plus détesté de tous. C'était d'un côté, l'arbitraire dans les recouvrements, les perquisitions et visites domiciliaires qu'entraînait avec elle l'administration de la gabelle et celle des aides et droits annexes », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 122.

[5] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 13.

[6] « Mais ce ne peut être une inviolabilité absolue », *Éléments…, op. cit.*, p. 1115.

[7] « Chose notable, la Constitution de l'an VIII a posé à cet égard des règles particulièrement nettes et raisonnables, art.76 : "La maison de toute personne habitant sur le territoire est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y pénétrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé par la loi ou par un ordre émané d'une autorité publique"», *Éléments…, op. cit.*, p. 1116.

[8] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 533.

[9] On remarque que concernant le code d'instruction criminelle, l'ouvrage de droit constitutionnel ne renvoie qu'à l'article 16 établissant les règles relatives aux perquisitions domiciliaires qui peuvent être menées par les gardes

d'instruction criminelle qui régissent les « cas légitimes »[1] dans lesquels les officiers de police judiciaire sont admis à y procéder, mais salue surtout, comme il le fit pour la question de la liberté corporelle, « la législation libérale »[2] illustrée par le projet Clemenceau-Briand[3] dans lequel « les perquisitions et visites domiciliaires , soit au domicile de l'inculpé, soit chez des tiers, sont pour la première fois, étroitement réglementées »[4]. Cet encadrement des perquisitions réside, comme il le souligne, dans l'obligation faite, hors les cas de flagrant délit ou délivrance de commission rogatoire, de faire ordonner ces perquisitions et les faire procéder par un juge d'instruction, c'est-à-dire un magistrat de l'ordre judiciaire indépendant.

Ainsi, la promotion d'une procédure criminelle toujours plus protectrice des droits de l'individu et le soutien aux réformes législatives faisant primer l'intervention de l'autorité judiciaire sans celle de l'administration symbolisent la défense du principe de sûreté et résonnent comme l'écho des idées maintes fois défendues par le courant idéologique libéral français. Écoutons Laboulaye : « Dans un pays libre, que doit être la police ? L'auxiliaire et la servante de la justice ; rien de plus. C'est la justice seule qui, hors le cas de flagrant délit, doit la mettre en mouvement. Chez nous, au contraire, la police n'est elle pas un pouvoir indépendant et irresponsable ? Ne fait elle pas pour son propre compte des perquisitions, des saisies, des arrestations ? […] Dès qu'un homme est maître de faire arrêter qui bon lui semble, par mesure de police, pour cause de salut public ou de sûreté générale, grands mots qui n'ont pour objet que de cacher la violation du droit commun, le gouvernement est arbitraire. Qu'importent la sagesse et la modération du ministre ; s'il peut à tout moment disposer de ma personne ? La liberté n'est pas seulement un fait, c'est un droit. On n'est pas libre que quand on ne l'est que par la grâce et sous le bon plaisir d'autrui »[5]. Aussi peut-on regarder les écrits d'Adhémar Esmein, sur ce point, comme la traduction juridique du discours, avant tout politique, tenu par le sénateur et témoigne, une fois de plus, de l'inscription pleine et entière du professeur parisien dans le courant libéral du XIXe siècle.

On l'a relevé précédemment, Esmein considère que « des formes certaines et la possibilité d'une libre défense »[6] sont les garanties nécessaires de l'individu en matière criminelle. Au-delà de la défense du seul principe de sûreté de l'individu, l'étude de la procédure criminelle déterminée par l'Ordonnance de 1670 permet également à Esmein de souligner l'importance cruciale des droits de l'accusé en matière criminelle, ou des « droits de la défense »[7] qu'il qualifie de « droits sacrés »[8]. Son œuvre appuie sur deux

---

champêtres et les gardes forestiers, sans s'attacher aux articles autorisant tout autre officier de police judiciaire ou magistrat de l'ordre judiciaire. Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1116.

[1] *Ibid.*

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 1119.

[3] Projet de loi sur les garanties de la liberté individuelle adopté par la Chambre des députés le 2 mars 1909.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 1119.

[5] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 14-15.

[6] « Mais à quelles conditions les lois criminelles seront-elles réellement protectrices ? Il faudra deux choses : des formes certaines et la possibilité d'une libre défense », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 363.

[7] « Les droits de la défense, tel est le mot qui sort de toutes les bouches. Pour qu'ils soient respectés, ces droits sacrés, que faut-il ? La publicité, l'assistance d'un avocat, l'abolition de la torture, la théorie des preuves morales; voilà à quoi se bornent, pour le moment, les réclamations des publicistes; c'est sur ces points qu'ils demandent des réformes législatives », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 369.

[8] *Ibid.*

points majeurs : la pratique de la torture au cours de l'instruction criminelle d'abord, la pratique du serment de l'accusé ensuite.

La torture, ou « la question »[1], est présentée par Esmein comme le trait le plus saillant de la procédure inquisitoire. Cette pratique permet même, dans une certaine mesure, d'identifier cette de procédure et de la distinguer de la procédure accusatoire : « Dans une procédure purement accusatoire et chez un peuple libre, la torture n'a pas de place ; l'accusateur et l'accusé sont deux adversaires qui combattent au grand jour et à armes égales »[2]. En bon auteur libéral, il n'a de cesse, dans la majorité de ses écrits, de dénoncer la pratique de la torture durant l'instruction criminelle : tenue tour à tour comme « le moyen le plus odieux »[3], comme « la dernière cruauté, la dernière absurdité »[4] ou comme « l'élément le plus atroce »[5] de la procédure criminelle qu'ont connue la France et ses États voisins[6], cette pratique ne trouve jamais aucune justification à ses yeux, et ce, à quelque époque que ce soit.

L'*Histoire de la procédure criminelle en France* dresse un tableau historique « des lamentables progrès »[7] de la torture judiciaire dans le cadre de la procédure inquisitoire[8], tableau qui reste aujourd'hui encore une référence en matière d'histoire du droit pénal[9]. Née de la procédure criminelle au « commencement de l'empire » romain[10], la torture devint, au nom d'une « énergique répression des crimes »[11], un élément central, mais aussi le vice, du système des preuves légales fondé en grande partie sur les aveux de l'accusé. Esmein livre une étude documentée sur l'emploi de la question, notamment sous l'empire de l'Ordonnance criminelle de 1670, qui perdura jusqu'à la Révolution. Sans surprise, ce sont les philosophes des Lumières, mais aussi et surtout leurs prédécesseurs juristes, qui sont reconnus comme les vrais opposants à la torture. Ils sont, à ce titre, loués par l'auteur qui s'inscrit pleinement, comme le note Jean-Marie Carbasse, dans « l'historiographie libérale-progressiste des années 1880 »[12]. Il rejoint par là, comme nous l'avons montré

---

[1] « Mais un mode de preuve odieux s'était introduit et était devenu d'un usage général et constant : la question ou torture, ayant pour but d'arracher par la souffrance des aveux à l'accusé », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 36.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 93.

[3] *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 736.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 367.

[5] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 249.

[6] Le chapitre IV du premier titre de la deuxième partie de l'ouvrage est intitulé « la procédure criminelle à l'étranger » et offre quelques développements à l'emploi de la torture aux XVIIe et XVIIIe, notamment dans les procédures criminelles des États italiens et de l'Espagne. Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 284-328.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 239.

[8] Voir notamment *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 93-100, p. 126-128 et p. 279-283. Signalons qu'Esmein fera paraître en 1898 une courte étude consacrée à la pratique des ordalies : voir A. Esmein, *Les Ordalies dans l'Eglise gallicane au IXe siècle. Hincmar de Reims et ses contemporains*, Imprimerie nationale, Paris, 1898.

[9] A titre d'exemple voir les nombreuses références à l'ouvrage d'Esmein : C. Jallamion, « Entre ruse du droit et impératif humanitaire : la politique de la torture judiciaire du XIIe au XVIIIe siècle », *Archives de politique criminelle*, 2003/1, n°25, p. 9-35.

[10] Voir *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 36 et suivantes.

[11] Voir notamment *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 98.

[12] « Dans sa grande *Histoire de la procédure criminelle en France*, A. Esmein s'est contenté de répéter les jugements un peu sommaires des philosophes sur la barbarie, la partialité et la brutalité de l'ancienne justice : ce point de vue est typique de l'historiographie libérale-progressiste des années 1880… », J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et la justice criminelle*, 2006, Paris, PUF, Coll. Fondamental, p. 426-427.

plus haut, les écrits d'Édouard Laboulaye[1], glorifiant Augustin Nicolas et Lamoignon[2] ou en vilipendant Muyart de Vouglans « qui est féroce par instinct, s'il n'est pas fou par éducation »[3] et « qui s'est toujours fait l'avocat de cette odieuse procédure »[4] . C'est à cette occasion qu'Esmein émet la seule réserve, teintée de déception, à l'endroit des écrits de Montesquieu. Relevant, avec une brièveté justifiée par l'évidence, l'apport du philosophe français à la dénonciation de l'emploi de la question, le juriste ne semble pas comprendre son acceptation du dispositif des preuves légales : « Montesquieu a flétri la torture ; mais, chose curieuse, il approuve sinon le système entier des preuves légales, au moins la règle qui veut que deux témoins soient nécessaires pour prononcer une condamnation ; sur ce point, Voltaire sera plus clairvoyant »[5].

Â côté de la torture, la procédure inquisitoire implique une autre pratique qui sera codifiée par l'Ordonnance criminelle de 1670 et sur laquelle les études esmeiniennes reviendront à plusieurs reprises : le serment des accusés. Qualifié d'« horreur »[6] à l'instar de la torture judiciaire, regardé comme « un des traits les plus odieux que présentait la procédure criminelle de notre ancien droit »[7], le serment imposé à l'accusé qui l'oblige, au début de l'instruction, « à dire toute la vérité sur lui-même »[8] trouve son origine dans la procédure inquisitoire en cours dans l'Église à partir du XIIe siècle avant de devenir, au même titre que l'emploi de la question, un élément de la procédure criminelle inquisitoire. Avec constance, Esmein dénonce une procédure criminelle fondée sur la recherche et l'obtention des aveux de l'accusé. Ainsi, l'*Histoire de la procédure criminelle en France*[9], deux articles parus à la toute fin du XIXe siècle s'attachent à cette pratique du serment. Dans « Le serment des inculpés en droit canonique »[10], Esmein ambitionne de prouver[11] ce qu'il

---

[1] Remarquons qu'Esmein, en ouverture de son chapitre consacré à « la procédure criminelle et l'esprit public aux XVIIe et XVIIIe siècles » cite exactement le même extrait des *Plaideurs* de Jean Racine que celui cité par Édouard Laboulaye dans la partie de son article fleuve consacrée à la justice criminelle sous l'ancien régime. Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p.348 et É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 751.

[2] « Lamoignon se montra sous un double aspect. Esprit élevé et âme généreuse, il protesta contre les rigueurs de cette procédure terrible; lui seul dans cette assemblée [chargée de préparer l'ordonnance] fit entendre la voix de l'humanité, comme on dira au siècle suivant; par là il dépasse de beaucoup ses contemporains. Nous le verrons protester contre le serment imposé aux accusés, contre la disposition qui leur refuse l'assistance des conseils, contre l'article qui punit comme faux témoin celui qui se rétracte à la confrontation. Enfin, s'il s'élève avec moins de force contre la question, ce n'en est pas moins un grand honneur pour un magistrat du XVIIe siècle, que d'avoir déclaré " qu'il voioit de grandes raisons de l'oster, mais qu'il n'avoit que son sentiment particulier " », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 209.

[3] É.Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 747.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 282.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 363.

[6] « Pour cette partie de la procédure, il [le Code d'instruction criminelle] avait repris le droit de l'ancien régime, dépouillé de ses horreurs, telles que la torture et le serment des accusés…», *Éléments…, op. cit.*, p. 1117.

[7] A. Esmein, « Le serment des inculpés en droit canonique », *Bibliothèque de l'Ecole pratique des hautes études, section des sciences religieuses*, 1896, p. 231.

[8] *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 736.

[9] Voir notamment *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 76, p. 224, p. 229-230, p. 401-405, p. 413.

[10] A. Esmein, « Le serment des inculpés en droit canonique », art. cité, p. 231-248.

[11] « On le voit, le droit canonique, par l'organe de ses praticiens et de ses prudents, a bien créé le serment des inculpés. C'est par ses principes propres qu'il le justifia et en limita d'abord l'application. Il s'introduisit d'ailleurs naturellement, par l'évolution des institutions, et ne résulta point de l'application d'un plan préconçu ». A. Esmein, « Le serment des inculpés en droit canonique », art. cité, p. 241.

avançait déjà en 1882 quant aux origines canoniques du serment en matière criminelle[1] en contestant les arguments avancés par Paul Fournier, qui estime que la pratique n'était absolument pas fixée par les textes du droit canon, puis en exposant l'infusion de cette pratique dans le droit de la justice séculière.

Mais l'article le plus instructif, qui traduit le véritable jugement de son auteur sur l'emploi du serment de l'accusé, est, à n'en pas douter, « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre »[2]. Dans cette courte étude, Adhémar Esmein note que cet *Act* du Parlement anglais a introduit dans la procédure criminelle anglaise, qui « s'était normalement développée en restant fidèle au principe accusatoire »[3], un élément assimilable[4] au serment des accusés que connaissait la procédure criminelle inquisitoire pratiquée sur le continent. Notant que l'introduction de cette « institution que l'on pouvait croire à jamais disparue de notre civilisation »[5] dans le droit anglais constitue une « révolution »[6], Esmein insiste clairement sur les éléments qui permettent de considérer ce nouvel élément de procédure comme « acceptable » et qui permettent de considérer que la justice anglaise dans son ensemble est « admirable a tant d'égards »[7]. Il relève alors que la prestation du serment par l'accusé au cours de son propre procès criminel n'est qu'une faculté qui lui est offerte[8] et qu'elle ne constitue en aucun cas une obligation légale. Cette précision permet alors de la distinguer juridiquement du serment pratiqué dans la procédure inquisitoire d'Ancien régime en France et, par là, de continuer à regarder la justice anglaise, et notamment la justice criminelle, comme un modèle du genre par la protection maximale qu'elle assure à la sûreté des individus.

Les écrits de Montesquieu constituent incontestablement la source première de la conception esmeinieinne de la liberté. *L'Esprit des lois* contient les conceptions maîtresses

---

[1] Il est nécessaire de remarquer qu'en 1888 Adhémar Esmein fît paraître à la *NRHD* un article en deux parties intitulé « Le serment promissoire en droit canonique » dont l'objectif était de retracer la naissance et le développements de la pratique du serment dans le droit de l'Eglise mais en matière civile, plus précisément en matière d'obligations. Voir A. Esmein, « Le serment promissoire en droit canonique », *NRHD*, 1888, t.XII, p. 247-277 et 311-352. Voir également le traitement de la question de la conciliation entre la pratique du serment, quel qu'il soit, et la liberté de penser dans le droit positif de la IIIe République : *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1176-1177.

[2] A. Esmein, « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », *RPP*, 1898, t. XVIII, p. 347-359.

[3] A. Esmein, « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 347.

[4] « C'était [la solution] d'écarter une vieille règle du droit anglais, d'après laquelle toute personne intéressée dans une cause ne peut y figurer comme témoin, et de permettre à l'accusé de témoigner dans sa propre cause : c'était d'en faire un témoin recevable et légal, mais simplement volontaire. C'est ce qu'a fait en principe le *Criminal evidence Act* de 1898…», A. Esmein, « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 351.

[5] A. Esmein, « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 348.

[6] « Il faut d'ailleurs reconnaître que la transformation profonde, la révolution, comme on a dit, qui vient de s'accomplir dans la procédure criminelle anglaise, était préparée de loin et résultait d'une évolution naturelle ». A. Esmein, « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 357-358.

[7] A. Esmein, « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 349.

[8] « Ce qui peut justifier un pareil système, c'est que l'inculpé n'est point forcé de déposer, c'est à dire de prêter serment et de subir la *cross-examination*. C'est une faculté qui lui est accordée, et non point une obligation qui lui est imposée ». A. Esmein, « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 356. Remarquons qu'il soulève toutefois une réserve sur cette nouvelle pratique : « Mais n'y a-t-il pas là une apparence plutôt que la réalité ? L'accusé qui, dorénavant, ne fera pas semblable demande [de prêter serment] et qui préférera s'en tenir au droit antérieur, ce créera-t-il pas contre lui un préjugé des plus défavorables dans l'esprit des juges et surtout des jurés ? », *Ibid.*

qui forgent l'idée de liberté moderne sur laquelle repose l'ensemble de l'œuvre constitutionnelle du professeur parisien. Toutefois cette œuvre puise ailleurs des éléments propres à compléter ou parfaire la notion de liberté.

CHAPITRE DEUX

L'apport des philosophes des Lumières

L'étude esmeinienne du droit constitutionnel s'articule autour de la notion de « liberté moderne » dont le fond est constitué, comme on l'a constaté, par la notion de sûreté énoncée et développée par Montesquieu. Mais les sources philosophiques qui sous-tendent le discours du juriste ne se limitent pas aux écrits du président bordelais. Esmein évoque souvent et cite parfois, au sein de cette famille[1] des « philosophes politiques »[2], des auteurs qui ont participé à la formation de la liberté moderne. Il s'agit à titre principal de Jean-Jacques Rousseau, Voltaire et Beccaria.

Si les multiples citations et mentions des écrits de Montesquieu qui parsèment l'œuvre d'Esmein témoignent de son influence première et décisive, il en va autrement pour les trois auteurs en cause. Le traitement qui leur est réservé permet d'abord d'écarter l'idée d'une « influence ». En effet, parmi ces trois auteurs, on ne constate pas d'égal à la figure de Montesquieu. Pas d'admiration particulière déclarée à l'égard de l'un d'entre eux. Seuls un profond respect et une forme de gratitude sont exprimés, de sorte que l'on peut seulement déceler un « apport » de leurs écrits dans la réflexion esmeinienne sur la liberté moderne. De plus, il apparaît évident que, contrairement à la philosophie de Montesquieu, les idées et théories développées et exprimées par Rousseau, Voltaire ou Beccaria ne constituent, à aucun moment, des éléments structurants de l'enseignement d'Adhémar Esmein. On ne trouve jamais de notion semblable à celle de « liberté politique ». Aussi est-il permis de présenter ces auteurs comme des sources « secondaires » de la pensée constitutionnelle du professeur parisien, et notamment de sa réflexion sur la liberté moderne.

Il convient cependant d'établir une seconde distinction. Jean-Jacques Rousseau se détache visiblement de Voltaire et de Beccaria, à la fois par la place que lui octroie Esmein au panthéon des philosophes promoteurs de la liberté moderne, mais aussi par l'utilisation des écrits rousseauistes.

Esmein place Rousseau à la seconde place derrière le président du Parlement de Bordeaux : « Parmi les philosophes qui allaient ainsi devenir réellement, quoique indirectement, des législateurs, comme la légende le disait des philosophes antiques, deux hommes sont, soit à raison de leur génie, soit à raison de l'influence qu'ils ont exercé : Montesquieu et Jean-Jacques Rousseau »[3]. Esmein fait preuve d'une bienveillance envers Rousseau, ce qui contraste avec les critiques acerbes de ses prédécesseurs. Surtout Esmein a recours aux thèses rousseauistes pour mieux les contredire. On peut en effet considérer que ces thèses servent de contrepoint aux théories développées et défendues par le juriste parisien. Sur de très nombreux points, les thèses de Rousseau sont exposées, disséquées, discutées et, pour la plupart, réfutées par Esmein et font alors fonction de confirmation

[1] Esmein laisse entendre qu'il s'agit là d'une famille ou d'une école de pensée unie par l'éducation : « ces hommes cultivés du XVIIIe siècle, qu'une éducation semblable et un même mouvement d'esprit avaient faits à peu près pareils ». A. Esmein, *Gouverneur Morris…, op. cit.*, p. 143.
[2] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 144.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 261.

des théories auxquelles il adhère et qu'il exprime, théories directement calquées sur la philosophie de Montesquieu. De sorte que cet exposé des idées rousseauistes n'a pour autre fonction que de démontrer la justesse du raisonnement de Montesquieu et de justifier la rectitude du raisonnement juridique d'Esmein (Section 1).

La part des écrits de Voltaire et de Beccaria, leur apport à la réflexion d'Esmein, sont comparativement beaucoup plus réduits. Voltaire, qui n'a jamais défendu, ou si peu, de théories institutionnelles et préconisé de solutions juridiques afin de garantir la liberté moderne, est reconnu et salué pour sa participation au mouvement général des idées du siècle des Lumières. Ses écrits servent surtout à prouver l'importance capitale des lois pénales et de la procédure pénale. Il rejoint en cela Beccaria, mondialement connu pour l'influence considérable qu'il exerça sur la matière pénale moderne (Section 2).

Section 1

L'apport de Jean-Jacques Rousseau et la réfutation de ses concepts

La notion de liberté moderne affirmée par Esmein inclut le principe de « souveraineté nationale », conçu comme « un principe général du droit constitutionnel »[1]. Si la philosophie politique de Montesquieu professe un gouvernement de la loi, en opposition au gouvernement arbitraire, Jean-Jacques Rousseau propose lui aussi un système dont l'objectif premier est de permettre la réalisation de ce gouvernement légal[2] qui constitue « l'essence même de la liberté politique »[3]. L'idée est parfaitement claire dans la pensée du philosophe suisse : « Il n'y a donc pas de liberté sans lois, ni où quelqu'un est au-dessus des lois : dans l'état même de nature, l'homme n'est libre qu'à la faveur de la loi naturelle qui commande à tous. Un peuple libre obéit, mais il ne sert pas : il a des chefs et non pas des maîtres ; il obéit aux lois, mais il n'obéit qu'aux lois et c'est par la force des lois qu'il n'obéit pas aux hommes »[4].

Par le *Contrat social*, Rousseau propose une « solution »[5] juridique et institutionnelle, censée permettre la réalisation de ce gouvernement légal, en posant le problème essentiel de la souveraineté et de son détenteur. Ainsi la question de savoir à qui appartient la souveraineté, c'est-à-dire le droit suprême de commander[6], est fondamentale. Seul le souverain peut en effet décider de l'attributaire du pouvoir de faire la loi. La solution qu'il propose paraît alors très simple : par l'association de ses membres au moyen d'un « pacte social »[7], c'est au peuple qu'appartient la souveraineté et c'est à lui, et à lui seul, que revient le droit d'exprimer la volonté générale[8] s'incarnant dans la loi. La loi est conçue

---

[1] La première partie des *Éléments de droit constitutionnel* est consacrée à l'étude des principes et institutions de la « liberté moderne », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 63-602.

[2] « La pensée de Rousseau est éminemment une pensée de la Loi, la Loi en tant que condition absolue de la liberté sociale et de la liberté morale, qui n'est plus cette "indépendance" dont l'homme jouissait dans l'état de nature comme animal heureux et stupide ». L. Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme*, *op. cit.*, p. 369.

[3] « La première forme de gouvernement, c'est le gouvernement despotique ou arbitraire; la seconde, c'est l'essence même de la liberté politique: on peut l'appeler gouvernement légal », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 20.

[4] J.-J. Rousseau, *Œuvres complètes avec des notes historiques et table analytique des matières par G.Petitain et Musset-Pathay*, Paris, Houssiaux, 1853-1853, t. III, Lettre VIII, p. 81.

[5] « " Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'avant". Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution ». J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes de droit politique*, (*Du contrat social…*) Amsterdam, Rey, 1762, p. 27 (l'orthographe sera modernisée pour l'ensemble des citations issues de cet ouvrage au cours de cette étude).

[6] Esmein définit la souveraineté comme « une autorité supérieure aux volontés individuelles […] qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit », *Éléments…*, *op. cit.*, p.1. E. de Chabrol-Chaméane la définit comme suit : « Qualité et caractère d'un pouvoir indépendant, et qui ne relève d'aucune autre puissance », *Dictionnaire de législation usuelle contenant les notions de droit civil, commercial, criminel et administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 542.

[7] Il s'agit là du titre du chapitre VI du premier livre du *Contrat social*, voir J-J. Rousseau, *Du contrat social…*, *op. cit.*, p. 26 et suivantes.

[8] « Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières: mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences de la volonté générale », J.-J. Rousseau, *Du contrat social…*, *op. cit.*, p. 56-57.

chez Rousseau comme l'expression directe de la volonté générale[1] et s'oppose donc à la volonté d'un seul, à la souveraineté d'un seul, qui caractérisait le système politique de l'Ancien régime. Considérant que le principes de la souveraineté nationale est « le plus important des principes qu'ait proclamés la Révolution française »[2], et l'un « des principes qui font les libertés modernes »[3], Esmein justifie la part qu'il va y consacrer dans son ouvrage de droit constitutionnel. La philosophie de Rousseau doit être regardée comme une philosophie de la liberté ayant participé dés 1789[4] à la détermination d'un système juridique et institutionnel censé fonder et incarner la liberté moderne. Toutefois les idées et principes rousseauistes font l'objet d'une réfutation par le professeur parisien, en vue de légitimer les institutions de la liberté moderne auxquelles il est attaché plus que tout.

[1] « Mais quand le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui-même, et il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle loi » J.-J. Rousseau, *Du contrat social…*, *op. cit.*, p. 76-77. Ou plus précisément encore : « La loi n'étant que la déclaration de la volonté générale, il est clair que dans la puissance législative le peuple ne peut être représenté… », J.-J. Rousseau, *Du contrat social…*, *op. cit.*, p. 216.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 272.

[3] « La monarchie tempérée représente la seconde forme historique: elle va du règne de Philippe le Bel à celui d'Henri IV. En la qualifiant de tempérée, je ne veux point dire qu'elle reposât *sur les principes qui font les libertés modernes, la souveraineté nationale et la liberté individuelle*; mais il existait dans la nation, à côté du pouvoir royal, pleinement développé, des forces plus ou moins indépendantes qui lui faisaient contrepoids », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 337, nous soulignons.

[4] Article 3 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

I
La critique unanime de Rousseau par les publicistes

Placé à côté de Montesquieu, au premier rang des concepteurs des principes de la liberté moderne, Jean-Jacques Rousseau est salué par Adhémar Esmein pour son « influence […] si grande sur la théorie et la langue du droit constitutionnel »[1] en France. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* reconnaît même que le philosophe suisse dépasse sur ce point le philosophe français : « Rousseau cependant a eu peut être une action plus décisive encore [que celle de Montesquieu] ; ses idées ont pénétré jusqu'aux moelles de la démocratie française, et ce sont elles qu'on voit souvent reparaître de nos jours sous des formes ou sous des noms différents »[2]. Cette influence incontestable, et incontestée, des écrits de Rousseau conduit le professeur parisien à exposer et à étudier les théories rousseauistes. Restant sur le terrain de la réfutation scientifique, il se distingue des nombreuses et sévères critiques émises par la majorité des auteurs libéraux et des juristes du XIXe siècle. D'où son originalité, alors qu'il partage par ailleurs avec ces mêmes libéraux le goût pour les écrits de Montesquieu.

Le siècle est en effet impitoyable avec Rousseau. En dénonçant son influence néfaste[3] dans l'histoire des idées et plus précisément en droit constitutionnel, la critique principale porte sur son archaïsme. L'anachronisme des idées de Rousseau, la péremption du modèle qu'il adopte, tout cela concourt à la disqualification intellectuelle de ses théories, de sorte qu'on peut établir à l'époque une distinction nette entre « Montesquieu le Moderne et Rousseau l'Ancien », pour emprunter à Paul Dubouchet[4]. Le reproche permanent adressé au philosophe est en effet celui d'être un admirateur de l'Antiquité[5] et, plus encore, en professant le gouvernement direct, de vanter l'expérience des civilisations grecque et romaine. Esmein se situe dans la droite ligne de la distinction opérée par Édouard Laboulaye entre « l'école anglaise représentée par Voltaire et Montesquieu »[6], appelée encore « école libérale »[7], et l'école rousseauiste « qui a brillé d'un vif éclat, grâce à

---

[1] « D'autre part, J.-J. Rousseau, dont l'influence a été si grande sur la théorie et la langue du droit constitutionnel, a, de parti-pris, en vertu d'une conception particulière, donné cette signification au mot *gouvernement*, comme son sens propre et exclusif », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 27.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 262. On constate qu'Antoine Saint-Girons exprime la même idée, dans des termes différents : « En vérité, Montesquieu avait un trop haut bon sens, un génie trop complet, trop puissant, trop vaste, pour ne pas être méconnu, oublié, dédaigné, dans cette France égarée par les erreurs des économistes, excitée par les audaces des encyclopédistes, grisée par les déclarations et pervertie par les sophismes de Rousseau », A. Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 107.

[3] « Nous commencerons aujourd'hui l'étude de Jean-Jacques Rousseau, c'est-à-dire l'homme dont les idées ont eu la plus grande influence sur la fin du XVIIIe siècle, sur l'origine et sur la marche de la révolution. *Selon moi, cette influence n'a pas été bonne*. Non seulement les paradoxes d'un solitaire mécontent des autres et de lui-même ont été acceptés comme des articles de foi par des disciples que le génie du maître éblouissait, mais la société tout entière a été séduite par les déclarations éloquentes de Rousseau. Jamais on n'a plus parlé de la nature, et jamais on n'a moins compris ce que c'est la nature humaine, quels sont ses besoins et ses droits ». É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 736, nous soulignons.

[4] P. Dubouchet, *De Montesquieu le Moderne à Rousseau l'Ancien. La démocratie et la république en question*, Paris, L'Harmattan, 2001.

[5] Dans son introduction à la réédition du *Contrat social*, Pierre Burgelin écrit : « De Jean-Jacques enfant, Rousseau écrit : " Je me croyais Grec ou Romain." Entendons qu'il s'enthousiasmait pour l'héroïsme et le civisme des héros de Plutarque », J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 1992, p. 7.

[6] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 377.

[7] « À la veille de 1789, il y avait donc en France des gens éclairés, qui, partis de points différents, élèves de Voltaire, de Montesquieu ou de Turgot, avaient ceci de commun qu'ils sentaient la nécessité de réduire le

la puissance de l'homme qui l'a personnifiée, mais qui a eu cependant une influence peu favorable à la liberté »[1]. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* oppose effectivement Rousseau à cette « école anglaise »[2] qui incarne la modernité : « un courant contraire était représenté par ceux qui, présentant les institutions anglaises comme un empirisme imparfait, voulaient s'en rapporter aux seules lumières de la raison, ou, s'il fallait suivre les enseignements de l'histoire, préféraient chercher ailleurs leurs modèles, principalement dans les républiques de l'antiquité, à Rome et en Grèce. Tel était Jean-Jacques Rousseau, qui, d'ailleurs, connaissait bien les institutions anglaises ; tel était encore Mably »[3]. Toute la critique de l'époque vise le modèle antique, et donc la « liberté ancienne », vantée par Rousseau et l'abbé de Mably. Laboulaye estime que ces deux auteurs, en ayant omis d'opérer la distinction entre liberté ancienne et liberté moderne, « se sont tout à fait égarés »[4] et, par là, « tournent le dos à la civilisation »[5] en voulant réaliser « leur rêve […] de nous transformer en Romains et en Spartiates, ce qui était d'autant plus difficile que les Romains et les Spartiates de Rousseau et Mably ne ressemblent guère à ceux qui ont vécu, ce sont des Romains de théâtre et des Spartiates de convention »[6]. L'opinion de Benjamin Constant, bien que relevant l'archaïsme du modèle antique de façon moins acerbe, est similaire : « Mais ces hommes [de la Révolution] avaient puisé plusieurs de leurs théories dans les ouvrages de deux philosophes, qui ne s'étaient pas doutés eux-mêmes des modifications apportées par deux mille ans aux dispositions du genre humain »[7].

La critique est tout aussi sévère et répétée chez les juristes, du moins pour ceux qui consacrent quelques lignes à la philosophie rousseauiste. Elle apparaît avec force chez Antoine Saint Girons. Coupable, « en sa qualité de néo-grec en politique »[8], d'avoir diffusé les « idées gréco-romaines »[9], Jean-Jacques Rousseau et le modèle antique qu'il adopte font office de repoussoir idéologique et juridique : « Quant aux républiques de l'antiquité, leur organisation municipale les rendait impossibles à imiter pratiquement. Grâce à Rousseau et aux écrivains de son école, nous leur avons malheureusement emprunté trop d'erreurs : confusion du pouvoir et de la liberté, anéantissement de l'individu, socialisme, et toutes les dangereuses fantaisies qui s'y rattachent »[10].

---

despotisme de l'Etat; mais, par malheur, à côté de cette *école libérale*, grandissait un parti ardent qui confondait le pouvoir du peuple avec la liberté, et qui était prêt à sacrifier tous les droits à la souveraineté populaire ; ce parti, qui devait triompher, se rattachait à Rousseau ». É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*, *op. cit.* p. 36, nous soulignons.

[1] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 378.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 65.

[3] *Ibid.* Esmein répète plus loin dans l'ouvrage que Rousseau a « emprunté toute [sa] science politique aux Grecs et aux Romains », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 394.

[4] É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*, *op. cit.* p. 105.

[5] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 700.

[6] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 378. Ou encore, précisément à propos de Rousseau : « Cette copie du passé n'est nulle part plus visible que lorsque Rousseau veut constituer son État. Il ne comprend la liberté qu'à la façon d'Athènes et de Rome, il la confond avec la souveraineté », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 743.

[7] B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 270 et 271. Il vise ici Jean-Jacques Rousseau et l'abbé Mably.

[8] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 30. Il évoque également la « popularité des doctrines néo-grecques de Rousseau » en 1789, A. Saint-Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 113.

[9] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op.cit.*, p. 4.

[10] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op.cit.*, p. 27.

Si l'on constate que Rousseau et Mably sont tous deux traités de la même façon par les auteurs libéraux précités[1], il doit être remarqué qu'Esmein n'associe pas l'œuvre de Mably de façon systématique à celle du philosophe suisse. C'est parfois le cas[2] mais il indéniable que les deux auteurs ne sont pas placés sur le même rang et que les impacts de leurs écrits ne sont pas comparables, notamment en raison d'une qualité différenciée de leurs raisonnements respectifs. Ainsi écrit-il à propos de l'abbé de Mably : « Ses théories politiques, moins profondes que celles de Montesquieu, moins subtiles que celles de Rousseau, ont exercé une influence considérable sur ses contemporains. Sur certains points elles sont les plus voisines des lois que votèrent les assemblées de la Révolution »[3]. De plus, on constate qu'Esmein va affirmer sa conception de la souveraineté nationale essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, en prenant le contrepoint de la philosophie de Rousseau.

De cette admiration pour l'Antiquité et pour la « liberté ancienne », émerge la seconde critique : l'influence néfaste des écrits rousseauistes sur les révolutionnaires français, de sorte que Jean-Jacques Rousseau est accusé par les libéraux d'avoir amené aux pires heures du mouvement révolutionnaire, et notamment à la Convention. Laboulaye affirme, et surtout regrette, l'influence des idées rousseauistes sur la Révolution française : « Quand on lit à tête reposée le *Contrat social*, on se demande comment des modernes se sont laissé prendre à ces pastiches de l'antiquité, à ces sophismes transparents ; cependant il est visible que la doctrine de Rousseau, si fausse qu'elle soit, n'a rien perdu de son influence. On la trouve au fond de toutes nos révolutions, c'est toujours la théorie païenne : la liberté, c'est la souveraineté ; le droit, c'est la volonté de la nation »[4]. Le professeur au Collège de France considère en effet que l'influence de Rousseau à conduit à mettre à mal l'idéal exprimé en 1789 : « Peut être me trouverez-vous sévère pour Rousseau (je parle des doctrines et non pas de l'homme), mais je ne puis oublier que c'est à lui et à son école qu'on doit l'avortement du mouvement libéral de 1789 »[5]. Il voit dans les écrits du philosophe suisse la matière d'où sont sortis les régimes politiques successifs de la période révolutionnaire : « Avec la Législative et la Convention, nous retombons, par Rousseau et Mably, dans la souveraineté antique ; nos institutions, comme nos modes, sont renouvelées des Grecs ; ridicule et fausse imitation »[6]. Cette influence des doctrines

---

[1] Édouard Laboulaye, dans l'enseignement qu'il dispense en législation comparée au Collège de France, offre une étude de la philosophie de Mably à la suite de son étude de l'œuvre de Rousseau : voir É. Laboulaye « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 766-774 et p. 785-789. Benjamin Constant soulève la proximité intellectuelle de Rousseau et de Mably et lie ainsi les écrits des deux philosophes : voir B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 271 et p. 273.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 65, p. 262, p. 458, p. 497. Voir également *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 139, p. 144, p. 164.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 262, nous soulignons.

[4] É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*, *op. cit.*, p. 37. Ou encore, comme nous l'avons déjà remarqué : « Nous commençons aujourd'hui l'étude de Jean-Jacques Rousseau, c'est-à-dire l'homme dont les idées ont eu la plus grande influence sur la fin du XVIIIe siècle, sur l'origine et la marche de la révolution. Selon moi, cette influence n'a pas été bonne. Non seulement les paradoxes d'un solitaire mécontent des autres et de lui-même ont été acceptés comme des articles de foi par des disciples que le génie du maître éblouissait mais la société tout entière a été séduite par les déclarations éloquentes de Rousseau », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 736.

[5] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 736.

[6] É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*, *op. cit.*, p. 129.

de Rousseau sur les Jacobins, influence avérée ou non[1], dont on trouve l'affirmation déjà chez Michelet[2], concentre la majorité des critiques du sénateur : « On voit où Robespierre a pris son Être suprême ; en religion comme en politique, il ne connaît que le Contrat social ; Saint-Just et lui sont deux apôtres fanatiques de Rousseau, tous deux prêchent à l'aide de la guillotine, un évangile qui n'est pas celui de la liberté »[3].

La position tenue par Taine n'est pas différente. S'attachant d'abord à la réception des œuvres philosophiques par l'opinion publique française en 1789[4], insistant sur le fait que la philosophie de Rousseau ne doit plus être prise en compte à l'époque moderne[5], l'historien retient l'influence de cette philosophie sur le cours de la Révolution française : « Si jamais utopie parut applicable, bien mieux, appliquée, convertie en fait, instituée à demeure, c'est celle de Rousseau en 1789 et dans les trois années qui suivent. Car non seulement ses principes ont passé dans les lois et son esprit anime la Constitution tout entière, mais encore il semble que la nation ait pris au sérieux son jeu d'idéologie, sa fiction abstraite »[6]. De même, il constate toute la prégnance des idées rousseauistes sur la direction du gouvernement jacobin[7] et plus particulièrement sous la Convention : « Rédigé d'après le *Contrat social*, avec des réminiscences grecques et latines, le projet résume, "en style lapidaire", les aphorismes en vogue, les dogmes et prescriptions mathématiques de Rousseau, "les axiomes de la Raison et les premières conséquences de ces axiomes", bref la Constitution rectiligne que tout écolier bâcle au sortir du collège.

---

[1] Sur ce point, voir J. Boudon, *Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, LGDJ, 2006.

[2] À titre d'exemple, Jules Michelet écrit à propos des Jacobins : « Comme leur maître Rousseau, ils élèvent leurs regards, dirigent leur émulations vers les nobles modèles antiques, vers les héros de Plutarque. S'ils n'entrent pas bien au fond du génie de l'antiquité, ils en sentent du moins l'austérité morale, la force stoïque, y puisent l'inspiration des dévouements civils; ils apprennent d'elle ce qu'elle a le mieux su, ce qu'eux-mêmes ils auront besoin, dans leurs périlleuses voies, de savoir, d'embrasser : la mort ! ». J. Michelet, *Histoire de la Révolution française*, t. II, Pais, Lemerre, 1888, p. 266.

[3] É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*, *op. cit.*, p. 40. Et il poursuit : « Il est triste de l'avouer : dans l'Assemblée constituante, composée d'hommes de talent, de cœurs généreux, ce fut l'influence de Rousseau qui l'emporta ». Laboulaye réaffirme cette idée plus loin dans l'ouvrage : « Voyez la république du *Contrat social*, l'idéal de Robespierre et de ses amis; c'est un gouvernement fondé sur l'égalité absolue, sur la souveraineté du nombre. C'est au peuple tout entier qu'est remis le soin de sa propre liberté. En apparence, c'est un système irréprochable; Rousseau ne se croyait certes pas le défenseur de la tyrannie », É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*, *op. cit.*, p. 153.

[4] Voir notamment H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. II, p. 180-181. Il écrit à propos de la réception des idées de Rousseau : « Dans ce grand vide des intelligences, les mots indéfinis de liberté, d'égalité, de souveraineté du peuple, les phrases ardentes de Rousseau et de ses successeurs, tous les nouveaux axiomes flambent comme des charbons allumés, et dégage une fumée chaude, une vapeur enivrante », H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. II, p. 194.

[5] « Aux approches de 1789, l'enseignement du droit, suranné, étriqué, déserté, tombé dans le mépris, presque nul, n'offrait aucune doctrine fondée et accréditée qui pût s'imposer aux jeunes esprits, remplir leur vide, empêcher la chimère d'entrer. Elle entra : c'était l'utopie antisociale de Rousseau, son contrat social anarchique et despotique », H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. XI, p. 256.

[6] H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. IV, p. 49. Il réaffirme ici ce qu'il exprimait déjà dans le début du livre précédent : à propos de la séparation des pouvoirs dans la Constitution de 1791 il écrit : « Ce principe est emprunté à un texte de Montesquieu et à la Constitution américaine. *Pour le reste on a suivi la théorie de Rousseau* », H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. IV, p. 8, nous soulignons. Il exprime la même idée dans le deuxième livre du troisième tome de son œuvre : « Conformément aux habitudes du temps, elle [l'Assemblée constituante] opère *par déduction*, à la manière de Rousseau, d'après une notion abstraite du Droit, de l'État et du Contrat social. De cette façon, et par la seule vertu de la géométrie politique, on aura le navire idéal; puisqu'il est idéal, il est sûr qu'il naviguera, et bien mieux que tous les navires empiriques », H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. III, p. 190.

[7] Voir H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. V, p. 30 et 31.

Comme un prospectus affiché à la porte d'un magasin nouveau, celle-ci promet aux chalands tout ce qu'ils peuvent imaginer de plus beau et de plus désirable »[1]. Benjamin Constant n'a pas d'opinion différente, en témoigne le lien qu'il dresse entre la Terreur et les écrits de Rousseau : « Plus le gouvernement qu'on voulait donner à la France était populaire, plus ces blessures ont été profondes. Il serait facile de démontrer par des citations sans nombre, que les sophismes les plus grossiers des plus fougueux apôtres de la terreur, n'étaient que des conséquences parfaitement justes des principes de Rousseau »[2].

Ces critiques résonnent aussi dans le discours des constitutionnalistes, du moins Antoine Saint Girons. Si Félix Moreau et Théophile Aumaître ne portent pas de critiques globales et répétées sur les théories de Rousseau et sur leurs conséquences en termes constitutionnels et institutionnels depuis la Révolution, Antoine Saint Girons, lui, n'a de cesse de considérer que « l'influence [de Rousseau] se retrouve dans toutes les fautes des assemblées de la Révolution »[3] et que le Genevois est « l'homme qui a exercé la plus grande influence sur la Constituante, et surtout sur la Convention, le philosophe politique dont les doctrines se font sentir dans tous les événements révolutionnaires »[4]. Sans doute ce dernier passage résume au mieux sa pensée profonde et résonne comme une condamnation définitive : « L'influence prépondérante de Rousseau est indéniable. Nos infortunes constitutionnelles prouvent qu'elle est loin d'avoir été bienfaisante. Féconde au point de vue social parce qu'elle était juste, nécessaire et opportune, la Révolution a été stérile au point de vue politique. Elle a créé l'anarchie ; engendré le despotisme, et mis la France hors des voies qui mènent à une liberté durable. Ce résultat a tenu surtout à l'abus de l'esprit d'abstraction, à l'auteur du *Contrat social* et à la philosophie du XVIIIe siècle »[5].

---

[1] H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. VII, p. 10.
[2] B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 15.
[3] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 430.
[4] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoir…*, *op. cit.*, p. 115. Il poursuit : « Confusion de la liberté et du pouvoir, omnipotence de l'État, souveraineté, ou plutôt infaillibilité du peuple, erreurs dangereuses fondées sur des rêves absurdes, voilà le *Contrat social* ». *Ibid*.
[5] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op.cit.*, p. 122. Il ajoute plus loin dans l'ouvrage : « La Constituante était trop imprégnée des idées abstraites de Rousseau et de Sieyès…», A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 315.

II
La relative bienveillance d'Esmein à l'endroit de Rousseau

Dans ce contexte général défavorable à Rousseau, on doit se pencher sur l'attitude d'Adhémar Esmein. Force est de constater qu'elle tranche avec les critiques répétées de ses inspirateurs libéraux et de son collègue de la Faculté libre de Lyon. Esmein ne veut pas jeter l'anathème sur Jean-Jacques Rousseau, et par là même sur « l'école antique » et « la liberté ancienne ». Le juriste cherche, non pas une disqualification intellectuelle générale à visée politique, mais une réfutation scientifique des théories rousseauistes. Aussi va-t-il s'attacher à démontrer les erreurs théoriques et leurs conséquences, tout en légitimant la notion de souveraineté nationale, conçue comme « la sauvegarde suprême du droit individuel » [1] et l'assurance du « règne de la loi »[2]. Cette démonstration va alors se focaliser sur le *Contrat social.*

Conformément à ce qu'on a pu constater dans le premier titre de cette partie, Adhémar Esmein adhère aux thèses jusnaturalistes tout en rejetant la théorie contractualiste de formation de la société politique[3]. Et si le contractualisme ne naît pas avec Rousseau, c'est pourtant lui qui, « plus nettement qu'aucun autre »[4], en a exprimé le principe et les conséquences juridiques et institutionnelles. Cette théorie, qui a « exercé une influence universelle au XVIIIe siècle »[5], est donc exposée puis longuement discutée afin d'offrir une réfutation qui ne doit souffrir d'aucune faille. À deux reprises dans les *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein rejette clairement cette théorie. Ainsi écrit-il dans le chapitre consacré à la souveraineté nationale : « la fiction du contrat social étant écartée, sur quelle idée peut-on et doit-on faire reposer la souveraineté nationale ? »[6]. Il réaffirme son sentiment dans l'étude de la théorie des droits individuels[7] en expliquant « Cette théorie [des droits individuels] a été féconde, puisqu'elle a introduit le principe des droits individuels ; cependant elle ne peut être conservée lorsqu'on abandonne l'hypothèse du contrat social. Il faut chercher à ces droits un autre fondement »[8].

Ce rejet de la théorie contractualiste s'inscrit, là encore, dans l'héritage du courant libéral français de la fin du XIXe siècle. En réfutant l'idée selon laquelle la société politique, et par suite l'État, se forme par l'association contractuelle, Esmein poursuit l'enseignement de « l'un de ses anciens maîtres »[9], Hippolyte Taine. Lui aussi rejette la théorie rousseauiste aux dires d'Esmein : « Comment Taine tirait-il du droit de l'individu

---

[1] « La sauvegarde suprême du droit individuel, le règne de la loi, ne peuvent être assurés que par la reconnaissance d'une puissance supérieure, non seulement aux individus, mais aux groupes et aux classes », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 45-46.
[2] *Ibid*.
[3] Esmein considère toutefois que le contrat social exposé par Rousseau « est le fait générateur, non pas seulement de la souveraineté, mais de la nation elle-même », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 274.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 272.
[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 277.
[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 280. Il confirme ce rejet quelques pages plus loin en abordant la question de l'inaliénabilité de la souveraineté développée par Rousseau : « La force de cette démonstration tombe, il est vrai, avec la théorie du contrat social », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 291, nous soulignons.
[7] Chapitre qui doit être clairement distingué du chapitre ajouté à partir de la cinquième édition et consacré à « la réglementation des droits individuels ».
[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 542, nous soulignons.
[9] A. Esmein, « Les premières idées politiques de Taine », *RPP*, 1903, p. 168.

le droit de l'État ? Locke, son école et tous ceux qui, au XVIIIe siècle, prenaient pour fondement premier l'état de nature, créaient l'État, l'autorité publique par le contrat social. Taine ne suit point cette voie »[1]. Édouard Laboulaye, cela n'est pas étonnant, adopte une attitude semblable en considérant que « la théorie qui fait sortir la société d'un contrat a mené Rousseau aux abîmes »[2]. Les auteurs d'ouvrages de droit constitutionnel antérieurs à la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* marquent, souvent brièvement et de façon plus ou moins éclatante, leur rejet de la théorie du contrat social popularisée par la philosophe suisse.

Fidèle à son aversion pour la « métaphysique »[3], Saint Girons est sans doute le plus incisif mais aussi le plus clair dans le rejet, pour ne pas dire dans la condamnation du contractualisme : « Non, le droit des peuples ne résulte pas d'un contrat mystérieux, dont la preuve est impossible, dont les termes sont inconnus, dont le titre est imaginaire. Ce droit est inhérent au peuple lui-même par cela seul qu'il existe et qu'il doit accomplir ses destinées terrestres et immortelles »[4]. La parole est plus mesurée chez Félix Moreau qui note lapidairement, sans même viser Rousseau, que la société politique n'est pas le fruit d'un « contrat volontaire »[5]. Théophile Aumaître, dans son *Manuel de droit constitutionnel*, reste également à distance de la question. Il se contente d'exposer de manière brève la théorie contractuelle développée par Rousseau[6] avant de la réfuter mollement : « S'il est difficile de fonder avec Rousseau la souveraineté nationale sur un contrat originaire dont on ne trouve aucune trace dans l'humanité, il est moins facile encore de légitimer dans sa source tout gouvernement autre que le gouvernement issu de la volonté nationale »[7].

La critique d'Adhémar Esmein va se concentrer sur le terrain scientifique et sur les paradoxes et contradictions qui parsèment l'œuvre du philosophe suisse[8]. Il commence

---

[1] A. Esmein, « Les premières idées politiques de Taine », art. cité, 1903, p. 161.

[2] É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*, *op. cit.* p. 124.

[3] Voir par exemple, A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 359.

[4] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 21. Quelques lignes plus haut il vise Rousseau de façon quelque peu implicite : « D'abord tout rapport contractuel repose sur une convention entre les parties intéressées. Or, pas plus à l'origine de la société qu'à l'origine des gouvernements, il n'y eu entre les individus, sauvages et indépendants, et puis entre ces individus et l'un ou plusieurs d'entre eux, une de ces conventions solennelles et précises, indiquant la limite des sacrifices consentis et l'étendue des pouvoirs conférés. Cela n'a pu exister que dans l'imagination d'un rêveur : le contrat n'a jamais pu être une réalité à l'origine des sociétés et des gouvernements » A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 20.

[5] « Les sociétés humaines ne sont pas des agrégats factices ou accidentels, mais des organismes vivants. Elles ne résultent ni du hasard ni d'un contrat volontaire ; elles sont des manifestations de la vie, les plus complexes et les plus hautes. Les individus sont à la société ce que les cellules sont au corps organisés », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel (organisation des pouvoirs publics)*, 1ère édition, *op. cit*., p. 3.

[6] « Dans son " *Contrat social* ", Rousseau imagine que les peuples sont passés de l'état de nature à l'état de société, par un contrat exprès ou tacite, dans lequel les peuples auraient consenti à subordonner la liberté de chacun à l'autorité constituée : un contrat qui ne pouvait avoir de valeur que par l'*unanimité* des sujets. Donc la souveraineté nationale résidait dans la nation entière et tous ayant contracté au même titre, chacun était exactement l'égal de tous », T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 31.

[7] *Ibid*.

[8] « On voit combien est au fond subtile et même scolastique la doctrine de Rousseau ; mais le style fît passer tout cela, et l'esprit public ne retint que les formules simples, sans s'arrêter aux restrictions et aux explications. Rousseau, d'ailleurs, paraît parfois les oublier lui-même », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 276. Remarquons la modération de la critique d'Esmein, en comparaison de celle livrée par Édouard Laboulaye : « Voyons maintenant comment Rousseau créera la société ! Nous allons rencontrer une série de paradoxes qui seront autant de démonstration par l'absurde de l'éclatante vérité que le philosophe se plaît à nier », É. Laboulaye, « De

par réfuter l'idée même de création et de passation d'un « contrat » ou d'une convention entre les individus, contrat censé mettre un terme à « l'état de nature », défini comme l'état dans lequel « l'homme n'est libre qu'à la faveur de la loi naturelle, qui commande à tous »[1]. Mais Rousseau lui-même ne s'attarde pas, renforçant son caractère hypothétique[2]. Cet état naturel est analysé par Esmein comme un état purement fictif, n'ayant jamais été observé dans l'histoire humaine et par conséquent présumé ne jamais avoir existé : « Or, l'état de nature, aussi bien que le contrat social proprement dit, sont des hypothèses historiques contraires aux données de l'histoire et de la sociologie. L'homme ne se trouve nulle part dans le pur état de nature, mais toujours on constate une certaine organisation sociale, si rudimentaire qu'elle soit. Là ou la famille, entendue au sens le plus étroit (père, mère et enfants), constitue le seul groupement ayant quelque fixité, les familles néanmoins se réunissent dans des combinaisons variées et temporaires, pour la défense mutuelle, la chasse, la pêche. Dans une notable portion de l'humanité, il semble même que la famille n'ait pas été le groupe organique le plus ancien. Celui-ci se trouverait dans la tribu ou dans le clan, parfois dans le lien créé par la cohabitation dans le même village, si bien que la parenté légale, maternelle ou paternelle, ne se serait formée que plus tard et grâce à ce milieu »[3].

Cette conception fictive d'un état naturel - totalement assumée par Rousseau - se retrouve également chez Édouard Laboulaye qui, lui aussi, relève l'impossibilité d'observer les conditions de réalisation et donc l'existence même d'un tel stade primitif du développement de l'homme : « Ainsi, pour Jean-Jacques Rousseau, il y a pour l'individu un état de nature qui n'est pas, comme chez Locke et Montesquieu, l'état hypothétique des hommes vivants ensemble avant que le gouvernement soit établi, c'est un état d'isolement, un état sauvage, antérieur à la société. Trouve-t-on dans l'histoire rien qui ressemble à cette sauvagerie universelle ? Nulle part ; car dès que deux hommes se rencontrent, ils s'associent ; mais Rousseau ne cherche pas de preuve historique, il n'en n'a pas besoin. C'est l'homme en lui-même qu'il étudie, c'est une observation philosophique à laquelle il se livre »[4].

Hippolyte Taine se livre quant à lui, dans le même objectif de discréditer l'existence d'un hypothétique état naturel, un long réquisitoire[5] visant à démontrer la chimère de cet

---

l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 738.

[1] J.-J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne, Œuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau, avec notes historiques et tables analytiques des matières par G. Petitain et Musset-Pathay*, t. III, Lettre VIII, p. 81.

[2] « Aussi Rousseau suppose-t-il l'état de nature comme un postulat nécessaire plutôt qu'il ne le démontre […] Locke, au contraire, insiste beaucoup plus sur ce point », *Éléments…, op. cit.*, p. 273. Esmein use plusieurs fois du terme « hypothèse » en désignant le contrat social : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 279 ou encore p. 542.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 279, nous soulignons. L'auteur renvoie à la réédition de l'ouvrage de son maître *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte vélléien* dans lequel Paul Gide établit que l'état social primitif correspondait à l'organisation tribale : «Il semble que la plus ancienne unité sociale ait été non la famille mais la tribu. Dans cet état premier, la parenté individuelle aurait été inconnue : l'enfant à sa naissance était uni par les mêmes relations à tous les membres de la tribu dont dépendait sa mère, les seuls degrés que comportât cette parenté communiste, étant réglés par la distinction des générations successives ». P. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte vélléien, suivie du Caractère de la dote en droit romain et de la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine, 2e édition avec notice biographique, des additions et des notes par A.Esmein, op. cit.*, p. 31.

[4] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 737.

[5] Voir H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op. cit.*, t. III, p. 217-221.

état en démontrant la difficulté d'imaginer l'Homme à l'état de nature : « Ce sont des hommes abstraits, qui ne sont d'aucun siècle et d'aucun pays, pures entités écloses sous la baguette métaphysique »[1].

Par suite logique, la réfutation de l'État de nature implique la réfutation de l'existence d'une convention passée entre les individus vivants dans cet état naturel. L'existence d'un tel accord[2] institué entre tous les individus d'une même société à naître n'a, là encore, jamais été scientifiquement prouvée par la réalité historique. Il s'agit là alors, aux yeux d'Esmein, de la principale faille[3] dans sa théorie : « Elle [la théorie du contrat social] se heurte d'abord à une objection des plus simples et des plus graves : le contrat social est présenté comme un fait initial, comme le premier fondement des sociétés civiles et pourtant on ne saurait fournir aucun exemple historique d'une semblable convention »[4]. Aussi, la tentation de la philosophie des Lumières de détacher de la réalité historique et de l'observation des faits la théorie du contrat social et l'existence d'un accord inter-individuels ne fait que renforcer la caractère fictif, et donc hypothétique, de la théorie rousseauiste et porte atteinte à sa validité scientifique : « Rousseau admet que les clauses du contrat social sont "partout tacitement admises et reconnues", qu'elle n'ont "peut être jamais été formellement énoncées", qu'il se renouvelle tacitement de génération en génération par le seul fait de la résidence sur le territoire. […] Mais ainsi compris, le contrat social n'est plus qu'une fiction juridique destinée à traduire une idée juste d'ailleurs, à savoir : que le droit public, comme le droit privé, a son point de départ dans l'individu, moralement libre, raisonnable et responsable. La puissance publique n'existe que dans l'intérêt des individus qui composent la société : elle ne peut s'exercer légitimement qu'en respectant les données de la raison et les droits de l'individu »[5].

Si l'idée même de l'existence d'un contrat fondant la société prête à débat et fait l'objet d'un rejet unanime, le contenu de cet hypothétique contrat attire l'essentiel des critiques des auteurs libéraux. Rousseau écrit : « Ces clauses [du contrat] bien entendues se réduisent toutes à une seule, savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté. Car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres »[6]. C'est bien ce point de l'aliénation des droits de l'individu par son adhésion au contrat qui provoque le rejet pur et simple.

---

[1] H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, t. III, p. 217.

[2] Accord qu'Esmein s'autorise à comparer, toute proportion gardée, à l'hommage que le vassal rend à son seigneur : « Ce singulier contrat d'assistance mutuelle atteste à tous les yeux que, dans la société féodale, la notion de l'État s'est profondément altérée. Ces deux hommes, en s'associant, ont suppléé tant bien que mal à l'inertie ou à l'absence de la puissance publique. Ils ont conclu en petit un véritable *contrat social*, au sens que Rousseau donnait à ce mot, quoique dans des conditions bien différentes de celle qu'il a rêvées. Par la force des choses le groupement ne sera pas restreint à ces deux hommes », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 176.

[3] On remarquera qu'Édouard Laboulaye considère, lui, la question de la réalité de l'existence d'une telle convention entre les individus comme le « moindre défaut » de la théorie de Rousseau : « C'est là qu'en arrive Rousseau. La société repose sur un contrat; contrat étrange, puisque dans l'hypothèse du philosophe, il a été fait dans le monde entier, par tous les hommes, sans que rien les y forçât. Mais la bizarrerie du système n'en n'est que le moindre défaut » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 740.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 277.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 277-279.

[6] J.-J. Rousseau, *Du contrat social…*, *op. cit.*, p. 28

Hippolyte Taine et Édouard Laboulaye usent tous deux, il est intéressant de le constater, d'une analogie avec l'entrée au couvent au moment de laquelle l'Homme doit se dépouiller de la plupart de ses biens matériels pour vivre au sein et selon les règles strictes de la communauté. Le professeur à l'École des Beaux Arts, qui se livre dans *Les origines de la France contemporaine* à une exposition et à une condamnation répétées des concepts issus du *Contrat social*, réduit le système politique et institutionnel proposé à un « couvent démocratique » : « À la souveraineté du Roi, le *Contrat social* substitue la souveraineté du peuple. Mais la seconde est encore plus absolue que la première, et, dans le couvent démocratique que Rousseau construit sur le modèle de Sparte et de Rome, l'individu n'est rien, l'État est tout »[1]. Cette aliénation des droits individuels amène Laboulaye à la même comparaison : « Écoutons Rousseau. Pour lui, le problème de la politique, c'est de trouver " une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant ". Pour en arriver à cette solution, qui ne semble pas très facile, Rousseau ne voit qu'un moyen, c'est l'aliénation totale de chaque associé, l'abandon de sa personne et de ses droits que chacun fait à la communauté. Cette aliénation c'est une mort civile, c'est l'entrée du moine dans son couvent »[2].

Ainsi l'adhésion au contrat social est assimilée à un enfermement conscient et volontaire de l'individu dans une communauté religieuse qui forme un tout et dans laquelle l'individualité est réduite à néant. C'est là l'Antiquité et le monachisme. Benjamin Constant souligne également « l'erreur » commise par Rousseau qui considérait la souveraineté comme illimitée, impliquant cette aliénation totale des droits de chaque individus, et reconnaît alors que le *Contrat social* fut « le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotismes »[3]

Il est particulièrement intéressant d'observer la position d'Adhémar Esmein sur ce point. Si le rejet de la théorie du contrat social est évidente, on constate que le contenu de ce contrat n'est pas au premier rang de ses préoccupations. Il s'agit là d'une différence majeure avec les auteurs libéraux précédemment cités. Tout comme l'accusation imputant une influence des idées de Rousseau sur la Convention est feutrée[4], Esmein se contente d'évoquer l'aliénation originelle des droits de l'individu en quelques lignes et ne s'y attache pas outre mesure, laissant croire qu'il ne s'en émeut pas ou moins que ses inspirateurs libéraux.

---

[1] H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op. cit.,* t. II, p. 68. La critique de l'ouvrage de Rousseau se poursuit dans les pages suivantes. On retrouve la notion de « couvent » quelques pages plus loin : « Je le disais bien, nous sommes au couvent », H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op.cit.,* t. II, p. 75. Pour une critique du *Contrat social*, voir également H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op. cit.,* t. V, p. 31 et suivantes.

[2] É. Laboulaye, *L'État et ses limites, op. cit.,* p. 37. Il écrit également : « Théoriquement, je doute fort que celui qui entre dans un couvent, abdique sa volonté propre, *en se donnant à tous ne se donne à personne* ; mais en fait qui ne voit que dans une société, où chacun n'est pas chargé d'une part du gouvernement, il n'est pas vrai qu'on puisse maintenir un seul jour cette égalité souveraine », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger,* 3e année, 1865-1866, *op. cit.,* p. 742.

[3] « Rousseau a méconnu cette vérité [de la limitation de la souveraineté], et son erreur a fait de son *Contrat social*, si souvent invoqué en faveur de la liberté, le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme » B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.,* p. 5.

[4] On trouve seulement dans les *Éléments de droit constitutionnel* cette allégation : « La Convention nationale, composée en grande majorité *d'hommes dont l'esprit était profondément imbu des doctrines de Rousseau*, était acquise d'avance à l'exercice le plus direct possible de la souveraineté nationale », *Éléments…, op. cit.,* p. 408, nous soulignons.

La renonciation à ses droits originels constitue seulement l'un des « deux inconvénients »[1] de la théorie de Rousseau : « En premier lieu, quoique prenant pour point de départ le droit individuel, elle le sacrifie en définitive, puisqu'elle aboutit à une aliénation de l'individu et de ses droits au profit de la communauté »[2]. Rien de plus. On ne saurait croire que cette aliénation des droits, conséquence du contrat social, laisse le professeur parisien de marbre. On peut estimer que son raisonnement le porte, de façon logique, à ne pas discuter la question. C'est avant tout sur la création par contrat de la société politique que se greffe sa réfutation, beaucoup plus que sur les dispositions même de ce contrat. Ce pacte n'existant pas, nul besoin de s'attarder sur son contenu supposé.

Toutefois, on l'a indiqué, les écrits de Jean-Jacques Rousseau ont pour fonction de permettre à Esmein d'étudier le principe de la souveraineté nationale et d'en affirmer sa propre conception. Il faut en effet justifier cette idée que, conformément à l'idée de liberté moderne, la souveraineté doit être « nationale ». Rejeter la théorie de Rousseau et contester l'existence d'un « pacte social » ne permet pas pour autant de savoir qui est détenteur de la souveraineté et comment celui-ci l'a acquise. L'étude constitutionnelle esmeinienne va donc s'attacher à démontrer que si le principe de souveraineté nationale, en tant qu'héritage de la Révolution française, est un principe valable, le raisonnement de Jean-Jacques Rousseau est en grande partie erroné. Aussi va-t-il s'agir pour le juriste d'expliquer dans quelles conditions et par quels moyens se forme la société politique, assimilée dans son discours à la nation.

À trois reprises dans les *Éléments de droit constitutionnel*, le professeur parisien expose brièvement sa conception de la formation de la nation. Mais il faut d'abord éloigner la science constitutionnelle d'un domaine qui n'est pas le sien. Selon Esmein, il n'appartient pas au droit constitutionnel de rechercher les origines et les éléments présidant à la formation d'une société politique et à son institutionnalisation. Il s'agit là d'établir une distinction nette entre la science juridique et la sociologie, science naissante en 1896[3], idée qu'il réaffirmera avec force par une longue addition à l'introduction de la troisième édition de son ouvrage de droit constitutionnel[4]. Il écrit : « La formation même d'une nation est

---

[1] « La fiction du contrat social présente d'ailleurs deux inconvénients », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 279.

[2] Il poursuit en exposant le second inconvénient : « Secondement, elle fait reposer les droits de l'individu sur une indépendance première et absolue, résultant de l'état de nature ». *Ibid*.

[3] Rappelons qu'Émile Durkheim professe son premier cours de « sciences sociales » en novembre 1887 à l'Université de Bordeaux, avant de faire paraître en 1895 *Les règles de la méthode sociologique*, premier ouvrage français exposant une méthode propre à la sociologie et visant à l'installer en termes institutionnels, puis fonda en 1896 *l'Année sociologique*, première revue française destinée en priorité aux sociologues. Il s'agit également là pour Esmein d'un premier point de désaccord avec Léon Duguit qui fît paraître quelques années avant la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* un article à la *Revue internationale de l'enseignement* dans lequel il défendait l'idée que le droit constitutionnel devait être entendu comme une partie non négligeable de la sociologie ou des sciences sociales : voir L. Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, Paris, Colin, 1889, p. 17 et suivantes.

[4] En réaction à l'ouvrage *L'État, le droit objectif et la loi positive* que Léon Duguit fît paraître en 1901, Esmein ajoute à la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* en 1903 : « Le droit constitutionnel, quelque portée qu'on lui donne, est distinct d'une autre science que notre temps a vu naître, et qui porte en partie sur les mêmes objets, mais envisagé à un point de vue différent : je veux dire la *sociologie*. La *sociologie*, qui est une science naturelle, a pour but de découvrir et de dégager les lois naturelles d'après lesquelles se forment, s'organisent, se développent et se décomposent les sociétés humaines. Elle comprend nécessairement la formation des États et des Gouvernements, non dans leurs incidents historiques, mais dans leur évolution organique ; et, bien que jeune encore, elle a déjà donné des résultats importants. Le *droit constitutionnel*, qui est une science juridique, a un tout autre but. Il prend un État et un Gouvernement arrivés à une forme déterminée,

un phénomène successif, le produit d'une très longue évolution naturelle, dont la sociologie et l'histoire s'efforcent de déterminer les lois, et où la volonté consciente des générations successives, et encore plus les conventions formelles entre les hommes, tiennent une place très petite. L'existence des nations civilisées et distinctes est un fait social qu'il faut accepter purement et simplement, lorsqu'on recherche en droit chez qui doit résider la souveraineté dans une nation. Le droit constitutionnel et la sociologie ont des domaines absolument différents »[1]. Il ne relève donc pas de la mission du constitutionnaliste de rechercher ni de discuter la formation de la société politique ni même sa raison d'être, mais simplement d'étudier un fait existant. Cela explique le caractère assez bref de la justification qu'Esmein fournit à l'existence de la nation. On observe d'ailleurs que les ouvrages de droit constitutionnel antérieurs aux *Éléments de droit constitutionnel* ne s'attachent à aucun moment à la recherche de l'origine de la société politique, donc à l'origine du pouvoir.

Si Esmein considère que la nation se personnifie juridiquement par la personne morale qu'est l'État[2], la définition de la substance même de la nation ainsi que l'exposé des éléments ayant concouru à sa formation sont très brefs : « La sociologie et l'histoire montrent, je l'ai déjà dit, que la formation et le développement d'une nation ne sont point une création artificielle, mais un phénomène naturel, dont les conditions sont la race, le milieu et les circonstances historiques. Chaque nation se développe ainsi par une évolution qui lui est propre et se donne sa structure, son organisme politique et son génie particulier, comme un être animal crée successivement ses organes et son intelligence »[3]. On constate ici la proximité, ne serait-ce que lexicale, avec Hyppolite Taine. Tous deux considèrent en effet que la formation ou la constitution d'une nation résulte d'une évolution naturelle, de façon quasiment impalpable et donc indescriptible. Commentant un extrait d'une lettre adressée par Taine à Prévost-Paradol, Esmein explique : « Bien que certaines expressions de ce passage rappellent celles dont se sert Rousseau pour définir le contrat social, bien que, d'autre part, la conscience nationale soit indiquée comme le facteur décisif de l'État, il est clair que pour l'auteur il s'agissait là, non d'un contrat, mais d'une formation naturelle, résultant d'une évolution »[4].

On trouve en creux de cette « définition » de la nation et de ses conditions de formation les éléments classiques présumés avoir présidé à la constitution de cette entité. Ces éléments ont été déterminés et fixés à la fin du XIXe siècle par Ernest Renan,

---

qu'a fixée la coutume ou la législation : il en dégage l'esprit et les principes fondamentaux, dont il tire les conséquences, il en construit ainsi le système logique et juridique. Mais si le droit constitutionnel ainsi entendu n'est pas la sociologie, l'histoire du droit constitutionnel chez un peuple et surtout l'histoire comparée du droit constitutionnel chez les peuples divers, sont incontestablement l'un des moyens les plus sûrs de la sociologie, un de ceux qui lui permettent le plus efficacement de dégager les lois naturelles d'après lesquelles évoluent les États et les Gouvernements », *Éléments…, op. cit.*, p. 31-32. La conception des rapports entre sociologie et histoire chez Esmein sont proches des éléments développés par Durkheim dans la préface au premier volume de la revue qu'il fonda : voir É. Durkheim, « Préface », *l'Année sociologique*, 1ère année, Paris, Alcan, 1896, p. I à VII.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 280, nous soulignons.

[2] « L'État est la personnification juridique d'une nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique », *Éléments…, op. cit.*, p. 1.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 284 et 285, nous soulignons. Il réaffirme cette idée en 1903, dans l'introduction de la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel*: « Elle [la Société-État] correspond à une nation, *produit de la nature et de l'histoire*. Sans doute celle-ci s'est elle-même formée d'éléments antérieurs, et même souvent de groupes plus anciens, jusque-là indépendants », *Éléments…, op. cit.*, p. 35, nous soulignons.

[4] A. Esmein, « Les premières idées politiques de Taine », art. cité, p. 161, nous soulignons.

notamment dans sa conférence prononcée en Sorbonne le 11 mars 1882 dans laquelle il tient la notion de nation pour typiquement français[1]. La conception esmeinienne de la nation inclut ainsi l'élément de la race dont le « libéral »[2] Renan fait état et qu'il discute longuement dans son étude[3], tout comme l'élément du « milieu » : celui-ci reste indéfini et imprécis sous la plume d'Esmein mais on peut légitimement identifier le milieu physique ou géographique du groupe humain visé. C'est aussi à un critère géographique que se rallie Renan[4]. Toutefois, on doit constater que les éléments de la langue[5] et de la religion[6] énoncés par Renan ne sont nulle part repris par Esmein. Ce dernier cite aussi les « circonstances historiques », expression indéterminée et relativement floue mais non éloignée pour autant des développements offerts par Renan sur ce point[7]. Mais ce qui rapproche véritablement la conception esmeinienne de la nation de celle développée par Renan, c'est l'élément nécessaire[8] qui, selon le philosophe, vient parfaire et achever la constitution d'une nation : l'idée d'une communion transgénérationnelle. Renan affirme : « La nation, comme l'individu, est l'aboutissant d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements. Le culte des ancêtres est de tous le plus légitime ; les ancêtres nous ont fait ce que nous sommes. Un passé héroïque, des grands hommes, de la gloire (j'entends de la véritable), voilà le capital social sur lequel on assied l'idée nationale. Avoir des gloires communes dans le passé, une volonté commune dans le présent ; avoir fait de grandes choses ensemble, vouloir en faire encore, voilà les conditions essentielles pour être un peuple. On aime en proportion des sacrifices qu'on a consentis, des maux qu'on a soufferts. On aime la maison qu'on a bâtie et qu'on transmet. Le chant spartiate : " Nous sommes ce que vous fûtes ; nous serons ce que vous êtes " est dans la simplicité l'hymne abrégé de toute patrie »[9].

Esmein, nous le constaterons dans la partie suivante, adhère à cette idée de communion transgénérationnelle, et c'est en cela qu'on peut affirmer que sa notion de nation puise dans la philosophie de Renan. Le professeur parisien appréhende la nation comme une « collectivité transcendante »[10] à la suite de son exposition des éléments

---

[1] « C'est la gloire de la France d'avoir, par la Révolution française, proclamé qu'une nation existe par elle-même. Nous ne devons pas trouver mauvais qu'on nous imite. Le principe des nations est le nôtre », E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Mille et une nuit, 1997, p. 15.

[2] « L'historien et philologue Ernest Renan (1823-1892) fut toute sa vie un " libéral " au sens qu'avait ce terme à son époque, c'est à dire qu'il voulait un Etat de droit, qu'il était donc opposé au bonapartisme incarné par Napoléon III, et qu'il tenait surtout aux libertés de pensée et d'expression », O. Revault d'Allones, « *La réforme intellectuelle et morale* », *Dictionnaire des œuvres politiques*, ss. dir. F. Chatelet, O. Duhamel, É. Pisier, Paris, PUF, 1995, p. 1004.

[3] Voir E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*, p. 19-24.

[4] Voir E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*, p. 28-30.

[5] Voir E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*, p. 24-26.

[6] Voir E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*, p. 27-28.

[7] « La nation moderne est donc un résultat historique amené par un série de faits convergeant dans le même sens », E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*, p. 15.

[8] Renan considère en effet que les éléments énoncés dans les deux premières parties de son discours ne sont pas suffisants à fonder l'idée de nation : « Nous venons de voir ce qui ne suffit pas à créer un tel principe spirituel : la race, la langue, les intérêts, l'affinité religieuse, la géographie, les nécessités militaires. Que faut-il donc en plus ? Par suite de ce qui a été dit antérieurement, je n'aurai pas désormais à retenir bien longtemps votre attention », E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*, p. 30.

[9] E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, *op. cit.*, p. 31-32.

[10] M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*

nécessaires, mais non suffisants, à la formation de la nation[1] : « De plus, chaque nation ainsi formée a vraiment une sorte de vie propre, distincte des vies additionnées des individus qui la composent à un moment donné, où se combinent l'activité et la pensée des générations passées avec celles de la génération présente, où se prépare le sort des générations futures »[2]. Cette idée a une importance capitale dans la réflexion esmeinienne et le juriste y revient à deux reprises en contestant le principe d'inaliénabilité de la souveraineté développé par Rousseau. D'abord en expliquant : « la souveraineté nationale n'appartient pas en propriété à la génération présente, qui nécessairement et légitimement en a le libre exercice, mais simplement l'exercice : elle appartient à la nation, incarnée dans l'État, c'est-à-dire à la série des générations successives ; elle appartient aux hommes de demain comme aux hommes d'aujourd'hui. C'est un dépôt sacré que les générations se transmettent l'une à l'autre »[3]. Puis il réaffirme cette idée dans ce même chapitre consacré à la souveraineté nationale, et cela en des termes similaires : « cette aliénation est impossible en droit, alors même que cette unanimité pourrait s'établir en fait, et cela parce que la souveraineté appartient en réalité à la nation elle-même, distincte des individus, comprenant le développement des générations successives »[4]. Naît alors, avec cette définition de la notion de nation initiée par Ernest Renan et reprise par Adhémar Esmein, une conception nouvelle de l'entité nationale, conçue comme « la nation abstraite », pour reprendre l'expression de Marie-Joëlle Redor[5].

Reste à savoir pourquoi la souveraineté doit appartenir à la nation. Esmein explique que l'exercice de la souveraineté, quel qu'en soit le titulaire, vise à l'obéissance des individus[6] et que cette obéissance ne peut être durable que par l'acceptation, par les individus, de l'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire par « l'adhésion de l'opinion publique »[7]. Il constate que la seconde hypothèse pour obtenir des individus l'obéissance due à l'exercice de la souveraineté ne se trouve que dans l'emploi de la force. Or l'emploi de la force par le titulaire « légal » de la souveraineté ne permet qu'une obéissance incertaine et instable : « La force ne peut point maintenir d'une façon durable la souveraineté légale, si ce n'est dans des conditions tout à fait exceptionnelles. Cela peut se produire chez une nation inférieure ou dégénérée conquise par une race supérieure ou plus forte. Mais cela ne saurait exister chez une nation indépendante et saine : il n'y a pas de force matérielle qui soit capable de maintenir au pouvoir un maître dont l'immense majorité du peuple ne voudrait pas »[8].

---

[1] Hormis dans les *Éléments de droit constitutionnel*, on ne trouve pas d'esquisse ou de tentative de définition de la notion de nation, bien que le terme soit employé de nombreuses fois par Esmein, notamment dans ses ouvrages consacrés à l'histoire du droit français. Voir par exemple, *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 41, p. 44, p. 71, p. 104, p. 241, p. 317, p. 336, p. 337, p. 471, p. 473 à 475, p. 485, p. 492, p. 497, p. 520, p. 537, p. 592. Et encore *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 33, p. 34, p. 46, p. 89, p. 95, p. 115, p. 149, p. 155 à 157, p. 172, p. 250, p. 333.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 285, nous soulignons.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 291, nous soulignons.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 348, nous soulignons. Il poursuit : « Les citoyens actuellement existants ont nécessairement l'exercice de la souveraineté, mais ils n'en ont que l'exercice : ils sont en quelque sorte les premiers et nécessaires représentants de la souveraineté nationale ».
[5] Voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*
[6] « Quelle que soit la source légale de la souveraineté chez un peuple, en quelques mains que la loi l'ait placée, elle ne subsiste et s'exerce en fait que si elle est obéie par les citoyens ou sujets », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 286.
[7] *Ibid*.
[8] *Ibid*.

Le mimétisme avec les auteurs libéraux français est incontestable. On retrouve dans ces écrits une idée déjà clairement exprimée chez Benjamin Constant et une grande proximité jusque dans les termes employés : « La loi doit être l'expression ou de la volonté de tous ou de celle de quelques uns. Or quelle serait l'origine du privilège exclusif que vous concéderiez à ce petit nombre ? Si c'est la force, la force appartient à qui s 'en empare ; elle ne constitue pas un droit, et si vous la reconnaissez comme légitime, elle l'est également, quelques mains qui s'en saisissent, et chacun voudra la conquérir à son tour. Si vous supposez le pouvoir du petit nombre sanctionné par l'assentiment de tous, ce pouvoir devient alors la volonté générale. Ce principe s'applique à toutes les institutions. La théocratie, la royauté, l'aristocratie, lorsqu'elles dominent les esprits, sont la volonté générale. Lorsqu'elles ne les dominent pas, elles ne sont autre chose que la force. En un mot, il n'existe au monde que deux pouvoirs, l'un illégitime, c'est la force ; l'autre légitime, c'est la volonté générale »[1].

Laboulaye reprend quasiment mot pour mot la pensée ici développée par Benjamin Constant. Dans son cours de législation comparée au Collège de France, il enseigne à propos de la théorie de Rousseau : « Le principe de la souveraineté du peuple, c'est la suprématie de la volonté générale sur toute volonté particulière ; ce principe, non seulement je ne le conteste pas, mais je ne vois pas sur quoi on peut s'appuyer pour le contester. Car enfin il faut que la loi soit la volonté de tous, ou la volonté de quelques-uns. D'où viendrait le privilège de la minorité ? De la force ? Mais la force appartient à qui s'en empare ; c'est un fait, ce n'est pas un droit. De la raison ? Mais qui la constate ? Qui décidera que telle mesure est juste et raisonnable ? Est-ce la majorité, est-ce la minorité ? Nous voici revenus au point de départ du cercle vicieux. Il n'y a donc au monde que deux pouvoirs politiques, l'un illégitime, c'est la force, l'autre légitime, c'est la volonté générale, c'est-à-dire la souveraineté du peuple »[2].

Pour garantir la liberté, il doit donc se produire une assimilation entre la « souveraineté de fait »[3] et « la souveraineté légale »[4], de sorte que la seconde vienne confirmer la première. Esmein écrit : « Placer au contraire la souveraineté légale là ou réside nécessairement la souveraineté de fait ou d'opinion, c'est rétablir l'harmonie ; c'est traduire dans le droit aussi exactement que possible le fait inévitable. Reconnaître, organiser et respecter la souveraineté nationale, c'est donner à l'opinion publique, force supérieure, une expression précise, une valeur juridique, une autorité légale. Pour compléter, d'ailleurs, ce règne de l'opinion, pour préparer son expression juridique, la liberté moderne lui donne aussi d'autres moyens de se manifester par l'initiative individuelle : la liberté de la presse et le droit de réunion »[5].

---

[1] B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 1-2. Esmein, de façon sensiblement similaire à celle de Constant, écrit : « Cette adhésion de la volonté générale se retrouve nécessairement dans toutes les formes d'État. Elle existe aussi bien dans les monarchies que dans les républiques, aussi bien dans les monarchies absolues que dans les monarchies tempérées. Elle est, il est vrai, plus ou moins consciente et véritablement libre suivant mes milieux. Elle peut être dictée par les croyances religieuses, ou produite par l'esprit de tradition ; mais partout elle existe en fait et aucun gouvernement ne saurait subsister sans elle », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 287.

[2] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 3e année, 1865-1866, *op. cit.*, p. 741.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 288

[4] *Ibid*.

[5] *Ibid*. Il réaffirme cette idée dans l'introduction de la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* : « Mais, si ces associations, ces corporations ou ces classes, qui sont les organes de la vie sociale, n'ont au-dessus d'elles aucune puissance, on retombe dans un système semblable à l'anarchie féodale. Ce qui triomphe, ce n'est

L'opposition d'Esmein à la conception rousseauiste du contrat social et de la formation de la société politique entraîne une série de réfutations subséquentes. Selon Rousseau, la formation du pacte social entraîne l'aliénation des droits de l'individu au profit de la communauté. La loi à laquelle, se soumettra l'individu sera l'expression de la volonté générale. Il s'agit là du nœud du problème. L'assimilation entre la souveraineté et le pouvoir de faire la loi, entendue comme expression de la volonté générale, amène à considérer que, la volonté ne pouvant être déléguée ou représentée[1], seule l'adoption directe de la loi par la nation assemblée est convenable[2].

C'est sur cette assimilation entre souveraineté nationale, loi et volonté générale que va s'axer la contestation, toujours empreinte de respect, du professeur parisien. Adhémar Esmein procède en quelque sorte à une rectification du vocabulaire. Il refuse d'entendre la loi comme expression de la volonté générale au sens déterminé par Jean-Jacques Rousseau : « Reste pourtant l'argument de droit, l'argument capital de Rousseau. La loi, avec la souveraineté nationale, c'est l'expression de la volonté générale et, de sa nature, la volonté ne se délègue pas. Mais la définition de Rousseau n'est pas rigoureusement exacte, elle contient un abus de langage. La loi doit nécessairement procéder de la nation, en ce sens que la nation souveraine peut seule faire les lois ou conférer le pouvoir de les faire ; mais il n'est pas vrai que la loi soit nécessairement et simplement l'expression directe et immédiate de la volonté générale, formulée d'une façon précise par la majorité des citoyens. Elle est, avant tout, une règle de justice et d'intérêt public »[3]. On remarque l'insistance avec laquelle Esmein tient à assurer à la loi un caractère de justice et en fait l'élément essentiel de sa conception. L'introduction des *Éléments de droit constitutionnel* définit la loi comme « une règle impérative ou prohibitive posée par le souverain, qui statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et pour toujours. Dans de telles conditions, elle ne peut guère être injuste, et elle peut être connue à l'avance par tous ceux qui l'enfreignent »[4].

---

plus le droit inspiré par la raison humaine, c'est la force : on substitue la lutte des forces et des classes à l'empire du droit », *Éléments…, op. cit.*, p. 45.

[1] « La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu » J.-J. Rousseau, *Du contrat social…, op. cit.*, p. 214.

[2] Esmein écrit : « En effet, dit-on, la nation souveraine n'est pas autre chose que la réunion et le total de tous les individus qui la composent ; pour avoir l'expression de la souveraineté nationale, il faut donc consulter tous les membres de la nation ; si l'on en exclut quelques-uns, l'opération devient fausse. On dit encore : la loi, selon la définition de Rousseau, n'est pas autre chose que l'expression de la volonté générale ; mais cela suppose que tous, sans exception, seront comptés dans l'acte qui la dégage », *Éléments…, op. cit.*, p. 346.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 400, nous soulignons. À l'appui de sa conception de la loi, Esmein en appelle à la conception aristotélicienne de la loi : « Ainsi donc, quand on demande la souveraineté de la loi, c'est demander que la raison règne avec les lois ; demander la souveraineté d'un roi, c'est constituer souverain l'homme et la bête ; car les entraînements de l'instinct, les passions du cœur corrompent les hommes quand ils sont au pouvoir, mêmes les meilleurs, mais la loi, c'est l'intelligence sans les passions aveugles », Aristote, *Politique*, traduit par J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 3e édition, Paris, Ladrange, 1874, p. 186-187.

[4] *Éléments…, op.cit.*, p. 20 et 21. Et, explicitant l'idée de permanence de la loi, il réaffirme cette idée de justice : « Dans sa conception normale, la loi se présentant comme une règle de droit, générale et juste, on ne voit pas bien comment ceux qui la font songeraient à en restreindre l'empire à un temps limité », *Éléments…, op. cit.*, p. 21.

Ainsi, la loi n'étant pas une expression directe de la volonté générale, mais seulement une « règle de justice et d'intérêt public »[1], la conception juridique de Rousseau induisant le gouvernement direct est anéantie. Ce gouvernement direct de la nation, manifesté par l'adoption de la loi par le peuple réuni, n'est donc pas, dans la pensée d'Esmein, la seule et unique application juridiquement exacte du principe de souveraineté nationale. Bien au contraire : « Si elle [la loi] a nécessairement à sa base l'autorité du souverain, personne n'oserait dire que le souverain pourrait, de parti pris, édicter des lois injustes ou nuisibles ; et le système de gouvernement qui, tout en faisant de la nation la source constante de toute autorité pourra le mieux assurer que de semblables lois ne seront votées de bonne foi, mais par erreur, ce système sera le meilleur et le plus légitime »[2].

La contestation de la thèse première, le contrat ou pacte social rousseauiste, amène donc Esmein à contester la thèse finale : la nécessité du gouvernement direct. De sorte que, seul le gouvernement représentatif, opposé au gouvernement direct, peut constituer une application légitime, mais avant tout juridiquement valable du principe de souveraineté nationale. Le juriste l'affirme de façon extrêmement claire : « Le gouvernement représentatif fournit-il plus de chances que le gouvernement direct pour obtenir une législation juste, utile, rationnelle ? Là est toute la question, et cette question ne saurait être douteuse »[3]. Si Rousseau a déterminé ce principe de souveraineté appartenant à la nation, sa propre conception de la loi impose le retour à un modèle antique : le gouvernement direct. Or, pour Esmein, la souveraineté de la nation est un principe essentiellement moderne, un héritage majeur de la Révolution française. Ainsi ce principe de liberté, de liberté des peuples ou des nations à se donner le gouvernement qu'ils souhaitent, ne sera jamais aussi bien garanti qu'avec le gouvernement représentatif conçu comme une garantie essentielle de la liberté.

[1] *Éléments…, op.cit.*, p. 400.
[2] *Éléments…, op.cit.*, p. 400-401.
[3] *Éléments…, op.cit.*, p. 401.

Section 2

La perfection de la notion de liberté chez Esmein : les apports respectifs de Beccaria et de Voltaire

L'analyse des sources philosophiques de la notion de liberté chez Adhémar Esmein impose de ne pas se limiter à Montesquieu et Rousseau. Deux autres auteurs viennent affermir la définition esmeinienne de la liberté : Voltaire et Beccaria.

On pourrait croire que les écrits de Voltaire et de Beccaria ne sont pas déterminants. D'un point de vue purement quantitatif, on remarque d'abord des mentions et citations beaucoup moins nombreuses que celles de leurs illustres contemporains. Le lecteur constate également que les mentions ou citations sont beaucoup moins éparses dans l'œuvre d'Esmein. La grande majorité des appels aux écrits de Beccaria, comme ceux faits aux écrits de Voltaire, se concentre dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France*[1] et non dans les *Éléments de droit constitutionnel.*

De plus, à la différence de *l'Esprit des lois* ou du *Contrat social*, les œuvres des deux auteurs ne font pas l'objet d'une analyse approfondie. Leurs écrits n'ont donc pas de caractère fondamental dans la pensée d'Esmein. Ceux-ci viennent seulement en renfort de la théorie, afin de parfaire la notion de « liberté moderne ». La raison en est simple : leurs œuvres sont vouées sur le droit criminel. Pas de théorie relative aux rapports entre les pouvoirs ou de considération majeure sur la question de la souveraineté du peuple. Le but des deux auteurs tient à la réforme du droit criminel d'Ancien Régime, c'est-à-dire vise à assurer de la meilleure façon qui soit la sûreté de l'individu. Avec Montesquieu, Voltaire et Beccaria sont considérés par Esmein comme les « trois hommes qui firent le plus parmi les philosophes pour la réforme de la loi criminelle »[2] et cela par leurs dénonciations et leurs préconisations énoncées « au nom de la raison et de l'humanité »[3]. C'est à ce titre que les deux auteurs peuvent être légitimement retenus comme des sources – auxiliaires certes – de la pensée d'Esmein et de sa conception de la liberté.

Ainsi cet intérêt porté à Beccaria et Voltaire prouve, s'il le fallait encore, tout l'intérêt accordé par Esmein à la qualité du droit criminel et de la procédure qui l'accompagne. La liberté esmeinienne est bien construite sur le concept de sûreté qui confirme, par ricochet, l'importance capitale de la philosophie de Montesquieu.

---

[1] Voltaire : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 227, p. 275, p. 348, p. 349, p. 359, p. 360, p. 361, p. 362, p. 363, p. 365, p. 366, p. 368, p. 369, p. 370, p. 389, p. 402, p. 494. Beccaria : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 348, p. 349, p. 358, p. 361, p. 362, p. 364, p. 365, p. 370, p. 371, p. 372, p. 373, p. 476. On notera que d'autres ouvrages d'Esmein font référence à Voltaire : *Cours élémentaire d'histoire du droit français..., op. cit.*, p. 101, p. 104. Et *Précis élémentaire de l'histoire du droit français..., op. cit.*, p. 105, p. 250. Ce dernier fait également référence à Beccaria : *Précis élémentaire de l'histoire du droit français..., op. cit.*, p. 250.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 362. Ou encore, à propos de la réforme de la loi criminelle d'ancien régime : « Pour la réforme nécessaire, la préparation avait été faite par les écrits des philosophes et des publicistes : Montesquieu, Voltaire, Beccaria avaient posé les principes essentiels… », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 250.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 371.

I
L'apport de Beccaria à la théorie d'Esmein

La place de Cesare Beccaria dans l'œuvre d'Esmein est originale. Mentionné une seule et unique fois dans les *Éléments de droit constitutionnel*[1] – comme opposant à la reconnaissance d'un droit de grâce au profit du chef de l'État[2] – l'aristocrate italien ne peut être classé à proprement parler dans « les philosophes du XVIIIe siècle » qui constituent les sources d'Esmein. Montesquieu, Rousseau, Voltaire, et même Mably, trouvent tous une place dans le chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* consacré à la philosophie du XVIIIe siècle[3] mais, à aucun moment, Esmein ne semble considérer cet « enfant rebelle des Lumières milanaises »[4] comme membre de ce groupe.

Sa position est différente dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France*. Cet ouvrage range en effet Beccaria, tout naturellement pourrions nous dire, dans la liste des protestataires qui s'élèvent contre la procédure criminelle d'Ancien Régime. L'auteur des *Délits et des peines*[5] devient alors, avec Montesquieu et de Voltaire[6], l'une de ces « autorités nouvelles »[7] les plus influentes et y gagne ses galons de « philosophe »[8]. Aussi l'ouvrage contient-il une dizaine de références au juriste italien et fait état de certaines de ses propositions.

Si Beccaria n'est pas reconnu, dans les *Éléments de droit constitutionnel*, comme un philosophe inspirateur de la liberté moderne, c'est parce qu'il ne formule aucune proposition à caractère institutionnel visant à poser les bases d'une organisation politique susceptible de préserver cette liberté. *Des délits et des peines* se focalise sur la question criminelle, sur la sûreté de l'individu[9]. Esmein souligne que l'ouvrage dont « l'influence fut immense, plus grande encore en France qu'en Italie »[10] n'a pas de caractère « technique »[11]

---

[1] On ne trouve aucune mention du juriste italien dans le *Cours élémentaire d'histoire du droit français….* Le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…* ne le mentionne qu'une fois, avec Voltaire : voir *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 250.

[2] « Il faut ajouter que, si Montesquieu voyait dans le droit de grâce le plus bel attribut de la souveraineté d'un monarque, il ne paraissait pas l'admettre dans les Républiques, et Beccaria le condamnait dans son célèbre traité », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 723. Signalons que la mention figure dans l'édition princeps.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 261-271.

[4] P. Audegean, « Genèse et signification des *Délits et des peines* de Beccaria », *Archives de philosophie du droit*, n°53, 2010, p. 15.

[5] Philippe Audegean signale que la traduction française et la modification de la structure du texte original par l'abbé Morellet en 1765 dénature également l'œuvre de Beccaria en le désignant indûment comme un « traité ». Voir Ph. Audegean, « Genèse et signification des *Délits et des peines* de Beccaria », *op. cit.*, p. 10-11 et p. 15.

[6] « Nous ne pouvons entrer dans le détail de ces œuvres ; mais il nous paraît utile d'analyser les idées de trois hommes qui firent le plus parmi les philosophes pour la réforme de la loi criminelle : Montesquieu, Beccaria et Voltaire », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 362.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 358.

[8] On notera toutefois qu'en 1908, dans son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, évoquant les trois mêmes auteurs, Esmein use également du terme « publiciste » : « Pour la réforme nécessaire [de l'ancienne procédure criminelle], la préparation avait été faite par les écrits des philosophes et publicistes : Montesquieu, Voltaire, Beccaria avaient posé les principes essentiels… », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 250.

[9] Nous n'ignorons pas pour autant les interprétations diverses sur l'ouvrage de Beccaria, retenant notamment les implications décrites par Philippe Audegean quant à la volonté de Beccaria d'abolir le « savoir juridique » en matière criminelle. Voir Ph. Audegean, « Genèse et signification des *Délits et des peines* de Beccaria », art. cité.

[10] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 364.

[11] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 372.

mais formule des « propositions »[1]. Les propositions qui en ressortent n'en sont pas moins intéressantes pour Esmein qui voit dans l'ouvrage de l'Italien la continuation et, dans une certaine mesure, la perfection du concept de sûreté[2] tel qu'exprimé dans *l'Esprit des lois* et dont Beccaria considère qu'il « est le but de toutes les sociétés humaines »[3]. C'est donc bien en « disciple de Montesquieu »[4] que Beccaria prend place dans les sources de la pensée libérale du professeur parisien.

Cette place est justifiée par l'héritage des Lumières. Esmein relève, en le citant lui-même, le rationalisme et l'humanité revendiqués par Beccaria : « Beccaria déclare qu'il vient combattre " avec les armes de la raison " il appelle le temps " où la douceur et l'humanité feront pardonner aux princes leur puissance " »[5]. Le concept d'humanité revendiqué et exprimé[6] par le juriste italien le rapproche indéniablement, comme nous le verrons, de la pensée de Voltaire qui a toujours « tenu en main le drapeau de l'humanité »[7], mais en fait surtout, pour Faustin Hélie, un continuateur de l'œuvre de Montesquieu en matière pénale : « Montesquieu avait donné les raisons politiques qui doivent conduire à la modération des peines ; Beccaria ajoute à ces raisons celles qu'il puise dans le sentiment d'humanité et dans les règles de la justice »[8].

L'influence des Lumières françaises sur la doctrine du juriste italien[9], et notamment l'influence des « divinités contemporaines »[10] que sont la raison et l'humanité, est exposée par Édouard Laboulaye. Tout comme le fera l'*Histoire de la procédure criminelle en France*, l'article fleuve du Professeur au Collège de France évoque avec insistance des *Délits et des peines* et relève sa filiation avec les Lumières françaises. Il s'attache ainsi particulièrement à démontrer en quoi le juriste italien est un enfant des Lumières[11] et – comme Esmein plus

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 373.

[2] La traduction française de l'ouvrage, reprise par l'édition de Faustin Hélie en 1856, fait état de nombreuses occurrences du terme « sûreté » : à titre d'exemple, voir C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie*, Paris, Guillaumin, 1856, p. 74 : « La sûreté des personnes est un droit naturel; la sûreté des biens est un droit de société ». Voir aussi p. 12, p. 15, p. 17, p. 28, p. 47, p. 75, p. 76, p. 94, p. 101, p. 123, p. 132, p. 148, p. 149, p. 166, p. 171, p. 178, p. 201, p. 208, p. 212.

[3] « Après les crimes qui attaquent la société, ou le souverain qui la représente, viennent les attentats contre la sûreté des particuliers. Comme cette sûreté est le but de toutes les sociétés humaines, on ne peut se dispenser de punir des peines les plus graves celui qui y porterait atteinte » C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie, op. cit.*, p. 148.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 361.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 358. Esmein cite ici la préface de Beccaria à *Des délits et des peines*, voir C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie, op. cit.*, p. 2.

[6] « Heureux si je puis exciter quelquefois ce frémissement, par lequel les âmes sensibles répondent à la voix des défenseurs de l'humanité ! », C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie, op. cit.*, p. 12.

[7] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 752.

[8] Commentaire de l'ouvrage de Beccaria par Faustin Hélie : voir C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M.F. Hélie, op. cit.*, p. 91.

[9] Sur la question de l'influence des Lumières françaises en Italie au XVIIIe siècle, voir L. Reverso, *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIIIe siècle : influence française et spécificités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

[10] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 371.

[11] Philippe Audegean ne dit pas autre chose : « Il est juste de reconnaître que Beccaria lui-même avait invité les Français à se sentir en terrain connu, puisque la culture française des Lumières lui sert à l'évidence de modèle

tard verra en lui un « disciple de Montesquieu » – Laboulaye le présente comme « un disciple de la philosophie française » : « C'est surtout dans le premier chapitre [*Des délits et des peines*] qu'on reconnaît un disciple de la philosophie française ; j'insiste sur ce point : si j'introduis Beccaria dans cette leçon, c'est qu'il nous appartient comme s'il était né en France » [1]. Laboulaye souligne notamment que le rationalisme de Beccaria le pousse à préconiser une laïcisation du droit criminel, par une distinction entre ordre civil et ordre religieux, par un détachement de la matière pénale des préceptes et des pratiques religieux. Le Professeur au Collège de France écrit : « Ce qui distingue particulièrement Beccaria, selon moi, – quoique personne ne lui ait donné cet éloge – c'est qu'il est l'un de ceux qui ont le mieux signalé, au dernier siècle, la confusion du droit et de la morale. […] L'union de l'Église et de l'État avait enfanté cette idée, que l'homme est éternel pupille de ces deux puissances et qu'il est du droit de l'Église et de l'État de régler toute la vie humaine. Le roi et l'évêque sont maîtres de notre vie et même de nos pensées. Grotius au XVIIe siècle, est le premier qui ait posé en principe que la société n'avait le droit de punir que les attentats à l'ordre public, et que, pour les actes qui ne concernaient que l'individu lui-même, c'était une espèce d'impiété de les punir, car à Dieu seul appartenait le jugement et la punition. C'est là une idée très vraie qui distingue le dernier siècle et le nôtre des siècles précédents ; et, à vrai dire, le problème politique est le même que le problème criminel soulevé par Beccaria »[2]. Et c'est en cela que Beccaria se trouve tout naturellement rattaché à « l'école libérale » sous la plume de Laboulaye[3].

Laboulaye explicite la filiation directe entre le juriste italien et Montesquieu, filiation qu'Esmein ne fait qu'effleurer dans son ouvrage sur la procédure criminelle. À trois reprises en quelques pages, il explique que Beccaria s'est inspiré de la lettre LXXX des *Lettres persanes* dans laquelle Montesquieu établit que ce n'est pas tant la cruauté de la peine que sa certitude qui confère au système pénal une véritable efficacité[4]. Le professeur au Collège de France écrit : « Montesquieu le premier eut l'honneur et le bonheur de porter la lumière dans ces ténèbres. Suivant toute apparence, c'est la lettre 80 des *Lettres persanes* qui a inspiré Beccaria »[5]. Sans doute Esmein ne s'attarde-t-il pas sur le lien entre les deux

---

stylistique et idéologique », Ph. Audegean, « Genèse et signification des *Délits et des peines* de Beccaria », *Archives de philosophie du droit,* art. cité., p. 11.

[1] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 780. Laboulaye l'affirme déjà quelques lignes plus haut en écrivant : « Ce jeune homme était évidemment un adepte de la philosophie française; toutes ses idées lui venaient de ce côté des monts », *Ibid*. Des études ont démontré l'inspiration philosophique de Beccaria, qui puise dans la philosophie française sa conception du contrat social et de la formation de la société civile, directement inspirée de Rousseau, conception qui justifie que le droit de punir n'appartienne qu'à l'Etat : voir N. Catelan, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 35-43.

[2] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 781.

[3] « Toutes les fois que l'homme voudra substituer sa sagesse à la liberté de son voisin, il appartiendra à l'école centralisatrice ; toutes les fois qu'il respectera le droit d'autrui, il sera de l'école libérale », *Ibid*.

[4] Montesquieu, *Lettres persanes avec préface, notes et variantes par André Lefèvre*, t. I, Paris, Lemerre, 1873 p. 178. On notera que cette édition indique qu'il s'agit là de la Lettre n°LXXXI et non la Lettre n°LXXX.

[5] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 774. Il écrit dans la toute première partie de l'article : « C'est Montesquieu qui, dans les *Lettres persanes*, a le premier dit que la certitude de la peine importait beaucoup plus que sa sévérité. Un scélérat méprise la loi, si dure qu'elle soit, quand il a chance d'y échapper; il la respecte, qu'elle qu'en soit la douceur, quand il a la certitude qu'elle l'atteindra. Sur cette idée fort juste, que la sévérité des peines était chose inutile, Beccaria fit un livre qui immortalisa son nom », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année,

juristes pour la simple raison que Beccaria lui-même affiche clairement son attachement à Montesquieu dans *Des délits et des peines*[1] : « L'immortel Montesquieu n'a pu traiter que par occasion ces matières importantes. Si j'ai suivi les traces lumineuses de ce grand homme, c'est que la vérité est une, et partout la même. Mais ceux qui savent penser (et c'est pour ceux-là seulement que j'écris) saurons distinguer mes pas des siens »[2].

L'influence des Lumières sur Beccaria est, à la lecture de son ouvrage, indéniable. Le juriste italien situe d'abord la formation de la société politique dans un cadre contractuel, à l'image de Rousseau. Considérant que l'état pré-social correspond à un état de guerre entre les individus, Beccaria explique l'émergence de la société par la passation d'un contrat entre les membres de la future société. Toutefois, comme le remarque Nicolas Catelan[3], cet état de guerre pré-social doit être distingué de l'état de guerre décrit par Hobbes, Beccaria l'écrit lui-même : « Celui qui parle des conventions sociales et de leurs résultats peut-il donc être accusé de montrer des principes contraires à la loi naturelle ou à la révélation, parce qu'il n'en dit rien ?... S'il dit que l'état de guerre précéda la réunion des hommes en société, faut-il le comparer à Hobbes, qui ne suppose à l'homme isolé aucun devoir, aucune obligation naturelle ?... Ne peut-on pas au contraire considérer ce qu'il dit comme un fait qui ne fut que la conséquence de la corruption humaine et de l'absence des lois ? »[4]. Cet état de guerre trouve sa fin dans la formation de la société matérialisée par la passation d'une convention entre les individus, convention justifiée par la nécessité : « Las de ne vivre qu'au milieu des craintes, et de trouver partout des ennemis, fatigués d'une liberté que l'incertitude de la conserver rendait inutile, ils en sacrifièrent une partie pour jouir du reste avec plus de sûreté. La somme de toutes ces portions de liberté, sacrifiées ainsi au bien général, forma la souveraineté de la nation ; et celui qui fut chargé par les lois du dépôt des libertés et des soins de l'administration fut proclamé le souverain du peuple »[5]. De ce contrat social découle logiquement dans sa pensée le principe de légalité des délits et des peines et le principe de compétence du législateur en matière pénale, à lui seul revient le droit de punir : « La première conséquence de ces principes, est que les lois seules peuvent fixer la peine de chaque délit, et que le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur,

---

1864-1865, *op. cit.*, p. 380. Enfin il le réaffirme dans la partie suivante de l'article : « Lui-même [Beccaria] disait qu'il s'était inspiré du chapitre des Lettres persanes, où Montesquieu soutient que les peines tirent leur force non pas de leur dureté, mais de leur certitude » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 780.

[1] Esmein renvoie à l'ouvrage de Paul Janet, *Histoire de la philosophie morale et politique* afin d'éclaircir le lecteur « quant à l'influence des philosophes français sur Beccaria », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 363.

[2] C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie, op. cit.*, p. 11.

[3] N. Catelan, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne, op. cit.*, p. 35-p. 43.

[4] C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie, op. cit.*, p. 4. Nicolas Catelan souligne la différence entre la conception rousseauiste de l'homme naturel – « le bon sauvage » - et la conception de Beccaria chez qui « l'état naturel correspond à un état de guerre et d'insécurité car les hommes sont pourvus d'un esprit despotique et d'une tendance aux usurpations », N. Catelan, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne, op. cit.*, p. 40. Beccaria écrit en effet : « car telle est la tendance de l'homme au despotisme, qu'il cherche sans cesse, non seulement à retirer de la masse commune sa portion de liberté, mais encore à usurper celle des autres », C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie, op. cit.*, p. 15.

[5] *Ibid.*

qui représente toute la société unie par un contrat social »[1]. Ainsi les individus, soucieux d'assurer leur sécurité, s'unissent et remettent au souverain le droit – pour ne pas dire l'obligation – d'assurer leur sécurité au moyen des lois pénales. Ces lois pénales doivent fixer les délits et les peines y afférant, de sorte que ce principe de légalité assure pleinement la « sûreté » de l'individu.

Catherine Larrère – notant des divergences conséquentes entre les doctrines de Montesquieu et de Beccaria – pose la question de la véritable influence exercée par le philosophe français sur le juriste italien en matière pénale[2]. Elle s'interroge sur la signification de cette référence à Montesquieu affirmée par Beccaria dans l'introduction de son ouvrage : « Peut-être ne faut-il voir là qu'un hommage appuyé, témoignant plus d'une admiration lointaine que d'une véritable parenté doctrinale »[3]. Si effectivement des différences remarquables existent entre les écrits des deux auteurs, qu'il s'agisse de la peine de mort[4] ou du droit de grâce[5] par exemple, elles ne provoquèrent aucune question chez Esmein, ni même chez Laboulaye.

L'auteur de l'*Histoire de la procédure criminelle en France*, dans le tableau qu'il dresse des progrès de « l'esprit nouveau » au XVIIIe siècle, s'attache à résumer brièvement les propositions du juriste italien : « Avec Beccaria nous entrons dans le détail ; après quelques chapitres consacrés à la nécessité des peines fixes, il attaque les abus de la détention préventive (ch.VI), les accusations secrètes (ch.IX), le serment imposé aux accusés (ch.XI), les interrogatoires suggestifs (ch.X), et enfin la torture. Il demande la publicité des jugements et des procédures : "Que les jugements soient publics, que les preuves du crime soient publiques, et l'opinion, qui peut être le seul lien des sociétés, mettra un frein à la violence et aux passions (ch.VII)" »[6]. On constate ici que l'œuvre de

---

[1] C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F.Hélie, op. cit.*, p. 18.

[2] Ph. Audegean remarque lui les différences opposant Montesquieu et Beccaria en matière pénale et politique : « Les enfants rebelles des Lumières milanaises entreprennent ainsi de délégitimer le pouvoir politique de leurs pères. S'ils admirent Montesquieu, ils le retournent aussitôt contre lui-même en refusant "la thèse parlementaire" et l'éloge des corps intermédiaires. Dans les *Délits*, l'affirmation intransigeante du principe de l'égalité est ainsi fondé sur un concept de liberté emprunté à Montesquieu (la liberté comme "opinion de sa propre sûreté"), mais elle conduit aussi à une théorie du syllogisme judiciaire (qui interdit toute interprétation des lois pénales) bien peu conforme à *l'Esprit des lois* : en rupture totale avec le philosophe de La Brède, Beccaria est ainsi le tout premier à donner une acception positive au terme de despotisme », Ph. Audegean, « Genèse et signification des *Délits et des peines* de Beccaria », *Archives de philosophie du droit,* art. cité, p. 15.

[3] C. Larrère, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Études historiques éditées et présentées par Michel Porret, op. cit.*, p. 90.

[4] Voir le commentaire de Faustin Hélie dans l'édition de 1856 qui indique les variations doctrinales entre les deux auteurs : voir C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie, op. cit.*, p. 105 et suivantes. Catherine Larrère explique clairement comment, de la conception qu'il a de la formation de la société politique, Beccaria s'oppose à la peine de mort et se distingue là de Hobbes, de Locke et de Rousseau : C. Larrère, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », art. cité, p. 92 et suivantes. Voir également L. Reverso, *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIIIe siècle : influence française et spécificités, op. cit.*, p. 347 à p.352.

[5] Sur cette question du droit de grâce et les divergences entre Montesquieu et Beccaria : voir C. Beccaria, *Des délits et des peines, Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M. F. Hélie, op. cit.*, p. 125.

[6] Il poursuit et conclut ce résumé des principes défendus par Beccaria : « Quant au système des preuves, évidemment il tend vers les preuves morales : il préfère l'ignorance qui juge par le sentiment ; - "pour juger il ne faut que le simple bon sens et ce guide est moins trompeur que tout le savoir d'un juge." Cependant il dit aussi :

Beccaria est réduite aux grands principes pénaux déjà développés par Montesquieu et auxquels Esmein est, nous l'avons vu, particulièrement attaché. Toutefois si ce résumé ressemble fortement à celui offert par Laboulaye dans son article, Esmein omet la question de la peine de mort qui n'a pas échappée au Professeur au Collège de France : « On trouve dans Beccaria rien de plus que dans Montesquieu ; comme lui, il demande la publicité de la procédure ; comme lui, il se prononce contre la cruauté des peines, les délations, la torture. Mais, en outre, il se prononce contre la peine de mort, non pas qu'il ne l'admette dans quelques cas extraordinaires ; mais à une époque où elle était prodiguée, il se demande si elle est légitime, et il y avait un grand mérite à poser ce grand et terrible problème »[1].

Hormis quelques rares éléments – de nature purement historique – dans ses deux manuels d'histoire du droit français[2], on constate en effet que la peine de mort est quasiment absente de l'œuvre d'Esmein. La question même de la légitimité et de l'utilité de la peine capitale n'est jamais discutée, ni dans les *Éléments de droit constitutionnel*[3], ni même dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France*. La position de Beccaria, différente de celle des philosophes des Lumières et tenue pour une « nouveauté »[4], n'est pas relevée par le professeur parisien. Toute au plus relève-t-il la protestation de l'avocat général Servan dans son discours de rentrée 1766 qui « révoquait en doute la légitimité de la peine de mort »[5] mais à aucun moment on ne trouve exposées la théorie de Beccaria, ni même d'ailleurs les théories contraires de Rousseau[6] ou de Montesquieu[7]. Certes, l'*Histoire de la*

"Il est important, dans une bonne législation, de déterminer d'une manière exacte le degré de confiance que l'on doit accorder aux témoins et la nature des preuves nécessaires pour constater le délit" (ch.VIII) », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 364. Sur cette remise en cause de l'utilité du « savoir du juge » au profit du bon sens, voir Ph. Audegean, « Genèse et signification des *Délits et des peines* de Beccaria », art. cité, p. 13-19. Enfin sur l'appréciation de Beccaria à propos de l'emploi de la torture, voir L. Reverso, *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIII*e *siècle : influence française et spécificités*, *op. cit.*, p. 352-354.

[1] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 781.

[2] Esmein concède que la peine de mort constitue une peine cruelle « surtout par pendaison », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 94. Il signale également, de façon extrêmement neutre l'abolition de la peine de mort en temps de paix par la Convention le 4 brumaire an IV et ajoute « mais cette disposition resta lettre morte; quand la paix générale se fît, les idées avaient bien changées », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 259

[3] L'abolition de la peine de mort en matière politique prévue par la Constitution de 1848 est rapidement évoquée afin d'illustrer l'existence de norme de nature constitutionnelle d'un point de vue matériel mais qui ne le sont pas d'un point de vue formel : voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 582.

[4] C. Larrère, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », art. cité, p. 92.

[5] « L'esprit de réforme, malgré les résistances d'une partie de la magistrature, s'affirme dans les Discours de rentrée des Cours. En 1766, Servant prononce cette harangue restée fameuse, dans laquelle il combattait la détention préventive, les interrogatoires captieux, la torture, la théorie des preuves légales; il révoquait en doute la légitimité de la peine de mort et réclamait des lois fixes et précises », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 388.

[6] « D'ailleurs tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi. Les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État. Or comme il s'est reconnu comme tel, tout au moins par son séjour, il doit en être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme ennemi public; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu », J.-J. Rousseau, *Du contrat social…*, *op. cit.*, p. 71.

[7] Montesquieu énonce un principe dés le premier Livre de *l'Esprit des lois* : « Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit: […] ; qu'un être intelligent, qui a fait du mal à un être

procédure criminelle en France décrit minutieusement les variations de la procédure criminelle et non du droit pénal *stricto sensu*[1] et ne prétend donc pas être un manuel de droit pénal. On ne peut donc attendre de son auteur une discussion approfondie, telle celle menée par Joseph Ortolan qui réserve dans ses *Éléments de droit pénal* des développements conséquents[2] à ce « nec plus ultra de la puissance pénale »[3] et notamment aux débats philosophiques du XVIIIe siècle[4] sur sa nécessité et son utilité..

Le véritable mérite de Beccaria apparaît sous la plume d'Esmein lorsqu'il traite de l'appréciation de l'Ordonnance de 1670 non plus par les philosophes mais par les jurisconsultes français[5] : « Ce qui domine dans ce monde de juristes, si différent de celui que nous venons d'étudier [celui des philosophes], ce sont deux choses excellentes en elles-mêmes, mais dont l'exagération peut être funeste : l'esprit de conservation et le respect de la loi »[6]. S'attachant particulièrement à la critique acerbe que Muyart de Vouglans adresse à l'ouvrage de Beccaria, Esmein constate que l'avocat au Parlement de Paris s'insurge contre un certain nombre de principes « dont la plupart sont regardés aujourd'hui comme des vérités de bon sens, des axiomes de législations criminelle »[7].

---

intelligent, mérite de recevoir le même mal; et ainsi du reste » Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre I, chapitre I, *op. cit.*, t. I, p. 3. Mais surtout il affirme clairement : « Les peines de ces derniers crimes [ceux qui choquent la tranquillité des citoyens] sont ce qu'on appelle des supplices. C'est une espèce de talion, qui fait que la société refuse la sûreté à un citoyen qui en a privé, ou qui a voulu en priver un autre. Cette peine est tirée de la nature de la chose, puisée dans la raison et dans les sources du bien et du mal. Un citoyen mérite la mort lorsqu'il a violé la sûreté au point qu'il a ôté la vie, ou qu'il a entrepris de l'ôter. Cette peine de mort est comme le remède de la société malade », Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XII, chapitre IV, *op. cit.*, t. I, p. 255-256.

[1] Entendu comme la définition des infractions et des peines y correspondant, comprenant ainsi l'étude de la peine de mort.

[2] J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, *op. cit.*, p. 12-27. L'auteur constate, après avoir exposé les arguments en présence, et notamment la question de la justice et la nécessité de la peine de mort, que la peine de mort est vouée à l'abolition en raison de son caractère irrévocable : « Mais voici un troisième point sur lequel il est impossible que les opinions se divisent, c'est pour cela que nous le mettons en saillies, quoiqu'il vienne en troisième rang, et que nous y insistons d'une manière décisive : il est une dernière qualité substantielle que doivent avoir les peines humaines pour être admissibles dans un système répressif rationnel : celle d'être révocables », J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, *op. cit.*, p. 19.

[3] J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, *op. cit.*, p. 12.

[4] « Cette question du maintien ou de l'abrogation de la peine de mort a eu chez nous en France, une destinée singulière. Agitée durant tout le dix-huitième siècle…», J. Ortolan, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, *op. cit.*, p. 12 et suivantes.

[5] Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 371-384.

[6] Il poursuit : « Ce n'est point qu'ils résistent en apparence à l'esprit dominant du siècle ; tous, jusqu'au plus inflexibles, saluent les divinités contemporaines : la raison et l'humanité. […] Mais cette adhésion ne porte aucun fruit. Les uns s'ingénient à prouver que la procédure criminelle n'est pas en contradiction avec les principes de la philosophie ; les autres, et ce sont les plus nombreux, reconnaissent les vices principaux de l'Ordonnance, mais ils s'inclinent cependant devant la loi. Cette Ordonnance de 1670, si solennellement discutée, appliquée déjà depuis un siècle, et dont les règles remontent bien plus haut dans le passé, leur paraît inviolable. Alors même qu'ils la blâment ils ne songent point à lui désobéir ; l'esprit d'autorité tue chez eux l'esprit de réforme ; l'Ordonnance a parlé, disent-ils, et ils s'inclinent », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 371.

[7] « Sa foi dans la loi existante est complète; c'est un croyant qui n'a pas l'ombre d'un doute; c'est ainsi qu'il extrait du livre de Beccaria et signale à l'indignation publique une liste de propositions, dont la plupart sont regardées aujourd'hui comme des vérités de bon sens, des axiomes de législation criminelle. […] Enfin sans hésitation aucune il défend toutes les atrocités du vieux système, et en particulier le serment des accusés et la torture…», *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 373.

C'est donc bien le principe de légalité des délits et des peines qui fait de Beccaria « le disciple de Montesquieu »[1] en matière pénale. Le juriste italien ne fait qu'appliquer le principe de « gouvernement de la loi » à la matière pénale et offre les garanties de la sûreté de l'individu. C'est à ce titre qu'il peut prétendre à être une source, auxiliaire certes, de la pensée libérale du professeur parisien.

Cette source peut être légitimement qualifiée d'auxiliaire au regard du jugement porté sur *Des délits et des peines* par Esmein. Laboulaye, en son temps, tenait avant tout l'ouvrage par le contexte de sa publication : « Aujourd'hui, quand on lit ce livre que commentait Voltaire et qui excita tant d'enthousiasme, on est un peu désappointé ; mais il en est de même pour tous les livres qui demandent des améliorations politiques ou sociales. Il faut, pour les juger équitablement, se reporter au moment où ils ont été écrits. Telle idée nous est devenue familière ; ce n'est pas une raison pour croire que l'homme à qui nous la devons et qui l'a eue il y a cinquante ans, n'a eu grand mérite à la trouver. Assurément, les générations futures ne comprendront pas qu'il y ait eu des restrictions commerciales, cela n'empêche pas qu'il a fallu combattre longtemps et dépenser beaucoup de courage et d'esprit pour obtenir la liberté du commerce »[2].

Esmein partage le sentiment de Laboulaye. Il reconnaît l'influence des idées véhiculées par l'ouvrage sur « l'esprit public » [3] – « le vrai roi du siècle »[4] - du XVIIIe siècle, et donc sa participation à la diffusion de cet « esprit nouveau »[5] porté par les Lumières. Il écrit : « Les réformes qu'il [Beccaria] réclame, on le voit, ne sont pas en réalité bien hardies ; elles ne vont pas beaucoup au-delà de ce que demandait jadis le président de Lamoignon. Mais tout cela était réclamé par les droits de la raison, et l'on comprend l'émotion profonde que le livre causa ; les principes du droit pénal proprement dit y tenaient d'ailleurs une grande place »[6].

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 361.
[2] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 781.
[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 384.
[4] *Ibid.*
[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 357.
[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 364.

II
L'apport de Voltaire à la théorie d'Esmein

Mais, en face de l'œuvre de Voltaire, les écrits de Beccaria semblent manquer de solidité : « Voltaire a commenté le *Traité des délits et des peines* ; mais ses œuvres consacrées à la législation criminelle ont pour nous un intérêt bien plus vif que le livre de Beccaria »[1]. On constate en effet que l'auteur des *Lettres philosophiques* prend l'ascendant sur son « frère »[2] Beccaria.

Voltaire est loué par Esmein à deux titres. D'abord comme l'un des meilleurs contempteurs de l'Ordonnance de 1670 – qui intéresse toute l'*Histoire de la procédure criminelle en France* – et c'est à ce titre qu'il prend le pas sur les propositions de l'Italien. Le propos est net : « Dans Voltaire, en effet, nous allons trouver, non plus de nobles généralités ou des tirades généreuses, mais la critique précise, presque technique de l'Ordonnance de 1670. Il y apporte ici la lumière de son admirable bon sens, jointe à ce besoin d'information précise qui lui est propre »[3]. Au-delà de cette critique minutieuse et documentée, « ce merveilleux Voltaire »[4], contempteur de la société d'Ancien Régime tel que décrit par Taine[5], devient l'une des plus fortes voix, si ce n'est la plus forte, dans le concert de récriminations qui s'opère au XVIIIe siècle à l'encontre de la procédure criminelle. Esmein écrit : « Voltaire fut surtout en ces matières [du droit criminel et de la procédure criminelle] le grand apôtre et le propagateur de la bonne doctrine. Il y revient sans cesse dans de nombreux écrits : *Mémoire pour les Calas* ; *Histoire d'Elizabeth Canning* ; *Relation de la mort du Chevalier de La Barre* ; *La méprise d'Arras* ; *Procès criminel du sieur Montbailly et de sa femme* ; *Commentaire sur le Traité des délits et des peines* ; *Traité de la tolérance* ; *Prix de la justice et de l'humanité* ; la liste est longue est n'est pas complète »[6].

Michelet écrivait dans son *Histoire de la Révolution française* que les trois philosophes les plus importants pour le mouvement révolutionnaire formaient une unité : « L'homme apparaît sous trois figures : Montesquieu, Voltaire et Rousseau. Trois interprètes du Juste »[7]. Esmein semble adopter la même vision en étudiant l'apport de Voltaire dans la lutte contre l'arbitraire et donc dans la formation du concept de liberté politique. On constate dans les développements introductifs du chapitre des *Éléments de droit*

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 365.

[2] Michel Porret puis Pierre Lascoumes mettent en exergue, sans pour autant en citer la source exacte, cette phrase attribuée à Voltaire et semble-t-il figurant dans sa correspondance importante. Voir M. Porret, « Beccaria et sa modernité », *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Études historiques éditées et présentées par Michel Porret, op.cit.*, p. 12. Et P. Lascoumes, « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne », *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Études historiques éditées et présentées par Michel Porret, op.cit.*, p. 109.

[3] *Ibid*.

[4] H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op. cit.*, p. 314

[5] Voir H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op. cit.*, t. I et t. II.

[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 361-362. On remarquera que Voltaire est le seul auteur pour lequel Esmein prend soin d'énumérer les principaux travaux ayant participé à combattre la procédure criminelle d'ancien régime et à renforcer la notion de sûreté.

[7] J. Michelet, *Histoire de la Révolution française, op. cit.*, t.1, p. 119.

constitutionnel consacré à la philosophie du XVIIIe siècle que Voltaire arrive en troisième position des philosophes cités[1], derrière le duo formé par Montesquieu et Rousseau.

Suivant l'enseignement de Laboulaye qui fait du philosophe français un compagnon de Montesquieu dans « l'école anglaise »[2], Esmein relève, si ce n'est le « génie », du moins « le bon sens génial »[3] de l'auteur des *Lettres philosophiques* pour avoir ériger l'Angleterre en modèle politique : « Sur ce point, le bon sens génial de Voltaire concordait avec le jugement scientifique de Montesquieu »[4]. Toutefois, on constate que la ressemblance avec Montesquieu s'arrête là. La différence majeure réside dans le fait que contrairement à l'auteur de *l'Esprit des lois* – et contrairement à Rousseau – Voltaire n'offre aucune proposition juridique et institutionnelle destinée à instaurer et préserver la liberté politique : « Voltaire, dont l'action a été décisive sur d'autres points, par exemple quant à la réforme du droit criminel, n'a pas eu la même influence quant aux principes de l'organisation politique : il a répandu largement l'amour de la liberté plutôt qu'il n'en n'a dégagé les règles »[5]. C'est donc la diffusion de cet « amour de la liberté », caractérisée par une dénonciation franche de la procédure criminelle d'Ancien régime qui vaut à Voltaire toute l'attention d'Esmein et qui explique l'intérêt que les libéraux du siècle lui portent[6].

L'idée maîtresse développée par l'auteur des *Lettres philosophiques* tient à la promotion des notions de tolérance[7] et d'humanité. Le concept de tolérance, définit comme « l'apanage de l'humanité »[8], s'applique quasi exclusivement à la question religieuse[9]. Esmein n'en dit mot. La question de la liberté religieuse n'est évoquée que sous l'angle de la pratique, dans le dernier chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* ajouté en 1909, et dans lequel on ne trouve absolument aucune référence au principe de tolérance si cher à Voltaire.

Ainsi, comme Esmein le précise dans les *Éléments de droit constitutionnel*, c'est l'amélioration de la procédure criminelle prônée par Voltaire qui retient l'attention. Le professeur parisien insiste dans son *Histoire de la procédure criminelle en France* sur l'apport de Voltaire à la notion de sûreté introduite par Montesquieu.

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 262.

[2] Laboulaye opère la distinction entre les deux auteurs : « Voltaire représentant plus particulièrement la liberté religieuse et l'humanité, Montesquieu la liberté politique », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 377.

[3] À plusieurs reprises, Esmein reconnaît à Voltaire du « bon sens » : il évoque « le bon sens de Voltaire » a propos des « semi-preuves » : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 275. Puis il loue son « admirable bon sens », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 365.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 65.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 262.

[6] Édouard Laboulaye relève également l'influence de Voltaire dans l'opinion publique pour la réforme de la loi criminelle. A propos de l'action du philosophe dans l'affaire du chevalier de la Barre : « Il ne fallut rien de moins que les vives protestations de Voltaire pour remuer, à ce propos, le public français; cependant la loi n'a disparu qu'après la Révolution » É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 747.

[7] Voir le *Traité sur la tolérance* publié en 1863 par l'auteur. Édouard Laboulaye qualifie l'ouvrage comme l'un de « ses écrits les plus remarquables », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 779.

[8] Voltaire, *Dictionnaire philosophique, Présentation, notes, choix de variantes, annexe, chronologie, bibliographie, index par Gerhardt Stenger*, Paris, Garnier Flammarion, 2010, p. 503.

[9] Voir P. Raynaud, « *Lettres philosophiques* », *Dictionnaire des œuvres politiques*, ss. dir. F. Chatelet, O. Duhamel et É. Pisier, *op. cit.*, p. 1258 et suivantes.

Tout part de la notion d'humanité. Dans un article paru dans la *Gazette de Berne* et reproduit au début du *Prix de la justice et de l'humanité*, le terme est ainsi défini : « Il ne faut pas entendre ici par humanité *humanum genus*, la nature humaine, le genre humain, *Homo sum humani nihil a me alienum puto*, car on ne donne pas un prix au genre humain, à la nature humaine, mais à l'âme la plus humaine, la plus sensible, qui aura joint le plus de justice à cette vertu »[1]. Il faut s'arrêter sur cet ouvrage - *Prix de la justice et de l'humanité* - qui, avec le *Commentaire des Délits et des peines*, constitue l'une des sources voltairiennes principales[2] de l'*Histoire de la procédure criminelle en France*. Esmein le signale, reproduisant une partie de l'article de Laboulaye[3], le *Prix de la justice et de l'humanité* résulte – tout comme son propre ouvrage – de la participation à un concours proposé par la société économique de Berne visant réformer le droit criminel « en sorte que la douceur de l'instruction et des peines soit conciliée avec la certitude d'un châtiment prompt et exemplaire, et que la société civile trouve la plus grande sûreté possible pour la liberté et l'humanité »[4]. Laboulaye en fait l'éloge : « C'est ce que Voltaire a fait de mieux, il y traite toutes les questions dont nous nous sommes occupés, la cruauté des peines, la torture, le refus d'un avocat à l'accusé, et il discute de tout cela avec l'esprit et la facilité qui font le charme de son talent »[5].

La littérature libérale du XIXe siècle relève l'importance de la notion d'humanité dans l'œuvre de Voltaire. Taine y insiste dans les *Origines de la France contemporaine* l'émergence de ce principe dans « la pensée du siècle »[6]. Laboulaye aussi. Il écrit notamment que « ce qui distingue le XVIIIe siècle, ce qui lui donne une physionomie particulière, ce sont deux grandes idées : l'idée de tolérance et l'idée d'humanité, deux idées dont Voltaire s'est fait l'apôtre, et qui ont assuré à son nom une gloire justement méritée »[7]. Cette idée d'humanité voltairienne, que Laboulaye définit comme la « sensibilité »[8] ou comme « l'amour des hommes »[9], va donc irriguer l'ensemble du

---

[1] Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, Ferney, 1778, p. 1-2

[2] Les deux ouvrages sont cités ou mentionnés à de nombreuses reprises : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 360, p. 361, p. 365, p. 366, p. 367, p. 368, p. 369, p. 370. Ne sont cités qu'une seule fois dans l'ouvrage : *Relation de la mort du chevalier de La Barre* : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 365, *La méprise d'Arras* : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op.cit.*, p.368 et l'*ABC* : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 370.

[3] Édouard Laboulaye expose en quelques ligne l'histoire de cet ouvrage de Voltaire dans l'une des parties de son article : voir É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 782. Esmein reproduit deux passage de cet exposé : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 388-389.

[4] Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, *op. cit.*, p. 2.

[5] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 782.

[6] H. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *op. cit.*, p. 266.

[7] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 379.

[8] « Les sentiments d'humanité se sont fait jour au dernier siècle; c'est au point que Voltaire était obligé d'expliquer ce qu'il entendait par le mot : humanité. Ce n'était pas "le genre humain", mais la "sensibilité" ». É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 752.

[9] Laboulaye insère dans une partie de son article un développement conséquent relatif à la notion d'humanité : « Une autre idée date aussi du XVIIIe siècle, et qui lui donne cette grande figure qu'il ne perdra pas, malgré tous ses défauts, et j'oserai dire malgré tous ses vices, c'est l'humanité. L'humanité, dans le sens de l'amour des hommes, est un mot nouveau. Je ne crois pas qu'on puisse en trouver trace, dans cette nouvelle acception, avant le XVIIIe siècle. Jusque-là l'humanité n'est qu'un autre nom pour le genre humain : et Voltaire est obligé d'insister sur le sens particulier qu'il donne à ce vieux mot. L'humanité est donc une conquête du XVIIIe siècle,

discours du philosophe[1] en matière pénale : « Des hommes comme Voltaire et Beccaria se sont élevés contre des abus qui existaient depuis deux cent ans, c'est là le plus beau titre de gloire des philosophes du XVIIIe siècle. On peut leur faire bien des reproches, on peut reprocher à Voltaire ses attaques contre la religion, on peut relever dans sa vie certaines choses qui ne sont pas excusables, mais il lui restera toujours cet honneur de s'être mis en travers de la législation criminelle, d'avoir tenu en main le drapeau de l'humanité, d'avoir fait reculer les juges eux-mêmes en leur montrant tout ce qu'il y avait d'exécrable dans les lois, d'avoir ameuté toutes les consciences contre les abominations d'une procédure barbare jusqu'au jour où, à l'applaudissement universel, la Constituante abolit cette détestable ordonnance de 1670 qu'on dirait écrite par la main de l'inquisiteur et du bourreau »[2].

Dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France*, Esmein n'insiste pas sur la notion voltairienne d'humanité[3], comme le fait Laboulaye. Après avoir résumé cette notion – à la manière de Condorcet – au « sentiment de sympathie pour l'espèce humaine »[4], Esmein remarque de façon très générale que les philosophes des Lumières critiquent la procédure criminelle et appellent de leurs vœux une réforme des lois procédurales d'Ancien régime et cela « au nom de la raison et de l'humanité »[5], principes qualifiés de « divinités contemporaines »[6] .

---

et si nous nous attachons à une des plus belles applications de l'idée nouvelle, à l'humanité appliquée à la loi criminelle, nous pouvons indiquer la date, le jour exact où elle est entrée dans les esprits. C'est Montesquieu qui, dans les *Lettres persanes*, a le premier dit que la certitude de la peine importait beaucoup plus que sa sévérité. Un scélérat méprise la loi, si dure qu'elle soit, quand il a une chance d'y échapper; il la respecte, qu'elle qu'en soit la douceur, quand il a la certitude qu'elle atteindra. Sur cette idée fort juste, que la sévérité des peines était chose inutile, Beccaria fit un livre qui immortalisa son nom. Les idées de Beccaria furent reprises par Voltaire, par tous les hommes généreux du XVIIIe siècle, et l'humanité entra enfin dans la loi criminelle » E.Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 380.

[1] P. Raynaud soulève le fait que Voltaire est tenu davantage pour un « polémiste » que pour un « philosophe » : « Voltaire passe souvent pour un polémiste plus que pour un philosophe, et on ne retient plus guère aujourd'hui de son œuvre politique que quelques idées qui passent pour assez courtes, même si l'on reconnaît leur importance historique (la tolérance, la vision "bourgeoise" de la société)... », P. Raynaud « *Lettres philosophiques* », *Dictionnaire des œuvres politiques,* ss. dir. F. Chatelet, O. Duhamel et É. Pisier, *op. cit.*, p. 1257.

[2] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 752. Ou encore, a propos de l'exécution de Jean calas : « Mais il y avait en Suisse, au château des Délices, un homme, qui à mesure qu'il vieillissait, sentait dans son cœur s'échauffer davantage le sentiment de l'humanité et la haine de l'intolérance : cet homme, c'était Voltaire », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 779.

[3] Esmein fait appel à la notion telle qu'elle est déterminée par Condorcet dans son *Tableau historique des progrès de l'esprit humain*, 9e époque. Il écrit : « Condorcet définit ce qu'on entendait par le mot humanité ou nature: "C'est le sentiment d'une compassion tendre, active pour tous les maux qui affligent l'espèce humaine, d'une horreur pour tout ce qui, dans les institutions publiques, dans les actes du gouvernement, dans les actions privées, ajoutait des douleurs nouvelles aux douleurs inévitables de la nature" », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 358, note n°2.

[4] « Cependant peu à peu les idées anciennes, la vieille conception de la société, devaient céder sous la poussée d'un esprit nouveau. La philosophie du XVIIIe siècle se levait, et pour la décision de toutes les questions sociales, elle n'admettait plus que deux principes : la raison et ce sentiment de sympathie pour l'espèce humaine, qu'on appela l'humanité ou la nature. Les philosophes, selon le mot d'un de leurs disciples, avaient pour cri de guerre : raison, tolérance, humanité » *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 357-p. 358.

[5] « On vient de voir comment les philosophes, au nom de la raison et de l'humanité, jugent la procédure criminelle… », *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 371.

[6] *Ibid*.

L'importance de Voltaire tient à sa dénonciation radicale de l'Ordonnance de 1670. La « critique précise, presque technique »[1] du texte de 1670 est une des sources les plus précieuses de l'*Histoire de la procédure criminelle en France*. L'ouvrage lui consacre d'ailleurs des pages entières[2].

Reprenant une formule de Voltaire, Laboulaye rappelle que la procédure criminelle fixée par l'Ordonnance de 1670 est fondée sur les mêmes principes que la pratique inquisitoriale de l'Église catholique. Le professeur au Collège de France écrit : « C'était celle [la procédure] de l'inquisition, qui était elle-même empruntée aux plus mauvais temps de l'empire romain »[3], tout comme l'écrit Voltaire dans *Prix de la justice et de l'humanité*[4] qu'Esmein cite dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France*[5]. Á la lecture de la présentation de l'inquisition dans le *Dictionnaire philosophique*[6], il n'est pas étonnant que Voltaire, « qui conduit l'armée philosophique »[7], voue la procédure criminelle aux gémonies et entre par là dans le cercle restreint des défenseurs de la première heure du principe de sûreté de l'individu.

Esmein loue la précision de Voltaire lorsqu'il conspue l'Ordonnance de 1670. Sont ainsi décriées les pratiques qui rendent la procédure secrète et donc invisible aux yeux de tous, à commencer par ceux de l'accusé. Esmein fait siennes les critiques voltairiennes à l'encontre des monitoires[8] qui ont la particularité – odieuse pour Voltaire – d'être rapportés par l'Église.

De même est dénoncé le secret des témoignages, secret qui ne permet, là encore, à l'accusé de les réfuter puisqu'il ne peut en avoir connaissance au cours de l'instruction. Ou encore le récolement mais surtout la conséquence qui en découle: la confrontation entre accusé et témoins qui reste à la discrétion du juge en charge de l'instruction. « Peu importe, le publiciste fait flèche de tout bois. Le récolement ne parait pas à Voltaire moins défectueux que la première déposition […]. Ces témoins, comment l'accusé pourra-t-il les confondre ? Au moyen de la confrontation ; mais "la loi semble obliger le magistrat à se conduire envers l'accusé plutôt en ennemi qu'en juge. Le juge est le maître d'ordonner la confrontation ou de l'omettre si besoin est, confrontez dit l'Ordonnance. L'usage semble en ce point contraire à la loi qui est équivoque : il y a toujours confrontation ; mais le juge ne confronte pas toujours tous les témoins, il omet ceux qui ne lui semblent pas faire une charge considérable ; cependant tel témoin qui n'a rien dit contre l'accusé dans l'information peut déposer en sa faveur à la confrontation ; le témoin peut avoir oublié

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 365.
[2] Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 362-370.
[3] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 749.
[4] « Toutes ces procédures secrètes ressemblent peut-être trop à la mèche qui brûle imperceptiblement pour mettre le feu à la bombe. Est-ce à la justice à être secrète ? Il n'appartient qu'au crime de se cacher. C'est la jurisprudence de l'inquisition. C'est celle par laquelle on fit périr tant de vertueux mais trop riches chevaliers du Temple dont on voulait le supplice et la dépouille, première éruption infernale qui annonça de loin le volcan de la St Barthelemy », Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité, op. cit.*, p. 100 et p. 101.
[5] On constate qu'Esmein, dans la citation qu'il présente, substitue au terme de « jurisprudence » celui de « procédure », voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 366.
[6] Voltaire, *Dictionnaire philosophique, op. cit.*, p. 346 et suivantes.
[7] H. Taine, *Les origines de la France contemporaine, op. cit.*, t. II, p. 17.
[8] Les monitoires permettent la dénonciation d'un crime imputé à un individu sans que ce dernier puisse avoir connaissance de l'identité des dénonciateurs. Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 365.

des circonstances favorables au prévenu" »[1]. La solitude de l'accusé durant la phase d'instruction est renforcée par le fait que l'Ordonnance de 1670 refuse à cet accusé le droit à un défenseur. Qu'il s'agisse du *Prix de la justice et de l'humanité* ou du *Commentaire du Traité des délits et des peines*, Esmein use de citations voltairiennes[2] pour renforcer la conclusion que l'ordonnance constitue une négation radicale de la liberté politique tel qu'il l'entend.

Voltaire est également cité pour son combat – au nom de l'humanité – contre la pratique de la question au cours de l'instruction criminelle. Cette dénonciation de l'emploi de la torture judiciaire[3] s'inscrit dans la critique plus globale du système des preuves légales. Par deux fois dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France*, Esmein reconnaît que cette critique est beaucoup mieux formulée et exposée par Voltaire qu'elle ne l'est par Montesquieu. Ainsi écrit-il : « Voltaire, sans peut-être se rendre un compte très exact de l'importance des preuves légales dans l'ensemble du système, est celui qui les a attaquées le plus vigoureusement »[4] après avoir noté qu'il fut « plus clairvoyant »[5] que Montesquieu sur cette question. Esmein fait aussi état de l'ironie cinglante de Voltaire à l'égard des « demi-peines » assénées dans l'affaire Callas[6].

On constate toutefois, non sans étonnement, que le professeur parisien ne fait pas mention de Voltaire lorsqu'il est amené à traiter de la pratique des lettres de cachet sous l'Ancien régime. On la dit, les lettres de cachets tiennent une place importante dans l'étude d'Esmein et font figure de négation parfaite du principe de sûreté. Laboulaye rappelle que « Sous la régence, une des premières lettre de cachet envoya à la Bastille Voltaire, pour une pièce de vers qui finissait ainsi : " J'ai vu ces maux, et je n'ai pas vingt ans " »[7]. Or, nulle part dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France*, et encore moins dans les *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein ne mentionne le fait que le philosophe fit lui-même l'objet d'une telle mesure. De même, le professeur au Collège de France relate avec insistance[8] l'engagement de Voltaire dans l'affaire Jean Calas qui lui fit produire « l'un

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 366-367.
[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 367.
[3] Là encore, Esmein cite abondamment les œuvres de Voltaire comme le *Prix de la justice et de l'humanité* ou *La méprise d'Arras*. Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 367-368.
[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 368.
[5] Esmein écrit exactement : « Montesquieu a flétri la torture ; mais, chose curieuse, il approuve sinon le système entier des preuves légales, au moins la règle qui veut que deux témoins soient nécessaires pour prononcer une condamnation ; sur ce point, Voltaire sera plus clairvoyant », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 363.
[6] Extrait du chapitre XXIII du *Commentaire du Traité des délits et des peines* de Voltaire cité par Esmein dans *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 369.
[7] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 10. En 1717, Voltaire fut en effet emprisonné une dizaine de mois à la Bastille sur lettre de cachet du Régent, car tenu pour l'auteur de vers jugés offensants à l'encontre de Louis XIV décédé. Voltaire s'en défendît en affirmant qu'il s'agissait là d'écrits du poète Le Brun : voir *Œuvres complètes de Voltaire, Théâtre, tome I, Lettre à M. de Genonville contenant la critique de l'Œdipe de Sophocle, de celui de Corneille, et de celui de l'auteur (1719)*, Paris, Lequien, 1820, p. 19 et suivantes.
[8] « Au moment où tout était prêt pour une explosion d'humanité, Voltaire apparaît. En 1762, dans le procès de Calas, il se fait l'interprète de la conscience publique ; de 1762 à 1771, il se constitue l'avocat de toutes les victimes d'une barbare législation. », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 774. Voir également É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 782 et suivantes.

de ses écrits les plus remarquables »[1] et constate que « ce n'est pas sur l'affaire elle-même que Voltaire insiste, c'est sur la barbarie de la législation ; ce qu'il veut c'est que cette horrible persécution soit flétrie, qu'elle soit abolie et que l'on traîne dans la boue ces Vandales, ces Visigoths, qui n'ont pas de sang humain dans les veines »[2]. Mais l'auteur de l'*Histoire de la procédure criminelle en France* reste ici silencieux.

La philosophie du XVIIIe siècle constitue donc une source irremplaçable pour la pensée d'Adhémar Esmein. Sa définition de la liberté moderne s'inspire très largement de la philosophie de Montesquieu et de sa « liberté politique » fondée sur la sûreté de l'individu, notion reprise et approfondie par Voltaire et Beccaria.

Rousseau mis a part[3], on trouve un élément d'unité incontestable dans les écrits des philosophes du XVIIIe siècle : l'attraction exercée par l'Angleterre et ses institutions. L'anglophilie des auteurs des Lumières françaises n'est plus à démontrer. Voltaire, puis Montesquieu à sa suite, effectueront le voyage et n'auront de cesse de vanter les mérites de l'organisation politique anglaise et des ses institutions qui protègent efficacement la liberté individuelle : « L'occasion du départ de Voltaire pour l'Angleterre (1726) fut sa querelle avec le chevalier de Rohan-Chabot (qui l'avait fait bâtonner, puis embastiller), mais il n'était pas le seul à chercher à Londres une nouvelle conception de la société, puisqu'il fut suivi quelques temps plus tard par l'abbé Prévôt (1728), puis par Montesquieu (1729). Ce qui frappe alors les hommes de lettres français, c'est d'abord le contraste entre les deux sociétés, qui semble nettement à l'avantage de l'Angleterre, économiquement prospère et, depuis les traités d'Utrecht (1713-1715), politiquement puissante ; pour l'élite éclairée, la supériorité de l'Angleterre vient de son régime politique (stabilisé par la « Glorieuse Révolution de 1688) et, surtout, du refus de l'intolérance et des querelles religieuses (qui permet aux hommes de concentrer leurs efforts sur ce monde-ci)…»[4].

L'Angleterre et son système juridique sont en effet aux premières loges dans *l'Esprit des lois* ne serait-ce que par le chapitre VI du onzième Livre[5]. Les *Lettres philosophiques*[6] de Voltaire se veulent un aperçu de la « doctrine et de l'histoire d'un peuple »[7], en l'occurrence le peuple anglais.

Aussi, si l'Angleterre constitue une source d'inspiration – voire d'admiration – pour les philosophes des Lumières, elle l'est aussi en toute logique pour Esmein.

---

[1] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 779.
[2] *Ibid*.
[3] Si Rousseau réfute les institutions politiques anglaises, sa position sera différente quant à la question de l'institution du jury en matière criminelle comme nous le verrons.
[4] P. Raynaud, « Lettres philosophiques », *Dictionnaire des œuvres politiques*, ss. dir. F. Chatelet, O. Duhamel et É. Pisier, *op. cit.*, p. 1257.
[5] Chapitre intitulé on ne peut plus clairement « De la constitution d'Angleterre ».
[6] D'autres éditions présentent l'œuvre intitulée de façon différente mais d'autant plus explicite : voir Voltaire, *Lettres écrites de Londres sur les Anglais et autres sujets*, Bâle, 1734.
[7] Voltaire, *Lettres philosophiques*, Amsterdam, Lucas, 1734, Lettre I, p. 1.

TITRE DEUX

Les sources historiques de la liberté : le droit anglo-saxon

Dans son rapport présenté au Congrès de droit comparé tenu à Paris en 1900, Adhémar Esmein expose l'existence de divers « groupes »[1] juridiques en Occident. Il en distingue cinq. D'abord le « groupe latin, comprenant la France, la Belgique, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la Roumanie et les républiques latines de l'Amérique centrale et méridionale »[2]. Le second groupe est le « groupe germanique, dont les peuples scandinaves sont un rameau important, et auquel il faut rattacher l'Autriche Cisleithane et même la Hongrie, quoique celle-ci représente une race différente »[3]. Le troisième groupe, qui nous intéresse ici, est le « groupe anglo-saxon comprenant l'Angleterre, les États-Unis, et les colonies de langue anglaise »[4]. Suivent un « groupe slave »[5] et un groupe constitué par « le droit musulman »[6].

Le groupe anglo-saxon rassemble l'Angleterre et les États-Unis d'Amérique, ainsi que « les colonies de langue anglaise », États ou territoires plus récemment formés sous l'influence et le contrôle de l'Angleterre. La sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel* apporte une précision quant à l'existence de ces « colonies de langue anglaise » et à leur appartenance au « groupe anglo-saxon ». En effet, dans cette édition de 1914, l'auteur énonce les différences « classes »[7] de colonies anglaises. Il distingue d'abord les *Crown colonies* qui sont « entièrement soumises à l'autorité de la Couronne »[8], puis les colonies « dotées d'institutions représentatives » mais pour lesquelles la Couronne « retient le contrôle entier sur tous les fonctionnaires publics »[9]. Enfin, Esmein s'attache aux colonies autonomes dotées d'un « gouvernement responsable »[10]. La particularité de ces dernières est qu'elles sont « pour leur vie intérieure des États indépendants »[11] : « Là la Couronne n'a plus aucun contrôle sur les fonctionnaires publics bien qu'elle nomme pour

---

[1] « Pour cela [l'étude des institutions] il faut classer les législations (ou coutumes) des différents peuples, en les ramenant à un petit nombre de familles ou de groupes, dont chacun représente un système de droit original ; et faire connaître la formation historique, la structure générale et les traits distinctifs de chacun de ces systèmes nous paraît être une première partie, générale et essentielle, dans tout enseignement scientifique du droit comparé », A. Esmein, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *NRHD*, 1900, p. 495.
[2] *Ibid*.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid*.
[5] *Ibid*.
[6] « et enfin le groupe slave. […] Mais peut-être faudrait-il ajouter comme cinquième groupe, le droit musulman, qui constitue aussi un grand système original, et qui intéresse si sérieusement un certain nombre de nations européennes, en raison des populations musulmanes de leurs colonies », *Ibid*.
[7] *Éléments…*, *op.cit.*, p. 13.
[8] *Ibid*.
[9] « Cela peut encore se comprendre pour une seconde catégorie de colonies, celles qui sont dotées d'institutions représentatives, en ce sens qu'elles ont un pouvoir législatif propre et représentatif, la Couronne ayant seulement un droit de *veto* sur les lois qu'il fait ; mais elle retient le contrôle entier sur tous els fonctionnaires publics », *Éléments…*, *op.cit.*, p. 13-14.
[10] *Éléments…*, *op.cit.*, p.14. L'auteur évoque également « les colonies anglaises, lorsqu'elles ont été dotées d'un gouvernement autonome et particulier », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 19.
[11] L'auteur ajoute « ce sont même de grands Etats, par suite du phénomène de concentration fédérale dont je parlais plus haut », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 14.

la représenter un gouverneur général ; les assemblées représentatives de ces colonies, non seulement votent des lois sur lesquelles la Couronne n'a plus guère qu'un droit de veto nominal, mais elles exercent pleinement pour la colonie la fonction gouvernementale, et c'est le gouvernement parlementaire qui est pratiqué »[1]. Tout l'intérêt de ces colonies réside dans ce « gouvernement responsable ». Les deux premières classes n'offrent pas d'intérêt majeur puisqu'elles sont entièrement ou partiellement sous la tutelle de la métropole anglaise et de ses institutions. Seuls les mécanismes propres à la dernière classe - mécanismes assurant la responsabilité d'un gouvernement autonome vis-à-vis du Parlement de Londres - justifient l'attention d'Esmein. On constate que cette classe de colonies - les « *Dominions*, ou *Oversea Dominions* »[2] que sont le Canada, l'Australie, l'Afrique du Sud, la Nouvelle-Zélande et Terre-Neuve - fait l'objet d'évocations nombreuses tout au long des *Éléments de droit constitutionnel.* Esmein s'attache en effet à décrire, toujours de façon succincte, les mécanismes institutionnels et constitutionnels de ces « colonies anglaises émancipées »[3] dont la caractéristique première est d'être « dotées d'un Parlement particulier »[4] qui, allié au principe de responsabilité du gouvernement, forme l'instrument complet du « *self government* »[5].

Tout lecteur des écrits d'Esmein est frappé par la place éminente réservée au droit anglo-saxon. La quasi-totalité de ses travaux en droit public évoque, de façon plus ou moins longue et complète, le droit des peuples anglo-saxons[6], leurs institutions, leurs coutumes, voire leurs mœurs. Au-delà de l'admiration, Esmein prouve une connaissance certaine du droit anglais et de ses succédanés que sont le droit américain, le droit australien ou encore le droit canadien.

Mais les entités composant ce groupe anglo-saxon ne font pas l'objet d'un traitement identique par Esmein. Au sein de la catégorie des « colonies dotées d'un gouvernement responsable »[7], son intérêt se focalise très nettement[8], dans les *Éléments de*

---

[1] *Ibid*.

[2] « On les appelle couramment aujourd'hui les *Dominions* ou *Oversea Dominions*, terme qui fut d'abord employé d'une manière technique pour le Canada fédéré. Ils sont au nombre de cinq : le Canada, l'Australie, l'Afrique du Sud, la Nouvelle-Zélande et Terre-Neuve », *Ibid*.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 555, p. 574.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 127. L'auteur mentionne plus loin que ces colonies anglaises sont dotées d'un « Parlement », *Éléments…, op. cit.*, p. 151.

[5] « Les colonies anglaises de *self government* pratiquent comme la mère patrie le gouvernement parlementaire », *Éléments…, op. cit.*, p. 251. On constate qu'Esmein use de la terminologie classique, déjà fixée par Émile Boutmy : voir É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, Etats-Unis*, Paris, Plon, 1885, p. 22 et p. 107.

[6] Esmein vise dans un premier temps les ressortissants des États du Royaume-Uni, des États-Unis d'Amérique. Il écrit à propos des modes de scrutins : « Il paraît bien résulter de là que *si les Anglo-Saxons, Anglais et Américains* ont adopté le même système, celui de la majorité relative, c'est seulement à raison de sa commodité pratique… », *Éléments…, op. cit.*, p. 317, nous soulignons. De même, à propos de l'ouvrage de Moisei Ostrogorski *La démocratie et l'organisation des partis politiques*, il écrit de façon plus équivoque : « M. Ostrogorski ne se contente pas de mettre à nu les maux trop réels et nombreux qu'entraîne avec elle l'organisation des partis *chez les Anglo-Saxons du Royaume-Uni et des États-Unis* », *Éléments…, op. cit.*, p. 243. La troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* évoquera elle « les Anglo-Saxons d'Australie », *Éléments…, op. cit.*, p. 9.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 14.

[8] Les évocations du régime australien sont nombreuses : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 8-12, p. 14, p. 121, p. 132, p. 135, p. 152, p. 170, p. 241, p. 251, p. 313, p. 344, p. 352, p. 354, p. 430, p. 487, p. 594, p. 826-828, p. 938, p. 1014. Comparativement, les mentions du régime canadien sont réduites : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 17, p. 12, p. 14, p. 127, p. 251, p. 594. Les mentions sont encore plus réduites concernant l'Afrique du Sud : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 12, p. 13, p. 251 et p. 331. Il en est de même quant au régime de Nouvelle-Zélande :

droit constitutionnel, sur le « pays des expériences aventureuses »[1] qu'est l'Australie. L'introduction de la troisième édition fut en effet largement augmentée lorsqu'entra en vigueur la Constitution de la Fédération australienne le 1er janvier 1901. Cette édition de 1903 propose au lecteur quelques éléments relatifs à l'histoire et la genèse[2] de ce nouvel État fédéral et dessine à gros traits les lignes directrices de son organisation constitutionnelle et des rapports entre ce Dominion et la métropole[3]. Esmein s'attache à justifier l'intérêt qu'il porte à la nouvelle Constitution australienne. La version de la cinquième édition de l'ouvrage est, à cet égard, instructive : « Si j'ai insisté un peu longuement sur ces faits, ce n'est pas seulement à raison de l'importance que prend de nos jours la forme fédérale ; c'est surtout parce que nous aurons souvent à utiliser la Constitution australienne, *une des plus jeunes constitutions des pays vraiment libres.* Elle n'est pas seulement intéressante quant à la théorie de l'État fédéral. Elle fournit aussi une nouvelle application du système des deux Chambres particulièrement intéressante pour toutes les démocraties. Elle combine la forme fédérale avec le gouvernement parlementaire, combinaison que fournissait déjà le Canada, mais qui mérite ici une attention spéciale à raison du milieu très démocratique dans lequel elle se produit. Enfin elle introduit, plus que ne l'a fait aucune charte coloniale anglaise, le système des constitutions écrites et rigides »[4]. Le professeur parisien excipera en effet de l'organisation constitutionnelle de l'Australie pour étayer son analyse du régime parlementaire.

Les États-Unis d'Amérique sont également à l'honneur. Les institutions républicaines et fédérales de la « grande démocratie de l'Amérique du Nord »[5] font l'objet de développements nombreux, concentrés principalement[6] dans les *Éléments de droit*

Éléments…, op. cit., p. 352 et p. 354. On notera enfin qu'il n'existe dans l'ouvrage aucune évocation relative à Terre-Neuve hormis la mention faite dans la catégorie des Dominions : *Éléments…, op. cit.,* p. 14.

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 352.

[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 8-11.

[3] « En droit la Constitution nouvelle conserve à la Couronne son pouvoir souverain sur la législation fédérale. Le gouverneur général, représentant le Roi, peut opposer son veto absolu à toute loi votée par les deux Chambres de la *Commonwealth,* ou la réserver pour l'assentiment de la Couronne ; le Roi peut même dans un délai d'un an, annuler pour l'avenir les lois auxquelles le gouverneur général aurait donné son assentiment. Mais pour le pouvoir judiciaire, il semblait que les Australiens demandaient un abandon important des prérogatives de la Couronne. Alors que de toute juridiction anglaise, même de la Cour suprême du Canada, l'*appel final* (qui est plutôt un pourvoi en cassation ou en révision) est toujours possible et s'adresse au Roi, soit au Roi dans la Chambre des Lords, soit (c'est le cas pour les colonies) au Roi dans le *Privy Council,* - l'art.74 du projet de Constitution voulait exclure cet appel final en ce qui concerne les sentences de la Cour fédérale suprême ou Haute-Cour d'Australie, lorsqu'il s'agissait uniquement d'interpréter la Constitution fédérale ou la Constitution d'un des États et que seuls les intéressés étaient des Australiens ou des États australiens. Cette possibilité d'un appel final, selon les principes traditionnels, est l'une des marques principales de la souveraineté, l'une de celles qui empêchent la délégation de dégénérer en aliénation. Aussi les Anglais ont-ils réclamé ; d'autre part les délégués Australiens maintenaient, en majorité, leurs prétentions, et même des paroles menaçantes furent prononcées. Le conflit s'est terminé par une transaction. Les Australiens ont obtenu à peu près ce qu'ils voulaient ; mais une rédaction nouvelle a mis en relief ce que la Couronne conserve et proclamé à nouveau le principe essentiel qui subit une légère exception », *Éléments…, op.cit.,* p. 11-12.

[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 12, nous soulignons. Signalons que la version offerte par la troisième édition de l'ouvrage ne fait pas mention « des pays vraiment libres » et se contente de la formulation suivante « Si j'ai insisté un peu longuement sur ces faits, ce n'est pas seulement à raison de l'importance que prend de nos jours la forme fédérale ; c'est surtout parce que nous aurons souvent à utiliser la Constitution australienne, *la plus jeune de toutes* », *Éléments…,* 3e éd, 1903, p. 12-13.

[5] *Éléments…, op. cit.,* p. 377.

[6] Des mentions ou références relatives au régime des États-Unis d'Amérique peuvent être trouvées dans l'œuvre d'Esmein : voir A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 21, p. 22, p. 28, p. 29, p. 40. A. Esmein, « Les Constitutions du Protectorat de Cromwell », art. cité, p. 194-196, p. 209, p. 211, p. 406, p. 411,

constitutionnel. Toutefois, le régime politique fondé par la Constitution du 17 septembre 1787 ne se voit pas consacrer de chapitre ou de section particulière dans l'ouvrage, comme c'est le cas pour l'Angleterre. Ce n'est que par touches successives[1] que la logique du « gouvernement présidentiel » des États-Unis apparaît progressivement aux yeux du lecteur, particulièrement dans le chapitre relatif à la séparation des pouvoirs.

Si les Dominions anglais et les États-Unis d'Amérique constituent des États libres[2], dignes de l'étude d'Esmein, c'est par leur appartenance au groupe anglo-saxon : « les Anglais émancipés, qui fondèrent les États-Unis d'Amérique, firent tout naturellement entrer dans leur Constitution les principes essentiels du droit public anglais ; c'était pour eux le lait qu'ils avaient sucé au berceau… »[3].

La pensée juridique d'Esmein puise au fonds philosophique légué par les auteurs de « l'École anglaise ». Montesquieu et Voltaire sont les meilleurs représentants de la doctrine libérale faite d'institutions venues d'Angleterre. Le droit britannique fait office de véritable paradigme pour les philosophes des Lumières et pour Esmein.

Évoquant *l'Esprit des lois*, Esmein l'affirme : « Non seulement les institutions anglaises y sont visées en maint passages, mais elles forment en quelques sorte le point central du livre. Je veux parler du chapitre célèbre (liv.XI, chap.VI) intitulé *De la Constitution de l'Angleterre* : il y a là quelques pages qui ont exercé l'influence la plus profonde sur le droit constitutionnel de l'Occident »[4]. Il réaffirme cet attachement des philosophes des Lumières aux institutions anglaises dans son *Précis élémentaire* quelques années plus tard : « Les études des publicistes du XVIIIe siècle avait mis les institutions anglaises fort à la mode »[5]. Fidèle à la culture des Lumières, Esmein cherche la source de

---

p. 412, p. 420, p. 421, p. 437, p. 440. A. Esmein, « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski », art. cité, p. 117, p. 120, p. 126 -132, p. 357, p. 358. A. Esmein, « La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? Rapport présenté à la 1ère sous-commission de révision du Code civil », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1905, p. 536, p. 542.

[1] Voir : *Éléments…*, *op. cit*., p. 7, p. 29, p. 68, p. 120, p. 126, p. 134, p. 146, p. 151, p. 243, p. 262, p. 298, p. 299, p. 316, p. 317, p. 344, p. 351, p. 353, p. 377, p. 412-421, p. 465, p. 467-469, p. 472-481, p. 501, p. 503, p. 518, p. 566, p. 576, p. 580, p. 581, p. 588-596, p. 641, p. 689, p. 723, p. 725, p. 736, p. 760, p. 942, p. 950, p. 1008, p. 1067.

[2] « C'est par une concession du souverain, qui est analysée par les auteurs anglais comme une délégation , que les colonies anglaises, telles que le Canada et l'Australie, ont pu recevoir cette liberté politique si complète, cette indépendance presque absolue dont elles jouissent », *Éléments…*, *op. cit*., p.11. « […] aux États-Unis, où règne une forme de gouvernement très libre… », *Éléments…*, *op. cit*., p. 243.

[3] *Éléments…*, *op.cit*., p. 66.

[4] *Ibid*.

[5] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 97. Il l'affirmait déjà clairement dans les *Éléments de droit constitutionnel* : « Mais au XVIIIe siècle, il en fut autrement. L'esprit philosophique, en s'appliquant alors, pour le bonheur de l'humanité, à la science politique, ne fit pas appel seulement aux lumières de la raison et aux données de l'éternelle justice ; il se livra aussi à une immense enquête sur les gouvernements et les États de l'antiquité et des temps modernes, non seulement de l'Occident, mais aussi de l'Orient. […] Cependant parmi ces travailleurs se trouvait un homme de génie, Montesquieu, le véritable père de l'histoire du droit et de la sociologie ; et non seulement par sa vue pénétrante, mais aussi par la force même de l'évidence, une idée se dégagea et se fit communément acceptée : c'est que la Constitution anglaise fournissait une solution des plus heureuses du problème politique et que la sagesse commandait aux pays d'Occident de l'imiter autant que le permettait leur caractère national », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 65.

ces « libertés anglaises »[1]. Imprégné des idées de Montesquieu, le juriste considère que la liberté politique s'est forgée dans le développement progressif du droit anglais[2].

Les *Éléments de droit constitutionnel* sont à cet égard une preuve éclatante. Dès la première édition, le droit public anglais infuse une très grande partie des développements. Le premier titre de la première partie de l'ouvrage vise en effet à démontrer que la notion de liberté moderne s'est construite en Angleterre, au moyen d' « institutions et principes »[3] qui forment l'ossature du droit anglais. Le premier chapitre de ce titre consacré à l'Angleterre est explicite quant à l'objectif d'Esmein. Celui-ci entend en effet démontrer dès les premières pages « Comment la Constitution anglaise est devenue l'un des éléments de la liberté moderne »[4] en ayant transmis au « monde moderne »[5], par le truchement des États-Unis et de la France, des « institutions-types »[6] conçues comme le substrat nécessaire à la liberté. Les éditions successives de l'ouvrage n'auront de cesse d'intégrer de nouveaux développements – d'une grande importance – relatifs à l'évolution des institutions de l'Angleterre et de son droit constitutionnel. On comprend que ces ajouts et ces refontes justifient, à eux seuls, la modification du titre de l'ouvrage qui se nommera dés 1899 « *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* ». Ce « droit comparé » étant, pour une très large part, issu du droit anglo-saxon et particulièrement du droit public anglais présenté comme « un champ d'études incomparable »[7]. Esmein y voit même, pour l'historien du droit qu'il est, « comme un musée vénérable et précieux »[8].

L'*Histoire de la procédure criminelle en France* atteste aussi de l'importance du droit anglais pour Esmein. L'ouvrage contient de nombreux passages relatifs au droit criminel anglais. Une section entière de l'ouvrage est vouée à la procédure criminelle[9] qui fait ainsi figure d'idéal vers lequel doit tendre toute législation criminelle libérale.

La liste des articles d'Esmein est, elle aussi, révélatrice de l'intérêt que l'auteur porte au droit d'outre-Manche et à ses institutions. Si la plupart de ses écrits regorgent de références à l'Angleterre, un certain nombre y sont entièrement consacrés. Ainsi Esmein offre au lecteur de la *Revue politique et parlementaire* ses réflexions sur le *Criminal Evidence Act*[10] adopté par le Parlement en 1898 et qui vient modifier une règle fondamentale de la procédure criminelle. L'année suivante la *Revue du droit public et de la science politique* publiera sa longue étude relative aux « Constitutions du Protectorat de Cromwell »[11]. Suivront

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 64. Il use également de l'expression « liberté britannique », voir *Éléments…, op. cit.*, p. 84.

[2] L'auteur de l'introduction de la sixième édition des *Eléments de droit constitutionnel*, Joseph Barthélemy, écrit à propos d'Adhémar Esmein : « Ses tendances générales, sa conception réaliste des choses politiques, aussi bien que ses convictions libérales devaient nécessairement le pousser du côté de la doctrine anglaise. L'Angleterre est la métropole de la liberté politique et la mère des parlements… », *Éléments…, op. cit.*, p. XII.

[3] Le titre premier de la première partie de l'ouvrage est intitulée : « Institutions et principes fournis par le droit de l'Angleterre », *Éléments…, op. cit.*, p. 63-260.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 63-71.

[5] « Durant cette évolution, le droit constitutionnel anglais avait d'ailleurs suivi sa voie propre et restait digne de fournir, sur bien des points, de nouvelles leçons au monde moderne », *Éléments…, op. cit.*, p. 69.

[6] « Comme je l'ai dit plus haut, j'étudie seulement les institutions-types qu'elle a [la Constitution anglaise] communiquées au droit des peuples libres et particulièrement à celui de la France », *Éléments…, op. cit.*, p. 70.

[7] A. Esmein, « Une survivance qui disparaît, " *The demise of the Crown Act* "du 2 juillet 1901 », *Annales des sciences politiques*, 1903, p. 97.

[8] *Ibid*.

[9] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 315 à p. 328.

[10] A. Esmein, « Le " *Criminal Evidence Act* " et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 347-359.

[11] A. Esmein, « Les Constitutions du protectorat de Cromwell », art. cité, p. 128-139 et p. 405-442.

enfin, toujours à titre d'exemples, un article sur les conséquences juridiques de l'accession au trône d'un nouveau souverain en Grande-Bretagne[1] et surtout une longue et minutieuse étude sur l'évolution de la Chambre des Lords[2].

Il est particulièrement intéressant de s'attarder sur le dernier écrit « original » d'Esmein : « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français »[3]. Cette étude peut être considérée comme la dernière touche venant conclure l'œuvre d'une vie en rappelant le principe qui guida l'ensemble des travaux de son auteur. Dans cette contribution, Esmein affirme, ou réaffirme, que l'Angleterre est le pays de « l'empire absolu de la loi »[4] au sens où chaque individu, à commencer par le monarque, y est soumis. Cette soumission de tous à la loi qui annonce le principe « d'État légal » fait que l'Angleterre – et par extension le droit anglo-saxon – doit être regardé comme un véritable modèle, fournissant les « institutions-types », pour qui cherche à établir la liberté moderne.

François Guizot exprimait la même idée dès 1821 en usant des mêmes références : « De cela seul que le pouvoir était divisé, il est résulté que le pouvoir absolu, la souveraineté de droit n'a jamais été attribuée au roi, ni supposée en soi légitime. Or, c'est là le principe même du gouvernement représentatif. Il s'en fallait bien que ce principe fût compris ni même soupçonné, philosophiquement parlant. Il était sans cesse étouffé par la force, ou bien il se perdait dans la confusion des idées du temps sur le droit divin, l'origine du pouvoir, etc. ; mais il existait au fond des esprits et devenait peu à peu une maxime fondamentale. On trouve ce principe formellement exprimé dans les écrits de Bracton (*chief-justice* sous Henri III) et de Fortescue (qui remplissait les mêmes fonctions sous

---

[1] A. Esmein, « Une survivance qui disparaît : "*the Demise of the Crown Act*" », art. cité, p. 97-116.

[2] Cette étude comprend en réalité quatre interventions d'Esmein à l'Académie des sciences morales et politiques. La première fut présentée lors de la séance du 5 septembre 1908 comme le signale Esmein et comme le confirme le compte-rendu des séances de l'Académie : *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1908, tome 170, p. 657. Toutefois cette intervention n'est pas reproduite dans ce même périodique. La deuxième intervention eu lieu lors de la séance du 28 août 1909 : A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comittee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1909, t. CLXXII, p. 473-493. La troisième intervention, reprenant les éléments développés dans les deux premières, se tînt lors de quatre séances successives, le 13 août, le 20 août, le 27 août et le 3 septembre de l'année 1910 : A. Esmein, « La chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLIV, p. 453-475 (partie I) et p.598-657 (partie II). La quatrième et dernière intervention d'Esmein sur le sujet eu lieu lors des séances des 14 et 21 septembre 1912 et sera reprise *in extenso* dans la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel* publiée en 1914 : A. Esmein, « La dernière phase de la crise constitutionnelle en Angleterre », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1912, tome CLXXVIII, p. 462-503. Le texte correspond aux développements contenus dans les pages 186 à 219 de la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel*.

[3] A. Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité.

[4] « D'autres pays avaient eu le bonheur d'échapper à cette influence [du droit romain]. Telle l'Angleterre. Dés le XIIIe siècle Bracton y proclamait l'empire absolu de la loi ; le roi lui-même lui était soumis car « c'était la loi qui faisait le roi ». Au XVe siècle Fortescue expose magistralement la même thèse. Il montre que l'Angleterre de son temps vit sous le *regimen politicum* et non simplement sous le *regimen regale* ; c'est une monarchie limitée, tandis que la France lui apparaît comme une monarchie absolue, bien qu'en réalité elle ne le fût pas encore à cette époque. Fortescue établit clairement la souveraineté des lois anglaises. Non seulement il déclare que toutes les lois humaines sont sacrées aussi bien que celle du Deutéronome, mais il rappelle qu'à son couronnement le roi d'Angleterre promet par serment d'observer ses propres lois. Fortsecue s'attaque d'ailleurs, non proprement à la règle *Princeps legibus solutus est*, mais à la règle *Quod principi placuit legis habet vigorem*. Il reconnaît encore au roi, du moins dans un de ses ouvrages, le droit de *dispenser* des lois, lequel ne sera définitivement aboli que par le *Bill of Rights* » A. Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 204.

Henri IV)… »[1]. La même explication, est avancée dans la longue étude historique et juridique d'Ernest Glasson sur l'Angleterre[2]

Car Esmein se positionne ici encore dans la lignée des grands auteurs libéraux du XIXe siècle. Il souligne et salue le travail effectué « avec une ardeur nouvelle »[3] par les libéraux de la première moitié du siècle pour propager en France les principes de la Constitution anglaise. Ainsi cite-t-il Benjamin Constant qui offre tout au long de ses *Principes de politique* des propositions institutionnelles inspirées des institutions anglaises de son temps. Qu'il s'agisse de la justification du pouvoir royal – « pouvoir neutre »[4] – dans une monarchie constitutionnelle comme condition « indispensable à toute liberté régulière »[5], ou des assemblées représentatives[6] et de leurs rapports avec l'exécutif, ou encore du principe éminemment libéral de la responsabilité ministérielle[7], ses développements puisent sans cesse dans le droit constitutionnel anglais tel qu'il se pratique au début du XIXe siècle. François Guizot est également mentionné pour ses nombreux travaux historiques sur l'Angleterre mais surtout pour l'histoire du parlement anglais[8] qu'il étudie dans le second volume de son *Histoire du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe* publié en 1821. Pour Guizot, l'histoire politique anglaise est « le point de départ de la réforme politique qui commence sur le continent »[9]. Pellegrino Rossi est également mentionné pour son *Cours de droit constitutionnel* dans lequel les

---

[1] F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe*, Paris, Didier, 1880, vol.2, p. 17 et p. 18.

[2] « L'Angleterre est le pays des inégalités sociales, et en même temps, de la plus parfaite égalité devant la loi. Cet état des choses existe depuis des siècles ; Fortescue l'atteste déjà en son temps et il l'attribue en grande partie au système d'administration de la justice. Les inégalités sociales résultaient du régime féodal, mais la justice royale ayant toujours assuré et sans cesse développé sa prépondérance, tous durent s'y soumettre ; or les juges royaux et le jury s'attachèrent au principe de l'égalité devant la loi », E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre, comparés au droit et institutions de la France, depuis leurs origines jusqu'à nos jours* (*Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…)*, Paris, Pedone et Lauriel, 1882-1883, t. VI, p. 98.

[3] « Dans cette période [de la monarchie de Juillet], le droit constitutionnel de l'Angleterre était d'ailleurs étudié chez nous avec une ardeur nouvelle… » *Éléments…, op. cit.*, p. 67.

[4] « Le pouvoir royal (j'entends celui du chef de l'État, quelque titre qu'il porte) est un *pouvoir neutre*. Celui des ministres est un pouvoir actif », B. Constant, *Œuvres politiques…, op.cit.*, p. 18, nous soulignons.

[5] « La monarchie constitutionnelle nous offre, comme je l'ai dit, ce pouvoir neutre, si indispensable à toute liberté régulière. Le roi, dans un pays libre, est un être à part, supérieur aux diversités des opinions, n'ayant d'autre intérêt que le maintien de l'ordre et le maintien de la liberté, ne pouvant jamais rentrer dans la condition commune, inaccessible en conséquence à toutes les passions que cette condition fait naître, et à toutes celles que la perspective de s'y retrouver nourrit nécessairement dans le cœur des agents investis d'une puissance momentanée » B. Constant, *Œuvres politiques…, op.cit.*, p. 21-22.

[6] Voir B. Constant, *Œuvres politiques…, op.cit.*, p. 133-144.

[7] Voir B. Constant, *Œuvres politiques…op.cit.*, p. 95-110.

[8] « Je ne me propose nullement de vous raconter l'histoire de l'Angleterre, je veux uniquement la considérer sous le point de vue politique ; et même, dans ce point de vue, nous n'étudierons point toutes les institutions de ce royaume. C'est le gouvernement représentatif qui nous occupe : c'est donc l'histoire du parlement que nous suivrons pas à pas. », F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe*, *op. cit.*, vol. 2, p. 11.

[9] *Ibid*.

références au droit anglais sont abondantes, qu'il s'agisse du droit criminel[1] ou du droit constitutionnel[2] proprement dit.

Cette école anglaise reprit de la vigueur dans la seconde moitié du siècle, sous l'Empire, notamment par la plume de Prévost-Paradol qui cherche à savoir en 1868 si les Français forment « enfin une nation libre »[3] et qui propose les hypothèses institutionnelles d'un « renouvellement »[4] politique tourné vers la liberté. Aussi est-il reconnu avec Duvergier de Hauranne et le duc de Broglie « comme représentants de cette école »[5] libérale. Le dernier auteur mentionné, non le moindre, est Édouard Laboulaye pour son éminente contribution à la diffusion de l'histoire et des institutions des États-Unis d'Amérique[6] bien que, nous le verrons, son enseignement relatif au droit criminel anglais exerce aussi une influence évidente sur la pensée d'Esmein.

Celui-ci est isolé parmi les constitutionnalistes. Le *Manuel* de Saint Girons se focalise uniquement sur l'étude du droit constitutionnel de la France. Les douze chapitres de l'ouvrage proposent une étude des grandes notions constitutionnelles avec de nombreuses références à l'Angleterre[7] – le peuple anglais étant présenté comme « peuple vraiment digne de la liberté » [8] – mais jamais l'ouvrage n'offre d'étude particulière relative aux institutions anglaises. On trouve aussi, dans le *Précis* publié par Félix Moreau en 1892, quelques références au droit constitutionnel anglais tout au long des développements[9]. Mais l'ouvrage ne traite pas pour autant de la Constitution anglaise en tant que telle. En témoigne la courte présentation qui en est faite dans le chapitre consacré aux « Constitutions étrangères »[10] : « L'Angleterre n'a jamais eu de constitution au sens moderne du mot. Ses institutions ont évolués paisiblement sous l'action de la coutume, consacrée par quelques lois ordinaires. Les chartes anglaises, dont les plus importantes remontent au XIIe et XIIIe siècle, ne font que confirmer les droits des peuples à l'égard

---

[1] Voir notamment P. Rossi, *Œuvres complètes…*, *op. cit.*, t. II, p. 83-100 (30e leçon du *Cours de droit constitutionnel*), p. 306-340 (42e et 43e leçons du *Cours de droit constitutionnel*).

[2] Voir notamment P. Rossi, *Œuvres complètes…*, *op. cit.*, t. IV, p. 49 et suivantes (80e leçon du *Cours de droit constitutionnel*), p. 108 et suivantes (84e leçon du *Cours de droit constitutionnel*), p. 243 et suivantes (94e leçon du *Cours de droit constitutionnel*).

[3] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. IX.

[4] « Oui, si dure que cette vérité puisse paraître à notre orgueil, c'est notre existence nationale qui est en jeu, et nous ne pouvons nous flatter d'échapper à une décadence irrémédiable autant que rapide si nous ne prenons pas le grand parti de nous réformer nous-mêmes et de montrer enfin au monde une France nouvelle. Sur quel point faut-il que ce renouvellement s'opère et dans quelle mesure est-il urgent de l'accomplir ? On le verra dans la suite de cet ouvrage, qui ne satisfera, je l'avoue tout d'abord, ni les esprits routiniers, ni les esprits chimériques », L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. X.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 68.

[6] « Tandis que Laboulaye nous familiarisait surtout avec les institutions des États-Unis », *Ibid*. Voir sur ce point É. Laboulaye, *Histoire politique des États-Unis*, Paris, Durand, 1855-1866, 3 volumes.

[7] Voir notamment : A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 41, p. 51, p. 83, p. 87, p. 94, p. 106, p. 127, p. 140, p. 141, p. 150, p. 160 note 3, p. 183, p. 184, p. 195, p. 200, p. 220, p. 235, p. 248, p. 253, p. 258, p. 273, p. 282, p. 291, p. 314, p. 344, p. 345, p. 371, p. 385, p. 407, p. 445, p. 451, p. 463, p. 475, p. 483, p. 496, p. 497, p. 505, p. 507, p. 508, p. 520, p. 563, p. 577, p. 578, p. 586-590.

[8] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 586.

[9] On trouve une soixantaine de références explicites tout au long de l'ouvrage.

[10] Félix Moreau traite successivement dans ce treizième chapitre, de façon extrêmement concise de la Confédération germanique, de l'Autriche-Hongrie, de la Suisse, de l'Italie, de l'Espagne, du Danemark, de la Suède, des Pays-Bas, de la Belgique, de la Turquie, de la Grèce, de la Roumanie, de la Serbie, de la Bulgarie, de la Russie, de l'Angleterre, de l'Égypte, d'Orange, du Transvaal, des États-Unis d'Amérique, des Républiques d'Amérique du Sud et du Japon : F. Moreau, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 118-123.

des rois et n'organisent pas les pouvoirs publics »[1]. Seul Théophile Aumaître, en 1893, propose un chapitre consacré aux « données pratiques fournies par les institutions anglaises »[2] dans la partie de son *Manuel de droit constitutionnel* touchant aux « origines de la Constitution française actuelle »[3]. De façon beaucoup plus succincte que ne le fera Esmein, Aumaître traite de l'émergence du régime représentatif en Angleterre, puis du développement du régime parlementaire lié au principe de responsabilité ministérielle et brosse ainsi un tableau rapide de la Constitution anglaise. Pour autant, il ne procède pas à la systématisation des institutions de l'Angleterre entendues comme institutions de la liberté.

Esmein est le premier auteur à envisager l'enseignement du droit – et plus encore du droit constitutionnel - au prisme de la liberté moderne. Il est également le premier à considérer le droit public anglais comme la source pratique des grands principes vitaux à la liberté. La sûreté constituant le fond même de la liberté politique, on constate que les institutions proprement politiques (Chapitre 2) de l'Angleterre concourent autant que les institutions judiciaires (Chapitre 1) à l'accomplissement de la liberté moderne.

[1] F. Moreau, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 121.
[2] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 44-50.
[3] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 29-62.

CHAPITRE PREMIER

Les institutions judiciaires de l'Angleterre

La liberté moderne prônée par Esmein est soumise à une condition : garantir à chaque individu sa sûreté ou sa liberté individuelle *stricto sensu*. À ce titre, le droit criminel de l'Angleterre – et par extension le droit anglo-saxon qui se diffusera outre-mer – constitue le système le plus abouti.

Sans surprise, Esmein signale que Montesquieu, l'oracle en la matière, s'est largement inspiré de l'exemple anglais : « Il [Montesquieu] s'était aussi inspiré du droit de l'Angleterre, où, sinon le droit pénal proprement dit, du moins la procédure criminelle s'était maintenue largement protectrice, ne subissant point le courant où était entré le reste de l'Europe. Il le dit fort nettement : "La connaissance que l'on a acquise dans *quelque pays* et que l'on acquerra dans d'autres sur les règles les plus sûres que l'on puisse tenir dans les jugements des procès criminels intéresse le genre humain plus qu'aucune chose qu'il y ait au monde". Et cette connaissance chez nous de la procédure criminelle anglaise se répandit de plus en plus dans la seconde moitié du XVIIIe siècle »[1].

L'œuvre d'Esmein, largement portée sur le droit public anglais[2], se concentre de façon remarquable sur la procédure criminelle et les institutions répressives anglaises. L'*Histoire de la procédure criminelle en France* offre de nombreux développements relatifs à l'évolution de la législation criminelle outre-Manche. S'attachant à la procédure criminelle française régie par l'Ordonnance de 1670, l'étude primée par l'Académie des sciences morales et politiques propose de très nombreux éléments de comparaison avec la procédure anglaise[3] en incluant cette dernière dans un chapitre relatif à « la procédure criminelle à l'étranger »[4]. Les deux ouvrages consacrés à l'histoire du droit français évoquent, de façon moins systématique mais tout aussi notable, quelques traits saillants de la procédure criminelle anglaise[5].

Enfin, s'intéressant particulièrement à l'actualité judiciaire – ou plus exactement « pénale » – de l'Angleterre, Esmein rapporte aux lecteurs français les évolutions de cette procédure criminelle qu'il admire tant. Deux articles en témoignent : « Le "*Criminal evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre » paru en 1898 à la *Revue politique et parlementaire* puis, dans cette même revue, en 1902 « Les jésuites devant les tribunaux anglais ». Ces deux études prouvent, s'il le fallait, une connaissance intime du droit pénal anglais et de la procédure qui l'accompagne mais surtout son intérêt permanent pour l'évolution de la procédure criminelle qui constitue le premier et le plus important rempart contre l'arbitraire.

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1114.
[2] Esmein offre toutefois une étude sur une partie de l'histoire du droit privé anglais : voir A.Esmein, « Un chapitre de l'histoire du droit des contrats en droit anglais », *NRHD*, 1893, p. 555 à p. 566.
[3] Voir notamment *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 261, p. 275, p. 285, p. 315-328, p. 359-362, p. 408-410, p. 413, p. 417-419, p. 424, p. 423, p. 426, p. 427, p. 432, p. 437, p. 459, p. 483-484, p. 489-490, p. 503, p. 513, p. 523, p. 540, p. 542, p. 581.
[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 284-328.
[5] Voir notamment *Cours élémentaire d'histoire du droit français, op. cit.*, p. 685 et *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 98, p. 104, p. 109, p. 110, p. 250 p. 256, p. 336.

Le « libéralisme » de la procédure criminelle anglaise fut, avant lui, souligné par l'un de ses principaux inspirateurs Édouard Laboulaye. Tout comme les enseignements du sénateur sur la philosophie du XVIIIe siècle ont pesé sur la définition esmeinienne de la liberté, ceux relatifs à la procédure criminelle anglaise ont également une part certaine dans l'appréhension du droit criminel anglais chez Esmein. En décembre 1863, dans le cadre de son cours de législation comparée au Collège de France, Laboulaye renonce[1] à offrir à son auditoire une étude sur l'*Esprit des lois* et propose, en lieu et place de cette « étude qui [lui] souriait »[2], une autre portant sur la législation criminelle en Angleterre. Rappelant toute l'importance de « cette partie de la législation criminelle »[3] pour « un peuple libre »[4], il considère que le France peut tirer un certain nombre d'enseignements de la procédure anglaise. Aux yeux du professeur au Collège de France, la procédure criminelle des Anglo-saxons – il évoque « les Américains et les Anglais » – a établi de nombreuses garanties pour la liberté de l'individu. Il écrit : « Voyons comme depuis deux siècles les Américains et les Anglais entendent la procédure criminelle. Évidemment, si nous avons l'esprit de liberté, nous devons trouver là des idées qui nous sont familières ; ou si nous y trouvons des idées différentes des nôtres, nous avons à apprendre beaucoup d'un peuple qui, depuis si longtemps, a pratiqué la liberté »[5].

Si la sûreté de l'individu est garantie en Angleterre – et plus globalement dans les États compris dans le groupe juridique anglo-saxon – Adhémar Esmein y voit deux raisons. La première peut être qualifiée de « psychologique », directement liée à la « race

---

[1] Laboulaye explique ce renoncement et le choix d'une étude sur la procédure criminelle anglaise : « Dans la vie de toute nation, surtout dans la vie d'une nation aussi ardente et aussi mobile que la France, il y a des alternatives d'excitation et d'abattement, je dirais presque des accès de fièvre suivis de prostration. Il y a des moments où la France semble ne vouloir plus qu'une chose : le silence partout. Il y en a d'autres, au contraire, où elle reprend d'une main ferme le drapeau de la civilisation, du progrès, où elle marche en avant avec une ardeur qu'aucun obstacle ne semble arrêter. Sommes-nous dans cet état de prostration où il est inutile de parler à un peuple ? Non ; mais peut-être n'y a-t-il pas bien longtemps que nous y étions. Sommes-nous dans cet état d'enthousiasme qui emporte une nation vers l'avenir ? Je dirais encore non ; mais nous y serons peut-être demain. C'est dans cet intervalle, entre l'abattement et l'ardeur, que la science a sa place. Il n'y a plus d'indifférence, il n'y a pas encore de passion ; on peut parler, on peut dire la vérité tout entière, sans se heurter à des partis pris. C'est une occasion favorable dont il faut profiter, et c'est pour cela que, renonçant à mon premier dessein, j'ai choisi un sujet qui, dans les circonstances présentes, me semble d'un grand intérêt : c'est l'étude de la législation criminelle en Angleterre. J'ai pensé qu'un professeur devait se mêler à la vie active un peu plus qu'un savant, et que, parmi les enseignements qu'il peut choisir, son devoir est de préférer ceux qui ont le plus d'actualité, et par conséquent le plus d'intérêt » É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 721.

[2] « L'année dernière, j'avais annoncé à ceux qui me faisaient l'honneur de suivre mon cours que je prendrais pour sujet de nos entretiens du vendredi l'*Esprit des lois* de Montesquieu ; c'était une étude qui me souriait, sur laquelle j'avais accumulé des notes considérables. », *Ibid*.

[3] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 722.

[4] « Or, parmi toutes les questions qui intéressent un peuple libre, il n'y en a pas de plus grande que la procédure criminelle. Montesquieu disait que pour un tel peuple, c'était la première question du monde. Et en effet, avoir la sécurité de ses biens, de sa personne, c'est évidemment la première de toutes les libertés ; je dis première, parce qu'elle est la garantie de toutes les autres. Je n'entends pas faire une hiérarchie morale des libertés ; il est évident que, moralement parlant, la liberté de conscience est plus précieuse que la liberté de la personne ; mais un protestant qu'on enferme en Espagne en lui laissant le droit de penser ce qu'il veut dans sa prison a le droit de désirer quelque chose de plus, et son âme n'est véritablement pas libre quand son corps est enfermé », É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 721-722.

[5] *Ibid*.

anglo-saxonne »[1] dont on trouve quelques évocations tout au long de son œuvre. Cette race, indistinctement nommée « anglaise » ou « anglo-saxonne », semble posséder des caractéristiques propres qui expliquent en partie que l'Angleterre et les États anglo-saxons assurent à chacun sa liberté individuelle *stricto sensu*. Le peuple anglais est présenté comme un peuple opiniâtre[2] doté d'un véritable « génie »[3]. Esmein ne se consacre pas pour autant à une entreprise de description psychologique des Anglais comme le fit en son temps Hippolyte Taine[4] ou comme le fera Émile Boutmy[5] quelques années après la parution de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*. On constate simplement que la « race »[6] anglaise ou anglo-saxonne – notion critiquée par Boutmy[7] – est perçue comme une race méfiante[8] à l'égard de tout pouvoir. Elle est donc « légaliste », en ce sens que rien ne peut s'opposer à ce que la loi soit la même pour tous, et appliquée à tous de façon similaire. C'est ce qui constitue sans aucun doute, le « sérieux du caractère national » [9] et qui implique qu'Esmein, à l'image de ses contemporains[10], présente l'Angleterre comme « le pays classique du respect de la loi » [11].

Mais c'est l'introduction du chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* consacré au gouvernement représentatif qui résume de façon saisissante la conception qu'a Esmein de

---

[1] *Éléments…, op.cit.*, p. 560.

[2] « Elle [l'Angleterre] s'était attachée aux vieux usages avec cette opiniâtreté qui caractérise son peuple », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 316

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 149. Il évoque également le « génie pratique », *Éléments…, op. cit.*, p. 560.

[4] Taine publie en 1664 son ouvrage *Histoire de la littérature anglaise* dans lequel il offre, au travers de l'étude de l'histoire littéraire du pays, une description de la race « anglo-saxonne » et de la « race anglaise » : voir notamment son introduction : H. Taine, *Histoire de la littérature anglaise*, Paris, Hachette, 2e éd., 1866, p. III et suivantes.

[5] Voir É. Boutmy, *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIXe siècle*, Paris, Colin, 1901.

[6] Taine définit la notion de « race » de la façon suivante : « Ce qu'on appelle la race, ce sont les dispositions innées et héréditaires que l'homme apporte avec lui à la lumière, et qui ordinairement sont jointes à des différences marquées dans le tempérament et dans la structure du corps. Elles varient selon les peuples. Il y a naturellement des variétés d'hommes, comme des variétés de taureaux et de chevaux, les une braves et intelligentes, les autres timides et bornées, les unes capables de conceptions et de créations supérieures, les autres réduites aux idées et aux inventions rudimentaires, quelques-unes appropriées plus particulièrement à certaines œuvres et approvisionnées plus richement de certains instincts, comme on voit des races de chiens mieux douées, les unes pour la courses, les autres pour le combat, les autres pour la chasse, les autres enfin pour la garde des maisons ou des troupeaux », H. Taine, *Histoire de la littérature anglaise*, *op. cit.*, p. XXIII et p. XXIV. Pour une contestation des thèses de Taine et « la construction imaginaire des races anglo-saxonnes et latino-française », voir P. Lacombe, *La psychologie des individus et des sociétés chez Taine historien des littératures*, Paris, Alcan, 1906, p. 24 et suivantes.

[7] En 1887, Émile Boutmy s'oppose à l'idée de « race » et privilégie l'idée d'une « société politique » : « On veut trop voir à mon sens, dans la nation anglaise moderne, une race qui, après la crise passagère de 1066, s'est ressaisie en quelque sorte, a repris possession d'elle-même et de son génie et a retrouvé la voie d'où une violente secousse l'avait fait sortir. On la jugerait mieux en la considérant simplement comme une *société politique* qui, tombée au onzième siècle dans un état de désorganisation où s'éteignaient toutes ses forces vives a rencontré à propos l'épreuve d'une grande révolution militaire, économique et administrative, et a reçu, moins encore de l'évènement lui-même que de la pression lentement appesantie de ses conséquences, moins encore des génies propres à chacune des races composantes que des conditions physiques et morales où le corps entier de la nation s'est trouvé placé, la consistance et la forme qu'elle a gardées substantiellement jusqu'à nos jours », É. Boutmy, *Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre*, Paris, Plon, 1887, p. 10-11.

[8] Voir É. Boutmy, *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 289-290.

[9] « Le régime suivi en Angleterre est singulièrement tempéré, non seulement par le sérieux du caractère national, mais aussi et surtout par la cherté incontestable de la justice en ce pays… », *Éléments…, op. cit.*, p.530.

[10] À titre d'exemple, on signalera que le *Précis* de Félix Moreau considère également le peuple anglais comme « calme et patient ». F. Moreau, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 47.

[11] A. Esmein, « L'Affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre », *RPP*, 1910, t. LXVI, p. 451.

la « race anglaise »[1]. Exposant les causes du gouvernement représentatif, il conclut : « À ces éléments fournis par l'histoire politique s'en joignit un fourni par la race. C'est le caractère anglais volontaire, sérieux et pratique. L'Anglais, dans ses actes individuels, ne va pas au-delà de son droit légal, mais il le revendique avec la dernière opiniâtreté. Il a le sentiment du droit proprement dit, le respect et le sens du droit strict et des formes ; tandis que le Français rabaisse trop souvent la loi positive, par un sentiment de la justice idéale, élevé mais parfois imprudent, qui lui fait oublier les limites conventionnelles et nécessaires. Grâce à ces dons de nature, les classes supérieures et moyennes de l'Angleterre manifestèrent, avec une suite admirable, la volonté d'être libre sous l'empire de la loi. Elles parvinrent à leurs fins, après avoir lutté pendant des siècles et en accomplissant au XVIIe siècle deux révolutions »[2].

Cette conception est sensiblement la même que celle exposée par Laboulaye en 1865. La partie de son article consacré à la justice civile sous l'Ancien régime compare les peuples français et anglais : « On suppose toujours que nous sommes un peuple révolutionnaire qui attend qu'on mette une barrière devant lui pour sauter par-dessus, c'est une erreur. J'ai beaucoup voyagé, j'ai vu beaucoup de peuples, et je crois qu'il n'y en a pas de plus doux, de plus facile à gouverner que le peuple français. Mais je trouve qu'à l'égard de certaines parties de la justice on lui laisse trop à désirer. […] Quand l'administration a deux poids deux mesures, il n'est pas étonnant que nous Français, le peuple le plus spirituel de la terre, comme on dit, voyant que la justice passe son niveau sur les uns et oublie de le passer sur les autres, nous n'ayons pas pour la loi un respect exagéré. En Angleterre, c'est autre chose. L'Anglais sait bien que personne, fût-ce la reine, ne pourra faire pencher la balance de la loi et que la loi est faite pour le voisin comme pour lui. Il respecte la loi, je le crois bien ! C'est sa protection ; personne ne se fait la guerre à soi-même »[3]. Ainsi Esmein retient une caractéristique sinon sociologique, du moins psychologique, qui explique en partie que l'Angleterre soit la terre de la liberté. Toutefois cet élément n'est évidemment pas suffisant. Il apparaît à l'auteur que si la sûreté est juridiquement garantie à l'individu en Angleterre, c'est par la qualité de sa procédure criminelle et des garanties que cette procédure offre à tout individu.

La première partie de l'étude d'Édouard Laboulaye identifie, au sein de la procédure criminelle anglaise, huit éléments censés assurer la sûreté de l'individu et s'emploie à démontrer leur nécessité pour tout régime procédural libéral. Ainsi sont successivement considérées[4] : la garantie contre les perquisitions arbitraires, la garantie contre les arrestations arbitraires, la garantie de la liberté sous caution, la garantie du grand jury, celle du petit jury, la garantie que l'accusé aura accès aux éléments d'accusations, celle de pouvoir interroger les témoins et enfin la garantie de pouvoir s'assurer une défense au moyen d'un avocat. Dans son *Histoire de la procédure criminelle en France*, Adhémar Esmein les recense également mais de façon beaucoup moins systématique, pour la simple raison qu'il offre au lecteur une étude historique et comparée entre la procédure française et la procédure anglaise. L'ouvrage procède à une comparaison presque constante entre les

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 429.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 72-73.
[3] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 727.
[4] Voir É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 723-724.

principes de la procédure criminelle anglaise avec ceux fixés par l'Ordonnance criminelle de 1670 et qui persisteront pour certains jusqu'au Code d'instruction criminelle de 1808.

L'étude de la procédure criminelle anglaise dans l'œuvre d'Esmein n'est donc pas exhaustive, à l'image de l'ouvrage de son contemporain Ernest Glasson auquel il fait référence[1]. De même, à la différence du *Cours* de Rossi, le droit constitutionnel d'Esmein n'offre pas de panorama de la procédure criminelle anglaise qui lui est contemporaine. On doit ici reconnaître au professeur italien, premier titulaire du cours de droit constitutionnel à la Faculté parisienne, le mérite d'avoir intégré à son cours, édité de façon posthume, l'étude des garanties de la liberté individuelle dans la procédure pénale anglaise. Les quarante-deuxième et quarante-troisième leçons proposent en effet le détail des éléments relatifs à l'arrestation et à la liberté sous caution, qui est de droit dans la majorité des cas en Angleterre, au moyen notamment de l'étude de l'Acte d'*Habeas corpus*[2].

La procédure criminelle anglaise se distingue pas son caractère accusatoire (Section 1). Ce caractère s'explique par le fait que le droit anglais, et plus spécialement le droit criminel, s'est forgé et développé sur le fond des anciennes coutumes germaniques. Ces coutumes, à l'origine du *Common law*[3], et donc des principes les plus précieux pour la liberté individuelle, n'ont jamais cédé face à la « terrible contagion »[4] du droit romain et à sa codification qui se répandit en Europe continentale sur les ruines des régimes féodaux. Et on trouve parmi ces coutumes germaniques une institution particulière,

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 527.

[2] Voir P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. II, p. 306-340.

[3] Esmein définit le *Common law* dans son rapport relatif à la coutume en droit français : « Mais de nos jours, des écrivains ingénieux et distingués ont proposé, dans le silence du Code [Code civil français] et pour compléter celui-ci, de donner à la jurisprudence des arrêts, la force de la loi ou de la coutume. Il n'est peut-être pas inutile d'examiner ce côté de la question. Tous les systèmes qui se rattachent à cette idée, se sont inspirés plus ou moins directement du *Common law* anglais et américain. Le *Common law* n'est point la coutume, bien qu'il comprenne les coutumes générales et anciennes constatées par les Cours de justice. C'est un ensemble de règles dégagées principalement par la jurisprudence des Cours supérieures, et dont la formation s'explique par un certains nombres de principes propres au droit anglais. 1° Les Anglais admettent que leur droit contient virtuellement la solution juste et juridique de tous les litiges qui peuvent être soumis aux juges. Lors donc que la loi écrite et la coutume ne la fournissent pas, le juge doit dégager la règle applicable dans l'espèce, par le raisonnement et en s'appuyant sur l'analogie des précédents. […] 2° Lorsqu'il s'agit de sentences rendues par les juges supérieurs et portant nettement sur des questions de droit débattues devant eux, les Anglais ont donné à la chose jugée une autorité, non pas relative et limitée aux rapports des deux parties entre elles, mais absolue et s'imposant à tous, particulièrement aux Cours inférieures. […]. Il y a plus. On se demande si la Cour supérieure qui a rendu une pareille décision, n'est pas elle-même liée à l'avenir par celle-ci. On l'admet en Angleterre quant à la Cour d'appel, qui est liée ainsi par ses propres arrêts. La Chambre des Lords, qui, par l'organe de ses *Law Lords*, est la Cour suprême dans un grand nombre de cas, paraît bien admettre aujourd'hui qu'elle est liée par ses propres décisions sur les questions de droit, que ce qu'elle a jugé une fois devient loi, si bien que, pour y déroger, il faudrait une loi proprement dite, votée par les deux Chambres et sanctionnée par la Couronne. Dans ce cas, le nom de *Case law*, de *judge made law*, par lequel les Anglais désignent l'autorité des précédents judicaires, serait exact au pied de la lettre. Une autre Cour anglaises, également suprême quant aux causes dont elle reçoit les appels, le Comité judiciaire du Conseil privé, tout en professant un respect extrême pour ses arrêts antérieurs, ne paraît pas lui attribuer une immutabilité absolue. Voilà quel est le système du *Common law* et du *Case law* anglais. Un pareil système, si éloigné de nos idées et de nos mœurs, serait-il même compatible avec notre Constitution ? Il semble que non ; car, permettant au juge de faire la loi, il viole le principe de séparation des pouvoirs », A. Esmein, « La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? », Rapport présenté à la 1ere sous-commission de révision du Code civil, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1905, p. 541-542.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 315.

indissolublement liée au caractère accusatoire de la procédure criminelle, et regardée par Esmein et l'ensemble des libéraux de son temps comme l'institution libérale par excellence : le jury judiciaire, ou plus exactement *les* jurys judiciaires (Section 2).

Section 1

Une procédure accusatoire garante de la liberté individuelle

À deux reprises dans son œuvre, Esmein vante toute la perfection de la procédure criminelle anglaise. Il écrit en 1880 dans *Histoire de la procédure criminelle en France* : « C'est surtout vers l'Angleterre que se tournent les yeux, c'est l'Angleterre qui a su conserver la liberté politique et avec elle toutes les autres. Souvent c'est dans la bouche d'un Anglais que nos philosophes mettent leurs théories politiques. Parmi les institutions du peuple anglais, il n'en n'était pas de plus parfaite que la procédure criminelle »[1]. Cette perfection est réaffirmée en 1908, dans le *Précis élémentaire d'histoire du droit français* : l'Angleterre était au XVIIIe siècle « la nation qui seule avait su conserver en cette matière [la matière criminelle] la liberté et la justice »[2].

Si cette procédure criminelle anglaise est – pour l'essentiel[3] – à l'abri de toute critique, c'est qu'elle diffère nettement de la procédure inquisitoire typique de l'Europe continentale[4], car elle s'est développée hors du droit romain et du droit canonique. L'ignorance du droit romain en Angleterre – un événement heureux pour le pays[5] – a permis au fil du temps de faire émerger en Angleterre ce qu'Esmein nomme « l'empire absolu de la loi ». Il l'explique dans son dernier écrit en constatant que le célèbre adage romain *Princeps legibus solutus est* n'a jamais été reçu comme dans le royaume anglais comme il le sera sur le continent. Ainsi le droit criminel anglais, et à sa suite le droit criminel des États anglo-saxons, a pour lui de s'être construit, non sur les textes romains, non sur les procédures de l'Église, mais sur les coutumes féodales, héritées et importées des peuples germaniques immigrants en terre anglaise dès le Ier siècle. C'est là la « raison philosophique »[6] exposée par Laboulaye dans son enseignement : « Les Anglais ont conservé toutes les coutumes du moyen-âge, ou, pour m'exprimer d'une manière plus juste, les formes germaniques, qui étaient dans nos institutions ; ils n'en ont jamais étouffé le développements ; ils n'ont pas été comme nous chercher la législation romaine, renversant tout ce qui était idée germanique ; ils ont gardé l'esprit anglo-saxon ; ils n'ont

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 360.

[2] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 250.

[3] Esmein est conscient des défauts de la procédure anglaise telle qu'elle existe au début du XVIIIe siècle : « Telle est dans ses grandes lignes, et en laissant de côté un grand nombre de détails parfois très intéressant (par ex. le *benefit of clergy*), la marche de cette procédure anglaise, qui, *à côté de graves imperfections*, présentait la forme d'un procès criminel la plus raisonnable que les hommes eussent encore connue, aussi la philosophie du XVIIIe siècle la considéra-t-elle comme la perfection même », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 328, nous soulignons.

[4] « La procédure criminelle qui s'était établie en France, n'était point une institution purement nationale ; *elle formait au contraire le droit commun de l'Europe*. Il suffira pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur les nations qui entouraient la nôtre : l'Italie, l'Espagne, l'Allemagne et les Pays-Bas », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 284, nous soulignons.

[5] « Certains pays avaient eu le bonheur d'échapper à cette influence. Telle l'Angleterre», A.Esmein, « La maxime *Princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », *op. cit.*, p.204.

[6] « Comment se fait-il qu'entre deux pays aussi voisins que l'Angleterre et la France, il y ait des différences aussi grandes : que deux peuples également civilisés, qui sont en communication continuelle, entendent la procédure criminelle d'une façon aussi opposée ? Il y a là deux causes, mais pour bien les comprendre, il faut que je vous en donne la raison philosophique » É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 724.

jamais voulu accepter les lois canoniques, la loi romaine ; ils ont toujours été fiers d'être Anglais, et le cri des barons au roi Jean-sans-Terre est resté la devise du peuple anglais : *Nolumus leges Angliae mutari* »[1]. Une vingtaine d'années après, Esmein exposera le même point de vue. D'abord dans la section qu'il consacre à la procédure anglaise dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France* : « Comment l'Angleterre avait-elle résisté au mouvement qui entraînait le reste de l'Europe ? Sa législation et celle des autres nations occidentales ne sont-elles pas le produit des mêmes éléments, combinés, il est vrai, dans des proportions diverses ? Mieux que les autres pays l'Angleterre avait écarté à l'influence du droit romain et du droit canonique ; elle s'était attachée aux vieux usages avec cette opiniâtreté qui caractérise son peuple, et pour les accommoder aux besoins modernes, elle avait heureusement développé quelques institutions, dont les rudiments se trouvaient dans le vieux fonds commun aux peuples de même race et de même origine »[2].

[1] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 724. Il écrivait l'année précédente : « Tant qu'il est resté en France quelques débris du vieil esprit germanique, les formes criminelles ont ressemblé à celles de l'Angleterre », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 16.
[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 316.

I
L'opposition entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire

Esmein insiste sur cette imperméabilité de l'Angleterre et des peuples anglo-saxons à la pénétration du droit romain dans leur histoire juridique. La marque la plus révélatrice se trouve sans doute dans deux publications de 1902.

Le professeur parisien livre d'abord un compte rendu critique de l'ouvrage *English law and the Renaissance* à la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*. Ce « petit livre »[1] de Frederic William Maitland entend démontrer, selon Esmein, « comment au XVIe siècle et au commencement du XVIIe siècle, l'Angleterre échappa à l'invasion, à la réception du droit romain »[2]. Il poursuit « Celui-ci, plus que jamais en honneur par suite de sa seconde renaissance, celle du XVIe siècle, paraissait alors une puissance irrésistible. L'Angleterre, qui après avoir été assez fortement touchée par la première renaissance du droit romain, s'était fermée à lui, ne recevait plus son influence qu'indirectement par le droit canonique et par l'Equité de la Chancellerie ; n'allait-elle pas cette fois céder au courant ? »[3]. Pour son critique, l'intérêt principal de l'ouvrage réside dans l'explication de la rétivité de l'Angleterre au droit romain, et encore plus à la renaissance du droit romain au XVIe siècle. Cette raison est à chercher dans la méthode d'enseignement du droit en Angleterre : « Mais le point le plus intéressant peut-être dans l'écrit de M. Maitland, est la cause par laquelle il explique la résistance triomphante que l'Angleterre a opposée au droit romain. Il la voit dans l'enseignement traditionnel, ancien et si original donné par les *Inns of Court*. Fondées, on ne sait trop comment, par des corporations de praticiens, elles se sont maintenues à travers les siècles, formant des générations de *bavristers* et de *Serjants at law*. Sans doute, dans les Universités, en Angleterre comme sur le continent, ce qu'on enseignait uniquement comme jurisprudence, c'était le droit romain et le droit canonique. Mais c'était là un enseignement purement académique. Les juristes de profession se formaient dans les *Inns of Court*, où la coutume obligeait, en quelque sorte, à venir professer les plus éminents représentants du barreau et de la magistrature. C'est par là qu'il fallait passer pour venir à la barre, et là on n'enseignait point le droit romain, mais seulement le droit national avec son latin barbare et son français plus barbare encore. Ce sont les *Inns of Court*, selon M. Maitland, qui ont sauvé le droit anglais »[4]. Si Esmein souligne « une certaine exagération des idées de l'auteur »[5], notamment quant à l'effet néfaste du droit romain, il souscrit à sa démonstration.

---

[1] A. Esmein, « Compte-rendu critique de Maitland, *English law and the Renaissance, Cambridge University Press*, 1901 », *NRHD*, 1902, p. 773.
[2] A. Esmein, « Compte-rendu critique de Maitland, *English law and the Renaissance, Cambridge University Press*, 1901 », art. cité, p. 774.
[3] *Ibid*.
[4] A. Esmein, « Compte-rendu critique de Maitland, *English law and the Renaissance, Cambridge University Press*, 1901 », art. cité, p. 775-776. Il poursuit : « Il raconte aussi les tentatives infructueuses qui furent faites au XVIe siècle pour introduire dans cet enseignement le droit romain et le latin poli. Pour lui, ce sont les écoles et les *Year-Books*, les rapports annuels des jugements rendus par les grands juges et suivis désormais comme loi, qui ont créé la *Common law* anglaise, et celle-ci fait le fond du droit dans les pays Anglo-Saxons, aux Etats-Unis, comme dans la plupart des colonies anglaises », *Ibid*.
[5] *Ibid*.

La seconde publication de 1902 est un article d'une quinzaine de pages paru à la *Revue internationale de l'enseignement*. Dans cet article intitulé « La licence en droit et le droit romain », Adhémar Esmein rappelle que le fond juridique sur lequel s'est fondé le droit anglais diffère du fond romain sur lequel se sont construits les systèmes juridiques continentaux : « le droit anglais, qui s'est développé en prenant pour base le vieux droit féodal normand importé par la conquête, est devenu un système parfaitement original et ses catégories techniques sont, en grande partie, autres que celles du droit romain. Cela est vrai surtout de la *Common law* ; elle est tempérée, d'ailleurs, par un curieux système d'*équité*, dans la formation duquel l'influence romaine et canonique a eu sa bonne part »[1]. Le professeur parisien note – comme dans sa critique de *English law and the Renaissance* – que l'enseignement du droit en Angleterre ne s'encombrait pas du droit romain : « Là le droit romain, bien qu'il fût et soit encore le droit commun dans quelques colonies, ne jouait aucun rôle, depuis des siècles, dans l'instruction juridique professionnelle. […] L'instruction juridique, celle qui formait les forts légistes anglais, était donnée, depuis le moyen âge, dans ces *Inns of Court*, si particulières, dont les origines sont obscures et qui ont formé des générations de *barristers* et de *serjeants at law*. Là le droit romain n'était point enseigné ; le latin avait bien une large part (qu'il conserve encore) dans la langue technique du droit anglais ; mais c'était le latin du moyen âge, non celui du Digeste »[2].

Il faut préciser que l'objectif premier de ces deux textes n'a aucun lien apparent avec la procédure criminelle anglaise. Esmein prend ici position dans un débat concernant l'organisation des études du droit en France, débat né de la réforme de l'enseignement secondaire opérée en 1902. Cette réforme procéda au sectionnement des voies d'accès au baccalauréat en en établissant quatre, dont l'une – la section langues vivantes et sciences – ne comprenait plus l'enseignement du latin. L'article paru à la *Revue internationale de l'enseignement* expose les conséquences de cette réforme pour l'enseignement supérieur, et notamment pour l'enseignement du droit. Doit-on le modifier et maintenir ou non un enseignement obligatoire du droit romain ? L'opinion d'Esmein est sans ambiguïté. Il se prononce pour le *statu quo*[3]. Son argumentation fait appel aux exemples étrangers et notamment à l'exemple des Universités anglaises et des *Inns of Court* qui – même elles – ont intégré l'étude du droit romain dans leurs programmes[4].

Or c'est le droit romain qui a produit la dichotomie entre les deux systèmes juridiques, l'un insulaire et l'autre continental, et qui permettra la distinction entre deux types de procédures criminelles, l'une accusatoire et l'autre inquisitoire. La différence tient avant tout à l'objectif même de l'action pénale. Laboulaye l'indiquait : la procédure accusatoire vise à protéger l'individu accusé, tandis que tandis que la procédure inquisitoire vise la protection de la sécurité publique et, par extension, de la puissance

---

[1] A. Esmein, « La licence en droit et le droit romain », *RIE*, 1902, p. 302.
[2] *Ibid*.
[3] « Il paraît donc impossible en France d'exclure le droit romain de la licence en droit, sans enlever à celle-ci son caractère scientifique et tout caractère d'enseignement supérieur », A. Esmein, « La licence en droit et le droit romain », art. cité, p. 303. Voir également A. Esmein, « Quelques mots sur l'enseignement du droit romain », *RIE*, 1907, p. 16-18.
[4] « Aujourd'hui le droit romain est étudié en Angleterre, et figure sur les programmes des études juridiques, non pas seulement dans les Université, mais aussi dans les *Inns of Court*. Ce qui s'est passé en Angleterre, s'est produit aux Etats-Unis et l'on n'a qu'à lire la liste des cours professés dans quelques-unes des grandes Universités américaines, *John Hopkin's University*, *Harvard*, ou *Columbia College* par exemple, pour voir quelle place y occupe l'enseignement du droit romain », A. Esmein, « La licence en droit et le droit romain », art. cité, p. 303.

publique. Le sénateur constate : « Dans toute procédure, il y a un point auquel se rattache tout le système. On peut partir d'un intérêt qui est celui de l'accusé ; on peut dire, il y a un homme qui est accusé, la question est de savoir s'il est innocent ; il y a une recherche à faire, rien de plus. On peut partir de l'intérêt de la religion, et on arrive à toutes les lois d'hérésie. On peut partir aussi de l'intérêt de l'État, et l'on arrive à une procédure avec laquelle la procédure française n'a que trop de ressemblance. Dans ce système l'intérêt de l'État, doit passer avant tout. Notez que je ne pousse pas les choses à l'extrême. En poussant les choses à l'extrême, on arrive de tous côtés à l'absurde »[1].

L'auteur de l'*Histoire de la procédure criminelle en France* explique que la procédure pouvait prendre deux formes. La première était la procédure de l'*appeal*, « reproduction exacte de la vieille procédure féodale »[2], ouverte seulement à la « victime même »[3] du crime ou délit ou à ses héritiers en cas de mort. La seconde était une « accusation ouvert à tous »[4]. La différence entre ces deux formes de la procédure accusatoire est que la seconde entraîne la nécessité de l'intervention du jury d'accusation, tandis que la première peut la contourner au moyen du duel judiciaire. Et c'est d'ailleurs cette seconde forme, par accusation publique, qui deviendra le « modèle »[5] de la procédure criminelle anglaise.

Le droit anglais impose donc que toute procédure criminelle soit déclenchée par une accusation privée, prenant la forme d'une plainte émanée d'un particulier, victime ou non. Esmein soutient dans « Les jésuites devant les tribunaux anglais » paru en 1902[6] qu'il s'agit là d'un « principe fondamental du droit criminel anglais »[7] : « Celui-ci, en effet, fait juridiquement reposer toutes les poursuites sur ce que les Romains appelaient la *publica accusatio*. La poursuite à des fins pénales à raison d'un crime ou d'un délit quelconque peut toujours être intentée par un citoyen quelconque, alors même qu'il n'a aucun intérêt dans l'affaire et n'a point personnellement souffert de l'infraction, alors même qu'il s'agit d'un crime qui ne vise que l'État, d'un attentat contre la sûreté de l'État, d'une haute trahison, par exemple »[8]. La lecture du *Précis élémentaire d'histoire du droit français* ne laisse aucun doute. Traitant de la procédure criminelle établie par les lois de 1790 et 1791 en France, l'auteur écrit: « Mais, en principe, le soin d'engager la procédure était laissé aux particuliers, comme en Angleterre »[9].

Ainsi l'accusateur est toujours un particulier, qui doit établir, seul, la culpabilité de l'individu contre lequel il porte ses accusations. *A contrario*, la procédure inquisitoire, héritée du droit canonique[10], n'exige pas la plainte d'un particulier pour que s'engage une

---

[1] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 726.
[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 317.
[3] *Ibid*.
[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 318.
[5] *Ibid*.
[6] L'article est consacré à un procès criminel anglais opposant le représentant d'une association protestante à trois pères jésuites, accusés d'enfreindre la loi anglaise qui prohibe les congrégations de jésuites et leurs membres sur le sol anglais : A. Esmein, « Les jésuites devant les tribunaux anglais », *RPP*, 1902, tome XXXIII, p. 357-364.
[7] A. Esmein, « Les jésuites devant les tribunaux anglais », art. cité, p. 359.
[8] *Ibid*.
[9] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 256.
[10] « Au XIVe siècle nous avons voulu emprunter à l'Église une législation qui semblât plus en rapport avec l'unité monarchique : c'est la procédure inquisitoriale que nous avons choisie. Je ne veux pas dire que ce soit la procédure de l'inquisition. L'inquisition ne s'appelle ainsi que parce qu'elle a suivi cette procédure. C'était un des mauvais souvenirs de l'empire romain. Elle était secrète. On demandait à l'accusé de quoi il se sentait

procédure à l'encontre d'un individu. L'accusation, dans la procédure fixée en France par l'Ordonnance de 1670, peut être portée par la seule partie publique sur dénonciation, ou au soutien d'une plainte. L'*Histoire de la procédure criminelle en France* est on ne peut plus net sur ce point : « Dorénavant et plus que jamais, il est vrai de dire qu'il n'y a qu'un véritable accusateur, le procureur du roi ou du seigneur ; la partie privée ne peut demander que des dommages et intérêts »[1]. L'affirmation est renouvelée quelques pages plus loin : « En France, la poursuite était tout entière pour ainsi dire aux mains du ministère public, les parties privées ne pouvant agir qu'à fin de dommages et intérêts »[2]. L'auteur précise encore que si toutefois quelques éléments de l'ancienne procédure accusatoire féodale persistent, le rôle le plus important de l'accusation revient au ministère public : « Le ministère public n'a l'air de venir qu'à la suite et à défaut des plaignants ; mais c'est là une vaine apparence ; ou plutôt, si cette façon de présenter les choses a quelque réalité, c'est au point de vue fiscal ; s'il y a partie civile ; c'est elle qui fait les frais du procès ; sinon c'est le roi ou le seigneur justicier »[3].

Cette accusation par une partie publique dans la procédure française de 1670 tranche alors avec la procédure accusatoire anglaise fixée, elle, sur l'opposition de deux parties privées. La procédure inquisitoire impose donc l'existence d'un ministère public dont les représentants sont chargés d'assurer la poursuite des délits et des crimes : c'est même là leur raison d'être.

Esmein établit dans l'*Histoire de la procédure criminelle en France*, par touches successives, la chronologie du lent développement de l'institution du ministère public en France. C'est d'ailleurs l'un des mérites retenus par Rodolphe Dareste dans le rapport qu'il rédigea sur l'attribution du prix Bordin de 1880 à l'étude du jeune professeur. La préface reproduit une partie du rapport : « L'auteur prend la procédure inquisitoire à son origine au XIIIe siècle ; il montre la justice royale se substituant à la justice féodale, *la poursuite par le ministère public à l'accusation privée* ; enfin la preuve par témoins au combat judiciaire, au serment, au jugement de Dieu »[4].

L'*Histoire de la procédure criminelle en France* – puis plus tard le *Cours élémentaire d'histoire du droit français*[5] – offrent des développements conséquents[6] sur la naissance de l'institution du ministère public en France. Remontant à la charnière du XIIIe et du XIVe siècle, l'institution trouve son origine dans les procureurs du roi[7] et les procureurs fiscaux[8] qui, de façon exceptionnelle[9] étaient autorisés à plaider pour le roi ou leurs seigneurs respectifs « pour faire valoir leurs droits soit devant les juridictions étrangères, soit même

---

coupable ; et quand il déclarait qu'il n'avait commis aucun crime, on lui disait : eh bien retournez en prison jusqu'à ce que vous vous sentiez coupable », É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 725.

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 221.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 418.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 222.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. IX, nous soulignons.

[5] Le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* de 1892 consacre en effet de larges développements à l'institution du ministère public et à sa naissance : voir p. 387-391.

[6] Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 100 et suivantes.

[7] Voir également *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 387-390.

[8] Voir également *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 390.

[9] « Exceptionnellement le roi et les seigneurs souverains pouvaient demander par procureur ; telle est l'origine et tel est le sens primitif de la maxime : « Nul ne plaide en France par procureur hors le roi » », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 100.

devant leurs propres juridictions »[1]. Devenus officiellement[2] des fonctionnaires de la Couronne sous le règne de Philippe IV, ils devinrent des dénonciateurs publics mais aussi de partie au procès en s'intégrant dans les rouages de la procédure *per inquisitionem* léguée par le droit canonique[3] : « Tel est le rôle que va jouer le procureur, il est le dénonciateur de tous les crimes, et intervient dans toutes les poursuites, soit qu'il se présente seul, soit qu'il se joigne à un particulier »[4].

L'ouvrage consacré à l'Ordonnance de 1670 établit surtout que cette institution du ministère public est une invention typiquement française. Passant en revue les procédures étrangères et continentales, l'auteur démontre que seule la France a su organiser de façon minutieuse l'action et le rôle de la partie publique au cours du procès criminel : « Une institution surtout distinguait la France des nations voisines, c'est celle du ministère public. Ce n'est pas qu'on ne la trouve pas à l'étranger, mais ou bien elle a été introduite par l'influence française, ou elle est imparfaite et ne forme pas comme chez nous une pièce essentielle du mécanisme de la procédure »[5]. Ainsi les États italiens ne connaissent pas à proprement parler le ministère public mais instituent dans leur procédure criminelle un procureur fiscal – *procurator fiscalis* – qui se développant ça et là à partir du XVe siècle[6] se verra attribué des pouvoirs proches de ceux du ministère public français : « Il faut reconnaître en effet que Julius Clarus à plusieurs reprises déclare nettement que le procureur fiscal est vraiment partie au procès ; et si, d'autre part, le fiscal ne peut tout d'abord que provoquer le juge à ouvrir une information, ne prenant un rôle actif que lorsque celle-ci a donné des résultats, cela est tout à fait conforme aux principes qui au XVe et XVIe siècles déterminent en France les pouvoirs du ministère public »[7]. Il en va de même pour les États allemands qui ne font pas de place à l'institution du ministère public dans leurs procédures criminelles. Certes, Esmein reconnaît l'institution de procureurs

---

[1] *Ibid*.

[2] « Mais dés 1302 Philippe le Bel réglemente leur fonction, en des termes qui portent à croire que l'institution existait déjà depuis longtemps », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 101.

[3] « Comment les procureurs s'introduirent-ils dans la procédure criminelle ? Ce n'est point en se présentant comme accusateurs directs, en formant partie ; bien qu'on trouve quelques traces d'une semblable conception, cela devait paraître trop contraire aux vieux principes, qui exigeaient chez une personne un intérêt direct pour qu'elle pu accuser. C'est dans l'enquête d'office qu'ils s'insinuèrent ; ils se glissèrent par une ouverture que leur ménageait la procédure *per inquisitionem* du droit canonique. Selon le droit canon, nous l'avons vu, le juge peut être excité par un dénonciateur à user de son pouvoir, et le dénonciateur peut rester partie au procès, administrant ses témoins et fournissant ses preuves ; cela s'appelle *promovere* ou *prosequi inquisitionem* », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 103.

[4] *Ibid*. Mais également : « Les procureurs du roi avaient pour fonctions générales d'intenter des actions au nom du roi lorsqu'il y avait lieu, et de défendre à celles qui étaient dirigées contre lui ; en outre, d'intervenir et de requérir dans toutes les causes où le roi était intéressé. Cela faisait que tantôt ils figuraient comme partie principale, tantôt comme partie jointe, lorsqu'ils appuyaient un plaideur, partie principale. L'intérêt royal qu'ils étaient chargés de faire valoir fut d'ailleurs successivement entendu de diverses manières. Tout d'abord, on ne prit en considération que les droits pécuniaires de la royauté ; puis le roi étant considéré comme le représentant de l'intérêt public, c'est l'intérêt public même que ses procureurs et avocats furent appelés à défendre devant les tribunaux », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 390-391.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 284-285.

[6] « En somme il faut admettre que c'est seulement à partir du XVe siècle que les fiscaux ont été introduits dans certaines contrées d'Italie, et la cause principale de leur introduction fut l'influence exercée par le France et l'Espagne sur l'Italie. Spécialement au XVIe siècle nous trouvons en Savoie la procédure criminelle avec un fiscal tout à fait dans la forme française, ce qui doit être attribué à l'influence que la France exerça sur la Savoie à partir du XVe siècle », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 292.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 292-293.

fiscaux qui « ne sont que des organes de la procédure accusatoire »[1] mais il précise qu' « il n'y eut jamais là une institution nationale »[2].

L'institution du ministère public est donc une particularité française, « une des meilleures créations due au génie français »[3]. Fidèle à sa source philosophique principale, l'auteur d'*Histoire de la procédure criminelle en France* rappelle à son lecteur que Montesquieu lui-même voyait dans cette institution « une loi admirable ». Le chapitre VIII[4] du sixième livre de *l'Esprit des lois* considère en effet : « Nous avons une loi admirable : c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal, pour poursuivre, en son nom, tous les crimes : de sorte que la fonction de délateurs est inconnue parmi nous ; et, si ce vengeur public était soupçonné d'abuser de son ministère, on l'obligerait de nommer son dénonciateur. […] La partie publique veille pour les citoyens ; elle agit, et ils sont tranquilles »[5].

L'action du ministère public en France vise à la sauvegarde de l'ordre et de l'intérêt publics. Le droit criminel tel qu'il est conçu en France à l'époque d'Esmein considère que le droit de punir appartient à la puissance publique. Cela justifie l'inclusion du droit criminel dans le droit public. Cette conception n'a pas de sens pour le droit anglais, comme l'expose brillamment Laboulaye dans son étude sur la législation criminelle en Angleterre : « En Angleterre, où l'on part de l'individu, l'accusation est une affaire privée. C'est l'application à un procès criminel du système suivi dans toute espèce de procès. Il y a dans tout procès un demandeur, un défendeur, dont les positions sont parfaitement égales ; tout deux ont leurs avocats constitués. […] Nous, au contraire, nous remettons toute la conduite de l'accusation au ministère public, c'est-à-dire que l'État est partie dans l'affaire : l'État se considère comme le gardien de la sécurité publique, et il entre dans le procès pour y prendre la plus grosse part »[6]. Il conclut ce passage par l'incompréhension que suscite ce système en Angleterre : « Cette idée est complètement étrangère, non pas que l'on y pense point à la sécurité publique, mais il ne paraît pas aux Anglais que l'État soit intéressé dans un procès criminel ; ils ne voient pas l'intérêt qu'un magistrat intervienne au nom de la puissance publique, parce qu'un homme a commis un crime. La justice commune est suffisante. Quand cet homme sera châtié, la sécurité publique sera consolidée »[7].

Les institutions criminelles anglaises ne connaissent en effet pas l'existence d'un ministère public structuré ayant la charge de poursuivre tous les crimes ou délits qui ne le seraient pas par une partie privée, ou de les poursuivre conjointement à cette dernière. Esmein ne s'arrête pas sur la question. Il dit au contraire sa faveur pour l'institution du ministère public lorsqu'il commente les lois criminelles de la Révolution.

L'institution est si utile à ses yeux que le professeur parisien ne peut s'empêcher de regretter que la Constituante – dans sa volonté de reproduire la procédure anglaise tant

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 312.
[2] *Ibid*.
[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 417.
[4] Il s'agit bien du chapitre VIII et non du « chapitre 22 » comme l'indique la réédition de 1969 d'*Histoire de la procédure criminelle en France*. Voir p. 363.
[5] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. I, p. 109.
[6] *Ibid*.
[7] *Ibid*.

admirée par ses membres – tentât de l'abolir. Esmein écrit : « C'est bien l'Angleterre qu'on imitera ; on s'avancera même tellement dans cette voie, qu'on sacrifiera, pour que l'imitation soit complète, quelques-unes des meilleures créations dues au génie français : l'institution du ministère public, *cette loi admirable*, que Montesquieu avait si bien mis en lumière, disparaîtra pour un temps de notre organisation judiciaire »[1]. Il revient sur cette prédilection des Constituants pour les institutions criminelles anglaises quelques pages plus loin : « Les principes de la loi anglaise étaient en effet singulièrement d'accord avec l'esprit de la Révolution. Le pouvoir dominant du juge de paix au début de l'instance, la large initiative laissée aux citoyens dans la poursuite des délits devaient, aux yeux de la majorité des constituants, tenir en échec l'institution du ministère public »[2]. Toutefois, comme le souligne son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*, « l'Ecole des anglicisants fut battue presque sur toute la ligne »[3]. En effet, si le ministère public disparaît dans la forme qu'il prenait avant la Révolution, la Constituante décida de séparer les fonctions initialement détenues par le ministère public : « Il y avait bien entendu, un ministère public près de ce tribunal [de district] mais c'est là qu'apparaît la division des fonctions, dont j'ai parlé plus haut. L'Assemblée, après de longues discussions, n'avait pas voulu confier au commissaire du roi, à l'homme du Gouvernement, le droit de diriger et soutenir les poursuites criminelles »[4].

L'article 8 de la loi des 16 et 24 août 1790 avait effectivement établi l'existence de commissaires du roi « chargés de requérir l'application des lois devant les tribunaux auxquels ils étaient attachés »[5]. A côté de lui fut en effet institué par le décret du 1er décembre 1790 l'accusateur public qui, comme son titre l'indique, était chargé d'assurer la poursuite, au nom du roi, devant le tribunal criminel. Esmein précise : « L'accusateur public n'intervenait qu'après la mise en accusation décidée par le jury d'accusation. Il ne pouvait porter au tribunal aucune autre accusation. Cependant il pouvait recevoir des dénonciations soit du pouvoir exécutif (par l'intermédiaire du Commissaire du roi), soit du Commissaire du roi, soit du tribunal criminel, il les transmettait alors au juge de paix »[6].

Esmein considère que ce partage des fonctions, ajouté à la limitation du pouvoir d'accusation conféré à l'accusateur public, menait à l'annihilation pure et simple du ministère public : « Un fait capital, c'est que l'organisation du ministère public était tout entière mise à bas. Non seulement les fonctions remplies autrefois par le procureur du roi étaient *inutilement* réparties entre le commissaire du roi et l'accusateur public ; mais ce dernier *n'avait pas en réalité la poursuite des crimes*. Sans doute la loi lui donnait « la surveillance sur tous les officiers de police du département qu'il pouvait avertir en cas de négligence de leur part, ou même traduire disciplinairement devant le tribunal criminel », mais il n'intervenait en personne que lorsque l'accusation était déjà décrétée, il n'apparaissait que comme un avocat, qu'on choisit lorsque le procès est déjà engagé »[7]. En même temps qu'elles procédaient à la division des fonctions du ministère public entre deux

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 417.
[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 419.
[3] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 98.
[4] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 110.
[5] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 103. Voir également *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 110.
[6] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 110-111.
[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 429, nous soulignons. Il poursuit : « C'est seulement lorsqu'un officier de police judiciaire était coupable de prévarication que l'accusateur pouvait poursuivre ; en dehors de ce cas, s'il recevait une dénonciation, il devait la transmettre au juge de paix », *Ibid.*

fonctionnaires distincts, les lois des 16 et 24 août 1790 et du 29 septembre 1791 occultaient surtout la distinction « longuement élaborée dans l'évolution de l'ancien droit »[1] entre « l'action publique » et « l'action civile ». Cette distinction quasiment oubliée au cours des débats à la Constituante reparaît avec force dans le Code de Brumaire an IV. Esmein le signale avec satisfaction : « Dés les premiers articles du Code de Brumaire nous trouvons une distinction, qui était l'un des axiomes fondamentaux de l'ancien droit, et que la loi de 1791 avait effacée, la distinction de l'action publique et de l'action civile »[2]. Il voit dans de réintroduction de l'action publique un élément qui « portera plus tard ses fruits et contient en germe la reconstitution du ministère public »[3].

Cette reconstitution est exposée en détails par l'*Histoire de la Procédure criminelle en France* et de façon plus succincte dans le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*. L'auteur souligne que c'est sous le Consulat, par l'article 63[4] de la Constitution du 22 frimaire an VIII qu'il est procédé à la réunion des fonctions d'accusateur public et de commissaire du roi, devenu Commissaire du *gouvernement*. Mais cette réunion des fonctions impliquait alors de préciser le rôle de cette nouvelle figure du ministère public. Aussi Esmein souligne-t-il l'importance de la loi du 7 pluviôse an IX qui confie les poursuites criminelles au commissaire du gouvernement et en précise les conditions. Il met notamment en exergue le fait qu'il revient au ministère public, en la personne du commissaire du gouvernement ou de l'un de ses substituts, d'édicter un mandat de dépôt lorsqu'il se voit amener devant lui un individu arrêté légalement par un juge de paix ou un officier de gendarmerie. Ce droit de placement en détention dès l'arrestation, confié au ministère public, symbolise parfaitement ce droit de poursuite qu'il a retrouvé. Ajouté au fait qu'il appartient toujours à ce même ministère public de recevoir plaintes et procès verbaux qui lui sont communiqués par « ses auxiliaires », le commissaire du gouvernement réunit entre ses mains la poursuite et l'instruction : « C'est là une création nouvelle, et à vrai dire on donnait au ministère public un pouvoir qu'il n'avait jamais eu. La barrière, qu'on déclarait élever entre l'instruction et la poursuite, s'abaissait devant lui ; toutes les pièces se concentraient entre ses mains et il ordonnait la détention préventive »[5]. Certes l'instruction, telle que définie par la loi du 7 pluviôse an IX, était menée par un juge d'instruction nouvellement créé mais Esmein souligne que « Le ministère public et le magistrat instructeur agissaient de concert, le premier requérant, le second décidant et instruisant (art.12 et 13) »[6].

Si les premières années de l'Empire ne modifient en rien – hormis les titres officiels – le statut du ministère public, le Code criminel de 1808 va poser la question du maintien

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 438.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 442. Il vise les articles 5, 6 et 8 du Code de Brumaire. L'article 5 dispose : « L'action publique a pour objet de punir les attentes portées à l'ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires établis à cet effet ». L'article 6 dispose : « L'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé. Elle appartient à ceux qui ont souffert du dommage ». Enfin l'article 8 dispose : « L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, elle peut aussi l'être séparément ».

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 443.

[4] L'article dispose : « La fonction d'accusateur public près du tribunal criminel, est remplie par le commissaire du gouvernement ».

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 453. Il évoque plus loin « le système inauguré par la loi de pluviôse », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 531.

[6] *Ibid*.

des fonctions de poursuites et d'instruction dans les mains des « procureurs impériaux » et de leurs substituts « les magistrats de sûreté », qu'ils partagent avec le juge d'instruction. Après d'âpres débats[1], décision fut prise d'adopter dans le Code une séparation de ces deux fonctions tempérée par un élément relatif au flagrant délit. C'est la flagrance du délit commis[2] – déterminée par la loi – qui autorise le ministère public à poursuivre le délit mais aussi à établir un certain nombre d'actes d'instruction, notamment l'audition des éventuels témoins. Esmein conclut sur ce point : « Quant à la division des fonctions entre les deux magistrats, les principes traditionnels de l'ancien droit avaient donc triomphé et l'on ne peut que s'en féliciter »[3]. Les réformes du Second Empire, amplifiant le rôle du juge d'instruction[4], ne reviendront pas pour autant sur la distinction entre les fonctions et les tempéraments que leur a initialement apportés le Code adopté en 1808.

Quant à ces pouvoirs du ministère public, Laboulaye est plus sévère que ne le sera Esmein une vingtaine d'années après lui. Il paraît au professeur au Collège de France que ce pouvoir constitue l'un des points les plus distinctifs entre les procédures française et anglaise : « Il y a aussi une différence énorme dans la manière de comprendre l'intervention de la puissance publique. En Angleterre, la police ne peut intervenir sans mandat d'arrêt, ce mandat ne pouvant être délivré que sur plainte d'une partie. En France, c'est l'État qui paraît seul et qui agit. Nous avons conservé toute notre ancienne procédure ; nous l'avions abandonnée en 1790, nous avions rompu avec les errements de notre vieille législation, le Code d'instruction criminelle nous y a ramenés : l'empereur voulait un pouvoir absolu. Mais dés que vous faites intervenir l'État, que se passe-t-il ? Évidemment vous aurez une procédure pareille à celle qui existe aujourd'hui »[5]. Esmein étudiera à partir de la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* les réformes de la « législation libérale » de la IIIe République qui encadrerons plus strictement les conditions d'arrestation et de détention provisoire, ce qui explique en partie la différence d'appréciation sur les pouvoirs du ministère public entre ses écrits et ceux plus anciens d'Édouard Laboulaye.

De l'autre côté de la Manche, on trouve également dans la procédure criminelle un agent représentant la Couronne[6] : l'*attorney général*. Par ses fonctions de « représentant de la puissance publique », *l'attorney general*[7] - comme son substitut le *solicitor general*[8] - peut être

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.* p. 529-531.

[2] « Ainsi la division des fonctions entre le juge et le procureur, la distinction entre la poursuite et l'instruction, furent admises avec ces tempéraments. Voilà comment il se fait que le flagrant délit a repris dans le Code d'instruction criminelle une place importante, qu'il n'occupe d'ordinaire que dans les législations primitives. Voilà aussi comment il se fait que la loi, à côté du flagrant délit proprement dit, énumère un certain nombre de cas, qui y sont assimilés », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.* p. 531-532.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.* p. 532.

[4] Voir notamment *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.* p. 572-576.

[5] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 727.

[6] « Il faut ajouter que souvent, dans les crimes très graves, l'avocat de l'accusation sera un *représentant*, un conseil de la Couronne ; ce pourra être l'attorney général », A. Esmein, « Le " *Criminal Evidence Act* " et le serment des accusés en Angleterre », *RPP*, 1898, tome XVIII, p. 352, nous soulignons.

[7] « L'*attorney general* est spécialement chargé de poursuivre les crimes les plus graves, ceux qui peuvent être considérés comme attentatoires à l'autorité de la reine, les assassinats, les morts violents constatées par le *coroner*. C'est aussi l'*attorney general* qui défend l'intérêt du souverain devant la cour de l'Échiquier, il poursuit d'office le recouvrement des sommes d'argent et la réparation des dommages dus à la couronne… », E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…, op. cit.*, t . VI, p.484.

[8] Voir E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…, op. cit.*, t. VI, p. 485.

rapproché du ministère public français, dans le sens où il peut assurer la poursuite au nom de la Couronne. Mais la comparaison avec le du ministère public français doit s'arrêter à ce point. D'abord parce que l'*attorney general* n'est pas un magistrat, ni même un fonctionnaire. L'éminente étude d'Ernest Glasson, citée par Esmein, nous apporte des précisions : « malgré ces importantes fonctions, l'*attorney general* ne fait pas partie de la magistrature, il est simplement l'avocat choisi par la reine pour la représenter »[1]. Ensuite lorsque l'*attorney general* poursuit sur demande et au nom de la Couronne[2], il peut se faire représenter par un avocat de son choix : « L'*attorney general* siège en personne dans les affaires criminelles ou fiscales les plus graves ; dans les autres il se fait ordinairement représenter par un avocat du barreau »[3]. Enfin et surtout, l'*attorney* et son substitut, bien que représentant la Couronne en tant que partie publique, sont placés dans l'exacte situation d'une éventuelle partie privée au procès. Laboulaye en 1864 soulignait déjà : « Quand il s'agit d'un meurtre, la loi anglaise fait intervenir l'*attorney general*, mais ce n'est encore qu'un avocat qui vient plaider dans des conditions d'égalité parfaite contre l'avocat de la défense »[4]. Esmein le relève également. Il remarque d'abord dans la comparaison qu'il opère entre les procédures des deux pays au XVIIIe siècle, qu'il n'est pas fréquent de voir l'*attorney general* se porter partie au procès : « En Angleterre, bien que tous les crimes (*felonies*) fussent présentés au grand jury au nom de le Couronne (*pleas of the crown*), la procédure, nécessairement accusatoire, ne connaissait en général que l'accusateur privé (*private prosecutor*) ; l'*attorney general* ne se portait que rarement accusateur »[5]. Puis il explique dans « Les jésuites devant les tribunaux anglais » que dans le cas où l'*attorney general* se porte partie au procès, la procédure veille à une égalité quasi-parfaite entre lui et les autres parties : « Il y a plus, lorsque la poursuite a lieu, comme cela arrive souvent, au nom de la Couronne, celle-ci agit en principe au même titre qu'un particulier ; celui qui la représente, fut-il l'*attorney general*, a à peines quelques prérogatives, dont ne jouissent pas les *Counsels* des parties ordinaires »[6].

Esmein se limite à ces quelques remarques. La raison est que l'absence de ministère public n'est pas, en soi, une garantie de plus contre l'arbitraire du pouvoir étatique ; son

---

[1] E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…, op. cit.*, t. VI, p. 484. Il précise plus loin : « D'ailleurs l'*attorney general* et le *solicitor general* étant en droit des hommes de lois ordinaires, chargés de plaider et de consulter pour le gouvernement, rien ne s'oppose à ce qu'ils conservent leur clientèle particulière ; tel était bien aussi autrefois le caractère des avocats et procureurs de France, avant qu'ils fussent élevés à la dignité de magistrats », E. Glasson, *du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…, op. cit.*, t.VI, p. 485. Voir également L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 169.

[2] Voir E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…, op. cit.*, t.VI, p. 724-725.

[3] E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…, op. cit.*, t. VI, p. 485.

[4] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 726.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.* p. 418.

[6] Il poursuit en citant *A history of the criminal law in England* de *sir* James Stephen : « En Angleterre et, autant que je puis savoir, en Angleterre seulement et dans quelques colonies anglaises, la poursuites des infractions est entièrement laissées aux particuliers, ou à des officiers publics agissant en leur qualité de particuliers et qui ont à peine quelques pouvoirs légaux au-delà de ceux qui appartiennent aux particuliers…La procédure suivie est exactement la même dans tous les cas et quel que soit le poursuivant. Une poursuite pour haute trahison, conduite par l'*attorney general*, ne diffère en aucun point ou principe particulier de la poursuite d'un domestique par son maître pour une demi-couronne détournée », A. Esmein, « Les jésuites devant les tribunaux anglais », *RPP*, 1902, tome XXXIII, p. 359.

appréciation du ministère public en France en témoigne. Sur ce point, on peut même s'étonner que ses travaux ne mentionnent à aucun moment les demandes et tentatives d'instauration d'un ministère public en Angleterre, comme le soulignent Laboulaye[1] ou plus tard Glasson[2].

Si l'institution du ministère public n'est pas remise en cause par les libéraux du XIXe siècle[3], on observe toutefois que la question de l'égalité des armes – du « *fair play* »[4] comme le dit Prévost-Paradol – entre la partie publique poursuivante et la défense est posée. Laboulaye voit dans ce « principe tutélaire de la justice criminelle en Angleterre »[5] une garantie évidente d'assurer à l'individu accusé une garantie supplémentaire. Il constate « qu'avec un ministère public cette égalité n'existe pas »[6]. Il poursuit : « Les Anglais citent souvent nos débats criminels, et le double rôle qu'y joue le procureur général. S'il attaque c'est un avocat violent et qui ne respecte rien ; si on l'attaque, c'est un magistrat inviolable. Où est l'égalité ? ». La charge est plus violente dans la première partie de l'article : « Le droit d'interroger les témoins ne peut s'exercer librement dans nos cours d'assises avec la puissance que nous donnons à l'avocat général. L'avocat du prévenu a toujours l'air de mettre en suspicion la puissance publique, quand il attaque les témoins. Ainsi, vous voyez qu'en partant de ce principe, que l'État doit intervenir, on expose le prévenu, un innocent peut-être, à cette énergique action de l'État qui écrase l'individu. L'accusé est sans aucun moyen de résistance contre cette action puissante, soutenue par le président, par l'acte d'accusation, par l'instruction préparatoire, par la position faite aux témoins, s'ils viennent à changer d'opinion. Il y a une machine énorme contre laquelle l'individu ne peut se défendre »[7].

On le voit, Laboulaye soulève la délicate question de l'appartenance à la magistrature du représentant du ministère public au cours du procès criminel. Prévost-Paradol dans *La France nouvelle* s'interroge également sur le statut de magistrat de l'accusateur au cours de l'audience : « Certes l'institution du ministère public nous est indispensable, surtout au criminel, en ce qui touche l'initiative et la direction des poursuites, et il est impossible de s'en remettre en France, comme on le fait souvent en Angleterre, à l'intérêt et à l'énergie de la partie lésée pour assurer la punition des coupables. Mais si cette raison péremptoire défend contre toute tentative de réforme les

---

[1] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 26-27.

[2] E. Glasson, *du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…, op.cit.*, t. VI, p. 484.

[3] On notera, au début du XXe siècle, la parution en plusieurs parties d'un article anonyme à la *RDP*, consacré à l'étude du ministère public en France et qui soulève les défauts de l'absence d'une telle institution en Angleterre : voir …, « Du ministère public », *RDP*, 1901, t. XV, p. 385-393 (1ère partie) ; 1901, t. XVI, p. 96-125, p. 297-309, p. 452-475. Voir également la suite de l'article consacré à l'institution du juge d'instruction : « Du juge d'instruction », *RDP*, 1902, t. XVII, p. 193-210 ; 1902, t. XVIII, p. 67-108.

[4] « Lorsqu'on examine l'ensemble de cette procédure [française], il est impossible de ne pas reconnaître qu'a l'exception de l'intervention finale et décisive du jury, qui est le refuge suprême de l'accusé, les intérêts de l'accusation sont beaucoup mieux servis et protégés que les droits de la défense. Ou plutôt l'idée du droit individuel, c'est à dire de cette lutte à armes égales que les Anglais appellent *fair play* (franc jeu), entre l'accusation et la défense, est étrangère à l'idée de cette procédure », L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 183.

[5] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 27.

[6] *Ibid*.

[7] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 728. Voir également É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 18-19.

fonctions de procureur général et de procureur impérial, elle ne justifie pas, au même degré, l'utilité de nos avocats généraux, et rien n'empêche de demander si l'on ne pourrait pas, avec avantage pour la chose publique, remettre aux chefs de nos parquets le droit et le soin de se faire assister ou représenter à l'audience par un avocat de leur choix qui, sans renoncer le moins du monde au barreau, aurait, ce jour-là, comme en Angleterre, l'État et la société pour clients »[1]. Toutefois, sur ce point précis, on doit constater que l'œuvre d'Esmein est muette. On ne trouve en effet aucune proposition similaire à celles exprimées par les libéraux précédemment cités. Même Antoine Saint Girons dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs* envisage de remplacer les magistrats du ministère public aux assises criminelles par des avocats choisis temporairement par le pouvoir exécutif. Le professeur lyonnais y voit une des réformes « qui fortifieraient l'autorité judiciaire, en lui donnant un plus grand prestige et une plus grande indépendance »[2]. Sans doute le silence d'Esmein sur ce point s'explique-t-il par le fait qu'il n'y voit pas un aspect crucial de la sauvegarde de la liberté de l'accusé.

[1] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 170.
[2] A. Saint Girons, *Essais sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 445.

II
Les garanties offertes par la procédure accusatoire

Les première garanties offertes par la procédure accusatoire anglaise se présentent dés l'instruction préparatoire. Celle-ci marque une première différence d'avec la procédure inquisitoire française. Car si l'instruction préparatoire est l'élément peu favorable pour l'accusé dans la procédure continentale – nous l'avons vu avec la torture dans le premier titre – elle est réduite à portion congrue dans la procédure anglaise. Adhémar Esmein relève à plusieurs reprises dans son oeuvre la rapidité et la simplicité de l'instruction en Angleterre. Décrivant le processus par accusation publique qui se développa en Angleterre, il souligne que cette procédure « débutait par une sorte d'instruction préparatoire très courte, tout à fait rudimentaire »[1]. S'il admet qu'au XVIIe siècle en Angleterre cette instruction préparatoire pouvait être secrète[2], il n'en reste pas moins que cette phase de la procédure restait brève : « En Angleterre l'instruction antérieure aux débats était fort peu de chose, presque entièrement confiées au juge de paix, elle ne constituait qu'un élément insignifiant du débat définitif »[3]. Il le rappelle une fois encore dans l'article qu'il consacre à l'adoption du *Criminal evidence Act* de 1898 : « Si nous prenons pour exemple un crime, *felony*, nous voyons bien qu'au début de la poursuite, après *une sorte d'information sommaire* qui, de nos jours, est presque exclusivement faite par la police, l'inculpé est conduit devant un juge de paix (*Magistrate*) ou devant une *Police Court*, qui décide s'il doit être renvoyé devant un jury d'accusation »[4].

Comme le rappelle Laboulaye[5], cette information[6] par laquelle s'engage la procédure accusatoire anglaise débute par l'appréhension de l'individu suspecté. À ce tire, Esmein loue l'existence et le rôle du « *Justice of peace* »[7], c'est-à-dire le juge de paix. Ce « magistrat qui était devenu le principal officier de police judiciaire »[8] se trouve être le pivot dans cette première phase de la procédure. On sait que les Assemblées de la Révolution importèrent cette institution. Le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*, qui s'attache à l'organisation judiciaire révolutionnaire, offre quelques développements sur le juge de paix et notamment sur son origine anglaise. Traitant de la justice civile dans les lois de 1790 et 1791, l'auteur explique : « Au bas de l'échelle (très courte d'ailleurs) était le *juge de paix*. Le nom avait été emprunté à l'Angleterre (*justice of peace*). Mais le juge de paix anglais du XVIIIe siècle était bien différent de ce que devait être le juge de paix français. Les meilleurs historiens du droit en Angleterre tiennent aujourd'hui que les *justices of peace* ont été élus d'abord par les Comtés, mais ils sont vite devenus des commissaires royaux,

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 318.
[2] « Cette première partie de la procédure pouvait être secrète », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 319.
[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 418.
[4] A. Esmein, « Le " *Criminal Evidence Act* " et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 348-349, nous soulignons.
[5] « Le premier degré de la procédure, c'est l'*arrest*, c'est à dire l'appréhension de la personne suspecte, afin qu'elle ai à répondre du crime dont on l'accuse », É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 25.
[6] Voir P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. II, p. 315.
[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 318. Voir aussi *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 104.
[8] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 318.

dont la liste pour le Comté est périodiquement révisée. Surtout, au XVIIIe siècle, le juge de paix présentait deux traits distinctifs : c'était d'abord un personnage important, pris dans la petite noblesse ou la *gentry*. D'autres part, ses attributions étaient surtout administratives, ou, du moins il n'avait qu'une compétence civile très réduite »[1]. On ne trouve ici rien de plus que ce que l'on trouve dans le *Cours* de Pellegrino Rossi[2].

Le juge de paix anglais est chargé d'établir les premiers actes de la très courte instruction. Sur ce point, la législation française de 1790 et 1791 ne fera qu'imiter la législation anglaise[3] : « L'instruction préparatoire *comme alors en Angleterre*, était confiée au juge de paix, qui avait la police de sûreté dans chaque canton »[4]. La procédure anglaise institue le juge de paix comme le magistrat chargé de délivrer l'ordre d'arrestation de l'individu suspecté d'un crime ou d'un délit. Esmein expose clairement ce rôle en se fondant sur l'enseignement de Blackstone : « L'accusateur commençait par demander contre celui qu'il accusait un ordre d'arrestation ou un mandat de citation, et à cet effet il devait généralement s'adresser au magistrat qui était devenu le principal officier de police judiciaire, au juge de paix "*Justice of peace*". Celui-ci examinait les faits allégués par le poursuivant, auquel il pouvait demander un serment affirmatoire, et délivrait, s'il y avait lieu, le *warrant* ou ordre d'arrestation. L'officier chargé de ramener le *warrant* à exécution, devait conduire la personne arrêtée devant le juge de paix, lequel faisait alors une sorte d'instruction »[5].

Bien que Rossi et Laboulaye notent le fait qu'un officier de police pourait agir sans *warrant*[6], il s'agit là pour Esmein de la consécration du principe de l'intervention d'un magistrat – le juge de paix en est un – dans la décision d'arrestation d'un individu suspecté de crime ou de délit. Une fois l'individu suspecté amené devant le juge de paix, ce dernier procèdera à un interrogatoire qui fait office d'instruction. Le juge de paix recueille alors, par écrit, les déclarations de l'accusé et des poursuivants. Cette première étape de l'arrestation en Angleterre contient les deux premières garanties offertes par la procédure selon Laboulaye : la garantie contre les perquisitions arbitraires[7] et la garantie contre les arrestations arbitraires[8].

---

[1] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 104.
[2] Voir P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. II, p. 313.
[3] Sur l'institution du juge de paix et son rôle dans la procédure criminelle établie par les lois des 16 et 24 août 1790 et des 16 et 29 septembre 1791 : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 418-421. Voir également *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 104-111.
[4] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 109, nous soulignons.
[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 318-319.
[6] « L'arrêt peut être fait de quatre façons : par un officier avec *warrant* ou mandat ; par un officier sans mandat ; par un particulier sans mandat ; par cri public, *by hue and cry* », É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 25. « Enfin un particulier peut-être mis en état d'arrestation par des officiers publics, juge de paix, shérifs, coroners, constables et même watchmen ; et cela peut arriver de deux manières ; ils peuvent procéder à l'arrestation sans *warrant*, c'est-à-dire sans ordre du magistrat, ou comme nous dirions, sans mandat ; ou bien en vertu d'un *warrant* c'est-à-dire en vertu d'un ordre, d'un mandat », P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. II, p. 312.
[7] « La première liberté reconnue par la constitution, c'est que la justice seule a le droit de mettre la main sur un citoyen et sur ses papiers ; la justice seule a le droit d'entrer dans sa maison, jamais la police ne peut le faire » É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol., p. 723.
[8] « La seconde garantie est celle-ci. On ne peut arrêter personne que sur un mandat délivré par un magistrat et garanti par la signature du plaignant », *Ibid*.

Esmein insiste sur deux aspects la procédure accusatoire, donc propre à la procédure anglaise. Cet interrogatoire « sera le seul interrogatoire que subira l'accusé dans tout le cours de la procédure »[1]. En effet, qu'il s'agisse de l'étape rapide de l'instruction, du passage devant le jury d'accusation puis devant le jury de jugement, l'accusé n'a plus à répondre à une quelconque question. C'est également ce que souligne Édouard Laboulaye dans son enseignement consacré à la législation criminelle de l'Angleterre : « Lorsqu'un délinquant est arrêté, il doit être conduit sans délai devant un ou plusieurs juges de paix. Une fois les dépositions reçues, si le juge est d'avis qu'il n'y a pas de charge suffisante, il ordonne de mettre immédiatement le prévenu en liberté. S'il est d'avis contraire, le juge envoie l'inculpé en prison ou l'admet à donner caution, selon les cas, *mais le rôle du juge est terminé : pendant l'emprisonnement, le prévenu n'a à craindre ni interrogatoire, ni surprise »*[2]. On observe même que cette règle de l'interdiction d'un interrogatoire est élevée au rang de principe de la procédure anglaise dans les écrits de Prévost-Paradol qui souligne qu'elle vaut pour toute la durée de la procédure: « la loi proscrit tout interrogatoire de l'accusé, depuis le début jusqu'au dernier terme de la procédure »[3].

Esmein l'exprime d'ailleurs quant à la comparution de l'accusé devant le jury de jugement, dernière phase de la procédure. Dans son article consacré au *Criminal evidence Act* de 1898, il met en relief le rôle de l'accusé dans la procédure anglaise, bien différent de celui de l'accusé dans la procédure continentale. Il écrit : « Dans la procédure criminelle anglaise, telle que l'a faite son évolution antérieure, l'accusé ou l'inculpé est, en quelque sorte, simple spectateur des actes de procédure qui s'accomplissent et des débats qui se déroulent en sa faveur ou contre lui ; ce n'est pas un acteur qui a dans le drame un rôle nécessaire. […]. Mais alors, si l'accusé a un défenseur (*Counsel*) ; il devient spectateur passif dans le *dock* où il est placé. Non seulement il ne subit aucun interrogatoire, mais, en principe, il n'a pas le droit d'intervenir et de prendre la parole»[4]. On soulignera toutefois que cet état des choses est valable jusqu'à 1898 puisque le *Criminal evidence Act* vient produire une entorse à la règle. Le texte permet en effet que l'accusé puisse être entendu, sur son autorisation, devant le jury de jugement comme un simple témoin. Cette audition devant le jury lui imposera alors une prestation de serment, ce qui constitue quelque chose d'inédit en Angleterre. Aussi l'article d'Esmein soulève-t-il les principaux points de difficulté[5] posés par cette réforme et de son acclimatation au milieu des règles fondamentales du procès criminel.

Le second aspect de l'interrogatoire opéré par le juge de paix est que l'accusé a droit de garder le silence. Ce droit doit même lui être clairement signifié par le juge chargé de l'interrogatoire : « depuis l'époque où nous nous plaçons, la coutume anglaise dans sa sollicitude a décidé que le juge de paix doit formellement avertir l'accusé qu'il n'est pas obligé de répondre, et qu'on pourra plus tard se servir contre lui de ce qu'il va dire »[6]. Laboulaye liait déjà ce droit au caractère proprement accusatoire de la procédure anglaise : « Quant au droit qu'a l'accusé de garder le silence, tout le monde est aussi d'accord sur ce

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 319.
[2] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 26, nous soulignons.
[3] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 195.
[4] A. Esmein, « Le " *Criminal Evidence Act* " et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 349.
[5] A. Esmein, « Le " *Criminal Evidence Act* " et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 351-359.
[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 319.

point, et pour ne pas troubler ce droit, la loi a défini les questions que les juges peuvent faire à l'accusé. *C'est à l'accusateur de prouver son accusation* : jusque là l'accusé est présumé innocent. Qu'a-t-il besoin de chercher à se justifier et de faire des réponses dont on s'armera contre lui »[1]. Ou encore : « Vous accusez un homme, c'est à vous de faire la preuve ; autrement vous pourriez troubler la vie du plus honnête citoyen et donner carrière à toutes vos vengeances. En Angleterre, on dit à l'accusé : ne réponds pas, c'est à l'accusation à prouver son dire »[2].

Cet interrogatoire, que l'on peut qualifier de préliminaire, au cours duquel l'accusé peut opposer son silence, implique que la procédure anglaise des XVIIe et XVIIIe siècles, par son caractère proprement accusatoire, ne connaît pas l'emploi de la torture judiciaire. La différence est grande avec la procédure française. La torture est inexistante en Angleterre, du moins elle ne fut jamais conçue comme une institution viable et utile à la recherche de la vérité. Seulement Esmein souligne-t-il son emploi temporaire sous la dynastie Tudor : « Il paraît même certain qu'à une époque néfaste, sous Henri VIII, la torture fut employée contre les accusés, les complices et les témoins ; parfois la royauté employa les moyens d'intimidation les plus violents pour pervertir le jugement des jurés. Mais ce furent des obstacles bientôt tournés ou enlevés »[3]. Laboulaye n'écrivait pas autre chose en 1865 : « L'Angleterre a fait exception, parce que ayant éprouvé dés le XIIIe siècle que sa force résidait dans les lois germaniques, elle ne voulut pas les échanger contre les lois romaines qui envahissaient l'Europe. Elle échappa ainsi à la cruauté judiciaire ; elle en fut un peu atteinte, mais pas au même degré que les autres peuple. Elle garda toujours le jury et la publicité des débats, elle ne fit qu'un très court usage de la torture »[4]

Ainsi, l'accusé voit sa sûreté assurée dans le système procédural anglais par la garantie d'être présenté à un juge de paix dans un court délai suivant son arrestation par un officier de police. C'est, nous l'avons vu, une des garanties premières que doit offrir la loi criminelle. Mais plus encore. Afin de se prémunir contre toute détention arbitraire, afin de garantir à l'accusé sa comparution devant un magistrat qui décidera de la suite de la détention, le droit anglais à inscrit le principe dans un texte formant une partie de la « Constituton anglaise ». Ce principe est fixé en Angleterre par l'*Habeas Corpus Act*[5], adopté le 29 mai 1679 sous le règne de Charles II Stuart. Cet *Habeas Corpus Act* vient

---

[1] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 26, nous soulignons.

[2] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 770.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 316. Il cite à l'appui de son affirmation Blakstone qui écrit dans son *Commentaries on laws of England* : « Jadis quand les ducs d'Exeter et de Suffolk et autres ministres d'Henri VI avaient formé le dessein d'introduire le droit civil dans ce royaume comme règle de gouvernement, tout d'abord ils firent dresser un chevalet pour la torture, lequel fut appelé par dérision *la fille du duc d'Exeter*, et existe encore à la Tour de Londres ; et là, plus d'une fois, on l'employa sous le règne d'Elizabeth comme machine d'Etat, non comme instrument de la loi (*as an engine of state not of law*), *Ibid*.

[4] É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op.cit*., p. 770-771.

[5] Pour une traduction français de l'*Act*, voir P.-A. Dufaut, J.-B. Duvergier et J. Guadet, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques*, Paris, Chanson, 1821, p. 380-387. Voir également, pour une traduction française de la section 2 de l'*Act* : A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1885, tome 2, p. 73-74.

préciser[1] la *Magna Carta* du 15 juin 1215 en établissant des règles précises quant à la délivrance, par un magistrat, d'un *writ* d'*habeas corpus ad subiciendum*[2] à l'encontre de l'officier – le texte vise les shérifs, geôliers et autres officiers[3] – ayant en sa possession et sous sa garde la personne d'un accusé. Cet *Act* permet donc au magistrat d'exiger, sous trois à vingt jours selon les cas[4], la comparution devant lui de l'individu arrêté sur accusation et de décider de son sort, à savoir le maintenir en détention ou lui offrir la liberté provisoire[5] jusqu'à sa présentation devant le jury d'accusation. Toute l'efficacité du texte réside dans le fait qu'il édicte des peines d'amendes et de révocations des offices[6] à l'encontre de l'officier qui ne se soumettrait pas à la volonté du magistrat. De plus, la véritable garantie offerte à l'individu par cet *Act* est qu'il peut, si le magistrat ne l'édicte pas de lui-même, réclamé l'édiction de ce *writ* d'*habeas corpus* afin d'être présenté à un juge. C'est que précise la section 10 de l'*Act* : « Il sera loisible à tout prisonnier d'obtenir son *habeas corpus*, soit du chancelier de l'Échiquier, soit du banc du roi ou de la *cour des plaids communs* ; et si le lord chancelier, ou tout juge ou *baron* de l'échiquier, en vacation, sur la vue des copies de l'ordre d'emprisonnement ou de détention, ou sur le serment que ces copies ont été refusées, refuse lui-même l'*habeas corpus* voulu par cet acte, il sera condamné à 500 livres envers la partie lésée »[7].

Esmein, s'il loue la qualité de la procédure anglaise et son libéralisme, ne s'attache pas particulièrement à l'étude de l'*Act* d'*habeas corpus* lui-même. On constate même qu'en comparaison, Pellegrino Rossi fut plus disert sur la question[8]. Seulement Esmein cite-t-il dans les *Éléments de droit constitutionnel*[9] au rang des « déclarations de droits » anglaises avec la *Magna Carta*, la *Petition of right*, le *Bill of rights* et l'*Act of Settlement*. La cinquième édition viendra ajouter deux mentions de l'*habeas corpus*, mais seulement dans son élément matériel, jamais dans son élément formel. Chose intéressante, le principe est souligné par Esmein comme une des « garanties qui protègent la liberté individuelle »[10] des citoyens des États-Unis : « L'annexion de Porto-Rico et des Philippines, après la guerre avec

---

[1] Voir les articles 48, 49 et 501 de la Grande Charte : P.-A. Dufaut, J.-B. Duvergier et J. Guadet, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques, op. cit.*, p. 369.
[2] P. Rossi, *Œuvres complètes…, op.cit.*, t. II, p. 322.
[3] P.-A. Dufaut, J.-B. Duvergier et J. Guadet, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques, op. cit.*, p. 380.
[4] La section 2 de l'*Act* précise : « Ce délai de trois jours n'est applicable que lorsque le lieu de la prison n'est pas éloigné de plus de vingt mille de celui de la cour ou de celui où résident les juges. Si elle est éloignée de plus de vingt mille, mais non de 100 mille, alors le geôlier ou autres officiers auront dix jours et vingt au-delà de cent mille », P.-A. Dufaut, J.-B. Duvergier et J. Guadet, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques, op. cit.*, p. 381.
[5] Voir la section 3 de l'*Act*, P.-A. Dufaut, J.-B. Duvergier et J. Guadet, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques, op.cit.*, p. 382-383.
[6] La section 5 de l'*Act* précise : « Si un officier, ou son suppléant, néglige de répondre au *Writ* d'*habeas corpus* ou de représenter le prisonnier, conformément à ce *Writ*, ou s'il refuse, à la demande du prisonnier, ou de tout autre personne pour lui, de délivrer, ou s'il ne délivre pas dans six heures, copie du *Warrant* d'emprisonnement ou de détention, il paiera à la partie lésée 100 livres pour la première offense, et 200 livres pour la seconde, et sera déclaré incapable de remplir son office : ces condamnations seront recouvrées par le plaignant, ses exécuteurs ou administrateurs, contre le délinquant par forme d'action endette, etc., dans l'une des cours à Westminster… », P.-A. Dufaut, J.-B. Duvergier et J. Guadet, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques, op.cit.*, p. 383.
[7] P.-A. Dufaut, J.-B. Duvergier et J. Guadet, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques, op. cit.*, p. 385.
[8] P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. II, p. 322 -339.
[9] *Éléments…, op. cit.*, p. 554.
[10] *Éléments…, op. cit.*, p. 593.

l'Espagne, a fait naître des questions constitutionnelles de la plus haute gravité. Avant cette époque les pays soumis à la souveraineté des États-Unis se divisaient en deux classes seulement : les États admis dans l'union et les territoires acquis ou conquis dont le Congrès réglait le gouvernement et l'administration, fort libéralement d'ailleurs, mais dont les habitants étaient traités comme des citoyens des Etats-Unis et avaient droit à toutes les garanties qui protègent la liberté individuelle de ces citoyens : jugement par jury, *habeas corpus*, mise en accusation par un grand jury, assistance d'un défenseur dans les procès criminels, droit de garder et porter des armes »[1]. En plus de l'un des seules mentions du principe, il s'agit là d'un des rares développements d'Esmein propres aux garanties judicaires fournies par le droit des États-Unis. L'ouvrage le cite une seconde fois dans cette édition de 1909 : nous l'avons vu, lorsque l'auteur traite de la réforme de la procédure criminelle française du 30 juin 1838[2]. Pour le reste, le principe est rappelé, sans mention explicite du texte.

L'*Histoire de la procédure criminelle en France* est extrêmement concise sur le contenu de l'*Act* en lui-même ou sur ses conditions d'adoption. Esmein explique simplement que le texte de 1679 participe à la préservation de la liberté individuelle en Angleterre. Ainsi, évoquant la procédure anglaise au XVIIe siècle, il écrit : « L'acte d'*habeas corpus* allait être rendu, et, si de criminelles entreprises devaient amener la révolution de 1688, on put dire cependant que "d'après la loi telle qu'elle existait alors…le peuple jouissait de toute la liberté qui est compatible avec l'état de société, et il avait entre ses mains un pouvoir suffisant pour défendre cette liberté contre les entreprises de la royauté " »[3]. Il réaffirme cette assertion quelques lignes plus bas, considérant que l'*Act* assure à l'individu sa liberté, au même titre que le principe de liberté sous caution : « La liberté individuelle était protégée par les lois, qui punissaient le magistrat lorsque sans droit il refusait la caution ou exagérait frauduleusement le montant de l'engagement, et par l'acte d'*Habeas corpus*, qui permettait de porter réclamation contre l'emprisonnement illégal devant toutes les cours des grands juges d'Angleterre »[4]. Rien de plus. Le lecteur est même amené à constater que l'ouvrage n'envisage pas la question des perquisitions en Angleterre, alors qu'elle forme une question importante au regard de la sûreté de l'individu. Seulement Esmein expose-t-il le régime des arrestations fixé par l'Ordonnance et celui des différents décrets[5] autorisant à présenter l'accusé au juge.

Mais une étude en profondeur de l'*Act* de 1679 ne paraît pas non plus indispensable à Édouard Laboulaye. Son étude sur la législation criminelle en Angleterre est muette sur ce point, tout comme l'est l'année suivante celle consacrée à l'administration française sous Louis XVI. On trouve seulement des traces et mentions éparses de ce principe fondamental du droit anglais dans son œuvre. Dans *l'État et ses limites,* où le sénateur de la IIIe République se contente d'en résumer le contenu : « Les Anglais ne se sont crus en possession de la liberté individuelle que le jour où le statut d'*habeas corpus* a retiré cette

[1] *Ibid*.
[2] « L'article 29, rappelant à certains égards la procédure anglaise de l'*habeas corpus*, décide : " Toute personne placée ou retenue dans un établissement d'aliénés, son tuteur si elle est mineur, son curateur, tout parent ou ami, peuvent à quelque époque que ce soit se pourvoir devant le tribunal du lieu de la situation de l'établissement qui, après les vérifications nécessaires, ordonnera, s'il y a lieu, la sortie immédiate" », *Éléments…, op. cit.*, p. 1122.
[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 317. La citation est un extrait de *Commentaries on laws of England* de Blakstone.
[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 319-320.
[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 223-225.

liberté des mains de l'administration pour en remettre la garde à des magistrats toujours responsables, et que peut mettre en jeu le moindre citoyen »[1].

L'accusé doit donc être présenté, en principe, au juge de paix, qui après avoir mené une forme embryonnaire d'instruction, devra décider de son maintien en détention, de sa liberté provisoire moyennant dépôt d'une caution ou de sa liberté définitive. Esmein précise : « Le juge de paix prend alors une décision. N'y a-t-il aucune charge sérieuse, il met le prisonnier en liberté et le décharge de la poursuite ; dans le cas contraire, il doit s'assurer de sa personne et le mettre en état de détention préventive, c'est le "*commitment* ". Mais la coutume et la loi décidaient que si l'accusé fournissait une caution suffisante, il devait être laissé en liberté provisoire (*bail*). Cependant encore à l'époque de Blakstone, si la liberté sous caution était de droit pour les crimes inférieurs, elle n'était pas possible quand il s'agissait d'un crime capital. Certaines classes de personnes suspectes, déterminées d'avance, étaient déclarées *not bailables* »[2]. Ainsi en plus de comparaître devant un juge, et hors les exceptions posées par la loi, l'accusé doit bénéficier de la liberté sous caution. Nous l'avons mentionné, Esmein signale que la loi d'*Habeas corpus* protège la liberté individuelle également en matière de liberté sous caution. Et la lecture de la section 3 ne semble pas laisser de doute : « […] ; après quoi, dans l'espace de deux jours, le lord chancelier, ou tel autre juge, délivrera le prisonnier en recevant sa reconnaissance, et comme sûreté, une somme telle qu'ils jugeront à propos, eu égard à la qualité du prisonnier ou à la nature du délit, pour s'assurer qu'il comparaîtra à la session prochaine devant la cour du banc du roi, ou aux plus proches assises ou sessions ou tournée dans la cour d'*élargissement général* (*goal delivery*) dans le comté ou dans le lieu de la prison ou devant telle autre cour qui doit connaître du délit ; le *Writ* et son *return*, ainsi que la reconnaissance, seront représentés dans la cour où doit avoir lieu la comparution. Tout ceci n'a pas lieu, s'il est constant pour lesdits chanceliers, juges ou *barons*, que le prisonnier est détenu sur une action légale pour laquelle le prisonnier ne peut être reçu à donner caution, d'après un *Writ* ou *Warrant* signé et scellé de la main et du sceau de quelques-uns desdits juges ou *barons* ou de quelques juges de paix »[3].

Là encore, le propos se limite à ces quelques considérations générales sur la liberté provisoire en Angleterre. *Histoire de la procédure criminelle en France* propose seulement des développements relatifs à la liberté provisoire en France, à commencer par les dispositions de l'Ordonnance de 1670 qui la régissent. Il constate relativement à ce texte : « Cette loi était fort dure, et ménageait très peu la liberté individuelles ; pourtant elle était plus précise qu'aucune des Ordonnances qui l'avaient précédée, et contenait quelques garanties »[4]. Les différents régimes de la liberté provisoire en France, institué comme un

---

[1] É. Laboulaye, *L'État et ses limites…, op. cit.,* p. 251. Ou encore, faisant d'une loi anglaise un véritable principe juridique : « L'*habeas corpus,* la séparation de l'Église et de l'État, le droit d'association et de réunion, la liberté de l'éducation, la liberté de la presse, n'ont pas pour objet d'assurer le triomphe des doctrines régnantes ni des droits reconnus : tout au contraire, c'est contre la tyrannie du nombre, c'est contre l'oppression de l'État qu'elles protègent les idées naissantes, les droits nouveaux qui essayent de conquérir une place au soleil », É. Laboulaye, *L'État et ses limites…, op. cit.,* p. 170-171.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 319. Voir également P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.,* t. II, p. 316-317.

[3] P.-A. Dufaut, J.-B. Duvergier et J. Guadet, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques, op.cit.,* p. 385.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 226.

« principe » en Angleterre, font donc l'objet d'une étude propre[1] à chaque loi ou code criminel adopté en France depuis 1789 jusqu'à 1808. Enfin, on l'a constaté dans le titre précédent, Esmein s'attache à partir de 1909, dans les *Éléments de droit constitutionnel*, aux réformes libérales de la seconde moitié du XIXe siècle qui ont modifié le régime de la liberté provisoire définie par le Code d'instruction criminelle de 1808. La source de ces réformes, guidées par le souci de protéger la liberté individuelle, est sans conteste anglaise.

La procédure accusatoire préserve au mieux la sûreté ou liberté individuelle. Dès lors, il n'est pas étonnant alors que l'*Histoire de la procédure criminelle en France*, comme le *Précis élémentaire d'histoire du droit français* se livre à une étude approfondie des lois pénales de la Révolution qui, pour celles des 16 et 24 août 1790 et des 16 et 29 septembre 1791, tenteront d'imiter les institutions anglaises. Aussi, à l'image des développements du *Cours* de Rossi[2], on trouve dans ces deux ouvrages de nombreux développements[3] sur l'institution du juge de paix en France dont la conception variait[4] toutefois de l'institution anglaise.

Mais s'il y a bien une institution judiciaire copiée par les Révolutionnaires sur le modèle anglais et qui retient toute l'attention d'Esmein, c'est le jury. Le jugement par jurés hérité du fond du droit coutumier des peuples germaniques constitue en effet aux yeux des libéraux, et d'Adhémar Esmein en particulier, l'institution judiciaire libérale par excellence.

---

[1] À propos du régime de la liberté provisoire dans les lois de 1789 et 1791 : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 422, dans le Code de Brumaire : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 446, dans la loi du 7 pluviôse an IX : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 453-454, dans le Code d'instruction criminelle : *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 537.

[2] P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. II, p. 327-339.

[3] Voir notamment : *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 104-106, p. 256-257. Également *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 419-423, p. 443-445.

[4] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 104.

Section 2

La procédure par jurés comme institution de la liberté

La procédure par jurés occupe une place capitale dans la réflexion d'Esmein sur la liberté. La chose est frappante dans le compte rendu qu'il donne du projet de Code japonais de procédure criminelle adopté en 1879. À l'image de Prévost-Paradol qui considère que « c'est seulement lorsqu'une nation s'administre à elle-même la justice, qu'on peut la considérer comme arrivée à la plénitude de sa liberté et la possession de tous ses droits »[1], Esmein estime que la procédure par jurés dénote chez un peuple un stade avancé de maturité politique. Évoquant la difficulté de transposer les institutions judiciaires d'un État à un autre, il affirme que la procédure par jurés « est devenue une de ces institutions, qui, comme le système représentatif, caractérisent plutôt *un certain degré de civilisation qu'une race ou un pays* »[2].

Qu'il s'agisse de ses articles de droit criminel anglais, de son ouvrage d'histoire de la procédure criminelle, de ceux consacrés à l'histoire du droit français ou encore des *Éléments de droit constitutionnel*, le jury, ou plus exactement « les jurys », sont parties intégrantes de l'organisation institutionnelle libérale qu'il promeut. Il poursuit sur ce point, comme sur bien d'autres, la voie tracée par les libéraux de son siècle, de Constant, qui voit la procédure par jurés comme une « institution bienfaisante »[3], à Laboulaye qui présente le jury comme « fils de la liberté »[4].

L'*Histoire de la procédure criminelle en France* rappelle la phrase de Pellegrino Rossi, selon laquelle « le Jury et le Parlement anglais sont les colonnes d'un même édifice »[5], celui de la liberté. Car si le ministère public est une invention proprement française, la procédure par jurés est sans aucun doute l'héritage le plus symbolique que le droit anglais a légué au monde moderne. Décrivant la procédure anglaise du XVIIe siècle, Esmein écrit : « L'Angleterre avait conservé en matière criminelle toutes les garanties que possédaient autrefois les nations d'Europe, […] ; de plus, *elle avait développé cette institution du jury qui appartenait à l'avenir*, *et qui était appelée à conquérir l'Europe et l'Amérique*, *à faire le tour du monde* »[6]. C'est ce qu'il affirmait déjà, et de façon similaire, dans son compte rendu du code japonais de procédure criminelle : « Cependant il ne faut point oublier que, si le jury criminel s'est développé spontanément en différents temps et en différents lieux, *c'est en rayonnant d'un centre unique qu'il s'est répandu sur l'Europe et l'Amérique* »[7]. Et son rapport

---

[1] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 172.

[2] A. Esmein, « Compte-rendu de *Projet de Code pénal pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 8e mois de la 10e année de Meiji (août 1879) : Tokio (août 1879) – Projet de Code de procédure criminelle, pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 9e mois de la 12e année de Meiji (septembre 1879) : Tokio (septembre 1879)* », *NRHD*, 1880, p. 632, nous soulignons.

[3] B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 321.

[4] « […] mais le jury lui-même est fils de la liberté, on le trouve partout auprès d'elle », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op.cit.*, p. 248.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 362.

[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 315, nous soulignons.

[7] A. Esmein, « Compte-rendu de *Projet de Code pénal pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 8e mois de la 10e année de Meiji (août 1879) : Tokio (août 1879) – Projet de Code de procédure*

destiné au Congrès de droit comparé réaffirme ce lien indissoluble entre l'institution du jury et le droit anglais : « Pour la procédure criminelle il en est de même : le jugement par jurés en matières de crimes ; *venu d'Angleterre et peu à peu propagé dans tout le monde civilisé*, n'est plus aujourd'hui une institution proprement nationale pour aucun des peuples occidentaux, bien qu'il ait pris, chez chacun d'entre eux certains traits particuliers »[1]

La procédure par jurés est donc aux yeux d'Esmein une garantie irremplacable et de la liberté individuelle : elle « avait grandi avec les libertés anglaises »[2]. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* souligne que le droit anglais a introduit et perfectionné l'institution de deux jurys populaires intervenant au cours de la procédure, en matière civile comme en matière criminelle. Le premier de ces jurys se prononçant sur l'accusation portée contre un individu, le second jugeant, lui, de la culpabilité de ce même individu[3]. Esmein rappelle que Blackstone voyait dans l'addition de ce jury d'accusation et de ce jury de jugement un « double rempart »[4] ou une « double barrière »[5] au profit des libertés anglaises. Laboulaye, pour qui le double jury constitue les quatrième et cinquième garanties[6] de la liberté individuelle, considère que « c'est un principe fondamental du droit anglais, que personne ne peut être poursuivi pour un crime ou un délit, sans que douze jurés au moins aient prononcé l'accusation. Et comme il faut aussi douze voix pour le verdict du petit jury, nul ne peut être condamné sans avoir été trouvé coupable par vingt-quatre de ses concitoyens ; *sérieuse garantie de liberté* »[7].

---

criminelle, pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 9e mois de la 12e année de Meiji (septembre 1879) : Tokio (septembre 1879) », art. cité, p. 631, nous soulignons.

[1] A. Esmein, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », art. cité, p. 497. De même, trois ans après dans un article livré aux *Annales des sciences politiques* : « Elle [l'Angleterre] a fourni au monde civilisé quelques-unes des ses institutions les plus fécondes : le jugement par jurés, le gouvernement représentatif, le gouvernement parlementaire… », A. Esmein, « Une survivance qui disparaît, " *The demise of the Crown Act* " du 2 juillet 191 », art. cité, p. 97.

[2] « La majorité de l'Assemblée [constituante] comme la majorité du pays, voulait d'un désir ardent cette institution du jury, qui avait grandi avec les libertés anglaises », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 432.

[3] À propos du jury dans la loi criminelle des 16 et 29 septembre 1791: « Le jury, selon les données du droit anglais, intervenait deux fois dans le jugement des crimes, d'abord comme jury d'accusation, puis comme jury de jugement », *Éléments…, op. cit.*, p. 1117.

[4] « Sans doute elle [l'Angleterre] avait eu à lutter contre les mêmes influences qu'ailleurs on avait subies : elle avait connu pendant la Chambre Étoilée, où les officiers de la couronne venaient portés des accusations sur de simples « informations », franchissant ainsi le double rempart des libertés anglaises, le jury d'accusation et le jury de jugement » *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 316.

[5] « C'est que celles-ci [les lois des 8 et 9 octobre 1789 et des 16 et 29 septembre 1791] établirent une garantie qui, aux yeux des contemporains, tient lieu de toutes les autres, cette double barrière qui protège les libertés anglaises, comme dit Blakstone, le jury d'accusation et le jury de jugement », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p.415. Il explique la même chose dans les même termes dans son *Précis de l'histoire du droit français* : « La Constituante, avait, en effet, pris aux Anglais la double forme du jury, le jury d'accusation et le jury de jugement, la double barrière, comme disait Blackstone, qui défend la liberté du citoyen anglais », *Précis de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 110.

[6] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.1, p. 723. Voir également É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op.cit.*, p. 14.

[7] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 27, nous soulignons. Laboulaye l'affirme dans son ouvrage consacré à la naissance des États-Unis d'Amérique : voir É. Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, Paris, Charpentier, 5e éd., t. III, p. 59. Il affirme également que le jury aux États-Unis, instauré par les amendements à la Constitution de 1787, constitue bien une garantie de la liberté individuelle : É. Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, Paris, Charpentier, 5e éd., t. III, p. 3 et p. 533.

I
Les bienfaits de la procédure par jurés

Sur ce point encore, le droit anglais a convaincu les philosophes des Lumières et notamment Montesquieu. Esmein s'inspire de l'*Esprit des lois* qui présente le principe du jugement par jurés[1] et aussi la modalité de l'acte de juger. Le célèbre chapitre VI du onzième livre enseigne que « la puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature et non les magistrats »[2]. C'est par méfiance à l'égard du pouvoir des juges, et de l'inévitable arbitraire qu'il implique, que les *Éléments de droit constitutionnel* justifient le choix par un État libéral de la procédure par jurés : « Le choix des juges professionnels, la durée de leurs fonctions, leur inamovibilité, suscitent, on le voit, de nombreuses difficultés théoriques et pratiques. Elles sont sensiblement atténuées, presque supprimées par l'institution du jury : car, s'il faut nécessairement des magistrats pour présider et diriger les jurés et pour appliquer la loi d'après les verdicts que ceux-ci ont rendus, leur pouvoir propre disparaît complètement, et, leur nombre pouvant être notablement réduit, les choix dans tous les systèmes deviennent plus faciles et meilleurs. C'est ce qu'avait très bien vu Montesquieu, et c'est ce qui lui faisait dire que, par là, le pouvoir judiciaire devient presque nul »[3].

La procédure par jurés est donc conçue comme le meilleur gage d'indépendance qui soit, comme la mécanique la plus « juste »[4] : « Ce qui fait l'excellence des jurés, c'est qu'ils sont les juges les plus indépendants qu'on puisse imaginer. Juges d'un jour ou d'une heure, remplissant une charge et ne briguant point d'honneur, ils n'ont rien à craindre et rien à espérer, ni du pouvoir exécutif, ni du peuple. Simples citoyens qui, dés demain, dés aujourd'hui, vont rentrer dans le rang, ils sentiront vivement la force du droit individuel, et, mieux encore que le serment qu'ils prêtent et qui leur a donné leur nom, ce sentiment fera d'eux des fidèles interprètes de la justice »[5].

Force est de constater néanmoins que la réflexion d'Adhémar Esmein focalise presque exclusivement sur la procédure par jurés en matière criminelle. Ce choix s'explique d'abord par une définition de la liberté individuelle assimilée à la liberté

---

[1] On constate que Montesquieu ne distingue pas entre jury d'accusation et jury de jugement. Il envisage l'intervention du jury pour décider de la culpabilité de l'accusé. Voir les chapitres III et IV du sixième livre : Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. I, p. 101-102.

[2] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t.II, p. 210.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 523. Esmein poursuit en citant un extrait de *Qu'est-ce que le Tiers État ?* de Siéyès : « Il y a sûrement de l'erreur à attribuer au seul pouvoir de la Constitution tout ce qu'il y a de bien en Angleterre. Il y a évidemment telle loi qui vaut mieux que la Constitution elle-même. Je veux parler du jugement par jurés, le véritable garant de la liberté individuelle dans tous les pays du monde où on aspirera à être libre. Cette méthode de rendre la justice est la seule qui mette à l'abri des abus du pouvoir judiciaire, si fréquents et si redoutables partout où l'on n'est pas jugé par ses pairs. Avec elle, il se s'agit plus pour être libre que de se précautionner contre les ordres illégaux qui pourraient émaner du pouvoir ministériel », *Ibid*.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 369.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 524.

corporelle : elle relève plus du droit pénal que du droit civil. Mais surtout, l'Angleterre n'a transmis aux États libres que le jury en matière criminelle. Certains États, comme la France, adopteront jury d'accusation et jury de jugement, avant finalement de ne conserver que le dernier des deux. Esmein explique dans les *Éléments de droit constitutionnel* : « La solution qu'elle [l'Assemblée constituante] admit est restée chez nous définitive, et sur ce point les autres nations européennes, qui, depuis lors, ont adopté l'institution du jury, ont suivi notre exemple en ne l'introduisant que dans le jugement des procès criminels »[1].

Le droit anglais fait effectivement intervenir le jury en matière civile comme en matière criminelle. Le jury civil n'a pas contaminé le reste du monde en raison de la distinction entre le droit et le fait. Se pose ici la limite de la procédure par jurés. Celle-ci ne suppose aucune connaissance juridique particulière des membres composant le jury, ce qui est également, au fond, le gage de leur indépendance. Esmein écrit : « Les jurés, très capables de résoudre les questions de fait d'après les données de la raison, lorsque le système de preuves suivi n'a rien d'artificiel ou de restrictif, sont au contraire naturellement incapables de résoudre les questions de droit, dont la solution exige des connaissances techniques et une éducation particulière ». C'est déjà ce que professait Benjamin Constant dans sa défense du jury en France, en constatant que « les lumières du simple bon sens suffisent pour qu'un juré sache et puisse déclarer si, après avoir entendu les témoins, pris lecture des pièces, comparé les indices, il est convaincu ou non »[2].

Si la distinction entre le droit et le fait est aisée en matière criminelle il n'en va pas de même en droit civil. Les leçons de Montesquieu sont perceptibles. *Histoire de la procédure criminelle en France* expose : « "En Angleterre, dit Montesquieu, les jurés décident si le fait qui a été porté devant eux est prouvé ou non ; et s'il est prouvé, le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait, et pour cela il ne lui faut que des yeux ". Montesquieu ne loue pas seulement le jury, il en dégage le principe : " Le peuple n'est pas jurisconsulte, toutes ces modifications et tempéraments des arbitres ne sont pas pour lui ; il faut lui présenter un seul objet, un fait et un seul fait ; et qu'il n'ait à voir que s'il doit condamner, absoudre, ou remettre le jugement " »[3] . La conséquence est sans appel : « En matière civile […] le jury est *naturellement déplacé*, car il est presque impossible, dans la plupart des cas, de séparer la question de droit et la question de fait qui sont le plus souvent étroitement unies… »[4]. Le *Précis élémentaire d'histoire du français* précisera quelques années plus tard que cette démonstration fut le résultat d'« un lumineux et magistral discours de Tronchet »[5] qui finit de convaincre l'Assemblée constituante de réserver le jury à la procédure criminelle : « Tronchet montra, contrairement à ce que d'autres soutenaient, que chez nous, en matière civile, il est le plus souvent impossible de séparer la question de droit et la question de fait, surtout quand il s'agit de l'interprétation des actes écrits qui jouent un si grand rôle dans notre droit. Le jury fut au contraire admis en matière criminelle, où la distinction du fait et du droit est généralement facile »[6]. Prévost-Paradol indiquait déjà combien était délicate cette distinction entre le droit et le fait : « En dehors

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 526.
[2] B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.,* p. 321.
[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 370.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 526, nous soulignons.
[5] *Précis élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 99.
[6] *Ibid*.

des jurys spéciaux convoqués pour les affaires qui exigent des connaissances particulières, il suffit de deux conditions pour rendre un jury ordinaire capable de décider avec connaissance de cause et avec pleine efficacité les différents civils : 1° la première condition est de distinguer dans chaque affaire le point de fait du point de droit, afin de laisser la question de fait à la décision souveraine du jury, tandis que la question de droit serait tranchée par le juge, dont la décision pourrait seule être frappée d'appel devant le tribunal supérieur ; 2° la seconde condition est de ramener, autant que possible, tout différent civil à une question de dommages et intérêts, parce que c'est sous cette forme qu'un jury peut le plus aisément faire connaître et assurer l'exécution de sa volonté »[1]. L'auteur de *la France nouvelle* ne concluait pas à l'impossibilité d'instaurer en France le jury en matière civile : « Nous abandonnerions donc avec pleine confiance à un jury, tantôt spécial et tantôt ordinaire, selon la diversité des matières, le jugement de toutes les affaires où l'on peut aisément séparer le point de fait du point de droit, et qu'on peut faire aboutir à une question de dommages et intérêts, c'est-à-dire qui peuvent se résoudre par la fixation d'une indemnité pécuniaire ; et nous croyons que cette nouvelle administration de la justice civile entrerait si aisément dans les mœurs publiques, et y trouverait une telle faveur, qu'on s'étonnerait d'avoir pu si longtemps en tolérer une autre »[2].

Esmein, en jugeant « déplacé » le jury en matière civile, rejoint la position de Laboulaye qui, lui, ne s'embarrassait pas de considérations techniques mais faisait valoir la grande compétence des juges civils français pour justifier l'exclusion du jury. Le sénateur écrivait en effet dans *Le parti libéral* : « Au civil notre magistrature jouit de la considération universelle. Nos recueils d'arrêts sont consultés et cités à l'étranger ; personne ne les étudiera sans en remporter une haute idée de la justice française. Quant à l'intégrité de nos magistrats, chacun lui rend justice. L'honneur est un héritage qu'ils ont reçu de l'ancien Parlement et qu'ils ont religieusement conservé »[3]

Mais l'*Histoire de la procédure criminelle en France* relève que l'incompétence technique des jurés[4] en matière civile pose la question du mode de preuves. Faut-il opter pour le système des preuves morales ou pour celui des preuves légales ? La théorie des preuves morales est « celle qui s'en rapporte en définitive à la conscience et à l'intime conviction du juge »[5], tandis que le système des preuves légales, comme son nom l'indique, implique une détermination par la loi ou la jurisprudence des types de preuves et des modalités de leur administration. La procédure criminelle d'Ancien régime s'était fondée, nous l'avons vu, sur un système de preuves légales qui « subsista tant que dura l'Ordonnance [1670], c'est-à-dire jusqu'en 1789 »[6] avant qu'y soit substitué un système de preuves morales par la loi des 16 et 29 septembre 1791. Esmein justifie le choix de l'Assemblée d'exclure les preuves légales au motif que « fixer dans la loi les preuves nécessaires pour condamner eût été illusoire ; le jury ne motivant pas ses décisions, eût toujours pu s'y soustraire ; c'eût été surtout fournir aux jurés un prétexte commode pour des acquittements peu justifiés »[7].

---

[1] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 172.
[2] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 177.
[3] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 249.
[4] Il le confirme en écrivant : « Le jury, au civil, n'a pu réussir que dans des milieux très particuliers et grâce à des circonstances exceptionnelles. Il a pu donner de brillants résultats dans la Rome antique, parce que les jurés étaient presque exclusivement fournis par une véritable aristocratie, plaideuse et procédurière, dont les membres recevaient, au moins dans la pratique, une instruction juridique des plus sérieuses », *Éléments…, op. cit.*, p. 526.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 525.
[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 266.
[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 437.

Toutefois, le professeur parisien ne conclut pas une incompatibilité[1] de principe entre un système de preuves légales et l'institution du jury. L'Angleterre, en effet, en matière de procédure civile comme en matière de procédure criminelle, fait une large place aux preuves légales. Mais on se ne saurait fidèlement transposer un système juridique entier d'un État à un autre. La procédure criminelle anglaise a pu conserver « un grand rôle »[2] aux preuves légales devant le jury parce que « les règles sur les preuves en matière criminelle ne sont, en réalité, qu'une série de maximes assez élastiques établies par la jurisprudence, et dont le président des assises, par sa haute autorité, impose l'observation aux jurés »[3].

Cette « haute autorité » ou « grande influence » exercée par les magistrats anglais dans le déroulement des débats et sur le travail des jurés est rappelée à maintes reprises. Elle explique le maintien du jury dans la procédure civile anglaise et la conservation des preuves légales[4] : « En Angleterre, l'institution [du jury au civil] fonctionne utilement depuis des siècles, mais cela tient surtout à la haute autorité morale qu'exercent les juges anglais sur les jurés qu'ils dirigent, et celle-ci procède elle-même à la fois de la valeur propre à ces magistrats et du respect pour la loi qu'on trouve au fond de l'esprit anglais. Les magistrats dictent ainsi efficacement aux jurés les règles de droit qu'ils doivent appliquer, ils les maintiennent en particulier dans les limites tracées par un véritable système de preuves légales »[5]. Prévost-Paradol ne disait pas autre chose : « Le juge anglais n'est, en matière civile, qu'un guide impartial et un conseiller éminent qu'on peut considérer comme accrédité auprès du jury par la couronne, il définit exactement la question à résoudre, il fait clairement connaître l'état de la loi ; il dirige le débat sans y prendre part, de manière à mettre les faits si importants en pleine lumière ; puis il avertit le jury que, si tel fait lui paraît constant, c'est en faveur de telle partie que, d'après la loi, son verdict doit être rendu ».[6]

---

[1] On le comprend toutefois qu'il doute de la compatibilité entre les deux en lisant ce passage : « Lorsque, pendant longtemps, un corps de magistrats permanents a seul administré la justice criminelle, la formation lente d'un système de preuves légales est inévitable, et si, par impossible, le jury disparaissait de nos lois, on pourrait s'attendre à voir reparaître cette subtilité et cette casuistique, qui sont aujourd'hui si loin de nous », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 261.

[2] *Ibid*.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 437. Également p. 327.

[4] « En outre il n'est pas de législation moderne qui ne contienne en matière civile un système de preuves légales, en se sens tout au moins que certains modes de preuve seront seul admis dans tel ou tel cas déterminé », *Éléments…, op. cit.*, p. 525.

[5] Il poursuit : « D'ailleurs les anglais, à un autre point de vue, ont payé assez cher l'admission du jury dans les affaires civiles. C'est une des causes qui ont maintenu et développé un système subtil et compliqué de propositions et de répliques entre le demandeur et le défendeur, qui a pour résultats de ramener à des questions simples (*issues*) le litige à décider. D'autre part, le système réduit la plupart des demandes intentées, même pour les actions réelles, à des questions de dommages-intérêts, sur lesquelles les jurés sont plus aptes à décider », *Éléments…, op. cit.*, p. 526-527.

[6] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit*, p. 175.

II
La nécessité du jury en matière criminelle

Dans la pensée d'Esmein et de Laboulaye, seul le jury criminel doit être considéré comme « une des garanties publiques de la liberté »[1]. Certes les *Éléments de droit constitutionnel* ne consacrent pas de partie spéciale au jury criminel, mais les développements relatifs à la séparation des pouvoirs, comme ceux du chapitre consacré à la réglementation des droits individuels montrent que le jugement par jurés est indissociablement lié à la liberté. En cela, on peut affirmer que les *Éléments de droit constitutionnel* constituent le premier ouvrage de droit constitutionnel français dans lequel le jury en matière criminelle est justifié, voire défendu, avec une telle force. Certes il faut reconnaître que Pellegrino Rossi, qui n'a pas publié d'ouvrage[2], aborde dans son cours de droit constitutionnel la question du jury. Mais si le principe même de la procédure par jurés est discuté, son histoire exposée et son introduction en France reconstituée, le professeur italien envisage avant tout la fonction de juré. En effet les leçons 30 à 32 du cours sont consacrées à la fonction de juré en tant que devoir du citoyen[3]. C'est à ce titre qu'il s'attache à développer de nombreux éléments relatifs au jury, et spécialement au jury en France[4].

La quasi-totalité des ouvrages de droit constitutionnel publiés avant 1896 font une part au jury criminel. Aumaître ne fait qu'effleurer le sujet en signalant qu'il siège aux assises[5] et en matière de délit de presse[6]. Moreau, dans son *Précis élémentaire,* en expose le principe au criminel[7] et discute longuement de l'introduction des jurés dans la procédure civile. Il se prononce contre la procédure civile par jurés, usant du même argument qu'Esmein tiré de la difficulté, pour d'éventuels jurés, de distinguer le droit et le fait[8]. En revanche le *Manuel* de Saint Girons ne mentionne à aucun moment le jury criminel dont il n'ignore évidemment pas l'existence[9]. Cela n'a en réalité rien d'étonnant étant donnée sa méfiance à l'égard de l'institution même du jury, et des jurés. Critiquant la doctrine de Montesquieu, Saint Girons s'inquiète de voir les assemblées antiques reprendre vie par le jury : « Malheureusement Montesquieu a eu tort de confier une partie du pouvoir

---

[1] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 289.

[2] Son cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris n'a fait l'objet d'une publication qu'après avoir été recueilli par M. A. Porée. Voir P. Rossi, *Œuvres complètes…*, *op. cit.*

[3] On constate en effet que ces leçons sont suivies de leçons toutes relatives aux obligations militaires des citoyens. Voir les leçons 33 à 36, P. Rossi, *Œuvres complètes…*, *op. cit.*, t. II, p. 142-221.

[4] Voir P. Rossi, *Œuvres complètes…*, *op. cit.*, t. II, p. 83-141.

[5] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit*, p. 247, p. 248 et p. 249.

[6] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit*, p. 269 et p. 275.

[7] Moreau envisage le jury criminel comme une exception au principe selon lequel les juridictions judicaires sont composées de fonctionnaires. Il écrit : « La règle subit une exception importante en matière criminelle. La Cour d'assises comprend un élément judiciaire, fourni par les juridictions, chargé d'appliquer la loi et un jury tiré au sort pour chaque procès sur une liste de citoyens, qui statue sur la culpabilité des accusés sans prononcer l'arrêt », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 455.

[8] Voir : F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 455-457. Il soulève notamment : « Il ne suffit pas, pour juger les procès civils, d'apporter à l'audience une bonne volonté entière, une conscience intègre, une attention indéfectible, même une intelligence supérieure, toutes choses qui font un excellent juré criminel. Il faut encore la connaissance approfondie des lois, l'expérience des affaires, l'habitude de la juridiction ; ces qualités ne peuvent se trouver que chez les juges de profession », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 457.

[9] Il évoque par exemple l'indemnité allouée aux jurés : A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 244.

législatif, ou plutôt le pouvoir modérateur, à un corps de nobles héréditaires, ce qui n'était guère pratique, et de donner l'autorité judiciaire à des jurés, en oubliant les juges qui ont une si grande place en Angleterre. C'était ressusciter l'*Agora* »[1]. Cependant, si le *Manuel de droit constitutionnel* se focalise sur le jury civil pour le condamner fermement[2], l'*Essai sur la séparation des pouvoirs* – qui condamne tout autant le jury civil[3] – signale sobrement l'existence du jury criminel et en admet le principe. Le jury de jugement au criminel en France est en effet accepté comme une sorte de moindre mal dont l'action sera toujours moins nuisible qu'un éventuel jury civil,: « En matière criminelle, les défauts du jury ne sont pas aussi dangereux qu'en matière civile : les questions à juger sont moins délicates. Une condamnation injuste, une erreur judiciaire sont peu probables, grâce à l'examen fait par la Chambre des mises en accusation composée de jurisconsultes qui échappent aux entraînements passionnés »[4]. Il reste que le jury criminel présente des inconvénients : « Le jury est plutôt porté à trop d'indulgence : souvent il y a des peines trop faibles ou même des acquittements injustes. Ce défaut du jury criminel n'a pas les conséquences déplorables d'une injustice positive, d'un verdict contre l'innocence »[5].

L'argument de la faiblesse du jury de jugement a été privilégié de longue date par les adversaires de la procédure par jurés en matière de jugement. Benjamin Constant, dans son chapitre consacré aux garanties judiciaires, s'emploie à le repousser : « Dans les cas extrêmes, c'est-à-dire, quand les jurés seront placés entre un sentiment irrésistible de justice et d'humanité, et la lettre de la loi, j'oserai le dire, ce n'est pas un mal qu'ils s'en écartent ; ils ne faut pas qu'il existe une loi qui révolte l'humanité du commun des hommes, tellement que des jurés, pris dans le sein d'une nation, ne puissent se déterminer à concourir à l'application de cette loi ; et l'institution des juges permanents, que l'habitude réconcilierait avec cette loi barbare, loin d'être un avantage, serait un fléau »[6]. Esmein ne s'émeut pas du risque de voir des jurés écarter l'application de la loi, cédant à un sentiment d'humanité ou de pitié. Il y voit même un certain bienfait. Aussi soutient-il dans les *Éléments de droit constitutionnel* une opinion similaire à celle de Constant : « Sans doute, les jurés seront inévitablement amenés à résoudre parfois de véritables questions de droit, et le plus souvent ils prendront en considération les conséquences possibles de leur verdict quant à la peine : on peut craindre par conséquent, qu'ils ne déforment en partie la loi pénale dans son application. Mais cet inconvénient est compensé, en partie également,

---

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 98.

[2] « Nous avons le bonheur de ne pas posséder le jury civil, malgré les éloges dithyrambiques dont il a été l'objet. Nous nous garderons de l'introduire, alors que l'Angleterre l'abandonne de plus en plus, après en avoir reconnu tous les défauts. Irresponsable, incapable, ignorant, passionné, le jury civil est le plus sûr moyen d'obtenir de mauvais jugements » A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 570.

[3] Voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op.cit.*, p. 419 à 429. Il se fonde notamment, comme le font Esmein et Moreau, sur la difficulté pour un jury de distinguer le droit du fait pour ne juger que du dernier : « L'objection pratique qui a toujours paru aux jurisconsultes décisive contre le jury civil, c'est la difficulté, ou pour mieux dire, l'impossibilité de distinguer nettement dans un procès la question de fait et la question de droit. Ces deux questions s'enchevêtrent, se pénètrent, se confondent tellement, que le plus savant légiste et le praticien le plus délié, seraient dans la plupart des cas incapables de faire une pareille distinction », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 423.

[4] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 424.

[5] *Ibid*.

[6] B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 324. Quelques lignes plus haut il écrit : « Je réponds que le juré, comme citoyen et comme propriétaire, a intérêt à ne pas laisser impunis les attentats qui menacent la sûreté, la propriété ou la vie de tous les membres du corps social ; cet intérêt l'emportera sur une pitié passagère : l'Angleterre nous en offre une démonstration peut - être affligeante. Des peines rigoureuses sont appliquées à des délits qui certainement ne le méritent pas ; et les jurés ne s'écartent point de leur conviction, même en plaignant ceux que leur déclaration livre au supplice », B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 323.

par la certitude que si de semblables déviations se produisent, elles tendront presque inévitablement à humaniser la loi, à la mettre en harmonie avec la conscience populaire. Le jury ne cesserait d'être le meilleur instrument de répression que si on le faisait fonctionner dans un milieu social troublé et décomposé ; car on ne peut attendre la même fermeté d'âme des simples citoyens que des magistrats »[1].

Le jury judiciaire, et particulièrement le jury criminel, tel qu'il est conçu en Angleterre présente assez de garanties pour ne pas craindre la faiblesse morale des jurés le composant. L'origine féodale[2] du jury, est d'abord de nature à rassurer. Si les institutions font une large place au jury, le principe du jugement par ses pairs, déjà affirmé par Montesquieu[3], est propre aux coutumes germaniques « imprégnées de l'esprit de liberté »[4], comme le fait remarquer Laboulaye. Comme beaucoup d'auteurs[5], Esmein se lance dans la quête des origines des jurys S'agissant du jury d'accusation, il en trouve la trace dans la procédure des synodes de l'Église catholique dont « la procédure était fortement empreinte de l'esprit germanique »[6]. Il écrit : « Mais il est probable que cette institution dérive de ces dénonciations imposées sous la foi du serment, que nous avons trouvées dans les synodes de l'Église et dans les réunions judiciaires de l'empire carolingien. L'Église en avait maintenu l'usage, et la tradition s'en était conservée aussi dans maintes juridictions séculières, qu'on se rappelle les franches vérités du pays flamand. Les Normands apportèrent avec eux cette vieille coutume, dont on peut retrouver d'autre part

---

[1] *Éléments…, op.cit.*, p. 525.

[2] Laboulaye l'affirme clairement : voir É. Laboulaye, *Histoire des États-Unis, op. cit..*, t. I, p. 424.

[3] « Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas se mettre dans l'esprit qu'il soit tombé entre les mains de gens portés à lui faire violence », Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. II, p. 210.

[4] « Ces coutumes germaniques sont profondément imprégnées de l'esprit de liberté. Les libertés qu'elles consacrent nous échappent à la première vue, quand nous regardons le moyen-âge, parce que nous mêlons toujours l'idée d'égalité à l'idée de liberté, et je ne dis pas que nous avons tort. Mais au moyen-âge il faut se figurer la société en pyramide, le clergé en tête, ensuite les hauts barons, puis leurs vassaux, puis les vilains et les serfs. Chacune de ces catégories était opprimée souvent par les privilèges des ordres supérieurs, mais elles avaient aussi leurs privilèges inférieurs, qui étaient pour elle des garanties de liberté. Ils reposaient sur ce principe, que chacun doit se défendre devant ses pairs, qu'on ne peut être jugé que par ses égaux : les barons par les barons, les vassaux par les vassaux, les prud'hommes par les prud'hommes des bonnes villes, et les vilains par les vilains. Or, ces jugements dans la forme germanique se faisaient de la façon la plus simple, on se réunissait un beau jour, on faisait venir l'accusé ; on demandait par une formule qui est restée en Angleterre : « N'y a-t-il personne qui veuille venir au secours de ce pauvre homme accusé ? » Un ami se détachait du groupe et venait défendre l'accusé. Voilà le procédé germanique dans toute sa simplicité. Maintenant, combien fallait-il de personnes pour certifier l'innocence de l'accusé ? Il en fallait douze, et ces douze personnes sont devenues les douze jurés. Ceci est aussi ancien que l'Angleterre. Aujourd'hui, chez tous les peuples libres, il y a un jury pour l'accusé : c'est une invention récente, une imitation étrangère ; mais chez les Anglais, cela est sorti du fond des mœurs nationales », É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 724-725. Il exprimera la même idée dans son enseignement l'année suivante : « Mais cette vieille liberté germanique, le droit d'être jugé par ses pairs, le noble par douze nobles, le bourgeois par douze bourgeois, le vilain par douze vilains, ce droit disparaît au XIVe siècle [en France] », É. Laboulaye, « De l'administration française sous Louis XVI », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 2e année, 1864-1865, *op. cit.*, p. 745. Ou encore, dans *Le Parti libéral* : « mais, selon moi, la vieille coutume d'Angleterre, issue des forêts de la Germanie, a mieux compris la sainteté de la justice que ne l'a fait la loi française, sortie d'une source empoisonnée », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 20.

[5] Voir E. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaires de l'Angleterre…, op. cit.*, tome VI, p. 485. Également, J. Ortolan, *Éléments de droit pénal…, op. cit.*, p. 45.

[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 72. Il poursuit : « L'Église avait seulement eu cette idée féconde de forcer les chrétiens assemblés à dénoncer les coupables qui se cachaient parmi eux », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 72-73.

des traces dans les lois des Anglo-Saxons »[1]. Il maintiendra cette opinion dans son *Cours élémentaire d'histoire du droit* français[2] en 1882. Quant à la délicate[3] question de l'origine du jury de jugement, l'*Histoire de la procédure criminelle en France* souscrit à la thèse du « remarquable historien »[4] Brunner qui voit dans l'enquête du pays et l'intervention des « jureurs »[5] les germes de l'institution de ce jury : « Mais récemment, comme nous avons eu l'occasion de le dire, on a montré que le jury de jugement dérivait de cette *enquête du pays*, dont nous avons longuement parlé, et qui s'était particulièrement développée dans la coutume normande. […] Cette hypothèse de M. Brunner sur l'origine du jury de jugement, accueillie avec une faveur de plus en plus grande, nous paraît complètement établie »[6]. Son *Cours élémentaire d'histoire du droit français*[7] réaffirmera dès 1882 son adhésion à l'hypothèse de Brunner.

La procédure par jurés, telle que léguée par l'Angleterre, est accompagnée de deux modalités : l'oralité et la publicité. Esmein oppose ces deux principes à la procédure inquisitoire secrète ; ils sont donc présentés comme des gages de sûreté pour l'accusé. Il écrit : « l'Angleterre avait conservé en matière criminelle toutes les garanties que possédaient autrefois les nations d'Europe, […], *la publicité des procédures*, *l'oralité des débats* »[8]. Le principe d'oralité est indissolublement lié à la procédure par jurés. Cette dernière est considérée comme « *nécessairement* orale »[9]. Esmein ajoute : « Par suite, en Angleterre, la procédure était entièrement orale, et même la loi n'admettait pas qu'ont lût des dépositions écrites au jury […] »[10]. Quant à la publicité de la procédure, il affirme plus loin : « Il se trouve qu'à Rome, à l'époque la plus belle de son histoire, et en Angleterre à ce moment même, on découvre une procédure pénale toute différente de celle qu'on subit : c'est la publicité des débats […] »[11].

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 320-321. Il poursuit : « On conçoit qu'on ait développé avec amour cette institution qui permettait de faire échec à l'étroitesse du vieux système accusatoire, dans lequel l'appel n'était ouvert qu'aux intéressés. Par bien des traits, le jury d'accusation rappelle cette origine », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op.cit.,* p. 321. Ou encore : « C'était bien la même procédure que nous avons trouvée dans les *judicia synodalia* de l'époque carolingienne », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 322.

[2] « Dans ses *visitationes*, il [l'évêque] exerçait son pouvoir de juridiction au moyen d'une assise ou d'un *synodus*, où étaient convoqués les ecclésiastiques et les fidèles. Au IXe siècle, cela devint un moyen très énergique de répression par le fonctionnement d'un véritable jury d'accusation. L'évêque choisissait, parmi les fidèles réunis, un certain nombre d'hommes de confiance et, par serment particulier, les obligeait à lui dénoncer toutes les personnes coupables, à leur connaissance, de péchés publics », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 165.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 323.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 54.

[5] *Ibid*.

[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 323-324. Il poursuit : « Elle va trouver encore sa démonstration dans la procédure de l'*arraignement*, à laquelle nous amène la suite de notre exposition. La mise en accusation, décidée par le grand jury, ne suffisait pas pour que l'accusé dût et pût être jugé par le jury de jugement, il fallait encore qu'il eût nié en cour sa culpabilité et qu'il acceptât le jugement par jurés. A cet effet, le prisonnier était amené en audience publique, c'est l'*arraignement* », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 324 -325.

[7] « Au fond c'était là un jury rendant son verdict collectif, et non point des témoins déposant individuellement, et cela concorde bien avec l'opinion qui voit dans la vieille *inquisitio* carolingienne l'origine du jury anglais », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 685.

[8] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 315, nous soulignons.

[9] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 438, nous soulignons.

[10] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 418.

[11] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 359.

Mais le libéralisme des coutumes germaniques ne tient pas seulement à la procédure par jurés : elles accordent d'autres garanties qu'Esmein étudie avec soin. La composition du jury garantit d'abord l'indépendance de la juridiction. Esmein résume sa pensée dans les *Éléments de droit constitutionnel*: « Les juges, comme les jurés, tiennent leur fonction de la loi ; seulement celle-ci ne donne au juré qualité que pour prononcer dans une seule affaire ; une fois qu'il a rendu sa déclaration, sa mission et son pouvoir prennent fin. Le mode de désignation des jurés est tout aussi particulier. La loi charge certains fonctionnaires de dresser des listes de personnes, présentant les qualités qu'elle requiert, et c'est sur ces listes qu'au moyen du tirage au sort et de la récusation des parties, on obtient les noms des jurés qui doivent siéger dans la cause »[1].

Concernant le jury d'accusation en Angleterre au XVIIe siècle, il appartenait au *shériff* de rassembler entre douze et vingt-trois propriétaires fonciers, les « *freeholders* »[2]. Pour le jury de jugement[3], si l'accusé acceptait de se soumettre à son jugement[4] : « Les noms des jurés étaient tirés au sort et l'accusé avait le droit de récusation ; il pouvait toujours récuser en alléguant un motif *for cause*, mais il pouvait aussi exercer trente-cinq récusations péremptoires. Les douze jurés ainsi obtenus prêtaient serment et le débat commençait »[5].

Le déroulement des débats devant le jury d'accusation – « devant lequel il ne comparaît pas »[6] – se limite à la lecture de la « pièce capitale de la procédure anglaise »[7], l'acte d'accusation, et à l'audition des témoins présentés par la partie poursuivante et uniquement par elle[8].

Le débat devant le jury de jugement s'ouvre par la lecture de l'acte d'accusation validé par le jury d'accusation. Mais Esmein précise que l'intervention du jury dépend de la reconnaissance ou non par l'accusé de sa culpabilité : « On commençait par lire à l'accusé l'acte d'accusation "en langue anglaise" et ensuite le juge lui demandait s'il était coupable ou non coupable « *guilty or not guilty* ». S'il confessait, l'intervention du jury était inutile, il n'y avait qu'à appliquer la peine »[9]. Dans le cas contraire, seuls les avocats –

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 524

[2] « À cette phase du procès, il fallait, avant d'aller plus loin, demander au « *grand jury* », de prononcer la mise en accusation. Ce grand jury était composé de « *freeholders* » que le *shériff* devait rassembler, pour statuer sur les accusations, à chaque session d'assises tenue par les grands juges dans chaque comté. Le grand jury comprend douze personnes au moins et vingt-trois au plus et rend ses décisions à la majorité de douze voix », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 320. Voir également É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 723.

[3] Il explique qu'au XVIIe, l'Angleterre connaissait deux formes d'assises, donc deux formes de jurys de jugement, bien que tous deux comprennent douze jurés. Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 323.

[4] « Si l'accusé plaidait non coupable, il fallait de plus qu'il acceptât ou du moins qu'il ne refusât pas de se soumettre au jugement du pays », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 325.

Il écrit également: « On conçoit que généralement l'accusé acceptait le jugement par jury ; alors on procédait au débat, *trial* », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 326.

[5] *Ibid.*

[6] A. Esmein, « Le " *Criminal Evidence Act* " et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 349. Voir également, É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 723.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 320.

[8] « Outre les renseignements contenus dans l'acte d'accusation, les jurés entendaient les témoins, mais seulement « du côté de la poursuite » », *Ibid.*

[9] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 325.

lorsqu'il y en avait[1] – étaient autorisés à prendre la parole, en produisant et en interrogeant les témoins. *Histoire de la procédure criminelle en France* signale que si la procédure anglaise n'autorisait pas à l'origine la production de témoins à décharge, cette règle fut abolie au cours du XVIIIe siècle. Relevant la simplicité du débat, l'auteur signale ce qu'il rappellera dans son article sur le *Criminal evidence Act*[2], à savoir que l'accusé qui comparaît et assiste au débat n'y est pas soumis à interrogatoire.[3]. C'est d'ailleurs là, nous l'avons vu, tout l'intérêt de cet article dans lequel il expose que ce principe connaît une exception depuis 1898 en Angleterre. L'*Act* autorise en effet la défense à interroger l'accusé comme témoin et sur son seul accord, mettant ici à mal « une vieille règle du droit anglais, d'après laquelle tout personne intéressée dans une cause ne peut y figurer comme témoin »[4].

Une fois le débat clos, le jury se retire pour délibérer. Á cette fin, qu'il s'agisse de l'étape d'accusation ou de celle de jugement, les jurés se voient soumettre une ou plusieurs questions. Le jury d'accusation doit se prononcer sur la pertinence de l'accusation portée devant lui : « ils [les jurés] décidaient souverainement si les charges étaient suffisantes et s'il y avait lieu ou non à l'accusation ; dans un cas, ils inscrivaient au dos de l'*indictement* [acte d'accusation] " *bill vera* ou a *true bill* ", dans l'autre : " *ignoramus* ou *not found* "[5]. De même, le jury de jugement doit décider de la culpabilité de l'accusé en répondant à une ou plusieurs questions orales : « En Angleterre, le juge, dont l'influence est si grande sur les jurés, ne leur donne jamais que des instructions orales, en résumant à la fin du débat les questions en jeu et qu'il faut résoudre »[6]. L'unanimité des jurés est requise : « Ayant reçu les instructions du juge, ils [les jurés] se retiraient pour délibérer et voter si le cas présentait quelque difficulté. L'unanimité, dans un sens comme dans l'autre, était nécessaire pour que la décision fût valable. C'est là une règle curieuse, qui, du reste, paraît n'avoir pas été toujours admise en Angleterre »[7]. Si la règle parait « curieuse » au professeur parisien, il ne renseigne pas le lecteur sur les motifs de sa dubitation. Pourtant il considére la règle de l'unanimité du jury comme une des « caractéristiques du jury anglais »[8] ou encore « une règle traditionnelle de l'Angleterre »[9]. De plus, il constate en se penchant sur l'origine du jury de jugement, que la coutume carolingienne avait introduit dans l'enquête par *turbe,* puis dans l'enquête de pays, la règle de la délibération à l'unanimité des voix[10].

Le verdict du jury d'accusation entraîne dans un cas l'abandon des poursuites et dans l'autre le renvoi devant le jury de jugement. Le jury de jugement peut absoudre l'accusé ou le déclarer coupable. Dans ce cas, il appartient au juge de prononcer la

---

[1] « Chose curieuse dans cette législation où l'on respectait l'accusé au point de ne pas lui faire subir un interrogatoire […] aucun conseil ne pouvait être accordé à l'accusé s'il s'agissait d'un crime capital, et la jurisprudence anglaise justifiait cette règle comme l'Ordonnance de 1670, en disant que le juge est le conseiller du prisonnier, « *the judge shall be the counsel for the prisoner* » », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 327.

[2] « Non seulement il [l'accusé] ne subit aucun interrogatoire, mais, en principe, il n'a pas le droit d'intervenir et de prendre la parole », A. Esmein, « Le " *Criminal Evidence Act* " et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 349.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 327.

[4] A. Esmein, « Le " *Criminal Evidence Act* " et le serment des accusés en Angleterre », art. cité, p. 351.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 320.

[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 426.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 327-328.

[8] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 409.

[9] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 427.

[10] « Comme ce dernier d'ailleurs [le jury anglais], la *turbe* devait prendre sa délibération à l'unanimité des voix », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 685.

peine « suivant la division établie entre la question de culpabilité et celle de la peine, entre le fait et le droit »[1].

Au-delà des origines du jury criminel et de sa version anglaise, Esmein s'intéresse à la transposition de l'institution en France. La lecture combinée d'*Histoire de la procédure criminelle en France*, du *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* et – dans une moindre mesure – des *Éléments de droit constitutionnel* brosse un tableau chronologique de l'histoire du jury criminel en France, de son adoption par les lois de 1789 et 1791 jusqu'à son incorporation dans le Code d'instruction criminelle au côté d'une instruction secrète héritée de l'Ordonnance de 1670.

Après avoir remarqué les réclamations des Cahiers de doléances en faveur du jury, Esmein se livre à un exposé des lois criminelles révolutionnaires – notamment celle des 16 et 29 septembre 1791 – qui instituèrent le double jury. Le fonctionnement du jury d'accusation est présenté en détail. D'abord les conditions de transmission, par le juge de paix, d'une accusation au directeur du jury qui avait la charge – partagée avec le poursuivant dans certains cas – de rédiger l'acte d'accusation et de le transmettre pour visa au Commissaire du roi[2]. Ensuite sont précisées les conditions d'établissement des listes de jurés et du tirage au sort de huit d'entre eux pour siéger afin de se prononcer sur l'accusation[3]. Enfin le déroulement du délibéré est détaillé, en indiquant que la décision de renvoyer l'accusé devant la juridiction de jugement[4] doit être prise à la majorité. La procédure devant le jury de jugement est, elle, véritablement disséquée. Toutefois, Esmein s'attache à trois aspects particuliers qui divergent du modèle anglais. Dans un premier temps, il signale que la loi de 1791 avait institué pour le choix des douze jurés « un système bizarre de récusations successives et *hors présence* [qui] fut sans aucun doute une des erreurs qui embarrassèrent au début le fonctionnement du jury »[5]. Les deux autres éléments concernent le délibéré. Il souligne que si c'est bien l'oralité des débats qui prévaut devant le jury de jugement, la loi de 1791 impose que les questions auxquelles doivent répondre les jurés soient formulées, à l'écrit, par le juge présidant des débats, et dans un ordre précis. Il approuve cet écart par rapport au modèle anglais, considérant qu' « après de longs tâtonnements pour assurer le jeu de cet outil aussi délicat qu'il est sûr, on est arrivé à une heureuse précision qui se resserre encore tous les jours »[6]. Enfin, sa dernière remarque porte sur le fait que les jurés se prononcent, sur chaque question, à la majorité des voix et non à l'unanimité. Il précise cependant que le système prévoit que « l'opinion de trois jurés devait toujours suffire en faveur de l'accusé, soit pour décider que le fait n'est pas constant, soit pour décider en sa faveur les questions relatives à l'intention posée par le président »[7].

Ainsi, la loi de 1791 est vantée pour avoir installé une institution nouvelle sur le territoire français et d'avoir posé les principes fondamentaux de la procédure par jurés en matière criminelle. Esmein écrit : « Le Code des délits et des peines a développé et précisé

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 328.
[2] Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 421-422. Voir également *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op.cit.*, p. 109-111.
[3] Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 422.
[4] *Ibid.*
[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 425.
[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 427.
[7] Loi des 16 et 29 septembre 1791, partie II, titre VIII, article 28, cité par *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 428.

ces règles, le Code d'instruction criminelle les a amplifiées, mais les grandes lignes sont restées telles qu'elles avaient été tracées en 1791 »[1].

Le Code de Brumaire est en effet loué pour la précision mise à régler la procédure par jurés. Si le Code ne réforme pas les règles de la procédure devant le jury d'accusation[2], il en précise certaines pour la procédure devant le second jury : « Quant à la procédure devant le jury de jugement, le Code de Brumaire en traitait longuement et minutieusement ; c'était le développement d'institutions inconnues à l'ancien droit, qui se précisaient et se régularisaient peu à peu, sans rien emprunter à une législation qui les avaient toujours ignorées »[3]. Esmein salue d'abord l'entorse au principe d'oralité des débats qui introduit certaines pièces de l'instruction à l'audience, notamment au bénéfice de l'accusé et de son conseil et plus seulement à celui du ministère public. Ainsi, dit-il, « il pourra y avoir un plan de défense comme il y a un plan d'attaque »[4]. Cette atténuation du principe d'oralité est renforcée par le fait que le Code impose au président du tribunal de porter à la connaissance des jurés l'ensemble des pièces écrites de l'instruction, « à l'exception des déclarations écrites des témoins et des interrogatoires écrits de l'accusé »[5].

Esmein précise ensuite que le Code ne modifie pas les règles présidant à la composition et à la désignation des jurés, ni la règle de la majorité inaugurée par la loi de 1791. Il signale toutefois non sans admiration la précision avec laquelle ces derniers ont déterminé le régime des questions posées au jury de jugement : « Aucune loi n'a réglé d'une façon plus logique les questions à poser au jury, et cette partie du Code de Brumaire n'est pas moins ingénieuse que la délicate et savante composition des *Formules* romaines »[6]. Et le lecteur constate que le professeur parisien réitère ces louanges dans son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* : « Jamais la rédaction des questions, qui doivent être posées aux jurés, n'avait été aussi bien ordonnée, pour arriver à ne lui soumettre que des questions simples, auxquelles ils puissent répondre par *oui* ou par *non* : les prescriptions à cet égard rappellent naturellement le jeu de la procédure formulaire romaine »[7].

Les lois criminelles de l'an IX marquent le début du déclin du jury en France. Esmein rapporte les nombreux débats sur l'efficacité du jury criminel : « Faussé par les passions politiques, impuissant face au brigandage qui se développa sur toute une partie de la France, il faillit périr dans la crise terrible qui secouait alors le pays »[8]. Ainsi la constitution de tribunaux spéciaux, censés sanctionner les activités de brigandage, constitua la première attaque frontale de l'exécutif face à l'institution du jury « qui s'était trouvé aux prises avec un fléau que, par sa nature même, il était impuissant à combattre »[9]. Mais si le jury de jugement se maintient malgré les oppositions, le déclin touche le jury d'accusation. Si le Code de Brumaire faisait une entorse à la règle d'oralité des débats, la

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 425.
[2] « La procédure devant le jury d'accusation, précisée par le Code [de Brumaire], n'était pas modifiée », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 446.
[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 447.
[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 448.
[5] Code des délits et des peines, article 382. Cité par *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 448.
[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 447.
[7] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 259.
[8] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 451.
[9] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 463.

loi du 7 pluviôse an IX l'abolît purement et simplement : « La loi nouvelle […] modifiait profondément la procédure devant le jury d'accusation : elle y substituait la procédure écrite à la procédure orale »[1] et cela au nom de l'égalité des parties, l'accusé ne comparaissant pas devant le jury d'accusation. Ainsi, explicite le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*, « le jury d'accusation ne statuait plus que sur des pièces écrites, sans entendre les témoins »[2]. Si Esmein ne s'émeut pas de cette abolition du principe d'oralité des débats, il souligne toutefois qu'elle constitue, à l'époque, « une première atteinte portée au système des preuves établi en 1791 »[3].

Dans un contexte de débats passionnés sur l'institution du jury criminel et son utilité[4], le Code d'instruction criminelle donnera un coup fatal au jury d'accusation[5]. Les fonctions d'accusation remplies jusque lors par les jurés sont confiées dans leur ensemble et sans modifications[6] à une chambre spécialement constituée dans chaque cour d'appel[7], chargée de se prononcer – de façon assez fictive[8] – sur les conclusions du juge d'instruction. Toutefois, le jury d'accusation était constitutionnellement garanti par l'article 62 de la Constitution de l'an VIII. Le lecteur comprend que les rédacteurs du Code n'écartèrent pas le jury d'accusation lui-même mais fermèrent définitivement la porte de ce jury aux jurés populaires qui le composaient jusqu'alors. Dans *Histoire de la procédure criminelle en France*, l'auteur explique que les débats relatifs au Code devant le Conseil d'État renoncèrent à modifier la Constitution au moyen d'un sénatus-consulte sur l'intervention de Treilhard qui considéra que transférer les attributions d'accusation à une chambre ne contrevient pas à la lettre de la Constitution : « "Les constitutions, dit-il, ordonnent qu'il y aura un jury d'accusation, mais elles ne défendent pas de la placer dans un tribunal " ; et l'on passa outre »[9]. En 1908, le *Précis élémentaire* expose la même chose : « Cependant le jury d'accusation, comme celui de jugement, était garanti par la Constitution de l'an VIII. On passa outre déclarant, par un ingénieurs (sic) détour si souvent employé à cette époque, que la Cour d'appel *était le meilleur jury d'accusation* »[10]. Enfin, l'année suivante, le nouveau chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* relatifs à la réglementation des droits individuels vint réaffirmer cet arrangement constitutionnel ayant

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 454.
[2] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 259.
[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 459.
[4] « Cependant un courant existait ramenant vers le passé, très-puissant et s'élargissant toujours. La nation se désintéressait alors des libertés publiques, et les corps dirigeants, les magistrats surtout, tournaient les yeux avec regret vers la procédure criminelle de l'Ordonnance. Le jury leur paraissait une institution barbares et dangereuse. Ils ne comprenaient pas qu'on pût préférer la parole qui passe à l'écriture qui demeure, l'ignorance à la science, l'irrésolution à l'expérience et au sentiment professionnel du devoir », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 484. Sur les débats relatifs au jury criminel : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 481-526.
[5] Voir notamment *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 517, p. 524.
[6] « La loi nouvelle ne faisait en général que transférer à la chambre d'accusation les pouvoirs du jury, et une portion des articles qui règlent ses fonctions ont été copiés dans le Code de Brumaire an IV ; parfois même l'adaptation a été hâtive et le raccord mal fait », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p.459.
[7] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 337.
[8] « Ainsi se déroulait l'instruction dont le juge allait soumettre les résultats à la chambre du conseil, pour que celle-ci décidât des suites à donner à l'affaire. En matière criminelle, ce contrôle était plutôt nominal que réel, car il suffisait d'une seule voix, celle du juge d'instruction, pour que les pièces fussent transmises au procureur général et que la chambre des mises en accusation fût saisie », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 538.
[9] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 526.
[10] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 337.

présidé à la suppression du jury populaire en matière d'accusation : « Le jury fut conservé, malgré le peu de goût que Napoléon avait pour cette institution ; seul le jury d'accusation disparut dans cette crise ; bien qu'il fût garanti par la Constitution de l'an VIII (art.62), on ne le maintint pas dans le Code d'instruction criminelle et, pour justifier cette violation de la Constitution, on se contenta de dire que la Chambre de la Cour d'appel, à qui ce Code donnait le droit de prononcer la mise en accusation devant la Cour d'assises, " était le meilleur des jurys d'accusation " »[1].

L'abolition du jury d'accusation marque donc le retour d'une forme de procédure d'instruction perdant les caractères propres à la procédure par jurés : l'oralité et la publicité. Esmein y voir un retour « à l'obscurité », sans pour autant réclamer le rétablissement du jury d'accusation. Et l'exemple anglais retrouve son utilité : « Depuis lors [la loi du 7 pluviôse an IX], nous avons effacé de nos lois le jury d'accusation et personne n'en demande le rétablissement. En Angleterre même, son pays d'origine, il se maintient plus par la force de la tradition que par l'approbation publique »[2]. Il semble que l'essentiel aux yeux d'Esmein soit que le jury de jugement ait été conservé – « sauvé »[3] nous dit-il – malgré la très forte opposition qu'il rencontrait depuis les début du Consulat et qu'il résume dans son *Précis élémentaire* : « Le jugement par jurés fut maintenu : malgré la volonté contraire, clairement manifestée par Napoléon, les vétérans de la Révolution qui siégeaient au Conseil d'État, ne purent sur ce point sacrifier leurs anciens principes ; ils le défendirent et le sauvèrent. Cependant ils ne purent sauver l'institution dans son intégralité »[4]. Si le Code d'instruction criminelle supprime le jury d'accusation, il modifie également la procédure devant le jury de jugement. Esmein admet qu'en 1808 « on avait apporté au fonctionnement du jury les retouches, dont l'expérience avait démontré la nécessité »[5].

Il pense à la composition du jury. D'abord les listes de jurés sont « profondément modifiées » : elles définissent des catégories de citoyens censés avoir plus d'aptitudes que d'autres à la fonction de juré et il faut par ailleurs solliciter « l'honneur d'être admis aux fonctions de jurés ». Esmein souligne que le Code confie aux préfets – et non plus aux procureurs de district – le soin d'établir les listes de jurés pour chaque session d'assises. Sans critiquer cette disposition du Code, il souligne néanmoins qu'il s'agit là d'une limite importante, et jusqu'alors inédite, dans le choix des jurés : « On le voit, le choix des jurés, si mal fait pendant la période révolutionnaire, était restreint dans d'étroites limites. On avait même réagi à l'excès contre le relâchement des règles anciennes. La composition du jury était entièrement aux mains des préfets, puisqu'ils choisissaient à leur gré les listes de session et cela à une époque très rapprochée de l'ouverture des sessions d'assises. Le tirage au sort ne jouait un rôle que dans la composition du jury de jugement. La récusation

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 1117.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 459.

[3] « *Cependant l'institution du jury est sauvée après bien des discussions et des luttes,* et nous avons assisté à l'élaboration pénible du Code d'instruction criminelle, œuvre composite et de transaction, qui emprunte aux lois de la Révolution presque toutes les règles des débats et des jugements, à l'Ordonnance de 1670 presque toutes celles de l'instruction préparatoire », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 559, nous soulignons.

[4] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 336-337.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 541. Il écrit dans Histoire de la procédure criminelle en France : « Cependant dans le Conseil il y avait des hommes qui n'abandonnaient pas les principes de cette Révolution, qui les avait tirés parfois de l'obscurité et des derniers rangs du peuple pour les porter aux honneurs et à la puissance », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 508.

en présence était organisée, il ne pouvait plus y avoir de récusations motivées (article 399) »[1].

Quant au caractère oral des débats – qui est conservé[2] – d'abord, Esmein indique une première nouveauté. Le Code prévoit que les jurés se voient remettre au moment du délibéré, en plus des questions écrites, les pièces écrites de l'instruction, à l'exception des dépositions écrites des témoins, ce qui signifie que « dorénavant les pièces remises contiennent les interrogatoires des accusés »[3].

L'autre nouveauté consiste en la simplification, à l'extrême, de la rédaction des questions écrites posées aux jurés. De sorte que « d'un excès on était tombé dans un autre »[4]. En effet, les questions écrites se résument désormais à une unique question résumant l'ensemble de l'accusation : « Une seule question, dont la formule très simple visait à la fois l'élément matériel et l'élément moral du délit, comprenait tout le contenu de l'acte d'accusation »[5]. Il poursuit « C'était obliger éventuellement les jurés à opérer des distinctions, et à poursuivre une analyse (art.365), que les lois antérieures avaient sagement voulu leur éviter. On n'avait point encore trouvé la solution du problème »[6].

La dernière réforme opérée par le Code porte sur la règle de la majorité lors du vote sur la question devenue unique. Si Esmein se réjouit de l'adoption par le Code de la « loi si logique et si raisonnable de la simple majorité »[7], il regrette l'instauration d'un « système bizarre et compliqué »[8], consistant en une « restriction illusoire »[9] du principe de la majorité en cas de condamnation de l'accusé à la majorité d'une voix. Dans ce cas, en effet, la Cour est appelée à voter et peut, dans certaines hypothèses, renverser le verdict initial de culpabilité des jurés[10]. Esmein se montre ici beaucoup plus mesuré que Laboulaye. Ce dernier considère que l'unanimité du jury en matière de jugement constitue l'essence même de la garantie qu'offre le jury pour la liberté et que la majorité « est contraire à l'esprit de la loi anglaise »[11]. Il explique : « C'est encore une garantie que

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 542.

[2] « D'abord le caractère oral du débat est maintenu ; mais le Code d'instruction criminelle se défie moins de l'écriture que ne l'avaient fait les lois antérieures », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 543.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 542.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*

[6] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 542.

[7] *Ibid.*

[8] *Ibid.*

[9] *Ibid.*

[10] « Organisant un système bizarre et compliqué, il voulait que, si la décision avait été prise contre l'accusé à la majorité d'une voix, les jurés en fissent la déclaration (art. 341). On appelait alors la cour elle-même, composée de cinq membres, à délibérer sur la question de culpabilité ; et voici comment on combinait ce vote avec celui des jurés : art. 351 « si l'avis de la minorité des jurés est adopté par la majorité des juges, de telle sorte qu'en réunissant le nombre de voix ce nombre excède celui de la majorité des jurés et de la minorité des juges, l'avis favorable à l'accusé prévaudra », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.,* p. 542-543.

[11] « Je remarque encore dans l'organisation du jury un principe que nous avons adopté, mais qui est contraire à l'esprit de la loi anglaise, et qu'elle a toujours repoussé : c'était la majorité qui faisait le jugement. En Angleterre, où, à la différence de notre pays, la loi se préoccupe moins de la société que de l'accusé, qui a plus besoin de protection, il faut l'unanimité pour la condamnation. On tient qu'en matière politique surtout, la liberté est compromise si la majorité suffit pour prononcer l'arrêt, et qu'en présence d'un pouvoir qui peut séduire ou menacer, c'est d'une faible minorité seulement qu'on peut attendre l'indépendance et la fermeté. Les Américains, aussi jaloux de la liberté politique que les Anglais, ont conservé ce principe qui, je l'avoue, me semble prêter à la discussion, et qui d'ailleurs conclut plutôt à une majorité considérable qu'à l'unanimité », É. Laboulaye, *Histoire des États-Unis, op. cit*., t. I, p. 349-350.

l'unanimité du jury. Cette unanimité, qui paraît à bien des gens si étrange, me semble à moi une très grande perfection de la loi anglaise. La loi exige l'unanimité pour deux raisons : la première c'est que sur douze personnes, lorsque huit sont de l'avis de la culpabilité, et que quatre sont de l'avis de l'innocence, il y a fort à parier que les quatre personnes qui présument l'innocence ont des raisons majeures pour refuser d'admettre la culpabilité. En pareil cas, il y a un doute qui doit profiter à l'accusé. Une seconde raison fort importante est celle-ci : c'est la seule façon de rendre l'honneur aux personnes qui sont acquittées. Quand un homme a passé chez nous en cours d'assises et qu'il a été acquitté, vous ne savez pas à quel chiffre de majorité il a été acquitté ; il a pu être acquitté parce qu'il a eu six voix pour lui, tandis que six personnes l'ont trouvé coupable : sa position est fausse. Mais il est certain que si douze personnes l'ont déclaré innocent, sa position n'est pas la même ; il sort tout à fait blanchi de l'accusation »[1].

L'étude historique du jury de jugement ne s'arrête pas à l'étude des dispositions originelles du Code d'instruction criminelle, toujours en vigueur en 1882, date de la parution d'*Histoire de la procédure criminelle.* Le dernier chapitre de l'ouvrage s'attache, en effet, nous l'avons constaté, aux grandes réformes libérales opérées depuis 1808, et notamment à celles adoptées sous le Second Empire et aux projets proposés depuis sa chute.

Concernant la composition du jury, la loi du 2 mai 1827 impose que soit créée chaque année une liste annuelle de jurés à partir de laquelle sera tirée au sort, et non plus choisie, la liste pour chaque session d'assises : « C'était là une heureuse création, qui a toujours subsisté depuis lors, et qui même, dans les lois les plus récentes, a fait mettre de côté la liste générale, désormais inutile ; ce qui a varié, ce qui variera sans doute encore, c'est le choix des autorités chargées tous les ans de dresser cette liste »[2].

Concernant le principe d'oralité des débats, Esmein expose que la jurisprudence est venue préciser quelles pièces écrites pouvaient être portées à la connaissance des jurés au cours de débats. Si le Code d'instruction criminelle maintenait l'interdiction de communiquer aux membres du jury les dépositions écrites des témoins, la Cour de cassation[3] « a décidé au contraire, que le président, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, peut toujours faire donner lecture aux jurés des dépositions écrites »[4].

Dans le même sens, Esmein note – dans son *Histoire de la procédure criminelle* mais aussi à partir de la 5e édition des *Éléments de droit constitutionnel* – que la loi du 9 juin 1881 a supprimé le résumé des débats qui était fait aux jurés par le président de la cour et qui s'assimilait selon l'auteur à « un nouveau réquisitoire »[5]. Il précise : « C'est une réforme en

---

[1] É. Laboulaye, « La législation criminelle en Angleterre », *Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger*, 1864, vol.2, p. 723.

[2] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 564.

[3] Esmein cite Cass., 10 janvier 1817 et Cass., 9 avril 1818.

[4] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 567. Il poursuit : « Cette jurisprudence, qui s'était établie de bonne heure, s'est maintenue de façon constante. D'abord les termes des arrêts semblaient la restreindre au cas où le témoin n'avait pu être cité ou comparaître par suite d'une force majeure, mais on en arriva à appliquer le même principe au cas où le témoin aurait pu être cité et ne l'avait pas été : que le témoin soit présent ou absent, le président peut faire lire sa déposition. C'est là une pratique aujourd'hui bien établie et qui ne soulève point de protestations : elle fournit des ressources à la défense comme à l'accusation. D'ailleurs, si jadis l'emploi des pièces écrites avait été prohibé avec tant de soin devant le jury, c'était dans la crainte que par là la théorie des preuves légales ne se reformât d'elle-même. On s'aperçut bien vite que cette crainte était vaine. Le système des preuves morales est imposé par l'esprit public plus encore que par la loi », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 564.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1118.

faveur de laquelle il s'était formé depuis longtemps un courant puissant dans l'opinion publique. Ce résumé, qui devait présenter un tableau fidèle des débats, ne reflétait pas toujours également l'accusation et la défense […] Quant au réquisitoire du ministère public, le résumé était parfois une amplification. Peut-être entre l'accusation et la défense la partie n'était plus vraiment égale, quand, au moment où dans l'esprit des jurés se produisent ces oscillations qui précèdent les décisions difficiles, le président jetait dans la balance le poids de sa haute autorité »[1]. On constate que le résumé des débats était également discuté par Laboulaye. Le parti libéral réclamait même haut et fort sa suppression. Évoquant la procédure criminelle chez « les peuples libres », le professeur au Collège de France écrit : « enfin, le président, impassible et muet, sans autre soin que celui de la police de l'audience, est reconnu par l'usage comme le protecteur naturel de l'accusé. On s'est bien gardé de le charger d'un résumé oratoire qui, si impartial que soit ou que veuille être le magistrat, a toujours ce grave défaut d'enlever le dernier mot au prévenu et de lui ravir le privilège suprême de la faiblesse et de la misère, le droit d'attendrir ceux qui vont disposer de sa liberté, et peut être de sa vie »[2].

Les questions écrites posées aux jurés, souvent modifiées, firent également l'objet d'une réforme par les lois du 9 septembre 1835 et du 13 mais 1836. La question unique fixée par le Code de 1808 ne l'est plus. En effet, Esmein précise : « Les règles, sur la position des questions au jury furent changées : sans revenir aux simplifications si compliquées du Code des délits et des peines, on a décidé que l'on décomposerait en ses éléments nécessaires la question unique qui, d'après le Code d'instruction criminelle, devait purger l'acte d'accusation. Ici la pratique des présidents de cours d'assises précéda la loi et inspira le législateur »[3].

Quant au vote des jurés au cours du délibéré, après avoir précisé que les lois de 1835 et 1836 instauraient le vote secret[4], Esmein rapporte les différentes réformes introduites depuis 1808. La première étape fut réalisée par la loi du 4 mars 1831 qui vint supprimer une « anomalie »[5] : le système « illogique et compliqué »[6] faisant intervenir la Cour en cas de verdict pris contre l'accusé à la majorité d'une voix. Ainsi cette première loi établit la règle de la majorité de plus de sept voix, mais selon Esmein « c'était accorder aux accusés une faveur dangereuse »[7]. Aussi explique-t-il que la Loi du 9 mars 1835 rétablit le principe simple de la majorité des voix, avant que ne se succèdent trois réformes[8] de courte durée qui aboutirent à ce que la loi du 10 juin 1853 vienne rétablir de

---

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 566.

[2] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op.cit.*, p. 19. Ou encore, dans son ouvrage consacré aux États-Unis : « […] mais alors que le jury est institué, il faut que le président du jury soit indépendant. Il ne sera jamais indifférent que le jury soit conduit par un homme qui n'ait rien à craindre ni à espérer de personne, et qui ne connaisse que la loi », É. Laboulaye, *Histoire des États-Unis, op. cit.*, t. III, p. 497.

[3] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 562.

[4] « Le Code d'instruction criminelle n'avait point conservé ces formes [du Code de Brumaire] un peu théâtrales, mais il maintenait le principe de la déclaration orale ; il n'isolait même point, comme on le faisait précédemment, les jurés des uns des autres. Lorsqu'ils étaient retirés dans leur salle des délibérations et que la discussion était close, le chef du jury les interrogeait les uns après les autres et enregistrait leur réponse (art.345). Cette méthode devait souvent gêner les esprits timides et fausser bien des votes. Elle fut changée par la loi du 9 septembre 1835 qui établit le vote au scrutin secret. […] Ce nouveau mode de scrutin fut confirmé et précisé par la loi du 13 mai 1836 », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 563.

[5] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 564.

[6] *Ibid*.

[7] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 565.

[8] « En 1848 une nouvelle oscillation se produit en sens contraire ; il y a même deux lois rendues sur ce point dans la même année. Un premier décret du 6 mars 1848, destiné à abroger les fameuses lois de septembre 1835,

façon définitive le principe adopté en 1835. Esmein considère là, qu' « il n'est pas probable qu'on abandonne dorénavant une règle si simple [la majorité des voix], qui maintient une balance égale entre l'accusé et la société qui l'accuse ; une longue expérience l'a maintenant consacrée, et l'on peut dire qu'elle a passé dans les mœurs »[1].

Enfin, c'est l'un des derniers points étudiés par le professeur parisien, le jury peut reconnaître au profit de l'accusé des circonstances atténuantes. Bien que cette réforme « d'une importance capitale »[2] – « la plus libérale »[3] de la grande réforme du 28 avril 1832 – n'ait de conséquences que sur le régime de la peine qui sera appliquée, l'*Histoire de la procédure criminelle* signale qu'il s'agit là d'un nouveau pouvoir offert aux jurés. Laboulaye considère aussi qu'il s'agit « d'une excellente chose »[4]. Esmein observe toutefois qu'il s'agit là d'une entorse au principe perpétuellement consacré de distinction entre le fait – dont le jugement appartient au jury – et le droit – dont le jugement appartient par principe au juge : « Cependant nous devons remarquer que c'était abaisser en partie cette barrière qu'on avait voulu élever entre le fait, abandonné au jury, et la question de la peine réservée aux magistrats »[5].

Ainsi, par le système accusatoire, par l'institution du jury, le droit anglais et spécialement son droit criminel posent les garanties nécessaires à la sauvegarde de la liberté individuelle. Un tel satisfecit n'exclut cependant pas la critique à l'endroit du droit pénal anglais. Si l'institution du jury et la procédure accusatoire garantissent à tout individu sa sûreté, l'intervention du Parlement anglais au moyen d'un *Bill of attainder* peut ruiner l'édifice. Cet acte du Parlement anglais nie les règles fondamentales de la procédure criminelle anglaise et constitue « la confusion la plus complète du pouvoir législatif et du pouvoir judicaire, la violation la plus scandaleuse des principes élémentaires de la justice »[6]. Le *Bill of attainder*, foulant aux pieds les principes posés par Montesquieu, permet en effet au Parlement anglais de sanctionner un individu quelconque, au mépris du principe de légalité des peines : « On admettait qu'un acte du Parlement, c'est-à-dire un vote des deux Chambres sanctionné par le roi, pouvait atteindre une personne dans sa vie ou dans ses biens, lui infligeant une peine quelconque (généralement la peine de mort et la confiscation des biens) sans qu'aucune loi existante au moment des faits reprochés les eût prévus et punis d'une peine. […]. C'est une loi véritable, odieusement personnelle et rétroactive »[7]. Esmein s'insurge donc contre cette possibilité offerte au Parlement anglais de contrevenir à tous les principes longuement élaborés en Angleterre au service de la liberté individuelle.

---

décida dans son article 4 : « La condamnation aura lieu à la majorité de neuf voix ; la décision du jury portera ces mots : oui, l'accusé est coupable à la majorité de plus de huit voix, à peine de nullité » […]. Mais le 18 octobre un autre décret, voté par l'Assemblée constituante sur le rapport de M. Crémieux, réduisit à huit voix la majorité nécessaire pour la condamnation », *Ibid*.

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 565-566.

[2] « Cette réforme d'une importance capitale touche plus au droit pénal qu'à la procédure criminelle », *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 563.

[3] « Le Code pénal fut considérablement amélioré et adouci dans la révision qui en fut faite en 1832, mais cette révision laissa à peu près intact le système antérieur de procédure criminelle ; la réforme la plus libérale qu'il accomplit en ce qui la concerne fut d'admettre toujours en matière criminelle la possibilité des circonstances atténuantes reconnues par le jury et d'en régler les effets », *Éléments…, op. cit.*, p. 1118.

[4] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op.cit.*, p. 17.

[5] Il poursuit : « Pour accorder les circonstances atténuantes le jury devait souvent se déterminer par la rigueur de la peine : c'est une tendance qu'on ne pouvait empêcher d'aboutir » *Ibid.*

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 145.

[7] *Ibid*.

Toutefois, on doit constater que le droit criminel n'est pas tout. La procédure du jugement par jurés s'intègre en effet, comme le relève Pellegrino Rossi, dans un système plus général de participation du peuple à l'exercice des fonctions étatiques. Le professeur italien écrit : « Bref, nous avons un système dans lequel le pays intervient de trois manières différentes. Il intervient dans la législation par les assemblées délibérantes, dans la défense du pays par les formes diverses de son organisation militaire, dans l'administration de la justice enfin, par l'ensemble de ses institutions et en particulier par les jurés. Nous avons d'autres systèmes où cette intervention n'existe pas ; elle ne peut exister dans un pays sans les autres circonstances. Il y a toujours une espèce d'absurdité à demander l'institution des jurés dans un pays où la nation n'intervient ni dans la législature, ni dans la défense du territoire. Ce sont deux systèmes complets et qui ne peuvent pas s'entremêler, et partout où on a essayé de les mêler on a produit quelque chose de bâtard, on a produit un système qui avait les inconvénients des deux systèmes (car même le meilleur système a certains inconvénients), sans avoir les avantages ni de l'un ni de l'autre »[1].

Ainsi le droit pénal et l'intervention des jurés dans la procédure criminelle concourent à garantir la liberté, tout autant que les institutions politiques. La « Constitution anglaise » est aux yeux d'Esmein une source évidente de la liberté moderne.

[1] P. Rossi, *Œuvres complètes…*, *op. cit.*, t. II, p. 90-91.

CHAPITRE DEUX

Les institutions politiques de la Constitution anglaise

La première partie des *Éléments de droit constitutionnel* vise à exposer les deux sources principales de la liberté moderne : le droit public anglais d'une part, et les principes dégagés par la philosophie du XVIIIe siècle d'autre part. Ainsi, lors de la première édition en 1896, Esmein consacre un titre entier de son ouvrage aux « institutions et principes fournis par le droit de l'Angleterre »[1] ou plus précisément à la « Constitution anglaise »[2]. On remarque que l'auteur parisien emploie, de façon quasiment systématique et à la manière de Montesquieu[3], l'expression de « Constitution anglaise »[4] ou de « Constitution de l'Angleterre »[5]. Il convient donc d'enquêter sur la conception que se fait Esmein de la « Constitution ».

Le professeur parisien est en harmonie avec la doctrine constitutionnaliste de son temps. Pour Rossi, la constitution coïncide avec « la loi des pays libres qui ont échappé au règne du privilège et qui sont arrivés à l'organisation d'un peuple jouissant de ses libertés », qu'elle soit « loi proprement dite ou coutume, *je n'entre pas ici dans ces distinctions*, elle doit renfermer les bases 1° de l'organisation sociale, 2° de l'organisation politique »[6], de sorte qu'il existe bel et bien une « Constitution anglaise »[7]. Quelques décennies plus tard, Saint Girons[8], Moreau[9], Aumaître[10] entendront le terme d'une façon similaire en établissant tous la distinction entre constitutions écrites et coutumières ; le *Précis* de Félix Moreau utilisant les adjectifs « implicites et explicites »[11]. Esmein ne fera que confirmer

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 60-260.

[2] On a signalé précédemment que le premier chapitre de ce titre consacré aux institutions et principes fournis par le droit de l'Angleterre s'intitulait : « Comment la Constitution anglaise est devenue l'un des éléments de la liberté moderne », voir *Éléments…, op. cit.*, p. 63-70.

[3] Voir O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n°3, décembre 2009, p. 7-14.

[4] Voir par exemple : *Éléments…, op.cit.*, p. 63, p. 65, p. 69, p. 72, p. 149, p. 153, p. 174, p. 397, p. 454, p. 458, p. 471, p. 475, p. 576, p. 733, notre relevé ne prétend pas l'exhaustivité. Voir également A. Esmein, « La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1905, p. 536.

[5] Voir par exemple : *Éléments…, op. cit.*, p. 71, p. 174, notre relevé ne prétend pas l'exhaustivité.

[6] P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. I, p. 8.

[7] P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. IV, p. 57.

[8] « La Constitution, qu'elle soit écrite ou traditionnelle, est l'ensemble des garanties prises, en faveur de la nation et des individus, contre le gouvernement. La Constitution doit donc comprendre l'organisation des pouvoirs publics, déterminer l'étendue et la limite de leurs attributions, formuler les droits politiques et individuels des citoyens », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 28.

[9] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 46.

[10] « Dans un sens général, la constitution d'un peuple est sa situation relativement à ses pouvoirs publics et à ses droits publics. – En ce sens il est vrai de dire que tout peuple a une constitution. Dans un sens spécial, la constitution est l'ensemble des règles établies sur l'organisation des pouvoirs publics, et sur la réglementation des droits publics. – En ce sens, certains peuples seulement ont une constitution ; chez les autres, il n'y a pas de règles posées, tout dépend de l'arbitraire du souverain », T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 3. Il expose plus loin la distinction entre constitutions coutumières et constitutions écrites : voir T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 8-9.

[11] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 46. Antoine Saint Girons lui, alterne dans son *Manuel* entre l'expression « constitution coutumière » et « constitution traditionnelle » : voir notamment

cette opinion, identifiant en Angleterre une Constitution coutumière analysée comme « un produit historique lentement élaboré au cours des siècles »[1]. Il écrit : « L'Angleterre, qui est restée en dehors du mouvement révolutionnaire du XVIIIe siècle, a conservé une constitution de cette nature [coutumière]. Elle est coutumière pour la plus grande partie et comprend seulement un petit nombre de lois écrites dont les principales sont : la Grande Charte et ses confirmations postérieures, la *Petition of right*, le *Bill of rights*, l'*Act of Settlement* de 1760 et les traités d'union de l'Écosse et de l'Irlande à l'Angleterre »[2]. Esmein ajoute plus loin, et cela dés 1896[3], que l'Angleterre a fait le *choix* d'une constitution coutumière, puisqu'elle a été dotée pendant quelques courtes années d'une constitution écrite : « Il faut reconnaître, d'ailleurs, que les Anglais, restant fidèles à leurs principes traditionnels en cette matière, *se sont déterminés par un choix pleinement conscient.* Ce sont eux, en effet, qui ont eu la première Constitution écrite, nationale et limitative, qui a fait son apparition dans le monde. Tel était certainement l'*Instrument of governement* en quarante-deux articles que promulgua Cromwell le 16 décembre *1633* [il s'agit en réalité de 1653][4] ; il contenait même des clauses (art.24, 38) déclarant nulles les lois qui seraient contraires à ses dispositions »[5]. Il consacrera trois ans plus tard – année de la seconde édition des *Éléments de droit constitutionnel* – un article en deux parties consacré à ces « Constitutions » écrites de la première révolution anglaise du XVIIe siècle. Esmein affiche son objectif : étudier dans *l'Instrument of Governement* et ses succédanés l'introduction du principe de séparation des pouvoirs et de la notion de pouvoir constituant, deux legs de la philosophie du XVIIIe siècle qui fleuriront un siècle plus tard en France et aux États-Unis. L'étude livre ainsi de nombreuses comparaisons entre les constitutions française et américaine du XVIIIe siècle et les textes constitutionnels anglais.

Quant à la définition de la notion de constitution, il est évident qu'Esmein emploie à de très nombreuses reprises le terme de « constitution », et notamment dans les *Éléments de droit constitutionnel*[6]. Mais il faut reconnaître que, comme il le fait pour la notion de « liberté », l'auteur n'offre pas de définition précise de la notion de la « constitution ». En

---

A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op.cit.*, p. 17 et p. 32 pour l'emploi de la première expression, et p. 18, p. 28, p. 187 pour l'emploi de la seconde.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 567.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 565. Saint Girons reconnaît lui le « bonheur » de l'Angleterre et sa constitution « diffuse » : « Les Anglais ont eu l'habileté, ou le bonheur, de ne pas faire une Constitution qui soit un véritable traité scientifique, comme, pour ne pas toujours cité la France, les Constitutions du Brésil, du Portugal, du Mexique… », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 29-30. Voir également T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 8.

[3] Il faut en effet attendre 1899 pour voir publiée à la *RDP* son étude relative aux Constitutions du Protectorat de Cromwell. Voir A. Esmein, « Les Constitutions du Protectorat de Cromwell », *RDP*, 1899, t. XII, p. 139-218 et p. 405-442.

[4] Les cinq premières éditions de l'ouvrage indiquent bien la date du 16 décembre 1653. On constate une coquille à partir de la sixième édition de l'ouvrage en 1914, erreur qui sera reproduite dans les éditions successives. Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 577. Pour la cinquième édition de 1909 : voir *Éléments* …, 5e édition, Paris, Larose et Tenin, p. 515. Pour la septième édition de 1921 : voir *Éléments* …, 7e édition, Paris, Larose et Tenin, vol.1, p. 576.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 577, nous soulignons.

[6] On trouve dans l'ouvrage plus d'une centaine d'occurrences du terme de constitution ou Constitution. L'index de la sixième édition offre plusieurs entrées au terme, considérant d'abord les diverses constitutions de la France (constitutions des 3 et 4 septembre 1791, du 24 juin 1793, du 5 fructidor an III, du 22 frimaire an VIII, du 4 novembre 1848, du 14 janvier 1852, du 21 mai 1870, et enfin les lois constitutionnelles de 1875), considérant ensuite la théorie des constitutions écrites, et établissant enfin une distinction entre les constitutions souples et rigides. Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1230.

cela, il s'inscrit dans la foulée de Montesquieu qui, comme le relève Olivier Beaud, ne définit aucunement le terme tout en l'employant à de nombreuses reprises dans l'*Esprit des lois*[1].

Quant à l'« acception politique et constitutionnaliste »[2], on en trouve trois mentions dans les *Éléments de droit constitutionnel*. Le chapitre portant sur la souveraineté nationale propose d'abord une définition presque incidente. Esmein écrit : « La constitution n'a pas pour but de créer l'État, qui lui est préexistant et qui résulte du fait naturel de la formation nationale ; *elle a pour objet de déterminer simplement la forme de l'État et le gouvernement* »[3]. Il ajoute, source d'ambiguïté : « C'est une loi qui, au fond, est de la même nature que les autres, c'est artificiellement, quoique par une combinaison très sage, qu'on a donné aux lois constitutionnelles une stabilité et une force particulière en les soustrayant au pouvoir du législateur ordinaire. Elles sont simplement plus importantes et plus difficiles à établir et à rédiger que les autres lois »[4]. On pourrait alors croire que la notion de constitution élaborée par Esmein ne vise que les constitutions écrites et revêtant un caractère formel. En réalité, cette définition succincte prend place dans une section consacrée à l'exercice du referendum en matière de lois constitutionnelles. Le referendum – c'est-à-dire l'expression directe du corps électoral – ne pouvant s'exercer qu'à l'égard d'un texte écrit, il paraît évident qu'Esmein ne vise ici que les « lois constitutionnelles » ou les « constitutions écrites ».

Il en est de même pour deux autres passages de l'ouvrage, tirés du chapitre sur les « constitutions écrites ». L'auteur fait part de deux « tendances » dans la conception que l'on se fait de la Constitution : « L'une consiste à y mettre – outre les règles qui appartiennent rationnellement au droit constitutionnel, c'est-à-dire celles qui déterminent la forme de l'État, la forme du gouvernement et la garantie des droits individuels – d'autres règles encore formant les principes essentiels du droit administratif, de l'organisation judiciaire, du droit pénal ou même du droit civil »[5]. Quelques lignes plus loin, il expose l'éventualité inverse : « La tendance opposée consiste à mettre dans la Constitution, seulement des règles essentielles sur la forme de l'État, le gouvernement et les droits individuels, laissant même les questions de détails qui s'y rapportent dans le domaine de la législation ordinaire »[6].

---

[1] « L'usage que fait Montesquieu du terme constitution révèle un intéressant paradoxe. S'il est bien conscient d'avoir formulé une théorie politique originale dans le contexte français de l'époque, c'est à dire une théorie libérale dans un climat d'absolutisme, il n'a pas choisi la notion de constitution comme principal vecteur de sa théorie novatrice. En effet, son œuvre majeure, l'*Esprit des Lois*, ne contient, à proprement parler, ni théorie de la constitution, ni de véritable définition de la notion de constitution. Plus éloquent encore, le mot même ne figure pas dans l'Index de ce livre. Fait encore plus troublant : Montesquieu se conforme le plus souvent à l'usage lexical de son époque d'après lequel le mot de constitution ne relève pas du lexique politico-juridique. En effet, le mot constitution, par lui-même et sans qualificatif, était, comme on l'a vu, un néologisme et un anglicisme. L'Académie ne l'admit qu'en 1798, et du temps de Montesquieu, il fallait employer la formule entière : " la Constitution du gouvernement "ou " la constitution de l'État ". Or, Montesquieu emploie le plus souvent ce mot de cette manière : il évoque fréquemment " la constitution de l'État " ou " la constitution de la république " ou encore " la constitution du Gouvernement " (dans le sous-titre à l'*Esprit des Lois*) », O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », art. cité, p. 10.

[2] Nous empruntons ici l'expression à Oliver Beaud. Voir O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », art. cité, p. 9.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 403, nous soulignons.

[4] *Ibid*.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 579.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 579.

En comparant ces définitions, on constate que celle fournie par le chapitre relatif à la souveraineté nationale omet d'intégrer les droits individuels, comme le font les passages relatifs aux constitutions écrites. Ces deux derniers correspondent d'ailleurs, pour l'essentiel, à la définition du droit constitutionnel que propose l'introduction des *Éléments de droit constitutionnel*. Esmein assigne en effet au droit constitutionnel, nous l'avons souligné, trois objectifs : « Il [le droit constitutionnel] détermine : 1° la forme de l'État ; 2° la forme et les organes du gouvernement ; 3° les limites des droits de l'État »[1]. Il considère surtout que cette limitation du pouvoir de l'État se traduit juridiquement par « la reconnaissance et la garantie de droits individuels ». Il écrit : « La forme de l'État, la forme du gouvernement, *la reconnaissance et la garantie des droits individuels*, tels sont les objets naturels et nécessaires du droit constitutionnel »[2]. Ainsi le droit constitutionnel renseigne d'abord sur le contenu des Constitutions : la définition est donc matérielle beaucoup plus que formelle ; l'existence d'un texte est secondaire.

Les constitutions entièrement ou partiellement coutumières ne sont pas marginalisées. La preuve en est que les *Éléments de droit constitutionnel* comprennent, dès la première édition, un chapitre entier intitulé : « la théorie des constitutions écrites »[3]. Cette théorie est, aux yeux d'Esmein, « l'une des idées les plus chères aux publicistes du XVIIIe siècle »[4], ayant offert au monde le principe d'une constitution « au sens moderne du mot »[5], c'est-à-dire comme « devant être contenue dans une loi écrite fondamentale et systématique »[6]. Paradoxalement, ce n'est pas dans les *Éléments de droit constitutionnel* que l'on trouve la meilleure définition d'une constitution écrite. Plutôt dans l'article de 1899 relatif aux Constitutions du Protectorat de Cromwell. Esmein écrit à propos de l'*Instrument of government* de 1654 : « C'était bien, en effet, ce qu'on entend de nos jours par une constitution écrite : un texte organisant de toutes pièces et dans son ensemble une nouvelle forme d'État et de gouvernement, créant ou confiant tous les principaux organes de la souveraineté, déterminant leurs attributions respectives et leurs mutuelles relations. En même temps ce texte était conçu et présenté comme supérieur aux lois ordinaires, qui ne pouvaient l'abroger ou le modifier, tandis qu'il limitait au contraire, à certains égards, le domaine de la puissance législative établit par lui. Il était enfin donné comme immuable, ou du moins comme ne pouvant être modifié que d'une manière tout à fait particulière, différente de la procédure suivant laquelle se faisaient les lois »[7].

Ainsi le concept même de *constitution* chez Esmein, comme dans l'ensemble de la doctrine classique, n'implique pas l'existence d'une norme écrite. La Constitution d'Angleterre en témoigne.

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 1.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 30.
[3] Voir *Éléments…, op. cit.,* p. 565-602.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 565.
[5] « Il était difficile en particulier de fixer exactement ce qu'on entendait par lois fondamentales, dans une monarchie qui n'avait point de constitution au sens moderne du mot : par là les uns entendaient seulement la loi salique et les autres règles de la succession à la couronne ; les autres, inspirés d'idées plus fécondes, y voyaient les principes qui déterminaient la nature de la monarchie française et la distinguaient d'un pur despotisme à la turque », *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 500.
[6] *Éléments…, op. cit.,* p. 565.
[7] A. Esmein, « Les Constitutions du Protectorat de Cromwell », *art. cité,* p. 194.

Mais l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* ne cache pas son inclination pour les constitutions écrites et s'accorde, là encore, avec ses prédécesseurs[1]. Leur principal atout est d'établir une distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires : « Dans la théorie moderne des constitutions écrites, telle qu'elle est généralement admise, telle qu'elle se présente particulièrement en Amérique et en France, les lois constitutionnelles diffèrent aussi des lois ordinaires quant à leur nature intime et quant à leur force obligatoire »[2]. Les lois constitutionnelles sont supérieures aux lois ordinaires, cette supériorité juridique étant illustrée par un système de révision spécial[3]. Le trésor constitutionnel est ainsi mis hors de portée du pouvoir législatif : c'est une condition à la vitalité du pouvoir constituant.

C'est là une constitution rigide, opposée à la constitution « flexible » que l'on trouve chez Dicey[4]. La rigidité d'une constitution consiste en la distinction entre lois ordinaires et constitutionnelles emportant une distinction entre pouvoirs législatif et constituant. Esmein se pose en fervent partisan de cette double distinction en admettant toutefois qu'elle ne forme pas un « *principe essentiel* » : « Qu'elle ne s'impose pas, en effet comme un principe essentiel, cela est certain : les lois constitutionnelles sont des lois et peuvent, par conséquent, être traitées comme les autres lois. Mais cette distinction est une combinaison ingénieuse et légitime ; elle n'est, pour employer l'expression de Rousseau, ni contre la nature, ni contre la raison »[5]. Si la différence entre pouvoir constituant et pouvoir législatif n'est pas un « principe essentiel », c'est bien parce qu'en Angleterre cette distinction est inopérante[6] et qu'ainsi le système offre « une grande souplesse, permettant de modifier la Constitution dans ses détails sans créer aucune crise dans le pays »[7]. Esmein admet que le système anglais tel qu'il existe n'est, en principe pas transposable, du moins en France. La qualité et la pérennité de la Constitution doivent être expliquées, une fois de plus, par le caractère national anglais : « pour fonctionner d'une façon satisfaisante, se système suppose-t-il chez une nation des traditions très fortes et un esprit profondément

---

[1] Antoine Saint Girons se prononce de façon très ferme en faveur d'une constitution écrite, pour la France du moins : « Toutefois peu de sociétés pourraient supporter le vague constitutionnel de l'Angleterre. La France surtout, avec ses partis ayant chacun une tradition constitutionnelle distincte et intolérante, ne pourrait pas s'accoutumer d'une constitution purement coutumière, qui serait toujours contestée par l'opposition. […] Il faut donc une constitution écrite, qui règle à la fois le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire et qui consacre les grands principes de 1789, c'est-à-dire l'ensemble des droits individuels », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 32-33. Aumaître n'exprime aucune opinion sur ce point et se limite dans son ouvrage à un bref exposé des grandes notions du droit constitutionnel, T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 9. Félix Moreau exprime sensiblement la même idée que Saint Girons : voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit*, p. 48.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 567.

[3] « C'est à Jean-Jacques Rousseau que revient l'honneur d'avoir rationnellement établi cet axiome, non pas dans le *Contrat social*, mais dans ses *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée en 1772*, où, moins distraite par des idées abstraites et préconçues, sa clairvoyance politique se fait pleinement jour », *Éléments…, op. cit.*, p. 572.

[4] A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 3e edition, Londres, MacMillan, 1889, p. 117-119.

[5] *Ibid*.

[6] « Non seulement, comme on l'a vu, la Constitution anglaise est restée en grande partie coutumière, mais, de plus, les Anglais n'établissent aucune différence de nature entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Les unes et les autres ont la même force et les mêmes formes. En Angleterre, il n'y a point de lois constitutionnelles au sens propre du mot », *Éléments…, op. cit.*, p. 576. Plus loin encore : « Le système anglais, qui ne distingue pas le pouvoir constituant du pouvoir législatif…», *Éléments…, op. cit.*, p. 578.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 578.

conservateur »[1]. Aussi se prononce-t-il par principe pour une constitution de type rigide : « Au contraire, dans les républiques démocratiques, chez un peuple à l'esprit mobile et impétueux, le système français et américain *est bien préférable*. Il est presque indispensable là où n'existe qu'une seule Chambre législative, dont aucun *veto* ne peut arrêter les décisions, ou lorsque la forme même de l'État, adoptée par la majorité de la nation, n'est pas cependant au-dessus de toute dispute et de toute contestation : cette forme, en effet, ne saurait à chaque instant être mise légalement en question. Alors une constitution rigide, supérieure au pouvoir législatif, peut seule assurer la stabilité nécessaire dans les institutions fondamentales »[2].

Si le principe est « *préférable* », il n'est pas « *essentiel* ». Dénué d'un texte formel, supérieur aux lois ordinaires et instituant l'existence d'un pouvoir constituant distingué du pouvoir législatif, le droit anglais reste « l'un des éléments de la liberté moderne »[3]. La liberté politique se trouve dans la Constitution anglaise, là est l'enseignement de Montesquieu pour Esmein. Les libéraux français n'auront de cesse de voir dans cette constitution l'architecture de « l'édifice »[4] libéral qu'évoque Pellegrino Rossi. Les institutions anglaises deviennent, sinon un modèle, une inépuisable source d'inspiration. Constant défend le caractère monarchique conçu comme gage de neutralité[5]. Guizot s'attache à l'histoire de la première révolution anglaise[6] qui vit naître les Constitutions écrites si chère à Esmein. Laboulaye fera de l'Angleterre l'un des meilleurs exemples de régime libéral, pendant qu'Émile Boutmy enseignera tous les ressorts et les bienfaits de cette Constitution coutumière.

Esmein va, lui, extirper de cette Constitution anglaise quatre éléments principaux afin d'en faire des « institutions-types»[7]. Ces éléments, qu'ils s'agissent d'organes institutionnels ou de principes juridiques, sont tous considérés et présentés comme de véritables standards libéraux à vocation universelle, et destinés à intégrer en partie toute constitution d'un État moderne qui se voudrait libéral.

Esmein écrit : « Dans cette première partie de mon étude, je n'ai point l'intention d'exposer, même en raccourci, l'histoire ou le tableau de la Constitution anglaise. Comme je l'ai dit plus haut, j'étudie seulement les institutions-types qu'elle a communiquées au droit des peuples libres et particulièrement à celui de la France. Ces institutions sont au nombre de quatre que j'examinerai successivement : 1° Le gouvernement représentatif ; 2° Le système de deux Chambres législatives ; 3° La responsabilité ministérielle ; 4° Le gouvernement parlementaire ou gouvernement de cabinet »[8].

L'histoire politique et constitutionnelle de l'Angleterre a donné naissance à deux pratiques qui sont regardées par Esmein, l'une comme nécessaire, et l'autre comme essentielle à la liberté : d'abord la pratique du gouvernement représentatif au moyen d'un

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 578 et p. 579. Félix Moreau considère lui, à propos des constitutions « implicites » : qu'elles « ne peuvent toujours suffire. Elles conviennent aux peuples calmes et patients, jouissant de longues traditions constitutionnelles, attachés à leurs vieilles institutions. Tel est le peuple anglais », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit,* p. 47.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 579, nous soulignons.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 63.
[4] P. Rossi, *Œuvres complètes…, op. cit.*, t. II, p. 86.
[5] Voir notamment, B. Constant, *Œuvres politques…, op. cit.*, p. 17 à p. 32.
[6] Voir F. Guizot, *Histoire de la révolution d'Angleterre : depuis l'avènement de Charles Ier jusqu'à sa mort,* Paris, Didier, 1845, 2 vol.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 60.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 70.

Parlement bicaméral (Section 1), ensuite la pratique d'une forme particulière du gouvernement représentatif, celle du gouvernement parlementaire qui s'est construit autour du principe fondamental de la responsabilité des agents du pouvoir exécutif (Section 2).

Section 1

L'invention du gouvernement représentatif : l'élection populaire à temps comme condition de représentation

Le gouvernement représentatif, ou système représentatif, constitue sans conteste l'élément institutionnel auquel Esmein est le plus attaché et dont il assurera la défense avec une vigueur constante durant son enseignement. Le gouvernement représentatif est considéré – au même titre que l'institution du jury – comme caractérisant « plutôt un certain degré de civilisation qu'une race ou un pays »[1]. Là encore, dans la pensée constitutionnelle d'Esmein, le gouvernement représentatif est conçu comme une pratique, d'essence libérale, vouée à l'universalité.

La faveur d'Esmein pour le gouvernement représentatif ressort de ce que l'on peut considérer comme son premier écrit de droit constitutionnel[2], avant même la parution des *Éléments de droit constitutionnel en* 1896. Deux ans auparavant, le professeur parisien inaugurait en effet la *Revue du droit public et de la science politique* – comme il le fera d'ailleurs pour le *Revue trimestrielle de droit civil*[3] en 1902 – par un article intitulé « Deux formes de gouvernement »[4]. On peut y voir un résumé programmatique des diverses études qui suivront. L' article affirme la nécessité du gouvernement représentatif qu'il convient de conserver tel qu'il est apparu en Angleterre. Seul un tel gouvernement permet l'épanouissement de la liberté moderne. Si la loi garantit la liberté de tous – à commencer par la liberté individuelle *stricto sensu* – il appartient à la constitution d'établir des mécanismes institutionnels de création et de confection de la loi permettant d'en garantir le caractère général et impersonnel. Ce mécanisme institutionnel est tout trouvé dans le gouvernement représentatif. A ce titre, il est une « institution » de « la liberté moderne ».

Toute la théorie constitutionnelle d'Esmein est en germe dans l'article de 1894 : « Le système [représentatif] repose sur cette idée que la nation, considérée comme souveraine, n'exerce par elle-même aucun des attributs de la souveraineté. Elle en délègue l'exercice à un certain nombre d'autorités supérieures, dont l'une au moins (une assemblée délibérante et législative), doit être élue à temps par la nation, c'est-à-dire par le corps des électeurs politiques »[5].

---

[1] A. Esmein, « Compte-rendu de *Projet de Code pénal pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 8e mois de la 10e année de Meiji (août 1879) : Tokio (août 1879) – Projet de Code de procédure criminelle, pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 9e mois de la 12e année de Meiji (septembre 1879) : Tokio (septembre 1879)* », art. cité, p. 632.

[2] Les travaux d'Esmein en droit constitutionnel avant 1894 se limitent à deux notices relatives aux travaux du parlement prussien pour les sessions de 1876, 1877 et 1878. Voir A. Esmein, « Prusse. Notice sur la session de 1876 », *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 165-176. Et A. Esmein, « Prusse. Notice générale sur les travaux du Landtag pendant la session de 1877-1878 », *Annuaire de législation étrangère*, 1878, p. 126-137.

[3] Le premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil* propose en effet comme article inaugural une étude d'Esmein qui vise à justifier l'existence même d'une telle revue de jurisprudence civiliste, première du genre en France, et à promouvoir l'indispensable étude de la jurisprudence au sein du droit civil : « Il faut que la doctrine aille plus loin et qu'elle prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude », A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n°1, p. 11.

[4] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15-40.

[5] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15.

Esmein reproduit ici la définition d'Henry Brougham dans *The British constitution*[1] publiée dans la seconde moitié du XIXe siècle. Cet ouvrage est une des sources[2] majeures du professeur parisien : en attestent les nombreuses références[3] à l'étude de Brougham dès la première édition[4] des *Éléments de droit constitutionnel*. On constate cependant que Brougham emploie l'expression « *power of the people* » – littéralement « le pouvoir du peuple » – qu'Esmein traduit de façon habile par « la nation considérée comme souveraine ». On note ici une première tentative de conciliation de la notion de souveraineté nationale avec les principes de la Constitution anglaise qui ne connaît formellement que la « souveraineté du Parlement ». Par ailleurs, Esmein convient avec l'auteur anglais que « l'essence de la représentation » repose sur l'élection « pour une période limitée » de députés – par le « peuple » pour Brougham ou « par les électeurs politiques » pour Esmein – chargés de l'exercice du pouvoir législatif.

[1] « *The essence of Representation, then, is that the power of the people should be parted with, and given over, for a limited period, to the deputy chosen by the people, and that he should perform that part in the government wich, but for this transfer, would have been performed by the people themselves* », H. Lord Brougham, *The British constitution, its history, structure and working*, 2e éd., 1861, Londres et Glasgow, Griffin, t. XI, p. 33-34.
[2] Il faut également y ajouter les ouvrages de Dicey et de Bryce. Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 69.
[3] Voir notamment *Éléments…*, *op.cit.*, p. 93-97.
[4] Voir A. Esmein, *Éléments…*, 1ere éd., *op. cit.*, p. 51.

I
L'origine du lien entre élection et représentation

L'élection populaire à temps comme principe du gouvernement représentatif ne constitue en rien une innovation. Bernard Manin fait du principe électif le premier des quatre principes « qui ont toujours été observés dans les régimes représentatifs depuis que cette forme de gouvernement a été inventée » et tient ainsi la pratique de l'élection comme « l'institution centrale du gouvernement représentatif » [1].

Dans la présentation que fait Montesquieu du gouvernement représentatif, la notion de choix populaire occupe une place déterminante : « Le peuple est admirable pour choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité. Il n'a à se déterminer que par des choses qu'il ne peut ignorer, et des faits qui tombent sous le sens. Il sait très bien qu'un homme a été souvent à la guerre, qu'il y a eu tels ou tels succès : il est donc très capable d'élire un général. Il sait qu'un juge est assidu, que beaucoup de gens se retirent de son tribunal contents de lui, qu'on ne l'a pas convaincu de corruption ; en voilà assez pour qu'il élise un préteur. Il a été frappé de la magnificence ou des richesses d'un citoyen ; cela suffit pour qu'il puisse choisir un édile. Toutes ces choses sont des faits dont il s'instruit mieux dans la place publique, qu'un monarque dans son palais. Mais saura-t-il conduire une affaire, en profiter ? Non il ne le saura pas »[2].

Bernard Manin[3] souligne que Montesquieu distingue deux modes de désignation des gouvernants en fonction de la nature du régime étudié : le tirage au sort en démocratie[4] et l'élection en aristocratie[5]. Mais le fameux chapitre VI du onzième livre de l'*Esprit des lois* semble indiquer que c'est le principe de l'élection qui est retenu par la Constitution d'Angleterre. Le philosophe écrit : « L'on connaît beaucoup mieux les besoins de sa ville que ceux des autres villes ; et on juge mieux de la capacité de ses voisins que de celles de ses autres compatriotes. Il ne faut donc pas que les membres du corps législatif soient tirés en général du corps de la nation ; mais il convient que, dans chaque

---

[1] « Quatre principes ont toujours été observés dans les régimes représentatifs depuis que cette forme de gouvernement a été inventée : 1 - les gouvernants sont désignés par élections à intervalles réguliers. 2 - Les gouvernants conservent, dans leurs décisions, une certaine indépendance vis-à-vis des volontés des électeurs. 3 - Les gouvernés peuvent exprimer leurs opinions et leurs volontés politiques sans que celles-ci soient soumises au contrôle des gouvernants. 4 – Les décisions publiques sont soumises à l'épreuve de la discussion », B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, p. 17-18.

[2] *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. I, p. 12-13. On retrouve la même idée dans le sixième chapitre du Livre XI : « Il y avait un très grand vice dans la plupart des anciennes républiques : c'est que le peuple avait droit d'y prendre des résolutions actives, et qui demandent quelque exécution, chose dont il est entièrement incapable. Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants, ce qui est très à sa portée. Car, s'il y a peu de gens qui connaissent le degré précis de la capacité des hommes, chacun est pourtant capable de savoir, en général, si celui qu'il choisit est plus éclairé que la plupart des autres », *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. II, p. 212.

[3] B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif, op. cit.*, p. 98-101.

[4] « Le suffrage par le sort est de la nature de la démocratie ; le suffrage par le choix est celle de l'aristocratie. Le sort est une façon d'élire qui n'afflige personne ; il laisse à chaque citoyen une espérance raisonnable de servir sa patrie », *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. I, p. 14.

[5] Il confirme que le tirage au sort est incompatible avec un régime de nature aristocratique : « On n'y [dans l'aristocratie] doit point donner le suffrage par sort ; on n'en n'aurait que les inconvénients. En effet, dans un gouvernement qui a déjà établi les distinctions les plus affligeantes, quand on serait choisi par le sort, on n'en serait pas moins odieux : c'est le noble que l'on envie, et non pas le magistrat » *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. I, p. 17.

lieu principal, les habitants se choisissent un représentant »[1] et précise plus loin : « Tous les citoyens, dans les divers districts, doivent avoir droit de donner leur voix pour choisir le représentant ; excepté ceux qui sont dans un état de bassesse, qu'ils sont réputés n'avoir point de volonté propre »[2]. Quoi qu'il en soit, Bernard Manin assure que la pratique de l'élection populaire ne souffre aucune contestation dans la pensée des publicistes du XVIIIe siècle[3] et trouve son fondement dans les écrits des auteurs de l'École du droit naturel pour qui « la source du pouvoir et le fondement de l'obligation politique étaient […] placés dans le consentement ou la volonté des gouvernés »[4].

En lecteur de Benjamin Constant – qui consacre un chapitre[5] de ses *Principes de politiques* à la question de l'élection des assemblées représentatives – Esmein ne prend pas la peine de discuter la question, semblant considérer que ce principe de l'élection populaire constitue une évidence. On le constate à la lecture des quelques « règles » énoncées, issues du droit anglais, et qui forment l'ossature du gouvernement représentatif. S'inspirant en grande partie des « canons du gouvernement représentatif »[6] exposés par Brougham dans *The British constitution*, les *Éléments de droit constitutionnel* recensent cinq règles présidant à la construction et au fonctionnement du système représentatif en Angleterre. Le principe de l'élection ne souffre aucune discussion : « 1° Les députés tiennent leurs pouvoirs du peuple : celui-ci leur transmet *par l'élection* un droit qui réside en lui. […] 2° Les députés, *quoique élus par circonscriptions,* représentent chacun le peuple entier »[7], ou encore « 4° Les députés doivent nécessairement être élus à temps. C'est le seul moyen d'organiser un régime véritablement représentatif »[8].

Plus précisément, les *Éléments de droit constitutionnel* hésitent entre deux définitions du gouvernement représentatif. L'une est générale : elle fait du gouvernement représentatif l'antithèse de l'absolutisme ; elle insiste sur le caractère représentatif des divers pouvoirs, sans en préciser les modalités. L'autre, plus stricte en exergue la modalité de la représentation et préconise l'élection d'une partie de l'organe législatif.

L'introduction de l'ouvrage offre d'abord une définition du gouvernement représentatif, opposée à celle du gouvernement direct, et formule le principe du « choix » des représentants par la nation ou par « le souverain ». Esmein écrit : « Ou le souverain exerce par lui-même l'autorité publique, et c'est ce qu'on appelle le *gouvernement direct* ; ou il délègue cet exercice à des représentants, qui statuent alors aussi valablement que si la décision émanait du souverain lui-même : c'est le *gouvernement représentatif* ; ce dernier d'ailleurs se conçoit lui-même de deux façons différentes. Tantôt le souverain transmet réellement, en tout ou partie et pour un temps plus ou moins long, les attributs de la

---

[1] *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. II, p. 211.
[2] *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu, op. cit.*, t. II, p. 212.
[3] « Il est assurément vrai qu'aux yeux des acteurs des XVIIe et XVIIIe siècle, la sélection des gouvernants par le sort apparaît comme une évidence (l'absence de toute hésitation entre les deux procédures l'atteste). Mais ce n'était pas là seulement le résultat mécanique de circonstances extérieures. On jugeait le tirage au sort manifestement inadapté, compte-tenu des objectifs que l'on cherchait à atteindre et des représentations dominantes concernant la légitimité du pouvoir », B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif, op. cit.*, p.113. Voir également p. 116-122.
[4] B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif, op. cit.*, p. 115.
[5] Il s'agit du chapitre V intitulé « De l'élection des assemblées représentatives »,
[6] H. Lord Brougham, *The British constitution, its history, structure and working, op. cit.*, p. 91-96.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 88.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 93.

souveraineté aux représentants qu'il se choisit, de telle sorte que ceux-ci agissent en toute liberté et ne peuvent être révoqués à volonté ; c'est là, pour les modernes, le véritable gouvernement représentatif. Tantôt, au contraire, les représentants du souverain ne sont que de simples commissaires, auxquels il peut d'avance dicter leurs décisions et qu'il peut révoquer à son bon plaisir, comme un mandant révoque son mandataire. Dans ce dernier cas, il n'y a que l'apparence d'un gouvernement représentatif ; c'est en réalité le gouvernement direct quelque peu déguisé, puisque le représentant n'est en réalité qu'un instrument docile ou un porte-voix »[1].

Bien que le fond même de la pensée constitutionnelle d'Esmein sur le gouvernement représentatif soit ici exprimé, on trouve plus loin dans les *Éléments de droit constitutionnel* deux autres définitions de la notion. On note alors que le chapitre qui y est spécifiquement dédié commence par le définir de façon générale et quelque peu abstraite, à l'aune de la notion de nation sans mentionner le principe électif. Ainsi le gouvernement représentatif est présenté comme « un gouvernement dont les divers pouvoirs sont institués ou *censés institués* par la nation elle-même, n'agissent qu'en son nom et conformément à sa volonté réelle ou *présumée* »[2]. Puis, dans ce même chapitre, Esmein semble revenir à la définition classique en considérant que c'est la « représentation particulière et propre par des députés élus qu'on a l'habitude, soit en Angleterre, soit à l'étranger, de désigner sous le nom de *gouvernement représentatif*, pris dans son sens étroit »[3].

C'est bien cette dernière définition classique, exprimée à plusieurs reprises, qui est privilégiée dans la pensée d'Esmein. Pour s'en convaincre, le lecteur constate qu'au détour du chapitre consacré à la notion de souveraineté nationale, Esmein confirme à deux reprises ce qu'il a déjà, par deux fois avancé, dans l'ouvrage, à savoir la nécessité du critère de « l'élection à temps » pour caractériser le système représentatif. Traitant de l'exercice du droit de suffrage, il écrit d'abord : « L'exercice du droit de suffrage politique, qui n'est pas autre chose que l'exercice de la souveraineté elle-même, peut se faire de deux manières. Ou bien les électeurs politiques décident eux-mêmes et immédiatement l'acte de souveraineté à accomplir, en votant, par exemple, sur un projet de loi, c'est alors le *gouvernement direct*. Ou ils élisent des représentants, qui exerceront au nom de la nation les attributs de la souveraineté, et c'est alors le *gouvernement représentatif* »[4]. Quelques paragraphes plus loin, il réaffirme : « Le gouvernement représentatif, en effet, est nécessairement le gouvernement de la majorité. Il repose essentiellement sur cette idée que le gouvernement du pays va appartenir *pour un temps déterminé* (pour la durée de la législature) aux représentants *que choisit dans ce but la majorité des électeurs* »[5]

Il est acquis que le gouvernement représentatif trouve son origine dans l'histoire politique et institutionnelle de l'Angleterre. Esmein l'affirme constamment, s'appuyant sur

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 24-25
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 71, nous soulignons.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 88. On trouve ici une définition assez proche de celle fournie par Stuart Mill en 1860 qui écrit : « Il y a gouvernement représentatif quand la totalité du peuple ou une partie significative de celui-ci exerce par le biais de députés qu'il nomme périodiquement le pouvoir de contrôle ultime qui, dans toute constitution, doit appartenir à une instance quelconque », J.-S. Mill, *Considérations sur le gouvernement représentatif*, traduit de l'anglais, présenté et annoté par Patrick Savidan, Paris, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 2009, p. 84.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 299.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 320.

les auteurs anglais[1]. La liberté politique en Angleterre est liée au gouvernement représentatif[2] : « Par cette longue évolution, le droit anglais avait non seulement assuré la liberté britannique, mais aussi produit une forme nouvelle de gouvernement, destiné à une large propagation, le gouvernement représentatif des temps modernes »[3]. Mais l'objectif n'est pas celui de Guizot[4]. Il n'est pas question pour Esmein de dresser une frise historique et détaillée du gouvernement représentatif en Europe ou en Angleterre. Son but est, à la manière d'Henry Brougham[5], d'extirper de l'histoire des institutions anglaises les éléments ayant concouru à l'établissement de cette forme moderne de gouvernement. Car la naissance du gouvernement représentatif et son affermissement en Angleterre ne répondent à aucune théorie ou doctrine politique préconçues. Ils ne sont dus qu'à des évènements fortuits. Esmein, en historien du droit, ne cache pas son admiration pour cette institution centenaire. Il dit du gouvernement représentatif : « C'est le produit à la fois de l'évolution historique et de l'intelligence humaine. Il apparaît encore à beaucoup d'esprits comme la combinaison la plus ingénieuse et la plus sûre qu'aient inventée les hommes pour organiser la liberté politique »[6]. Le gouvernement représentatif constitue le meilleur terrain pour user de la méthode historique. Il s'agit de rechercher les éléments originaires d'une représentation du peuple en Angleterre, d'en tirer les principales lignes de force afin de les généraliser, de les axiomatiser et, par là, les rendre universelles.

Les *Éléments de droit constitutionnel* énoncent la raison « première et la plus profonde »[7] de la naissance du gouvernement représentatif, et donc de la liberté politique en Angleterre : la nécessité pour les seigneurs féodaux de limiter la force du pouvoir royal. « Le point de départ chez les Anglais fut donc un pouvoir royal très fort. En France, au contraire, la féodalité se forma spontanément au milieu de l'anarchie ; et, dans le morcellement féodal, la monarchie resta d'abord sans prérogatives vraiment utiles en face des seigneurs très puissants. Cette différence tourna au profit de la liberté anglaise. En Angleterre, la noblesse féodale et la classe moyenne, ayant un intérêt commun en tant qu'opprimées l'un et l'autre par le pouvoir royal, s'unirent contre celui-ci et parvinrent, par leur union, à limiter progressivement ses prérogatives »[8]. Esmein puise ici à la science

---

[1] Il écrit dans « Deux formes de gouvernement » : « C'est là le système représentatif sous sa forme classique, tel que l'exposaient les publicistes anglais dans la première moitié de ce siècle », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 17. Ses sources sont principalement l'ouvrage d'Albert Dicey *Introduction to the study of the law of the Constitution*, celui de Walter Bagehot *The English Constitution* , celui de Sidney Low, *The governance of England*. Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 69.

[2] « Par cette lente évolution [la conquête par les chambres d'une partie du pouvoir législatif], le droit anglais avait non seulement assuré la liberté britannique, mais aussi produit une forme nouvelle de gouvernement, destinée à une large propagation, le gouvernement représentatif des temps modernes », *Éléments…*, *op.cit.*, p.84.

[3] *Ibid.*

[4] F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe, op. cit.*

[5] H. Lord Brougham, *The British constitution, its history, structure and working, op.cit.*, t. XI, p. 37-55.

[6] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 18.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 71.

[8] Esmein poursuit : « En France, la classe moyenne, représentée par la population des villes, s'unit au contraire au pouvoir royal contre la féodalité puissante et oppressive ; de là, l'abaissement des pouvoirs féodaux, mais en même temps le développement exagéré du pouvoir royal et l'avortement des libertés publiques. L'Angleterre, après la conquête normande, a commencé par une monarchie presque absolue, et c'est peut-être pour cela qu'elle a abouti, au XVIIe siècle, à une monarchie représentative. La France féodale a commencé avec une royauté presque totalement impuissante, et c'est probablement pour cela qu'elle a fini, au XVIIe siècle, par la monarchie absolue », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 71-72.

historique allemande[1] ; la même explication est avancée par Émile Boutmy lorsqu'il compare systèmes féodaux français et anglais dans *Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre*. En 1887, Boutmy expose la différence de nature qui existe dans les rapports de pouvoirs entre seigneurs féodaux et la royauté de chaque côté de la Manche, et y trouve également la raison et l'origine du développement d'organisations institutionnelles différentes, pour ne pas dire antagonistes. Boutmy écrit : « Au onzième siècle, la royauté française, pauvre en domaines et continuant à se dépouiller elle-même, disparaît presque au milieu de la féodalité, qui va montant et se consolidant autour d'elle. Sa souveraineté, qu'elle exerce encore quelquefois avec une énergie circonspecte, se dissout rapidement en suzeraineté. […] Jusque-là, elle [la royauté] évitera de s'exposer à des contestations où elle n'aurait sûrement pas l'avantage et d'amoindrir par des échecs le titre qu'elle tient en réserve pour l'avenir. Rien de pareil ne se rencontre dans l'Angleterre de 1066. Du fait de la conquête, la conception germanique du chef d'armée au milieu de ses compagnons d'armes, et même quelque chose de comparable à la conception romaine du prince en face de ses sujets, ont reparu plus ou moins à côté de la conception du suzerain et des ses barons territoriaux »[2].

La seconde raison, que l'on pourrait qualifier de « pratique », tient à l'organisation même du pays et à son découpage territorial. Esmein souligne que « le Parlement anglais contint, dés le début, la représentation élective de la nation tout entière. Cela vint surtout de ce que, dans ses comtés (*shires*), l'Angleterre des rois normands eut, de bonne heure, des divisions régulières et organiques, comprenant tous les éléments de la population et toutes prêtes pour fournir une représentation. Le comté avait une organisation propre, en vue de la justice et d'une certaine administration autonome. Lors donc que, comme chez nous et pour les mêmes causes, les rois furent amenés à convoquer, à côté des seigneurs et des prélats, les représentants des villes privilégiées, ils convoquèrent aussi au premier rang et tout naturellement les représentants des comtés »[3]. Il précise immédiatement en relevant le caractère électif de la représentation des comtés anglais : « Ceux-ci [les représentants], de plus, *désignés à l'élection*, furent pris parmi la petite noblesses, ce qui fut une nouvelle cause de force. La représentation nationale en Angleterre, fut d'abord plus complète et mieux organisée que chez nous »[4].

Plus encore, les *Éléments de droit constitutionnel* évoquent, par deux fois, la question de la modalité[5] même de l'élection populaire en Angleterre. À l'origine, l'élection des représentants à la Chambre des Communes se faisait au suffrage universel et par acclamation, de sorte qu'il en résulte une apparente unanimité du collège électoral : « Pour les élections au parlement anglais, en ce qui concerne les comtés, c'est aussi l'opinion aujourd'hui dominante parmi les érudits que, tout d'abord et dans les temps anciens, tous les habitants du comté sans distinction étaient admis à l'assemblée dans laquelle les quatre chevaliers étaient élus. Mais, d'autre part, ces élections étaient informes : elles se faisaient

[1] Esmein cite à l'appui de son argumentation l'ouvrage de Rudolf von Gneist, *Englische Verfassungsgeschichte*, paru à Berlin en 1886.
[2] É. Boutmy, *Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre, op. cit.*, p. 15-16. Sur ce point, voir également les développements de Guizot, F.Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe, op. cit.*, t. I, p. 41-51.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 72.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 72, nous soulignons.
[5] Sur le principe électif et les modalités de l'élection des membres de la Chambre des Communes, voir les leçons 14, 15 et 16, F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe, op. cit.*

par acclamation ou par tacite acceptation. Des personnages influents proposaient les candidats, et ceux-ci étaient considérés comme élus s'il ne s'élevait pas dans l'assemblée de protestation proprement dite. De cette manière l'élu paraissait avoir réuni l'unanimité des suffrages, alors qu'en réalité il ne devait y avoir le plus souvent qu'un simulacre d'élection »[1]. Esmein précisera cette opinion dans un article paru en 1907 aux *Mélanges Fitting*[2] *:* il imputera l'élection unanime et informe en Angleterre à l'influence[3] des règles électorales canoniques et notamment à l'influence des règles des élections épiscopales : « C'est aussi de cette manière, par une élection unanime et informe, que furent d'abord élus les membres de la Chambre des Communes d'Angleterre et à la fin du XVe siècle, semble-t-il, les députés à nos États Généraux »[4].

Les *Éléments de droit constitutionnel* constatent que l'unanimité va disparaître au XVe siècle en Angleterre avec la réduction du corps électoral et la suppression du suffrage universel. C'est par l'institution d'un suffrage restreint et censitaire, « un axiome de la science politique », que va naître la règle de la majorité lors des élections à la Chambre des Communes. « Les lois du XVe siècle, qui restreignirent le droit de suffrage dans les comtés, apparurent en même temps comme des mesures tendant à consolider la liberté politique, à rendre plus efficace le droit électoral. Tous n'étaient plus appelés à élire, mais ceux qui conservaient ce droit avaient dorénavant un vote sérieux et effectif ; on pouvait toujours demander que les voix fussent comptées, et c'était la majorité qui décidait. C'est, en 1430 et 1432, que des statuts du règne d'Henri VI (8 Hen.VI, c.7 ; 10 Hen.VI, c.2) décidèrent que, pour avoir le droit de voter dans les comtés aux élections du Parlement, il faudrait posséder un franc tènement donnant annuellement un revenu net de quarante *shellings*. Cette « franchise des quarante *shellings* » s'implanta dans les institutions et dans les idées anglaises ; elle apparaissait comme la condition naturelle pour l'exercice des droits politiques, tous les citoyens qui ne possédaient pas un pareil avoir étant considérés comme n'ayant pas un intérêt suffisant à la chose publique pour faire de bons choix. C'était devenu en quelque sorte un axiome de la science politique ; cela se fit bien voir dans les colonies anglaises de l'Amérique du Nord »[5]. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* précise sa pensée, quelques lignes avant ce conséquent développement, en précisant la nature de la majorité requise pour l'élection des députés, à savoir la majorité relative, qui est devenue elle-même une règle « naturelle » : « Lorsque se firent en Angleterre les élections à la Chambre des Communes et qu'on se départit de l'unanimité fictive à laquelle on s'était d'abord attaché, ce fut la règle de la majorité relative qu'on adopta, d'instinct en quelque sorte. C'est resté la règle du droit anglais, même avec le

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 360.

[2] A. Esmein, « L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques », *Mélanges Fitting*, Montpellier, Société anonyme de l'Imprimerie générale du Midi, 1907, t. I, p. 357-382.

[3] « Le droit électoral de l'Église a une grande importance historique dans le haut moyen âge ; presque seule elle usait de l'élection pour désigner ses dignitaires et ses chefs, et alors les quelques élections, qui se faisaient, par exception, dans l'ordre des pouvoirs séculiers, se modelaient naturellement sur les siennes. Plus tard, et surtout dans la période qui va du XIe au XVe siècle, la société laïque pratiqua plus largement les élections, soit pour la désignation des officiers municipaux, soit pour la constitution des assemblées représentatives, soit même, dans certains pays, pour le choix du roi ou de l'empereur. Ici encore, on imita largement le droit électoral de l'Église : quoique des systèmes divers et originaux se soient développés souvent, partout ce fut le droit canonique qui fournit les théories du droit électoral. La raison en est simple : c'est que lui seul avait de véritables théories, une doctrine savante en ces matières, comme sur tant d'autres points du droit public. Les canonistes avaient tourné et retourné ces questions avec un soin particulier », A. Esmein, « L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques », art. cité, p. 357.

[4] A. Esmein, « L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques », art. cité, p. 370.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 361.

scrutin uninominal et elle semble si naturelle aux juristes anglais qu'ils l'énoncent sans prendre la peine de la justifier »[1].

La Chambre des Communes en Angleterre rassemble donc l'ensemble des députés élus périodiquement[2] par le peuple ou, plus précisément, par les villes, les bourgs, les comtés[3] et les Universités[4]. Fait essentiel qui lui donne son caractère libéral, elle est législative.

Dans l'exposé relatif aux institutions politiques de l'Angleterre, les *Éléments de droit constitutionnel* indiquent que la Chambre des Communes a acquis le pouvoir législatif par deux biais. Les députés – et les Lords – obtinrent dés le XIIIe siècle le droit de pétition[5] et le droit de consentir à l'impôt[6] qui furent employés de façon connexe[7]. Plusieurs modifications profondes se produisirent au XVe et au XVIIe siècle. D'abord la transformation du « simple » droit de pétition en un véritable droit d'initiative législative : « Au lieu de rédiger leur proposition sous la forme d'une pétition demandant la rédaction d'une loi par la Couronne, les Communes (ou les Lords) la rédigèrent en forme de projet de loi ou *Bill*. Lorsque ce projet avait été successivement adopté par les deux Chambres et qu'il était présenté au Roi, celui-ci, à moins de le rejeter, le transformait immédiatement et nécessairement en loi ou *Statute*, en lui donnant son assentiment. Après le vote des deux Chambres, c'était une loi toute faite, sauf la volonté royale »[8]. Mais c'est bien le XVIIe siècle qui, par l'adoption du *Bill of Rights* en 1688, voit se fixer les règles fondamentales de

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 314. Il soulève quelques lignes plus bas tout l'intérêt pratique de la règle de la majorité relative et admet que cette dernière ne répond pas à une théorie institutionnelle particulière : « Il paraît bien résulter de là que si les Anglo-Saxons, Anglais et Américains, ont adopté le même système, celui de la majorité relative, c'est simplement à raison de sa commodité pratique et non point par de profondes considérations politiques, comme le veulent quelques-uns », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 317.

[2] Le lecteur constate qu'Esmein ne se penche pas profondément sur la question de la durée du mandat des députés anglais : seulement évoque-t-il l'existence du *Septennial Act* de 1716 dés la première édition des Éléments de droit constitutionnel, avant d'y revenir dans la sixième édition pour souligner la modification de la durée de la législature par le *Parliament Act* de 1911. Voir A. Esmein, *Éléments…*, 1ère édition, *op. cit.*, p. 53 et *Éléments…*, *op. cit.*, p. 90 et p. 199.

[3] Esmein insiste une fois de plus sur la représentation des comtés, et notamment son caractère électif : « Les mêmes causes, qui amenèrent aux Cortès espagnols, aux États généraux de France et à la Diète de l'Empire germanique, les représentants des villes privilégiées, opérèrent aussi en Angleterre. La même, ce ne furent pas seulement les députés des villes et bourgs privilégiés, qui furent convoqués à côté des membres du clergé et des seigneurs laïques ; ce furent aussi et avant tout, les représentants des comtés, le comté formant, je l'ai dit, un corps organique, et, dans une certaine mesure, indépendant », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 76.

[4] « Chez les Anglais, le système représentatif s'est établi historiquement, de manière à fournir, non la représentation directe de la population nationale, - ce qui supposerait que les députés à élire seraient répartis entre les districts proportionnellement au nombre des habitants, - mais la représentation particulière d'agglomérations ayant une existence corporative, de groupes organiques constitués par l'histoire : les comtés, les villes et les bourgs auxquels ont été jointes les Universités », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 93.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 78.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 77-78.

[7] « C'est par là [l'exercice du droit de pétition] qu'elles [les Communes] prirent l'initiative de la législation, demandant au roi de faire une loi nouvelle dans un certain sens, lorsque les abus signalés indiquaient une lacune ou une erreur dans la législation. Ce n'était cependant qu'une supplique ; et deux dangers étaient à craindre : ou que le roi refusât de rendre l'ordonnance demandée, ou, s'il voulait bien l'édicter, qu'elle ne fut pas exactement rédigée selon le vœu des Communes. Celles-ci, pour imposer leur volonté, usèrent avec habileté et persévérance de leur droit de consentir l'impôt. Elles cherchèrent à faire de l'ordonnance la condition même de l'aide accordée », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 78.

[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 79. Il poursuit : « Ce procédé s'introduisit au XVe siècle pendant le règne d'Henry VI (1422-1461). Dés lors, en réalité, la prérogative de la Couronne en matière de législation était réduite à un droit d'initiative, lorsque c'était elle qui proposait la loi, à un droit de *veto*, lorsqu'elle était proposée par les Chambres », *Éléments…*, *op.cit.*, p. 79-80.

l'exercice du pouvoir législatif en Angleterre. En plus de refuser à la Couronne le droit qu'elle tenait de suspendre l'exécution des lois ou de dispenser certains de s'y soumettre et même de procéder par proclamations[1], le *Bill of Rights* s'intéresse à la levée de l'impôt et à l'entretien d'une armée permanente : « Il [le *Bill of Rights*] niait absolument (art.4) le droit pour la Couronne de lever aucun impôt ou taxe sans l'octroi du Parlement et de maintenir en temps de paix une armée permanente dans l'intérieur du royaume, sans la même autorisation »[2].

Voilà ainsi le gouvernement représentatif, « forme nouvelle de gouvernement, destinée à une large propagation », constitué par le mode de désignation des députés ainsi que par les pouvoirs législatifs qui leur sont reconnus. Mais le propos s'attache également au partage des attributions législatives entre les trois « branches du Parlement»[3], et notamment entre les deux assemblées. C'est poser la question du bicamérisme. Rappelons-le, la définition du gouvernement représentatif fournie par Esmein en 1894 implique « au moins »[4] « une assemblée délibérante et législative » qui « doit être élue à temps ». Ainsi, rien ne s'oppose à l'existence d'une seconde assemblée de ce type, qu'elle soit élue ou non.

Le gouvernement représentatif en Angleterre ne se limite pas à la représentation élue des villes, des bourgs, des comtés[5] et des Universités[6]. En effet, cette forme de gouvernement prend vie au moyen du Parlement qui, lui-même, ne se résume pas à cette « assemblée délibérante » et « élue à temps ». Esmein constate en effet que, depuis son origine, le Parlement anglais se compose de trois éléments, dont la Chambre des Communes. Il explique : « D'après une formule classique en Angleterre, le pouvoir suprême et souverain y réside dans le Parlement ; et le Parlement, au sens technique du mot, c'est la réunion et l'accord du Roi, de la Chambre des Lords et de la Chambre des

---

[1] « Enfin, les proclamations royales furent, vers la même époque, non pas supprimées, mais rendues inoffensives : il fut établi qu'elle devaient seulement servir à rappeler les citoyens au respect des lois, sans pouvoir y ajouter ou rien en retrancher », *Éléments…, op.cit.*, p. 83-84.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p.83. Il poursuit : « Par une précaution devenue traditionnelle et constante à partir de cette époque, " le consentement de Parlement à l'existence continue d'une armée permanente a été donné seulement pour une période d'un an, par une résolution formelle de la Chambre des Communes fixant le nombre d'hommes dont l'armée se composera ". Ajoutons que le revenu héréditaire de la Couronne était considérablement réduit. " Depuis cette époque (1688), les revenus publics de la Couronne ont absolument dépendu du Parlement et sont dérivés ou d'octrois annuels pour les services publics spécifiés, ou de paiement déjà autorisés et affectés par les *Acts* du Parlement ". Les plus importantes dépenses, en particulier celles pour l'armée et la marine, n'étaient votées que pour un an », *Éléments…, op. cit.*, p. 83.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 87. On constate que Brougham lui-même emploie l'expression: « *That the existence of three branches affords a still safer refuge from the violence wich would overthrow a single one, is equally obvious* », H. Lord Brougham, *The British constitution, its history, structure and working, op.cit.*, p. 27.

[4] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15.

[5] Esmein insiste une fois de plus sur la représentation des comtés, et notamment son caractère électif : « Les mêmes causes, qui amenèrent aux Cortès espagnols, aux États généraux de France et à la Diète de l'Empire germanique, les représentants des villes privilégiées, opérèrent aussi en Angleterre. La même, ce ne furent pas seulement les députés des villes et bourgs privilégiés, qui furent convoqués à côté des membres du clergé et des seigneurs laïques ; ce furent aussi et avant tout, les représentants des comtés, le comté formant, je l'ai dit, un corps organique, et, dans une certaine mesure, indépendant », *Éléments…, op. cit.*, p. 76.

[6] « Chez les Anglais, le système représentatif s'est établi historiquement, de manière à fournir, non la représentation directe de la population nationale, - ce qui supposerait que les députés à élire seraient répartis entre les districts proportionnellement au nombre des habitants, - mais la représentation particulière d'agglomérations ayant une existence corporative, de groupes organiques constitués par l'histoire : les comtés, les villes et les bourgs auxquels ont été jointes les Universités », *Éléments…, op. cit.*, p. 93.

Communes »[1]. Dans un souci de précision, il ajoute « Mais ce n'est là que l'expression du droit des temps modernes »[2]. La note associée précise : « La formule, comme on le verra plus loin, n'est plus aujourd'hui conforme la réalité ; l'un des facteurs du Parlement, la Chambre des Communes, a pris une supériorité très marquée sur les deux autres »[3]. L'auteur considère que « l'histoire de la Constitution anglaise, c'est celle du Parlement »[4]. Á ce titre, les *Éléments de droit constitutionnel* livrent un exposé des dates et des bouleversements principaux de l'histoire de ce Parlement[5]. L'ouvrage s'attache d'abord à la naissance de la Chambre des Lords qui puise ses origines dans l'institution du *Magnum Concilium* dont les principaux traits sont présentés[6] plus en détail qu'ils ne le furent dans le *Cours élémentaire d'histoire du droit*[7]. Vient ensuite l'histoire de la naissance du *Parlement modèle* qui voit réunies pour la première fois en 1295 toutes les composantes du Parlement anglais tel qu'il existe encore de nos jours[8], c'est-à-dire la réunion de la Chambre haute et héréditaire, issue du *Magnum Concilium*, et de la Chambre basse et élective, devenue Chambre des Communes.

La force du gouvernement représentatif anglais est d'avoir su bâtir, au fil des siècles, un Parlement bicaméral[9] : « Tandis que nos États généraux restèrent divisés en trois ordres, impuissants le plus souvent par cette division même, le Parlement anglais se groupa en deux Chambres. Ce fut là, comme nous le verrons, un heureux accident, dont l'influence a été profonde sur le droit constitutionnel moderne »[10]. Le principe du bicamérisme ou « système de deux chambres législatives »[11] est la conséquence nécessaire du gouvernement représentatif. Les institutions anglaises ont transmis au droit constitutionnel moderne à la fois le principe représentatif mais aussi et surtout celui de la division du Parlement en deux assemblées distinctes. Les *Éléments de droit constitutionnel* l'expriment très clairement et à plusieurs reprises : « l'institution des deux Chambres fut considérée par un grand nombre de publicistes, à partir du XVIIIe siècle, comme un élément nécessaire de ce libre gouvernement représentatif, que, seuls, les Anglais avaient su dégager et pratiquer en Europe. Avec d'autres institutions anglaises, elle a peu à peu fait le tour du monde occidental. Elle forme aujourd'hui le droit commun chez les peuples libres, et nous verrons plus loin combien sont rares les exceptions »[12].

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 73.
[2] *Ibid*.
[3] *Ibid*., note 2.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 72.
[5] Voir les chapitres consacrés successivement au gouvernement représentatif, au système de deux chambres législatives, à la responsabilité ministérielle et au gouvernement parlementaire, *Éléments…, op. cit.*, p.71-260.
[6] Voir *Éléments…, op.cit.*, p. 73-76. Voir également A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comittee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte rendu*, 1909, t. CLXXII, p. 475.
[7] *Cours élémentaire d'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 473.
[8] Voir *Éléments…, op.cit.*, p. 76 -77.
[9] Brougham justifie dans son ouvrage l'existence d'une seconde chambre aristocratique en Angleterre : voir H. Lord Brougham, *The British constitution, its history, structure and working, op. cit.*, p. 26-27.
[10] *Éléments…, op. cit.*, p. 72.
[11] Il s'agit là du titre de chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* consacré au principe du bicaméralisme, né en Angleterre. Voir *Éléments…, op.cit.*, p. 98-137.
[12] *Éléments…, op. cit.*, p. 119. Ou encore « La division du pouvoir législatif en deux Chambres ou Assemblées est, au XXe siècle, une institution presque générale chez les peuples qui pratiquent le gouvernement représentatif. On verra plus loin combien sont rares les Constitutions qui admettent une assemblée unique. La nécessité de cette division est presque un axiome du droit constitutionnel moderne. D'autre part, à une exception près, toutes les nations qui ont adopté ce système l'ont, directement ou indirectement, emprunté à l'Angleterre ; seule la Hongrie, par une évolution propre et distincte, a divisé sa Diète en deux chambres au commencement du XVIIe

Esmein expose le bicamérisme du Parlement anglais et procède ensuite, à l'instar de Laboulaye[1], à une axiomatisation[2] largement répandue dans la doctrine libérale classique[3] en considérant *nécessaire*[4] à la liberté moderne l'institution d'une seconde chambre. Là encore, les *Éléments de droit constitutionnel* soulignent de façon répétée que le bicamérisme anglais est un élément historique, donc fortuit, et ne répondait à aucune théorie institutionnelle : « En Angleterre, cependant, le système des deux Chambres n'a point été le produit de la science, ni le résultat de prévoyantes combinaisons. Il est sorti du développement historique, presque inconsciemment ; il est résulté presque d'un heureux accident »[5]. Certes, tous les États libres n'ont pas adopté le bicamérisme (Grèce, Luxembourg, Serbie, cantons suisses). Il reste que le bicamérisme est nécessaire à la liberté politique, ainsi que le prouve son exportation outre-atlantique au XVIIIe siècle. C'était déjà l'argument de Rossi. Celui-ci note d'abord combien le bicamérisme est une question délicate. Puis il constate qu'il « est irrécusable que le fait le plus général dans le système représentatif c'est la coexistence de ces deux corps délibérants. Nous les trouvons en Angleterre, aux États-Unis, en France et dans le plus grand nombre des constitutions représentatives plus ou moins pâles, plus ou moins imparfaites qui se sont établies dans d'autres pays de l'Europe sur le modèles de leurs aînées en civilisation et en liberté »[6]. Esmein souligne ainsi que « les deux Chambres sont un des fondements essentiels de l'organisation politique aux États-Unis : elles existent dans la Constitution fédérale et se trouvent dans la Constitution particulière de chacun des États »[7]. La note associée fera

---

siècle », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 98. Ou encore « Dans le pays, d'où le système des deux Chambres est sorti pour envahir le monde civilisé », A. Esmein, « La chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 455.

[1] « Parlons maintenant de la représentation nationale. Chez tous les peuples libres, cette représentation est divisée en deux chambres ; j'en ai dit plus haut les raisons. Cette division est aujourd'hui un axiome politique tant de fois vérifié par l'expérience, qu'on ne discute plus », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 179.

[2] « La nécessité de cette division est presque un axiome du droit constitutionnel moderne », *Ibid*. Il suit ici l'opinion de James Bryce : Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 124. Ou encore, quelques pages avant : « En premier lieu on fit la théorie du système des deux Chambres, que les Anglais tenaient simplement de l'histoire, et qu'ils avaient pratiqué sans un plan préconçu : on chercha rationnellement les mérites qu'il pouvait présenter partout et en tout temps. D'autre part, les peuples, qui l'empruntèrent aux Anglais, l'appliquèrent parfois, de parti pris, à la sauvegarde d'intérêts divers », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 119.

[3] Laboulaye considère « la division de la législature » comme « une nécessité de tous les temps et de tous les lieux », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 137. Ou encore, « La division du Corps législatif est une condition essentielle de la liberté. C'est la seule garantie qui assure la nation contre l'usurpation de ses mandataires », É. Laboulaye, *La République constitutionnelle*, Paris, Charpentier, 1871, p. 14. Prévost-Paradol avant lui considérait la nécessité du système de deux chambres législatives : Voir. L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 105.

[4] « Il résultat de là que l'institution de deux Chambres fut considérée par un grand nombre de publicistes, à partir du XVIIIe siècle, comme un élément nécessaire de ce libre gouvernement représentatif, que, seuls, les Anglais avaient su dégager et pratiquer en Europe. Avec d'autres institutions anglaises, elle a peu à peu fait le tour du monde occidental. Elle forme aujourd'hui le droit commun chez les peuples libres, et nous verrons plus loin combien sont rares les exceptions », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 119.

[5] *Ibid*. Il poursuit : « C'est ce que savaient déjà les hommes du XVIIIe siècle, et l'esprit français tirait alors de cette formation, due au hasard, un préjugé défavorable à l'institution », *Ibid.* Il écrit plus loin encore : « En premier lieu on fit la théorie du système des deux Chambres, que les Anglais tenaient simplement de l'histoire, et qu'ils avaient pratiqué sans un plan préconçu : on rechercha rationnellement les mérites qu'il pouvait présenter partout en en tout temps », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 119.

[6] *Ibid.*

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 126. Esmein ajoute que le principe s'est diffusé jusqu'au Japon : « Il n'est pas jusqu'au Japon, qui, voulant acclimater chez lui la liberté occidentale, n'ait divisé en deux Chambres la Diète impériale, créée par la Constitution du 11 février 1889 », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 127. Laboulaye en 1871 présentait déjà le Sénat des États-Unis une institution nécessaire au gouvernement représentatif et, plus encore, une institution

même du monocamérisme une « anomalie » : « Cependant, originairement trois États, la Pensylvanie *[sic]*, la Georgie et le Vermont avaient une seule assemblée. Mais cette *anomalie* a disparu pour la Pensylvanie *[sic]* en 1780, pour la Géorgie en 1789, pour l'État de Vermont en 1836 »[1]. De même, les colonies anglaises dotés d'un Parlement particulier ont toutes adopté le bicamérisme : « Les colonies anglaises, lorsqu'elles ont été dotées d'un gouvernement autonome et particulier ont pu recevoir des copies plus libres de la constitution nationale. Elles ont pourtant conservé en général l'institution des deux Chambres »[2]. Ainsi la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* souligne que le Canada a adopté le principe du bicaméralisme au niveau fédéral « à l'exemple de la mère-patrie »[3]. Mais l'ouvrage remarque, là encore, que les entités fédérées – au nombre de sept en 1896[4] – n'ont pas toutes suivi ce modèle[5] ; c'est d'ailleurs ce que relevait déjà « Deux formes de gouvernement »[6]. Il faut d'ailleurs réparer une erreur dans l'exposé d'Adhémar Esmein. En effet, lors de la première édition en 1896, la province du Nouveau-Brunswick et celle de l'Ile du Prince Édouard ont toutes deux aboli – respectivement en 1892 et 1893 – le système bicaméral au profit d'une assemblée unique, imitant en cela le Manitoba qui supprima sa chambre haute dés 1876. Il est étonnant qu'aucun passage des *Éléments de droit constitutionnel*, n'évoque ce mouvement abolitionniste dans les provinces canadiennes, mouvement lancé à la fin du XIXe siècle et qui se poursuivit au XXe siècle[7]. On note également que les éditions successives de l'ouvrage ne mentionnent pas plus l'intégration à la fédération canadienne des provinces nouvelles d'Alberta et du Saskatchewan, dotées toutes deux d'un parlement monocaméral.

À partir de la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel*, et plus encore à partir de la cinquième édition de 1909, Adhémar Esmein se focalise[8] sur l'Australie et sa constitution adoptée en 1901. Cette dernière « fournit aussi une nouvelle application du système des deux chambres particulièrement intéressante pour toutes les démocraties »[9]. Le bicamérisme australien, qu'il s'agisse du parlement fédéral ou des parlements

---

parfaitement conciliable avec la forme républicaine d'un État. Voir É. Laboulaye, *La République constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 15.

[1] *Ibid*, nous soulignons. On fera remarquer que lors de la première édition des *Élements de droit constitutionnel* en 1896, les États-Unis d'Amérique viennent d'admettre l'Utah comme le 45e État de l'Union. Avant la sixième édition en 1914, trois États furent admis dans l'Union : l'Oklahoma en 1907, puis l'Arizona et le Nouveau-Mexique en 1912. Enfin, on signalera que depuis la toute dernière édition des *Éléments de droit constitutionnel*, en 1928, l'État du Nebraska a établi le monocaméralisme par un amendement à sa Constitution adopté en 1934.

[2] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 19.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 127.

[4] Il s'agit des quatre provinces de 1867 (Ontario, Québec, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse) auxquelles s'agglomèreront le Manitoba en 1870, la Colombie britannique en 1871 et l'Ile du Prince Édouard en 1873.

[5] « Cependant dans le Dominion du Canada, trois provinces, l'Ontario, le Manitoba et le Colombie britannique ont établi chez elles une assemblée unique », *Ibid*.

[6] « Mais dans le Dominion du Canada, la constitution fédérative permettant à chacune des provinces ou États de déterminer si, pour sa constitution particulière, elle établira une ou deux Chambres, trois en ont profité pour constituer une assemblée unique ». La note associée renvoie à l'ouvrage de Joseph Munro intitulé *The constitution of the Canada*, A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 19.

[7] La province de Nouvelle-Écosse abolira le Conseil législatif en 1928. Le Labrador abolira sa chambre haute en 1939, dix ans avant de devenir une province de la fédération canadienne. Enfin il faut attendre 1968 pour assister à l'abolition par la province du Québec de son Conseil législatif en même temps qu'elle renommera son Assemblée législative en Assemblée nationale du Québec.

[8] La 6e édition des *Éléments de droit constitutionnel* offre quelques courts passages relatifs à la Constitution de l'Union d'Afrique du Sud. Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 13.

[9] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 12.

provinciaux[1], prouve que le principe est nécessaire au gouvernement représentatif et qu'il est toujours exportable au début du XXe siècle dans un milieu différent que celui où il est né, alors même que le gouvernement représentatif fait l'objet de nombreuses attaques en Europe.

La division de l'organe législatif en deux assemblées doit garantir un exercice rationnel et raisonné de son pouvoir. L'article « Deux formes de gouvernement » affirme que le bicamérisme constitue, au même titre que le jury de jugement au criminel, « une garantie »[2] de la liberté. C'est sa raison d'être. L'existence de deux chambres est d'une « utilité fondamentale »[3]. Dans la foulée de la doctrine libérale classique[4], les *Éléments de droit constitutionnel* insistent sur les trois effets, ou bienfaits du bicamérisme. Le premier résultat tient à l'affaiblissement – nécessaire – du pouvoir législatif lui-même et établit ainsi un équilibre des puissances : « la division du Corps législatif en deux Chambres paraît le moyen le plus approprié : par là le pouvoir législatif perdant avec l'unité son excès de force, redevient ce qu'il doit être, c'est-à-dire l'égal des autres pouvoirs »[5].

Cet équilibre obtenu, il s'agit en second lieu d'en assurer la stabilité minimale et donc de permettre de conserver un équilibre des pouvoirs en cas de conflits entre eux : « Cela sera grandement favorisé par la division du pouvoir législatif. Le plus souvent le conflit éclatera seulement entre l'une des Chambres et le pouvoir exécutif, et l'autre Chambre servira alors d'obstacle à un duel à mort et pourra jouer utilement le rôle d'arbitre. Si les deux Chambres sont unies dans ce conflit, il est presque certain que la raison et la justice seront de leur côté et alors leur action deviendra invincible, pour le plus grand bien du pays. Enfin le pouvoir exécutif pourra de son côté agir comme modérateur, dans les conflits qui pourraient s'élever entre les deux Chambres »[6]. C'est aux yeux

---

[1] Il faut noter que l'État du Queensland aboli sa chambre haute en 1922. Il est depuis le seul État de la fédération australienne a posséder un parlement monocaméral.

[2] « On a introduit comme garanties : contre le pouvoir législatif, la division du corps législatif légiférant en deux Chambres ; contre le pouvoir exécutif, la responsabilité ministérielle, pénale ou politique ; contre le pouvoir judiciaire, outre quelques rares et discrètes exceptions au principe de l'inamovibilité, l'institution du jury en matière criminelle », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 17.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 123.

[4] « L'existence d'une Chambre haute a plusieurs avantages : les lois soumises à une double discussion sont plus mûrement délibérées ; l'expérience d'un certain nombre de fonctionnaires distingués ou d'hommes éminents qui ne peuvent, pour diverses raisons, siéger dans l'autre Chambre, n'est point perdue pour la chose publique, et, grâce au droit d'initiative, des lois importantes et des réformes utiles peuvent prendre naissance dans le sein de cette Assemblée ; enfin cette Chambre haute peut offrir un point d'appui solide à l'opinion et au gouvernement, dans le cas où l'autre Chambre abuserait inconsidérément de son pouvoir, et le droit de dissolution paraîtrait moins témérairement exercé lorsque que le gouvernement serait implicitement encouragé, par l'approbation et le concours de cette haute Assemblée ; à renvoyer l'autre Chambre devant les électeurs, auxquels appartient le dernier mot », L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 105 et p. 106. Laboulaye expose, lui, deux risques propres au monocaméralisme : « Je vais plus loin : je dis que le droit du peuple est sauvegardé par l'institution de deux Chambres mieux que de toute autre façon, car cette division est le moyen le plus sûr de prévenir les deux vices qui, en général, perdent les démocraties, l'usurpation d'une Assemblée, ou sa prévarication », É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles, op. cit.*, p. 76.

[5] Il écrit plus haut : « La division du Corps législatif légiférant en deux Chambres a tout d'abord pour but d'affaiblir la puissance effective du pouvoir législatif, laquelle est immense et par conséquent dangereuse, dans le gouvernement représentatif. Le pouvoir législatif, par la nature de ses attributions, tend fatalement à la prépondérance dans le gouvernement. Par les lois qu'il fait, il peut régler à son gré, en tout ce que n'a pas décidé la Constitution écrite, même le fonctionnement des autres pouvoirs ; par le vote de l'impôt, il peut arrêter la marche du gouvernement tout entier », *Éléments…, op. cit.*, p. 123.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 124.

d'Esmein un trait important – déjà relevé par Laboulaye[1] – qui explique l'effondrement de la IIe République. Évoquant l'assemblée législative unique faisant face à un chef de l'État élu au suffrage universel direct dans la Constitution française de 1848, il écrit : « C'était pourtant le conflit et la lutte sans merci fatalement organisés d'avance, comme Tocqueville essaya vainement de le montrer »[2].

Le troisième et dernier effet tient à la qualité du travail législatif. Le bicamérisme l'emporte largement sur le monocamérisme. Il s'agit d'abord de se prémunir contre « des décisions irréfléchies et fautives »[3] qui peuvent provoquer une mise en cause de « la dignité et de la considération de l'Assemblée »[4]. Esmein n'ignore pas la conséquence directe qu'est le ralentissement du processus législatif : « Le fait est incontestable ; il est en partie regrettable, mais c'est encore un bon marché, que de payer à ce prix les avantages autrement importants que cette institution [le système de deux chambres législatives] assure »[5]. Mais il ajoute aussitôt qu'un tel ralentissement est le gage d'une législation de qualité : « L'inconvénient d'ailleurs, quand on y regarde de près, perd beaucoup de son importance et se change presque en un bienfait. Ce qui importe, en effet, à un peuple, ce n'est pas d'avoir beaucoup de lois, mais d'avoir de bonnes lois. Les changements trop fréquents dans la législation, alors même qu'ils paraissent justifiés en raison, ont encore plus d'inconvénients que d'avantages. Les intérêts qui mènent la société ont besoin d'une stabilité suffisante, qui ne peut être assurée que par une certaine stabilité de la législation. Quant aux réformes importantes, rien n'est plus dangereux pour elles que d'êtres cueillies avant d'être mûres »[6].

Ce sont là les raisons « génériques » ou « communes », qui justifient l'existence de deux chambres législatives dans tout État moderne. Dans sa tentative d'axiomatisation, Esmein doit cependant établir une distinction entre les types de bicamérisme selon les caractéristiques des divers États. En cela, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* n'est pas un précurseur. Pellegrino Rossi opérait déjà de la sorte. Son *Cours de droit constitutionnel* soutient en effet que l'institution d'une seconde chambre ne procède pas de la même volonté selon les États étudiés et expose alors deux théories de légitimation de la seconde chambre. Dans le premier cas, l'institution d'une seconde chambre répond à un « principe d'organisation sociale »[7] permettant d'offrir une représentation aux « sommités sociales »[1]

---

[1] « En 1848, il a fallut à nos législateurs un singulier dédain de l'histoire pour oublier la leçon du passé, mais on ne fait pas impunément violence à la nature des choses, et l'expérience nous a coûté assez cher pour qu'il soit sage d'en profiter », É. Laboulaye, *La République constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 14.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 129.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 125.

[4] Il ajoute : « Lorsqu'il existe deux Chambres, il y a des chances sérieuses pour que les entraînements de l'une ne gagnent point l'autre, qui aura le temps de réfléchir ; les méprises de l'une pourront être réparées par l'autre, avant que le projet qui les contient ne devienne une loi. Cela est précieux en particulier, étant donné l'usage toujours croissant ; qui se fait chez nous, de l'initiative parlementaire : les propositions de lois présentées par les membres individuels du Parlement sont souvent rédigées d'une manière hâtive et peu scientifique ; leur discussion par deux assemblées distinctes est une précaution bien nécessaire, et parfois même insuffisante. Il en est de même, à plus forte raison, pour les amendements introduits en cours de discussion », *Ibid*.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 131.

[6] *Ibid*.

[7] « Je dis que les uns rattachent le système des deux Chambres à un principe d'organisation sociale. Voici, en effet, comment ils raisonnent : L'inégalité des conditions, disent-ils, est un fait social nécessaire, inévitable, permanent ; à un degré plus ou moins grand, avec des variétés plus ou moins saillantes, vous le retrouvez partout et en tout temps. Dés lors il semble à la fois juste et utile, pour le maintien des libertés publiques, de faire dans l'organisation une case à part pour les sommités sociales. Cela est juste, car ces sommités sociales, par leur nature de sommités sociales excitant contre elles de grandes jalousies, il est équitable de leur donner un moyen

du pays. Dans le second cas, l'existence d'une seconde chambre est « question de convenance et d'arrangement rationnel du pouvoir législatif »[2].

Dans le même sens, Esmein semble distinguer – de façon peu limpide – trois types d'États. D'abord les « États unitaires et égalitaires ; là où il n'y a qu'une seule souveraineté et où, tous les citoyens [sont] égaux en droits »[3] . Ensuite, les États dits inégalitaires dans lesquels règne une inégalité à caractère social liée à l'existence d'une aristocratie. Enfin les États fédéraux[4] qui s'opposent à l'État unitaire[5]. Pour ces deux derniers types d'États en effet, on peut considérer que l'établissement du bicaméralisme trouve une « application spéciale »[6] mais surtout primordiale dans la « représentation d'intérêts particuliers »[7] : c'est la « raison d'être »[8] même de la seconde chambre.

La représentation des entités fédérées au sein d'une Chambre législative fédérale – entendue par Esmein comme la représentation de la nation « mais décomposée en États particuliers »[9] – ne réclame pas une longue discussion. C'est une nécessité impérieuse. Le meilleur exemple[10] de cette « application spéciale »[11] est, pour Esmein, la Confédération suisse qui a opté pour le bicamérisme au plan fédéral[12], tout en le repoussant au niveau

---

particulier de se défendre. Cela est utile au maintient des libertés publiques, parce que ces sommités étant investies d'un grand pouvoir social, si on ne leur fait pas une case à part dans l'organisation politique, elles useront de cette influence pour envahir l'assemblée unique, et s'emparer exclusivement à leur profit du maniement des affaires publiques », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. IV, p. 53-54.

[1] *Ibid.*

[2] « Les autres ne fondent pas la coexistence de deux Chambres sur les mêmes données, ne la font pas remonter au même fait social. Il ne voit dans cette institution qu'une question de convenance et d'arrangement rationnel du pouvoir législatif. Il faut, disent-ils, deux Chambres pour donner à l'action législative plus de lenteur, à la discussion des lois plus de maturité, et, ainsi, à l'intérêt général plus de garanties. Dans ce système on ne s'embarrasse pas essentiellement de savoir de quels éléments seront composés les deux Chambres. Ce qu'on veut avant tout, c'est qu'il y ait deux assemblées ; pour qu'il y ait double discussion, double délibération. Ce qu'on veut, c'est qu'une Chambre ne puisse pas même imaginer d'exercer une sorte de dictature, sachant que l'autre pourrait s'y opposer. Ce qu'on veut avant tout, c'est qu'une Chambre ne puisse pas se livrer à des mouvements désordonnés. Dans ce système, il n'y a pas de Chambre haute et de Chambre basse ; il y a deux assemblées, deux magistratures politiques qui se contrôlent l'une l'autre, et se force ainsi à un examen approfondi de toutes les questions, à une délibération des affaires mûre, sensée, profitable à la chose publique. Il n'y a pas là une question de rang, de prééminence, parce que l'organisation des deux Chambres n'est qu'une pure organisation politique », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. IV, p. 54-55.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 122-123. Il use également de l'expression « nation unitaire et égalitaire », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 130. Enfin il complète l'expression quelques lignes plus loin et y adjoignant le caractère démocratique, ainsi évoque-t-il « les Etats unitaires, égalitaires et démocratiques », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 133.

[4] On note que les États fédéraux ne sont pas *spécialement* mentionnés par Rossi comme offrant une justification naturelle à l'institution d'une seconde Chambre.

[5] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 6.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 120.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 122.

[8] Il faut ici lire *a contrario* le passage qu'il consacre aux secondes chambres des États « unitaires et égalitaires » : « Cependant, chez ces nations aussi, les deux Chambres ont leur raison d'être. En effet, en dehors des intérêts particuliers qu'elles peuvent servir, grâce à leur composition diverse et diversement combinée, elle sont, par leur existence seule, une utilité générale et considérable, qui apparaît partout où fonctionne le libre gouvernement représentatif », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 123.

[9] *Éléments…*, *op. cit.*, p.120.

[10] « Ce second exemple [la Confédération suisse] est même le plus significatif pour démontrer l'application spéciale du système des deux Chambres », *Ibid.*

[11] *Ibid.*

[12] La Constitution du 12 septembre 1848 créée en effet un parlement bicaméral composé du Conseil national et du Conseil des États. On remarquera alors que Rossi, qui dispense son enseignement sous la Monarchie de Juillet, expose dans son Cours que « Le seul exemple du contraire [du système bicaméral] est celui de la Suisse

cantonal : « En Suisse au contraire [des États-Unis d'Amérique], les divers cantons n'avaient et n'ont encore qu'une assemblée unique et l'esprit de la démocratie suisse répugne manifestement à l'institution des deux Chambres. Cependant on établit les deux Chambres fédérales dans la Constitution de 1848, afin de protéger l'égalité et l'indépendance des cantons, afin d'empêcher les plus grands de dominer les plus petits »[1].

L'auteur va plus loin en envisageant la représentation des intérêts de classes, au sens économique et marxiste du terme. Cette représentation ne paraît pas plus prêter à la discussion. Il en dit quelques mots, s'inspirant d' Edward Jenks comme il le faisait déjà dans son article de 1894[2] s'agissant de la chambre haute de l'État de Victoria qui, par le mode de scrutin instauré aux élections du Conseil législatif, pouvait laisser penser à une répartition des classes, chacune dans une assemblée[3]. Toutefois, les cinquième et sixième éditions des *Éléments de droit constitutionnel* viendront démentir les arguments avancés dans la troisième édition de 1903[4].

Si le principe du bicamérisme est nécessaire, Esmein va plus loin en considérant comme « très désirable »[5] – mais non nécessaire – que ce principe permette une différenciation effective et efficace de la représentation de chacune des deux Chambres, autrement fondée que sur « la seule force de l'esprit de corps »[6]. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* considère en effet – comme le faisait Rossi[7] avant lui – que « pour être véritablement deux, il faut que les Chambres soient diverses »[8] afin de permettre l'établissement d'un équilibre entre « l'esprit de progrès »[9] et « l'esprit de tradition et de conservation »[10]. Cette différenciation ne va pas de soi selon le type d'État observé : « Cette diversité existe naturellement lorsque la seconde Chambre a pour but principal de représenter une classe distincte ou un intérêt spécial. Mais elle est plus difficile à établir dans les États unitaires, égalitaires et démocratiques »[11]. Ainsi relève-t-il les divers moyens retenus classiquement pour permettre d'opérer une véritable distinction entre les corps représentants de chacune des deux assemblées d'un parlement bicaméral : par le nombre de membres de chacune des Chambres[12], par la condition d'âge d'éligibilité ou par la

---

où il n'existe partout qu'une seule assemblée délibérante, soit pour les affaires générales, soit pour les affaires cantonales », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op.cit.*, t. IV, p. 50.

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 121.

[2] Le lecteur notera qu'Esmein reproduit fidèlement dans les *Éléments de droit constitutionnel* le passage de « Deux formes de gouvernement » consacré à l'opinion du professeur Edward Jenks sur la chambre haute de l'État australien de Victoria. Voir, A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 19.

[3] « Enfin, dans les pays neufs et très démocratiques, où les questions économiques tendent à prévaloir sur les problèmes proprement politiques ; l'institution des deux Chambres pourrait trouver une utilité nouvelle, que les auteurs de leur Constitution n'avaient ni voulue ni prévue, mais qu'a dégagée l'évolution sociale. Voici, en effet, comment le professeur Jenks justifie l'existence des deux Chambres dans le gouvernement de Victoria (Australie) : il voit dans l'une, la représentation du travail, et, dans l'autre, celle du capital », *Ibid*.

[4] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 121-122.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 133.

[6] *Ibid*.

[7] « Et si les défenseurs de ce système préfèrent composer la deuxième Chambre, comme le sénat américain, d'hommes plus âgés, plus expérimentés, même plus riches, c'est uniquement parce qu'il est utile de conserver dans toute sa pureté d'un côté l'élément progressif, de l'autre l'élément conservateur des sociétés civiles », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. IV, p. 54-55.

[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 133.

[9] *Ibid*.

[10] *Ibid*.

[11] *Ibid*.

[12] *Ibid*.

durée du mandat[1], par le renouvellement ou le découpage des circonscriptions électorales[2].

Qu'il s'agisse d'une représentation des classes socio-économiques d'un État, de celle des entités fédérées, ou de celle du peuple dans un État unitaire et égalitaire, la représentation du peuple se traduit par l'élection de représentants. Esmein précise que, dans les cas visés, le Parlement se compose de deux chambres électives[3]. Il établit d'ailleurs une distinction cruciale entre les États qui appliquent le principe de la souveraineté nationale et ceux qui rechignent à l'affirmer : « Ce qui dicte dans chaque pays la composition de la seconde Chambre, dite Chambre haute, c'est l'état social de la nation, la mesure plus ou moins complète dans laquelle a été admis le principe de la souveraineté nationale. Là où ce principe s'est fait recevoir pleinement avec ses conséquences nécessaires ou naturelles, la seconde Chambre, comme la première, doit être nécessairement élective et doit avoir à sa base le suffrage le plus étendu »[4]. Or, il s'agit ici de la situation de l'Angleterre qui ne connaît, légalement et nominalement, que la souveraineté du Parlement. Subsiste alors la question des États monarchiques dans lesquels existe une aristocratie – les « sommités sociales »[5] au sens de Rossi – qui peut prétendre à une part de l'exercice de la fonction législative.

---

[1] *Ibid.*
[2] *Ibid.*
[3] À propos des États fédéraux, qu'Esmein nomme « les Républiques fédératives », il écrit : « De là deux Chambres électives : l'une, élue proportionnellement à la population, représente la nation considérée comme corps unique et homogène ; l'autre, élue par la législature ou par la population des divers États individuellement considérés, représente ceux-ci ou plutôt représente encore la nation, mais décomposée en États particuliers », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 120. On a constaté que la représentation du travail et celle du capital qu'il envisage au Parlement de l'État de Victoria repose sur des modes de scrutin différenciés qui implique de façon naturelle et évidente le choix des représentants au moyen de l'élection.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 132 -133.
[5] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op.cit.*, t. IV, p. 53-54.

II
La délicate question du bicamérisme anglais

Outre son ouvrage de droit constitutionnel, Esmein consacre des études – certes plus ou moins importantes et plus ou moins ciblées – aux trois éléments qui composent le Parlement anglais et à leurs évolutions respectives dans les premières années du XXe siècle. Il écrit ainsi en 1903 une courte étude sur la notion de « Couronne » en Angleterre et son utilité lors de l'avènement d'un nouveau monarque[1]. En 1910, la fonction de député en Angleterre motive un article dans la *Revue politique et parlementaire*[2], et plus précisément à la délicate question de l'introduction en droit parlementaire anglais d'une indemnité allouée aux députés pour l'exercice de leur fonction. Mais, nous l'avons déjà signalé, c'est surtout à la Chambre des Lords – assemblée qui joue un rôle déterminant dans la théorisation du « système de deux chambres législatives » – qu'Esmein portera une attention toute particulière.

La Chambre haute d'Angleterre fait l'objet d'une longue et minutieuse étude présentée en quatre étapes à l'Académie des sciences morales et politiques. Elle se justifie par la « crise politique et constitutionnelle »[3] qui s'est ouverte en 1906 et qui se clôturera en 1911 avec l'adoption du *Parliament Act*. Dès le 5 septembre 1908, Esmein s'intéresse au sujet : malgré la mention au résumé des séances, la communication ne sera pas publiée[4] au *Bulletin* de l'Académie. Moins d'un an après, lors de la séance du 28 août 1909, ce sont les conclusions du *Select Comitee*, chargé d'étudier les hypothèses de réforme de la chambre, qui sont présentées en détail. Le conflit se poursuivant entre les Lords et les cabinets libéraux, Esmein offrira à l'Académie en 1910, lors de quatre séances successives[5], ses réflexions sur la *démocratisation* de la Chambre des Lords, réflexions qui feront d'ailleurs

---

[1] Il est notamment question des effets produits par l'avènement d'un nouveau monarque sur les nominations aux emplois publics effectuées par l'ancien monarque. A. Esmein, « Une survivance qui disparaît : *The Demise of the Crown Act* », art. cité, p. 97-116. Esmein évoquera à nouveau la notion de « Couronne », en France et en Angleterre dans les Mélanges offerts au professeur allemand Otto Gierke pour son soixante-dixième anniversaire : voir A. Esmein, « L'inaliénabilité du domaine de la Couronne devant les États généraux du XVIe siècle », *Sonderabdruck aus der Otto Gierke zum 70. geburstag von Schülern, Freunden und Verehrern dargebrachten Festschrift*, Weimar, Bölhau, 1911, p. 364.

[2] L'article évoque le débat sur l'instauration d'une indemnité allouée par l'État anglais aux membres de la Chambre des Communes, débat né après la contestation d'un membre d'un syndicat contestant le soutient financier de son syndicat apporté aux candidats et aux éventuels député élus. A. Esmein, « L'Affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre », *RPP*, 1910, t. LXVI, p. 443-465.

[3] A. Esmein, « La chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 453.

[4] Voir la mention de l'intervention d'Esmein : *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1908, t. CLXX, p. 657. Esmein résume très brièvement l'objet de cette première intervention en introduction de l'intervention suivante, en 1909 : « L'an passé, à la séance du 5 septembre 1908, j'ai lu à l'Académie un fragment dans lequel, à propos du conflit qui sévissait dés lors entre les deux chambres du Parlement anglais, j'exposais brièvement les plans de réforme, quant à la composition de la Chambre des Lords qui ont été produit récemment. Je résumais en particulier les dispositions du bill présenté par lord Newton, et les idées émises dans la discussion à laquelle il donna lieu à la Chambre des Lords » A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comittee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1909, t. CLXXII, p. 473.

[5] Esmein communique son étude « La Chambre des Lords et la démocratie » lors des séances des 13 août, 20 août, 27 août et 3 septembre de l'année 1910 : A. Esmein, « La chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t.CLXXIV, p. 453-475 (partie I) et p. 598-657 (partie II).

l'objet d'un tiré-à-part[1]. Enfin, la conclusion de la crise par l'adoption du *Parliament Act*, sera résumée lors des dernières séances auxquelles siègera Esmein à l'automne de 1912[2].

La crise constitutionnelle anglaise qui eut lieu à la charnière des XIXe et XXe siècles naquit d'un conflit ouvert entre les deux Chambres du Parlement et posa *in fine* la question du caractère représentatif de la Chambre des Lords.

La chambre haute a pour fonction essentielle la représentation de l'aristocratie. « Le premier intérêt que servit l'institution d'une seconde Chambre, ce fut de donner une représentation spéciale à une aristocratie existant dans la nation. Telle est la fonction propre de la Chambre des Lords, qui représenta d'abord la haute féodalité anglaise, puis une aristocratie terrienne et héréditaire ayant pour source première un acte de volonté royale »[3]. Esmein affiche, une fois de plus, sa fidélité aux écrits de Montesquieu qui considère comme nécessaire à la liberté la sauvegarde des intérêts particuliers de l'aristocratie, « prérogatives, odieuses par elles-mêmes »[4]. Cette sauvegarde suppose la participation de l'aristocratie à l'exercice de la fonction législative, et justifie ainsi l'existence d'une seconde chambre. Le passage du chapitre relatif à la Constitution d'Angleterre est limpide et figure dans l'argumentation[5] d'Esmein : « Il y a toujours dans un État des gens distingués par la naissance, les richesses ou les honneurs ; mais s'ils s'étaient confondus parmi le peuple, et s'il n'y avait qu'une voix comme les autres, la liberté commune serait leur esclavage, et ils n'auraient aucun intérêt à la défendre, parce que la plupart des résolutions seraient contre eux. La part qu'ils ont à la législation doit donc être proportionnée aux autres avantages qu'ils ont dans l'État : ce qui arrivera s'ils forment un corps qui ait le droit d'arrêter les entreprises du peuple, comme le peuple a le droit d'arrêter les leurs. Ainsi la puissance législative sera confiée, et au corps des nobles, et au corps qui sera choisi pour représenter le peuple, qui auront chacun leurs assemblées et leurs délibérations à part, et des vues et des intérêts séparés »[6].

L'existence d'une Chambre aristocratique et héréditaire est également défendue par Benjamin Constant. L'auteur des *Principes de politique* y consacre en effet un chapitre entier – intitulé « D'une assemblée héréditaire et de la nécessité de ne pas limiter le nombre de ses membres »[7] – destiné à justifier l'existence d'une telle chambre et surtout son caractère héréditaire[8] dans une monarchie – qu'elle soit elle-même héréditaire ou élective – en

---

[1] A. Esmein, *La Chambre des Lords et la démocratie*, Paris, Picard, 1910, 86 pages.

[2] Esmein communique son étude « La dernière phase de la crise constitutionnelle en Angleterre » lors des séances de 14 et 21 septembre 1912. Les développements de cette intervention seront intégrés *in extenso* à la 6e édition des *Éléments de droit constitutionnel*. Voir A. Esmein, « La dernière phase de la crise constitutionnelle en Angleterre », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1912, t. CLXXVIII, p. 462-503 et *Éléments…*, *op. cit.*, p. 186-219.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 119.

[4] « Le corps des nobles doit être héréditaire. Il l'est premièrement par sa nature ; et d'ailleurs il faut qu'il ait un très grand intérêt à conserver ses prérogatives, odieuses par elles-mêmes, et qui, dans un État libre, doivent toujours être en danger », Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XI, chapitre VI, *op.cit.*, t. II, p. 213.

[5] Voir aussi A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 465-466.

[6] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, livre XI, chapitre VI, *op.cit.*, t. II, p. 213.

[7] B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle…*, t. I, p. 35-38.

[8] « Remarquez de plus que si cette première chambre n'est pas héréditaire, il faudra déterminer un mode d'en renouveler les éléments. Sera-ce la nomination du roi ? une chambre, nommée à vie par le roi, sera-t-elle assez forte pour contrebalancer une autre assemblée, émanée de l'élection populaire ? Dans la pairie héréditaire, les pairs deviennent forts de l'indépendance qu'ils acquièrent immédiatement après leur nomination ; ils prennent aux yeux du peuple un autre caractère que celui de simples délégués de la couronne. Vouloir deux chambres,

prenant appui sur la Chambre des Lords : « Restons fidèles à l'expérience. Nous voyons la pairie héréditaire dans la Grande-Bretagne, compatible avec un haut degré de liberté civile et politique ; tous les citoyens qui se distinguent peuvent y parvenir. Elle n'a pas le seul caractère odieux de l'hérédité, le caractère exclusif. Le lendemain de la nomination d'un simple citoyen à la pairie, il jouit des mêmes privilèges légaux que le plus ancien des pairs. Les branches cadettes des premières maisons d'Angleterre rentrent dans la masse du peuple ; elles forment un lien entre la pairie et la nation, comme la pairie elle-même forme un lien entre la nation et le trône »[1].

Le caractère héréditaire de la Chambre des Lords excite l'intérêt d'Esmein lorsque, à la fin du XIXe siècle, le principe démocratique triomphera. Car le principe représentatif n'implique pas, par définition, que les deux assemblées soient électives ; cependant, lorsque ces dernières partagent de façon égalitaire la fonction législative, le caractère électif de la Chambre basse va s'opposer au caractère héréditaire de la Chambre haute. Ce contraste entre élection et hérédité[2], Esmein le relève dans son étude relative à la Chambre des Lords, mais aussi à partir de la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* qui seront, de ce fait, largement revus par leur auteur jusqu'à la sixième édition de 1914.

Le professeur parisien fait débuter le début de la crise constitutionnelle à l'année 1906, au moment du rejet par la Chambre des Lords de deux *bills*[3] présentés par le cabinet libéral dirigé par Henry Campbell-Bannerman. Mais les *Éléments de droit constitutionnel* ne manquent pas de rappeler ce qui en constituait les prémices : « l'immense agitation »[4] causée par le refus des Lords d'adopter le *Home rule bill* irlandais en 1893. La crise ouverte en 1906 se poursuivit par le refus des Lords d'adopter le *Licensing bill* en 1908[5], et atteint son point culminant en 1909 lorsque la Chambre haute commit « un acte d'une immense gravité »[6] en rejetant le *Finance bill* – la loi de finance pour l'année 1910 – présenté par le cabinet, là encore libéral, dirigé par Asquith[7]. S'ensuivirent deux dissolutions successives de la Chambre des Communes[8], l'une à la fin de l'année 1909, l'autre en novembre 1910, les élections générales confirmant par deux fois la majorité libérale et le cabinet Asquith qu'elle soutenait. La crise se conclut enfin en 1911 lorsque, par réflexe de conservation, la Chambre des Lords adopta le *Parliament Act*.

---

l'une nommée par le roi, l'autre par le peuple, sans une différence fondamentales (car des élections viagères ressemblent trop à toute autre espèce d'élection), c'est mettre en présence les deux pouvoirs entre lesquels précisément il faut un intermédiaire : je veux dire celui du roi et celui du peuple », B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle…, op. cit.*, p. 36-37.

[1] B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle…, op. cit.*, p. 36.

[2] « Les analyses du gouvernement représentatif mettent le plus souvent en relief le contraste entre l'élection et la transmission héréditaire du pouvoir. Un tel point de vue se justifie en partie : les gouvernements élus ont directement supplanté les gouvernements héréditaires et il n'est pas douteux qu'en faisant de l'élection la source principale de la légitimité politique, les fondateurs des républiques représentatives modernes rejetaient avant tout le principe héréditaire », B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif, op. cit.*, p. 22.

[3] Il s'agit du *Plural Voting bill* et de l'*Education bill* : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 180.

[4] *Ibid.*

[5] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 183.

[6] « Ce fut un acte d'une immense gravité ; on voyait entrer en scène ce refus du budget qu'on croyait inscrit simplement en théorie dans les *text-books* », *Éléments…, op. cit.*, p. 185.

[7] Voir *Éléments…, op.cit.*, p. 184 et p. 185. Voir également A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 456.

[8] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 185 à p. 188.

La crise anglaise trouve son origine dans la circonstance que la Chambre des Lords dispose des mêmes pouvoirs que la Chambre des Communes en matière législative[1] bien que leur composition et le mode de désignation de leurs membres soient en totale opposition. Si le conflit entre les deux Chambres n'a rien de permanent, il n'en reste pas moins que les cabinets libéraux font face, depuis la crise du *Home Rule bill*, à l'hostilité de la majorité conservatrice de la Chambre des Lords qui oppose, depuis 1906, un veto à certains *Bills* votés par la majorité libérale aux Communes. Vont donc s'affronter, par le prisme d'un conflit politique entre conservateurs et libéraux, la légitimité démocratique des membres des Communes – conférée par l'élection au suffrage universel masculin – et la légitimité plus fragile des Lords que confèrent le droit du sang et la volonté royale[2].

Le but essentiel d'Esmein est de démontrer que la Chambre des Lords n'est pas représentative. Elle ne l'est qu'en raison de son caractère non électif et, encore plus, en raison de son caractère héréditaire[3]: « Mais je voudrais surtout étudier cette grande crise, non dans ses dessous que je ne connais pas, non dans ses multiples incidents, quelque intéressants qu'ils puissent être, mais dans ses causes profondes, qui dérivent de la logique des institutions. Elles se ramènent à une, principale et bien connue. L'Angleterre contemporaine prétend être une démocratie et elle l'est dans un certain sens. […]. *Mais ce qui est incompatible avec la démocratie, c'est la composition traditionnelle et actuelle de la Chambre des Lords* »[4].

Un an avant l'adoption du *Parliament Act*, l'auteur voit dans le caractère héréditaire de la Chambre haute la cause directe de la perte progressive de ses pouvoirs en matière législative : « Mais je ne m'attache ici qu'à la composition de la Chambre des Lords. Il me paraît presque évident que c'est à raison de cette composition qu'elle a perdu au cours du temps certains droits, naturels aux assemblées législatives, et qu'elle est menacée d'en perdre d'autres, et c'est en s'appuyant sur les principes de la démocratie qu'elle a, de nos jours, cherché à maintenir son pouvoir et à regagner en partie le terrain perdu. C'est pour la même raison, que ceux qui veulent conserver une seconde chambre forte et grande, veulent aussi modifier la composition de la Chambre des Lords, pour restreindre au moins l'écart qui existe entre elle et la démocratie »[5]. Il le réaffirmera dans la sixième édition des *Eléments de droit constitutionnel* en constatant que, après l'adoption du *Parliament Act*, « la Chambre des Lords, telle qu'elle est constituée, et ainsi réduite au seul pouvoir législatif dans le sens le plus étroit du mot, est aujourd'hui fortement attaquée jusque dans cette dernière position. Elle représente, en effet, ce phénomène singulier : un corps profondément aristocratique exerçant la puissance législative dans un pays qui se dit profondément démocratique »[6].

---

[1] Rappelons que la Chambre des Communes est la seule Chambre devant laquelle peut être engagée la responsabilité du cabinet, de sorte que les Lords ne peuvent en aucun cas faire chuter le ministère.

[2] « La Chambre des Lords, telle qu'elle est constituée, et ainsi réduite au seul pouvoir législatif dans le sens le plus étroit du mot, est aujourd'hui fortement attaquée jusque dans cette dernière position. Elle présente, en effet, ce phénomène singulier : un corps profondément aristocratique exerçant la puissance législative dans un pays qui se dit profondément démocratique », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 179-180.

[3] Sur la formation historique du principe d'hérédité des membres de la Chambre des Lords, voir *Éléments…*, *op.cit.*, p. 104-105.

[4] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 463, nous soulignons.

[5] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV , p. 463-464.

[6] *Éléments…*, *op.cit.*, p. 179-180.

Si, à l'image de Rossi[1], Esmein affirme à plusieurs reprises l'absence de caractère représentatif de la Chambre des Lords, il souligne toutefois que, depuis l'origine, la représentativité de la Chambre haute n'a pas été remise en cause. « Pendant des siècles la Chambre des Lords a été considérée comme représentant, non pas la nation entière, mais deux des trois ordres ou *estates*, dont celle-ci était composée, savoir la noblesse et le clergé. […]. Ce corps unique devenait aussi essentiellement la représentation de la noblesse ; malgré les quelques prélats qui continuaient à siéger à la Chambre des Lords. C'est bien la conception de Blackstone. Parlant du système de contrepoids que contient la Constitution anglaise, il désigne la Chambre des Lords comme *la noblesse*, tandis que la Chambre des Communes est *le peuple* »[2]. Plus encore, il constate que les publicistes anglais ne s'interrogent même pas sur ce caractère prétendument représentatif de la Chambre héréditaire : « La pensée vraiment anglaise était différente. Elle se préoccupait assez peu du caractère représentatif du Parlement. Elle s'arrêtait à la souveraineté du Parlement et à sa composition traditionnelle, sans remonter plus haut. Les Lords en étaient une partie essentielle et cela suffisait ; la Constitution était alors le pur produit de la coutume et celle-ci avait créé la Chambre des Lords sans se rattacher à aucun principe abstrait. C'était seulement dans les occasions extraordinaires et solennelles, comme lors de la Révolution de 1688, lorsqu'on avait été édicté le *Bill of rights*, en 1788 lorsque, Georges II étant atteint de folie, il avait fallu organiser le gouvernement sans lui, qu'on disait que les deux chambres avaient représentée la nation »[3].

C'est en effet la confrontation avec le « principe abstrait »[4] éminemment français[5] de la souveraineté nationale qui pose la question de la représentativité des Lords. Ce principe de la souveraineté – du peuple ou de la nation[6] – parfaitement illustré par l'adoption du suffrage universel masculin pour l'élection de la Chambre des Communes[7] va contraindre les publicistes à analyser plus en profondeur le caractère représentatif – ou plus précisément l'absence de caractère représentatif – de la Chambre héréditaire : « Le

---

[1] « La pairie anglaise, en effet, n'est pas une représentation du pays, c'est la Chambre des Communes qui est une représentation du pays ; il se pourrait que la Chambre des Pairs fût une représentation du pays pris dans d'autres éléments, mais à proprement parler elle n'est pas une représentation du pays, non, elle se représente elle-même, elle délibère pour son propre compte », Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. IV, p. 57.

[2] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 464-465.

[3] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 468.

[4] *Ibid.*

[5] « L'influence des idées françaises, des idées abstraites de 1789, s'est profondément fait sentir en Angleterre à la fin du XIXe siècle et au commencement du XXe ; et les anciens principes sont presque éclipsés », A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 469.

[6] « Mais, plus que le discrédit jeté sur les précédents historiques, est importante la pénétration et la diffusion en Angleterre du principe capital de la Révolution française : *la souveraineté du peuple* », A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXI, p. 473, nous soulignons. Il écrit plus loin : « Le principe de *la souveraineté nationale* étant admis, tout pouvoir public doit émaner du peuple ou, du moins, être exercé en son nom, par quelqu'un qui est proclamé son représentant », A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 598, nous soulignons.

[7] « Mais cet état des choses changea, les élections devirent libres et populaires par les réformes de 1832 et de 1884, et les esprits s'émancipèrent plus encore que les électeurs », A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 469.

principe de la souveraineté nationale étant admis, tout pouvoir doit émaner du peuple ou, du moins, être exercé en son nom, par quelqu'un qui est proclamé son représentant. Mais par là même, logiquement, la Chambre des Lords perdait son titre ancien, presque son droit de légiférer au nom du peuple, car, reposant sur le principe héréditaire, sur le droit propre des Pairs, elle n'est point représentative du peuple en masse »[1]. La conception esmeinienne de la souveraineté nationale se dévoile : le caractère héréditaire de la Chambre haute anglaise interdit toute qualité représentative.

Dans son étude intitulée « La Chambre des Lords et la démocratie », Esmein considère que la réforme de la Chambre haute permettra aux institutions politiques anglaises de s'accorder avec le principe abstrait de la souveraineté nationale. Il indique les nombreuses hypothèses qui furent avancées au cours de la crise de 1906 à 1911 pour introduire le principe électif dans la Chambre haute anglaise, afin d' « infuser un sang nouveau dans ce vieux corps »[2] et de « concilier ces principes nouveaux avec les principes tout différents sur lesquels cette institution a été fondée »[3].

C'est tout l'intérêt de l'analyse du rapport « si intéressant »[4] du *Select Comitee* à laquelle il se livre dans la première partie de sa grande étude de la Chambre des Lords et qu'il évoquera à plusieurs reprises dans la sixième édition des *Eléments de droit constitutionnel*[5]. Après le rejet des deux *Bills* de 1906 par les Lords, et avant ceux du *Licensing Bill* et du *Finance Bill*, une commission spéciale du Parlement anglais fut constituée et chargée d'émettre des propositions modifiant la composition de la Chambre haute[6]. Esmein regrette d'abord la timidité du Comité qui se refuse à envisager un autre mode de sélection des membres de la Chambre, qu'il s'agisse d'un mode électif ou d'un mode de « présentation » : « Elles [les conclusions] sont timides en ce qu'elles repoussent l'introduction, dans la Chambre des Lords, de tout élément venu du dehors, qui, renouvelé périodiquement, lui donnerait en partie le caractère d'une assemblée vraiment représentative. Cela pourrait se faire par des élections proprement dites, ou par des

---

[1] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 598

[2] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 464. Il usait sensiblement de la même expression un an auparavant, écrivant à propos de l'introduction possible du principe électif à la Chambre des Lords : « C'est le seul moyen efficace d'infuser un sang nouveau dans les veines de la vieille assemblée », A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, tome CLXXII, p. 477.

[3] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 464.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 183.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 111, p. 181 et p. 183. Il faut faire remarquer que la cinquième édition de l'ouvrage, parait tout juste quelques semaines après la remise de son rapport par le *Select Committee*, de sorte que l'auteur signale l'existence de ce Comité mais il n'en commente pas les toutes fraîches conclusions. Cette cinquième édition expose toutefois au lecteur les divers plans de réforme de la Chambre des Lords proposés depuis 1895. Esmein relève alors que ces divers plans relèvent tous d'une des trois logiques en présence : le remplacement pur et simple de la Chambre héréditaire par une Chambre élue pour 15 ans, la distinction entre les qualités de pairs et de membre de la Chambre des Lords, ou enfin la simple réforme du droit de rejet des Lords relatif aux textes adoptés par la Chambre des Communes. Voir A. Esmein, *Éléments…*, 5e éd., *op. cit.*, p. 161-170.

[6] « C'est alors que fut présenté aux Lords le *bill* de Lord Newton et que sur la proposition de Lord Cawdor fut nommé le *select Committee* chargé d'étudier les plans successifs produits quant à la réforme de la Chambre des Lords, lequel déposa son rapport le 2 décembre 1908 », *Éléments…, op. cit.*, p. 183.

présentations de candidats à la Couronne par divers corps »[1]. L'introduction de nouveaux modes de désignation[2] de la Chambre haute « est le seul moyen efficace d'infuser un sang nouveau dans les veines de la vieille assemblée »[3] en lui conférant au moins un caractère représentatif certes limité.

Pour Esmein, le refus des Lords de recourir à l'élection procède d'un « instinct de conservation qui existe dans tout corps conscient »[4]. L'aristocratie anglaise joue pourtant sa survie : « C'est, on peut le dire, une loi fatale de l'histoire du droit, que, lorsque des principes divers et contraires sont simultanément introduits dans une institution, c'est le plus fort qui l'emporte et qui élimine les autres. Or, dans l'Angleterre contemporaine largement démocratisée, le principe politique le plus fort, c'est le principe électif ; introduit partiellement dans la Chambre des Lords, il ne tarderait pas à l'envahir toute entière. Elle peut estimer que si elle était condamnée à succomber, mieux vaudrait pour elle, sinon pour le pays, qu'elle mourût intacte et fidèle à son principe traditionnel »[5].

Dans un tel contexte, le Comité se montre « hardi et décidé » . S'il se refuse à limiter[6] la prérogative de la Couronne en matière d'élévation à la pairie et à poursuivre les « fournées de pairs »[7] qu'Esmein tient pour « une arme d'un autre âge »[1], le Comité

---

[1] A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, tome 72, p. 477.

[2] L'étude relève deux propositions des membres du Comité, toutes deux repoussées par le Comité votant collégialement, proposant la convocation par la Couronne, pour la durée d'un Parlement, d'un certains nombres d'élus ou d'anciens élus, sur proposition des conseils municipaux (c'est la proposition du comte de Rosebery) ou sur proposition conjointe de la Chambre des Communes et du Cabinet (c'est là la proposition du vicomte de Saint-Aldwyn). Esmein regrette le rejet de ces deux propositions, considérant qu' « il n'y avait pas dans cette combinaison, de présentations proprement dites ; c'était pourtant un véritable mode représentatif qui était proposé ; car le choix de la Couronne ne pouvait porter que sur des élus du peuple », A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 478. L'étude expose également la proposition plus hardie de Lord Belper qui proposait tout simplement l'élection pure et simple par les conseils municipaux d'un maximum de trente membres appelés à siéger à la Chambre des Lords. Esmein considère là qu'il s'agit d'une proposition quasiment chimérique : « Après les propositions analogues et moins radicales, précédemment repoussées, celle-ci ne pouvait avoir aucune chance de succès », *Ibid.*

[3] *Ibid.*

[4] A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 479.

[5] *Ibid.*

[6] « Il [le Comité] ne désire point cependant limiter la prérogative traditionnelle de la Couronne de créer des pairs en nombre illimité ; il donne seulement au gouvernement le conseil respectueux d'en user avec plus de discrétion que par le passé », *Ibid.*

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 179. On remarque en effet qu'Esmein considère la pratique de la prérogative royale comme appartenant à un autre temps, en raison du fait notamment qu'elle fut, au cours de l'histoire anglaise, peu utilisée : « En réalité, en Angleterre, le moyen n'a servi que deux fois. En 1712, pour faire tomber l'opposition que le traité d'Utrecht rencontrait dans la Chambre des Lords, il fut nécessaire d'y enlever la majorité au parti Whig, qui l'y possédait alors. A cet effet, douze nouveaux pairs furent créés, choisis dans le parti opposé. Une seconde fois, la simple, mais sérieuse, menace d'une pareille création suffit pour obtenir le résultat désiré. Le 17 mai 1832, le roi Guillaume IV donna, bien qu'à contre-cœur, au ministre Lord Grey, l'autorisation écrite de créer le nombre de pairs nécessaire pour imposer à la Chambre des Lords l'acceptation du *Reform Act*. La haute assemblée s'inclina et préféra donner son vote. Ce sont là des précédents bien peu nombreux, quoique décisifs ; et dans l'Angleterre contemporaine, personne ne songe aujourd'hui à tirer du fourreau cette arme d'un autre âge », *Ibid.* La note associée à cet extrait constate toutefois : « M. Burgess en parle cependant comme d'un moyen toujours virtuellement existant, *Political science*, t.II, p. 213 : "*The cabinet may demand of the King or Queen regnant the whole power of the Crown in every direction and the royal person must confer it. The cabinet may require the Crown to patch the House of Lords to its liking and to dissolve the Commons, and the Crown must give ear thereto and can now hardly be said to have the power to refuse*" », *Ibid.* La cinquième édition des *Eléments de droit constitutionnel* semblait pourtant considérer que la création de pairs en nombre illimité par la Couronne, pratique que Benjamin Constant défend hardiment, n'était plus une prérogative viable. Esmein écrit

propose de désolidariser la qualité de pair du royaume et celle de législateur à la Chambre haute. Esmein précise : « Jusqu'ici, pour les Pairs d'Angleterre, la qualité de pair et celle de membre de la Chambre des Lords étaient inséparables ; tout pair héréditaire avait le droit de siéger à la Chambre haute. Le Comité propose de séparer ces deux qualités, sauf en ce qui concerne les pairs du sang royal »[2]. Les *Éléments de droit constitutionnel*, dans la cinquième édition, soulignaient déjà[3] l'existence de cette proposition qui fut soumise au début de la crise constitutionnelle, en 1907, à la Chambre des Lords par Lord Newton avant que celui-ci ne la réitère au sein du *Select Committee* dont il était membre. Le dispositif imaginé visait à combattre sévèrement le caractère automatique de la qualité de législateur conférée à tout pair du royaume et à écarter de la Chambre haute « les membres inactifs et inutiles, les frelons de la ruche »[4].

Cette distinction entre pair et « Lord du Parlement » est, pour Esmein, un élément digne d'étude et aurait constitué, s'il avait été adopté « une révolution »[5] : « Mais, qu'on ne s'y trompe pas, au point de vue des principes ce serait déjà une révolution ; la qualité de pair ne conférant plus par elle-même la qualité de législateur, le pair d'Angleterre ne pouvant siéger à la Chambre des Lords que si sa capacité et son utilité sont attestées de certaines manières, c'est un peu comme si, dans une constitution monarchique, il était déclaré que le plus proche héritier du roi défunt ne succéderait au trône que si sa capacité était prouvée dans de certaines conditions »[6]. Trois systèmes de sélection avaient été conçus. Le premier envisageait l'introduction du principe « représentatif et électif »[7] au sein de la haute assemblée, de sorte que les pairs héréditaires formeraient un collège électoral. Quel que soit le mode de scrutin envisagé, les difficultés[8] sont nombreuses. Comme l'expliquent également les *Éléments de droit constitutionnel*[9] à partir de 1909, le second système consistait à désigner Lords du Parlement des pairs ayant une « qualification » au titre d'activités exercées dans la fonction publique ou la haute fonction

---

en effet dans cette édition : « Le pouvoir exécutif n'a même plus la ressource d'une fournée de pairs. Il faudrait aujourd'hui introduire des centaines de pairs libéraux dans la Chambre des Lords pour y changer la majorité », A. Esmein, *Éléments…*, 5e éd., *op. cit.*, p. 161.

[1] *Ibid.*

[2] A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 480.

[3] A. Esmein, *Éléments…*, 5e éd., *op. cit.*, p. 164.

[4] A. Esmein, *Éléments…*, 5e éd., *op. cit*, p. 160. Esmein écrit dans la sixième édition : « Les vices de l'institution [de la Chambre des Lords] n'étaient que trop nombreux et trop réels. Non seulement elle repose presque entièrement sur le principe héréditaire, incompatible avec l'esprit démocratique, et le plus grand nombre de ceux qui y siègent à ce titre ne daignent pas assister à ses séances, ou même prêter le serment initial », *Eléments…*, *op. cit.*, p. 180 et p. 181.

[5] A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Commmitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 481.

[6] *Ibid.*

[7] A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Commitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 482.

[8] Concernant le mode de scrutin proposé par Lord Newton, Esmein écrit : « Mais ce n'est pas seulement l'influence des partis qui serait à craindre, mais aussi la complication avec une si longue liste de candidats », *Ibid.* Quant au second mode de scrutin proposé : « Mais, outre l'incertitude quant à la formation des groupes, cette élection en petit comité manquerait d'autorité. Il est vrai qu'elle dissimulerait en quelque sorte, la transformation profonde qu'on veut introduire dans le corps des Pairs : ce serait presque cinq pairs amis se choisissant un même procureur ; ce serait une nouvelle forme de l'ancien vote *by proxy* », A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Commitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 483-484.

[9] Il s'agit là encore d'un système envisagé dans le cadre de la proposition de Lord Newton, avant la constitution du *Select Committee* : voir A. Esmein, *Éléments…*, 5e éd., *op. cit*, p. 164.

publique. Esmein parle de « fonctions importantes »[1]. « Il y a là la jonction de deux qualités, celle de pair et celle de haut fonctionnaire, ou ancien fonctionnaire qui, réunies, feraient un Lord du Parlement »[2]. Il ajoute: « Le Rapport [du *Select Committee*] estime à 130 environ le nombre des Pairs héréditaires actuellement existants qui profiteraient de ces qualifications »[3]. Enfin, le dernier des trois systèmes donnerait à la Couronne la possibilité de conférer la pairie à titre viager, « une question discutée en droit constitutionnel anglais »[4]. La Couronne se verrait reconnaître le droit de nommer des pairs viagers dans une limite de quarante, dont un dixième pourrait être appelé à siéger à la Chambre haute en tant que Lords du Parlement, avec conditions de « qualification » pour trois d'entre eux[5].

Mais la « révolution » réclamée par Esmein n'eut pas lieu. Malgré les bienfaits qu'un tel système eût pu engendrer[6], les propositions de réforme n'aboutirent pas, le rapport du Comité ayant « été comme éclipsé par le conflit grandissant qui a persisté entre la Chambre et le Cabinet libéral, soutenu par la Chambre des Communes »[7]. Esmein ne se désintéressa pas pour autant du sujet et examina avec attention les propositions qui suivirent. L'étude « La Chambre des Lords et la démocratie » ainsi que la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel*, exposent les propositions émises par Lord Rosebery à la haute assemblée en mai 1910 et qui, en instituant « enfin » la distinction entre pairs et Lords du Parlement[8], constituaient « une arme puissante pour défendre la Chambre des Lords contre la *capitis minutio* que voulaient lui infliger le cabinet libéral et la majorité de la Chambre des Communes »[9]. Mais les propositions de Lord Rosebery, qu'elles fussent présentées avant ou après la Conférence de conciliation bipartite de juin 1910, ne survécurent pas à la dissolution de la chambre basse à la fin de cette même année.

La sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel* mentionne également le projet de réforme proposé par Lord Lansdowne après le renouvellement de la Chambre des communes aux élections générales qui suivirent la dissolution. Ce *House of Lords reconstitution bill* prévoyait trois catégories différentes de membres de la Chambre des Lords, comprenant chacune cent Lords environ, siégeant pour douze ans avec renouvellement par quart tous les trois ans. La première catégorie de membres aurait été

---

[1] A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Commitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 484. Il poursuit : Il s'agit de hautes fonctions, soit politiques et gouvernementales, comme celles de ministre, de gouverneur des grandes colonies, d'ambassadeur ; soit administratives, comme celle des chefs des divers départements ministériels ; soit judiciaires, soit militaires ou de la marine royale ; soit enfin des emplois de la Cour », *Ibid.*

[2] *Ibid.*

[3] A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Commitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 485.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*

[6] Au-delà de la réduction du caractère héréditaire de la Chambre des Lors, Esmein envisageait également comme bénéfice « une double simplification » : d'abord l'assurance d'une représentation de la pairie d'Irlande et d'Ecosse, ensuite la réduction du nombre de Lords spirituels tout en s'ouvrant aux Eglises non-anglicanes : A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Commitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 486-488.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 183.

[8] « Elles [les résolutions proposées par Lord Rosebery] affirmaient la nécessité d'une seconde Chambre forte et puissante, déclaraient que la Chambre des Lords, réformée dans sa composition, pouvait être une telle assemblée et proclamaient enfin la distinction entre le Pair et le *Lord of Parliament* », *Eléments…, op .cit.*, p. 112.

[9] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1910, t. CLXXIV, p. 458.

constituée par des pairs héréditaires élus[1] par leurs homologues, à condition de satisfaire aux qualifications arrêtées par le *bill*[2]. La seconde aurait été composée de membres élus par les députés des Communes au moyen « de grandes circonscriptions »[3] et aurait fait ainsi place à des Lords élus au suffrage universel masculin indirect. Enfin la troisième aurait été formée de membres nommés par la Couronne proportionnellement à la représentation des partis à la Chambre des Communes[4] permettant de ce fait, de réaliser l'équilibre politique entre les partis et de ne plus favoriser la constitution d'une majorité conservatrice. Le *Bill* de Lord Lansdowne prévoyait par ailleurs de limiter à une quarantaine les créations de pairs par la Couronne au cours d'une année, l'élévation à la pairie ne conférant plus la qualité de Lord du Parlement.

Esmein se montre très favorable à ce *House of Lords reconstitution bill*. Il relève que le texte, s'il était adopté, permettrait de réduire, sinon d'annihiler, les vices persistants de la composition de la Chambre des Lords en y introduisant le principe électif et en assurant une représentation de toutes les tendances politiques : « L'influence qui est ainsi attribuée à la Chambre des Communes (ou à ses membres individuellement considérés) sur la composition de la Chambre des Lords est remarquable. Cela avait pour but d'écarter le principal reproche que le parti libéral adressait aux Lords, à savoir que la majorité y était toujours conservatrice et considérable, et que par suite, lorsque les libéraux étaient au pouvoir, leurs *bills*, pour peu qu'ils eussent rapport avec les principes et les tendances de leur parti, étaient inévitablement rejetés, ou mutilés par la Chambre Haute, tandis qu'elle laissait passer comme une lettre à la poste les *bills* votés par la Chambre des Communes lorsqu'ils avaient été présentés par un cabinet conservateur »[5].

Si le *House of Lords reconstitution bill* fut finalement adopté par la Chambre des Lords en mai 1911, il resta à l'état de *bill*. En août de la même année fut en effet adopté le *Parliament Act* – dont de larges extraits[6] figurent dans la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel* – qui vint mettre un terme à la crise ouverte en 1906. La réforme de la Chambre des Lords paraissant impossible, le texte proposé par le cabinet libéral vise à prévenir tout nouveau conflit entre les Chambres, en ôtant à l'assemblée héréditaire certains des pouvoirs qu'elle possédait pourtant depuis des siècles.

C'est sans doute un mal pour Esmein qui tient l'égalité des pouvoirs législatifs entre les Chambres pour une conséquence du bicamérisme et qui fait partie de « ceux qui veulent conserver une seconde chambre forte et grande »[7]. La 1ère édition des *Éléments de droit constitutionnel*, dix ans avant le début de la crise entre les Chambres, en témoigne. Le chapitre relatif au système de deux chambres législatives s'achève sur la question de l'égalité des pouvoirs entre les deux assemblées d'un même parlement. À la question « La diversité doit-elle également se retrouver dans les attributions, dans les fonctions, des deux Chambres ? »[8], Esmein répond par la négative en regrettant que certaines constitutions françaises aient radicalement scindé les tâches législatives dévolues aux deux

[1] Le mode de scrutin déterminé par le *bill* est un mode proportionnel.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 114.
[3] *Ibid.*
[4] *Ibid.*
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 115-116.
[6] *Éléments…, op.cit.*, p. 197-198.
[7] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 464.
[8] A. Esmein, *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 78.

Chambres[1]. Le professeur parisien se montre fidèle au principe du bicaméralisme égalitaire, hérité de la Constitution anglaise : « Le système anglais, qui a pour lui l'expérience, semble bien préférable. Je dis que les deux Chambres ont dans ce système les mêmes attributions législatives : c'est, en effet, seulement en ce qui concerne la proposition et le vote des lois qu'elles sont nécessairement investies en principe des mêmes droits. Mais la Constitution peut très bien, sans violer le dualisme, conférer à une seule d'entre elles des attributions d'une autre nature »[2]. La réforme du *Parliament Act*, si elle ne modifie pas l'opinion d'Esmein, l'oblige à une prudence qu'on ne trouvait pas en 1896. Il écrit dans la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel* : « ici, pour que le système produise les effets essentiels qu'on en attend, il semble que leurs attributions et leurs pouvoirs doivent être les mêmes ; c'est seulement à cette condition, en coopérant à la même œuvre avec la même force qu'elles seront vraiment deux. […]. Cette doctrine a encore pour source la Constitution anglaise où d'ailleurs cette identité de fonction et de pouvoir avait été dégagée par le développement historique, non par la spéculation scientifique : mais elle était présentée comme un principe »[3]. Aussi Esmein conclut-il en 1914 que « la doctrine des deux chambres égales quant au vote des lois n'a plus pour patrie l'Angleterre, mais la France et les États-Unis, (où les deux Chambres sont en même temps électives) »[4].

En matière législative, l'inégalité entre les deux Chambres constitue « un système […] considéré comme anormal en théorie constitutionnelle »[5]. C'est pourtant le système institué par le *Parliament Act*, sur lequel Esmein reviendra à plusieurs reprises[6] dans la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel*. Mais, de façon pragmatique, Esmein note les avantages du *Parliament Act* de 1911, « reprendre une certaine faveur, par suite des modifications que le *Parliament Act* de 1911 a apportées au pouvoir de la Chambre des Lords en la réduisant à un veto suspensif sur les lois votées par la Chambre des Communes, en ne lui accordant sur les lois de finances que le droit de voter une seule fois, sans amendements, leur résistance étant alors épuisée, à moins que la Chambre des Communes ne consente à discuter encore »[7].

Si le *Parliament Act* met à mal la théorie bicaméristé d'Esmein, le texte vient toutefois résoudre les problèmes soulevés au cours de la crise anglaise. La réforme de 1911, en rognant les pouvoirs de la Chambre des Lords en matière de vote des lois et notamment des lois à caractère financier, permet en effet d'éviter à l'avenir tout blocage résultant d'un désaccord entre députés et Lords.

Ainsi la notion de « *veto* essentiel » qui fut développée par des tenants du *statu quo* est annihilée. En effet, par l'opposition d'un *veto* à un texte adopté par les Communes, Les

---

[1] *Ibid.*

[2] Il poursuit : « Cela s'est produit pour la Chambre des Lords, en vertu de ses origines historiques : cela s'est fait en vertu d'un plan préconçu pour le Sénat des Etats-Unis, qui n'est pas seulement une chambre législative, mais aussi un grand Conseil de gouvernement pour certains des actes du pouvoir exécutif ; ce sont même ces dernières attributions du Sénat qui avaient paru les plus importantes aux auteurs de la Constitution. Enfin nos loi constitutionnelles de 1875 ont aussi donné au Sénat certaines attributions extra-législatives, provisoires ou définitives, n'appartenant qu'à lui seul », A. Esmein, *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 78-79.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 135-136.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 136-137.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 136.

[6] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 111, p. 117, p. 136, p. 185-219.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 136.

Lords pensaient exprimer la volonté « du peuple lui-même »[1] et provoquaient une inévitable dissolution de la Chambre des Communes censée permettre au pays de s'exprimer sur le texte en cause. C'est là, selon Esmein, qui reprend le point de vue de Dicey, la théorie de l'appel au peuple: « C'était au fond le principe de l'appel au peuple qu'elle [la Chambre des Lords] prenait pour point d'appui ; seulement elle lui donnait la forme traditionnelle et quelque peu imprécise d'une élection générale, provoquée au besoin par une dissolution »[2]. Mais Esmein combat fermement cette idée. La dissolution provoquée par une telle opposition des Lords à un texte déjà adopté par les Communes est considérée comme « anormale »[3]. Ainsi, « le *veto* pratiqué par la Chambre des Lords était difficilement défendable »[4] au motif qu'il remettait en cause l'équilibre si subtil des mécanismes du régime parlementaire au rang desquels la dissolution tient une place de choix, en contrepartie du principe de responsabilité politique du cabinet : « C'était une dissolution imposée par la Chambre des Lords, qui n'a point reçu de la Constitution un pareil droit. De plus il est impossible d'employer ce moyen de résoudre la question toutes les fois que la Chambre des Lords oppose son *veto* à quelque *bill* important de nature politique ; on ne peut dissoudre la Chambre des Communes fréquemment et à des intervalles peu éloignés les uns des autres »[5].

De plus, quand bien même la dissolution provoquée par le veto des Lords trouverait un fondement juridique, il apparaîtrait difficile de confier au peuple le soin de trancher le conflit : « Enfin la dissolution n'est même pas un moyen sûr et définitif de résoudre le conflit : il ne dépend ni de la Chambre des Lords, ni du gouvernement de réduire à une seule question les données sur lesquelles se fera l'élection générale. Il peut donc arriver que, des questions multiples étant posées devant les électeurs, la décision contenue dans leurs votes ne soit pas claire et prête elle-même à discussion »[6].

Par ailleurs, le *Parliament Act* permet d'éviter l'introduction en droit constitutionnel anglais du *referendum* et de conserver intact le principe même du gouvernement représentatif. La question du *referendum* fut posée durant la crise constitutionnelle anglaise, et trouva des promoteurs[7] au sein du *Select Committee* créé en 1907. Esmein s'insurge

---

[1] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 603.Voir également *Éléments…*, *op. cit.*, p. 205-206.

[2] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 606.

[3] Ainsi, à propos de la dissolution de la Chambre des Communes de novembre 1910 provoquée par le veto des Lords au *Parliament Bill*, Esmein écrit : « C'était d'ailleurs une dissolution anormale en un certain sens. En effet, le ministère n'avait subi aucun échec devant la Chambre des Communes où sa majorité restait la même. Ce n'était pas non plus une de ces dissolutions qu'admet la doctrine anglaise, par laquelle la Couronne, couverte par le nouveau ministre qu'elle appelle aux affaires, réagit contre une politique qu'elle juge dangereuse et en appelle au pays. Aussi la mesure fut-elle vivement contestée dans les deux Chambres par l'opposition et, d'après M.Dicey, elle constitue un nouveau précédent en la matière », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 190.

[4] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, 610.

[5] *Ibid.*

[6] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques : compte-rendu*, 1910, t. CLXXIV, p. 611.

[7] « Cependant il [le Comité] a envisagé et non sans faveur, une dernière solution possible aux conflits législatifs entre les deux Chambres (n°36) : " Le Comité aurait entrepris de rechercher si une solution différente et plus complète de la difficulté causée par une opposition irréductible entre les deux Chambres sur une question de grande importance ne pourrait pas être obtenue en soumettant, en dernier ressort, le point en litige au corps électoral, au moyen de l'expédient constitutionnel connu sous le nom de *referendum*. Mais, bien qu'il y ait beaucoup à dire en faveur d'une telle proposition, la majorité du Comité a senti que discuter ou formuler une

contre l'idée que le *referendum* – affublé par lui des pires qualificatifs – puisse être envisagé par les membres du Comité comme un moyen de mettre un terme à un conflit entre les deux Chambres : « N'est-il pas étrange de voir ainsi vantée par une commission de la Chambre des Lords une institution d'extrême démocratie, une institution qui paraît si contraire à l'esprit anglais, si étrangère sur la terre natale du gouvernement représentatif ? Il semble, en vérité, que cet instrument imparfait et grossier ait chance maintenant de se faire adopter par tout le monde civilisé. Là où il n'est pas réclamé par un esprit démocratique à l'excès, il se présente comme un moyen simple et sûr de résoudre les conflits les plus graves, de mettre fin aux discussions politiques et sociales les plus aiguës »[1]. On retrouve d'ailleurs dans la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel*, cette opposition frontale à l'introduction du *referendum* : « Puisque c'était le jugement du peuple qu'on voulait, l'expression certaine de sa volonté, un moyen s'offrait pour cela plus direct, plus prompt, plus exact au moins en apparence : c'était le *referendum*, l'un des procédés brutaux en faveur dans les démocraties modernes. Une fois entrée dans la voie, la logique conduisait là les pairs conservateurs. Aussi la proposition se dégagea naturellement, inévitablement de la logique des prétentions. […]. Mais le *referendum*, cet instrument législatif imparfait et grossier ne paraît point encore près de s'introduire dans le pays d'origine du gouvernement représentatif »[2].

Aux yeux d'Esmein la réforme due au *Parliament Act* de 1911 apparaît comme un moindre mal, un compromis acceptable en ce qu'il rétablit les mécanismes institutionnels originaires de la Constitution anglaise qui fondent le gouvernement représentatif mais aussi le régime parlementaire, autre précieux héritage légué par l'Angleterre.

---

opinion sur ce point serait dépasser les bornes de leur mandat (*order of Reference*) " », A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Commitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 492-493.

[1] A. Esmein, « La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Commitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 493.

[2] *Éléments…, op.cit.*, p. 206 et p. 207. Il poursuit : « Le parti libéral le [le referendum] combat, en raison principalement de l'effet déprimant, dégradant que cet appel au peuple exerce inévitablement sur les assemblées législatives. On peut même douter que le parti unioniste en ait vraiment admis le principe. Il s'en sert comme d'une arme défensive aujourd'hui ; mais il est fort à croire que lorsqu'il reviendra au pouvoir, ce ne sera pas l'une des innovations qu'il introduira dans la législation », *Éléments…, op. cit.*, p. 207.

Section 2

La responsabilité ministérielle, pivot du régime parlementaire

Dans la pensée d'Esmein, le principe représentatif est le critère fondamental du gouvernement de la liberté. L'histoire de l'Angleterre démontre que la participation de représentants élus à l'exercice de la fonction législative donne à l'individu la garantie institutionnelle la plus importante pour la liberté. Mais si le principe représentatif est nécessaire à la liberté, il ne suffit pas à prémunir efficacement contre l'arbitraire.

L'introduction des *Éléments de droit constitutionnel* énonce que, compte tenu de sa « seule fonction »[1] d'exécution des lois et de sa « permanence »[2], le pouvoir exécutif exerce un pouvoir discrétionnaire ou arbitraire : « Cela suffirait pour fonder la liberté, s'il était possible de régler d'avance par une loi tous les actes de l'autorité souveraine. Mais il est bien loin d'en être ainsi : beaucoup de ces actes, et souvent les plus importants, échappent à une pareille réglementation par leur nature même. […]. Le droit de faire ces actes et le pouvoir discrétionnaire qu'ils impliquent reviennent naturellement à l'autorité permanente, c'est à dire au pouvoir exécutif, et là où ce pouvoir n'est pas le souverain lui-même, mais un représentant du souverain, la meilleure garantie possible contre les abus de cet arbitraire consiste à organiser efficacement la responsabilité générale du pouvoir exécutif »[3]. Esmein se rallie ici à Rossi qui enseignait que le pouvoir exécutif « est celui qui exerce le plus de dangers »[4].

Sa responsabilité[5] est donc, aux yeux d'Esmein, « une *condition essentielle de la liberté politique* ». D'une part, le pouvoir exécutif est toujours tenté de « violer » la loi qu'il doit appliquer. D'autre part, il règle des cas que la loi n'a pas prévus « et l'exercice de cette autorité arbitraire peut être abusif et malfaisant »[6].

Deux ans avant la parution des *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein insistait, à la manière de Rossi[7], sur la responsabilité ministérielle. « Deux formes de gouvernement »[8] souligne que « la responsabilité des ministres est, en Europe du moins, une pièce essentielle du gouvernement représentatif, où elle tempère l'indépendance du pouvoir

---

[1] « Les autres attributs de la souveraineté, qui se résument dans un droit général de commandement et de coercition, sont restés unis, formant un autre pouvoir auquel les Romains donnaient le nom d'imperium et que les modernes appellent le pouvoir exécutif, pour indiquer que, là où il existe des lois, sa seule fonction consiste à les faire exécuter », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 23.

[2] « Quoique subordonné, dans cette mesure, au pouvoir législatif, l'imperium présente sur lui une supériorité naturelle et nécessaire : tandis que le pouvoir législatif s'exerce de façon intermittente, même dans les États modernes où la production des lois devient de plus en plus abondante, le pouvoir exécutif est nécessairement en permanence : son fonctionnement ne saurait s'arrêter un seul instant, pas plus que la vie même de la nation », *Ibid.*

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 24.

[4] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. IV, p. 369.

[5] A. Esmein, *Éléments…*, 1ère éd., *op.cit.*, p. 81. Il faut signaler que l'entame du chapitre reste inchangée selon les différentes éditions de l'ouvrage, voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 138.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 138.

[7] « Cette garantie [la responsabilité des ministres] est éminemment nécessaire, car tout l'édifice du système représentatif s'écroulerait à peu près complètement si elle disparaissait », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op.cit.*, t. IV, p. 368.

[8] Rappelons que « Deux formes de gouvernement » constitue le premier écrit véritable d'Adhémar Esmein en droit constitutionnel.

exécutif, sans la supprimer »[1]. La responsabilité est ici restreinte à celle des ministres ; ceux-ci semblent, comme dans les *Éléments de droit constitutionnel*, former le pouvoir exécutif au sens organique du terme. Mais cette responsabilité *des ministres* ne paraît pas être une condition *absolument nécessaire* à l'établissement et au fonctionnement d'un gouvernement représentatif puisqu'elle ne s'applique qu'en Europe. Or le lecteur d'Esmein n'ignore pas qu'au regard des éléments de définition du gouvernement représentatif, ce dernier est la forme adoptée notamment par la république des États-Unis d'Amérique.

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 32-33, nous soulignons.

I
Le fondement de la responsabilité ministérielle

La responsabilité « de l'exécutif » est un principe nécessaire au gouvernement représentatif mais pas la responsabilité particulière « des ministres » Se dévoile alors l'origine même du principe de la responsabilité ministérielle : l'Angleterre.

À l'image du jury ou du système représentatif, c'est de l'histoire constitutionnelle anglaise que provient le principe de la responsabilité du pouvoir exécutif, et plus précisément de la responsabilité des ministres. S'il apparaît de façon embryonnaire dans certains écrits français[1] dès le XVIe siècle et dans la pratique institutionnelle de certains États[2], on ne peut douter de son origine anglaise : « Mais c'est véritablement l'Angleterre qui l'a établi, d'abord dans la pratique, puis dégagé dans la théorie ; c'est à elle que l'ont emprunté les autres nations de l'Occident »[3]. Esmein procède donc, une fois de plus, par voie d'axiomatisation. Il tire d'une pratique propre à la Constitution anglaise un principe général de droit constitutionnel.

Les *Éléments de droit constitutionnel* consacrent un chapitre entier au principe de la responsabilité ministérielle. Esmein suit en cela le courant classique libéral du XIXe où il n'est pas un ouvrage qui ne traite de cette question[4]. Le nom de Constant est attendu. . Qu'il s'agisse de son court ouvrage publié en 1815 – *De la responsabilité des ministres*[5] – ou des *Principes de politiques*, il en vante les mérites. Dans la seconde moitié du siècle, Édouard Laboulaye consacrera lui aussi un chapitre[6] de son *Parti libéral* à la responsabilité ministérielle, considérant dés les premières lignes que « De toutes les questions qui intéressent le parti libéral, il n'en est guère qui le touche de plus près que la responsabilité ministérielle »[7].

Si Esmein poursuit l'œuvre libérale, il fait preuve d'originalité parmi les « constitutionnalistes ». Certes, Pellegrino Rossi, dans son *Cours*, réservait une place de choix à la théorie et à la pratique de la responsabilité de l'exécutif en en faisant le sujet de

---

[1] « En France même, sans parler de l'initiative hardie prise en 1359 par les États généraux sous le règne du roi Jean, nous trouvons exprimées au XVIe siècle les idées essentielles sur lesquelles repose le système », Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 140. Esmein cite notamment à l'appui de cette affirmation un auteur déjà évoqué plus haut, Pierre Ayrault, qui envisage clairement la responsabilité du « conseil » du roi dans *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les Grecs et les Romains ont usé ès accusations publiques comparé au stil et usage de notre France*. Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 140.

[2] « Des tentatives en ce sens se sont produites ailleurs [qu'en Angleterre], particulièrement en Hongrie, où elles furent conduites avec cette activité intermittente et un peu désordonnée, qu caractérisait l'action des Diètes, et en Suède où elles aboutirent effectivement », *Éléments…*, *op. cit.*, p.139-140. Sur le principe de responsabilité des ministres en Suède, voir P. Lauvaux, « Aspects historiques de la responsabilité politique », *La responsabilité des gouvernants*, ss. dir. d'O. Beaud et J.-M. Blanquer, Paris, Descartes et Cie, coll. Droit, 1999, p. 20-24.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 140.

[4] « Il n'y a point de lecteur français qui eût compris, il y a une vingtaine d'années, qu'on mit en question la responsabilité ministérielle et qui n'eût laissé de côté avec quelque dédain, comme oiseuse et superflue, toute démonstration à l'appui d'une doctrine si évidente par elle-même. Mais c'est le propre du temps où nous vivons que de réduire ceux qui écrivent ou qui parlent sur la politique à prouver l'évidence, et nous ne pouvons omettre d'établir en passant que la responsabilité ministérielle est indispensable à l'existence d'un gouvernement libre », L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 115.

[5] B. Constant, *De la responsabilité des ministres*, Paris, Nicolle, 1815.

[6] Voir É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 165-192.

[7] É. Laboulaye, *Le parti libéral…*, *op. cit.*, p. 165.

ses trois dernières leçons[1]. Les ouvrages de la fin du siècle évoquent tous la question avec plus ou moins de détails. Le *Précis* de Félix Moreau, comme le *Manuel* d'Antoine Saint Girons, consacre en effet un chapitre spécial[2] à la notion. Le *Manuel* de Théophile Aumaître envisage le principe rapporté aux caractéristiques du régime parlementaire[3] mais aussi et surtout dans son étude « des données pratiques fournies par les institutions de l'Angleterre »[4]. Sur ce point, les *Éléments de droit constitutionnel* peuvent être rapprochés du *Manuel* d'Aumaître. En effet, l'étude du principe de responsabilité ministérielle prend place dans la partie consacrée aux « institutions et principes fournis par le droit de l'Angleterre ». Mais, contrairement à Théophile Aumaître qui se contente de quelques généralités, Esmein se montre beaucoup plus prolixe.

Le principe de la responsabilité ministérielle est, à l'origine, un mécanisme qui tient au caractère héréditaire des règles de succession au trône d'Angleterre. Esmein annonce deux raisons principales à l'émergence du principe dans la monarchie anglaise, parfaitement applicables à tout État monarchique.

La première, la plus évidente, veut se prémunir d'une instabilité permanente du trône : il n'est pas possible de rendre responsable le chef du pouvoir exécutif, c'est-à-dire le monarque lui-même. Toute responsabilité pesant sur la tête du monarque constituerait une menace permanente de révolution, et donc une menace de révolution permanente. Dans la foulée de la doctrine libérale classique et notamment de Prévost-Paradol[5], Esmein constate : « cette responsabilité paraît une chimère, presque impossible à faire passer dans la pratique, lorsqu'elle vise le titulaire même du pouvoir exécutif. Cela est évident sous la

---

[1] Il s'agit des leçons 103, 104 et 105 : voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 365-401.

[2] Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 372-377. Voir A. Saint¸Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 444-460. On note que Saint-Girons consacre également un chapitre à la responsabilité ministérielle dans son *Essai* : voir A. Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 314 et suivantes.

[3] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 22 -25.

[4] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op.cit.*, p. 44-51. Sur le « développement de la responsabilité ministérielle en Angleterre », voir plus précisément T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 48-49.

[5] « Quand il s'agit du pouvoir suprême, les termes mêmes d'*hérédité* et de *responsabilité* s'excluent, puisque l'une de ces deux choses ne peut exister qu'aux dépens de l'autre. Qu'est-ce que l'hérédité, et que devient la stabilité qu'on y recherche, si la mise en action de la responsabilité du souverain peut à tout moment venir l'interrompre ? Et comment, d'autre part, cette responsabilité pourrait-elle être appliquée sans porte atteinte au droit héréditaire ? De plus, cette responsabilité est si évidemment fictive, qu'il n'est jamais entré dans l'esprit de personne d'en prévoir et d'en réglementer l'exercice. Une loi pour la mise en accusation du souverain *encore régnant*, un accusateur, des juges, l'exécution d'un tel arrêt, quel qu'il fût, sans bouleversement dans l'État, sont de telles chimères, que nul législateur jouissant de sa raison n'y arrêtera sa pensée, et pourtant, sans ces stipulations explicites, cette responsabilité est-elle autre chose qu'une parole vide ? Faut-il donc l'entendre uniquement en ce sens, qu'après une révolution victorieuse, le souverain peut être jugé et ne peut, dans cette situation, prétendre en droit, comme le faisait l'infortuné Louis XVI, à l'inviolabilité monarchique ? Mais ce détail n'a que bien peu d'importance, car c'est l'opération préparatoire au jugement, c'est-à-dire la révolution elle-même et la chute du trône qui seraient alors la véritable application de la responsabilité royale ; et donner expressément à un peuple, comme principale garantie contre l'abus de pouvoir, le droit de se révolter, s'il le peut, contre le souverain, et le droit de le juger ensuite, c'est arriver à une conclusion si extraordinaire, si contraire à la fois à la raison et à l'intérêt public, qu'on ne peut en faire l'objet d'une discussion sérieuse », L..A Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op.cit.*, p. 118 et p. 119. On trouve l'idée en germe chez Benjamin Constant dans la justification de l'irresponsabilité du monarque : voir B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.*, p. 25 à p. 27. On trouve également l'assimilation de la responsabilité du monarque à une révolution chez Laboulaye : « En effet, lorsque le pouvoir exécutif est perpétuel et héréditaire, s'il n'y a pas de ministres responsables, il n'y a aucune espèce de responsabilité. Le pays est sans garantie contre un mauvais gouvernement, car je n'appelle pas garantie une révolution », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 183.

Monarchie : rendre un monarque responsable d'un acte illégal ou funeste au pays, c'est le détrôner, c'est une *révolution* »[1].

Le seconde raison avancée par les *Éléments de droit constitutionnel* – que l'on trouve déjà dans la *France nouvelle*[2] et dans *Le Parti libéral*[3] – est d'ordre pratique : l'impossibilité pour le monarque d'exercer le pouvoir exécutif sans l'aide d'auxiliaires, en la personne des ministres[4]. Ainsi, par le concours que les ministres apportent à l'exercice de la fonction exécutive, prévoir la responsabilité d'un monarque sans retenir celle de ses ministres constituerait une injustice[5].

Le passage crucial est le suivant : « Les Anglais ont résolu le problème de la responsabilité du pouvoir exécutif, en transportant celle-ci du roi aux ministres. Par la même ils ont été amenés à transporter aussi le pouvoir de décision du roi aux ministres, car il ne peut y avoir de responsabilité que là où il y a liberté de décision. Ils ont rendu les ministres responsables devant les tribunaux et devant les Chambres du Parlement. Devant les tribunaux, ils sont devenus responsables de leurs actes illégaux, et devant les Chambres, non seulement des ceux-là, mais aussi de leurs actes simplement fautifs et préjudiciables à la nation »[6].

En Angleterre, la liberté est notamment garantie par l'assurance que les ministres ne peuvent exercer leur pouvoir de façon arbitraire ou illégale sans encourir de sanction.

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 138, nous soulignons.

[2] Prévost-Paradol écrit précisément : « Parlons de la première hypothèse, celle de la responsabilité concentrée sur la tête d'un souverain héréditaire à l'exclusion de ses ministres. Si cette responsabilité unique pouvait réellement exister, on démontrerait d'abord, sans beaucoup de peine, qu'elle est injuste dans l'application ; car il est matériellement impossible à un seul homme, même avec la jouissance du pouvoir le plus absolu, de conduire les affaire du dedans et du dehors avec une vigilance assez soutenue et assez éveillée pour qu'il soit à bon droit de responsable de toutes les fautes. La politique étrangère d'un grand État peut être, à la rigueur, livrée à une seule main et conduite avec assez d'autorité pour que la responsabilité de cette direction repose, sans trop d'injustice, sur une seule tête. Mais que la même personne exerce en même temps sur l'administration intérieure du pays une surveillance assez attentive et assez éclairée pour répondre à bon droit des fautes commises en toute matière et sur tous les points de ce vaste théâtre ; c'est ce qu'il est impossible de concevoir ; de sorte que la seule responsabilité vraiment encourue par celui qui revendique un tel rôle, avec ses privilèges et avec ses périls, c'est d'avoir entrepris sciemment une tâche qui dépasse les forces humaines », L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 116-117.

[3] Laboulaye constate également la profonde injustice d'une responsabilité pesant exclusivement sur la tête du monarque, excluant celle de ses ministres : « Jusqu'à présent j'ai supposé que le prince seul, et par son génie, suffirait aux affaires publiques. Mais, dans le monde moderne, cette supposition est loin de la vérité. Dans une société aussi complexe que la nôtre, avec une administration qui enserre le pays et qui domine les intérêts privés aussi bien que les intérêts publics, un souverain, si habile qu'il soit, ne peut pas tout voir par ses yeux ; une foule de choses lui échappent. Chez un peuple libre, cela n'a pas beaucoup d'importance ; on ne demande pas au prince de s'occuper des détails ; ce soin regarde ou les citoyens eux-mêmes, ou les ministres qui seuls sont responsables. Mais supprimez la responsabilité des ministres, et à l'instant même il en paraît une autre de la nature la plus singulière. Pour l'opinion c'est le chef de l'État qui est responsable de toutes les fautes et de toutes les folies de ses ministres ; c'est à lui que l'on s'en prend de la nomination d'un maire à la révocation d'un garde-champêtre ; c'est lui qu'on accuse de négligence et d'injustices qu'il n'a pu ni connaître ni prévenir. Le gouvernement tout entier porte sur lui et l'écrase ; il n'a pas l'action, il a la responsabilité. C'est là une fausse et mauvaise situation ; aussi je ne crains pas de dire qu'avec des ministres responsables, un roi constitutionnel est plus libre et plus puissant qu'un monarque absolu », É. Laboulaye, *Le Parti libéral, op. cit.*, p. 180 et p. 181.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 138 et p. 139.

[5] « Cette responsabilité exclusive du souverain serait donc tout d'abord une injustice, si elle était appliquée » L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 117.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 139.

Ce principe de responsabilité emporte trois traductions juridiques qui forment un « système » au sens des *Éléments de droit constitutionnel.*

La première de ces règles est l'idée même qui a présidé à la construction progressive du principe de responsabilité. Elle affirme l'irresponsabilité[1] de principe du titulaire de l'exécutif, c'est-à-dire du monarque. Puisant dans l'étude de Dicey[2], Esmein glose la maxime « Le Roi ne peut mal faire » sans expliquer pour autant la distinction que professeur anglais établissait entre loi de la constitution et convention de la constitution : « En édictant l'irresponsabilité du monarque, la coutume anglaise n'a fait que traduire en droit cette vérité de fait indiquée plus haut : la responsabilité personnelle d'un roi ne peut être mise en jeu que par une révolution. Mais elle a donné à cette idée une forme toute particulière et énergique : " Le roi ne peut mal faire". On en tire une conséquence : qu'aucune cour de justice ne peut connaître des actes qu'il accomplit : alors même qu'ils constitueraient des crimes de droit commun, ils sont couverts par cette présomption irréfragable »[3].

L'irresponsabilité royale étant établie, sa conséquence est d'opérer un transfert de la responsabilité des actes du monarque sur la tête des ministres. Ainsi la seconde règle est elle une obligation générale de nature formelle « la nécessité pour le roi de faire participer un ministre à tous les actes par lesquels s'exerce la prérogative de la couronne »[4]. Les *Éléments de droit constitutionnel* reproduisent là encore l'exposé de Dicey[5] en remarquant que la règle de l'association d'un ministre à tout acte royal « n'a pas été édictée, en Angleterre, comme une maxime générale. Elle n'a pris ce caractère de généralité qu'avec le temps et s'est établie successivement et fragmentairement. Elle est résultée, comme tant d'autres principes importants du droit anglais, d'une question de forme »[6]. Enfin, la troisième règle

---

[1] On constate qu'Esmein use de l'expression « irresponsabilité » lorsqu'il vise le titulaire du pouvoir exécutif alors que Rossi use de l'expression « inviolabilité » et que Saint-Girons emploie les deux termes. Voir par exemple Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 365-370 et A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 341

[2] Esmein renvoie à l'ouvrage de Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, sans souligner pourtant la distinction émise par le professeur anglais entre les « *law of the constitution* » et les « *conventions of the constitution* ». Dicey écrit à propos de l'irresponsabilité du monarque : « *To the law of the constitution belong the following rule : - "The King can do no wrong". This maxim, as now interpreted by the Courts, means, in the first place, that by no proceeding known to the law can the King be made personally responsible for any act done by him* », A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution, op. cit.*, p. 24.

[3] Il poursuit : « De la même présomption légale résulte une autre règle très importante : aucune personne ne peut invoquer un ordre du roi pour justifier l'acte illégal qu'elle a commis elle-même ; un pareil ordre en droit n'a pas d'existence », *Éléments…, op. cit.*, p. 141.

[4] *Ibid.*

[5] « *It means* [the ministerial responsibility], *when used in its strict sense, the legal responsibility of every Minister for every act of the Crown in wich he takes part. This responsibility, wich is a matter of law, rests on the following foundation. There is not to be found in the law of England, as there is found in most foreign constitutions, an explicit statement that the acts of the monarch must always be done through a Minister, and that all orders givent by the Crown must, when expressed in writing, as they generally are, be countersigned by a Minister. Pratically, however, the rule exists* », A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution, op. cit.*, p. 300.

[6] Il poursuit : « Les Anglais ont établi, dans toute une série de cas, que l'expression de la volonté royale, pour être juridiquement obligatoire, devait se présenter sous la forme d'un acte écrit et revêtu de certains sceaux ou cachets. Chacun de ces sceaux a été remis par la coutume à la garde d'un officier supérieur ou ministre, qui seul a la qualité pour l'apposer. En l'apposant il fait un acte personnel et engage par là même se responsabilité. De cette manière, on est arrivé à avoir un répondant pour tout acte du roi devant se manifester dans ces formes écrites et scellées. On n'en est pas resté là ; on a adjoint l'assistance nécessaire d'un ministre pour des actes même qui n'avaient pas de valeur juridique et se présentaient sous la forme d'une conversation ou d'une communication orale, mais qui pouvaient cependant engager en fait la Couronne. […]. Les actes en apparence

complétant le système anglais consiste en une procédure de mise en cause de la responsabilité des ministres : la procédure d'*impeachment*. Les développements qu'Esmein lui consacre permettent de préciser le terme – jamais défini – de « responsabilité ».

Esmein écrit, toujours en référence à Dicey, que « la responsabilité personnelle des ministres, se présente, dans le droit moderne, sous la forme d'une règle de droit commun »[1] et qu'elle « ne vise d'ailleurs que les actes contraires aux lois »[2]. Le lecteur comprend donc que la responsabilité du ministre ne peut être engagée que pour un acte illégal, devant les juges ordinaires, en vertu du principe fondateur d'égalité devant la loi[3]. Mais l'ouvrage se poursuit par une procédure extraordinaire engageant la responsabilité des ministres, la procédure d'*impeachment*.

La procédure d'*impeachment* apparut[4] au XIVe siècle : elle « n'est pas autre chose qu'une accusation intentée contre un ministre, par la Chambre des communes devant la Chambre des Lords, qui statue comme tribunal »[5]. L'auteur met en relief la nature purement pénale de cette accusation et insiste sur ses conséquences. La première d'entre elles est que la procédure ne peut être engagée qu'à la condition de la commission d'une infraction à la loi pénale par l'acte ministériel en cause : « étant une procédure régulière en matière pénale, il était logique de l'admettre seulement dans les cas où l'acte commis par le ministre constituait une infraction prévue par le droit pénal, *an indictable offence* »[6]. On trouve là une confirmation du caractère illégal de l'acte ministériel, bien que la procédure d'*impeachment* semble exclure toute action de nature civile.

La seconde conséquence est le caractère personnel ou individuel de l'*impeachment* : « celui-ci, comme toute accusation criminelle, était nécessairement personnel ; il supposait chez le ministre une culpabilité individuelle, des actes qui lui fussent propres, comme auteur principal ou comme complice. La responsabilité pénale des ministres ne peut, par sa nature même, être solidaire »[7]. Esmein affirme que le doute sur la nature criminelle de l'*impeachment* n'est pas permis en raison de la procédure utilisée : l'intervention des Chambres en forme de « *High Court of Parliament* »[8]. Il s'agit là d'une procédure pénale se déroulant devant une « juridiction toute spéciale »[9]. Selon lui, la compétence de la Chambre des Communes doit être analysée à la manière de Blackstone : l'assemblée fait office de jury d'accusation qui est, nous l'avons vu, un des piliers de la procédure criminelle anglaise. « Le droit anglais posait, en effet, comme fondement de toute poursuite criminelle, une accusation admise par un grand jury ou jury d'accusation, qui siégeait périodiquement dans chaque comté du royaume. Or, la Chambre des Communes

---

les plus personnels, tels que l'exercice du droit de grâce, se font nécessairement par l'intervention et avec le consentement d'un ministre », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 148.

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 141-142.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 143.

[3] Il cite là encore l'ouvrage de Dicey à l'appui de son exposé : *Éléments…*, *op. cit.*, p. 142.

[4] « Quoiqu'il en soit, c'est en 1376 que l'*impeachment* fait son apparition sous le règne d'Édouard III, et d'assez nombreux exemples s'en présentent sous les règnes suivants. Puis, pour diverses causes, sous la dynastie des Tudors, il cessa de fonctionner pendant une longue période. Sous les Stuarts, la pratique fut reprise et devint un puissant instrument de lutte pour les Communes », *Éléments…*, *op. cit.*, p.144. Sur l'origine de l'*impeachment* et sa pratique au moyen âge, voir les éléments fournis par D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999, p. 254-257.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 143.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 144.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 165.

[8] A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, *op. cit.*, p.302, cité par Esmein, *Éléments…*, *op. cit.*, p. 143, note 1.

[9] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 143.

était éminemment la représentation des Comtés : elle pouvait être considérée comme le grand jury de l'Angleterre entière »[1]. Quant à la compétence de la Chambre héréditaire pour le jugement, elle résulte des compétences judiciaires originelles des Lords : « Cette chambre, en effet, a conservé une compétence judiciaire de ses premières origines, du temps où elle était le *Magnum Concilium* ; et nous savons que, traditionnellement, on portait devant elle les accusations intentées contre les grands officiers de l'État »[2].

Enfin, le caractère pénal de la procédure d'*impeachment* est confirmé par sa propagation en Occident. Les grands États modernes ont effectivement institué, dans ses grandes lignes du moins, la procédure de mise en jeu de la responsabilité *pénale* des ministres : « Cette mise en accusation des ministres par une Chambre élue est un des traits généraux que les peuples libres ont inscrit dans leurs constitutions en l'empruntant à l'Angleterre, alors même que pour diverses raisons, ils n'admettaient pas la responsabilité politique des ministres, ni leur responsabilité civile devant les tribunaux de droit commun »[3]. C'est notamment le cas de la Constitution fédérale américaine qui a conservé inchangée la procédure de l'*impeachment* tout en l'étendant à la responsabilité pénale de l'ensemble des fonctionnaires civils du pays[4]. Mais c'est surtout le cas de la France qui a fait figurer le principe de responsabilité pénale et dans toutes les constitutions depuis 1791[5]. Elles prévoient une mise en accusation du ministre par la Chambre élective[6].

Le système anglais justifie également la compétence de jugement de la Chambre haute du parlement, comme c'est le cas par la loi du 24 février 1875. Toutefois, si la compétence de jugement des Lords est « facile à justifier »[7] par les fonctions judiciaires originelles de leur Assemblée, la compétence de jugement du Sénat français est moins aisée à expliquer.

À partir de la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein affirme clairement sa préférence pour la procédure de jugement par la Chambre haute du parlement, au détriment d'une Haute Cour constituée spécialement de magistrats et de

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 144. D. Baranger remarque qu'à l'origine, l'intervention de la Chambre des Communes ne constitue pas un principe : D. Baranger, *Parlementarisme des origines, op. cit.*, p. 256.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 143. Voir également : *Éléments…, op. cit.*, p. 74.

[3] Il poursuit : « La juridiction change de pays en pays : souvent, lorsqu'il y a deux Chambres, c'est la chambre haute qui remplit la fonction de juge ; ailleurs, c'est une Haute-Cour de justice, distincte des assemblées législatives et présentant des types divers », *Éléments…, op. cit.*, p.146.

[4] « Aux États-Unis, il a gardé son nom et sa forme : c'est l'*impeachment* intenté par la Chambre des Représentants devant le Sénat. D'ailleurs, il ne vise pas spécialement les ministres, mais à la fois le Président, le Vice-président et tous les fonctionnaires civils des États-Unis. Cela se conçoit aisément, car, comme on le verra plus loin, la responsabilité ministérielle ne joue presque aucun rôle dans le système politique des États-Unis », *Éléments…, op. cit.*, p. 146.

[5] Voir notamment A. Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 41, p. 55, p. 266.

[6] « Chez nous, le système anglais, diversement adapté, a toujours été admis depuis 1791. Il figure non seulement dans les Constitutions qui admettent la responsabilité politique des ministres, comme les Chartes de 1814 et de 1830, l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, la Constitution impériale de 1870, les lois constitutionnelles de 1875 ; mais aussi dans celles qui repoussent cette responsabilité politique, comme la Constitution de 1791, celle de l'an III et de celle de 1838. On la trouve enfin dans la forme, jusque dans les constitutions qui avaient pour but certain d'affranchir le pouvoir exécutif du contrôle des Chambres dans la Constitution de l'an VIII, même dans le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, où il était singulièrement compliqué et affaibli (art.101, 110 et suiv.), même dans la Constitution du 14 janvier 1852 (art.13), qui réservait au Sénat le droit de mettre les ministres en accusation devant la Haute-Cour de Justice », *Éléments…, op. cit.*, p. 147.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 143.

jurés, ou au détriment de la compétence pure et simple de la plus haute juridiction judiciaire ordinaire[1]. « Or l'utilité, la nécessité même des Hautes Cours de justice politiques est attestée par ce fait qu'on les trouve partout dans les Constitutions modernes, en France et à l'étranger. Elles appartiennent au droit commun constitutionnel et présentent des avantages multiples et certains ». Ainsi s'oppose-t-il[2], reprenant une argumentation proche de celle de Laboulaye dans ses *Questions constitutionnelles*[3], au système de hauts jurés issus des conseils généraux qu'avait institué la Constitution de 1852, et auparavant celle de 1848.

En mettant de côté l'inconvénient du nombre et l'avantage de la permanence du corps[4], la justification de la compétence du Sénat réside avant tout dans son caractère *politique* : « Quelle que soit la gravité des crimes politiques, l'esprit public ne les considère jamais avec le sentiment de mépris et d'horreur que soulèvent les crimes de droit commun : c'est traduire exactement cette donnée, fournie par l'opinion souveraine, que de distinguer les crimes politiques les plus caractérisés des crimes de droit commun, non seulement par les peines qui leur sont appliquées, mais aussi par les juges qui en connaissent. Donner aux grands accusés politiques des juges également politiques paraît, pour eux-mêmes, la solution la plus désirable »[5]. Cette préférence pour une Haute Cour de justice à caractère politique[6], se comprend en relation avec les chefs d'accusation. En effet, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* affirme le caractère « politico-pénal »[7] de la procédure de responsabilité – dite *pénale* – instituée par la loi du 16 juillet 1875. Il considère que la mise en accusation et le jugement ne doivent pas se limiter à la lettre de la loi – qui vise seulement « les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions »[8] et par extension logique l'ensemble des crimes et délits prévus par le code pénal – et doit échapper au principe fondamental de la légalité des peines.

Esmein s'accorde avec Benjamin Constant et son « dévoiement du paradigme anglais »[9]. Le professeur parisien considère en effet que la compétence du Sénat emporte le caractère politique ou « politico-pénal » de la responsabilité : les lois constitutionnelles de 1875 «ont marqué par là que, dans ce cas, le jugement du Sénat, bien que pouvant aboutir à une condamnation pénale, devait être avant tout un jugement politique et que les

---

[1] Voir la présentation des trois systèmes procéduraux possibles pour l'engagement de la responsabilité pénale du Président de la république et de la responsabilité pénale des ministres : *Éléments…, op. cit.*, p.1060-1061.

[2] « Mais, à tous égards et même dans l'intérêt des accusés, il vaut mieux avoir pour juges la totalité des sénateurs que quelques conseillers généraux, tirés au sort parmi leurs collègues. Non seulement le hasard a moins de jeu, mais les garanties augmentent surtout avec l'importance de la fonction et la dignité de l'Assemblée », *Éléments…, op. cit.*, p. 1058.

[3] Voir É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles, op. cit.*, p. 90.

[4] « Sans doute elle présente un inconvénient sérieux, c'est de constituer un tribunal trop nombreux, dont le fonctionnement est, par là même, difficile en pratique. Mais, d'autre part, ce tribunal est toujours prêt à fonctionner et, comme le grand corps qui le fournit, il peut avoir des traditions, une jurisprudence qu'il respectera », *Éléments…, op. cit.*, p. 1057.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1055.

[6] Remarquons que le Sénat formé en Haute-Cour de justice dispose de la compétence exclusive de jugement lors de la mise en accusation du Président de la République pour haute trahison ou autre crimes et délits ; ainsi que compétence exclusive de jugement pour connaître des attentats contre la sûreté de l'État : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1060.

[7] Nous empruntons ici l'expression à Philippe Lauvaux : voir P. Lauvaux, « Aspects historiques de la responsabilité politique », art. cité., p. 29.

[8] Article 12 de la loi du 16 juillet 1875.

[9] P. Lauvaux, « Aspects historiques de la responsabilité politique », art. cité., p. 24.

actes des ministres devaient, en toute justice, bien entendu, être jugés ici comme des actes politiques »[1].

La thèse de Constant dans *De la responsabilité des ministres* trouve un écho dans l'enseignement d'Esmein. À ceci près que celui-ci affirme la compétence concurrente[2] des juridictions répressives ordinaires et du Sénat érigé en Haute Cour de justice pour les actes délictueux ou criminels prévus par le Code pénal. Constant soutient, lui, que la responsabilité des ministres devant la Chambre haute ne peut être engagée que sur le « mauvais usage d'un pouvoir légal »[3], de sorte que les délits et crimes commis par les ministres et légalement prévus par le Code pénal sont de la compétence exclusive des tribunaux répressifs de droit commun[4]. Esmein voit dans cette opinion une « exagération manifeste »[5] bien que, souligne-t-il, « la thèse principale conserve toute sa valeur »[6].

Cette « thèse » trouve sa justification dans le système anglais, les *Éléments de droit constitutionnel* l'affirment sans ambiguïté : « Ce système a pour lui la tradition anglaise : c'est ainsi que souvent l'*impeachment* était pratiqué aux XVIIe et XVIIIe siècles »[7]. Car la procédure d'*impeachment* fut détournée de son but initial – devenant un « *impeachment* moderne »[8] au sens de Denis Baranger – de façon lente et progressive à partir du XVIIe siècle[9]. Il perd son caractère de procédure proprement pénale visant à réprimer une infraction à la loi. Esmein le constate : « Mais au XVIIe siècle, on se départit de cette rigueur logique, et l'*impeachment* fut admis, même pour des actes qui ne constituait ni crime ni délit, mais seulement une faute grave, préjudiciable au pays, par exemple pour le fait d'avoir conseillé ou négocié un traité manifestement désavantageux ; il servit dès lors à demander aux ministres un compte, bien sévère il est vrai, de la justice, de l'honnêteté et de l'utilité de leur administration »[10].

Esmein se contente de ces quelques considérations signalant seulement que la procédure, en se départissant de son caractère purement pénal pour empiéter sur la responsabilité politique des ministres, n'a abouti que deux fois, à l'encontre d'Hastings en 1788 et de Lord Melville le 8 avril 1805. Il conclut, en s'inspirant de Dicey : « Cependant

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 843.

[2] « Il s'agit de savoir si la procédure indiquée par l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 doit nécessairement être suivie ; si le ministre ne pourra être poursuivi et mis en accusation que par la Chambre des députés et ne pourra être jugé que par le Sénat ; ou si les tribunaux ordinaires restent compétents et la procédure ordinaire admissible, le ministre pouvant aussi être poursuivi par le ministère public et déféré à la cour d'assises ou au tribunal de police correctionnelle. Les deux thèses ont été soutenues devant la Chambre des députés dans la séance du 16 novembre 1880, l'une par M. Ribot, l'autre par M. Allain-Targé, mais la seconde paraît certaine : elle est commandée à la fois par les principes et par les textes. En principe, les ministres sont soumis, comme les autres citoyens, aux lois criminelles, soit quant au fond, soit quant à la procédure ; il faudrait un texte précis pour les soustraire aux règles contenues dans le Code d'instruction criminelle. Or l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875 dit simplement qu'ils peuvent, pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, être accusés par la Chambre des députés, et que, en ce cas, ils sont jugés par le Sénat. Cela n'est point impératif et implique une alternative », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 844. Il rappellera le principe dans le chapitre consacré à la Haute-Cour de justice : voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1060.

[3] B. Constant, *De la responsabilité ministres*, *op. cit.*, p. 4 et p. 34.

[4] B. Constant, *De la responsabilité ministres*, *op. cit.*, p. 34.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 841.

[6] *Ibid.*

[7] *Ibid.*

[8] D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, *op. cit.*, p. 271.

[9] Voir D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, *op.cit.*, p. 254-290.

[10] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 145. Denis Baranger remarque toutefois le nombre restreint de procédures d'*impeachment* qui aboutirent en raison du fait que « le droit strict de la haute trahison ne permettait pas une telle extension », D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, *op. cit.*, p. 271.

cette institution (l'*impeachment*), qui a paru assez importante pour s'imposer avec une pareille généralité aux Constitutions modernes, est aujourd'hui considérée par les Anglais comme tombée en désuétude. […]. La raison est bien simple. La responsabilité politique des ministres, sous le gouvernement parlementaire, a rendu inutile cette arme ancienne et la condamne à se rouiller. Le moyen préventif a remplacé le moyen répressif : la Chambre des Communes pouvant à volonté renvoyer les ministres, n'a plus jamais besoin de les mettre en accusation »[1].

Les *Éléments de droit constitutionnel* reprennent ici « la thèse classique [qui] veut que la responsabilité politique des ministres soit dérivée de la responsabilité pénale »[2]. Pour Esmein, la raison tient d'abord à la nature publique de la juridiction. Il voit dans la *High Court of Parliament* une juridiction politique qui installera une responsabilité politique des ministres devant la Chambre élective : « C'est vraiment cette juridiction, au fond toute politique, et par cela même qu'elle était politique, qui a créé en Angleterre la responsabilité ministérielle »[3]. L'ouvrage relate, de façon brève, les évènements qui menèrent une responsabilité politique des ministres devant la Chambre des Communes[4]. Il synthétise en quelques lignes[5] le débat constitutionnel entourant le sort du premier ministre Robert Walpole qui tenta de s'opposer à sa chute devant la majorité des Communes, en arguant de l'impossibilité d'écarter du pouvoir un ministre sans l'usage d'une procédure d'*impeachment*.

Mais c'est à la démission collective du cabinet de lord North que les *Éléments de droit constitutionnel* font remonter la première application moderne du principe de responsabilité politique en Angleterre : « En 1792, lorsque tomba le ministère North, ce fut la conséquence de deux motions de blâme et de défiance, successivement présentées à la Chambre des Communes ; la première n'avait pas obtenu la majorité, mais lord North n'attendit pas la discussion de la seconde : il résigna avec tous ses collègues. La responsabilité devenait dès lors politique et en même temps collective. Cela était naturel, puisque le ministère allait dorénavant présenter une véritable unité ; cela n'avait rien d'injuste, puisque cette responsabilité n'était point pénale. La responsabilité pénale, comme on l'a dit plus haut, était une arme destinée dorénavant à se rouiller ; elle était remplacée par un instrument plus souple et plus sûr »[6]. Esmein se montre cependant laconique. Il voit dans cet événement un précédent, mais se contente de quelques mots pour la motion de défiance : « pour renverser un Cabinet, il fallait alors une motion expresse votée par la majorité, et portant que les ministres avaient perdu la confiance de la Chambre »[7].

Cependant, la perte de confiance ne se traduit plus dans les mêmes formes à l'époque d'Esmein. Elle prend désormais la forme du rejet d'un *bill* proposé par le cabinet.

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 147.
[2] P. Lauvaux, « Aspects historiques de la responsabilité politique », art. cité, p. 22.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 144.
[4] « La responsabilité politique et solidaire des ministres devant le Parlement a été également très longue à s'introduire. Sans doute, on trouve au XVIIIe siècle, quoiqu'en bien petit nombre, des exemples de ministres résignant leurs fonctions par suite d'un échec devant la Chambre des Communes. Mais pendant tout le XVIIIe siècle, la doctrine était que cette Chambre ne pouvait directement imposer au roi le choix ou le renvoi de ses ministres », *Éléments…, op. cit.*, p. 164-165.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 165-167.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 166-167.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 167.

Esmein cite textuellement l'ouvrage de William Anson[1] : « " Mais pendant les cinquante dernières années, l'intérêt politique s'est largement développé, et les extensions successives du droit de suffrage ont fait de la Chambre des Communes le reflet exact de l'opinion du pays. Par suite, on s'attend à voir le ministère apporter quelques nouveautés législatives à la fin de chaque session : s'il est en minorité à la Chambre des Communes, il ne peut sur ce point satisfaire l'opinion du pays ". Il semble résulter de là que tout échec devant la Chambre des Communes, et seulement devant elle[2], d'une réforme législative proposée par le ministère doit entraîner la chute de celui-ci »[3]. Ainsi la forme procédurale d'une motion de défiance est remplacée dans la pratique parlementaire par la perte de confiance des Communes exprimée par le rejet d'un texte législatif. Esmein précise toutefois que si la démission du Cabinet semble de principe, le droit de dissolution des Communes peut être exercé. Son argumentation se limite, une fois encore, à une citation d'Anson : « Conformément à un principe plus haut indiqué, le ministre mis en échec peut faire intervenir en sa faveur le droit de dissoudre la Chambre des Communes, droit qu'à conservé la Couronne et qui, comme ses autres prérogatives, s'exerce par la volonté du Cabinet. La question est ainsi portée devant le corps électoral, et c'est le résultat des élections qui décide si le Cabinet restera au pouvoir ou sera remplacé par le parti opposé »[4]. Dès lors, comme nous le constaterons, le droit de dissolution de la chambre élective est appréhendé comme le corollaire du principe de la responsabilité ministérielle devant cette même chambre élective.

[1] W. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, Oxford, Clarendon, 1892.

[2] « Sans doute la règle d'après laquelle le Cabinet dépend, dans son existence, de la seule Chambre des Communes, est seulement, comme tant d'autres, une convention admise, une tradition établie. Mais elle s'est fait accepter promptement et définitivement. Elle repose aujourd'hui sur des antécédents formidables. Depuis plus d'un demi-siècle, il a existé fréquemment des ministères qui n'avaient pas la confiance de la Chambre haute, et cependant ils ont pu vivre, et même ils ont pu suivre, sans trop souffrir de l'opposition des Pairs, une politique désapprouvée par ceux-ci », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 177.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 167.

[4] *Ibid.*

II
La mise en œuvre de la responsabilité ministérielle

La responsabilité politique semble par ailleurs liée à son caractère collectif. Mais Esmein se montre hésitant sur ce point.

À l'instar de Rossi[1], Esmein admet une responsabilité politique individuelle d'un ministre, concurremment à la responsabilité politique et collective : « Cette responsabilité est solidaire dès qu'il s'agit d'un acte intéressant la politique générale ; c'est-à-dire que les conséquences doivent en rejaillir sur le Cabinet tout entier. C'est en corps qu'il a pris ou dû prendre la résolution dont il s'agit ; c'est aussi en corps qu'il est responsable. La responsabilité peut, au contraire, être simplement individuelle, particulière à un ministre, lorsqu'il s'agit d'un acte qui n'intéresse qu'un département ministériel déterminé, et que, par suite, le titulaire de ce département l'a seul décidé ou l'a seul proposé au chef de l'État en le contresignant. Mais c'est une question fort délicate que de déterminer les actes qui intéressent ou n'intéressent pas la politique générale. Chez nous l'intervention du président du Conseil, posant ce qu'on appelle la question de cabinet, écarte généralement la difficulté »[2].

Mais il semble bien que le caractère solidaire ou collectif de la responsabilité politique constitue un « principe ». Traitant de la responsabilité des ministres dans la loi du 25 février 1875, les *Éléments de droit constitutionnel* rappellent que seule la responsabilité politique *peut* être solidaire, contrairement à la responsabilité pénale qui est, elle, individuelle : « Mais il y a dans nos mœurs parlementaires une tendance incontestable à considérer la responsabilité ministérielle comme solidaire *en principe* »[3]. Esmein confirmera cette opinion en 1903, dans son article « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski » publié à la *Revue politique et parlementaire*. L'article vise à établir une critique minutieuse de l'ouvrage[4] de Moisei Ostrogorski publié à Londres en 1902 et des propositions nombreuses émises par le juriste russe sur la réforme du régime parlementaire. Parmi elles, figure l'abolition du caractère solidaire de la responsabilité politique des ministres, de sorte que, quelle que soit la responsabilité engagée, celle-ci soit uniquement individuelle[5]. Esmein exprime son désaccord : « Quant à la suppression de la

---

[1] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 371-375. Saint Girons constate également que le système de responsabilité politique individuelle et tout aussi valable que le principe de responsabilité politique solidaire : voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit*. p. 451

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 155. Il confirme plus bas : « Elle [la responsabilité politique] se distingue de la responsabilité pénale plus haut examinée, et a pour sanction unique la perte du pouvoir. Le Cabinet, qui, par un vote précis, a perdu la majorité dans la Chambre populaire doit démissionner en entier. Le ministre, qui, sur une question restreinte à son département, a également été battu par la majorité, doit aussi donner sa démission », *Ibid*.

[3] *Éléments…, op .cit.*, p. 812, nous soulignons.

[4] M. Ostrogorski, *Democracy and the organization of political parties*, Londres, MacMillan, 1902, 2 volumes.

[5] « Mais l'auteur, c'est encore la mode actuelle, ne veut point que cette surveillance [du législatif sur l'exécutif] selon les règles du gouvernement parlementaire, du gouvernement de Cabinet. Pour lui, celui-ci est condamné, usé, devenu impossible. Il maintient pourtant la compatibilité des fonctions de ministre avec la qualité de membre du pouvoir législatif, les rapports des ministres avec les Chambres, avec pleine liberté de parole. Il maintient même leur responsabilité politique, celle qui consiste dans le pouvoir qu'a une Chambre de les faire tomber. *Mais il supprime la responsabilité solidaire des ministres. La responsabilité politique, comme la responsabilité pénale, serait individuelle pour chaque ministre*. M. Ostrogorski propose même une nouvelle procédure pour la mettre en jeu. Cela ne se produirait plus par un vote de hasard, au cours de la discussion d'une loi ou au détour d'une interpellation. Il faudrait pour faire tomber un ministère, une attaque directe et une discussion spéciale et contradictoire », A. Esmein, « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski », *RPP*, 1903, t. CIX, p. 364.

responsabilité collective, il faut qu'on voie bien où elle peut conduire. Si ce n'est plus le Conseil des Ministres qui dirige le gouvernement, c'est le Chef de l'État (pour employer le langage de l'auteur) qui lui donnera l'orientation et l'unité. C'est lui qui gouvernera. Cela est fatal. Il est vrai que M. Ostrogorski ne propose pas de le faire élire par le peuple, il veut que, même aux États-Unis, il soit élu par la législature nationale (t. II, p.682). Mais alors, le gouvernement parlementaire étant supprimé, ce sont le titulaire du pouvoir exécutif et les Chambres remis en présence et en conflit quant à la direction du gouvernement, et qui l'emporterait ? La Constitution de 1791 et la loi des 27 avril, 25 mai 1791 avaient organisé un système analogue et l'on sait ce qu'il a produit en 1792, sous l'Assemblée législative »[1]. Ainsi, malgré le manque de clarté des *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein penche de façon très nette pour le caractère collectif ou solidaire de la responsabilité politique ministérielle.

Ce caractère collectif est en lien direct avec ce qu'Esmein nomme « l'homogénéité » du Cabinet. Son ouvrage de droit constitutionnel s'intéresse à la constitution du Cabinet au sens moderne du mot[2]. C'est la conquête progressive du pouvoir législatif par la Chambre des Communes[3], fixée notamment dans le *Bill of Rights* de 1688, qui impose au monarque « de prendre les membres du cabinet entier dans le parti qui possédait la majorité au Parlement ou, tout du moins, d'y faire entrer les hommes qui pouvaient sûrement agir sur cette majorité et en disposer »[4]. Le second élément concourrant à la formation d'un Cabinet homogène est son émancipation à l'égard du monarque, phénomène qui relève de l'histoire politique de l'Angleterre, et non d'une théorie juridique quelconque. C'est en effet à partir du règne de la maison hanovrienne en Angleterre que les ministres prirent l'habitude de délibérer hors de la présence du roi : « Les ministres qui tenaient ainsi par eux-mêmes un Conseil de Cabinet, transmettaient au roi le résultat de leur délibération, par l'intermédiaire d'un membre éminent du Cabinet ou par l'organe du ministre dans le département duquel rentrait l'objet visé. Mais il fallut bien du temps avant qu'ils reçussent le chef régulier et autorisé, qui forme et conduit les ministères modernes, c'est-à-dire le premier ministre »[5].

De la conjugaison de la responsabilité politique ministérielle et de l'existence d'un Cabinet uni, émancipé de la personne du monarque, va résulter la nécessité de composer le Cabinet avec des membres de la Chambre des Communes soutenus par une majorité : « La victoire du Parlement avait été si complète, son contrôle sur la prérogative royale était devenu si puissant, grâce au vote annuel de l'armée et de l'impôt, qu'il devenait impossible ou du moins très difficile à la Couronne de gouverner si elle n'était pas en parfait accord avec la majorité du Parlement »[6]. La cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* ajoute au sujet. Comme il le fit dans son article de 1903[7], Esmein explique

[1] A. Esmein, « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski », art. cité, p. 365.
[2] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 160-164.
[3] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 82-83.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 162.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 163.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 162.
[7] « L'admirable gouvernement parlementaire que les Anglais ont créé reçoit chez eux le nom de gouvernement de parti, *party government*. Il repose en effet jusqu'ici sur l'existence de deux partis rivaux, dont les chefs reconnus se succèdent aux affaires suivant que la majorité du corps électoral se porte d'un côté ou de l'autre. Montesquieu signalait déjà (*Esprit des lois*, livre XIX, ch.27) l'existence et l'importance politique de ces deux partis, puissants ressorts du système tout entier. Depuis lors ils n'ont cessé de jouer ce rôle capital. Sans doute

que les Anglais nomment le gouvernement parlementaire « gouvernement de parti » en raison de la nécessaire discipline partisane que requiert le fonctionnement du régime parlementaire : le gouvernement parlementaire « suppose en effet, dans son véritable équilibre, l'existence de deux grands partis contraires qui se succèdent au pouvoir »[1]. Il s'agit d'une conséquence, là encore, du principe de responsabilité politique du Cabinet qui doit trouver chaque jour une majorité stable pour le soutenir à la Chambre des Communes. Ainsi, l'existence mais surtout l'organisation des partis politiques constitue « une condition naturelle, presque essentielle, pour le bon fonctionnement du gouvernement représentatif et surtout du gouvernement parlementaire »[2].

Sont ici énoncés les trois « principes » du régime parlementaire. D'abord un cabinet composé de membres pris au sein de la Chambre basse du Parlement[3], ensuite un cabinet homogène formé en fait par le chef de la majorité de la Chambre basse[4], enfin et surtout une responsabilité politique et solidaire du cabinet[5] pouvant être mise en jeu à tout moment par au moins une des Chambres du parlement. Ce dernier principe est le plus important des trois.

Les *Éléments de droit constitutionnel* n'ont de cesse de ramener le régime parlementaire à son principe fondateur, d'où découleront les deux autres règles : celle de la responsabilité politique des ministres. Esmein affirme sans ambages que « la responsabilité politique et solidaire des ministres *est l'expression juridique et précise* [du gouvernement parlementaire] »[6] ou encore que « la responsabilité ministérielle est […] la *pièce essentielle* de notre système de gouvernement »[7]. C'est là, l'opinion des

---

avec le temps, le changement des idées, les modifications profondes apportées dans la composition du corps électoral, ils se sont transformés ; sans doute aussi, et surtout dans le dernier tiers du XIXe siècle, leur dualisme fondamental a été gêné, dans une certaine mesure, par la formation de partis secondaires et dissidents. Ils n'en sont pas moins restés debout, resserrant leurs rangs et substituant, à l'organisation naturelle et inconsciente que fournissaient les cadres de l'ancienne société, une organisation précise, voulue et combinée », A. Esmein, « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski », art. cité, p. 117.

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 241. Ou encore : « Les Anglais appellent le gouvernement parlementaire le *gouvernement de parti*, parce que son fonctionnement normal suppose dans la nation et, par suite, dans le Parlement, l'existence de deux grands partis adverses, disciplinés et reconnus, dont l'un fournit le ministère et l'autre constitue l'opposition, et qui alternent dans ces positions suivant que l'un ou l'autre l'emporte dans la Chambre des Communes, ou définitivement devant le corps électoral », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 172. Ou enfin : « Or, le gouvernement parlementaire est essentiellement un Gouvernement de parti ; c'est même le nom qu'on lui donne le plus souvent, *party governement*. Il repose encore, malgré la constitution composite de la majorité actuelle à la Chambre des Communes, sur l'existence de deux grands partis opposés, destinés à accéder alternativement au pouvoir, dans une oscillation sans périodicité régulière, la majorité du corps électoral, aux élections générales, appelant au pouvoir tantôt l'un, tantôt l'autre parti », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 207-208.

[2] A. Esmein, « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M.Ostrogorski », art. cité, p. 118.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 152.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 154.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 155.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1046.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 811. Plus bas, il présente la responsabilité politique des ministres comme « la caractéristique du gouvernement parlementaire », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 811. Ou encore, de manière indirecte mais tout aussi compréhensible lorsqu'il définit le gouvernement parlementaire comme « le choix des ministres dans le parti dominant au Parlement », conséquence logique et directe du principe de responsabilité politique des ministres. Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 173. Ou enfin : « Le gouvernement parlementaire, c'est au fond, sinon le choix des ministres, au moins l'existence des ministères, mis à la disposition de la représentation nationale », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 816.

constitutionnalistes de la fin du siècle qui associent tous l'étude du principe de responsabilité politique ministérielle à celle du régime parlementaire[1].

Ce type de régime allie en effet deux traits principaux – le gouvernement représentatif et la responsabilité politique des ministres – qui sont les meilleures garanties du respect de la volonté des représentés. Le régime parlementaire apparaît comme le régime politique le plus à même de garantir la liberté politique des individus : « Le gouvernement parlementaire qui, est, en Europe, la forme presque unique de la pleine liberté politique, est un système admirable, qui unit et concilie deux termes presque opposés : la libre action du pouvoir exécutif et l'action toute puissante des Chambres sur le gouvernement »[2]

Le pouvoir exécutif est exercé par un organe bicéphale, composé d'une part du « titulaire du pouvoir exécutif » – le chef d'État – et d'autre part des « ministres ». La distinction entre les deux dépend de la responsabilité qui pèse sur eux. Mais la généralisation de la règle de l'irresponsabilité du titulaire de l'exécutif pose inévitablement la question de la responsabilité du Chef d'un État républicain. Car le principe de la responsabilité des ministres est, historiquement, né dans une monarchie.

Les libéraux du siècle l'envisagent tous dans le cadre d'une monarchie dite constitutionnelle et en font une règle nécessaire. Benjamin Constant entame son court ouvrage sur la responsabilité en ces termes : « La responsabilité des Ministres est la condition indispensable de toute monarchie constitutionnelle. C'est cette responsabilité, qui place le Roi dans une sphère à part, au-dessus de toutes les agitations du Gouvernement proprement dit »[3]. On retrouve la même opinion chez Laboulaye qui, dans le *Parti libéral*, estime que « en toute monarchie, cette institution [la responsabilité des ministres] est une condition essentielle de la liberté »[4]. Dans la foulée, Esmein considère le principe de responsabilité ministérielle avant tout dans le cadre monarchique : il en fait la présentation dans « les principes et institutions fournis par le droit de l'Angleterre ».

Toutefois, si l'on suit le raisonnement tenu dans les *Éléments de droit constitutionnel*, le principe de responsabilité est voué à l'universalité puisqu'il constitue « l'un des principes de la liberté moderne »[5]. Or la question de l'accord entre ce principe fondamental et la forme républicaine de l'État est, d'un point de vue théorique, délaissée par Esmein. Tout au plus laisse-t-il entendre que, dans les républiques, la responsabilité du titulaire du pouvoir exécutif est tout aussi épineuse que dans une monarchie : « Dans la République, là où la séparation des pouvoirs est admise et où le pouvoir exécutif a un titulaire indépendant, cela [rendre le titulaire du pouvoir exécutif responsable] n'est pas beaucoup plus réalisable. Mettre un président en accusation avant l'expiration de ses pouvoirs, cela

---

[1] Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 372, voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 426 -507. Laboulaye offrait déjà dans son étude un lien direct et indissociable entre régime parlementaire et responsabilité politique des ministres : Voir É. Laboulaye, *Le Parti libéral, op. cit.*, p. 165-192.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 241.

[3] Il poursuit : « En distinguant entre le pouvoir royal et le pouvoir exécutif ou ministériel, elle fait du premier une autorité neutre et préservatrice, qui départage les pouvoirs actifs en cas de dissentiment, et qui, demeurant toujours calme, parce qu'elle n'est jamais compromise, rétablit le repos, en faisant cesser les luttes, et l'action, en écartant les obstacles », B. Constant, *De la responsabilité des ministres, op. cit.*, p. 1.

[4] Laboulaye continue : « Sans cette garantie, les Chambres n'ont qu'une influence précaire ; le pays n'est jamais assuré que l'on respectera sa volonté », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 165.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 139.

est possible en droit et en fait ; mais c'est une crise violente presque aussi grave qu'une Révolution, à laquelle on ne recourra qu'à la dernière extrémité »[1]. Si les conséquences paraissent dangereuses, la mise en cause de la responsabilité reste néanmoins juridiquement et pratiquement possible, de façon *indirecte* souligne-t-il, au moyen de l'élection : « Il n'existe alors qu'une responsabilité indirecte mais très efficace : elle se produit lorsque les pouvoirs du Président arrivent à leur terme et que la Constitution ne défend pas de le réélire »[2]. Ainsi, la responsabilité des ministres dans un État républicain n'est pas inutile, malgré le caractère électif du titulaire du pouvoir exécutif.

C'est là en apparence une position qui tranche avec celle occupée par Benjamin Constant. Dans une république, selon ce dernier, la nature élective de la fonction exercée par le chef de l'État impose une responsabilité : « Un pouvoir républicain se renouvelant périodiquement, n'est point un être à part, ne frappe en rien l'imagination, n'a point droit à l'indulgence pour ses erreurs, puisqu'il a brigué le poste qu'il occupe, et n'a plus rien de précieux à défendre que son autorité, qui est compromise dès qu'on attaque son ministère, composé d'hommes comme lui, et avec lequel il est toujours de fait solidaire »[3].

De même, Laboulaye soutient que le caractère électif de la magistrature suprême dans une république n'impose en rien de rendre les ministres responsables. Il appartiendra aux électeurs, au moment du renouvellement de ses pouvoirs, d'engager sa responsabilité par leurs votes. La Constitution des États-Unis d'Amérique sert de modèle : le renouvellement tous les quatre ans des pouvoirs du Président associé aux larges pouvoirs législatifs et de contrôle confiés au Congrès dispensent d'une responsabilité des ministres[4]. L'auteur du *Parti libéral* explique d'ailleurs que cette « idée américaine » présidait à l'organisation des pouvoirs dans la Constitution française de 1852, avant le rétablissement de l'Empire[5].

Mais, nous l'avons dit, cette opposition de vues n'est qu'apparente. Constant affirme en effet que son propos ne vise pas tant à réfuter la théorie de l'irresponsabilité du titulaire de l'exécutif dans une république qu'à démontrer l'importance de la distinction entre ce titulaire du pouvoir exécutif – qu'il nomme « pouvoir suprême » ou « pouvoir royal » – et les ministres – qu'il nomme « le pouvoir exécutif »[6]. Constant note : « Je n'ai point ici à

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 138.

[2] *Ibid.*

[3] B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.*, p. 26.

[4] « C'est ainsi qu'aux États-Unis les ministres sont étrangers aux Chambres et ne sont pas responsables. Mais la présidence ne dure que quatre ans et n'a que des attributions étroites ; les deux Chambres ont seules le pouvoir législatif (le président n'a qu'un *veto* suspensif) ; au moyen d'une loi, elles peuvent toujours faire prévaloir leur volonté. On ne peut pas faire la guerre sans leur aveu ; et enfin les ministres eux-mêmes ne sont choisis qu'avec l'approbation du Sénat. Quand un peuple se mêle à ce point de ses propres affaires, quand il garde en main une si grande part de la puissance publique, on conçoit qu'il n'ait pas besoin de la responsabilité ministérielle et qu'il la remplace par d'autres garanties », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 183-184.

[5] « La Constitution de 1852 a été faite pour une république. Les choses vont si vite en France que nous avons peut être oublié qu'en 1852 nous étions républicains. Cette Constitution avait adopté l'idée américaine. Le président était le seul maître de l'administration, mais il n'était nommé que pour dix ans ; par conséquent il pouvait être responsable. Dix ans, sans doute, sont un long délai, mais enfin, au bout de ces dix années, la France pouvait se prononcer sur la politique de son chef et le rendre responsable en ne le réélisant pas. Une fois l'empire proclamé et la monarchie héréditaire rétablie, le système américain n'a plus de sens. Le président était responsable, l'Empereur ne l'est pas et ne peut pas l'être ; la responsabilité ministérielle redevient une nécessité », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 184-185. Laboulaye souligne dans la suite de son développement la nécessité et la possibilité d'intégrer dans la constitution devenue impériale un mécanisme de « mise en relation » des Chambres avec les ministres de façon à faire émerger la responsabilité politique ministérielle. Voir É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op.cit.*, p. 185-188.

[6] Voir par exemple : B. Constant, *Œuvres politiques…, op. cit.*, p. 24.

examiner s'il serait possible, par une organisation nouvelle, de remédier à l'inconvénient relatif à la responsabilité, dans une constitution républicaine. Ce que j'ai voulu prouver, c'est que la première condition qui est indispensable, pour que la responsabilité s'exerce, c'est de séparer le pouvoir exécutif du pouvoir suprême. La monarchie constitutionnelle atteint ce grand but ; mais on reperdrait cet avantage, si l'on confondait ces deux pouvoirs »[1].

L'accord entre la théorie de la responsabilité ministérielle et la forme républicaine de l'État est exposé par Esmein, de façon indirecte, lors de la présentation du contreseing ministériel. Il rappelle d'abord que la règle fut appliquée en France dans la Constitution de 1791 : « Lorsque nos pères voulurent faire passer dans la première Constitution de la France la responsabilité des ministres, ils simplifièrent nécessairement tout cela. Ils s'attachèrent à une règle que les Anglais avaient dégagée, comme une partie de leur système : celle d'après laquelle, lorsque la signature manuelle du monarque devait figurer sur un acte, celui-ci devait aussi être contresigné par un Secrétaire d'État. Elle leur parut tout à fait suffisante ; et telle est la formule que contient la Constitution de 1791 : Aucun ordre du roi ne pourra être exécuté s'il n'est signé par lui et contresigné par un ministre ou l'ordonnateur du département »[2]. Mais Esmein poursuit son propos avec les lois constitutionnelles républicaines de 1875 : « C'est la même formule, à peu de chose près, qu'a adopté la loi constitutionnelle du 25 février 1875. art 3 : " Chacun des actes du Président de la République doit être contresigné par un ministre ". Mais chose digne de remarque, les autres constitutions françaises, sauf trois exceptions, ne portaient pas cette prescription »[3]. Une de ces exceptions est la constitution républicaine de 1848[4]. Dès lors, la règle du contreseing ministériel des actes du titulaire de l'exécutif républicain institue juridiquement le principe si cher à Constant de la distinction entre « pouvoir suprême » et le pouvoir ministériel.

Si la compatibilité entre la responsabilité ministérielle et la forme républicaine n'est pas explicite dans le chapitre dédié des *Éléments de droit constitutionnel*, elle est sous-jacente dans les longs développements consacrés au régime parlementaire. Plus encore, la seconde partie de l'ouvrage, tout entière consacrée à l'étude du régime républicain, constitue une apologie vigoureuse d'une telle compatibilité.

De cette irresponsabilité politique du titulaire de l'exécutif – monarque ou président de la république – découle l'institution la responsabilité politique et solidaire des ministres. Cette dernière peut être mise en jeu par la majorité de la Chambre basse, qui signifiera sa défiance sur une question précise si la Constitution le prévoit, ou par le rejet d'un texte présenté par le cabinet. « En leur refusant sa confiance, la majorité de la Chambre révoque indirectement les ministres. 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. En fait cette indication est un ordre »[5].

---

[1] B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 28.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 149.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 149.
[4] Esmein cite à l'appui de son argumentation l'article 67 de la constitution du 4 novembre 1848 qui dispose : « Les actes du Président de la République, autres que ceux par lesquels il nomme et révoque les ministres, n'ont d'effet que s'ils sont contresignés par un ministre ». Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 150.
[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 155.

Esmein définit la responsabilité politique comme « la perte du pouvoir »[1], consistant « dans l'obligation morale de démissionner, qui s'impose aux ministres lorsqu'ils ont perdu la majorité dans le Parlement »[2].

Il s'agit d'« une obligation morale », dénuée de toute sanction coercitive en cas de refus de démissionner de la part d'un ou de plusieurs ministres. C'est là que réside pour Esmein toute la subtilité et sans doute tout l'intérêt du régime parlementaire. Il relève en effet que ce type de régime ne fixe que peu de règles juridiques et laisse une grande part aux simples usages : « Le gouvernement parlementaire, par son jeu complexe et délicat, échappe dans une large mesure à une réglementation légale. Il vit surtout d'usages, de traditions, de conventions communément acceptées. ». C'est vrai, bien sûr, pour l'Angleterre. Mais c'est aussi le cas de la France où la loi constitutionnelle du 25 févier 1875 a gravé dans le marbre certains mécanismes du régime parlementaire. N'empêche : « 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 »[3].

Cette responsabilité politique des ministres ne peut être engagée que par l'une des Chambres. L'influence anglaise est encore perceptible : « la règle anglaise est rationnellement la plus harmonique »[4]. Esmein considère en effet que seule la Chambre basse doit disposer du pouvoir de retirer sa confiance au cabinet et l'obliger par là à démissionner. Le passage mérite d'être cité *in extenso* : « Faire dépendre le sort du ministère des votes de la Chambre haute et des votes de la Chambre populaire, ce serait introduire dans ce mécanisme délicat un élément de trouble irrémédiable. Le système, en effet, ne pourrait être pratiqué en ce sens que le Ministère, blâmé par l'une des Chambres mais approuvé par l'autre, pourrait rester aux affaires, comme parut le penser d'abord M. Harrison Moore ; car ce serait la source des conflits les plus aigus. Il ne pourrait se maintenir qu'en conservant la majorité constamment d'un côté comme de l'autre. Ce ne serait pas seulement l'instabilité des ministères, le point faible du gouvernement parlementaire, qui serait accrue d'autant ; ce serait, en cas de divergences toujours possibles entre les deux Chambres sur l'orientation de la politique, l'impossibilité absolue d'avoir une politique déterminée, une ligne de conduite précise ; on en serait réduit très souvent à ce qu'on appelle parfois des ministères d'affaires, et un tel résultat serait l'échec organisé du gouvernement parlementaire »[5].

Enfin, la dernière pièce du régime parlementaire est le droit de dissolution remis au titulaire du pouvoir exécutif. Il consiste selon les *Éléments de droit constitutionnel* dans « le droit de dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration de ses pouvoirs, et de faire appel au corps des électeurs par de nouvelles élections »[6]. Le droit de dissolution est conçu comme une conséquence directe du droit de la Chambre basse de retirer sa

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 811.
[2] *Ibid.*
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 158-159. Il poursuit : « Ces moyens sont, il est vrai, très puissants : c'est le refus du budget annuel ; c'est aussi, en Angleterre, le refus de l'autorisation renouvelée tous les ans, nécessaire pour le maintien d'une armée permanente. Mais leur énergie même rend ces moyens difficiles à employer ; ou plutôt elle fait que la simple menace est suffisante. En Angleterre, depuis 1688, il n'a jamais été nécessaire d'en faire emploi », *Éléments…, op. cit.*, p. 159.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 817.
[5] *Ibid.*
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 157.

confiance au cabinet. Cependant, elle ne suffit pas à elle seule à caractériser le régime parlementaire. Esmein démontre en effet que sa seule existence n'induit pas nécessairement le caractère parlementaire du régime : « Le droit de dissolution ainsi compris peut se concevoir sans le gouvernement parlementaire : il a existé chez nous dans les Constitutions qui n'admettaient pas ce dernier ; aujourd'hui il existe dans les pays qui repoussent le gouvernement parlementaire, comme dans l'Empire d'Allemagne. Mais dans ces constitutions, le droit de dissolution a nettement le caractère d'une arme offensive donnée au chef de l'État contre la Législature, qu'il domine et qu'il veut réduire à la soumission »[1].

Mais, là où est prévue la responsabilité politique des ministres devant la Chambre basse, le droit de dissolution de celle-ci en est la contrepartie naturelle. Esmein l'affirme à plusieurs reprises[2]. Il considère ainsi qu'« avec le gouvernement parlementaire, il [le droit de dissolution] est naturel, légitime et presque nécessaire : il est simplement la garantie d'une suffisante séparation de pouvoirs. Sans lui, la Chambre des députés, alors même qu'elle n'est plus soutenue par l'opinion du pays, pourrait imposer un gouvernement et annihiler l'indépendance du pouvoir exécutif »[3].

Le régime parlementaire est donc conçu par Esmein comme le *summum* des gouvernements de forme représentative : « Le gouvernement parlementaire, que les Anglais appellent le plus souvent *gouvernement de cabinet*, suppose tout d'abord le gouvernement représentatif, dont il est une variété »[4]. Autrement dit, le gouvernement représentatif forme une « catégorie » au sein de laquelle figurent plusieurs « variétés », dont le régime parlementaire. L'auteur poursuit : « Il [le gouvernement parlementaire] suppose aussi la séparation juridique du pouvoir législatif et du pouvoir exécutifs, qui sont conférés à des titulaires distincts et indépendants »[5]. Toutefois, en accordant à un organe la faculté d'attenter à l'existence d'un autre organe, la responsabilité politique des ministres et le droit de dissolution semblent autant d'entorses majeures au principe de la séparation des pouvoirs, principe pourtant au cœur de la liberté politique.

Nous constaterons alors, dans la deuxième partie de cette étude, que l'interprétation esmeinienne du principe de séparation des pouvoirs l'oblige à en déterminer plusieurs degrés afin de maintenir le régime parlementaire au sein des régimes « séparatistes ».

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 157.
[2] « Le droit de dissolution est un trait naturel, presque essentiel du gouvernement parlementaire », *Éléments…, op. cit.*, p. 229. Ou encore : « il [le droit de dissolution] forme un des rouages naturels, presque indispensables du gouvernement parlementaire », *Éléments…, op. cit.*, p. 747.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 157-158.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 152.
[5] *Ibid.*

DEUXIÈME PARTIE

LA LIBERTÉ SAUVEGARDÉE PAR LES INSTITUTIONS

La liberté chez Adhémar Esmein se définit par la soumission de tous à la loi. Cette définition allie à la fois un idéal philosophique tiré de l'héritage de 1789, souveraineté nationale et séparation des pouvoirs, et un cadre institutionnel, le gouvernement parlementaire comme forme la plus aboutie de régime représentatif. Les institutions politiques d'un État doivent donc être agencées de manière à ce que la loi soit, dans sa formation et dans son application, la garantie suprême de la liberté de chacun, donc de la liberté de tous.

Les *Éléments de droit constitutionnel* visent alors à élaborer une théorie générale du droit constitutionnel entendu comme un système juridique et institutionnel censé garantir la liberté individuelle. C'est le programme que se fixe Esmein dès l'introduction de l'ouvrage : sa définition du droit constitutionnel, on le sait, se compose de trois éléments indissociables : « Le droit constitutionnel a un triple objet : 1° la forme de l'État ; 2° la forme et les organes du gouvernement ; 3° les limites des droits de l'État »[1].

Après avoir identifié les sources de la notion de liberté dans la pensée philosophique, Esmein va confronter principes révolutionnaires issus de la philosophie du XVIIIe siècle aux standards institutionnels fournis par le modèle politique anglais. Cette confrontation résulte elle-même de la conciliation entre deux méthodes d'enseignement du droit constitutionnel. La méthode dite « dogmatique » reconnaît effectivement l'existence de principes philosophiques – séparation des pouvoirs et souveraineté nationale – qui doivent présider à l'organisation institutionnelle d'un État libre. La méthode dite « historique », elle, dégage de l'Histoire des institutions politiques supposées garantir la liberté individuelle. En l'occurrence, comme nous l'avons observé, il s'agit pour Esmein du gouvernement représentatif et de son aboutissement parlementaire.

Si le modèle parlementaire anglais constitue la référence absolue en matière d'organisation politique au cours du XIXe siècle, l'attachement d'Esmein aux dogmes révolutionnaires de la souveraineté nationale et de la séparation des pouvoirs est également indissociable du contexte politique et juridique de la fin du XIXe siècle français[2]. La France de 1896 est d'abord, avec la confédération suisse, l'une des deux seules républiques d'Europe occidentale et l'une des rares républiques au monde. République représentative de forme parlementaire depuis les lois de 1875, le pays

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1.

[2] Sur ce point, nous renvoyons aux ouvrages classiques relatifs à l'histoire de la IIIe République : F. Démier, *La France du XIXe siècle. 1814 – 1914*, Paris, Seuil, Coll. Points Histoire, 2000, 602 pages ; J.-M. Mayeur, *La vie politique sous la Troisième République*, Paris, Seuil, Coll. Points Histoire, 1984, 445 pages ; R. Rémond, *La vie politique en France. 1879 – 1939. La République souveraine*, Paris, Fayard, Coll. Agora, 419 pages ; P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, Bibliothèques des Histoires, 2000, 440 pages ; M. Winock, *Le XXe siècle idéologique et politique*, Paris, Perrin, Coll. Tempu, 2009, 535 pages.

expérimente le suffrage universel depuis presque cinquante ans. Elle est enfin une république représentative confrontée à des forces sociales nouvelles qui se déploient dans les grands États européens. Apparaissent en effet dans le courant du XIXe siècle les mouvements socialistes, les mouvements syndicaux et ouvriers tandis que l'anarchisme prend un essor violent dans un certain nombre de pays. Enfin, outre la confrontation sociale, la France de 1896 sort de la crise boulangiste qui, si elle fut une conjonction hétéroclite de tout ce que le pays comptait de contestataires du régime, n'en constitua pas moins la première vraie crise de ce régime.

Ce contexte amène à ce que Pierre Rosanvallon nomme le « moment 1890 »[1], sorte de désenchantement politique et social face à une République « bourgeoise » qui semble incapable de s'adapter à l'évolution du corps social – qui est en même temps le corps électoral – et à ses revendications. Ainsi, lors du centenaire de la Révolution française, la jeune République se trouve à un carrefour idéologique : les dogmes révolutionnaires qui fondent le discours politique et juridique depuis un siècle ne paraissent plus en adéquation avec la réalité politique et sociale. L'héritage de 1789 se trouve confronté à de nouveaux discours et de nouvelles doctrines qui obligent juristes et politiques à procéder à une réévaluation de l'ensemble des concepts politico-juridiques qui fondent la IIIe République. La lecture des sommaires des principales revues politiques et juridiques de l'époque suffit à prendre la mesure des interrogations qui se font jour à l'aube du nouveau siècle : la *Revue des cours littéraires* ou *Revue bleue*, la *Revue des deux mondes* et les plus récentes *Revue du droit public* ou *Revue politique et parlementaire* témoignent toutes de l'intense réflexion des juristes et plus largement des publicistes sur les bases même du régime et sur son avenir. Esmein participe à ce mouvement notamment en inaugurant notamment par son article « Deux formes de gouvernement »[2] le premier numéro de la *Revue du droit public*.

Dans *De l'État légal à l'État de droit*[3], Marie-Jöelle Redor note que la crise est double. Il s'agit d'une crise du régime représentatif lui-même associée à une crise de sa forme la plus pratiquée : le régime parlementaire.

La crise du régime représentatif[4] touche aux fondements du régime. Le phénomène de la représentation est contesté. Une frange de la masse des citoyens ne se sent pas, ou plus, représentée, notamment par les membres de la Chambre basse, et s'interroge alors sur l'existence de la traduction de sa volonté. La crise est due avant tout à la diffusion du suffrage universel qui s'est installée dans les rouages des mécanismes de représentation depuis 1848. La démocratie et son organisation deviennent alors la question politique et institutionnelle la plus fondamentale de la seconde moitié du XIXe siècle.

Face à ce hiatus grandissant entre les deux parties d'une même relation, le peuple, le votant, l'électeur réclame sa part de pouvoir et d'action dans un régime qui le laisse de côté. Ainsi, la pratique du suffrage universel pose dans de nouveaux termes la question du

---

[1] « En 1885, chute de Jules Ferry. "L'impression générale est que la République est au bout de son rouleau ", écrit alors l'un de ses proches. Le régime n'est pourtant pas menacé : dans les années 1880, les partisans de la monarchie ne rassemblent plus que des maigres cercles de nostalgiques. C'est plutôt l'*idéal* républicain qui semble s'essouffler et enlisé. Les raisons de cette déception sont évidemment multiples », P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Paris, Gallimard, Coll. Folio Histoire, 2002, p. 136.

[2] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15-41

[3] M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879 – 1914* (*De l'État légal à l'État de droit…*), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit public positif, 1992, 390 pages.

[4] Voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 96-109.

titulaire de la souveraineté. De fait, se trouve remis en cause le dogme révolutionnaire de la souveraineté nationale censé fonder l'ensemble des régimes politiques que la France a connus depuis une centaine d'années. Si le peuple ou la nation est souverain, le gouvernement représentatif tel qu'il se pratique aux premières années de la République doit impérativement évoluer puisqu'il ne le représente pas ou plus.

La crise du régime parlementaire[1] s'entend, elle, comme la contestation, non du principe de représentation lui-même, mais du fonctionnement des mécanismes institutionnels propres à cette forme de régime. Au-delà même du rapport entre gouvernants et gouvernés, la contestation du parlementarisme dénonce principalement le déséquilibre des pouvoirs constitués. Le pouvoir du parlement, et notamment de la Chambre basse, est présenté comme une tyrannie. Cette « omnipotence » parlementaire, face à un pouvoir exécutif frappé d'une faiblesse chronique, renforce un peu plus encore la contestation générale de la République parlementaire. La crise est palpable ; elle est décrite par de nombreux publicistes français de l'époque.

Ainsi, lors de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* en 1896, le fondement et le fonctionnement du régime parlementaire sont contestés de toutes parts. La contestation vient pour l'essentiel de mouvements politiques parfois antagonistes mais qui se rejoignent pour dresser le procès des institutions et des hommes qui l'incarnent.

Adhémar Esmein, par la théorie qu'il propose dans ses *Éléments de droit constitutionnel*, va clairement se positionner en défenseur de ce régime qui, nous le verrons dans la partie suivante, a plus œuvré pour la liberté individuelle que n'importe quel autre régime politique français. L'auteur entend défendre à la fois le fondement du régime et les règles qui président à son fonctionnement en réaffirmant toute la valeur des dogmes de 1789. Il incarne ainsi sans doute mieux que personne à l'époque la volonté de « terminer la Révolution »[2] en démontrant que le régime français fait une application juridiquement exacte du lourd, pour ne pas dire de l'encombrant, héritage de la Révolution française.

Dans cette perspective, on constate qu'Adhémar Esmein procède en deux étapes : d'abord fonder juridiquement le gouvernement représentatif sur le principe révolutionnaire de souveraineté de la nation (titre I) avant de justifier le fonctionnement de sa forme parlementaire au moyen du principe tout aussi révolutionnaire de la séparation des pouvoirs (titre II).

[1] Voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 87-95.

[2] Nous empruntons ici l'expression à François Furet et Mona Ozouf, voir F. Furet et M. Ozouf, *Terminer la Révolution : Mounier et Barnave dans la Révolution française*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1990, 181 pages.

TITRE PREMIER

La souveraineté nationale comme fondement du gouvernement représentatif

« Loin donc que le gouvernement représentatif dérive du principe de la souveraineté du peuple, il repousse ce principe et se fonde sur un principe tout autre et qui a de toutes autres conséquences. Peu importe que ce gouvernement ait été souvent revendiqué au nom de la souveraineté du peuple, et que ses principales crises de développement aient eu lieu au moment où dominait cette idée ; les raisons de ce fait sont faciles à découvrir. La souveraineté du peuple est une grande force qui intervient quelquefois pour briser une inégalité excessive ou le pouvoir absolu, quand la société ne peut plus s'y accommoder, comme le despotisme intervient quelquefois au nom de l'ordre pour renouer violemment la société près de se dissoudre. Ce n'est qu'un moyen d'attaque et de destruction, jamais un moyen de fonder la liberté. Ce n'est pas un principe de gouvernement, c'est une dictature terrible et passagère exercée par la multitude ; dictature qui cesse et qui doit cesser aussitôt que la multitude a accompli son œuvre de destruction »[1]. Ainsi s'exprimait François Guizot en 1821 dans son *Histoire des origines du gouvernement représentatif*. Le futur ministre considère dès le début du siècle que le fondement du gouvernement représentatif ne peut être trouvé dans le principe de souveraineté du peuple qu'il déconsidère, afin de s'opposer à l'extension du droit de suffrage.

L'interprétation des principes politiques de la Révolution française a été l'objet d'une spéculation juridique et politique constante tout au long du XIXe siècle. Les formules de 1789 qui « ont été à la nation un cri de ralliement dans ses entreprises d'affranchissement »[2] nécessitent en effet d'être explicitées pour qui prétend en faire les bases d'une construction juridique et institutionnelle. Dans ce sens, la souveraineté de la Nation affirmée à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 constitue sans doute l'idée révolutionnaire la plus discutée par les publicistes du XIXe siècle. Mais l'intrusion soudaine du suffrage universel dans les institutions représentatives françaises à partir de 1848 a forcé les esprits à repenser en d'autres termes la question du titulaire de la souveraineté.

Dès la seconde moitié du siècle, la masse électorale nouvelle entend, au nom de ce principe de souveraineté de la nation, exercer la souveraineté dont elle se croit titulaire. L'extension du droit de suffrage emporte ainsi une confrontation entre la pratique du gouvernement représentatif telle qu'elle s'est progressivement installée en France depuis 1814 et les prétentions de la masse des citoyens. Cette opposition est forte dès les premières années de la IIIe République lorsque le gouvernement représentatif n'est plus tenu par la masse électorale comme remplissant sa mission de représentation.

---

[1] F. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe*, *op. cit.*, t. I, p. 113-114.
[2] E. D'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, Paris, Alcan, 1895, p. VIII.

La question des rapports entre gouvernants et gouvernés nécessite donc à la fin du XIXe siècle une nouvelle détermination. Mais la donnée invariable de la réflexion sera le suffrage universel. Si le suffrage universel est, selon le point de vue, le grand drame ou la grande avancée du siècle, personne n'envisage sérieusement de la remettre en cause. Ernest Renan[1] ou Hippolyte Taine[2], pourtant tous deux conscients des violents effets de l'extension du droit de suffrage sur le mode de gouvernement, n'en prononcent pas pour autant sa condamnation. Seulement envisagent-ils de l'encadrer au moyen de lois électorales[3] permettant d'en limiter les conséquences.

L'universalité du suffrage n'étant pas contestable, le rétablissement de rapports de représentation propres à rendre à la masse populaire sa supposée souveraineté impose une approche nouvelle. Il s'agit alors pour les publicistes soit de réévaluer et de modifier les règles présidant au fonctionnement du gouvernement représentatif, soit de redéfinir et d'offrir une interprétation du principe de souveraineté nationale conciliable avec ces règles, afin d'aboutir à une harmonisation des concepts et de la pratique.

Cette interrogation sur la conciliation entre principes révolutionnaires et institutions représentatives est patente dans l'ouvrage d'Eugène d'Eichtal publié en 1895. Dans *Souveraineté du peuple et gouvernement*, le publiciste entend en effet procéder à une étude critique de la formule révolutionnaire qu'il nomme « la souveraineté du peuple » en la confrontant avec le gouvernement représentatif : « Il nous a paru utile que c'était collaborer à une campagne utile que de ramener, une fois de plus, l'attention de la démocratie sur la formation, le développement et les ramifications de la principale de ces formules retentissantes, celle qui résume à la fois les périls et la grandeur de la démocratie, qui contient sa justification quand on l'interprète bien et en voyant les liens des mots avec le passé, qui représente ses ambitions démesurées et presque chaotiques, quand on lui donne le sens absolu que lui attribuent certains pontifes et aussi certains *clowns* de la démocratie. Nous avons, dans les pages qu'on va lire, ébauché une étude critique de la souveraineté du peuple, en suivant ses origines, son évolution, les racines qu'elle a dans l'histoire, les nécessités de réaction contre des formules symétriques de droit divin auxquelles elle a répondu, l'influence qu'elle a exercée sur une autre formule chère au libéralisme, la séparation des pouvoirs politiques (dont nous avons également étudié l'origine et l'évolution). Nous avons recherché comment ces deux théories ont agi sur les péripéties et les tendances successives de la représentation nationale depuis la Révolution jusqu'à nos jours, comment même contenues par certaines nécessités pratiques, ramenées par la force des choses à de nombreux tempéraments, elles introduisent, actuellement encore, dans les rapports de la représentation du pays et du gouvernement chargé de l'intérêt permanent et collectif de la nation, des préjugés qui paralysent le fonctionnement du régime représentatif qui, s'ils n'étaient rectifiés, le rendraient vite impraticable »[4].

Un an après l'ouvrage de d'Eichtal paraissent les *Éléments de droit constitutionnel* qui – sous la forme d'une théorie générale exposée dans un manuel de droit constitutionnel à vocation universitaire – proposent d'apporter une réponse à la mise en cause des

[1] Voir E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale*, 1870-1871, réédition, Paris, Perrin, Coll. Les mémorables, 2011, p. 45-46 et p. 64-67.
[2] Voir H. Taine, *Du suffrage universel et de la manière de voter*, Paris, Hachette, 1872, p. 7-9.
[3] Taine préconise par exemple l'encadrement du suffrage universel au moyen du scrutin à deux degrés, voir H. Taine, *Du suffrage universel et de la manière de voter*, *op. cit.*, p. 45-57.
[4] E. D'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, *op. cit.*, p. IX.

institutions représentatives et des conceptions héritées de la Révolution. La théorie d'Esmein consiste alors à démontrer que le gouvernement représentatif tel qu'il existe et qu'il se pratique en France est parfaitement conciliable avec le principe révolutionnaire de souveraineté de la nation puisqu'il y puise son fondement juridique.

On constate que cette opération de conciliation trouve son point d'ancrage dans la détermination du titulaire de la souveraineté (Chapitre 1). Pour l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel*, si l'électeur ne se sent pas ou plus représenté dans le système représentatif, c'est pour la simple raison que l'électeur n'est pas le souverain. Ainsi, la contestation du régime représentatif n'a pas lieu d'être. La critique d'une représentation ineffective et inefficace n'est plus juridiquement possible. De cette redéfinition du titulaire de la souveraineté découlent un certain nombre de conséquences juridiques parfois critiquables mais qui permettront, tout en préservant l'acquis du suffrage universel, de justifier les rapports établis entre gouvernants et gouvernés et ainsi de justifier les règles du gouvernement représentatif (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

La conciliation entre les institutions représentatives et le principe de souveraineté nationale

L'entreprise de justification du gouvernement représentatif au moyen du principe de souveraineté de la nation impose à Adhémar Esmein d'opérer une interprétation du principe affirmée en 1789.

On observe d'abord que la définition même de la « souveraineté » ne prête pas à discussion. Le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* publié en 1882 la définit incidemment comme « le pouvoir suprême »[1] exercé au sein d'un État. L'introduction des *Éléments de droit constitutionnel* la définira en 1896 comme une « autorité, qui naturellement, ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit »[2]. On constate que cette définition correspond à la définition classique adoptée en France depuis Bodin[3] jusqu'à la fin du XIXe siècle. La notion est résumée à une puissance de commandement ou à un droit de commander. Ainsi, le *Dictionnaire de législation usuelle* de Chabrol-Chaméane définit la souveraineté comme suit : « Qualité et caractère d'un pouvoir indépendant, qui ne relève d'aucune autre puissance »[4]. Les premiers ouvrages de droit constitutionnel français antérieurs aux *Éléments de droit constitutionnel* adoptent, malgré des formulations parfois assez troubles, une définition identique sur le fond[5].

Si la notion même de « souveraineté » ne pose pas de difficulté, c'est la détermination du titulaire de ce droit de commander qui fait l'objet des plus grandes interrogations. De Benjamin Constant dés le début du siècle jusqu'à Léon Duguit dans les premières années du XXe siècle, la question de la définition juridique du détenteur de la souveraineté agite la doctrine juridique. Comme l'écrit le très critique Maurice Deslandres : « Les publicistes […] cherchent à construire le droit public à l'image du droit privé. Un droit suppose forcément pour eux une personne qui en est le titulaire, une

---

[1] « À l'époque de Tacite, la forme de l'État, dans la majorité des *civitates*, était républicaine, et l'on peut affirmer qu'originairement cette forme était générale. Le pouvoir suprême, la souveraineté, résidait dans une assemblée ou *concilium* comprenant tous les hommes libres en âge de porter les armes, où chacun pouvait prendre la parole, et qui statuait par des clameurs favorables ou hostiles, mode primitif de votation qui se retrouve, au début, chez tous les peuples », *Cours élémentaire d'histoire du droit français, op. cit.*, p. 41.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 1

[3] Sur l'emploi du terme « souveraineté » chez Bodin, voir notamment G. Mairet, « Bodin, Les six livres de la République » dans F. Chatelet, O. Duhamel et É. Pisier, *Dictionnaire des œuvres politiques, op. cit.*, p. 160-161.

[4] E. de Chabrol-Chaméane, *Dictionnaire de législation usuelle…*, t. II, *op. cit.*, p. 542.

[5] Félix Berriat Saint Prix définit la souveraineté comme le droit de commander : *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 2. Antoine Saint Girons la définit de façon particulière sans jamais véritablement isoler le terme lui-même de l'expression « souveraineté nationale » : « La souveraineté est le droit, pour un peuple, de rester, après Dieu, le seul maître de ses destinées » : *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 9. Il poursuit en citant Clermont-Tonnerre : « « La souveraineté est à une nation ce que la liberté est à l'individu. C'est la liberté collective de la société ». Voilà une excellente définition de la souveraineté. La société a pour but le développement individuel de la génération présente et à venir. L'État est l'incarnation de l'autorité qui sert de lieu aux éléments sociaux, qui maintient le milieu nécessaire au plein épanouissement de l'homme. La société, qui est l'union des hommes habitant sur un territoire déterminé, a les mêmes besoins que les hommes. Elle ne pourrait pas se maintenir et se perfectionner si elle n'était pas libre, c'est-à-dire souveraine », p. 10. Enfin Félix Moreau la définit également comme une puissance ou une force supérieure : voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 27-28.

volonté déterminée dont les manifestations en constituent l'exercice »[1]. Le débat est parfaitement résumé par l'article d'Émile Boutmy en 1904 dans les *Annales des sciences politiques*[2].

La question est cruciale. De la détermination du titulaire de la souveraineté découlera toute une série de conséquences relatives à la forme du gouvernement et à l'agencement des pouvoirs publics. L'attachement à l'héritage révolutionnaire impose à la doctrine juridique d'écarter les hypothèses de souveraineté divine, de souveraineté d'un monarque, ou encore de souveraineté de la raison. Les publicistes de le fin du XIXe siècle admettent tous, ou presque[3], le principe de souveraineté de la nation exprimé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Mais admettre le principe ne renseigne pas pour autant sur son contenu et sa signification précise.

Dans l'objectif de conserver le gouvernement représentatif dans sa forme originelle, Adhémar Esmein opère ainsi une interprétation du principe de souveraineté de la nation. Et si la conception de souveraineté n'est pas discutable, c'est bien sur le concept de nation que va se fonder cette interprétation nouvelle. Esmein va donc construire l'ensemble de la sa théorie constitutionnelle sur une conception nouvelle de la « nation » que reprendront des générations de juristes français. Comme le reconnaît Pierre Rosanvallon : « L'œuvre d'Adhémar Esmein va jouer là un rôle décisif pour lier la tradition révolutionnaire française à la vision d'une démocratie limitée. L'idée de souveraineté nationale, qui est au centre de son œuvre, va marquer un tournant »[4].

Le mérite d'Esmein est en effet d'avoir su opérer la synthèse d'un certain nombre d'idées et de concepts présents dans la doctrine publiciste de la fin du siècle et de leur apporter le liant nécessaire à la construction d'un ensemble juridiquement logique. La théorie esmeinienne reprend d'abord une distinction déjà établie par les doctrinaires sous la Monarchie de Juillet entre la souveraineté d'origine et la souveraineté d'exercice. Si Guizot admettait la nation ou le peuple comme titulaire originaire de la souveraineté, c'est bien « la raison » – concept abstrait s'il en est – qui devait en assurer l'exercice[5] et qui justifiait dés lors un droit de suffrage extrêmement restreint. Le principe est le même chez Esmein, à ceci près que le droit de suffrage est devenu universel, du moins est entendu comme tel. Ainsi, le raisonnement est identique mais les termes de l'équation ne sont plus les mêmes : s'il n'est pas question pour Esmein de contester le suffrage universel, l'objectif est bien d'en limiter les effets pour préserver l'idée de représentation.

La conception et la définition de la nation vont donc jouer un rôle essentiel dans la construction de la théorie constitutionnelle d'Esmein. Sous sa plume, la nation devient une fiction juridique, une entité abstraite équivalente à la notion d'État mais bien distincte du corps des électeurs. De sorte que ce dernier est considéré comme chargé d'exercer la souveraineté au nom de son titulaire d'origine : la nation. C'est donc sur les bases de cette

---

[1] M. Deslandres, « Étude sur le fondement de la loi », *RDP*, 1908, t. XXVIII, p. 16.
[2] É. Boutmy, « À propos de la souveraineté du peuple », *Annales des sciences politiques*, 1904, p. 153-184.
[3] Nous constaterons dans les développements à suivre que Léon Duguit ou Charles Benoist contestent la conception même de « souveraineté », *a fortiori* celle de « souveraineté de la nation ».
[4] P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 231.
[5] Sur la notion de souveraineté de la raison sous la Monarchie de Juillet, voir A. Laquièze, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2002, p. 109-120.

définition que se construit toute la conciliation entre le gouvernement représentatif et la souveraineté nationale (Section 1). Toutefois, la conception esmeinienne de la nation est un travail progressif. On constate que l'affirmation de la nation comme titulaire de la souveraineté d'origine trouve sa pleine expression dans les *Éléments de droit constitutionnel* en 1896 alors qu'elle émergeait à peine dans son premier écrit de droit constitutionnel[1] paru en 1894 à la *Revue du droit public*. Mais cette interprétation de la souveraineté nationale, présentée comme « un principe général du droit constitutionnel » est guidée par un objectif précis de limitation de la démocratie, de sorte que sa conciliation avec une réalité constitutionnelle autre que celle de la France se trouve confrontée à quelques difficultés théoriques comme cela sera le cas avec la monarchie constitutionnelle anglaise (Section 2).

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *op. cit.*, p. 15-41.

Section 1

Le fondement de la conciliation : la définition de la nation comme titulaire de la souveraineté

Opérer une distinction entre le titulaire originaire de la souveraineté et le corps qui sera chargé de l'exercer au moyen de l'élection de représentants ne constitue pas, en soi, une originalité propre à la théorie d'Adhémar Esmein. La grande majorité des publicistes de la fin du XIXe siècle envisage en effet une différenciation entre le titulaire premier de la souveraineté – « peuple » ou « nation » – et les électeurs, c'est-à-dire les membres titulaires de *droits politiques*. C'est ce qu'exprime Édouard Laboulaye dans ses *Questions constitutionnelles* en évoquant la représentation de la nation par les citoyens titulaires de ces droits politiques. Le chapitre de l'ouvrage consacré à la notion de souveraineté expose : « C'est la nation, *représentée par les citoyens mâles et âgés de plus de vingt et un ans*, qui choisit elle-même le gouvernement sous lequel il lui plaît de vivre, et qui organise, ou qui fait organiser par ses mandataires les institutions qui lui conviennent »[1].

Si les *Éléments de droit constitutionnel* ne font pas œuvre d'originalité, Esmein amorce une clarification lexicale en postulant l'existence de la « nation » comme titulaire originaire de la souveraineté. Toutefois – nous l'avons relevé dans la partie précédente – la lecture de l'ensemble de son oeuvre peut laisser une impression de confusion quant à la définition de la nation. Les termes « nation », « État », « peuple » et même « patrie » offrent en effet des occurrences très nombreuses dans ses ouvrages et articles, mais jamais l'auteur n'en fournit de définition formelle. Tout au plus laisse-t-il au lecteur le soin d'agréger les divers éléments de définitions semées au sein de son œuvre.

Il convient donc de tenter de dessiner les contours d'une définition de la nation au moyen de ces éléments, et ainsi comprendre par quels moyens s'opère cette distinction entre le titulaire originel de la souveraineté et celui chargé de l'exercer. L'examen de l'œuvre d'Esmein permet alors de remarquer que la nation est déterminée à la fois positivement et négativement en se définissant par ce qu'elle est, mais aussi et surtout par ce qu'elle n'est pas. Ainsi, on constate d'abord dans la pensée d'Adhémar Esmein une identification des concepts de nation et d'État (I). Ces deux notions résultent toutes deux d'un processus d'abstraction et de personnification qui permet alors à l'auteur d'instiller progressivement dans ses travaux la distinction entre « la nation » et « le corps électoral » (II).

[1] É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles, op. cit.*, p. 411, nous soulignons.

I
La nation, versant politique de l'État

L'introduction de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* démontre avec éclat toute l'importance de la nation dans la pensée d'Esmein, conçue comme une des « notions essentielles à l'intelligence du droit constitutionnel »[1].

Le premier paragraphe de l'introduction est pourtant consacré à la notion d'État. On relève un rapport intrinsèque entre État et nation. Esmein établit en effet dès les premières lignes de son ouvrage un lien consubstantiel entre les deux termes en professant que « L'État est la personnification juridique de la nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique »[2]. Il précise cette notion d'État dans le développement suivant, en la définissant au moyen du concept de nation et en le réduisant *in fine* à celui de « souveraineté » : « Le fondement même du droit public consiste en ce qu'il donne à la souveraineté, en dehors et au-dessus des personnes qui l'exercent à tel ou tel moment, un sujet ou titulaire idéal et permanent, qui personnifie la nation entière : cette personne morale, c'est *l'État*, qui se confond ainsi avec la souveraineté, *et qui en est l'expression supérieure*. Mais cette abstraction puissante et féconde est un produit lentement dégagé de la civilisation…»[3]. Cette assertion est renouvelée quelques lignes plus bas. Et on constate que l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* considère en conséquence que la nation et l'État sont tout deux titulaires de la souveraineté : « L'État, sujet et titulaire de la souveraineté, n'étant qu'une personne morale, une fiction juridique, il faut que la souveraineté soit exercée en son nom par des personnes physiques, une ou plusieurs, qui veuillent et agissent pour lui. *Il faut que*[4] la souveraineté, à côté de son titulaire perpétuel et fictif, ait un autre titulaire actuel et agissant, en qui résidera nécessairement le libre exercice de cette souveraineté »[5].

On comprend donc à la lecture de cette première édition des *Éléments de droit constitutionnel* qu'Esmein appréhende à la fois l'État et la nation comme titulaires de la souveraineté. Mais la souveraineté est unique et ne peut tolérer l'existence de deux puissances qui en seraient titulaires. De sorte que la nation et l'État ne sont ni confondus

---

[1] J. Delpech, « Compte rendu de *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, par M. A. Esmein, 2ème éd., Paris, Larose, 1899 », *RDP*, 1899, tome XII, p. 535.
[2] *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 1.
[3] *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 1-2, nous soulignons. La formulation sera modifiée dans la 3e édition de l'ouvrage : « Le fondement même du droit public consiste en ce qu'il donna à la souveraineté, en dehors et au-dessus des personnes qui l'exercent à tel ou tel moment, un sujet ou titulaire idéal et permanent, qui personnifie la nation entière : cette personne morale c'est l'État, qui se confond ainsi avec la souveraineté, *celle-ci étant sa qualité essentielle* », *Éléments…*, 3e éd., *op. cit.*, p. 1-2.
[4] Là encore on constatera une modification de la formulation de la phrase dans la 3ème édition dans laquelle Esmein écrit : « *Il est naturel et nécessaire* que la souveraineté, à côté de son titulaire perpétuel et fictif, ait un autre titulaire… », *Éléments…*, 3e éd., *op. cit.*, p. 3.
[5] *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 3. Sur l'affirmation de l'État en tant que fiction juridique chez Adhémar Esmein, nous renvoyons à l'ouvrage de Guillaume Sacriste qui relève la contestation émise par le marquis de Vareilles-Sommières dans la *Revue catholique des institutions et du droit* en 1901 à propos de l'opinion d'Esmein et de l'apparente contradiction entre les expressions « abstraction puissante » et « fiction juridique » : voir G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 255-256.

ni opposés, mais forment un objet unique à deux faces[1] : l'une politique ou sociologique – la nation – et l'autre juridique : l'État. On retrouve ici, à ceci près que la « nation » est identifiée au « peuple », la formulation utilisée par Victor Emmanuel Orlando dans son article intitulé « Du fondement juridique de la représentation politique » publié à la *Revue du droit public* en 1895 et qui expose tous les tenants et aboutissants du débat juridique de la fin du siècle sur la représentation et sa conciliation avec le principe de souveraineté nationale. Le professeur de droit public italien explique ainsi : « "Peuple" et "État" sont les deux faces, systématiquement distincte d'une idée essentiellement unique. Le "peuple" trouve dans l'État sa personnification juridique ; "l'État" trouve dans le peuple l'élément matériel qui le constitue »[2]. On constate donc que les deux concepts de nation et d'État sont indissociables dans la pensée d'Esmein. C'est par le truchement de la fiction de la « personnalité morale » conférée à l'État que ce dernier constitue la traduction juridique de la nation en lui offrant les moyens juridiques de son exercice et de son expression.

La première édition des *Éléments de droit constitutionnel* ne renseignera pas plus le lecteur sur ces notions. On se contentera d'apprendre que les concepts de nation et d'État sont indissociables. Toutefois, si les concepts sont indissociables, ils ne sont pas pour autant confondus ou substitués l'un à l'autre.

Car l'assimilation des concepts d'État et de nation est extrêmement fréquente dans la doctrine constitutionnelle française de la fin du XIXe siècle, c'est d'ailleurs ce que relève Orlando[3]. La confusion des notions semble en effet complète, et l'emploi des termes paraît indifférencié.

Félix Berriat Saint Prix considérait déjà en 1850 que « la patrie, la république, l'état, le peuple, la nation sont une seule et même personne collective, revêtue de noms différents »[4] et qu'ainsi la nation se confond avec l'État[5]. Édouard Laboulaye substitue également les concepts, assimilant la nation à l'État[6], mais aussi l'État lui-même à la souveraineté : « l'État, ou si l'on veut la souveraineté, a des limites naturelles où finit son pouvoir et son droit »[7]. De manière assez sibylline, Félix Moreau considère lui dans son *Précis* que l'État est formé par une « société humaine vivant d'une vie propre »[8] et que lorsque « le peuple s'identifie avec la société et que toutes les vies individuelles collaborent

---

[1] Dans son étude, Marie-Joëlle Redor affirme que « Dans ces conditions, État et nation apparaissent comme désignant un même objet étudié sous deux angles différents. Ce qui sépare encore les deux concepts tient à une question de point de vue : la notion de la souveraineté nationale relève de la théorie politique, voire sociologique de l'État ; l'État souverain est au contraire envisagé sous l'angle de la théorie juridique », *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 54. Florian Linditch expose la même analyse : « La notion [de nation] serait en définitive le versant sociologique de l'État, extérieur comme tel au domaine juridique, tandis que la personnalité morale serait l'instrument principal d'appréhension de l'État par le juriste », « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, ss. dir. O. Beaud et P. Wachsmann, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, n°1, 1997, p. 195.

[2] V.-E. Orlando, « Du fondement juridique de la représentation politique », *RDP*, 1895, t. III, p. 20.

[3] « Ce point est si connu de notre science qu'il n'est pas nécessaire d'y insister », *Ibid*.

[4] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…*, *op. cit.*, p. 172, note 2.

[5] Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…*, *op. cit.*, p. 163 ou encore p. 232.

[6] Voir É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 411 et p. 414.

[7] É. Laboulaye, *L'État et ses limites*, *op. cit.*, p.6.

[8] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 26.

à la vie sociale, le peuple se compose de tous les individus, sans distinction, qui composent l'État »[1].

Lorsque paraissent les *Éléments de droit constitutionnel* en 1896, l'auteur fait œuvre de clarification. Les concepts de nation et d'État sont indissociables mais ils ne sont pas pour autant confondus, seul l'un des deux se définissant par sa personnalité morale. Cette distinction inaugurée par Esmein, au moyen de la personnalisation juridique de l'État, n'est alors pas encore totalement ancrée dans les esprits. Ainsi Combothécra procède à une assimilation des termes. Dans l'un de ses articles paru à la *Revue du droit public* en 1897, le juriste envisage les concepts d'État et de peuple – lui-même confondus avec la nation[2] – comme des synonymes sans pour autant relever l'aspect juridique du premier et sociologique du second : « Nous croyons, au contraire, que la souveraineté appartient non seulement au peuple – le mot peuple étant pris comme synonyme de l'État – mais qu'en outre, l'exercice de la souveraineté ne peut appartenir qu'à lui seul »[3].

Il est particulièrement intéressant d'étudier les *Éléments de droit constitutionnel* dans leurs éditions successives et ainsi en relever les évolutions. L'introduction – qui constitue le socle conceptuel de l'ouvrage mais aussi plus largement le socle conceptuel de la théorie d'Esmein – subit de larges modifications, apportant de nombreuses et précieuses précisions quant à la théorie de l'État et de la nation.

On remarque que les troisième et cinquième éditions de l'ouvrage – respectivement parues en 1903 et 1909 – sont d'une importance capitale par l'addition de développements qui viennent étoffer la théorie de l'État exposée quelque peu lapidairement en 1896. Le lecteur des éditions successives des *Éléments de droit constitutionnel* comprend aisément la raison de ces additions qui sont, pour la plupart[4], concentrés sur le caractère indissociable

---

[1] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 35. L'assimilation de la nation et de l'État ne semble pourtant pas faire de doute dans la pensée de Félix Moreau puisque son *Précis élémentaire* expose que l'État ne peut prendre vie qu'au moyens des éléments généralement avancés pour la constitution d'une nation : « Pour que l'État existe, il ne suffit pas que plusieurs hommes vivent ensemble, habitent le même territoire, reçoivent les mêmes lois d'un même maître ; de tels faits ne peuvent que former un agrégat artificiel et sans vie. La vie de l'État commence seulement lorsque sont réunies les conditions nécessaires ; elle veut entre les membres du corps qu'elle anime, une communauté suffisante de race, de religion, de civilisations, de mœurs publiques et privées, d'organisation sociale, politique, domestique ; encore faut-il que le temps ait donné aux liens ainsi formés la consécration de la durée », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 26.

[2] « L'ensemble des individus qui composent l'État aura beau se figurer attribuer la souveraineté à tel ou tel organe de l'État, il reste en fait toujours le maître ; il reste toujours le vrai souverain. Si donc le peuple, la nation, a toujours la souveraineté tant que l'État souverain subsiste, c'est qu'il y a impossibilité matérielle à ce qu'un autre être quelconque ait cette souveraineté », X. Combothécra, « La conception de la souveraineté », *RDP*, 1897, t. VIII, p.261.

[3] X. Combothécra, « La conception de la souveraineté », art. cité, p. 260. L'assimilation entre le peuple et la nation est affirmée un peu plus loin : « L'ensemble des individus qui composent l'État aura beau se figurer attribuer la souveraineté à tel ou tel organe de l'État, il reste en fait toujours le maître ; il reste toujours le vrai souverain. Si donc le peuple, la nation, a toujours la souveraineté tant que l'État souverain subsiste, c'est qu'il y a impossibilité matérielle à ce qu'un autre être quelconque ait cette souveraineté », X. Combothécra, « La conception de la souveraineté », art. cité, p.261. Marie-Joëlle Redor signale également dans son étude que Gabriel Tarde opère la même assimilation entre État et nation : voir G. Tarde, *Les transformations du pouvoir*, Paris, Alcan, 1899, p. 19.

[4] Esmein intègre également dans l'introduction de la 3e édition des développements relatifs à la Constitution de la fédération australienne : voir *Éléments…*, 3e éd., *op. cit.*, p. 8-13. Cette édition de 1903 offre également quelques précisions supplémentaires sur la notion de gouvernement légal et son opposition au gouvernement arbitraire : voir *Éléments…*, 3e éd., *op. cit.*, p. 15-16. La cinquième édition, outre les ajouts relatifs au concept d'État, intègre quelques lignes nouvelles consacrée à la notion de « patrie » sur laquelle nous reviendrons et réaffirme par l'ajout d'un court paragraphe tout l'intérêt de la constitution fédérale australienne quant à l'étude du gouvernement représentatif et parlementaire : voir *Éléments…*, 5e éd., *op. cit.*, p. 2 et p. 13.

des deux concepts que sont la nation et l'État. Les ajouts des deux éditions précitées – la troisième de 1903 et la cinquième de 1909 – s'expliquent par les travaux de Duguit qui, par les théories développées dans deux de ses ouvrages, vient saper la quasi-totalité des fondements de la théorie esmeinienne en en réfutant les concepts-clés. C'est donc au motif de la parution en 1901 de *L'État, le droit objectif et la loi positive*[1], puis de celle du *Manuel de droit constitutionnel*[2] en 1907, qu'Esmein consolide sa théorie en précisant le contenu des concepts de nation et d'État. L'introduction est donc complétée à partir de 1903 par une quatrième section intitulée « De quelques théories nouvelles »[3], section qui s'enrichira d'une vingtaine de pages en 1905 sous le titre « De quelques théories produites au XIXe et XXe siècles »[4].

Les premières années du XXe siècle voient Esmein et Duguit se livrer à une bataille doctrinale : l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* entend « combattre énergiquement les conclusions principales »[5] de son « cher et distingué collègue »[6] de la faculté de Bordeaux. La période est à n'en pas douter la plus propice aux débats entres juristes : la notion d'État et ses caractères offrent en effet un champ d'investigation et de controverses comme rarement le droit public en a connu. Il est remarquable que les ouvrages d'Esmein et de Duguit – ou du moins les introductions de leurs ouvrages – se construisent progressivement par opposition. Mais cette bataille ne se résume pas à la simple confrontation des écrits deux juristes. Elle relève plus globalement d'une opposition entre deux écoles[7] de droit public, voire entre deux générations de juristes[8], l'une tenante d'une théorie fictive et emmenée par Esmein, l'autre défendant une conception réaliste du droit sous l'autorité de Duguit[9].

---

[1] Voir L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901. L'ouvrage sera suivi en 1903 de *L'État, les gouvernants et les agents* : Voir L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903.

[2] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907.

[3] *Éléments…*, 3ème éd., *op. cit.*, p. 25-38.

[4] *Éléments…*, 5ème éd., *op. cit.*, p. 26-51.

[5] *Éléments…*, 3ème éd., *op. cit.*, p. 27.

[6] *Ibid*. On remarquera qu'à partir de la 5ème édition, Esmein évoque son « cher et *éminent* collègue », *Éléments…*, 5ème éd., *op. cit.*, p. 27.

[7] À propos de la doctrine de Duguit, Fabrice Melleray écrit : « Duguit fut véritablement un chef d'école, phénomène nettement moins courant dans les disciplines juridiques que dans d'autres disciplines académiques », F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détrôné », *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, ss dir. N. Hakim et F. Melleray, *op. cit.*, p. 219. Sur cette « école duguiste », voir F. Melleray, « École de Bordeaux, école du service public et école duguiste. Propositions de distinction », *RDP*, 2001, p. 1887.

[8] « Pourquoi un tel succès ? [de Duguit]. On peut penser d'abord que l'ampleur et la nouveauté du projet ont séduit les juristes. Au début du siècle, la doctrine publiciste est encore en train de se constituer. La génération précédente a été marquée par Ducrocq, Aucoc, et surtout Laferrière qui a, le premier, tenté une synthèse du droit administratif. Or ce droit a connu une évolution très raide, le traité de Laferrière s'est trouvé dépassé et les retouches successives apportées par d'autres auteurs se sont avérées insuffisantes. Duguit apparaît alors comme celui qui à la fois réactualise la synthèse et l'ouvre vers l'avenir. Un tel projet ne pouvait que séduire ceux qui ne se contentaient plus de décrire un système dont il fallait bien admettre qu'il avait perdu sa cohérence au fil des bouleversements introduit par la jurisprudence », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 65. Sur les générations de juristes français, voir notamment J. Bouineau, « Racines universitaires de Romuald Szramkiewicz », *Hommage à Romuald Szramkiewicz*, ss. dir. J. Lafont, Paris, Litec, 1998, p. 367-399.

[9] À propos de l'influence de Léon Duguit et de sa théorie sur ses collègues juristes : voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 64-66.

Les reproches qu'Esmein oppose aux principaux points de la théorie de Duguit peuvent être résumés en une phrase. Aux yeux d'Esmein, la doctrine du professeur de Bordeaux n'a qu'une conséquence, et non des moindres : abattre définitivement la théorie de l'État moderne conçue[1] au XVIe siècle par Bodin. En niant la suprématie de l'État comme forme d'organisation sociale, Duguit exclut donc que l'État - indissocié de la personne des gouvernants - exerce un droit de souveraineté sur les membres de cette même collectivité. Ainsi sont mis à mal les postulats fondant la théorie de l'État d'Adhémar Esmein et de la doctrine classique de la fin du XIXe siècle, à savoir que l'État est souverain parce qu'il est l'incarnation juridique de la nation.

Il faut attendre la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* pour obtenir de l'auteur un approfondissement du contenu de la notion d'État. Esmein expose les trois éléments cumulatifs qui composent un État. Il énonce que le territoire[2], le pouvoir de contrainte[3] et la nation[4] en constituent les critères, sans lesquels l'État ne peut être reconnu juridiquement comme tel. Cette affirmation vise uniquement à contrer les théories produites par « les sociologues proprement dits, qui ne sont point des juristes »[5] et vise par là même à renforcer l'opposition fondamentale déjà relevée[6] entre la sociologie et le droit constitutionnel. Esmein reproche à Duguit de se situer sur le terrain de la sociologie en considérant que l'État n'est qu'une forme d'organisation sociale parmi d'autres et qu'il ne constitue pas par lui-même une forme supérieure aux autres. Cette absence de hiérarchie, au sens juridique, entre les diverses formes d'organisation sociale est donc une erreur fâcheuse aux yeux d'Esmein mais, pire encore, elle constitue un véritable danger : « Ces théories qui tendent à donner à l'État la même nature qu'aux autres associations formées entre les hommes et qui sont moins nouvelles qu'elles n'en

---

[1] Voir G. Mairet, « Bodin, Les Six Livres de la République », *Dictionnaire des œuvres politiques*, *op. cit*, p.164.

[2] « Elle [la Société-État] recouvre un territoire déterminé et englobe forcément, qu'ils le veuillent ou non, tous ceux qui sont établis sur ce territoire. Il y a plus : elle peut les retenir alors même qu'ils voudraient se détacher d'elle. Dans le doute, aujourd'hui, les États civilisés tolèrent la naturalisation de leurs sujets en pays étranger. Mais, s'ils le trouvaient utile, ils pourraient l'interdire, de même qu'ils ne souffrent point qu'un groupe de leurs sujets, formant une division territoriale, se détache et se sépare, pour constituer un État à part », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 34.

[3] « La Société-État est la seule qui puisse, non seulement commander souverainement à ses membres, mais encore sanctionner légitimement ses ordres par la contrainte et la force matérielles. Elle exerce la mainmise sur les choses et sur les personnes ; elle saisit et elle punit. Sans doute certains théoriciens négligent cette contrainte légitime comme irrelevante, le droit pouvant exister sans elle. Mais je crois au contraire qu'elle est un caractère du droit proprement dit, du droit humain, distinct de la morale et de la religion. Les règles qui régissent les rapports entre les hommes ne deviennent du droit que lorsqu'elles ont été reconnues par eux et munies d'une sanction. Jusque-là le droit reste embryonnaire, il n'est point complètement formé, alors même que la coutume commence à en balbutier les règles, sans pouvoir encore les imposer », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 35.

[4] « La Société-État incarne un fait social, qui ne se retrouve dans aucun groupement humain et dont elle est la traduction juridique et la réalisation parfaite. Elle correspond à une nation. Sans doute celle-ci s'est elle-même formée d'éléments antérieurs, et même souvent de groupes plus anciens, jusque-là indépendants. Mais par la formation d'une unité nationale, tout cela s'est fondu dans un corps plus vaste, lorsqu'il s'agit d'un État unitaire ; ou tout du moins, ces groupes se sont combinés et soumis à une autorité plus haute, lorsque la nation a pris la forme fédérative », *Ibid*.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 32. Esmein réaffirme ici l'opposition entre sociologie et droit constitutionnel qui a été relevé dans la première partie de cette étude.

[6] Esmein réaffirme ici l'opposition entre sociologie et droit constitutionnel qui a été relevé dans la première partie de cette étude. Sur l'émergence des sciences sociales dans le champ politique et juridique au cours du XIXe siècle, voir notamment P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, *op. cit.*, p. 141-146.

ont l'air, me paraissent à la fois inexactes et dangereuses, lorsqu'on les applique à la construction du droit public »[1].

Les *Éléments de droit constitutionnel* – dans la version de 1903 – citent abondamment l'ouvrage[2] de Duguit tout en rappelant que la négation de la supériorité de l'État sur les autres formes d'organisation sociale était une opinion déjà défendue par Jellinek[3]. Esmein s'emploie à détruire l'argumentation de l'un et de l'autre. Si Duguit avance, sous l'autorité de Hermann Rehm[4], que l'Église d'Occident a constitué une entité sociale supérieure à l'État, Esmein contre l'exemple en expliquant que cette situation était due à la disparition pure et simple de l'État au profit de la féodalité. Mais surtout il constate que l'Église catholique ne possédait aucun des trois éléments qui font, selon lui, de l'État une entité supérieure : « Sans doute, comme le remarque Rehm, aux XIIe et XIIIe siècles l'Église catholique, sans avoir vraiment les deux premiers caractères relevés ci-dessus [le territoire et le pouvoir de contrainte légitime], ni surtout le troisième (car elle était universelle et non pas nationale), exerçait un véritable empire sur les peuples et sur les individus. Mais c'était une époque où la notion de l'État subissait une éclipse. L'État, proprement dit, émietté par la féodalité, n'existait plus en Occident et l'Église, restée à peu près intacte au milieu de l'anarchie ambiante, se substituait à l'État dans le gouvernement des hommes »[5]. Il en va de même lorsque Jellinek nie que l'État puisse être considéré comme la forme la plus aboutie d'organisation sociale – il évoque « la limite »[6] de la société – en prétextant l'existence d'une société internationale ou plus précisément interétatique. Esmein proteste en arguant que le critère du droit de contrainte légitime est là encore absent, sans même se pencher sur les deux autres critères : « Le droit international public, faute de ce droit de contrainte qui réside dans l'État, est encore un droit incomplètement formé »[7].

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 34.

[2] Il s'agit de *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 33-34.

[3] Esmein cite un large extrait de *Das Recht des modernen Staates, Ibid*.

[4] « On arrive alors à ceci : d'après la théorie régnante de l'État, on doit le définir comme la collectivité qui se trouve en possession de la puissance suprême, et par là on doit entendre une puissance de droit. Cette définition, dit Rehm, est-elle exacte ? Si elle l'est, il ne peut y avoir à côté de l'État aucune collectivité ayant une puissance juridique aussi haute, et au-dessus de l'État aucune collectivité supérieure. Or, en jetant un coup d'œil sur les formations étatiques passées et présentes, on peut sérieusement se demander s'il n'y a pas eu et s'il n'y a pas encore des collectivités supérieures, Rehm indique l'Église catholique au XIIIe siècle et la communauté internationale moderne », L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive, op. cit.*, p.231-232, cité par Esmein, *Éléments…, op. cit.*, p. 33-34.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 36.

[6] « La famille, les associations, les communes, les Églises, l'État, sont des formes d'unions organisées auxquelles s'opposent, comme unions inorganiques, les classes laborieuses et aussi les nationalités, les professions libérales, les partis politiques et religieux et jusqu'au réunions sociales éphémères amenées par la vie de chaque jour, jusqu'à l'acte commun des masses d'une grande ville s'attroupant soudainement. Cette conception de la société comprend en elle l'État, de même que l'État n'en est point la limite. Les unions organiques ou inorganiques, s'étendent au-delà de chaque État particulier. Les États eux-mêmes peuvent former des groupes sociaux. Le commerce international démesurément développé et le droit international sont possibles uniquement parce que la société cache en elle un certain nombre d'éléments internationaux », G. Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*, tome I, Berlin, 1900, p.86-87, cité par Esmein, *Éléments…, op. cit.*, p. 32-33.

[7] Il poursuit : « Le droit international privé est arrivé à une réalisation presque complète, parce que chaque État lui prête son autorité, met à son service ses tribunaux et sa force publique, en fait une partie de son droit national ; mais il en résulte qu'il existe presque autant de systèmes divers du droit international privé qu'il y a de grands États civilisés », *Éléments…, op. cit.*, p. 36.

Le vrai danger de la doctrine duguiste est donc identifié par Esmein : c'est la négation pure et simple de la théorie de l'État moderne. Son argumentation puise alors au plus profond des origines de la théorie, jusque dans *Les Six Livres de la République*. En référence directe à Bodin, usant d'un vocabulaire semblable, l'introduction de la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* expose ainsi que le droit public « depuis qu'il existe repose sur l'idée de *la puissance souveraine* qui caractérise l'État et ne peut appartenir qu'à lui. Sans doute, par d'autres traits, l'État ressemble à d'autres groupements humains, et ceux-ci, comme lui, contribuent au bonheur des hommes et au développement de leurs facultés ; mais par sa souveraineté, c'est une association sans pareille, unique de son espèce. C'est là ce que proclame la science du droit ; lorsqu'elle analyse les phénomènes sociaux pour en dégager, précise et impératives, les règles des rapports entre les hommes »[1].

Cette dangerosité de la négation de la souveraineté de l'État est réaffirmée dans l'addition à l'introduction de la cinquième édition de l'ouvrage en 1909. Les nouvelles critiques d'Esmein sont suscitées cette fois par l'adhésion de Duguit à la doctrine du syndicalisme intégral[2] qu'il exprime au cours d'une Conférence à l'École des hautes études en sciences sociales en mars 1908. Cette conférence donne lieu à un article dans la *Revue politique et parlementaire*[3] de la même année, avant de faire l'objet d'un tiré-à-part[4]. Esmein s'alarme du fait que son collègue de la Faculté de Bordeaux franchisse une nouvelle étape dans son processus de destruction théorique de l'État moderne par cette adhésion au principe du syndicalisme. Duguit estime que le syndicalisme est « un mouvement qui tend à donner une structure juridique définies aux différentes classes sociales, c'est-à-dire aux groupes d'individus qui sont déjà unis par l'égalité de besogne dans la division du travail social. […]. Alors s'établit une coordination des diverses classes entre elles, qui réduit au minimum les luttes sociales et protège en même temps l'individu fortement encadré dans son groupe contre les revendications des autres classes et contre l'arbitraire d'un pouvoir central »[5].

Ainsi, de l'obligation faite à chaque classe sociale de former un syndicat, il résulte que le syndicat devient, dans la pensée de Duguit, la forme d'organisation sociale de référence et la seule dotée des prérogatives de la souveraineté. Cette théorie recèle deux vices principaux aux yeux d'Esmein. Le premier vice relevé par les *Éléments de droit constitutionnel*, c'est la disparition progressive de l'État moderne au profit de ces syndicats désorganisés : « Mais ces syndicats, ainsi ligués contre l'État, ne sont eux-mêmes que des

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 34, nous soulignons. L'introduction offre une seconde référence explicite au *Six Livres de la République* en renvoyant au chapitre sept du troisième Livre : *Éléments…, op. cit.*, p. 36.

[2] Esmein rappelle dans l'introduction de la 5ème édition des *Éléments de droit constitutionnel* que la théorie du syndicalisme puise dans « la semence jetée par Proudhon » au XIXe siècle et cite ainsi de larges extraits de *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la Révolution*. Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 47.

[3] L. Duguit, « Le syndicalisme », *RPP*, 1908, tome LVI, p. 472-481.

[4] L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, Alcan, 1908.

[5] L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, op. cit.* p. 120. Il poursuit plus loin en réaffirmant cette définition : « Le syndicalisme, c'est l'organisation de cette masse amorphe d'individus ; c'est la constitution dans la société de groupes forts et cohérents, à structure juridique précisée, et composés d'hommes déjà unis par la communauté de besogne sociale et d'intérêt professionnel », L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, op. cit.* p. 121. Voir également L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Boccard, 2e éd., 1921, p. 509 et suivantes.

forces déchaînées, dont les luttes se donneront un libre cours, lorsqu'il n'y aura plus au-dessus d'elles une autorité souveraine pour les maintenir et empêcher les violences »[1].

Il s'agit là pour l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* de la doctrine la plus dangereuse de Duguit, et donc d'un nouveau combat[2] à mener. En transférant le pouvoir de commander ou d'ordonner des gouvernants aux organisations syndicales, Duguit signe l'arrêt de mort de l'État moderne : « Jusque là, elles [les théories de Duguit] pouvaient paraître inoffensives. Car tout en niant la souveraineté de l'État, elles laissaient, sous une autre forme à l'autorité publique, aux gouvernants, les prérogatives essentielles et nécessaires. Mais, depuis, M. Duguit a fait une adhésion éclatante à d'autres doctrines qui, elles non plus, ne sont pas nouvelles, mais qui sont fort menaçantes pour la société politique et qui tendent à détruire l'État en fait aussi bien qu'en droit »[3].

La théorie du syndicalisme présente un second danger, et non le moindre, aux yeux d'Esmein : l'absence de garantie offerte à la liberté individuelle. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* considère en effet que le système présenté par Duguit n'offre aucune garantie à l'individu quant au respect de ses droits. Rien ne prémunit l'individu, membre du syndicat, contre « la tyrannie » exercée par les autres membres : « C'est un fait prouvé par l'expérience, que la majorité devient de plus en plus oppressive à mesure que la société dont elle traduit la volonté se rétrécit. La tyrannie du syndicat souverain sur ses membres serait autrement plus puissante et jalouse que peut l'être, dans un pays libre, celle du gouvernement contrôlé par les assemblées représentatives, par la presse, par l'opinion publique. Le syndicat souverain, lorsque le gouvernement ne sera plus qu'un agence de renseignements, fera la loi qu'il appliquera ou plutôt gouvernera sans loi »[4]. C'est alors la négation complète des principes qui fondent l'ensemble du discours constitutionnel d'Esmein. Le transfert des prérogatives de la souveraineté de l'État aux syndicats emporte l'anéantissement de la liberté individuelle par l'inévitable arbitraire qu'exercera la majorité sur la minorité.

Les *Éléments de droit constitutionnel*, sans conclure formellement à l'anarchie pure et simple, exposent que le système proposé conduit à la reformation pure et simple de la société féodale, ce qui d'ailleurs ne trouble pas Duguit lui-même[5]. En guise de conclusion à cette introduction largement remaniée, Esmein s'insurge alors contre la conséquence générale de cette théorie du syndicalisme intégral : « Un retour à la féodalité, même celle du XIIIe siècle ! Proposer l'exploitation féodale à ceux qui dénoncent l'exploitation patronale et capitaliste ! Que nous sommes loin de nos philosophes du XVIIIe siècle, inspirateurs de la Révolution, qui ne songeaient qu'à faire vivre les hommes en paix, dans

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 56.

[2] « Il nous apparaît utile de nous y arrêter quelques instants et tout d'abord de rappeler quelle mine a produit le métal dont sont faites ces armes de combat », *Éléments…, op. cit.*, p. 47.

[3] *Ibid*.

[4] Il poursuit plus bas : « Il m'est impossible de comprendre comment être fortement encadré dans un groupe social est une garantie contre la tyrannie de ce groupe sur ses membres », *Éléments…, op. cit.*, p. 56.

[5] Duguit écrit en effet : « Avec plusieurs historien modernes, je crois qu'après beaucoup de luttes, de violences, la féodalité nous a offert un moment, au XIIIe siècle, l'exemple d'une société, d'ailleurs très cosmopolite, dont les classes hiérarchisées et coordonnées étaient unies entre elles par un système de conventions, qui leur reconnaissaient une série de droits et de devoir réciproques, sous le contrôle du roi, suzerain supérieur chargé, suivant la belle expression de faire régner " l'ordre, la paix et la justice ", c'est-à-dire d'assurer l'accomplissement par chaque groupe des devoirs que lui imposait sa place dans l'arrangement social », L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, op. cit.* p. 121.

l'égalité des droits et en pleine liberté, sous l'empire de la raison et la garantie de la souveraineté nationale ! »[1].

En fait d'État, Léon Duguit ne reconnaît que « les gouvernants » opposés aux gouvernés. L'État n'est pas un être collectif et abstrait censé pourvoir au bien commun des membres de la collectivité mais il est identifié aux gouvernants, c'est-à-dire aux personnes physiques énonçant des ordres à l'intention « des gouvernés ». C'est déjà ce qu'il exprimait en 1894 dans un article paru à la *Revue internationale de sociologie* : « D'après son origine même, dans sa définition simple et irréductible, l'État est un organe social, constitué par un ou plusieurs individus, qui donnent des ordres à tous les autres membres de l'association ; les ordres sont acceptés et obéis, parce que ceux qui les reçoivent ont conscience des besoins qu'implique l'existence commune, et de la nécessité qui s'impose d'assurer la satisfaction de ces besoins communs »[2]. Il s'agit là de la définition constante que Duguit donne à l'État et que l'on retrouve dans la majorité de ses ouvrages[3], à commencer par *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Le fossé entre la doctrine de Duguit et celle d'Esmein est évident. Pour l'un, l'État se résume aux gouvernants en tant que personnes physiques. Pour l'autre, l'État personnifié se distingue à la fois des gouvernants et des gouvernés par la supériorité dont il dispose sur eux. Esmein résume en quelques lignes sa conception de l'État : « la souveraineté ne doit jamais être exercée que dans l'intérêt de tous : c'est ce qu'on atteste en lui donnant pour sujet une *personne fictive*, distincte de tous les individus qui composent la nation, distincte des magistrats et des chefs aussi bien que des simples citoyens »[4].

À partir de là, Duguit établit que « les ordres » énoncés par les gouvernants n'expriment en rien la volonté de la collectivité, mais seulement leur volonté propre de personnes physiques : « Nous avons affirmé que les gouvernants n'avaient pas le droit de commander en tant que gouvernants, parce qu'une volonté individuelle était toujours égale à une autre volonté individuelle ; parce qu'aucun homme n'avait le droit de commander à un autre homme, parce que même l'unanimité moins un n'avait pas le droit de commander à un homme »[5]. Ainsi nie-t-il fermement le droit de commander, entendu comme *droit subjectif*, aux gouvernants en leur reconnaissant seulement l'obligation de se

---

[1] Esmein poursuit en conclut : « M. Duguit, dans son Syndicalisme, ne dit point comment l'ordre public sera maintenu et la justice administrée dans la future société. Il est vrai que, sans doute pour longtemps encore, il entrevoit l'existence d'un pouvoir public et central assez fort. C'est ainsi qu'il parle d'un pouvoir législatif exercé par deux Chambres : " une chambre composée des élus des groupes syndicaux peut seule constituer un contrepoids à la puissance d'une chambre représentant les individus, serait-elle élue au système de la représentation proportionnelle ". Il laisse sans doute aussi subsister le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Est-il besoin d'ajouter qu'il répudie énergiquement et condamne le syndicalisme révolutionnaire et la grève générale ? », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 57-58.

[2] Duguit poursuit : « Dès ses origines, l'État a revêtu des formes diverses ; mais il a toujours eu le même critère essentiel. Tantôt l'ordre est donné par un seul à tous ; c'est ou ce sera la monarchie. Tantôt l'ordre est donné par quelques-uns à tous ; c'est ou ce sera l'aristocratie. Tantôt l'ordre est donné par la majorité des individus ; c'est ou ce sera la démocratie. Peu importent ces différences : l'État est toujours le produit d'une différenciation entre un plusieurs individus qui commandent, et les autres individus qui obéissent », L. Duguit, « Les fonctions juridiques de l'État moderne », *Revue internationale de sociologie*, 1894, tome II, p. 165.

[3] Voir L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit*, p. 1. Voir également L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 36-41. Ou encore L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *op. cit.*, p. 393-400 et p. 512.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 2, nous soulignons.

[5] L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 424.

soumettre au *droit objectif* créé par le groupe auquel ils commandent[1]. Par l'évidence, se trouve ici nié le principe de souveraineté nationale[2]. Duguit n'a de cesse de le réfuter[3] et à sa suite, un certain nombre de ses disciples[4]. À titre d'exemple : « La Révolution française a solennellement affirmé le principe de la souveraineté nationale ; mais elle ne l'a point appliqué. En fait elle ne le pouvait pas ; car, on l'a dit plus haut, ce célèbre principe n'est qu'un leurre, une fiction, un moyen de gouvernement qui n'a pas plus de valeur réelle que le principe du droit divin »[5].

Pour convaincre du bien-fondé de sa critique, Duguit attaque particulièrement la théorie de la personnalité morale de l'État qui sert de fondement à l'ensemble de la construction du principe de souveraineté nationale chez Esmein.

L'introduction de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* affirme en effet à plusieurs reprises[6] cette personnalité de l'État. Le processus de personnalisation de l'État offre à la nation une traduction juridique et donc une identité au travers de laquelle elle est matériellement apte à exercer la souveraineté dont elle est titulaire. Cela est déjà clairement établi dans la définition de la souveraineté proposée par les *Éléments de droit constitutionnel* qui considèrent que « Ce qui constitue une nation *en droit*, c'est l'existence dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles »[7]. L'État est conçu comme une personne morale, et comme une personne nécessairement fictive. Il s'agit d'une construction intellectuelle et d'une fiction juridique.

Le processus de personnalisation juridique de l'État est une des questions les plus débattues à la charnière des XIXe et XXe siècle dans la doctrine publiciste française[8]. On constate que la majorité des premiers publicistes du XIXe siècle reconnaît la personnalité de l'État. Ce postulat est une idée ancienne en France, « léguée par l'ancien droit, réaffirmée à la Révolution »[9] et qui semble ainsi parfaitement admise[10]. D'autant que cette

---

[1] Voir la synthèse de cette idée clairement exprimée dans le *Traité de droit constitutionnel* : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 513-514.

[2] « En conséquence de ses idées, M. Duguit est amené à repousser ou à condamner un certain nombre de principes capitaux sur lesquels repose, depuis la Révolution américaine et française, le droit public de la France et celui d'une grande partie du monde civilisé : de ce nombre sont la souveraineté nationale, l'égalité devant la loi, le suffrage universel pur et simple », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 39-40.

[3] « Droit divin, volonté sociale, souveraineté nationale, autant de mots sans valeur, autant de sophismes dont les gouvernants veulent leurrer leurs sujets et se leurrent souvent eux-mêmes », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 38. Sur la critique de la doctrine de la souveraineté nationale chez Esmein : voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 434 et suivantes.

[4] Voir par exemple : L. Le Fur, « La souveraineté et le droit », *RDP*, 1908, tome XXV, p. 389-422.

[5] L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 251.

[6] Rappelons que le premier développement de l'introduction expose : « L'État est la personnification juridique d'une nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique », *Éléments…*, *op. cit.*, 1ère éd., p. 1. « Personnifiant la nation, il [l'État] est destiné à durer autant que la nation elle-même », *Ibid.*

[7] *Ibid.*, nous soulignons.

[8] « La notion de personnalité étatique constitue l'un des principaux chapitres de la vaste controverse qui ouvrit le XXe siècle sur la nature des personnes morales en général », F. Linditch, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », art. cité, p. 179.

[9] F. Linditch, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », art. cité, p. 183.

[10] « L'idée qui veut que l'État constitue une personne morale n'a pas été inventée par la doctrine allemande. Léguée par l'ancien droit, réaffirmée à la Révolution, la France la connaît. Elle la connaît même tellement bien que la doctrine juridique ne paraît pas éprouver le besoin de se pencher sur la question », *Ibid.*

personnalisation relève d'un phénomène d'anthropomorphisme qui constitue « une caractéristique de la pensée juridique de cette période »[1].

Certains publicistes conçoivent nettement l'État comme une « personne » censée incarner la société des hommes. Ainsi, Macarel envisage dès 1833 dans ses *Éléments de droit politique* que le souverain - quel qu'il soit - constitue une « personne morale et collective »[2], en précisant qu'il s'agit d'une « personne publique »[3]. La formulation se précisera[4] dans son *Cours d'Administration et de droit administratif* de 1852 : « L'État est la personnification de la société ; l'État, *la plus vaste des personnes morales*, a donc une existence propre, et avec la vie les besoins propres à sa nature »[5]. Pellegrino Rossi exprime la même opinion dans son *Cours* en professant que « L'État est une personne morale, personne complexe il est vrai, mais réelle, car il y a un ensemble d'obligations et de droits qui n'appartiennent qu'à la société en tant que société civile et qui cesserait d'exister, non comme notion mais comme fait, le jour où la société sera dissoute, il y a un ensemble d'obligations et de droits qu'aucun individu ne pourrait réclamer pour lui-même dés que la société aurait cessé d'exister »[6].

Les manuels de droit constitutionnel des deux dernières décennies du siècle se montrent moins diserts sur cette personnalisation de l'État. Le *Manuel* de Théophile Aumaître, qui offre la particularité de ne jamais se pencher sur la notion d'État, n'aborde ainsi jamais la question. D'autres semblent l'éviter comme Félix Moreau qui se limite à définir l'État comme « l'ensemble des fonctions sociales »[7]. Seul Saint Girons s'accorde à reconnaître cette personnalité : « l'État, c'est la personnalité de la nation. Il emprunte toutes ses ressources et toute sa force aux citoyens. Il existe pour eux et par eux, mais fictivement il leur survit, en unissant les générations, en traversant les siècles »[8].

En 1896, les *Éléments de droit constitutionnel* semblent être le premier ouvrage de droit constitutionnel français à proclamer si clairement la personnalité morale de l'État. Cette affirmation s'inscrit dans le débat doctrinal qui surgit à la toute fin du siècle, notamment en Allemagne. La doctrine juridique allemande, très impliquée dans la construction d'une théorie visant à justifier juridiquement un État allemand en pleine croissance, développe

---

[1] S. Papaefthymiou, « La distinction « droit privé-droit public » en France entre 1848 et 1900 : la paradigme positiviste perdu », *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, op. cit.*, p. 111.

[2] L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 55.

[3] L.-A. Macarel, *Éléments de droit politique*, p. 38 et p.158.

[4] On trouve, à la même période, une affirmation plus prudente dans la *Théorie du droit constitutionnel français* de Félix Berriat Saint Prix qui envisage l'État comme une « personne collective ». Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 172, note 2.

[5] L.-A. Macarel, *Cours d'Administration et de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, Plon, 1ère partie, t. I, p. 16, nous soulignons.

[6] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, t. I, p. 3. Rossi poursuit son exposé : « L'État a non seulement ses obligations et ses droits, mais ses principes, ses idées, comme ses propriétés, ses créances, ses dettes. L'État est la réalisation effective d'une idée fondamentale, d'une idée essentielle de l'humanité, c'est la création d'une individualité morale, *sui generis*, qui est *elle* et n'est pas autre chose, la réalisation d'une individualité morale pour laquelle, sans doute, l'individu est nécessaire, mais qui est autre chose que l'individu, qui a sa base dans le devoir, et que l'individu ne peut détruire sans commettre un crime de lèse-humanité, parce qu'il détruirait les moyens essentiels de son développement et de son perfectionnement », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, t. I, p. 4.

[7] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 17.

[8] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p.2.

dans le cours du XIXe siècle[1] le postulat d'un État-personne publique. Mais Florian Linditch soulève « l'originalité de la doctrine allemande »[2] qui procède à la distinction de deux personnes publiques dans sa théorie de l'État : l'une constitué par l'État, l'autre par la Nation.

Esmein opère donc dans son ouvrage une transposition de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État, mais la transposition n'est que partielle. En affirmant que « l'État est la personnification juridique de la nation »[3], l'auteur nie implicitement à la nation une personnalité juridique propre et distincte de celle de l'État. Sur ce point précis de la distinction de deux personnes publiques – État d'une part et nation de l'autre – dans la doctrine allemande, on doit relever l'apport d'Henri Nézard dans la septième édition des *Éléments de droit constitutionnel*. Le professeur de la faculté de Caen, qui assure la seconde réédition posthume de l'ouvrage en 1921, insiste de manière significative sur le caractère indissociable du lien entre les concepts d'État et de nation. Ainsi ajoute-t-il une note dans laquelle il expose les divergences doctrinales allemandes relatives à la distinction entre l'État et la nation[4]. Mais quelles que soient ces divergences au sein même de la théorie de la personnalité morale de l'État en Allemagne, Nézard[5] réaffirme pleinement la position développée par Esmein dans les éditions précédentes : « Le droit français répudie cette distinction. En proclamant dans l'article 2 de la Déclaration des droits que « le principe de toute souveraineté [réside] essentiellement dans la nation [»] la Révolution française a affirmé que la puissance de l'État était un pouvoir de la nation : de l'identité des prérogatives et des fonctions, il faut bien conclure à l'identité des personnes juridiques qui sont titulaires des unes ou exercent les autres. Et comme il ne peut coexister deux puissances souveraines sans que l'une détruise l'autre, on peut affirmer que l'État et la nation ne constituent qu'une seule et même personne. D'une part l'État trouve dans la nation l'élément personnel nécessaire à sa structure juridique, d'autre part, la collectivité nationale trouve dans l'État sa personnification juridique »[6].

L'introduction remaniée des troisième et cinquième éditions des *Éléments de droit constitutionnel* permet là encore à leur auteur de combattre la doctrine duguiste quant à la personnalité morale de l'État. Ainsi Esmein apparaît aux premières années du XXe siècle comme le défenseur le plus appliqué de cette « notion la plus élevée qu'ait dégagée le droit public moderne »[7], et il ne rechigne d'ailleurs jamais à l'étudier dans d'autres écrits[8].

---

[1] Sur la construction de la théorie de la personnalité morale dans la doctrine allemande : voir F. Linditch, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », art. cité, p. 187-193.

[2] F. Linditch, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », art. cité, p. 191.

[3] *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 1.

[4] H. Nézard expose ainsi les théories d'Otto Mayer qui considère que l'État ne personnifie que lui-même, celle de Georg Jellinek qui conçoit la nation comme un organe de l'État exprimant la volonté de ce dernier, et enfin la théorie de Georg Meyer qui fait de la nation une personne morale au même titre que l'État. Voir *Éléments…*, 7e éd., revue par H. Nézard, t. I, Paris, Tenin, p. 43, note 101.

[5] Florian Linditch attribue par erreur cette note à Adhémar Esmein : voir « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », art. cité, p. 195. En réalité la note est rédigée par Nézard et présentée, conformément à ce qu'il indique dans la préface, entre crochets. Voir *Éléments…*, 7e éd., t. I, *op. cit.*, p. XVII.

[6] *Éléments…*, 7e éd., t. I, *op. cit.*, p. 43 et p. 44, note 101, nous corrigeons les erreurs d'impression.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 41.

[8] Ainsi s'attache-t-il en 1903, dans son article consacré à Hyppolite Taine, à étudier la conception de la personnalité de l'État dans la pensée de l'historien : « Taine affirme avec la plus grande netteté la personnalité de

Duguit, qui reconnaît que la personnalité de l'État est communément admise[1], condamne l'usage d'une fiction juridique pour le personnaliser. Les premières pages de *L'État, le droit objectif et la loi positive* sont sur ce point extrêmement claires puisque l'introduction de l'ouvrage débute par la réfutation de « la prétendue personnalité de l'État »[2], personnalité notamment affirmée par les *Éléments de droit constitutionnel.* Le professeur de Bordeaux considère qu'affirmer la personnalité juridique de l'État « c'est formuler une hypothèse métaphysique »[3]. Plus encore, il marque de façon très nette son opposition à la méthode *a priori* utilisée par Esmein : « Mais, ajoute-t-on, si l'on n'admet pas la personnalité de l'État, le droit public s'effondre ; il n'y a plus de droit public. Singulier raisonnement ! Il faut qu'il y ait un droit public ; donc il faut que l'État soit la personnification de la collectivité. On devrait commencer par prouver la nécessité du droit public. On ne le démontre point. Le cercle vicieux est complet »[4]. Ses ouvrages suivants – hormis peut-être son *Manuel*[5] – ne feront que développer et approfondir cette opposition résolue à toute personnification de l'État[6].

La réponse d'Esmein à la mise en cause dont fait l'objet sa théorie dans *L'État, le droit objectif et la loi positive* se fera dans la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel.*

---

l'État, que contestent aujourd'hui certains publicistes ; mais il n'est point fort aisé de voir comment il l'entend, et si c'est pour lui une *personne physique* ou une *personne morale*. […] Cette conception singulièrement abstraite me paraît contenir une contradiction. Sans doute l'Être-État qu'il admet comme réel et vivant est un de ceux que Renan caractérisait dans ce passage d'un de ses livres : […]. Spinoza, dont la doctrine a probablement exercé son influence sur Taine, se contentait de dire que là où existe l'État, où la souveraineté est établie, la multitude semble n'avoir qu'une âme. Mais si ce phénomène collectif est une réalité, si même il peut produire des effets matériels, ce n'est sûrement pas *un être* vivant et conscient, distinct des individus qui composent la collectivité. Or seul un être vivant peut, en lui-même, avoir des droits. Pour donner à l'État une personnalité distincte, il faut nécessairement en faire une personne morale, et une personne morale a seulement les droits que la loi confère », A. Esmein, « Les premières idées politiques de Taine », art. cité, p. 161 et p. 162. De même, on constate que son article consacré à la constitution progressive du Domaine de la Couronne au XVIe siècle en France constitue en réalité une étude sur les origines du principe de personnification de l'État. Voir A. Esmein, « L'inaliénabilité du domaine de la Couronne devant les États Généraux du XVIe siècle », art. cité, p 364-368.

[1] « Il suffit de dire que dans la théorie dominante aujourd'hui, les États sont considérés comme des personnes juridiques, des sujets de droit et que les éléments qui constituent cette personnalité sont une collectivité, un territoire et un gouvernement », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 44.

[2] L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 1-9.

[3] L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 8.

[4] Il poursuit : « Prouve-t-on d'ailleurs qu'il ne peut y avoir un droit public que si l'État est une personne ? Ces rapports de droit qu'on affirme a priori, on les fait reposer sur ce qu'on appelle des droits subjectifs, c'est à dire sur des pouvoirs qui appartiennent à des sujets : pour qu'il y ait un droit public, il faut qu'il y ait des droits subjectifs publics, et, pour cela, il faut qu'il y ait des sujets de droit. L'État a des droits subjectifs, donc il est un sujet de droit, une personne. Il faudrait commencer par prouver que ce que l'on appelle l'État a des droits subjectifs. La notion elle-même de droit subjectif est une notion a priori », *Ibid*.

[5] Duguit explique en avertissement de son *Manuel* : « Le lecteur se demandera peut être comment nous consacrons tout un chapitre […] à l'exposé d'une théorie que nous avons combattue dans notre volume L'État, le droit objectif et la loi positive (1901), la théorie de la personnalité et de la souveraineté de l'État. Ce n'est point que nous abandonnions les idées exposées autrefois ; nous persistons à penser que cette conception de la souveraineté de l'État-personne est artificielle, contraire aux faits et par suite tout à fait antiscientifique, et l'on verra que dans l'exposé que nous en donnons nous n'avons point manqué d'en montrer les contradictions et les impossibilités. Mais dans un Manuel nous ne pouvions pas ne pas exposer une doctrine qui occupe une place encore prépondérante dans les théories françaises et étrangères du droit public moderne. Au surplus, il nous a semblé que le meilleur moyen de montrer le néant de cette doctrine était de l'exposer dans ses principes et ses conséquences », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. VIII.

[6] Voir notamment L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 1. Voir également L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, *op. cit.*, p. 22 et suivantes. Voir surtout L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 466 et suivantes.

Elle prend la simple et courte forme d'une défense du principe même de fiction juridique qui fait tant horreur à Duguit. Esmein assume parfaitement le recours à une fiction - la personnification - afin de faire de l'État un sujet de droit. C'est bien là la définition de la toute fin du XIXe siècle telle qu'elle est exposée en 1899 par Léon Michoud dans un article[1] à la *Revue de droit public*. Dans cette étude intitulée « La notion de personnalité morale », le professeur de la Faculté de Grenoble fixe de façon définitive le vocabulaire en privilégiant l'expression de « personnalité morale »[2], tout en la définissant. Il présente et explique la théorie de la fiction : « L'homme seul étant une personne réelle, on ne peut expliquer que par une fiction la personnalité juridique appliquée à d'autres choses qu'à des êtres humains. Le législateur suppose en vue d'un intérêt général une personne fictive qu'il traite partiellement comme si elle était réelle. Par là il rend possible l'existence de droits appartenant à cette personne qu'il imagine, et les fait rentrer dans ses règles générales »[3].

Mais plus encore, Léon Michoud affirme que le principe de personnalité morale doit pouvoir être appliqué au droit public pour la simple raison que dans le cas contraire, le droit public n'a aucune raison d'exister[4] : « Mais nous devons aujourd'hui élargir l'idée, et voir dans la notion de personnalité une notion générale commune au droit public et au droit privé. Cela nous est imposé par une nécessité logique. Tout droit doit être rattaché à un sujet capable de le posséder et de l'exercer, ou par lui-même ou par des représentants. Si cela est vrai du droit de propriété et des autres droits privés, cela est vrai aussi des droits de souveraineté qui appartiennent à l'État. […] Elle signifie [la conception de Michoud] simplement qu'un droit ne se conçoit pas sans sujet, et qu'en droit public aussi bien qu'en droit privé il importe de distinguer ce sujet de tout ce qu'on pourrait confondre avec lui. Il importe notamment d'affirmer que l'État est une personne, titulaire des droits de souveraineté en même temps que de certains droits patrimoniaux »[5].

En 1903, fort de l'étude capitale de Léon Michoud, Esmein réaffirme sans ambiguïté son attachement à la fiction de la personnalité morale de l'État : « Que lui reproche-t-on, sinon d'être une fiction légale ? Et moi-même je le proclame. Mais les fictions légales traduisent parfois les réalités les plus hautes, qui, pour ne pas tomber sous le sens, n'en existent pas moins. La Nation, la Patrie sont aussi des fictions, pourrait-on dire aussi justement car les sens constatent seulement un territoire et des hommes qui l'occupent. Et pourtant où trouver des réalités plus solides dans la vie des hommes ? L'État personne publique, c'est la traduction juridique de la Nation »[6].

L'État est juridiquement souverain parce que conçu comme un sujet de droit au moyen d'une fiction juridique. Mais si l'État est indissociable de la nation, puisqu'il en est

---

[1] L. Michoud, « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, t. XI, p. 1-32. Signalons que la notion fera l'objet d'un ouvrage publié en deux volumes en 1906 : L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit*, deux volumes, Paris, Pichon, 1906.

[2] L. Michoud, « La notion de personnalité morale », art. cité, p. 1, note 1.

[3] L. Michoud, « La notion de personnalité morale », art. cité, p. 8-9.

[4] « Si l'on n'admet pas cela, en effet, comment concevra-t-on le droit public ? Devra-t-on déclarer que ces droits de souveraineté n'appartiennent à personne, qu'ils sont en quelque sorte placés au-dessus des personnes juridiques et les dominent ? Mais c'est là une interprétation qui blesse notre sens logique, nous éprouvons impérieusement le besoin de rattacher ces droits, comme tous les autres, à un sujet. Du reste cela est nécessaire pour faire entrer la théorie de la souveraineté dans le domaine du droit », L. Michoud, « La notion de personnalité morale », art. cité, p. 12-13. C'est notamment sur cette idée exprimée par Michoud que Duguit dénoncera l'erreur méthodologique que nous signalions plus haut.

[5] L. Michoud, « La notion de personnalité morale », art. cité, p. 12-13. Voir la critique de cette conception par Maurice Deslandres, « Étude sur le fondement de la loi », art. cité, p. 16.

[6] *Éléments…*, 3ème éd., *op. cit.*, p. 34.

le versant juridique, il faut remarquer que la nation elle-même procède également d'un processus d'abstraction concomitant qui permet de la distinguer du corps électoral.

II
La distinction progressive de la nation et du « corps électoral »

En examinant les écrits d'Esmein – ouvrages ou articles – parus antérieurement à la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*, on constate que l'auteur use du terme « nation » à quelques reprises dans son *Histoire de la procédure criminelle en France*[1], dans ses *Mélanges d'histoire du droit et de critique*[2] comme dans son *Cours élémentaire d'histoire du droit français*[3]. Mais le terme ne fait jamais l'objet d'une définition. On comprend seulement que l'auteur l'emploie pour désigner l'ensemble d'une population humaine habitant un territoire donné, on parlerait aujourd'hui du « pays ». Le *Cours élémentaire d'histoire du droit français* en offre un exemple : « Les États généraux, lorsque l'institution fut arrivée à son plein développement, présentait deux caractères distinctifs. C'était une assemblée totalement élective et c'était une assemblée représentative de la *nation* entière. Cette représentation nationale, il est vrai, manquait d'unité, la *nation* étant, à cet effet, divisée en trois ordres, dont les deux premiers – clergé et noblesse – formaient des classes privilégiées, et dont le troisième – tiers état – comprenait le reste de la population »[4].

En 1894, deux ans avant la parution des *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein semble donner une première définition de la nation dans « Deux formes de gouvernement ». La nation y est définie plusieurs fois comme l'équivalent pur et simple du « corps électoral ». Dès le second paragraphe, l'article expose que la nation « délègue l'exercice [des attributs de la souveraineté] à un certain nombre d'autorités supérieures, les pouvoirs constitués, dont l'une au moins (une assemblée délibérante et législative) doit être élue à temps *par la nation*, *c'est-à-dire par le corps des électeurs politiques* »[5]. Quelques lignes plus bas, réfutant la possibilité d'une révocation du mandat des autorités auxquelles ont été délégués les attributs de la souveraineté, Esmein écrit : « Une responsabilité tendant à la révocation ne peut être organisée que pour des crimes véritables ou dans des cas extrêmes, et alors la mise en accusation pas plus que le jugement ne sauraient appartenir à *la nation elle-même*, *c'est-à-dire au corps des électeurs politiques* »[6]. L'auteur poursuit son développement et constate que si le principe de souveraineté nationale exige que les pouvoirs soient conférés aux délégués de la nation, cela peut présenter une difficulté dans le cadre d'un État de forme monarchique : « Pour la monarchie constitutionnelle, la conciliation logique est plus difficile à opérer ; mais lorsqu'elle est vraiment organisée en vue de la liberté, elle présente un équilibre tel que la volonté des représentants *élus à temps par la nation* est sûre de triompher en définitive »[7]. Enfin, plus loin dans l'article, l'auteur présente les traits caractéristiques du gouvernement dit « semi-représentatif » : « Le gouvernement semi-représentatif poursuit un but unique : traduire et exécuter le plus exactement possible *la volonté réelle de la nation exprimée par la majorité des électeurs politiques*. Voici les moyens qu'il emploie. 1° *La nation*, *c'est à dire le corps électoral*, ne pouvant exercer

[1] *Histoire de la procédure criminelle en France…*, *op. cit.*, p. 158, p. 168, p. 174, p. 316, p. 403, p. 484, p. 553.
[2] A. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critiques*, *op. cit*, p. 118, p. 236, p. 325.
[3] *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, t. I, *op. cit.*, p. 41, p. 44, p. 71 et p. 241 et t. II, *op. cit.*, p. 317, p. 336, p. 337, p. 471, p. 473, p. 474, p. 475, p. 485, p. 492, p. 497, p. 537, p. 592.
[4] *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, t. II, *op. cit.*, p. 474, nous soulignons.
[5] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15, nous soulignons.
[6] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 16, nous soulignons.
[7] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 17, nous soulignons.

lui-même les divers attributs de la souveraineté, délègue ses pouvoirs à des représentants généraux : ce sont les députés élus pour composer le corps législatif »[1].

À cinq reprises dans l'article, Esmein assimile donc de façon très nette – mais sans plus d'explications – « nation » et « corps électoral ». On doit conclure par syllogisme que, si la nation est souveraine[2], le corps électoral est souverain puisque la nation correspond, ni plus ni moins, au corps électoral.

Esmein n'est pas le premier à procéder à cette assimilation entre la nation et le corps électoral et ainsi à conclure *in fine* à la souveraineté du corps électoral. Comme le souligne Marie-Joëlle Redor[3], dès 1892, Félix Moreau présentait la même analogie dans son article[4] paru à la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. Son *Précis élémentaire de droit constitutionnel* qui paraît la même année n'est pas d'une grande clarté sur la question. Dans son introduction, Moreau expose qu'en démocratie[5], le pouvoir – ou la souveraineté – appartient au « peuple » ou à la « nation » mais « sauf à préciser le sens de ces mots »[6]. Il poursuit : « La nation *hoc sensu* est sacrée elle aussi [comme la famille royale en monarchie], irresponsable elle aussi ; elle exerce librement et absolument les pouvoirs les plus étendus »[7]. C'est dans l'ouvrage la seule allusion au concept de « nation », sur lequel l'auteur ne reviendra pas dans la suite de ses développements.

La doctrine du XIXe siècle[8] semble opérer une confusion permanente entre le « peuple » et la « nation ». Ainsi Benjamin Constant : « L'assentiment de la majorité ne suffit nullement dans tous les cas, pour légitimer ses actes : il en existe que rien ne peut sanctionner ; lorsqu'une autorité quelconque commet des actes pareils, il importe peu de quelle source elle se dit émanée, il importe peu qu'elle se nomme individu ou nation ; elle serait la nation entière, moins le citoyen qu'elle opprime, qu'elle n'en serait plus légitime »[9]. Pour se convaincre de cette indétermination des termes et de leur synonymie, la lecture du deuxième chapitre de *l'Esprit de conquête et de l'usurpation* suffit. Dans ce chapitre intitulé « Du caractère des nations modernes relativement à la guerre », Benjamin Constant écrit indistinctement les « nations modernes »[10] et les « peuples modernes »[11]. Plus de cinquante années plus tard, Édouard Laboulaye fera le même amalgame. Dans ses *Questions constitutionnelles*, le professeur au Collège de France écrit : « Quelle est cette souveraineté que la majorité invoque comme étant la source de ses pouvoirs ? C'est la souveraineté du peuple, ou, pour l'appeler d'un nom dont on ait moins abusé : la

---

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 25, nous soulignons.
[2] « Le système [du gouvernement représentatif] repose sur cette idée que la nation considérée comme souveraine, n'exerce par elle-même aucun des attributs de la souveraineté », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15, nous soulignons.
[3] Voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 41.
[4] F. Moreau, « De la notion de souveraineté », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1892, p. 336-352.
[5] Pour la classification des formes d'État, voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit* , p. 31 et suivantes.
[6] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit* , p. 30.
[7] *Ibid*.
[8] Voir par exemple V.-E. Orlando, « Du fondement juridique de la représentation politique », art. cité, p. 20.
[9] B. Constant, *Œuvres politiques…*, *op .cit.*, p. 4-5.
[10] B. Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, 3e éd., Paris, Normant et Nicolle, 1814, p. 8.
[11] B. Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, *op. cit.*, p. 10.

souveraineté de la nation. Qu'on le regrette, ou qu'on s'en réjouisse, il n'est pas douteux qu'aujourd'hui le principe de nos institutions, le fondement de notre société politique, c'est la volonté générale, ou, en d'autres termes, la souveraineté populaire »[1].

L'assimilation des termes se retrouve chez les auteurs d'ouvrages de droit constitutionnel tel Berriat Saint Prix, nous l'avons constaté[2], ou encore Saint Girons. L'avocat lyonnais use largement du terme « nation »[3] dans son *Manuel de droit constitutionnel*, sans jamais en fournir une définition, tout en employant à quelques reprises l'expression de « souveraineté du peuple »[4]. Là encore, on peut conclure à l'assimilation des termes comme en témoignent ces deux extraits : « Quand la cité est devenue une nation, le gouvernement direct du peuple par tout le peuple est impossible »[5] ou encore « Puisque, grâce à la démocratie, c'est la nation qui est reine »[6].

La confusion lexicale entre « peuple » et « nation » est nette dans « Deux formes de gouvernement » en 1894. Esmein emploie indifféremment les deux termes lorsqu'il évoque le gouvernement représentatif et les députés que cette forme de gouvernement impose : « Leur devoir essentiel est de suivre les volontés manifestées par la majorité qui les a élus, et, réunis, ils forment la représentation directe de la nation, pour tout ce qui ne leur a pas été spécialement interdit. Ils sont éminemment la représentation nationale, et l'on ne conçoit aucun autre pouvoir possédant la même qualité et pouvant prendre le même titre : eux seuls peuvent véritablement parler au nom du peuple »[7].

Esmein ne distinguera jamais les deux termes dans la suite de son œuvre. C'est ce que révèle l'examen des *Éléments de droit constitutionnel*. Certains passages de l'ouvrage laissent apparaître une confusion lexicale entre les termes de « peuple » et de « nation ». En témoigne un extrait du chapitre consacré au principe de souveraineté nationale. L'auteur établit que ce principe « se ramène [...] à cette donnée : la souveraineté, *chez un peuple*, réside dans *le corps entier de la nation* et ne saurait résider ailleurs »[8]. Ou encore ce passage de l'introduction relatif au gouvernement représentatif : « Le gouvernement représentatif s'introduit nécessairement pour l'exercice du pouvoir exécutif. Pour la justice, l'assemblée du peuple peut encore la rendre elle-même, tant que la nation est petite et que le droit est très simple et facilement connu de tous ; mais lorsque les procès se multiplient et que la législation se complique, cela devient impraticable. Cela est tout à fait impossible chez une grande nation, on ne saurait rassembler tout un peuple pour trancher un différend et là encore s'impose le gouvernement représentatif »[9].

---

[1] É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p. 411.
[2] Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…*, *op. cit.*, p. 8-9 et p. 172 note 2.
[3] On trouve en effet un peu plus d'une centaine d'occurrences du terme dans son *Manuel de droit constitutionnel* paru en 1885.
[4] Voir par exemple, A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 39, p. 126, p. 288, p. 585.
[5] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 105, nous soulignons.
[6] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 219, nous soulignons.
[7] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *op. cit.*, p.25, nous soulignons. On constate que quelques pages plus loin il emploie cette fois l'expression de « représentants du peuple », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », *op. cit.*, p.27.
[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 272, nous soulignons.
[9] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 26.

De plus, à de nombreuses reprises dans l'ouvrage, Esmein évoque les « représentants du peuple »[1] pour désigner les élus à propos desquels il explique qu'ils sont les représentants de la « nation tout entière »[2].

Cette absence de distinction des termes emporte celle des expressions « souveraineté populaire » et « souveraineté nationale ». « Deux formes de gouvernement » n'établit pas la distinction et on trouve dans les *Éléments de droit constitutionnel* plusieurs occurrences des expressions « souveraineté du peuple »[3], « souveraineté populaire »[4] ou « peuple souverain »[5]. Ainsi l'auteur écrit : « Il n'y a pas de liberté véritable, même avec la *souveraineté populaire*, si l'assemblée du peuple peut prendre arbitrairement n'importe quelles mesures contre un citoyen déterminé contrairement aux lois générales »[6]. Plus loin, à propos du critère de représentation à la Chambre des Communes : « Cette dernière règle [la représentation particulière des agglomérations et corporations] n'a pas pu aussi facilement que les autres s'acclimater chez toutes les nations qui ont emprunté aux Anglais le gouvernement représentatif : elle ne pouvait se maintenir, comme on le verra plus loin, là où était ouvertement proclamée, comme un principe fondamental, la *souveraineté du peuple* »[7].

En comparaison, il est indéniable que la formule « souveraineté nationale » est privilégiée[8] par Esmein, du moins dans les *Éléments*. Le deuxième chapitre du deuxième titre est consacré à « la souveraineté *nationale* » et c'est encore cette seule formule qui figure dans la table alphabétique des matières.

Toutefois, il est impossible d'établir une distinction philosophique ou juridique entre la souveraineté nationale et la souveraineté populaire. La lecture de l'article fleuve consacré à la réforme de la Chambre des Lords en 1910 offrira une confirmation éclatante de cette confusion en évoquant « le principe capital de la Révolution française : la souveraineté *du peuple* »[9].

Il n'y a donc pas dans l'esprit d'Esmein d'opposition formelle entre le peuple et la nation, et encore moins entre la « souveraineté populaire » et la « souveraineté nationale » telle qu'elle sera exposée par Carré de Malberg[10] en 1920. Si la question d'une souveraineté fractionnée ou atomisée entre les membres de la communauté n'est pas pour autant ignorée par l'auteur, nous le verrons, l'existence de deux conceptions de la souveraineté n'est jamais formulée. Il semble donc que, à la fin du XIXe siècle, seul le *Manuel de droit constitutionnel* de Théophile Aumaître – pourtant peu enclin à définir les

---

[1] Voir par exemple : *Éléments…*, *op. cit.*, p. 773, p. 782, p. 798, p. 917.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 307.
[3] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 281, p. 286, p. 296, p. 299, p. 543.
[4] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 20.
[5] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 289, p. 292, p. 392, p. 645.
[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 20, nous soulignons.
[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 94, nous soulignons.
[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 81, p. 82, p. 130, p. 174, p. 272 à p. 450, p. 451, p. 452, p. 457, p. 464, p. 496, p. 511-512, p. 542, p. 559, p. 565-569, p. 574, p. 586, p. 645, p. 668, p. 781
[9] « Mais, plus que le discrédit jeté sur les précédents historiques, est importante la pénétration et la diffusion en Angleterre du principe capital de Révolution française : la souveraineté du peuple », A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », art. cité, p. 473, nous soulignons.
[10] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, *op. cit.*, p. 174-175. Sur ce point voir G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 2001.

concepts – oppose deux conceptions de la souveraineté : « Il ne faut pas confondre la souveraineté nationale avec la souveraineté populaire : celle-ci serait le droit du peuple de se gouverner directement, de mettre lui-même la constitution en exercice. Si la souveraineté nationale est le principe fécond des sociétés modernes, la souveraineté populaire en serait la cause de mort la plus prompte »[1].

Paradoxalement, malgré cette confusion des termes et des expressions dans les *Éléments de droit constitutionnel*, on doit cependant affirmer qu'Esmein inaugure une clarification lexicale par une conception nouvelle de la « nation ». Rappelons que le chapitre consacré à la souveraineté nationale expose : « La sociologie et l'histoire montrent, je l'ai déjà dit, que la formation et le développement d'une nation ne sont point une création artificielle, mais un phénomène naturel, dont les conditions sont la race, le milieu et les circonstances historiques. Chaque nation se développe ainsi par une évolution qui lui est propre et se donne sa structure, son organisme politique et son génie particulier, comme un être animal crée successivement ses organes et son intelligence. *De plus, chaque nation ainsi formée a vraiment une sorte de vie propre, distincte des vies additionnées des individus qui la composent à un moment donné, où se combinent l'activité et la pensée des générations passées avec celle de la génération présente, où se prépare le sort des générations futures* »[2].

Cette définition, dont on a remarqué la proximité avec la philosophie de Renan[3], contient l'idée fondamentale d'où découlera la conception des rapports entre gouvernants et gouvernés. L'idée de générations successives – qui constitueraient la substance même de la nation – est l'élément central de la théorie de la souveraineté nationale chez Esmein. Déjà l'introduction des *Éléments de droit constitutionnel* liait le caractère permanent de l'État au caractère permanent de la nation : « L'État, de sa nature, est perpétuel et son existence juridique n'admet aucune discontinuité. Personnifiant la nation, il est destiné à durer autant que la nation elle-même. Sans doute la forme de l'État, les personnes réelles en qui la souveraineté s'incarne momentanément, peuvent changer avec le temps et par l'effet des révolutions. Mais cela n'altère pas l'essence même de l'État, cela ne rompt pas la continuité de son existence, *pas plus que la vie nationale ne se fractionne ou ne s'interrompt par le renouvellement des générations successives* »[4].

La nation est donc une collectivité transcendant les générations d'individus qui la composent, une communauté transgénérationnelle à laquelle appartient la souveraineté. Esmein en fait un véritable « axiome »[5] à la base de la théorie de la souveraineté nationale : « On n'aliène, en effet, que ce qui nous appartient. Or la souveraineté nationale

---

[1] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 7.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 284 et p. 285, nous soulignons.
[3] On a en effet constaté dans la première partie de cette étude que la définition de la nation fournie par les *Éléments de droit constitutionnel* s'appuie en grande partie sur la définition donnée par Ernest Renan dans sa conférence prononcée en Sorbonne le 11 mars 1882. Les éléments présidant à la formation d'une nation tels que déterminés par Renan se retrouvent, de façon moins précise, dans la définition d'Esmein. L'élément fondamental des « générations successives » constitue sans aucun doute la marque la plus éclatante de la filiation entre les pensées des deux auteurs.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 3, nous soulignons.
[5] « Cet axiome a, d'ailleurs, passé dans le texte des Constitutions françaises. Constitution de 1791, titre III, article 1er : « La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible ; elle appartient à la nation ». Constitution de 1848, art. 1er : « La souveraineté nationale réside dans l'universalité des citoyens français. Elle est inaliénable et imprescriptible », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 291.

n'appartient pas en propriété à la génération présente, qui nécessairement et légitimement en a le libre exercice, mais simplement l'exercice : elle appartient à la nation, incarnée dans l'État, *c'est-à-dire à la série des générations successives* ; elle appartient aux hommes de demain comme aux hommes d'aujourd'hui. C'est un dépôt sacré que les générations se transmettent de l'une à l'autre »[1].

Cette idée sera également exprimée en 1898 dans un article livré par Charles Turgeon à la *Revue du droit public* et consacré à « La nation ». L'auteur se rallie à Renan et confirme que ce sont bien les générations successives qui forment la substance de la nation, sans toutefois en déduire une opposition juridique avec le corps des électeurs : « En résumé, la nation est bien une réalité vivante et agissante, un tout naturel, homogène, harmonique, très religieux au début, plutôt civil et politique dans le présent, une vaste société perpétuellement voulue et consentie, confirmée par des sacrifices mutuels, sanctifiée par des épreuves communes, une œuvre grandiose engendrée dans le sang et les larmes, l'agrandissement des générations, une image faite à notre ressemblance, un patrimoine arrondi par nos efforts, le lien des corps, l'atmosphère des âmes et l'âme de nos vies. Communauté instinctive d'origine, de territoire et de langage, communauté spirituelle de culture, d'histoire et de conscience, esprit et matière, voilà donc la nation. C'est la patrie moderne ; et nul pouvoir humain ne saurait nous en détacher sans notre consentement »[2].

Turgeon procède à une assimilation entre les notions de « nation » et de « patrie ». Or l'introduction de la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* expose également « l'idée de patrie » dont « l'État est *aussi* une traduction juridique »[3]. Esmein assimile à partir de 1909 la notion de patrie à celle d'État, cette dernière étant déjà assimilée à la nation. De sorte que, par syllogisme, la nation et la patrie se confondent. Les notions se confondent d'autant plus que la définition de la patrie n'est jamais précisée dans cette édition de 1909.

Sur ce point, on constate là encore que la pensée d'Esmein se trouve en accord avec l'esprit du début du siècle. Pour des causes bien éloignées de simples considérations juridiques[4], les publicistes de l'époque s'attachent en effet sinon à définir la notion de « patrie », au moins à raviver le sentiment patriotique tenu pour mourant. En témoignent trois articles parus à la *Revue politique et parlementaire* entre 1905 et 1910, tout trois intitulés « L'idée de patrie »[5] bien que livrés par trois auteurs différents, dont le sénateur Poincaré. La lecture de ces trois textes révèle une indifférenciation évidente des termes de nation et

---

[1] *Ibid*., nous soulignons.

[2] C. Turgeon, « La nation », *RDP*, 1898, t. X, p. 36.

[3] « L'État est *aussi* la traduction juridique de l'idée de patrie : il résume tous les devoirs et tous les droits qui s'y rattachent. On ne saurait même établir autrement un rapport direct et précis entre le citoyen et sa patrie, sauf dans une monarchie absolue, où la patrie s'incarne et s'absorbe en quelque sorte dans le monarque », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 2, nous soulignons.

[4] La crise de Tanger qui débute à la fin du mois de mars 1905 entre l'empire Allemand et la France quant à la colonisation du Maroc par cette dernière est à l'origine de ces articles. Voir sur ce point J.-M. Mayeur, *La vie politique sous la Troisième République*, *op. cit.*, p. 223 et p. 224.

[5] Le premier parut dans le numéro de septembre 1905 : voir A. Gavet, « L'idée de patrie », *RPP*, 1905, t. XLV, p. 433-450. Le deuxième parut dans le numéro de janvier 1908 : voir A. Croizet, « L'idée de patrie », *RPP*, 1908, t. LV, p. 5-17. Le troisième parut dans le numéro d'avril 1910, quelques mois après l'intégration de la notion dans l'introduction de la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* : voir R. Poincaré, « L'idée de patrie », *RPP*, 1910, t. LXIV, p. 5-24.

de patrie[1], à l'image de Félix Berriat Saint Prix[2] cinquante ans auparavant. Toutefois, l'idée même de générations successives n'est jamais exprimée de façon claire[3], l'absence de visée proprement juridique expliquant sans doute cette absence de précision.

Car la définition de la nation telle qu'exprimée dans les *Éléments de droit constitutionnel* a en revanche un objectif juridique. L'idée d'une nation transgénérationelle établit la distinction entre la souveraineté d'origine et la souveraineté d'exercice. La nation comme entité abstraite et transcendante en est le titulaire permanent et originel, la génération présente n'en est que l'exécuteur momentané.

Un processus de dévolution est à l'œuvre : la nation - titulaire permanent de la souveraineté - délègue l'exercice de cette souveraineté à la génération présente formée des citoyens actuels et vivants. Ainsi la distinction entre la communauté de générations successives et la génération présente emporte la distinction entre la « nation entière » et la « nation légale » : « La nation, en qui réside la souveraineté, étant non pas une personne réelle, mais une collectivité d'individus, ne peut avoir par elle-même de volonté. L'équivalent de cette volonté, indispensable pour l'exercice de la souveraineté, ne peut se trouver que dans les volontés concordantes d'un certain nombre d'individus pris dans le corps de la nation. La résultante de leurs *voix* ou *votes* sera considérée comme l'expression de la volonté nationale. Le droit de prendre part à cette consultation est ce que l'on appelle le *droit de suffrage politique* ; ceux qui le possèdent, ou *électeurs politiques*, constituent la *nation légale* »[4]. Le corps formé par les titulaires du droit de vote - ou corps électoral - a donc pour rôle de « représenter » la nation dans l'exercice de la souveraineté dont elle est titulaire. On est face à un aspect fondamental de la pensée constitutionnelle d'Esmein : la souveraineté réside dans la nation entière et non pas seulement en ceux qui jouissent du droit électoral[5].

On est frappé par la rupture entre « Deux formes de gouvernement » et les *Éléments de droit constitutionnel*. L'assimilation entre « nation » et « corps électoral » dans l'article de 1894 disparaît purement et simplement dans l'ouvrage paru en 1896, au profit d'une distinction nouvelle.

Cette différence peut s'expliquer par la finalité de ces deux écrits. Dans « Deux formes de gouvernement », Esmein défend les institutions du gouvernement représentatif face aux tentations exprimées par une partie de la doctrine publiciste d'intégrer au système traditionnel des procédés censés réduire l'indépendance des élus face aux électeurs. Dans ce réquisitoire contre ces procédés inspirés d'expériences constitutionnelles étrangères, il recourt à la seule littérature juridique anglo-saxonne de l'époque qui, en fixant les règles du jeu de la représentation, condamne implicitement ces procédés.

---

[1] Voir par exemple : A. Gavet, « L'idée de patrie », art. cité, p. 437. Voir également A. Croizet, « L'idée de patrie », art. cité, p. 9. Ou encore R. Poincaré, « L'idée de patrie », art. cité, p. 15-16.

[2] Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…*, *op. cit.*, p. 172, note 2.

[3] André Gavet se contente de constater l'importance du « passé d'un peuple » dans la formation de la nation, mais n'évoque jamais clairement à propos de ce « peuple » l'enchaînement des générations : voir A. Gavet, « L'idée de patrie », art. cité, p. 435-436.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 299. Esmein le confirme quelques lignes plus loin dans le chapitre : « C'est le corps entier des électeurs qui a l'exercice de la souveraineté, et c'est le vote dans un certain sens de la majorité de ce corps électoral qui doit exprimer la volonté nationale », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 301.

[5] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 307.

Ainsi les références aux auteurs anglais sont très nombreuses[1] et semblent être la source unique du raisonnement d'Esmein en 1894. Celui-ci affirme « l'antipathie »[2] de ces procédés avec le gouvernement représentatif au motif qu'ils sont tous contraires aux principes professés jusqu'alors par la doctrine anglaise. Il n'est alors pas étonnant que la nation n'ait aucune part dans cet argumentaire. Les auteurs anglais ne s'embarrassent en effet pas d'une distinction entre le corps électoral et la nation, certains n'employant jamais le terme « nation »[3].

L'ouvrage d'Alpheus Todd offre de nombreuses occurrences du terme[4] qui semble désigner « le pays » ou « la population »[5], à l'instar d'Esmein dans son *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. Mais Todd ne précise pas le sens du terme « *nation* » et se contente d'une considération incidente qui souligne sinon la permanence de la nation, du moins sa durée de vie supérieure à celle d'un individu[6].

Il semble que ce soit l'*Introduction to the study of the law of the constitution* d'Albert Dicey qui soit à l'origine de l'assimilation entre la nation et le corps électoral dans l'article d'Esmein en 1894. Dans sa discussion du principe de souveraineté du Parlement en Angleterre, le professeur d'Oxford use en effet plusieurs fois du terme « *nation* » [7] et l'associe très clairement à la notion de corps électoral : « *But if Parliament be in the eye of the law a supreme legislature, the essence of representative government is, that the legislature should represent or give effect to the will of the political sovereign, i. e.,, of the electoral body, or of the nation* »[8]. Déjà

---

[1] Esmein renvoie son lecteur aux ouvrages d'H. Lord Brougham, *The British constitution, its history, structure and working*, *op. cit.*, de J. Bryce, *The American commonwealth*, *op. cit.*, de G. Cornwall Lewis, *An essay on the government of dependencies*, *op. cit.*, de A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, *op. cit.*, de F-N. Thorpe, *Recent constitution making in the United States*, *op. cit.*, d'A. Todd et S.Walpole, *Parliamentary government of England*, *op. cit*.

[2] « Je voudrais seulement montrer qu'elles [les institutions du gouvernement semi direct] sont contraires et antipathiques au génie du gouvernement représentatif, parce qu'elles appartiennent au mécanisme logique d'une autre forme de gouvernement, où elles figurent soit comme moteurs, soit comme contrepoids », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 24.

[3] On constate par exemple que Lord Brougham ne fait jamais mention du terme « *nation* » dans l'ouvrage qui constitue l'une des références principales d'Esmein quant au gouvernement représentatif. Brougham use perpétuellement et uniquement du terme « *people* ». Voir par exemple H. Lord Brougham, *The British constitution, its history, structure and working*, *op. cit.*, p. 56-96. A contrario, on constate que la doctrine si contestée de John Austin offre des éléments de définitions du terme « *nation* ». L'ouvrage *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* offre de nombreuses occurences du terme et le définit de la façon suivante : « *An independent political society is often styled a "nation" or a "sovereign and independent nation". But the term "nation" or the terme "gens" is used more properly with the following meaning. It denotes an aggregate of persons, exceeding a single family, who are connected trough blood or lineage, and, perhaps, trough a common language. And thus understood, or a "nation" or "gens" is not necessarily and indepent political society* », J. Austin, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 3ème éd., London, Murray, 1869, note p. 249-250.

[4] Voir par exemple A. Todd et S. Walpole, *Parliamentary government of England*, t. I, *op. cit.*, p. 3, p. 17, p. 18, p. 20, p. 22, p. 25, p. 45, p. 47, p. 102, p. 245, p. 276, p. 309, p. 310, p. 311, p. 314, p. 315, p. 335, p. 355, notre relevé ne prétend pas à l'exhaustivité.

[5] Voir par exemple A. Todd et S. Walpole, *Parliamentary government of England*, tome I *op. cit.*, p. 45, p. 125, p. 288. Ou encore A. Todd et S. Walpole, *Parliamentary government of England*, tome II *op. cit.*, p. 4 ou p. 112.

[6] « *It was well said by Edmund Burke, whose patient labours in the cause of national retrenchment were so eminently successful, that it was neither wise, expedient, or not just to interfere retrospectively with places or pensions, that reform ought to be prospective; that the duration of the life of a nation was not to be compared with the short duration of the life of a individual…*», A. Todd et S. Walpole, *Parliamentary government of England*, t. I *op. cit.*, p.637.

[7] Dicey use à plusieurs reprises du terme « nation » : voir par exemple A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, *op. cit.*, p. 114, p. 134, p. 135, p. 142, p. 162, p. 163, p. 321.

[8] A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, *op. cit.*, p. 357. Voir également p. 352.

assimilée au « peuple » - « *the people* »[1]- la nation est ainsi entendue comme l'équivalent du corps électoral.

On pourrait citer à l'envie de tels exemples dans les ouvrages anglais de référence mentionnés par Esmein. La raison est aisément compréhensible : la notion révolutionnaire de souveraineté nationale ne trouve aucune correspondance ou traduction juridique en droit anglais et n'a jamais fondé le discours constitutionnel des publicistes anglais. Nous l'avons vu, le droit public anglais tient pour seul détenteur *légal*[2] de la souveraineté le Parlement formé du monarque et des deux chambres. Il n'y a donc aucune nécessité pour les auteurs anglais à conceptualiser juridiquement l'existence d'une entité fictive, distincte du corps des électeurs[3], et titulaire originel de la souveraineté. C'est ainsi qu'Esmein, nourri de la doctrine anglaise de la fin du XIXe siècle, procède à une assimilation des termes de nation et de corps électoral dans son article de 1894.

Les *Éléments de droit constitutionnel* n'ont pas pour seul objet la contestation des procédés de démocratie semi-directe. L'ouvrage veut construire une théorie constitutionnelle alliant les principes philosophiques issus de la Révolution avec les institutions représentatives léguées par l'histoire politique anglaise. Il s'agit donc pour Esmein d'associer le principe de souveraineté nationale avec les règles du gouvernement représentatif. Pour ce faire, la doctrine juridique anglaise ne peut suffire, le droit anglais ne connaissant pas la notion juridique de « souveraineté nationale ».

On tient ici la raison la plus évidente de l'évolution entre 1894 et 1896 de la doctrine d'Esmein quant à la définition de la nation. En résulte sa conceptualisation d'une nation abstraite, dite « entière », et opposée à une nation réelle, dite « légale », qui correspond à l'ensemble des citoyens titulaires des droits politiques, et notamment du droit de suffrage politique. Mais la contrepartie d'une telle interprétation de la souveraineté nationale est sa difficile adéquation avec la réalité politique et constitutionnelle de la monarchie anglaise.

---

[1] « *The remedy for this divergence was found in a transference of power from the Crown to the Houses of Parliament; and in placing on the throne rulers who from their position were induced to make their wishes coincide with the will of the nation expressed trough the House of Commons; the difference between the will of the sovereign and the will of the nation was terminated by the foundation of a system of real representative government. Where parliament truly represents the people, the divergence between the external and the internal limit to the exercise of sovereign power can hardly arise, or if it arises, must soon disappear* », A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution, op. cit.*, p. 79-80.

[2] La suite de la présente étude se penchera sur la question de la souveraineté du corps électoral ou de la nation dans le droit anglais de et la distinction entre souveraineté politique et souveraineté légale.

[3] Dicey use de l'expression « *the body of persons entitled to choose members of Parliament* », ou des termes « *the electorate* » et « *the electors* »: voir A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution, op. cit.*, p. 56, , A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution, op. cit.*, p. 56-57. Todd évoque lui « *the electoral body* » : A. Todd et S. Walpole, *Parliamentary government of England*, t. I *op. cit.*, p. 244, ou « *the electors* », p. 30, p. 245, p. 250, p. 251.

Section 2

La difficulté de la conciliation : monarchie constitutionnelle et souveraineté nationale

La conciliation établie dans *Éléments de droit constitutionnel* entre souveraineté nationale et gouvernement représentatif se fonde sur l'idée de nation, distincte du corps électoral. La nation exerce la souveraineté dont elle est titulaire par l'élection à temps de ses représentants – c'est là le critère du gouvernement représentatif comme nous l'avons observé – au moyen des agents agissants que sont les électeurs. L'élection à temps constitue l'acte positif d'exercice de la souveraineté nationale et en devient le symbole.

Mais postuler l'existence d'un principe de souveraineté nationale, entendu comme un principe général du droit constitutionnel[1], impose à Esmein de le confronter à la pratique institutionnelle et constitutionnelle des États libres. C'est précisément le critère de l'élection, symbole de la souveraineté nationale, qui va former l'écueil majeur de la théorie constitutionnelle d'Esmein. La forme monarchique pose en effet un obstacle redoutable à la souveraineté nationale. Hors les cas de monarchie élective, la monarchie – qu'elle soit absolue ou constitutionnelle – suppose généralement le caractère héréditaire de la fonction de monarque.

La conciliation entreprise par les *Éléments de droit constitutionnel* entre le principe du gouvernement représentatif et le principe de la souveraineté nationale implique que ce dernier puisse s'accorder avec la monarchie constitutionnelle ou représentative. Esmein ne peut pas se dispenser d'une confrontation de sa théorie avec les institutions politiques de la monarchie anglaise dont sont précisément issues les règles traditionnelles présidant au fonctionnement du gouvernement représentatif. Les difficultés commencent.

On l'a constaté dans la première partie de cette étude, le droit coutumier anglais tient pour titulaire de la souveraineté le Parlement composé du monarque, de la Chambre des Communes et de la Chambre des Lords. La doctrine anglaise invoque ainsi, à l'image d'Albert Dicey[2], *the sovereignty of Parliament* à la base de l'organisation et du fonctionnement institutionnel de l'Angleterre. De sorte que le monarque en son Parlement est considéré juridiquement comme le souverain. Esmein le reconnaît sans ambages. Ainsi en 1903 : « M. Ostrogorski a une définition particulière de la démocratie. C'est d'après lui (t. II, p. 569) "la société politique où l'individu autonome est proclamé souverain", toute autorité publique dérivant alors de l'agglomération des individus, et le suffrage universel étant la forme simple et extérieure de cette souveraineté. Mais, même en acceptant cette définition, on peut faire remarquer que l'État anglais n'y répond point exactement. Ce n'est point parce que l'Angleterre a encore un suffrage restreint, quoique très élargi, *mais jamais elle n'a proclamé le principe de souveraineté nationale ; le droit anglais en est resté à la souveraineté du Parlement, le roi compris* »[3].

---

[1] La souveraineté nationale est entendue comme l'un des « principes généraux du droit constitutionnel » présentés dans la première partie de l'ouvrage : voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 59.

[2] Voir A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, *op. cit.*, p. 37-172.

[3] A. Esmein, « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski », art. cité, p. 120, nous soulignons.

La théorie d'Esmein se trouve donc confrontée à un obstacle de taille, susceptible de mettre à mal l'ensemble de sa construction. La souveraineté du monarque anglais en son Parlement et, plus largement, le caractère monarchique de l'État semblent contrevenir au critère de l'élection comme expression de la souveraineté de la nation. La question du titulaire de la souveraineté dans une monarchie constitutionnelle, et plus précisément dans la monarchie anglaise, se révèle donc cruciale pour la validité du principe de souveraineté nationale et, par conséquent pour le bien-fondé de la théorie générale du droit constitutionnel d'Esmein.

Celui-ci n'ignore pas la difficulté. Là encore, il est intéressant de relever l'évolution de la théorie d'Esmein. La conciliation entre les deux principes connaît une nette inflexion entre son célèbre article de 1894 et la publication des *Éléments de droit constitutionnel* en 1896 (I). De plus, on constate que la question du titulaire de la souveraineté en Angleterre constitue un champ d'investigation régulier pour Esmein. Celui-ci tend en effet à considérer (dans la première décennie du XXe siècle) qu'il existe un peuple anglais *politiquement* souverain (II).

I
Souveraineté nationale et monarchie : le républicanisme « juridique » d'Adhémar Esmein

Le lien entre élection et exercice de la souveraineté par la nation se trouve pleinement exposé par Esmein en 1894 dans l'article « Deux formes de gouvernement ». L'auteur y affirme la validité du principe représentatif au regard de la théorie de la « nation souveraine »[1] en contestant que le corps des représentants élus procède à une aliénation de la souveraineté appartenant à la nation. En élisant à intervalles réguliers ses représentants, la nation ou corps électoral exerce de façon régulière la souveraineté dont elle est détentrice.

Cette affirmation impose toutefois une distinction entre deux formes d'État : l'État républicain et l'État monarchique : « Cette délégation [de l'exercice des attributs de la souveraineté] n'est-elle pas en réalité une aliénation et une abdication de la souveraineté nationale ? Dans la république représentative, la réponse est facile. Là, en effet, tous les pouvoirs sont conférés à temps, et les titulaires en sont désignés ou par le corps électoral lui-même ou par des autorités dont la première au moins, – celle dont procèdent les autres par voies de délégation ou de sous-délégation, – a été élue par le corps électoral : la souveraineté retourne ainsi périodiquement à sa source »[2]. Esmein justifie ici l'ensemble du système politique représentatif organisé par les lois constitutionnelles de la IIIe République notamment l'élection indirecte du Président de la République ou des sénateurs.

Mais la coïncidence établie entre souveraineté de la nation et élection des autorités constituées n'est plus valable dans le cadre d'une monarchie constitutionnelle telle qu'elle existe en Angleterre, le monarque n'étant pas élu. Esmein ne l'ignore pas, mais la correction qu'il propose est extrêmement imprécise : « Pour la monarchie constitutionnelle, la conciliation logique est plus difficile à opérer ; mais lorsque elle est vraiment organisée en vue de la liberté, elle présente un équilibre tel que la volonté des représentants élus à temps par la nation est sûre de triompher en définitive »[3].

Malgré le caractère non-électif de la fonction exécutive dans une monarchie, le principe de la « nation souveraine » ne se trouverait pas annihilé. Le principe électif qui est censé légitimer le pouvoir de tous les gouvernants semble pouvoir céder partiellement si, *in fine*, l'organe électif présente une prépondérance définitive dans ses rapports avec les autres organes. Cela est d'ailleurs conforme à la définition du gouvernement représentatif qu'offrent les premières lignes de l'article : « Le système [représentatif] repose sur cette idée que la nation, considérée comme souveraine, n'exerce par elle-même aucun des attributs de la souveraineté. Elle en délègue l'exercice à un certain nombre d'autorités supérieures, les pouvoirs constituées, *dont l'une au moins* (une assemblée délibérante et législative) doit être élue à temps par la nation, c'est-à-dire par le corps des électeurs politiques »[4].

---

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15.
[2] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 17.
[3] *Ibid*.
[4] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15, nous soulignons.

La forme monarchique d'un État ne s'oppose donc pas à l'idée d'une souveraineté du corps électoral, ou de la nation, à la condition que les représentants élus puissent toujours faire prévaloir la volonté de l'électorat.

Esmein semble adopter dans cet article une position identique à celle de Félix Moreau. Le *Précis élémentaire de droit constitutionnel* de 1892 indique que l'organisation institutionnelle d'un État monarchique peut laisser s'exprimer la volonté de la nation : « Ainsi la monarchie est ou absolue, ou tempérée par l'influence concédée aux sujets dans l'exercice du pouvoir monarchique. L'intervention des peuples ou des grands est parfois obligatoire. […]. La *monarchie constitutionnelle* est caractérisée par ce fait que le monarque n'exerce seul ni le pouvoir législatif qu'il partage en partie avec le Parlement nommé en partie au moins par un corps électoral tiré de la nation, ni le pouvoir exécutif réparti entre des ministres dont l'accord avec le monarque est nécessaire pour chaque acte »[1]. Quelques années auparavant, Antoine Saint Girons affirmait également que la forme monarchique de l'État pouvait s'accorder avec le principe de souveraineté nationale, au même titre que les autres formes étatiques : « Il n'existe pas un mode exclusif, sacramentel, d'organisation politique. La souveraineté nationale peut être respectée par la monarchie comme par la république, par l'aristocratie comme par la démocratie. La forme de gouvernement est secondaire, ce qui est important, c'est la conduite des gouvernants. Or, la souveraineté nationale constitue la garantie permanente d'un gouvernement conforme à la justice et aux vrais intérêts du pays »[2].

Mais le discours tenu évolue considérablement dans les *Éléments de droit constitutionnel*. L'ouvrage s'interroge en effet de façon beaucoup approfondie que l'article de 1894 sur les conséquences de l'interprétation du principe de souveraineté nationale[3], notamment quant à la forme de l'État. Esmein s'interroge : « le principe de la souveraineté nationale est-il compatible et conciliable en droit avec toute forme d'État ? »[4]. Il s'agit de savoir « si, en proclamant dans la même constitution la souveraineté nationale et le gouvernement monarchique, on n'y introduit pas, quoi qu'on fasse, des principes antinomiques. Ce n'est pas là une pure querelle de mots, une dispute d'école. Les institutions ont leur logique, comme les idées. Si, dans un milieu où l'esprit conservateur et traditionaliste est très puissant, des institutions peuvent vivre très longtemps, bien qu'elles accouplent et combinent dans un équilibre instable des principes opposés, partout ailleurs, dans une pareille combinaison, ces forces divergentes entrent fatalement en lutte, et l'une d'elles tend à rétablir l'harmonie en éliminant des éléments hétérogènes »[5].

Concernant la forme républicaine de l'État, le raisonnement est identique à ce qui était exposé dans « Deux formes de gouvernement ». L'adéquation entre le principe de souveraineté nationale et la forme républicaine est incontestable. La république constitue même la traduction la plus aboutie du principe. L'élection à temps des autorités constituées – législative et exécutive – implique le respect du principe de la souveraineté de la nation : « Qu'il [le principe de la souveraineté nationale] s'harmonise complètement avec la République démocratique, cela est évident : celle-ci en est même la réalisation

[1] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 33.
[2] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 24.
[3] Il s'agit même de la deuxième section du chapitre consacré à la souveraineté nationale : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 288-450.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 289.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 296.

naturelle et adéquate. Tous les pouvoirs étant conférés, directement ou indirectement, par le corps de la nation et étant conférés à temps, la souveraineté nationale conserve une activité continue et se manifeste périodiquement en fait »[1]. Le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* confirme cette adéquation parfaite entre le principe de la souveraineté nationale et la forme républicaine. Présentant la Constitution du 5 fructidor an III, Esmein souligne : « C'est, on peut le dire, la mieux rédigée des diverses Constitutions qu'a eues la France. *Par la forme républicaine, les principes reprenaient leur véritable équilibre*, et les deux essentiels : la souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs pouvaient s'appliquer sans détours et sans fictions »[2].

C'est à propos de la forme monarchique de l'État que l'on constate une évolution sensible de l'argumentation d'Esmein. L'ouvrage ne se contente pas d'affirmer une conciliation difficile – mais pas impossible – entre souveraineté de la nation et monarchie. Il entend ajuster sa réponse en fonction des divers types de monarchies qu'il distingue. Ainsi oppose-t-il la monarchie absolue et héréditaire à la monarchie constitutionnelle.

La première forme de monarchie interdit toute conciliation avec la souveraineté nationale, la souveraineté absolue du monarque constituant l'antinomie pure et simple de la souveraineté de la nation. Cela est clairement exposé : « Il n'est pas moins certain que le principe de la souveraineté nationale est logiquement inconciliable avec la monarchie absolue et héréditaire. L'un suppose, en effet, que la souveraineté réside intégralement dans le peuple ; l'autre, qu'elle réside tout entière dans le monarque »[3]. La souveraineté est inaliénable : la nation n'a pu consentir une telle aliénation au profit du monarque[4] : « Pas plus qu'un individu, un peuple en droit ne peut se vendre ou se donner ; comme la liberté individuelle, la liberté politique est naturellement inaliénable »[5].

Mais l'argumentation se fonde plus encore sur une conception de la nation car, quand bien même la souveraineté serait aliénable, son aliénation consentie par une génération de citoyens n'est pas valable car c'est la nation, être collectif et transcendant, qui en est titulaire : « Même en admettant que la souveraineté ne se conçoive pas comme nécessairement incessible en elle-même, l'acte par lequel une nation la céderait à un moment donné doit être considéré comme nul et inefficace en droit. On n'aliène, en effet, que ce qui nous appartient. Or la souveraineté n'appartient pas en propriété à la génération présente, qui nécessairement et légitimement en a le libre exercice, mais simplement l'exercice : elle appartient à la nation, incarnée dans l'État, c'est-à-dire à la série de générations successives ; elle appartient aux hommes de demain comme aux

---

[1] *Ibid*.
[2] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 50, nous soulignons.
[3] *Ibid*.
[4] « Une seule conciliation serait possible ; ce serait d'admettre que le peuple, titulaire original et nécessaire de la souveraineté, l'aurait transmise à un roi et à ses descendants. C'est ce qu'admettaient, en effet, la plupart des auteurs de l'École du droit de la nature, qui, aux XVIIe et XVIIIe siècles, professaient la théorie du contrat social. Ils la mettaient ainsi d'accord avec le droit des monarchies au milieu desquelles ils vivaient, en soutenant que le peuple souverain avait pu valablement aliéner sa souveraineté. C'est en particulier ce que soutenaient Grotius et Wolff. Grotius faisait même résulter cette aliénation des causes nombreuses, parmi lesquelles la force et la fatalité jouaient un grand rôle. Wolff, plus correctement juridique, raisonnait ainsi : la souveraineté est la chose du peuple et lui appartient, il peut donc en disposer à son gré et la transférer à autrui. Il invoquait les principes juridiques sur les sociétés en général. Il admettait, d'ailleurs, que le peuple pouvait poser exactement les conditions et les limites de ce transfert, le faire révocable ou irrévocable, à temps, à vie ou héréditaire, le consentir en tout ou partie. Mais cela pouvait aller jusqu'à une aliénation proprement dite, rendant le monarque pleinement propriétaire de la souveraineté en dépouillant totalement le peuple », *Éléments…, op. cit.*, p. 289-290.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 291.

hommes d'aujourd'hui. C'est un dépôt sacré que les générations se transmettent l'une à l'autre »[1]. Ainsi la forme absolue de la monarchie s'oppose catégoriquement au principe de souveraineté de la nation. La souveraineté est inaliénable car elle appartient à la nation qui, distincte du corps électoral qui n'en n'a que l'exercice, ne peut régulièrement et juridiquement en confier la propriété à aucune autre personne.

Esmein poursuit son investigation des rapports entre monarchie et souveraineté nationale en observant que seul le démembrement[2] de la souveraineté pourrait permettre une conciliation de principes pourtant « antinomiques »[3]. Mais, note-t-il, « on retrouverait alors devant soi le principe que la souveraineté est inaliénable ; elle l'est en effet en partie, aussi bien qu'en entier »[4].

Léon Duguit ne manquera pas de remarquer que la conception d'Esmein trouve ici sa limite. Entendue comme inaliénable, la souveraineté ne peut appartenir qu'à la nation comme unité. Or le caractère inaliénable, et par conséquent indivisible, de la souveraineté va faire émerger « le célèbre problème de l'État fédéral »[5]. Les *Éléments de droit constitutionnel* précisent en effet : « Cependant, dans les temps modernes et dans les pays où la souveraineté nationale était pleinement reconnue, on a admis parfois sa divisibilité. Mais il s'agissait alors d'États fédératifs comme les États-Unis »[6]. Esmein justifie cette divisibilité de la souveraineté entre l'État fédéral et les entités fédérées par la distinction entre souveraineté antérieure et souveraineté postérieure à la création même de l'État fédéral : « Là il n'y a pas véritablement aliénation de la souveraineté du peuple. Ceux qui participaient à la souveraineté dans chacun des États particuliers, dont la réunion va former l'État fédératif, y participeront également dans cet État élargi. Il y a là d'ailleurs un véritable contrat social, effectif et historique, lequel a pu déterminer les conditions de la société nouvelle qui en est sortie. Les divers États particuliers auraient pu se fondre complètement dans un État centralisé, où une seule souveraineté se serait exercée à tous les égards : n'ont-ils pas pu limiter à certains attributs cette souveraineté de création nouvelle, et conserver pour le surplus leur souveraineté antérieure ? »[7].

On doit reconnaître à Duguit le mérite de relever cette incohérence dans la théorie esmeinienne de la souveraineté nationale : « le savant auteur admet le démembrement de la souveraineté dans l'État fédéral, et il ne nous dit point pourquoi la souveraineté, qui peut se démembrer dans un État fédéral, ne le peut pas dans un État unitaire pour concilier la monarchie et la démocratie »[8].

La seconde forme de monarchie, la monarchie constitutionnelle, constitue la vraie difficulté de la conciliation entre gouvernement représentatif et souveraineté nationale. Esmein admet l'existence de Constitutions monarchiques[9] ayant proclamé la souveraineté

---

[1] *Ibid*.
[2] « On pourrait imagine d'autres combinaisons entre la souveraineté nationale, d'un côté et, d'autre part, la monarchie ou l'aristocratie. Elles consisteraient à démembrer la souveraineté, laissant à la nation entière certains attributs, conférant au monarque ou à la classe aristocratique, non plus le simple exercice, mais la propriété de certains autres attributs », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 298.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 296.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 298.
[5] L. Duguit, *Souveraineté et liberté*, *op. cit.*, p. 80.
[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 298.
[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 298-299.
[8] L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 261.
[9] Il cite également la Constitution belge du 7 février 1831 : voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 294.

de la nation : « Mais diverses constitutions modernes, acceptant et proclamant le principe de souveraineté nationale, l'ont accouplé avec la forme monarchique. Elles diffèrent du système de Rousseau en ce qu'elles admettent le gouvernement représentatif en matière législative et en ce qu'elles considèrent le pouvoir législatif, non comme la souveraineté elle-même, mais simplement comme l'un des attributs de la souveraineté, le pouvoir exécutif en étant un autre. Elles s'en rapprochent en ce qu'elle concèdent au monarque simplement l'exercice de certains attributs de la souveraineté, non la propriété de ces attributs qui reste toujours à la Nation »[1]. L'exemple le plus significatif de cette conciliation est, aux yeux d'Esmein, la Constitution française du 3 septembre 1791[2] : « Parmi les diverses conciliations ainsi tentées entre le principe de la souveraineté nationale et la forme monarchique, il en est qui semblent correctes au point de vue de la logique, celle tout au moins contenues dans la Constitution de 1791 »[3]. Les articles 2, 3 et 4 de la Constitution de 1791 disposent en effet que le monarque est un « représentant » de la nation au même titre que l'Assemblée nationale élue et qu'il se voit déléguer, à ce titre, l'exercice du pouvoir exécutif et une part du pouvoir législatif[4].

L'auteur relève surtout les éléments qui traduisent le principe de souveraineté nationale : « La Constitution, sans donner à la nation le droit de révoquer le roi et tout en déclarant sa personne inviolable et sacrée, avait prévu un certain nombre de cas dans lesquels celui-ci, manquant à ses devoirs, était déclaré déchu de plein droit. Elle cachait ce résultat logique sous une fiction légale : le roi était alors " censé avoir abdiqué " et rentrait

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 293.

[2] « La première, celle qui a maintenu le plus intact dans cette juxtaposition le principe de la souveraineté nationale, c'est la Constitution française de 1791. Elle commence par poser le principe essentiel du gouvernement représentatif : "La nation de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La Constitution française est représentative ; les représentants sont le Corps législatif et le roi ". Le roi, simple représentant de la nation (quoique représentant héréditaire), était nettement qualifié magistrat du peuple, " le premier fonctionnaire public ", comme disait la loi elle-même. Il recevait l'exercice du pouvoir exécutif, plus un droit de veto, simplement suspensif », *Éléments…, op. cit.*, p. 293. Le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* expose les mêmes éléments : « En vertu de la souveraineté nationale, tous les pouvoirs créés par la Constitution : législatif, judiciaire, exécutif, avaient pour source la Nation. Cela était évident, vrai au pied de la lettre, pour les deux premiers, puisque les membres du Corps législatif et les juges étaient élus à temps. Pour le troisième, le pouvoir exécutif, cela était moins apparent, puisqu'il était attribué à un roi et que la monarchie était maintenue à titre héréditaire, au profit de la dynastie régnante et selon les anciennes règles de dévolution. Cependant la conciliation avait été obtenue entre des principes, en apparences opposés. D'après la Constitution, le pouvoir exécutif n'appartenait pas au roi : il lui était seulement *délégué* par la Nation (*héréditairement délégué à la race régnante*) ; et c'était le même terme qu'elle employait pour l'institution des deux autres pouvoirs. Le roi, qui portait le titre de *roi des Français*, et non celui de *roi de France*, ne pouvait commander qu'au nom de la loi, et le décret du 12 septembre 1791 lui donnait aussi la qualité de représentant de la Nation, pouvant vouloir pour elle. Après avoir déclaré que la Constitution française était représentative, elle ajoutait : " les représentants sont le Corps législatif et le roi ". Mais il est facile de voir que la balance penchait en faveur du Corps législatif, qui était le représentant par excellence de la Nation ; le roi n'avait vraiment ce caractère que dans les relations avec les puissances étrangères », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 33-34.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 296.

[4] Article 2 de la Constitution du 3 septembre 1791 : « La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi ». Article 3 de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Le Pouvoir législatif est déléguée à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du roi, de la manière qui sera déterminée ci-après ». Article 4 : « Le Gouvernement est monarchique : le Pouvoir exécutif est délégué au roi pour être exercé sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables, de la manière qui sera déterminée ci-après ».

dans la classe des simples citoyens »[1]. Son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* de 1908 apportera quelques précisions supplémentaires : « Enfin le roi n'était pas absolument inamovible. Non pas que le Corps législatif pût le destituer à volonté. Mais la Constitution admettait des causes de déchéance qui étaient au nombre de trois : 1° quand un nouveau roi à son avènement, s'il était alors majeur, ou à sa majorité, ne jurait pas de respecter la Constitution ; 2° quand le roi se mettait à la tête d'une armée dirigée contre la Nation, ou ne s'opposait pas à une pareille entreprise exécutée en son nom ; 3° lorsque, sorti du royaume et rappelé par le Corps législatif, il ne rentrait pas dans un délai déterminé. Le texte constitutionnel déguisait d'ailleurs au moyen d'une fiction la déchéance qu'il prononçait. Dans ces hypothèses, le roi était censé avoir abdiqué ; c'était *l'abdication légale* à côté de l'abdication volontaire et expresse »[2].

De même, les *Éléments de droit constitutionnel* font état de la possibilité offerte par la Constitution de 1791 de réviser la forme de l'État et ainsi, par hypothèse, d'abolir la monarchie : « Enfin la nation n'était pas liée indéfiniment et nécessairement à la forme monarchique. La Constitution ouvrait une procédure pour réviser les divers articles constitutionnels ; ceux qui établissaient la royauté n'étaient pas exceptés et, très logiquement, les décisions émises par les assemblées et portant qu'il y avait lieu de réviser tel ou tel article n'étaient pas sujettes à sanction royale, pas plus évidemment que celles de l'Assemblée nationale de révision »[3].

Le jugement porté par les *Éléments de droit constitutionnel* sur cette conciliation entre la forme monarchique de l'État et souveraineté nationale diffère grandement du simple arrangement constaté dans « Deux formes de gouvernement ». Alors qu'en 1894 Esmein considère que la souveraineté nationale est préservée par la prépondérance de l'assemblée élective dans le système institutionnel d'une monarchie, il conteste en 1896 la possibilité d'une telle espèce de conciliation.

Le chapitre consacré à la souveraineté nationale affirme en effet : « Toute conciliation tentée entre la souveraineté nationale et la monarchie renferme, me semble-t-il, le vice suivant. La souveraineté du peuple n'implique pas seulement que tous les pouvoirs émanent de la nation et que celle-ci en confère le simple exercice ; elle implique aussi que tous ceux qui ont reçu l'exercice de ses pouvoirs sont responsables de l'usage qu'ils en ont fait. C'est là un axiome évident : toute personne qui exerce, non pas un droit dont le principe est en elle, mais un droit qui appartient à autrui et dont l'exercice lui a été confié, en doit compte au titulaire »[4].

C'est donc au moyen d'un raisonnement fondé sur le principe de responsabilité des autorités constituées - raisonnement qu'il renouvellera pour s'opposer à la fonction sénatoriale viagère en France de 1875 à 1884[5] - qu'Esmein entend contester toute conciliation entre monarchie et souveraineté nationale. Il poursuit : « La collation à temps de tous les pouvoirs irrévocables, telle paraît donc être la conséquence naturelle, presque nécessaire, de la souveraineté nationale : et pour que cette règle, simple et fondamentale,

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 293.
[2] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.,* p. 34.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 293-294. On constate que son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* est muet sur ce point.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 296.
[5] « La magistrature viagère des 75 inamovibles était au fond inconciliable avec le principe de la souveraineté nationale », *Éléments…, op. cit.,* p. 919.

soit efficace, il faut que la durée des fonctions soit à terme fixe, inférieure en tous cas à la durée de la vie entière. Cela exclut même la monarchie élective »[1].

La monarchie est donc condamnée par les *Éléments de droit constitutionnel*. Qu'elle soit absolue ou constitutionnelle, héréditaire ou simplement viagère, la forme monarchique de l'État ne se peut se concilier *parfaitement* avec l'affirmation du principe de la souveraineté nationale. Esmein semble être le premier auteur d'un ouvrage de droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle à affirmer une telle opposition entre souveraineté nationale et monarchie constitutionnelle. Félix Moreau comme Théophile Aumaître ne s'engage pas sur la question précise de la forme de l'État. Antoine Saint Girons lui, en monarchiste convaincu[2], croit la conciliation possible entre la souveraineté nationale et la « république royale »[3] ou monarchie constitutionnelle héréditaire[4].

On serait tenté de voir ici l'expression la plus nette du républicanisme d'Adhémar Esmein. Guillaume Sacriste l'a largement démontré[5] : apôtre de « l'inéluctabilité de la forme républicaine de l'État », Esmein fut l'une des voix les plus autorisées dans l'entreprise de légitimation du pouvoir républicain sous la IIIe République. Le républicanisme d'Esmein semble indéniable. Ses écrits comme le déroulement de sa carrière universitaire démontrent son engagement résolu dans le camp républicain.

Cet engagement républicain reste néanmoins discret, et se fonde presque exclusivement sur des motivations juridiques, ou du moins est toujours présenté comme tel. L'interprétation esmeinienne du principe de souveraineté nationale constitue en effet la seule base théorique en faveur de la forme républicaine de l'État. On ne trouve pas, dans l'œuvre d'Esmein, un autre discours légitimant la forme républicaine.

Si Esmein est républicain, il n'est pas pour autant anti-monarchiste virulent. Si la monarchie absolue est condamnée au motif qu'elle est la négation du principe de souveraineté nationale, la monarchie constitutionnelle impose une certaine modération. Hormis le passage des *Éléments de droit constitutionnel* précité, on ne relève aucune autre condamnation définitive de la monarchie constitutionnelle. L'étude de la Constitution

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 297. On notera que Duguit ne manque évidemment pas de relever l'impossible conciliation entre souveraineté nationale et monarchie constitutionnelle et la difficulté que cela produit dans la doctrine d'Esmein : « Depuis 1790-1791, on n'avait point trouvé la solution du problème ; on ne la trouvera jamais tant qu'on affirmera l'existence de la souveraineté une et indivisible de la nation, et qu'on maintiendra telle quelle la conception française de la représentation. M. Esmein lui-même, si expert à donner une explication ingénieuse de toute chose, est obligé de reconnaître que la conciliation est impossible », L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents, op. cit.*, p. 260-261.

[2] À titre d'exemple : « On voit quels sont les avantages du principe héréditaire, et combien, au fond, la royauté parlementaire est utile pour assurer le plein triomphe de la démocratie », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 341. Voir notamment l'ensemble du chapitre IX de l'ouvrage consacré au pouvoir exécutif dans lequel Saint Girons n'a de cesse d'affirmer tout l'intérêt et la validité du principe monarchique : voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 322-389.

[3] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 329-339.

[4] Le chapitre IX du *Manuel* d'Antoine Saint Girons discute longuement des avantages du caractère héréditaire de la fonction royale, en comparaison notamment de son caractère possiblement électif : « Á supposer même que le pouvoir royal soit bien organisé, que les excès de l'aristocratie et les abus du *liberum veto* soient impossibles, que le régime parlementaire se combine heureusement avec la royauté élective, l'hérédité garde toujours une immense supériorité sur l'élection », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 333-334. Ou encore : « Le roi héréditaire forme, au contraire, un point stable, permanent, autour duquel gravite le gouvernement, qui peut avoir la mobilité, là où elle est nécessaire, dans le ministère, composé des chefs du parti actuellement dominant » A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 337.

[5] Voir notamment G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 264-276.

monarchique de 1791 est éclairante. S'il admet la difficile conciliation de la souveraineté nationale et de la monarchie, s'il regrette le choix du monocamérisme par les constituants[1], jamais le principe de la monarchie représentative n'est présenté en lui-même comme contraire à la liberté politique. De plus, nous l'avons observé, les garanties accordées par le droit criminel réformé dès 1789 et codifié par le Code pénal en 1791[2] semblent prévaloir sur la forme de l'État et emporter un jugement globalement positif sur cette première Constitution de l'ère révolutionnaire.

Mais la souveraineté nationale s'accorde parfaitement avec le régime républicain : Esmein sera donc républicain. Sans aucun doute l'interprétation du principe de souveraineté nationale vise à légitimer la forme républicaine adoptée en 1875 et s'oppose ainsi à la forme monarchique. Mais l'œuvre d'Esmein, si elle sert de bréviaire aux républicains de l'époque, ne vise pas seulement à la défense et à la consolidation d'une république tant de fois menacée depuis sa proclamation. Les *Éléments de droit constitutionnel* cherchent avant toute chose à démontrer la nécessité, non d'une forme d'État donnée, mais d'une forme de gouvernement.

Si la République est défendue, c'est notamment parce qu'elle est, comme la monarchie constitutionnelle, une forme du gouvernement représentatif. Il est incontestable que c'est bien ce gouvernement par représentation qui constitue le centre de gravité de l'ensemble de la théorie constitutionnelle d'Esmein. Le gouvernement représentatif, entendu comme la seule forme de gouvernement susceptible de laisser s'exprimer et de protéger la liberté individuelle, constitue la forme d'organisation institutionnelle la plus libérale. De sorte qu'il est permis d'affirmer que le républicanisme d'Esmein est avant tout motivé, non par un engagement politique ou partisan, mais par un but philosophique : la liberté individuelle. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* est républicain parce qu'il est libéral[3]. À l'image d'Édouard Laboulaye qui voit en 1871 dans l'adoption par la France de la forme républicaine un « mariage de raison »[4], on peut considérer qu'Adhémar Esmein est un républicain, sinon de cœur, du moins de raison. La République fondée entre 1871 et 1875 lui semble être « inéluctable »[5] en ce qu'elle synthétise les principes généraux du droit constitutionnel au sein d'un même régime politique, et conclut alors positivement la longue séquence révolutionnaire en affirmant les principes énoncés en 1789. La forme républicaine telle qu'elle s'impose en France constitue par sa conciliation de la souveraineté de la nation et du gouvernement représentatif la forme la plus aboutie, mais non la seule forme possible, de régime politique libéral.

---

[1] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 127-129.
[2] Voir *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*, *op. cit.*, p. 249 et suivantes.
[3] Voir notamment J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », art. cité, p. 272-273.
[4] « Je ne suis pas de ceux qui mettent la République au dessus du suffrage universel ; je n'ai jamais rien compris à ce droit divin de nouvelle espèce ; j'estime que les gouvernements sont faits pour les peuples, et non pas les peuples pour les gouvernements. La France a donc le droit de rejeter la République, si la majorité de la nation n'en veut pas ; mais je crois qu'aujourd'hui il est dans son intérêt de la conserver et de la constituer. La République existe, ce qui est déjà beaucoup pour un gouvernement ; avec un peu de sagesse, on peut en faire un régime durable et qui donne une garantie sérieuse à tous les droits et à tous les intérêts. *En acceptant la République, la France fera un mariage de raison*, c'est pour cela peut être qu'elle trouvera enfin le repos et le bien-être qu'elle poursuit en vain depuis si longtemps », É. Laboulaye, *La République constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 8, nous soulignons.
[5] Nous reprenons ici l'expression de Guillaume Sacriste qui évoque « l'inéluctabilité de la forme républicaine de l'État ». Voir G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 271.

D'ailleurs, dans son chapitre consacré aux « précédents de la Constitution de 1875 », Esmein reconnaît volontiers que les lois constitutionnelles de 1875 ont accommodé sous la forme républicaine « certaines institutions traditionnellement caractéristiques de la monarchie constitutionnelle »[1]. Si l'une des raisons de cette fusion est à rechercher dans la simple idée de « filiations »[2] entre les institutions[3], la seconde s'explique par l'évolution idéologique des libéraux français de la seconde moitié du siècle tels Laboulaye, Simon ou Prévost-Paradol : « Sous le Second Empire, les principaux représentants de l'école dite alors *libérale*, qui continuaient presque seuls l'étude théorique des principes de la liberté politique avaient d'avance élaboré cette solution. La plupart étaient, par leur origine ou par leur éducation, attachés à la cause de la monarchie constitutionnelle ou naturellement portés vers cette forme d'État. Mais instruits par les leçons du passé, en face d'un avenir incertain, ils avaient envisagé et accepté d'avance les autres formes que pourrait amener, dans l'évolution future, soit la durée prolongée de la dynastie impériale, soit, solution plus probable, l'avènement de la République. Convaincus que le fond devaient passer avant la forme, quelle que fût à ce point leur préférence personnelle, ils avaient cherché à dégager une série d'institutions, pour eux essentielles, qui pût s'adapter presque indifféremment aux diverses formes d'État que l'avenir recélait dans son ombre. Ce programme comprenait principalement deux chefs : le gouvernement parlementaire et les droits individuels, les *libertés nécessaires* comme on disait à l'époque »[4].

La forme républicaine est présentée par Esmein comme une solution transactionnelle, la seule formule capable de préserver les acquis institutionnels libéraux – au premier rang desquels les règles du gouvernement représentatif – en les conciliant avec les deux principes fondamentaux développés en 1789 : la souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs. C'est donc par la préservation des acquis libéraux du XIXe siècle, et par sa conformité avec le principe de souveraineté nationale que la République apparaît à Esmein comme la meilleure forme étatique pour le gouvernement représentatif.

Car c'est bien la préservation de la liberté politique qui anime de l'ensemble de l'œuvre juridique d'Adhémar Esmein, reléguant au second plan la question – quasiment accessoire – de la forme de l'État. Esmein considère que cela tombe sous le sens : « Bien entendu, je n'examine pas ici la question de savoir si la pleine liberté politique peut se

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 629.

[2] « C'est une vérité établie dans notre siècle par l'étude de l'histoire du droit que, chez un peuple progressif, les institutions nouvelles, successivement introduites, ne sont viables et durables qu'autant qu'elles se rattachent par une transition largement ménagée aux institutions antérieures qu'elles doivent remplacer. Le régime nouveau doit contenir tout d'abord une portion conservée des éléments qui composaient le régime ancien ; c'est la condition même de sa vie et de son succès », *Éléments…, op. cit.*, p. 633.

[3] Voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. VI et p. VII.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 630. La préface à l'ouvrage de Iouda Tchernoff, *Le parti républicain sous la monarchie de Juillet*, donnera l'occasion à Esmein de réaffirmer cette opinion : « Qu'il me soit permis de rappeler ici une troisième application de l'histoire des doctrines que j'ai tentée dans mes Éléments de droit constitutionnel. Je crois avoir montré et établi que nos lois constitutionnelles de 1875, ces lois qui n'aboutirent qu'après des efforts infructueux pour amener d'autres solutions, par des transactions et des ententes entre divers partis, étaient fournies, pour tout ce qu'elles avaient d'essentiel, par une doctrine antérieure, élaborée sous le second Empire. C'était celle surtout des monarchistes parlementaires, au premier rang desquels figuraient le duc de Broglie et Prévost-Paradol, qui entrevoyaient l'avènement inévitable de la République, à laquelle ils se sont résignés pour un temps ou pour toujours, et dont ils cherchaient à déterminer la Constitution future », I. Tchernoff, *Le parti républicain sous la monarchie de Juillet. Formation et évolution de la doctrine républicaine*, avec préface de M. A. Esmein, Paris, Pedone, 1901, p. XV-XVI.

concilier et se maintenir avec la forme monarchique. L'équivalence possible à cet égard de la monarchie et de la république est un fait attesté par l'histoire contemporaine : on n'est pas moins libre en Angleterre qu'aux États-Unis, bien qu'on le soit par des procédés différents »[1]. La préservation de la liberté politique est au cœur du programme d'Esmein. Or elle est patente en Angleterre, dans une monarchie constitutionnelle qui est pourtant aux antipodes de la souveraineté nationale.

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 296.

II
La question du titulaire de la souveraineté en Angleterre : l'évolution de la doctrine d'Esmein

La définition de la souveraineté nationale s'accompagne d'une réflexion poussée sur la souveraineté en Angleterre. On l'a constaté, la souveraineté du Parlement - composé du monarque, de la Chambre des Communes et de la Chambre des Lords - est pleinement affirmée en droit anglais et semble se concilier difficilement avec la souveraineté de la nation.

Au cours des années, Esmein développe un intérêt grandissant pour la question du titulaire de la souveraineté en Angleterre. En 1894, dans « Deux formes de gouvernement », la souveraineté du Parlement anglais n'est pas abordée et la question du titulaire de la souveraineté en Angleterre est ainsi ignorée. Le lecteur doit donc se contenter de l'incise relevée plus haut : « Pour la monarchie constitutionnelle, la conciliation logique est plus difficile à opérer ; mais lorsque elle est vraiment organisée en vue de la liberté, elle présente un équilibre tel que la volonté des représentants élus à temps par la nation est sûre de triompher en définitive »[1].

Ainsi lorsque l'organe élu - « la représentation directe de la nation »[2] - peut faire primer sa volonté et donc celle du corps qui l'a élu, le principe de souveraineté de la nation est préservé. L'allusion à l'Angleterre est transparente. C'est d'ailleurs en ce sens que s'exprime Saint Girons. Son *Manuel* expose que l'évolution du mécanisme institutionnel de la Constitution anglaise a conduit à la prépondérance d'un Cabinet émanant directement de la Chambre élective du Parlement et responsable devant elle : « Le vague des formules a permis les grandes substitutions d'influence, qui ont graduellement détruit, en fait, la prépondérance de la royauté, puis celle des Lords, pour la transporter dans la Chambre des communes, laquelle, grâce au Cabinet, a toute la réalité du pouvoir. […]. La Constitution vécue, pratiquée, donne pleines garanties à la souveraineté nationale, grâce au Cabinet qui, inconnu de la Constitution écrite, a permis la limitation générale et implicite des pouvoirs, l'une par l'autre, au profit des libertés publiques »[3].

Ainsi le critère électif n'est pas la condition du caractère représentatif d'une autorité. Esmein l'affirme plus loin : « Dans le gouvernement représentatif, au contraire [du gouvernement semi-représentatif] chacun des pouvoirs constitués représente la nation au même titre, dans la mesure de ses attributions, le pouvoir exécutif pour gouverner, le pouvoir judiciaire pour juger, le pouvoir législatif pour légiférer »[4]. C'est là tout le sens du gouvernement représentatif en Angleterre dont le Parlement ne compte qu'une seule Chambre élective.

Dans la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*, le chapitre consacré au principe du gouvernement représentatif affirme que « la monarchie était elle-même

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 17.
[2] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 25.
[3] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 30.
[4] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 26-27.

représentative ; le monarque tenait ses pouvoirs de la nation et ne pouvait les exercer que dans l'intérêt national ; conformément aux lois. Cela a été reconnu de bonne heure et exprimé par les auteurs modernes dans les termes juridiques les plus nets »[1]. Esmein cite à l'appui de sa démonstration l'ouvrage d'Alpheus Todd qui, malgré une traduction française malheureuse[2], souligne le caractère représentatif de la monarchie.

La cinquième édition de l'ouvrage s'attache à apporter des précisions sur le caractère représentatif de la « royauté »[3]. Elle consacre un paragraphe nouveau à la notion juridique de Couronne, notion timidement abordée dans un article de 1903, puis étudiée en 1911[4].

Le paragraphe en question est directement inspiré par la littérature juridique anglaise, en l'occurrence de celle du publiciste Sidney Low. L'objectif est de démontrer que le système anglais admet la représentativité de la royauté et non celle de la personne du monarque. Cette distinction ne peut s'opérer que par le biais d'une abstraction. La Couronne sera ainsi distincte de la personne du monarque au moyen d'une « fiction légale » qui n'est pas sans rappeler l'abstraction de l'État et de la nation qui visait également à détacher la personne des gouvernants de la souveraineté elle-même. Esmein écrit : « Par un procédé juridique ingénieux et scientifique, le droit anglais traduisit de bonne heure ce caractère représentatif de la royauté. Cela consista à distinguer le Souverain et la Couronne, en attribuant à cette dernière tous les attributs de la souveraineté dont le monarque a l'exercice. La Couronne, personne fictive fut d'abord elle-même la représentation de la dignité royale, conçue dans sa perpétuité, en dehors des princes qui la revêtent successivement »[5].

La contribution de 1911 intitulée « L'inaliénabilité du domaine de la Couronne devant les États généraux du XVIe siècle » offre la même analyse. L'étude décrit l'origine anglaise de cette entreprise de personnification de la Couronne au détriment du pouvoir

---

[1] *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 49-50.

[2] Esmein cite dés la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* l'ouvrage de Todd revu par Walpole : « Todd-Walpole, t. I, p. 108 : « *It must be observed of all royal prerogatives, that they are held in trust fot the benefit of the whole nation, and must be exercised in conformity with the constitutionnal maxim* », *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 50, note 2. La troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* signale suite à cette citation la traduction imprécise du texte original : « Le traducteur a rendu les mots imprimés en italiques [*that they are held in trust*] de la façon suivante : "Ce qu'il faut remarquer c'est que toutes les prérogatives royales *n'existent* que pour le plus grand bien de la nation ". Le texte est plus précis *to hold anything in trust*, c'est tenir une chose d'une autre personne et la posséder comme le représentant de celle-ci », *Éléments…*, 3e éd., *op. cit.*, p. 64, note 2.

[3] La cinquième édition substitue en effet le terme « royauté » à celui de « monarchie » : « Enfin la royauté était elle-même représentative ; le monarque tenait ses pouvoirs de la nation et ne pouvait les exercer que dans l'intérêt national, conformément aux lois », *Éléments…*, 5e éd., *op. cit*, p. 78. Pour comparaison voir : *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 49 ou *Éléments…*, 3e éd., *op. cit.*, p. 64.

[4] A. Esmein, « L'inaliénabilité du domaine de la Couronne devant les États généraux du XVIe siècle », *Sonderabdruck aus der Otto Gierke zum 70. Geburtstag von Schülern, Freunden und Verehrern dargebrachten Festschrift*, Weimar, H. Böhlau, 1911, p. 361-381.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 86. La définition de la Couronne dans « Une survivance qui disparaît : "*The Demise of the Crown Act* " du 2 juillet 1901 » est extrêmement brève. Signalons qu'Esmein évoque dans cet extrait la notion de Couronne dans l'ancien droit français, et non dans le droit anglais. La définition est sur ce point identique, qu'il s'agisse de la France ou de l'Angleterre : « Les premiers officiers royaux dont la charge survécut au roi de qui ils la tenaient, furent les grands officiers de la Couronne de France. On utilisa pour eux une fiction, qui servit aussi à d'autres fins dans notre ancien droit : on dit qu'ils étaient les officiers non du roi mais de la couronne, *c'est-à-dire de la dignité royale personnifiée et partant perpétuelle* », A. Esmein, « Une survivance qui disparaît : "*The Demise of the Crown Act* " du 2 juillet 1901 », *Annales des sciences politiques*, 1903, p. 98, nous soulignons.

personnel du monarque qui visait à la protection de ce qu'on nommerait aujourd'hui le domaine de l'État : « Il fallait, pour la consolider [la règle de l'inaliénabilité], lui donner un fondement inébranlable. Il consista à donner au Domaine un autre propriétaire que le roi, celui-ci, n'étant pas son propriétaire, ne pouvait pas l'aliéner, fût-il un souverain absolu. Mais quel pouvait être le propriétaire ? Ce ne pouvait pas être l'État, dont la conception était encore bien nébuleuse, ni la Nation, qui en droit n'existait pas encore et dont la personnalité n'était point reconnue. […] On trouva en Angleterre et en France un moyen terme. Ce fut de personnifier la Couronne et d'en faire le propriétaire du Domaine. C'était la personnification de la dignité royale elle-même, permanente et perpétuelle, distincte de la personne des rois qui successivement ceignaient la Couronne »[1].

L'abstraction prit un intérêt supplémentaire lorsque y furent rattachés d'autres droits que le simple droit de propriété du domaine, permettant ainsi la constitution progressive de l'État[2] : « Cependant en Angleterre, au XIIIe siècle, la personnalité de la Couronne s'affirme à certains égards, sous couvert de la Couronne – cette métaphore gardée à la Tour, comme l'appelait Tom Paine – une lente révolution s'accomplit. Au XIIIe siècle le petit cercle d'or commence à être utile. Nous en entendons parler d'abord lorsqu'il se commet des crimes, non seulement contre la paix du roi, mais aussi contre " sa couronne et sa dignité ". Alors nous entendons parler de droits qui sont inséparablement unis à la Couronne ; on affirme même que la Couronne, ou la Couronne du roi, c'est de faire justice et de garder la paix. C'est une doctrine agréable au roi, en même temps qu'une saine doctrine pour l'État ; elle lui permet de reprendre " des libertés " qui ont été aliénés de la Couronne et d'arrêter le développement des justices seigneuriales »[3].

Dans cette compréhension de la Couronne anglaise, on retrouve la distinction de la souveraineté d'origine et de la souveraineté d'exercice. Esmein conclut d'ailleurs le paragraphe ajouté à la cinquième édition des *Éléments de doit constitutionnel* par une longue citation de Low : « Le gouvernement de ce pays n'est point celui d'un despote demi-divin. Le souverain, qui est le chef héréditaire et cérémoniel d'une démocratie parlementaire, a beaucoup de privilèges et d'attributs de la plus haute importance ; mais ces pouvoirs terribles, qui, au point de vue technique, lui sont attribués, il ne les possède pas. Ils appartiennent à un mythe opportun qui s'appelle la Couronne, mais qu'on pourrait tout aussi bien appeler la nation ou la volonté du peuple, ou du nom de toute autre abstraction équivalente »[4]. Et Esmein d'ajouter en note : « Chez nous aussi la Couronne représenta d'abord la dignité royale personnifiée ; mais aux États généraux de 1576, Bodin déclarait que, si le roi ne pouvait pas aliéner le domaine de la Couronne, c'était parce que celui-ci appartenait à la Nation »[5]. Ainsi, la légitimité de l'exercice par le monarque de certains attributs de la souveraineté est assurée par le fait qu'il n'en n'est pas le propriétaire. C'est la Couronne et non le monarque qui assure le caractère représentatif de cette branche du Parlement anglais.

---

[1] A. Esmein, « L'inaliénabilité du domaine de la Couronne devant les États généraux du XVIe siècle », art. cité, p. 363-364.

[2] Étant entendu qu'en Angleterre « l'État se confond juridiquement avec la Couronne », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 527.

[3] A. Esmein, « L'inaliénabilité du domaine de la Couronne devant les États généraux du XVIe siècle », art. cité, p. 365.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 87.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 87, note 1.

Toutefois Esmein conteste, nous l'avons vu, la conciliation de la forme monarchique de l'État avec le principe de la souveraineté nationale. Le critère de l'élection à temps n'est respecté ni par la Chambre des Lords, ni par la Couronne. Mais si, en droit, la souveraineté de la nation ne peut être proclamée en raison de la structure constitutionnelle anglaise, il n'en reste pas moins que le principe même de souveraineté nationale travaille les esprits. Esmein ne manque pas de relever la lente marche de la doctrine anglaise vers l'admission d'un principe *politique* et non *légal* de souveraineté du peuple.

En 1903, dans un article paru aux *Annales des sciences politiques*, Esmein commente l'adoption par le Parlement anglais du « *Demise of the Crown Act* » le 2 juillet 1901. Cet *Act* du Parlement anglais a vocation à mettre un terme à la caducité automatique de certains actes juridiques qu'entraînait la mort du monarque. L'auteur constate que la France et l'Angleterre avaient toutes deux développé cette théorie de la caducité d'un certains nombre d'actes juridiques – au premier rang desquels les nominations – par la conception de la souveraineté personnelle appartenant au monarque[1]. En 1901 le Cabinet anglais entend donc mettre fin à cette règle traditionnelle : « Tout cela, c'étaient des vestiges du passé, les débris d'un monde disparu qui encombraient inutilement la scène politique. C'est ce qui a été dit à plusieurs reprises, au nom du Gouvernement »[2]. Esmein voit dans cette disposition nouvelle du droit anglais « la fin d'un monde »[3], la fin de la souveraineté personnelle du monarque, au profit de l'affirmation *de facto* de la souveraineté de la

[1] Évoquant le cas précis de l'ancien droit français, Esmein écrit : « À la mort de chaque roi une souveraineté finissait ; à chaque avènement commençait une souveraineté nouvelle. Sans doute celle-ci naissait aussitôt que la première expirait et, dans le temps, on ne saisissait entre elles aucun intervalle. Mais, en droit, leur rapprochement présentait une véritable solution de continuité. On en tirait une conséquence importante : c'est que tous les actes accomplis, en qualité de souverain, par le roi défunt, lorsque leur effet ne s'était pas définitivement épuisé sous son règne, mais était susceptible de se continuer agissant sous le règne nouveau, devenaient caducs à sa mort, à moins qu'ils ne fussent expressément ou tacitement confirmés par le nouveau roi qui ainsi les faisait siens. Cela s'expliquait par deux idées. D'un côté la souveraineté était personnelle au roi ; les actes royaux, qui en constituaient l'exercice, tiraient de sa seule volonté leur force et leur vertu. D'autre part, en droit, le nouveau roi n'était pas le successeur de son prédécesseur (au quel cas il aurait pu être considéré comme continuant la personne de celui-ci). Il recevait la couronne, disaient nos anciens, de la loi nationale, c'est-à-dire de la coutume, qui avait affecté le trône à la lignée d'Hugues Capet, dans un certain ordre de dévolution. C'était à ce fonds que chaque roi, successivement appelé par la coutume, puisait sa souveraineté propre qui devait mourir avec lui », A. Esmein, « Une survivance qui disparaît : "*The Demise of the Crown Act*" du 2 juillet 1901 », art. cité, p. 97-98. Quant à l'Angleterre, Esmein reconnaît que la théorie juridique ne se basait non sur la souveraineté fragmentaire et personnelle du monarque mais sur « les principes de la *Common law* sur les louages de services », p. 105. Toutefois, il relève que c'est bien la conception de la souveraineté fragmentaire du monarque qui présida à l'édiction de la règle de la caducité d'un certain nombre d'actes : « D'autre part, le principe de la *souveraineté fragmentaire* était bien aussi à la base du droit anglais. Plus d'une fois l'*Attorney general* lui-même a déclaré que, selon la *Common law*, la mort du roi arrêtait dans son entier la vie même du corps politique. Il en découlait même certaines conséquences précises, qui ont disparu de nos jours, et encore pas complètement », p. 106-107.

[2] A. Esmein, « Une survivance qui disparaît : "*The Demise of the Crown Act*" du 2 juillet 1901 », art. cité, p. 108.

[3] « Au point de vue pratique, en effet, nous l'avons dit en commençant, la nouvelle loi n'est qu'une mesure d'ordre, destinée à éviter les formalités inutiles. On pourra trouver que nous lui avons consacré de bien longs développements ; car nous n'avons pas pour insister sur elle les mêmes motifs que les orateurs de l'opposition à la Chambre des Communes. Mais pour le jurisconsulte, pour l'historien du droit, rien n'est plus intéressant et constructif que l'histoire des principes juridiques. Remonter à leur source, c'est retrouver l'âme même du passé. Suivre leur lente évolution, leur transformation graduelle et logique au milieu des passions humaines qui les exploitent à leur profit, c'est souvent suivre la marche même de la civilisation. *Constater leur épuisement et leur disparition, c'est enregistrer la fin d'un monde* », A. Esmein, « Une survivance qui disparaît : "*The Demise of the Crown Act*" du 2 juillet 1901 », art. cité, p. 116, nous soulignons.

nation : « Il n'en n'est pas moins vrai que, dans la forme et dans le domaine purement juridique, les Anglais font ainsi un nouveau pas vers la reconnaissance d'un principe qui, depuis longtemps, anime toute leur vie politique, mais qui n'est point encore ouvertement proclamé dans leur droit : celui de la souveraineté nationale. C'est la souveraineté monarchique proprement dite qui est ici écartée dans la forme aussi bien que dans le fond. Cela a été constaté à la Chambre des Communes, si bien qu'un membre de l'opposition irlandaise, poussant à l'extrême les conséquences du nouveau principe et reprenant une idée produite dans d'autres milieux, en a conclu que les ministres devaient être élus directement par la Chambre des Communes »[1].

Dès 1896 et la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*, la question de la souveraineté du Parlement anglais avait été abordée sommairement. Esmein se contentait de constater la prégnance de la nation dans le système institutionnel anglais : « Les Anglais, ont le sait, ont effectivement organisé le gouvernement de la nation par la nation, tout en gardant la forme monarchique. Ils savent bien qu'au fond c'est la volonté de la nationale qui s'impose souverainement, et que la royauté ne subsiste que par elle. Mais jamais ils n'ont reconnu et proclamé en droit, dans leur droit public, le principe de souveraineté nationale. Se tenant sur le terrain du droit historique et positif, ils considèrent que la souveraineté réside dans le Parlement, sans remonter plus haut »[2]. Mais l'auteur ajoutait une note tirée de la réédition de l'ouvrage d'Alpheus Todd, laissant entendre que le corps électoral censé élire les membres de la Chambre des Communes pouvait être appréhendé comme le détenteur de la souveraineté au même titre que la Couronne et les Lords : « Cependant, voici la formule que donne M. Walpole (Todd-Walpole, t.I, p. 76, note 1) : « *The sovereignty of the British Empire is not vested in the Crown, but in the Crown, the Lords and the body of electors who chosse the house of Commons* »[3]. Si, par cette note discrète, Esmein ne conclut pas pour autant à la souveraineté pleine et entière du corps électoral en Angleterre, la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* laisse toutefois entendre que la souveraineté juridique du Parlement dissimule en elle une part de souveraineté dont le corps électoral serait le titulaire.

Il faut attendre la cinquième édition de l'ouvrage pour trouver, dans le corps du texte, l'affirmation par la doctrine anglaise de la souveraineté du *peuple* : « Dans les ouvrages anglais les plus récents sur la Constitution de l'Angleterre, le principe de la souveraineté du peuple est d'ailleurs affirmé sans ambages. C'est là, croyons-nous, un effet de l'influence qu'exercent les idées françaises. Les écrivains anglais y rattachent même une doctrine que nous croyons fausse, à savoir que le choix des ministères et l'élection du premier ministre émanent du corps électoral, c'est-à-dire du peuple lui-même »[4].

---

[1] A. Esmein, « Une survivance qui disparaît : *"The Demise of the Crown Act"* du 2 juillet 1901 », art. cité, p. 109.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 295-296.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 296. Spencer Walpole entend en effet apporter une précision au lecteur en précisant le sens du terme « *sovereign* » dans la pensée d'Alpheus Todd. La note complète précise en effet : « *Mr Todd uses the word "sovereign " troughout this work in its popular sense as synonymous with King. The sovereignty of the British Empire is not vested in the Crown but in the Crown, the Lords and the body of electors who choose the House of Commons* », A. Todd, *Parliamentary government in England. Its origin, development and practical operation*, new edition arranged and revised by Spencer Walpole, t. I, Londres, Sampson Low, Marston & Company, 1892, p. 76, note 1.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 174-175.

L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* s'appuie sur l'ouvrage de Sidney Low qui contenait, dés sa première édition en 1904, un chapitre entier[1] consacré à la notion de « *sovereign people* » ou « peuple souverain ». *The governance of England* distingue « souveraineté légale » et « souveraineté politique ». Sidney Low reprend d'ailleurs une idée déjà exprimée par Albert Dicey dans son *Introduction to the study of the law of the Constitution* : « *Parliament is, from the legal point of view, the absolute sovereign of the British Empire : " since every Act of Parliament is binding of every court troughout the British dominions, and no rule, wether of morality or of law, which contravenes an Act of Parliament binds any court troughout the realm". But the political, as distinguished from the strictly legal, sovereignty, is with the electoral body. The electorate is the real "sovereign" in England and the conventions of the Constitution are supposed to maintain its supremacy. "Our modern code of constitutional morality secures, tough in a roundabout way, what is called abroad the Sovereignty of the People"*»[2].

Plus de vingt ans auparavant, Albert Dicey exposait en effet la distinction entre souveraineté légale et souveraineté politique en discutant la conception de la souveraineté telle qu'exprimée par John Austin. Dicey écrivait : « *It should however be carefully noted that the term "sovereignty", as long as it is accurately employed in the sense in which Austin sometimes uses it, is a merely legal conception, and means simply the power of law –making unrestricted by any legal limit. If the term "sovereignty" be thus used, the sovereign power under the English constitution is clearly "Parliament". But the word sovereignty is sometimes employed in a political rather than in a strictly legal sense. That body is "politically" sovereign or supreme in a state the will of which is ultimately obeyed by the citizens of the state. In this sense of the word the electors of Great Britain may be said to be, together with the Crown and the Lords, or perhaps in strict accuracy independently of the King and the Peers, the body in which sovereign power is vested* »[3].

Ainsi, à partir de 1909, Esmein semble admettre – avec les auteurs anglais qui constituent ses principales références – la distinction entre une souveraineté politique appartenant au corps électoral anglais et une souveraineté légale ou juridique appartenant au Parlement, de sorte qu'il existe en Angleterre un principe de souveraineté nationale ou populaire (on retrouve ici la confusion lexicale présente dans « Deux formes de gouvernement »).

C'est ce que confirme sa longue étude consacrée à la Chambres des Lords. Esmein rappelle sa conception du principe de souveraineté nationale : « Le principe de souveraineté nationale étant admis, tout pouvoir public doit émaner du peuple, ou du moins, être exercé en son nom, par quelqu'un qui est proclamé son représentant »[4].

Mais l'étude va plus loin et fait sienne la distinction entre souveraineté légale et souveraineté politique qu'on trouvait discrètement établie dans la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel*. Reprenant à la fois les idées exprimées par Albert Dicey[5] et Sidney Low : « Sans doute la vieille formule subsiste toujours en droit, d'après laquelle la souveraineté réside dans le Parlement, comprenant le roi et les deux Chambres ; on la répétait encore dans des discours prononcés il y a quelques mois. Mais c'est devenu

[1] Voir S. Low, *The governance of England*, New-York, Putnam's sons, Londres, Fisher Unwin, 1904, p. 171-197. Notons qu'Esmein se réfère à la seconde édition de l'ouvrage parue en 1906.
[2] S. Low, *The governance of England, op. cit.*, p. 172.
[3] A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution, op. cit.*, p. 69.
[4] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », art. cité, p. 598.
[5] Voir A. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution, op. cit.*, p. 352-353.

presque une fiction légale : celui qu'on reconnaît comme le véritable souverain, le souverain politique, c'est le peuple anglais dans son ensemble. C'est maintenant, avec le caractère démocratique dont j'ai parlé en commençant, un lieu commun de la doctrine politique en Angleterre ; il y a bien quelques réserves dans les formules dont on se sert, pour concilier la notion nouvelle de la souveraineté avec l'ancienne, mais c'est un simple décor qui ne saurait gêner les acteurs. […] Mais la souveraineté politique, distinguée de la souveraineté strictement légale, repose dans le corps électoral. L'électorat est le véritable " souverain ", en Angleterre et les conventions de la Constitution sont supposées maintenir sa suprématie »[1].

Si la conciliation juridique entre souveraineté de la nation et souveraineté du Parlement ne peut être établie, il n'en reste pas moins qu'existe en Angleterre un principe *politique* de souveraineté du peuple assimilé au corps électoral. Cette distinction établie par la doctrine publiciste anglaise permet à Esmein de sauvegarder sa théorie. Au fond, proclamé ou non, il existe bel et bien, dans le droit constitutionnel des États libres, un principe général considérant la nation – ou le corps électoral dans le vocabulaire anglais – comme titulaire de la souveraineté, pierre angulaire du gouvernement représentatif entendu comme le seul gouvernement de la liberté. C'est donc ce gouvernement représentatif qui constitue le fonds commun des États libres, qu'ils soient républicains ou monarchiques. Les règles présidant au fonctionnement du gouvernement représentatif et à la formulation par les représentants de la volonté nationale sont les mêmes dans la république française et dans la monarchie constitutionnelle anglaise.

[1] A. Esmein, « La Chambre des Lords et la démocratie », art. cité, p. 473-474.

CHAPITRE DEUX

La « nation », pivot de l'organisation du gouvernement représentatif

La « nation » est le pivot de la théorie de la souveraineté chez Esmein et permet une conciliation – plus ou moins heureuse – avec le gouvernement représentatif. La nation comme entité abstraite et transcendante, distincte de la somme des individus et des générations qui la composent, permet d'affirmer l'unité de la souveraineté et de contester la supposée souveraineté de l'électeur.

Il s'agit là pour Esmein de contrecarrer toutes les théories politiques inspirées de la prétendue conception rousseauiste de la souveraineté – la souveraineté « du peuple » *stricto sensu* sous la plume de Carré de Malberg – et qui tendent au fractionnement de la souveraineté entre les mains de chaque membres du corps électoral. Le ralliement à souveraineté atomisée entre les électeurs permet en effet aux mouvements contestataires, notamment socialistes, de réclamer une révision en profondeur des mécanismes de représentation afin que l'électeur soit enfin représenté.

Esmein se pose ainsi en ardent défenseur de l'orthodoxie du gouvernement représentatif face à une revendication politique et juridique de plus en plus insistante. C'est d'ailleurs là, dès 1894, l'unique objectif de son article « Deux formes de gouvernement ». Car si on a observé une évolution remarquable dans la définition de la nation et de la souveraineté nationale entre 1894 et la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*, la défense des règles du gouvernement représentatif est, elle, rigoureusement identique. On doit d'ailleurs signaler que face à la notion de « gouvernement représentatif » et de celle de « souveraineté nationale » qui en constitue le fondement, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* ne conceptualise jamais l'idée de « démocratie ». Jean-Marie Denquin a relevé l'absence totale de définition du terme dans la doctrine d'Esmein, ce dernier lui préférant dans « Deux formes de gouvernement » l'expression « régime semi-représentatif »[1] : « La démocratie ne constitue pas pour lui l'un des termes d'une des grandes oppositions qui structurent sa pensée »[2]. Malgré l'emploi des termes[3] « démocratie », « démocrates » et « démocratique(s) », le sens qui doit leur être donné varie d'un emploi à l'autre : « Il y a donc semble-t-il deux emplois du terme, qui ne se recouvrent pas et entre lesquels aucune démarcation n'est indiquée : un sens fort, potentiellement péjoratif, où démocratie » équivaut à « gouvernement direct » ; un sens faible, celui du langage courant, plutôt assumé par l'adjectif que par le substantif, approbatif ou neutre, et par lequel un phénomène est reconnu comme participant de la liberté moderne. Cette équivoque, génératrice de malaise, explique peut-être l'emploi

[1] Voir J.-M. Denquin, « Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.*, p. 140-141.
[2] J.-M. Denquin, « Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.*, p. 139.
[3] Jean-Marie Denquin procède à un relevé des divers emplois des termes « démocratie », « démocrates » et « démocratiques » dans les *Éléments de droit constitutionnel* : voir *ibid*.

parcimonieux du terme, trop positif pour être péjoratif, mais associé à des notions trop désagréables pour être prodigué sans précautions »[1].

De l'interprétation du concept de nation, découlent la détermination du rôle ou de la fonction de chacun – électeur et élu – dans le cadre du gouvernement représentatif, ainsi que les rapports qui s'établissent entre eux. : « Ce qui caractérise les représentants du peuple souverain, c'est que dans la limite des attributions qui leur sont conférées, ils sont appelés à décider librement, arbitrairement, au nom du peuple, qui est censé vouloir par leur volonté et parler par leur bouche. Le délégué du souverain qui n'aurait en aucun cas un pouvoir de décision propre, dont tous les actes seraient déterminés d'avance par des règles légales ou par des instructions obligatoires, ou qui ne pourrait rien décider sans la ratification du souverain, celui-là ne serait pas un vrai représentant »[2].

Le concept de nation implique que l'électeur est conçu uniquement comme « un membre tiré du corps de la nation » auquel est assignée une fonction, en qualité de membre du corps électoral, celle d'élire les représentants au nom de la nation (Section 1). En conséquence, le représentant élu n'est que « le représentant de la nation » et non le représentant de ses électeurs. Le statut de l'électeur comme mandataire ou représentant de la nation dans le choix des représentants justifie ainsi la théorie de l'électorat-fonction héritée de la Révolution française. Le statut de l'élu comme représentant ou délégué de la nation dans l'exercice du pouvoir permet également de justifier son indépendance totale vis-à-vis des membres du corps électoral qui l'a élu (Section2).

[1] J.-M. Denquin, « Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, op. cit.*, p. 140.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 392.

Section 1

La fonction de l'électeur : choisir pour la nation

La définition de la fonction d'électeur se révèle essentielle au moment où l'ensemble des règles traditionnelles qui régissent le gouvernement représentatif semble remis en cause par une partie de la doctrine juridique. Certains publicistes entendent en effet, au motif d'une défiance croissante des électeurs face aux élus, réviser nombre des règles qui font le gouvernement représentatif.

Il importe donc de fonder juridiquement, et de façon incontestable, la place et le rôle de l'électeur au sein du mécanisme représentatif. C'est là tout le sens de la distinction établie entre nation et corps électoral - ou entre nation « entière » et nation « légale » - dans les *Éléments de droit constitutionnel* et qui faisait largement défaut dans « Deux formes de gouvernement ».

Cette distinction entre souveraineté d'origine et souveraineté d'exercice implique que des « membres tirés du corps de la nation »[1] exercent une fonction : celle de choisir des représentants par voie d'élection et cela au nom de la nation. Ainsi s'impose juridiquement dans la construction d'Esmein, au moyen de sa conception de la nation, la théorie de l'électorat-fonction héritée de la Révolution. L'analyse de l'acte électoral comme fonction emporte la détermination des critères relatifs à son exercice et justifie l'exclusion d'un certain nombre de membres de la nation de la fonction électorale (I). La théorie de l'électorat-fonction impose également que l'électeur agisse, par l'élection, non pour lui-même et individuellement, mais au nom de l'entité collective qui lui est supérieure et qui le mandate. De sorte qu'il ne s'agit pas pour l'électeur de provoquer une représentation de lui-même et de son opinion par l'acte électoral, mais bien une représentation de la nation (II).

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 299.

I
La justification de la théorie de l'électorat-fonction et des règles électorales

Dans *La Réforme intellectuelle et morale* publié en 1872, Ernest Renan, traumatisé par la défaite française face à l'Empire allemand[1], pose la délicate question des effets du suffrage universel et des moyens de les contrôler ou de les limiter. Sa critique du suffrage universel[2], comparé à « un tas de sable, sans cohésion ni rapport fixe entre les atomes »[3], l'amène à considérer que « l'âme d'une nation ne se conserve sans un collège officiellement chargé de la garder »[4] et qu'ainsi « ce qui ne s'est jamais vu, c'est le rêve de nos démocrates, une maison de sable, une nation sans institutions traditionnelles, sans corps chargé de faire la continuité de la conscience nationale, une nation fondée sur ce déplorable principe qu'une génération n'engage pas la génération suivante, si bien qu'il n'y a nulle chaîne des morts aux vivants, nulle sûreté pour l'avenir »[5].

Le diagnostic établi, Renan propose alors une solution. Il tient en effet le suffrage universel pour un acquis démocratique critiquable mais intouchable et prône alors un suffrage à deux degrés censé tamiser la volonté d'un corps électoral trop large : « Le brusque établissement du suffrage universel en 1848 a été, de l'aveu de tous les politiques, une grande faute. Mais il ne s'agit plus de revenir sur ce fait. Toute mesure, comme la loi du 31 mai 1851, ayant pour but de priver les citoyens d'un droit qu'ils ont exercé depuis vingt-trois ans serait un acte blâmable. Ce qui est légitime, possible et juste, c'est de faire que le suffrage, tout en restant parfaitement universel, ne soit plus direct, c'est d'introduire des degrés dans le suffrage »[6].

Si la solution de Renan est différente de celle d'Esmein, il n'en reste pas moins que la question des effets du suffrage élargi - communément appelé « suffrage universel » - est au coeur de la distinction entre nation et corps électoral établie en 1896. Les *Éléments de droit constitutionnel* contribuent ainsi de manière décisive au « renouvellement de la théorie de l'électorat » décrit par Marie-Joëlle Redor[7].

La théorie de l'électorat-fonction illustre la résistance d'Esmein à la théorie du contrat social de Rousseau. Le chapitre consacré à la souveraineté nationale expose l'opposition entre deux conceptions du droit de suffrage politique, la première directement inspirée de la théorie rousseauiste de la souveraineté, la seconde tirée de la conception révolutionnaire. Selon la première conception, que les Anglais dénomment de

---

[1] Sur ce point, voir la présentation de l'ouvrage par Mona Ozouf : E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale,* présentation par Mona Ozouf, Paris, Lévy, 1872, nouvelle édition Paris, Perrin, 2011, p. 7-25.

[2] « Ceux même qui n'admettent pas que la France se soit trompée en proclamant sans réserve la souveraineté du peuple ne peuvent nier au moins, s'ils ont quelque esprit philosophique, qu'elle n'ait choisi un mode de représentation nationale très imparfait . La nomination des pouvoirs sociaux au suffrage universel est la machine la plus grossière qui ait jamais été employée. », E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale,* présentation par Mona Ozouf, Paris, Lévy, 1872, nouvelle édition Paris, Perrin, 2011, p. 90.

[3] E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale, op. cit.*, p. 79.

[4] *Ibid*.

[5] E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale, op. cit.*, p. 80.

[6] E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale, op. cit.*, p. 91.

[7] M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, op. cit., p. 105-106.

manière péjorative *the manhood suffrage*[1], « le droit de suffrage politique appartient nécessairement à chaque citoyen : il est attaché à la qualité de membre de la société, à la qualité même d'être humain. C'est, par conséquent, un droit individuel et propre à celui qui l'exerce. C'est l'idée que Rousseau a exprimée très nettement, sans d'ailleurs la justifier […]. Mais ses disciples ont présenté la démonstration. Ce serait la conséquence du principe de souveraineté nationale, surtout quand on le rattache au contrat social. En effet, dit-on, la nation souveraine n'est pas autre chose que la réunion et le total de tous les individus qui la composent ; pour avoir l'expression de la souveraineté nationale, il faut donc consulter tous les membres de la nation ; si l'on en exclut quelques-uns, l'opération devient fausse »[2]. Il poursuit, rappelant ainsi son rejet de la définition rousseauiste de la loi : « On dit encore : la loi, selon la définition de Rousseau, n'est pas autre chose que l'expression de la volonté générale ; mais cela suppose que tous, sans exception, seront comptés dans l'acte qui la dégage »[3]. Toutefois, on note que la critique d'Esmein s'adresse surtout « aux disciples » de Rousseau qui auraient confondu le vote des lois, entendu comme acte de souveraineté pour lequel chaque individu dispose du droit de vote, et la sélection des chefs que le Genevois envisage comme une fonction sociale. De sorte qu'Esmein prophétise que le philosophe aurait adopté la théorie de l'électorat-fonction pour le choix des députés « s'il les admettait »[4]

Au contraire, les *Éléments de droit constitutionnel* envisagent un véritable processus de « représentation » de la nation par les membres du corps électoral, c'est-à-dire par les individus titulaires du droit de vote : « La souveraineté appartient en réalité à la nation elle-même, distincte des individus, comprenant le développement des générations successives. Les citoyens existants ont nécessairement l'exercice de la souveraineté, mais ils n'en ont que l'exercice : *ils sont en quelque sorte les premiers et nécessaires représentants de la nation* »[5]. Cette idée de « représentation » de l'ensemble de la nation par le corps électoral était déjà présente dans les écrits d'Édouard Laboulaye. Dans ses *Questions constitutionnelles*, celui-ci affirmait en effet qu'on constatait un processus similaire aux États-Unis d'Amérique : « Mais on ne peut pas faire voter toute une société ; il n'est point de démocratie qui jusqu'à présent n'ait admis certaines incapacités, tirées de l'âge, du sexe, ou de quelque autre circonstance. *La nation est donc représentée partout par un corps électoral* »[6].

---

[1] Il s'agit là de l'expression reprise par M. Chamberlain Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 346, note 1 et le renvoi à *Éléments…*, 5ème éd., *op. cit.*, p. 297, note 1.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 346.
[3] *Ibid*.
[4] « Il faut bien remarquer d'ailleurs que dans ce passage [du chapitre I du quatrième livre du *Contrat social*], Rousseau ne parle que des actes de souveraineté, c'est-à-dire du vote des lois, qui, pour lui, ne peut se faire que directement par le peuple, et toutes les voix étant comptées. […]. Mais pour Rousseau l'élection des chefs (et il en dirait autant des députés s'il les admettait) n'est pas un acte de souveraineté mais une fonction de gouvernement (voir *Contrat social*, liv . IV, ch . III, Des élections). Or, il admet parfaitement que, même en démocratie, le nombre de citoyens qui participent au gouvernement peut être restreint […]. Les disciples de Rousseau, confondant ces distinctions, ont étendu aux élections ce qu'il disait du vote des lois. Montesquieu qui, lui, parle bien des élections, exprime la conception même qu'appliquèrent les lois de la Révolutions (*Esprit des lois*, liv. XI, ch. VI)… », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 346, note 2. Plus loin encore : « Si l'on traduit en langage contemporain les véritables idées de Rousseau sur cette matière […], on doit dire que, quand il s'agit du vote des lois par le peuple, du referendum, il considère le droit de vote comme un droit de l'individu ; lorsqu'il s'agit, au contraire, des élections, il le considère certainement comme une fonction sociale », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 357, note 1.
[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 348, nous soulignons.
[6] É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, *op. cit*. p. 384.

Esmein reprend à son compte l'idée et le lexique de Laboulaye d'une « représentation » de la nation par les titulaires du droit de vote. Mais si le résultat est identique, l'opération est différente. L'auteur des *Questions constitutionnelles* ne paraît pas envisager ce processus de représentation au moyen d'une conception abstraite de la nation, seule l'expérience politique américaine semble expliquer un tel processus. L'opération intellectuelle d'Esmein est, elle, plus complexe. Il s'agit pour lui d'offrir une théorie conforme à la souveraineté nationale tout en visant à endiguer les effets du suffrage « universel ». L'idée de « représentation » de la nation par un corps nécessairement plus réduit est motivée par cet objectif. C'est en concevant la nation comme collectivité abstraite que l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* déduit la nécessité d'une représentation de cette nation incapable d'exprimer sa volonté propre. Il s'agit là de la seconde conception du droit de suffrage, la seule véritable et qui permet d'établir juridiquement la démocratie représentative : « La seconde conception voit dans le droit de suffrage, non pas un droit individuel et absolu, attaché à la qualité même d'être humain et appartenant nécessairement à tout membre de la nation, mais une fonction sociale. Elle dérive naturellement de l'idée plus haute émise, d'après laquelle la souveraineté nationale ne se fractionne point entre les membres de la nation, mais reste l'attribut indivisible et inaliénable de la nation elle-même dans le développement continu des générations successives. Les hommes qui, aux divers moments de cette évolution, exercent le droit de suffrage politique, agissent donc en réalité, non en leur propre nom, mais au nom de la nation dont ils sont les représentants. Par là même, ils remplissent une fonction »[1].

L'article « Deux formes de gouvernement » démontrait déjà le lien entre la nation comme collectivité abstraite et l'électorat-fonction. Esmein n'y exposait jamais de théorie relative à la fonction d'électeur pour la simple raison que les électeurs, ou « corps électoral », ne sont jamais distingués de la nation. L'influence de la doctrine publiciste anglaise est ici évidente. Comme nous l'avons vu, en ne concevant pas la nation comme entité collective et abstraite, les auteurs anglais ne s'attachent jamais à analyser le rôle ou la fonction de l'électeur dans le système représentatif de gouvernement[2]. C'est donc bien à partir de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* que se fait jour la théorie d'un corps électoral exerçant une fonction sociale, théorie fondée sur une conception nouvelle de la nation.

L'affirmation de l'exercice du vote comme fonction sociale n'est en rien originale. Comme le note Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*,[3] l'ensemble de la doctrine française de la fin du XIXe siècle envisage le suffrage politique comme une fonction dévolue par la nation à certain de ses membres les plus capables.

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 356.

[2] Édouard Laboulaye considère toutefois que la théorie de l'électorat fonction est bien présente dans le droit public anglais, comme dans le droit public des États-Unis d'Amérique : « Pour les Américains comme pour les Anglais, l'électorat est une fonction que la loi règle au mieux des intérêts de la communauté, et cette fonction a des limites, comme toutes les fonctions », É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, *op. cit.* p. 384.

[3] « L'électorat est donc une fonction. Cette conception originaire des fondateurs du droit public français se retrouve, aujourd'hui encore, à la base de ce droit, ainsi que le reconnaissent les auteurs les plus considérables (Esmein, *Éléments*, 7ème éd., t. I, p. 367 et s. ; Duguit, *L'État*, t. II, p. 105 et s. , et *Traité*, t. I, p. 318 ; Saripoulos, *op. cit.*, t. II, p. 92 et s.) », R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. II, p. 438.

Sans pour autant distinguer clairement la nation du corps électoral, les ouvrages de droit constitutionnel antérieurs aux *Éléments de droit constitutionnel*, analysent tous, ou presque[1], l'électorat comme une fonction sociale, suivant en cela leur rejet de la philosophie rousseauiste[2].

Dans la *Théorie du droit constitutionnel français*, Félix Berriat Saint Prix considère que « le vote est un acte de volonté libre et intelligente. Il suppose donc au moins que l'électeur est capable de comprendre ce qu'il fait »[3]. Il affirme ainsi - sans pour autant théoriser formellement l'électorat-fonction - que « le droit de participer à l'élection des représentants n'appartient qu'aux Français capables »[4]. Le *Manuel de droit constitutionnel* d'Antoine Saint Girons s'intéresse longuement à la question de l'électorat[5] et énonce, lui, la théorie de la fonction sociale ou politique[6] : « Le suffrage de l'électeur est une fonction que la société lui confie, au même titre que le vote législatif du député. Admettre le contraire, ce serait lui reconnaître, selon le mot de Stuart Mill, un droit au pouvoir d'autrui. Un tel pouvoir ne saurait, en justice et en raison, être autre chose qu'un droit conféré par la constitution ou la loi, dans l'intérêt de celui ou de ceux sur lesquels il est exercé, et par suite dans l'intérêt national »[7]. Félix Moreau sera plus disert dans son *Précis élémentaire de droit constitutionnel* que ne l'était Théophile Aumaître en 1890[8] Affirmant que « les éléments sociaux devront, pour être dotés de droits politiques, avoir une certaine valeur et une certaine importance » [9], Moreau conclut à l'existence d'une véritable

---

[1] On constate par exemple que Pellegrino Rossi élude la question de la nature de la fonction électorale : « L'élection est le fait de la réunion d'un certain nombre de citoyens dans le but de choisir un mandataire qui participe à l'administration générale de l'État comme membre du pouvoir législatif. Tout individu peut-il être électeur ? L'élection doit-elle être directe ou indirecte ? Les électeurs sont-ils tous électeurs au même titre et ont-ils le même droit ? Ce sont là des recherches qui ne manqueraient pas d'intérêt, mais qui ne font pas l'objet de notre cours et dans lesquelles je n'ai pas l'intention d'entrer », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, t. III, *op. cit.*, p. 387. Léon Duguit considèrera lui, après Esmein, que le droit de suffrage politique doit être analysé à la fois comme une fonction et un droit, au sens de droit objectif : « Aussi Duguit continue-t-il à voir dans l'électorat un droit doublé d'une fonction, avec cette différence cependant qu'il ne s'agit pas pour lui d'un droit subjectif appartenant en propre à chaque individu qui pourrait l'exercer dans son intérêt particulier, mais d'un droit objectif, c'est-à-dire d'un droit accordé par la loi pour l'exercice d'une fonction que chacun doit exercé au profit de tous », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 104.

[2] Marie-Joëlle Redor signale par exemple cet extrait de la contribution de Félix Moreau au Congrès international de droit comparé de Paris en 1900 : « Pour tout dire d'un mot, il faut donner à la démocratie un autre maître que Rousseau. Le principal obstacle au parlementarisme, c'est l'éducation politique que la France et d'autres nations après elle ont reçu de Jean-Jacques et de ses disciples », F. Moreau, « Régime parlementaire et principe représentatif », Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Paris, LGDJ, tome II, 1907, p. 260, cité par M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 105.

[3] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 373. Quelques pages plus haut il affirme déjà : « Le suffrage électoral doit-il être *universel* ? Et d'abord, doit-il être attribué à *tous* les membres de la nation, sans exception aucune ? L'affirmative est à peine soutenable. Le suffrage n'est point le fait matériel de déposer un bulletin dans l'urne ou d'épeler les syllabes qui composent un nom propre : c'est un acte de liberté intelligente ; c'est un choix, une opinion », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 366.

[4] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 374.

[5] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 153-159.

[6] « L'électeur en effet, nous le verrons plus loin, remplit une *fonction politique*, dont il doit se montrer digne, s'il veut continuer à être électeur », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 127, nous soulignons.

[7] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 157.

[8] Théophile Aumaître se contente de signaler que le vote est « une fonction de la vie publique » : T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 75.

[9] « D'abord nul ne songera à reconnaître à tous les éléments sociaux une part d'action dans le gouvernement. L'art politique, en jeux ici, exige une certaine simplicité dans les instruments, et vouloir tenir compte de tout, c'est rechercher les complications. Il est nécessaire d'éliminer ceci, de retenir cela, sans exclure l'influence

fonction conférée à l'électeur : « Que la démocratie soit égalitaire ou hiérarchisée, qu'elle s'exerce directement ou par représentants, les pouvoirs populaires ne sont jamais exercés que par des catégories plus ou moins larges, formées par l'exclusion des membres réputés incapables ou indignes. Il suit de là, mais la conséquence est contestée, que les individus appelés par les lois à un rôle politique exercent une fonction et non pas un droit »[1].

À partir du caractère de fonction sociale du suffrage politique, Moreau défend dans un article de 1896 l'idée de rendre l'exercice de cette fonction obligatoire et ainsi imposer le vote obligatoire. : « Le suffrage ne doit pas être entendu comme un droit, si on entend par droit une faculté pure, une prérogative personnelle. Il est plutôt une fonction que le citoyen est chargé de remplir pour la société. Il est concédé et doit être exercé en vue de l'intérêt social, et non seulement pour le profit individuel ; […]. Or, si l'électorat est une fonction déférée par la société , celle-ci a le droit d'en rendre l'exercice obligatoire, de ne pas tolérer que le citoyen reste libre de lui fournir ou lui refuser le service, la collaboration qu'elle lui demande »[2]. On constate que, sur ce point, Esmein ne semble pas aller au bout de son raisonnement faisant du suffrage politique une fonction sociale. Les *Éléments de droit constitutionnel* font certes mention de l'idée du vote obligatoire mais l'auteur se garde bien de s'engager dans la voie de sa promotion, en doutant de l'utilité d'une telle obligation : « Une idée tend, de divers côtés, à pénétrer aujourd'hui dans le droit électoral. C'est celle de rendre le vote obligatoire pour l'électeur. Elle a inspiré, en France, un certain nombre de propositions de loi, dont aucune n'a abouti jusqu'ici. […]. On peut douter très sérieusement de l'utilité et de l'effet pratique d'une semblable règle »[3]. Sans fournir de plus amples explications, Esmein ajoute que la loi peut « si cela paraît vraiment utile et opportun, rendre le vote obligatoire ». Il est étrange que celui-ci ne découle pas nécessairement de sa conception du droit de suffrage alors qu'il semble condamner l'abstention lorsqu'il évoque la question du *referendum*[4].

Le suffrage politique étant assimilé à une fonction sociale, il est impératif de déterminer les conditions que doivent remplir les membres de la nation pour exercer cette fonction. En d'autres termes, il est nécessaire de savoir qui sont ces premiers « agents » de la nation composant le corps électoral : « Sans doute, il résulte du principe même de la souveraineté nationale que tous les citoyens sont naturellement appelés à exercer cette fonction fondamentale ; car en restreindre l'exercice de parti-pris, au profit d'une classe particulière de citoyens, équivaudrait en fait, en fait, à concentrer la souveraineté dans cette classe privilégiées. Mais cet exercice suppose, chez le citoyen, une capacité suffisante, car sans cela il serait inconciliable avec l'intérêt général. La loi peut donc, dans cette mesure, en déterminer les conditions »[5].

---

indirecte des éléments négligés. Ainsi les éléments sociaux devront, pour être dotés de droits politiques, avoir une certaine valeur et une certaine importance ». F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 39-40. Voir également F. Moreau, *Pour le régime parlementaire*, Paris, Fontemoing, 1903, p. 261-267.

[1] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 42. Moreau s'attache également à exposer la distinction entre les théories de l'électorat droit et de l'électorat fonction dans son développement consacré à l'élection des membres de la Chambre des députés en France : voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 185.

[2] F. Moreau, « Le vote obligatoire. Principes et sanctions », *RPP*, 1896, t. VII, p. 50.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 356.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 420.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 356-357.

L'intérêt général, l'intérêt de la nation, appelle une limitation par la loi du nombre de membres du corps électoral. Seule compte la capacité de l'électeur à faire un choix au nom et dans l'intérêt de la nation. L'idée n'est pas nouvelle. La capacité de l'électeur figurait déjà dans la théorie de l'électorat telle qu'elle fut mise en pratique par les Constitutions de la période révolutionnaire[1], mais elle fut surtout reprise au milieu du XIXe siècle par les doctrinaires partisans de la souveraineté de la raison[2]. Mais la capacité de l'électeur, avant la proclamation du suffrage « universel » en 1848, était avant tout une capacité indexée sur sa contribution financière aux charges publiques et débouchait ainsi sur le suffrage censitaire.

De façon plus complète que Moreau[3], Esmein observe que la plupart des Constitutions françaises ont adopté le cens électoral comme l'un des critères de la fonction d'électeur, à commencer par la Constitution de 1791 et la distinction qu'elle établit entre citoyens « actifs » et citoyens « passifs ». La qualité de citoyen actif s'acquérait notamment par le paiement « en un lieu quelconque du royaume une imposition directe au moins égale à la valeur de trois journées de travail, et en représenter la quittance »[4]. Mais l'auteur souligne que le montant du cens restait relativement bas, allant jusqu'à affirmer dans son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* que s'il ne s'agissait pas du suffrage universel, « on s'en approchait de bien près »[5].

Jusqu'à la Restauration, les Constitutions françaises, lorsqu'elles ne proclamaient pas le suffrage universel[6], s'en approchaient quasiment toutes par un montant du cens électoral peu élevé, comme la Constitution de l'An III[7]. Car la restauration de la monarchie en 1814 a marqué le retour à un suffrage censitaire « très élevé » et à un suffrage restreint : « C'était une nouvelle orientation du suffrage politique : on voulait le

---

[1] « C'est une conception [l'électorat comme fonction sociale], nous allons le voir, qui domine dans les Constitutions de la Révolution, sauf dans celle de 1793 », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 357-358.

[2] « « Le but de l'élection, résume Guizot, est d'envoyer au centre de l'État les hommes les plus capables et les plus accrédités du pays ; c'est une manière de découvrir et de constituer la véritable, la légitime aristocratie, celle qu'acceptent librement les peuples sur qui doit s'exercer son pouvoir ». L'élection a, dans cette perspective, un caractère purement fonctionnel. Elle n'est ni la source de la légitimité ni la conséquence de l'égalité civile entre les hommes. C'est pourquoi elle n'est pas déférée à tous comme l'exercice d'un droit, mais à quelques uns seulement comme une fonction. C'est la capacité qui confère seule la possibilité de voter, les électeurs étant pour Guizot des simples fonctionnaires de la raison », P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 111-112.

[3] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 186-188.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 363.

[5] « On le voit ce n'était pas le suffrage universel ; mais on s'en approchait de bien près, car pour le calcul de ce léger cens électoral, on prenait pour base la valeur de la journée de manœuvre, c'est-à-dire la moins payée », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 43

[6] Comme par les décrets des 11 et 12 août 1792, la Constitution de 1893 ou la Constitution de l'An VIII. Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 366 à p. 372. Voir également *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 46, p. 50, p. 51, p. 271, et p. 275. À propos de la Constitution de l'An VIII, il dénonce une « comédie électorale » : « Mais ce large droit de suffrage à la base avait peu d'importance, il n'était qu'une apparence ; car ces électeurs ne faisaient plus des élus, des députés. Ils ne nommaient même plus les électeurs du second degrés ; ils présentaient seulement des listes de candidats sur lesquels le Sénat ou le premier Consulat faisait les choix véritables et définitifs » *Éléments…*, *op. cit.*, p. 369-370 et p. 373.

[7] « Pour l'élection des deux assemblées qu'elle instituait, le Conseil des Cinq-Cents et le Conseil des Anciens, elle [le Constitution] le suffrage restreint et indirect : seulement, on l'élargissait, on le rapprochait de très près du suffrage universel. Était, en effet, déclaré citoyen français, c'est-à-dire citoyen actif (art. 8), " tout homme né et résidant en France qui, âgé de vingt et un ans accomplis, s'était fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui avait demeuré depuis, pendant une année, sur le territoire de la République et qui payait une contribution directe, foncière ou personnelle. " Le cens était ainsi réduit au minimum, puisque le taux n'en était pas fixé : il suffisait de payer une contribution quelconque », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 368.

mettre exclusivement entre les mains des classes riches et spécialement des grands propriétaires fonciers. La première pensée des rédacteurs de la Charte avait même été de ne compter pour le cens électoral que la contribution foncière, et c'est par voie de concession qu'on y comprit aussi les autres contributions directes »[1]. Et si la loi du 19 avril 1831 consacre la bourgeoisie comme le vrai titulaire du droit de suffrage, « cette loi devait rester le dernier mot de la Monarchie de Juillet en cette matière ; […] elle devait être pour elle comme un mal chronique, et contribua puissamment à amener le crise définitive qui entraîna sa chute »[2].

Esmein conteste que le suffrage censitaire puisse être fondé sur le principe de la souveraineté nationale et la théorie de l'électorat-fonction. Les *Éléments de droit constitutionnel* plaident en effet pour des conditions non-arbitraires, facilement satisfaites par la plupart des citoyens : « Mais il me semble que là il y a une erreur et que le régime censitaire est logiquement incompatible avec le principe de la souveraineté nationale. En effet ; si le suffrage politique est une fonction, tous les membres de la nation sont naturellement, virtuellement, appelés à l'exercer, comme je l'ai dit plus haut ; aucun ne doit être exclu de parti pris. *Il faut donc que les conditions de capacités que la loi exige de l'électeur soient sûrement et facilement accessibles à tous.* Il en est ainsi pour les conditions d'âge, de domicile ou de résidence, d'instruction élémentaire ; mais il n'en est point ainsi de la condition de fortune et de cens »[3]. La théorie de la souveraineté nationale chez Esmein emporte le suffrage universel entendu comme suffrage non-censitaire, et cela par la seule distinction de la nation entière et de la nation légale. Cette dissociation de la nation et du corps électoral autorise seulement la Constitution ou la loi électorale à déterminer des critères que tout citoyen peut ou pourra un jour remplir.

De plus, l'intérêt général présidant à l'exercice du droit de suffrage, il est de même concevable que le droit électoral exclue de l'exercice de la fonction les membres de la nation jugés incapables ou indignes d'exprimer un vote dans le sens de l'intérêt de la société, notamment au regard de leurs actions préjudiciables à la société : « elle [la loi] peut en subordonner l'exercice chez les hommes à la justification d'un âge suffisamment mûr, d'un domicile fixe ou d'une certaine résidence ; elle peut en déclarer incapables ou déchus les indignes et les condamnés ; elle peut en suspendre l'exercice chez les militaires en service au nom et dans l'intérêt même de la patrie »[4].

Reste la question, brûlante à la fin du XIXe siècle, de l'exclusion de femmes du corps électoral. On se trouve là confronté à la limite de la détermination de critères « accessibles » à chacun des membres de la nation. La différenciation des membres de la

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 374.

[2] Il poursuit : « La Révolution de 1830, en effet, représentait, pour une bonne part, un renouveau de l'esprit qui avait inspiré la première Révolution et le premier Empire, et cet esprit était épris d'égalité plus encore que de liberté politique. La question de la réforme électorale dans le sens d'un élargissement du droit de suffrage, fut bientôt à l'ordre du jour, périodiquement introduite par le parti démocratique, sous formes de pétitions adressées aux Chambre sou de projets de loi déposés devant elles et dus à l'initiative parlementaire. […] Mais le gouvernement opposa toujours une résistance obstinée et un refus absolu. Au mois de mai 1840, M. Thiers, alors président du Conseil, repoussait toute réforme électorale et une campagne de banquets était vainement conduite en faveur de cette réforme. […]. C'est enfin en vue de la réforme électorale que s'organisa cette nouvelle campagne des banquets de 1847 et de février 1848, qui devait amener, comme dernier incident, la Révolution de février », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 375-376.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 369, nous soulignons.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 357, nous soulignons.

nation en fonction du sexe est une distinction indépassable. Esmein l'admet sans ambiguïté mais justifie toutefois l'exclusion des femmes au motif que la distinction est fondée sur un phénomène naturel : « Il est vrai qu'on pourrait combattre par le même raisonnement l'exclusion des femmes, en ce qui concerne le droit de suffrage politique. Mais s'il y a là un parti pris qui écarte toute une moitié de l'espèce humaine, *il repose au moins sur un fait naturel* ; la détermination des exclus et des admis ne comporte ici, le point de départ une fois accepté, aucun arbitraire »[1].

Le suffrage féminin est très âprement débattu à la fin du XIXe siècle. L'attribution des droits politiques aux femmes s'inscrit dans le contexte beaucoup plus large du féminisme naissant en France, le terme lui-même semble apparaître dans le courant des années 1890[2]. À la charnière du XIXe et du XXe siècle, sous l'influence des mouvements féministes anglo-saxons, la France voit naître un mouvement social et politique, largement mené par les femmes elles-mêmes, visant à une émancipation du sexe féminin dans une société inégalitaire en termes de droits civils, sociaux, politiques et économiques. L'époque est donc propice à la réflexion sur l'émancipation de la femme d'un point de vue social et aussi politique. Les revues publicistes et politiques s'en font l'écho[3], notamment quant au droit de suffrage des femmes. Moisei Ostrogorski offre ainsi en 1892, avec *La femme au point de vue du droit public*[4], une étude de droit comparé sur le statut de la femme dans le droit public des grand États libéraux de la fin du siècle dans laquelle il se révèle « très sympathique à la cause des femmes »[5]. L'inégalité entre hommes et femmes sera aussi discutée dans tous ses aspects par Charles Turgeon dans *Le féminisme français*[6] paru en deux volumes pour la première fois en 1902. Le professeur d'économie politique résume l'intérêt de la question dans l'Avertissement au lecteur : « Le féminisme, en effet, est devenu d'actualité universelle. Il n'est plus permis aux juristes, aux économistes, aux moralistes, d'ignorer ce que les femmes pensent de la condition qui leur est faite, et les vœux qu'elles formulent, et les réformes qu'elles proposent. En me décidant à étudier ce problème sous différents aspects, - au début d'un siècle où il semble opportun de rechercher ce qu'a été la Femme du XIXe siècle et ce que peut et doit être la femme du XXe siècle, - j'ai voulu témoigner de la haute considération qu'il mérite, sans me dissimuler du reste les difficultés et les périls d'une si présomptueuse entreprise »[7]. Enfin, signe de l'importance de la question en France, l'Académie des sciences morales et

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 359, nous soulignons.

[2] L. Klejman, « Les Congrès féministes internationaux », *Cahiers Georges Sorel*, 1989, vol. 7, p. 72-73.

[3] Voir par exemple C. Coignet, « Le suffrage politique des femmes en Angleterre », *Revue des cours littéraires*, t. XVI, 1875, p. 251-274. Également P. Laffitte, « La femme du XXe siècle, d'après deux ouvrages récents », *Revue des cours littéraires*, t. XLVIII, 1891, p. 741-744. Ou E. Villey, « Les droits de la femme », *RDP*, t. VI, 1896, p. 32-50. Voir également la série d'articles à la *Revue politique et parlementaire* sur les mouvements féministes dans un certain nombre de pays : « Le mouvement féministe en Angleterre », *RPP*, 1896, t. IX, p. 298-315 ; « Le mouvement féministe en France », *RPP*, 1897, t. XII, p. 271-284 ; « Le mouvement féministe en Italie », *RPP*, 1897, t. XIII, p. 481-495 ; « Le mouvement féministe en Australie », *RPP*, 1898, t. XV, p. 520-545 ; « Le mouvement féministe aux Etats-Unis », *RPP*, 1898, t. XVII, p. 245-272 ; « Le mouvement féministe en Allemagne », *RPP*, 1898, t. XX, p. 245-272.

[4] Le deuxième chapitre de l'ouvrage est consacré spécialement au droit de suffrage politique des femmes en France, en Angleterre et aux Etats-Unis : voir M. Ostrogorski, *La femme au point de vue du droit public. Étude d'histoire et de législation comparée*, Paris, Rousseau, 1892, p. 25-84.

[5] T. Joran, *Le suffrage des femmes*, Paris, Savète, 1913, p. 67.

[6] C Turgeon, *Le féminisme français*, 2 vol., Paris, Sirey, 1902, 489 et 500 pages.

[7] C Turgeon, *Le féminisme français*, vol. I, *op. cit.*, p. I.

politiques fit du suffrage des femmes l'objet d'un concours pour le prix du Budget de l'année 1913. Le lauréat en fut Théodore Joran[1], adversaire du droit de vote féminin.

Esmein n'ignore pas le débat, ayant d'ailleurs assuré la réédition de l'*Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*[2] de Paul Gide. Toutefois, il se refuse à étudier l'ensemble de la condition civile, sociale et politique des femmes au XIXe siècle. Tout au plus s'intéresse-t-il, dans les *Éléments de droit constitutionnel*, à la fonction électorale. La première édition de l'ouvrage affirme ainsi que la loi « peut légitimement interdire aux femmes cette fonction, pour laquelle le développement historique de l'humanité a rendu fort douteuse leur capacité politique, en les faisant, au contraire, éminemment propres aux fonctions familiales »[3].

Le rejet du suffrage féminin par Esmein s'inscrit dans le sillage tracé par certains de ses prédécesseurs, tenant de la théorie de l'électorat-fonction. Déjà Berriat Saint Prix excluait en son temps de confier aux femmes une quelconque fonction publique, *a fortiori* la fonction électorale, sur la base d'une classique appréciation physiologique : « On peut discuter à l'égard des femmes. Il me paraît impossible de jamais leur confier aucune fonction publique, non seulement à cause de la frivolité de leur caractère ; frivolité qu'atténuerait, sans la faire disparaître, une éducation plus sérieuse, mais à cause de leur organisation même. Leur timidité, leur faiblesse corporelle, les devoirs de la maternité, les excluent des emplois qui exigent la fermeté, de la vigueur et une longue continuité d'efforts. Enfin, un obstacle insurmontable provient de la nature de leurs relations avec les hommes. Toute discussion sérieuse est impossible dans une assemblée délibérante où les deux sexes sont réunis. […]. Elles ont, certes, assez de sagacité pour choisir des représentants ; mais, en supposant qu'il y ait eu des collèges doubles, il est fort probable que les votes des collèges de femmes feraient double emploi avec les collèges masculins »[4].

Si Félix Moreau signale que la question est importante[5], il n'exprime jamais d'opinion sur la question. Son *Précis* se contente de démontrer que certains grands États dotés du gouvernement représentatif ont conféré le droit de suffrage politique aux femmes[6], et qu'ainsi cette hypothèse est tout à fait réalisable. Saint Girons est tout aussi conservateur qu'un Berriat Saint Prix dans son *Manuel* qui consacre un paragraphe à la question du suffrage des femmes. Le professeur lyonnais combat la doctrine d'émancipation des femmes et réfute toute fonction électorale qui pourrait leur être confiée : « La femme est surtout faite pour la famille. […]. La femme politique est presque toujours une désœuvrée ou une déclassée, quand elle n'est pas autre chose. Si l'on n'écoutait que les femmes politiques, il serait difficile de se prononcer sur le suffrage des femmes. Leurs discours de club et souvent leur vie sont la meilleure réfutation de leurs doctrines d'émancipation. La plupart seraient bien plus heureuses, si elles étaient moins émancipées. […]. L'introduction de la femme dans nos agitations politiques diminuerait et compromettrait l'épouse et la mère. Le club et les Chambres lui feraient déserter le foyer,

---

[1] T. Joran, *Le suffrage des femmes, op. cit* .. Nous renvoyons à la bibliographie de l'ouvrage pour un état complet de la littérature consacrée à la problématique du droit de suffrage féminin.

[2] P. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne, et en particulier sur le senatus-consulte velléien*, 2e éd., avec notice biographique, des additions et des notes par A. Esmein, *op. cit*.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 357, nous soulignons.

[4] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 366.

[5] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 190-191.

[6] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 40.

où elle est reine. Cela ne changerait pas la conduite des affaires publiques, mais cela nuirait à l'utilité du rôle domestique et social des femmes »[1].

Face à la persistance des revendications féministes en France, face aux quelques juristes qui se révèlent favorables au vote féminin, Esmein opère un ajout important dans la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel*.[2] Sans doute en réponse à Duguit qui conteste une partie de son opinion[3], Esmein réaffirme son refus de voir l'exercice de la fonction électorale accordée aux femmes. Il constate que les pays anglo-saxons n'échappent pas à la discussion[4] et que certains comme les États-Unis ou l'Australie ont accordé, en partie du moins, le droit de vote aux femmes tandis que l'Angleterre en débat encore et toujours[5]. Mais pour autant, ces prémices du suffrage féminin ne fait pas dévier Esmein. À la manière d'Edmond Villey dans un article[6] à la *Revue du droit public* qui paru la même année que la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein reprend la distinction des fonctions sociales entre les hommes et les femmes en l'étoffant largement : « Je crois cependant que le suffrage politique des femmes n'est ni conforme aux principes ni utile à la société. Sans doute il n'existe en elles aucune infériorité originelle, aucune incapacité naturelle qui doivent leur faire refuser le droit de suffrage. Leur intelligence est égale à celle de l'homme, souvent même plus développée dans les classes ouvrières. Mais il y a d'autres motifs : c'est là une innovation à laquelle est hostile le sentiment commun et instinctif du monde civilisé, et la raison me paraît parler dans le même sens. Depuis les origines mêmes des sociétés, une division naturelle du travail et des fonctions s'est établie, perpétué et constamment accentué entre les deux sexes. Á l'homme sont échues la vie publique et les fonctions qui s'y rapportent ; à la femme appartient la garde et le soin du foyer domestique, et la tâche capitale de la première éducation des enfants. […] Le

---

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 153-154.

[2] On constate que la partie des *Éléments de droit constitutionnel* consacrée au suffrage des femmes fera l'objet d'autres ajouts conséquents dans les rééditions postérieures à la mort d'Esmein, actualisant l'ouvrage des progrès du suffrage féminin à travers le monde. Ainsi la sixième édition compte quelques apports de Joseph Barthélémy : voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 349 à p. 351 et p. 351 à p. 352. La septième édition assurée par Henry Nézard verra également de nombreux ajouts : voir *Éléments…*, 7ème éd., *op. cit.*, p. 358 à p. 360, p. 360 à p. 361, p. 364 et p. 369.

[3] « On fait à la doctrine de Rousseau certaines critiques qui nous paraissent moins fondées. Ainsi, a-t-on dit, elle conduit à donner l'électorat aux femmes ; cela est inadmissible : donc le point de départ est faux. En vérité, nous ne voyons guère pourquoi il est inadmissible en soi d'accorder l'électorat aux femmes ; et nous pensons que l'exclusion des femmes de la vie politique n'est qu'un produit historique, que l'évolution constante de l'humanité fera disparaître dans un avenir prochain », L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, *op. cit.*, p. 86.

[4] On notera par exemple qu'Albert Dicey consacre certains de ses travaux à la question du suffrage des femmes pour y exprimer son opposition farouche : voir par exemple *Letters to a friend on votes for women*, Londres, Murray, 1909, 93 pages.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 349-354.

[6] « L'exercice des droits politiques est-il compatible avec le rôle social et la mission naturelle de la femme ? Est-il de nature à rehausser sa dignité ? Est-il conforme à ses véritables intérêts ? Si à toutes ces questions la réponse est négative, nous pourrons tenir le procès comme jugé au double point de vue de l'intérêt social et de l'intérêt individuel de la femme », E. Villey, « Les droits de la femme », art. cit., p. 47-48. Ou encore : « Non ! La femme a un gouvernement qui est son domaine propre, le gouvernement du foyer domestique : il faut qu'elle puisse s'y donner toute entière. La jeter dans la mêlée des luttes politiques, ce serait lui faire un triste cadeau, que nos femmes ne demandent pas (il faut leur rendre cette justice), et ce serait porter à la famille le plus grand préjudice. […] Que la femme se consacre toute entière à cette grande et noble tâche, elle n'aura pas seulement la première place dans nos cœurs et dans notre estime, elle exercera en réalité dans l'État une influence plus considérable que la plupart de ceux qui semblent la gouverner, mais qui sont en réalité et qui ne demandent qu'à rester ses humbles serviteurs », p. 49-50.

progrès véritable consisterait, non pas à attirer les femmes vers la vie politique ou vers les professions jusqu'ici réservée aux hommes, mais à leur rendre le mariage plus facile et plus sûr, à les délivrer de la servitude du travail manuel en dehors du ménage. Leur lot ne serait point le pire »[1]. Il conclut : « Ainsi, l'exclusion des femmes n'est point arbitraire. Elle dérive d'une loi naturelle, de la fondamentale division du travail entre les deux sexes, qui est aussi ancienne, sinon que l'humanité, au moins que la civilisation. Il est aussi peu raisonnable de réclamer pour elle le suffrage politique, qu'il le serait de vouloir les assujettir au service militaire »[2].

Esmein affirme donc nettement son opposition résolue au suffrage politique féminin[3]. On constate même que, contrairement à Renan qui préconise que les femmes – à défaut de voter elles-mêmes – soient « comptés » dans l'exercice du vote au moyen du vote plural[4], Esmein ne l'envisage pas. S'il admet la validité du vote plural au regard de la théorie de l'électorat-fonction, la condition de son exercice est encore liée à des critères censés être accessibles à tous citoyens, ce qui n'est pas le cas pour le sexe : « Le vote plural, qui attribue à certains électeurs plusieurs suffrages, tandis que d'autres n'en ont qu'un, ne me paraît pas incompatible logiquement dans cette conception du suffrage politique ; mais à une condition, c'est que la pluralité des voix ne repose pas sur le cens, sur la fortune, mais seulement sur des qualités que tout citoyen puisse sûrement acquérir. Bien qu'un semblable système présente de nombreux inconvénients, il n'est pas inconciliable avec le principe : on peut soutenir que celui-là, qui est le plus apte à remplir une fonction, d'ailleurs ouverte à tous, peut en recevoir l'exercice dans une plus large mesure »[5].

En réalité, les femmes sont « représentées » – le terme est d'Esmein – au moyen de leur intégration dans le calcul des habitants d'une circonscription : « Mais ce qui paraît défectueux, c'est le mode d'après lequel se calcule le quotient de population qui donne droit à un arrondissement d'élire plus d'un député. Il est calculé d'après le chiffre de la population, femmes, enfants et étrangers compris, ce qui n'est guère conforme aux principes de la jouissance des droits politiques ; à moins qu'on ne veuille rattacher à cette idée que les femmes et les mineurs, bien que n'ayant pas la jouissance du droit électoral, ont cependant droit d'être représentées au Parlement par un député que les électeurs choisiront pour eux »[6]. Ainsi la voix de la femme ne peut jamais s'exprimer dans un

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 352-353.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 353.
[3] À propos du refus du vote des femmes par Esmein, Guillaume Sacriste écrit : « Si tout laisse à penser qu'il est par ailleurs un adepte de l'émancipation féminine, à commencer par le poste qu'il occupe à l'École normale supérieure des jeunes filles de Sèvres, laboratoire d'excellence de l'éducation féminine républicaine… », G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 279.
[4] « J'avoue que je préférerais un système plus représentatif encore, et où la femme, l'enfant fussent comptés. Je voudrais que, dans les élections primaires, l'homme marié votât pour sa femme (en d'autre mots que sa voix comptât pour deux) et que le père votât pour ses enfants mineurs ; je concevrais même la mère, la sœur confiant leur pouvoir à un fils, à un frère majeurs. Il est sûrement impossible que la femme participe directement à la vie politique, mais il est juste qu'elle soit comptée. Il y aurait trop d'inconvénients à ce qu'elle pût choisir la personne à laquelle elle donnerait sa procuration politique ; mais la femme qui a son mari, son père ou bien un frère, un fils majeurs, a des procurateurs naturels, dont elle doit pouvoir, si j'ose dire, doublé la personnalité le jour du scrutin. De la sorte, la société devient un ensemble lié, cimenté, où tout devoir est réciproque, responsabilité, solidarité », E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale, op.cit.*, p. 92.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 359. Esmein vise ici sans aucun doute le mode de scrutin déterminée par la loi du 29 juin 1820 : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 374.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 880.

quelconque processus électoral, même au moyen du vote plural. Cela constitue la dernière conséquence de la conception de l'électorat comme fonction sociale ardemment défendue dans les *Éléments de droit constitutionnel*.

Une fois les membres de la nation désignés pour exercer la fonction électorale, reste à préciser dans quel sens cette fonction doit être exercée et comment analyser le pouvoir confié à l'électeur. Là encore la notion esmeinienne de « nation » va jouer un rôle fondamental dans la justification des règles électorales en vigueur en France sous la IIIe République : elle permet de condamner en droit les propositions tendant à modifier tout ou partie du système électoral.

II
Le droit de choisir les représentants de la nation et le droit d'être représenté

L'étendue du pouvoir confié aux électeurs dans le cadre de la souveraineté nationale a été exposée par Carré de Malberg dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*. Il s'y interroge en effet sur « la nature et le contenu du droit individuel de suffrage » et pose ainsi la question en ces termes : « On vient de voir que l'électorat est, pour le citoyen habilité au vote par la loi de l'État, un droit subjectif et, en ce sens, un droit individuel. Mais est-il aussi un droit individuel en cet autre sens que chaque votant soit investi du pouvoir de concourir personnellement à la nomination effective d'un député ? ou bien le droit d'élire réside-t-il dans l'ensemble du corps électoral agissant par circonscriptions partielles, et le droit subjectif électoral se borne-t-il à la faculté pour l'électeur de prendre part, en émettant un suffrage, aux opérations électorales de la section dont il est membre ? C'est ici la question […] de savoir quelle est, d'après son contenu, la nature du droit électoral : est-ce un droit d'élire, on peut dire que chaque électeur est individuellement un organe de l'État, en sorte qu'il y aurait autant d'organes électoraux qu'il y a de citoyens appelés au vote par la Constitution ; si, au contraire, la Constitution a réservé le pouvoir et la qualité d'organe électoral au corps entier des citoyens, en ce cas chaque votant ne forme plus, à lui seul, un organe, mais il est simplement membre d'un organe collégial en tant qu'il concourt à former l'organe chargé d'élire »[1].

Chez Esmein, la distinction établie entre la nation et le corps électoral – c'est-à-dire entre la souveraineté d'origine et la souveraineté d'exercice – emporte que « c'est le corps entier de ces électeurs qui a l'exercice de la souveraineté, et, c'est le vote dans un certain sens de la majorité de ce corps électoral qui doit exprimer la volonté nationale »[2]. Ainsi l'électeur est tenu comme un agent de la nation censé exprimer, par sa participation au scrutin, la volonté de la nation, et non sa volonté propre d'individu-électeur. Voilà la première conséquence de l'indivisibilité de la souveraineté : celle-ci appartient en tout à la nation et ne saurait être divisée entre ceux qui l'exercent.

Pour Esmein, l'expression de la volonté nationale par la majorité du corps électoral ne pose, en elle-même, aucune difficulté lorsque l'ensemble de ce corps se prononce dans le cadre d'un scrutin unique et identique : « dans certains cas, cette conséquence naturelle du principe s'applique manifestement et sans détours : c'est lorsque la votation conserve effectivement son unité et comprend réellement dans un scrutin unique le vote de tous les électeurs »[3].

Toutefois, la nature de la fonction est discutable lorsque le scrutin perd son caractère unitaire et identique et s'organise par fractions. C'est le cas, dans un système

---

[1] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, p 464-465.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 301.
[3] *Ibid*. Il poursuit : « Il en est ainsi là où s'exerce le gouvernement direct du peuple : lorsque, par exemple, une loi est soumise à l'approbation du corps électoral entier. Il en est encore ainsi, dans le gouvernement représentatif, lorsqu'on voit un représentant élu par tous le sélecteurs, soit au suffrage direct, soit au suffrage indirect : comme cela avait lieu pour l'élection du Président de la République d'après la Constitution de 1848 (art. 46) ; comme cela a lieu pour l'élection du Président des Etats-Unis ; les plébiscites du premier et du second Empire en fournissent encore d'autres exemples », *Éléments…, op. cit.*, p. 301-302.

représentatif, pour l'élection des membres du Parlement qui se déroule, pour des raisons pratiques, au sein de divisions territoriales nommées circonscriptions[1]. La question est alors de savoir si, par son vote au sein d'un collège électoral réduit, l'électeur agit toujours au nom de la nation, ou simplement au nom du collège réduit dont il est membre. Contrairement à « Deux formes de gouvernement », les *Éléments de droit constitutionnel* étudient largement la question du rôle de l'électeur dans le cadre d'un scrutin par circonscription et y répondent au moyen de la notion, devenue fondamentale, de « nation ».

Si la souveraineté elle-même n'est pas divisible, son exercice par les électeurs, lui, peut être divisé ou séparé entre plusieurs groupes d'électeurs. Esmein considère en effet que, malgré la division du territoire en circonscriptions d'élection, le corps électoral ainsi fractionné agit toujours et encore au nom de la nation et non pour la fraction qu'il constitue : « Mais en procédant à ces élections séparées, chaque collège particulier n'agit point en vertu d'un droit propre, et ne fait point en son propre nom un acte de souveraineté. Il ne saurait par lui-même conférer leurs pouvoirs aux députés élus ; ceux-ci ne peuvent les tenir que de la souveraineté nationale, c'est-à-dire de la nation entière. Chaque collège ne fait en réalité que proposer les élus au choix de la nation, qui, d'ailleurs, les confirme d'avance et les investit de leurs fonctions. *Il agit au nom de la nation et par une délégation que celle-ci lui a consentie* »[2].

Mais pour maintenir l'idée que les divers collèges électoraux agissent tous au nom de la nation, il est impératif que ces groupes d'électeurs constituent chacun un modèle réduit de la nation entière. C'est là le fondement même du fonctionnement du gouvernement représentatif appréhendé comme traduction institutionnelle de la souveraineté nationale. Esmein insiste particulièrement sur ce point : « Les divers collèges électoraux ne doivent être que des fractions du corps électoral entier. Ils doivent, par conséquent, être composés d'électeurs de même qualité, choisis tous au même titre, en d'autres termes, simplement citoyens. C'est ainsi seulement que le sectionnement peut fractionner l'exercice de la souveraineté nationale dans son exercice, sans la dénaturer. Les fractions ne restent telles qu'autant qu'elles possèdent toutes les qualités de l'entier »[3].

C'est bien la nation qui sera représentée par les membres de l'assemblée délibérante, quelle qu'elle soit, membres élus par un corps électoral divisé en fractions dont la somme totale égale le corps électoral dans son entier. Se trouve ainsi réfutée l'idée d'une représentation, non de la nation, mais des intérêts du groupe d'électeurs qui élit chacun

---

[1] « Mais quand il s'agit d'élire des assemblées représentatives, ce qui est l'exercice le plus ordinaire du suffrage politique dans les temps modernes, la votation ne saurait garder cette unité. On n'a jamais proposé sérieusement (bien que l'idée ait été émise) de faire de la nation un seul collège électoral élisant tous les députés. On se heurterait à des obstacles insurmontables. Matériellement le dépouillement du scrutin offrirait d'immenses difficultés, et la plupart des citoyens ne connaîtraient point personnellement un nombre suffisant de candidats pour pouvoir élire à toutes les places. Le nombre des personnes qui sont connues dans le pays entier est nécessairement fort limité : la plupart des candidats ou ne pourraient réunir une majorité ou seraient élus à l'aventure. On est donc obligé de diviser le corps électoral en un grand nombre de sections ou collèges particuliers, dont chacun élit à la majorité des voix un ou plusieurs députés », *Éléments…, op. cit.*, p. 302.
[2] *Ibid.*, nous soulignons.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 303.

des représentants[1]. Esmein l'affirme dans la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* : « Le principe de souveraineté nationale exclut donc, dans le suffrage politique et en droit, ce qu'on appelle la *représentation des intérêts*. Les collèges électoraux ne sauraient être composés de personnes formant un groupe antérieurement organisé pour représenter des intérêts corporatifs ou classées et réunies par des affinités professionnelles ou économiques. […] Mais il [ce système] ne saurait se concilier avec le principe de la souveraineté nationale, d'après lequel tous les citoyens électeurs, absolument égaux entre eux, ont nécessairement le même titre et la même qualité. La souveraineté nationale c'est, en droit, la négation de tout système de classes »[2]. Il signale d'ailleurs que les tentatives de conciliation entre cette forme spécifique de représentation et le principe de souveraineté de la nation sont totalement vaines et ne constituent qu'une fiction « insoutenable », comme c'est le cas par exemple pour la loi espagnole du 20 juin 1890[3].

La deuxième édition de l'ouvrage ajoute des développements supplémentaires, tous destinés à contrer les propositions de réforme visant à faire de la représentation politique une simple et stricte représentation des intérêts[4]. Car, comme le souligne Pierre Rosanvallon, l'époque est à la recherche de nouvelles modalités de représentation et à la théorisation d'une nouvelle espèce de gouvernement représentatif sous l'impulsion de Théodore Ferneuil et de l'école sociologiste : « Il s'agit du même coup de chercher le remède à la menace de dissolution sociale dans la structure même de la société. C'est sur elle qu'il faut se fonder pour construire la démocratie moderne, à distance des abstractions révolutionnaires, source de tous les égarements. Les questions du suffrage et de la représentation vont être abordées sur cette base dans des termes neufs. On va souhaiter

[1] C'est, semble-t-il ce que proposait Renan en 1872 lorsqu'il préconisait une composition de la seconde chambre du Parlement basé sur les divers groupes sociaux formant la nation : voir E. Renan, *La réforme intellectuelle et morale*, *op. cit.*, p. 93.

[2] *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 183.

[3] « On a pourtant tenté une conciliation en s'emparant d'une idée énoncée plus haut : ne peut-on pas considérer que la nation confie et commet à des groupes, professionnels ou autres, le droit d'élire en son nom et pour elle, un certain nombre de députés, comme elle le commet aux sections électorales ? C'est à ce point de vue que paraît s'être placée la loi espagnole du 20 juin 1890 qui, tout en consacrant le suffrage universel, donne aux Universités littéraires, aux Sociétés économiques d'amis du pays, aux Chambres de commerce, industrielles et agricoles, officiellement organisées, le droit d'élire, sous le nom de collège spéciaux, un certain nombre de députés. En effet, l'article 21 déclare que les députés nommés par les électeurs d'un district ou d'un collège spécial, " une fois élus et admis, représentent chacun et tous la nation ". Mais c'est là abuser d'une fiction légale, qui légitime lorsqu'elle sert à exalter la vérité, devient insoutenable lorsqu'elle contredit le principe dont elle sort : ici, le principe de la souveraineté nationale », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 304.

[4] Ainsi par exemple, Duguit propose que le Sénat en France fasse place à une représentation des forces sociales : « Quand l'évolution sera accomplie, quelle sera l'organisation du Parlement ? Les individus restant toujours les unités composantes du corps social , les associations devant les protéger sans les absorber, l'une des Chambres nommées au suffrage direct et universel, les représentera, l'autre, le Sénat, si l'on veut, représentera les unions d'intérêts. Dans une proportion qu'il est impossible de déterminer d'avance, et qui d'ailleurs pourra varier constamment, le législateur devra donner des représentants, aux associations commerciales, aux corporations ouvrières, aux syndicats industriels, aux associations agricoles, aux groupes administratifs, aux universités. […] nous demandons une représentation large et compréhensives de tous les éléments sociaux, de toutes les forces organisées de la nation française », L. Duguit, « L'élection des sénateurs », *RPP*, t. V, p. 474. Voir également la thèse de Charles François soutenue à la Faculté de droit de Lyon en 1899 : voir C. François, *La représentation des intérêts dans les corps élus*, Lyon, Rey, 1899, 363 pages. Et, quelques années plus tard, D. Müller, « Le système électoral de l'avenir : la représentation régionale », *RDP*, 1903, tome XX, p. 409-414.

élargir la représentation individuelle du nombre à la prise en compte des intérêts du groupe »[1].

L'édition des *Éléments de droit constitutionnel* de 1899 entend ainsi réfuter la doctrine exposée par Charles Benoist dans *La crise de l'État moderne*[2] publié un an seulement après la première édition des *Éléments*. Le député de Paris et professeur de droit constitutionnel à l'École libre des sciences politiques, niant la souveraineté nationale au profit de la « vie nationale »[3], réclame en effet que soient représentés les groupes et intérêts collectifs résidant dans la nation. L'idée n'est pas neuve chez Benoist – elle figurait déjà dans ses *Sophismes politiques*[4] – mais elle prend un caractère pratique dans la *Crise de l'État moderne* avec des propositions précises de représentation des intérêts professionnels pour la Chambre des députés : « Dans le système que nous proposons - on nous excusera de le répéter encore - la Chambre des députés serait élue au suffrage universel direct par tous les citoyens égaux, mais répartis, selon leur profession, en un petit nombre de catégories très ouvertes, en trois ou quatre groupes très larges, embrassant tout le monde, ne laissant personne dehors, ne souffrant ni d'exclusion ni de privilège, chacun de ces groupes devant tirer de lui-même son représentant ; avec une double circonscription : la circonscription territoriale, déterminée par le département, et la circonscription sociale, déterminée par la profession »[5].

---

[1] P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, *op. cit.*, p. 140. Il ajoute : « L'idée de représentation professionnelle revient à l'ordre du jour dans ce cadre et prend un sens inédit. Elle ne correspond plus seulement, comme c'était le cas pour les auteurs du Manifeste des soixante, à une revendication d'intégration de la part de la population qui se sentait exclue. Et elle ne s'enracine plus seulement dans la nostalgie, comme chez les légitimistes, même si se manifeste à la fin du siècle tout un intérêt historique pour les anciennes formes de représentation. Le projet de représentation des intérêts apparaît dorénavant directement lié à l'avènement des sciences sociales ; il s'insère dans le grand mouvement de critique de l'idéologie individualiste qui s'amorce dés les années 1880 », P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, *op. cit.*, p. 140 et p. 141. On constate d'ailleurs que sur ce point de la réévaluation des assemblées d'Ancien Régime qui présentaient une représentation des intérêts ou des classes, Esmein balaye l'argument en expliquant que ces assemblées n'avaient pas délibérantes mais seulement consultatives : « Nos anciens États généraux, lorsqu'ils devinrent totalement électifs, et anciennement la Chambre des Communes en Angleterre étaient des assemblées élues sur le principe de la représentation des intérêts et des groupes ; mais ils ne se heurtaient point au principe de souveraineté nationale qui n'était pas alors reconnu, et ce furent des assemblées simplement consultatives », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 306, note 2.

[2] Il faut remarquer que l'ouvrage rassemble de nombreuses idées exprimées auparavant dans une série d'articles publiés à la *Revue des deux mondes* entre 1895 et 1896 : voir C. Benoist, « De l'organisation du suffrage universel », 1ère partie, *Revue des deux mondes*, 1895, t. CXXX, p. 5-25 ; 2e partie, *Revue des deux mondes*, 1895, t. CXXX, p. 806-829 ; 3e partie, *Revue des deux mondes*, 1895, t. CXXXI, p. 825-844 ; 4e partie, *Revue des deux mondes*, 1895, t. CXXXII, p. 760-781 ; 5e partie, *Revue des deux mondes*, 1896, t. CXXXIV, p. 593- 615 ; 6e partie, *Revue des deux mondes*, 1896, t. CXXXV, p. 576-597 ; 7e partie, *Revue des deux mondes*, 1896, t. CXXXVI, p. 520-543 ; 8e partie, *Revue des deux mondes*, 1896, t. CXXXVIII, p. 514-527.

[3] C. Benoist, *Sophismes politiques de ce temps…*, *op. cit.*, p. 162-165.

[4] Suivant « l'idée-mère » de Johann Bluntschli, Benoist entrevoit dés 1893 tout l'intérêt d'une représentation des groupes professionnels, économiques et sociaux : « Reste à savoir ce qu'il faut entendre par *union locales inorganiques*. Par là j'entendrais volontiers les universités, les académies et sociétés savantes, les chambres de commerce, les chambres consultatives d'arts et métiers, les chambres de notaires et autres officiers ministériels, les associations professionnelles, les sociétés d'agriculture, etc…, etc…, en un mot, tout ce qui a corps et vie dans la nation, et non pas seulement la vie personnelle, individuelle, mais vie morale et collective », C. Benoist, *Sophismes politiques de ce temps…*, *op. cit.*, p. 202-203. Plus loin il précise : « Nous disons, en d'autres termes plus larges, que les Chambres doivent être, autant que possible, l'image fidèle et précise, la représentation du pays, et puisque le pays est surtout intérêts, la représentation de ces intérêts du pays ; ce qui implique qu'il ne doit pas y avoir dans le pays une activité, une vie, — individuelle ou collective, — qui ne soit en raccourci dans les Chambres et qu'il ne doit pas y avoir représentée dans les Chambres une force qui ne vive réellement dans le pays », C. Benoist, *Sophismes politiques de ce temps…*, *op. cit.*, p. 205.

[5] C. Benoist, *La Crise de l'État moderne. L'organisation du suffrage universel*, *op. cit.*, p. 250.

Esmein, avouant ses grandes divergences de vue avec Benoist[1], condamne le principe d'une représentation de divers groupes d'intérêts professionnels[2], quels que soient leurs caractères. Que les groupes soient permanents et doués d'une existence propre ou qu'ils soient créés et réunis ponctuellement pour la tenue d'un scrutin, une représentation de diverses collectivités est absolument contraire au principe de souveraineté indivisible de la nation : « Tantôt on transforme ainsi en collèges électoraux des groupes antérieurement organisés et ayant une existence permanente, qui répond à certains besoins […]. Mais cela paraît inconciliable avec le principe de la souveraineté nationale. *Si ces groupes ont un droit à une représentation propre, c'est que chacun d'eux doit être reconnu comme possédant une fraction de souveraineté*, sans qu'on ait à respecter aucune proportion entre le nombre de leurs membres et la population nationale dans son entier »[3]. L'hypothèse de groupes d'intérêts professionnels formés ponctuellement et exclusivement pour un scrutin paraît moins condamnable, en ce qu'elle respecterait le principe de la souveraineté nationale : « On peut entendre autrement encore la représentation des intérêts. Ce ne sont plus alors des corps antérieurement organisés et permanents qui constituent les collèges électoraux ; on ne réunit que momentanément, en vue du vote, tous les citoyens qui exercent la même profession ou des professions similaires, pour les faire participer à l'élection d'un certain nombre de députés. […]. Cette idée a été reprise de notre temps et il semble qu'elle n'est pas inconciliable avec le principe de la souveraineté nationale, à condition que le nombre de députés attribués à chaque groupe professionnel soit dans la proportion du chiffre de ses membres par rapport à celui de la population totale »[4].

Esmein conteste le principe sur le fondement de l'intérêt général. Un système de représentation des intérêts professionnels heurte l'intérêt général, comme le conçoit le gouvernement représentatif : « La raison d'être même du gouvernement représentatif et libre, c'est la supposition que le vote des citoyens et de leurs représentants dégagera l'intérêt général et le fera passer dans la législation. Mais pour cela il faut que les uns et les autres fassent abstraction, autant que cela est possible, de leurs intérêts particuliers en se laissant guider par la raison et par la justice »[5].

Ainsi, la théorie esmeinienne de souveraineté de la nation s'oppose à toute idée de fragmentation et de répartition de cette souveraineté entre divers groupes sociaux, quelles que soient leurs caractéristiques. La souveraineté nationale appliquée au gouvernement représentatif impose la recherche permanente, par le vote des électeurs, de l'intérêt général ou national et exclut, de fait, toute représentation d'intérêts particuliers, au premier rang desquels les intérêts professionnels ou économiques.

Dans la théorie de la souveraineté nationale, et dans celle de l'électorat-fonction, la souveraineté n'appartient en propre ni aux collèges électoraux ni aux groupes sociaux. Elle ne peut pas plus être fractionnée entre chacun des individus formant le corps

---

[1] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 303.

[2] « C'est là pourtant une combinaison que beaucoup d'esprits envisagent aujourd'hui avec faveur et qui d'ailleurs n'est point nouvelle. Elle consiste à grouper les citoyens qui ont, surtout par leur profession, les mêmes intérêts matériels et moraux, pour élire des représentants, qui naturellement seront chargés avant tout de la défense de ces intérêts », *Ibid*.

[3] *Ibid*.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 304-305.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 305.

électoral et ainsi donner le droit à chacun d'être représenté par celui pour lequel il a voté. Esmein l'affirme dès la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*. Il signale qu'en tenant « chaque électeur-citoyen comme possédant en lui une fraction de la souveraineté nationale, comme exerçant, par suite, dans l'acte électoral une droit propre et individuel […] la minorité aurait, comme la majorité des électeurs, un droit ferme à être représentée par des députés, en proportion de son chiffre »[1].

Cela pour contrer toute représentation des minorités, c'est-à-dire, au fond, la représentation des électeurs qui n'ont pas réuni une majorité et qui ont le sentiment que leur volonté ne sera pas exprimée au sein de l'organe représentatif. La représentation des minorités permettait pourtant de réduire le fossé entre la nation - ou du moins son commis, le corps électoral - et ses représentants supposés. L'esprit du temps étant à la représentation du groupe[2], le parti politique va s'imposer comme une unité de représentation idéale et favoriser la représentation proportionnelle des partis politiques, du moins pour les assemblées politiques.

La « question de la représentation proportionnelle »[3] n'est pas ignorée par Esmein. Son article « Deux formes de gouvernement » y voit l'un des « contrepoids naturels »[4] – et utiles – au « despotisme presque illimité d'une assemblée unique » [5] dans le cas d'un gouvernement semi-représentatif. *A contrario* ce mode de représentation n'a aucune utilité dans le cadre du gouvernement représentatif[6].

L'article annonce l'opposition d'Esmein à toute introduction de la représentation proportionnelle des partis politiques dans les assemblées représentatives et législatives. Cette opposition farouche sera développée dans les *Éléments de droit constitutionnel*. On constate cependant que la première édition fait de la représentation proportionnelle un enjeu de technique électorale, au même titre que le choix entre scrutin majoritaire de liste et scrutin majoritaire uninominal. La question est traitée dans le développement consacré à la composition de la Chambre des députés française, plus précisément dans le cadre de l'élection des députés[7], c'est-à-dire dans la seconde partie de l'ouvrage dédiée à l'étude des institutions françaises.

La troisième édition, de 1903, maintiendra l'étude de la représentation proportionnelle au sein du chapitre consacré au pouvoir législatif sous la IIIe République. Mais les développements qui lui sont consacrés s'étoffent de façon remarquable[8], ceux-ci font désormais l'objet d'une section particulière et intitulée : « La question de la représentation proportionnelle »[9].

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 310.

[2] « L'heure d'une nouvelle approche de la représentation, fondée sur la reconnaissance et l'expression de groupes structurant la société, a ainsi sonné dans tous les rangs. Les rigidités héritées de la culture politique révolutionnaire ont été pour la première fois mises de côté », P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, *op. cit.*, p. 146.

[3] Voir *Éléments…*, 3ème éd., *op. cit.*, p. 689.

[4] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 35

[5] *Ibid*.

[6] Voir A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 36-38.

[7] Voir *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 661-671.

[8] On constate notamment qu'Esmein intègre dans ces développements l'étude de la loi belge du 30 décembre 1899 instituant la représentation proportionnelle des partis politiques dans les élections politiques et notamment pour les élections à la Chambre des représentants : voir *Éléments…*, 3ème éd., *op. cit.*, p. 709-711.

[9] Voir *Éléments…*, 3e éd., *op. cit.*, p. 689-713.

Surtout, la cinquième édition fera basculer la matière de la seconde à la première partie de l'ouvrage, dans le chapitre dédié à la souveraineté nationale. La représentation proportionnelle - et surtout son rejet - ne sont pas, ou plus, uniquement des questions de techniques électorales mais relèvent d'une question théorique[1]. C'est en effet la théorie de la souveraineté nationale qui va permettre une condamnation définitive de la représentation proportionnelle, au même titre d'ailleurs que la condamnation du mandat impératif, nous le verrons.

Dès 1896, et même dès son article de 1894, Esmein se pose en farouche opposant de toute représentation proportionnelle des minorités – donc des partis politiques – dans le cadre du gouvernement représentatif et notamment dans le cadre du régime parlementaire pratiqué en France. Comme le signale Marie-Joëlle Redor[2], l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* se trouve relativement isolé au sein de la doctrine française dont les principaux auteurs se révèlent au contraire favorables à la représentation proportionnelle. À la fin du XIXe siècle[3], Esmein fait figure d' « anti-erpéiste »[4] convaincu, à contre-courant de la majorité de ses contemporains. On constate en effet que les auteurs d'ouvrages de droit constitutionnel sont tous favorables à la représentation proportionnelle, à l'exclusion d'Esmein.

Saint Girons consacre un paragraphe de son *Manuel* à la « Représentation des minorités »[5] et considère que « le Parlement devrait être une reproduction du pays tout entier, une image fidèle de ses sentiments, de ses idées, de ses tendances, de ses passions si diverses, si complexes, souvent si contradictoires. L'opinion, ou mieux, les opinions du pays, doivent se trouver dans les Chambres avec la même importance relative, puisque, au fond, la vraie reine des pays démocratiques c'est l'opinion publique. […]. Ainsi comprise, la représentation n'est plus le moyen d'obtenir la volonté générale, qui se résout en la

---

[1] On constate toutefois que la place laissée dans le chapitre consacré au pouvoir législatif se trouve comblée par une étude du cheminement des idées proportionnalistes au Parlement français : voir *Éléments…*, 5ème éd., *op. cit.*, p. 798-804 ou voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 878-890.

[2] « La question des avantages et inconvénients de la représentation proportionnelle n'est pas débattue seulement chez les politiques ; on la retrouve aussi chez les publicistes dont la majorité se prononce en faveur de ce système. Ces préférences pourraient surprendre si l'on se souvient des critiques adressées à la souveraineté du nombre : la représentation proportionnelle se fonde-t-elle, plus encore que le scrutin majoritaire, sur une conception purement numérique et individualiste du suffrage ? C'est d'ailleurs cet argument que développent ses adversaires : Esmein, toujours partisan du *statu quo* (à défaut de pouvoir revenir au *statu quo ante*) reste résolument attaché au scrutin majoritaire d'arrondissement », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 111-112.

[3] Sur l'histoire et le développement du mouvement proportionnaliste nous renvoyons à l'ouvrage de Pierre Rosanvallon et à sa bibliographie : voir P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, *op. cit.*, p. 202, note 1.

[4] Nous empruntons l'expression à Pierre Rosanvallon : « La société pour l'étude de la représentation proportionnelle est fondée à Paris en 1883. Émile Boutmy, le directeur de l'École des sciences politiques, côtoie à son conseil de direction des membres de l'Institut comme Georges Picot ou Anatole Leroy-Beaulieu et d'éminents juristes que flanquent une poignée d'anciens parlementaires. Si les thèmes proportionnalistes ont de plus anciens apôtres, […], ce n'est qu'à partir des années 1880 qu'ils trouvent un écho large et régulier. En effet, les défenseurs de la représentation proportionnelle constituent dés lors une force organisée : ils ont leurs comités, leurs congrès, leurs publications pour orchestrer un effort systématique de propagande. La question devient alors rapidement centrale dans le débat politique, suffisamment importante pour finir par être identifiée à un sigle : la « R.P ». Chacun doit choisir son camp et s'afficher comme « erpéiste » ou anti-erpéiste ». Le débat va battre en France son plein durant une trentaine d'années, culminant au début du siècle en une série de grandes joutes parlementaires qui aboutiront en 1919 au vote d'une loi », P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, *op. cit.*, p. 201-202.

[5] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 136 et p. 152.

volonté d'une majorité plus ou moins certaine. La représentation devient quelque chose de plus complexe, et aussi de plus utile et de plus juste : elle est le résumé, la quintessence de la société. Le pays tout entier se trouve au Parlement, et non pas une fraction du pays, qui, intolérante et despotique, se sert du pouvoir contre ses adversaires, oubliant qu'il ne doit être exercé que dans l'intérêt national »[1]

Félix Moreau, dans la première édition de son *Précis élémentaire de droit constitutionnel* en 1892, ne s'attache pas à la question de la représentation proportionnelle lorsqu'il traite des modes de scrutins pratiqués en France pour les élections parlementaires[2]. Le professeur d'Aix attendra la première décennie du XXe siècle et les diverses rééditions de l'ouvrage pour indiquer sa préférence pour la représentation des minorités politiques[3]. Cette prédilection apparaît clairement en 1903 dans *Pour le régime parlementaire* : « Dans l'organisation légale du régime représentatif, la réforme essentielle est donc la réforme de la loi électorale, de manière qu'elle réalise dans le Parlement, une exacte représentation du pays. […]. S'il se réforme, le régime parlementaire n'en demande pas d'avantage pour vivre et prospérer. Devenu l'image fidèle du pays, le Parlement appuie les ministres qui répondent aux vœux nationaux, et un accord absolu unit la nation, le Gouvernement, les Chambres »[4]. Théophile Aumaître, lui, survolera la question du droit des minorités dans son *Manuel* de 1893 en limitant son étude au système majoritaire[5], ne disant mot des progrès des modes de scrutins proportionnels en Europe.

Les *Éléments de droit constitutionnel* sont le premier ouvrage de droit constitutionnel français à s'opposer fermement au « véritable élan proportionnaliste »[6] qui marque la fin du XIXe siècle en Europe et en France. Si l'argumentation reste inchangée sur le fond, la forme évolue au rythme des progrès de l'idée proportionnaliste. L'adoption de la loi électorale belge le 30 décembre 1899[7] appliquant la représentation proportionnelle pour l'élection à la Chambre des représentants motiva la section particulière de la troisième édition. Non que le royaume fût le premier État à y recourir[8] mais parce qu'il fut le premier État européen à l'appliquer à l'élection de l'ensemble de la Chambre basse. Dès lors « ce soi-disant principe séduisit un certain nombre d'esprits et la propagande commença, active et persistante : pour beaucoup c'est devenu un dogme politique »[9].

Le remaniement de l'ouvrage pour l'édition de 1909 fut justifié par l'actualité persistante de la question dans les débats politiques, juridiques[10] et dans la presse :

---

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 136-137.
[2] Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 172-176.
[3] Voir par exemple F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 10ème édition, Paris, Sirey, 1928, p. 179-183.
[4] F. Moreau, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit.*, p. 298-299.
[5] T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 81-84.
[6] P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, *op. cit.*, p. 204.
[7] Voir *Éléments…*, 3ème édition, *op. cit.*, p. 709-714, correspondant à *Éléments…*, 5ème éd, *op. cit.*, p. 291-295, et à *Éléments…*, *op. cit.*, p. 338-342.
[8] Voir P. Martin, *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, 3ème éd, Paris, Montchrestien, 2006, p. 60-61.
[9] Il poursuit : « Il existe sur la question une littérature abondante et remarquable. Dans les principaux pays libres, des associations se sont formées pour faire triompher l'idée ; et en effet elle semble gagner de proche en proche, par un progrès véritable disent les uns, par une contagion malsaine, selon les autres », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 319.
[10] Stéphane Pinon fait remarquer que Maurice Deslandres dirige un certain nombre de thèses soutenues à la Faculté de Dijon sur la question de l'évolution du mode de représentation et particulièrement sur la représentation proportionnelle : voir par exemple la thèse de A. Besson, *Essai sur la représentation*

« Surtout une campagne active est faite en faveur de la représentation proportionnelle par des hommes dont la conviction égale le talent. Dans la législature de 1902 à 1906, ces aspirations vers le scrutin de liste simple ou avec la représentation proportionnelle ont donné lieu à diverses propositions de loi présentée à la chambre… »[1]. Esmein désigne notamment Charles Benoist qui, comme le remarque Pierre Rosanvallon[2], après avoir défendu la représentation des intérêts en 1895, se fait le chantre français de la représentation proportionnelle des partis à la fois à la Chambre des députés et dans la doctrine juridique[3]. En outre, la réforme du mode de scrutin pour les élections législatives de 1910 qui s'annoncent agite la doctrine et les partis politiques[4] : en témoignent les nombreux articles qui garnissent les revues juridiques entre 1905 et 1910. L'intensité n'en faiblira pas jusqu'au rejet du projet de réforme – adoptée par la Chambre des députés le 10 juillet 1912 – par le Sénat le 10 mars 1914[5].

Objet de technique électorale à l'origine, la représentation proportionnelle devient une question théorique et se trouve combattue au moyen du principe, central chez l'auteur, de la souveraineté de la nation. Esmein prend appui sur le rôle dévolu à l'électeur dans le gouvernement représentatif. Le point essentiel est de savoir qui doit être représenté : l'électeur lui-même, comme le prétend le Suisse Ernest Naville[6], ou la nation entière par le mandat qu'elle confère au corps électoral ?

La deuxième réponse s'impose évidemment pour Esmein. Il l'exprime dans la première édition de l'ouvrage, en accusant les partisans de la représentation des minorités d'un abus de langage[7] quant au terme de « représentation »[8]. Par la théorie de l'électorat-fonction, le droit de l'électeur à être représenté personnellement est parfaitement nié. C'est d'ailleurs là le paradoxe des théories de Saint Girons ou de Moreau

---

proportionnelle des majorités et des minorités, Dijon, 1897, S. Pinon, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », art. cité, p. 219.

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 319.

[2] « Charles Benoist va incarner le glissement qui s'opère en France de la représentation professionnelle à la représentation proportionnelle. Quand il publie en 1895 *La Crise de l'État moderne*, il s'impose comme le champion d'une démocratie fondée sur la vie professionnelle et pourfend l'idée proportionnaliste qui commence à prendre consistance. Dix ans plus tard, en 1905, il préside la Commission du suffrage universel et tourne casaque : il présente à la Chambre des députés un rapport qui plaide avec fougue la cause de la représentation proportionnelle et qui va lancer le grand débat parlementaire sur le sujet », P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, *op. cit.*, p. 170. Benoist lui-même reconnaît ce tournant dans sa pensée politique : voir C. Benoist, *Pour la réforme électorale*, Paris, Plon, 1908, p. 108.

[3] Voir son argumentation en faveur de la représentation proportionnelle : C. Benoist, *Pour la réforme électorale*, *op. cit.*, p. 107 à p. 142 notamment.

[4] Sur la position des partis politiques face à la question proportionnelle, voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 111, note 2.

[5] Voir sur ce point les ajouts de Joseph Barthélémy à la 6e édition : *Éléments…*, *op. cit.*, p. 886 à p. 890.

[6] « Il faut que des groupes d'électeurs librement formés dans le corps électoral obtiennent chacun une part de représentants proportionnelle au nombre de suffrages émis », E. Naville, « La démocratie, les systèmes électoraux et la représentation proportionnelle », *RPP*, 1896, t. IX, p. 486 ou encore p. 501. Mais également : « Mais quand il s'agit de la représentation, ce n'est pas du droit des minorités qu'il faut parler, mais du droit des électeurs qui veulent participer, par leurs représentants, aux décisions relatives aux lois qu'ils auront à subir, et aux impôts qu'ils auront à payer », E. Naville, « Les objections à la représentation proportionnelle », *RPP*, 1897, t. XII, p. 45.

[7] « Mais celle-ci [la représentation des minorités] me paraît une nouveauté fort contestable, contraire même aux vrais principes de notre droit constitutionnel. Abusant du terme représentation, ceux qui soutiennent ce système partent de cette idée que toute assemblée représentative doit être à l'image exacte, en plus petit, du corps électoral qu'elle représente : par suite, la majorité ne doit point y être seule représentée, mais aussi la minorité, ou plutôt les diverses fractions, les divers partis qui divisent le corps électoral, chacun suivant sa force numérique, et pourvu qu'ils ne soient pas une quantité négligeable », *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 664.

[8] Voir *Éléments…*, 1ère éd., *op. cit.*, p. 665.

qui, nous l'avons souligné, tout en affirmant clairement la fonction sociale de l'électorat, n'en déduisent pas nécessairement son inadéquation avec le principe même de représentation proportionnelle.

La représentation proportionnelle est donc incompatible avec la souveraineté nationale, et par suite avec le gouvernement représentatif sur laquelle il se fonde. Le principe majoritaire constitue la règle essentielle du système, la remettre en cause, comme le font les partisans de la représentation proportionnelle, c'est abattre le système : « Le principe même de la représentation proportionnelle me parait être une illusion et un faux principe. Le gouvernement représentatif, en effet, est nécessairement le gouvernement de la majorité. Il repose essentiellement sur cette idée que le gouvernement du pays va appartenir pour un temps déterminé (pour la durée de la législature) aux représentants que choisit dans ce but la majorité des électeurs. Si le pays tout entier constituait un seul collège électoral, la majorité aurait le droit strict de nommer tous les députés, comme elle nomme le titulaire ou les titulaires du pouvoir exécutif, là ou celui-ci est désigné par le suffrage populaire. »[1]. Dès lors, les démocraties représentatives risquent de sombrer dans l'anarchie par la négation du principe majoritaire : « Je ne voudrais rien exagérer ni noircir le tableau : mais il me paraît que logiquement la représentation proportionnelle menace le principe même d'autorité, de souveraineté politique »[2].

Voilà la contestation même de toute la thèse développée par les « proportionnalistes » qui dénoncent l'injustice[3] d'un gouvernement d'une majorité fictive, à l'image de « la grande figure intellectuelle du proportionnalisme en Europe »[4], Ernest Naville : « Les minorités électorales, quelle que soit leur importance, ont émis des votes inutiles. Pendant toute la durée d'une législature, les membres de ces minorités n'ont aucune influence légale, ni directe, ni indirecte, sur les lois auxquelles ils devront obéir, sur les impôts qu'ils auront à payer. On peut dire sans exagération qu'ils sont momentanément réduits à l'état de sujets. Que des individus en petit nombre n'obtiennent pas de représentants par le fait du caractère collectif de l'action électorale, c'est le résultat de la nature des choses. Mais que des groupes de citoyens qui, en théorie, peuvent approcher de la moitié du nombre d'électeurs et qui, en pratique, atteignent souvent plus du tiers, demeurent privés de toute influence sur la chose publique, c'est le résultat de lois mauvaises »[5].

Esmein nie l'injustice : « Il n'y a dans ce système, même poussé à l'extrême, aucune injustice envers la minorité, puisque la majorité n'obtient que son droit ferme et rien de

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 320..

[2] Il poursuit : « En l'introduisant dans la démocratie, là où règne le gouvernement de la nation par elle-même au moyen des assemblées élues, il semble qu'on veuille qu'aucun organe de la nation, par l'action d'une majorité certaine, ne puisse invoquer sa volonté légale, et que la législation et le gouvernement soient seulement possibles avec l'acceptation de tous les partis. Ce n'est point qu'on ait foi dans la puissance de la vérité et qu'on espère réunir toutes les adhésions par la force de la raison. Tout au contraire, comme l'a dit M. de Hellepute, au Parlement belge, la représentation proportionnelle procède d'un scepticisme profond, aux yeux duquel toutes les opinions sont égales. C'est par lassitude ou indifférence que l'on finira par tomber quelquefois d'accord. Logiquement, la représentation proportionnelle est à l'entrée d'une voie au bout de laquelle se trouve l'anarchie », *Éléments…, op. cit.*, p. 328.

[3] Voir par exemple A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 151.

[4] P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable, op. cit.*, p. 202.

[5] E. Naville, « La démocratie, les systèmes électoraux et la représentation proportionnelle », art. cité, p. 484-485. Voir également la dénonciation de l'injustice faite à la minorité : L.-A. Prévost Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 63-65. Ou également A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 137.

plus »[1]. Reprenant la définition de Sidney Low, il affirme, non sans malice, que le seul droit de la minorité existante[2] est d'avoir tous les moyens légaux de devenir un jour la majorité politique du pays : « Tant qu'une minorité reste telle dans le pays, son rôle légitime ne consiste point à réclamer une part dans le gouvernement mais à s'efforcer de gagner des adhérents pour devenir la majorité. L'histoire même de la représentation proportionnelle montre que cette conquête n'a rien d'impossible, dans les pays où elle s'est fait admettre, c'est une minorité active et hardie qui a fini par la faire adopter au moyen de représentants élus selon le système majoritaire »[3]. L'article « Deux formes de gouvernement » le disait déjà : « En bonne justice, une minorité, tant qu'elle reste telle, n'a droit qu'à deux choses : le respect des droits individuels, et le moyen d'agir par la prédication et par la persuasion sur l'opinion publique, de manière à devenir majoritaire à son tour, si elle a la raison pour elle »[4]

Au-delà de l'origine mathématique des systèmes proportionnels[5], Esmein considère que les partisans de la représentation proportionnelle méconnaissent le rôle dévolu aux assemblées et notamment à la Chambre basse, dans le cadre du gouvernement représentatif[6]. Le Parlement ne peut être une reproduction miniature du corps électoral pour la simple raison que les assemblées parlementaires sont des organes délibérants chargés de discuter mais surtout de décider en votant la loi : « Mais nos assemblées représentatives-législatives n'existent pas seulement pour la discussion ; elles ne débattent pas seulement, elles statuent et exercent par là un attribut de la souveraineté. C'est là leur fonction essentielle, et les proportionnalistes eux-mêmes reconnaissent que c'est à la majorité qu'il appartient de décider et de statuer. Les assemblées législatives doivent donc, par cela même, être construites et composées d'après le principe majoritaire pour assurer le droit de décision qui appartient à la majorité et non d'après le génie propre aux

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 320.

[2] « Et, je l'ai dit, il n'est pas une minorité de quelque importance qui ne devienne majorité dans quelques circonscriptions, surtout avec le scrutin uninominal », *Éléments…, op. cit.*, p. 321. Il exprimait exactement la même idée dans son article de 1894 : « De plus, par l'imperfection inévitable de nos procédés électoraux, par le fractionnement du corps électoral en circonscriptions distinctes et peu étendues, tout parti qui n'est pas une quantité négligeable, bien qu'il soit en minorité dans le pays entier, aura nécessairement la majorité dans quelques circonscriptions. Cette représentation qu'elle obtiendra, un peu au hasard, suffit parfaitement à la minorité ; car tant qu'elle reste telle, elle a droit à la discussion, mais non au gouvernement. Pour la discussion il ne faut que quelques membres, bien choisi, dans le parlement. Lorsque, dans le Corps législatif du second Empire le parti républicain n'était représenté que par les Cinq, sa protestation en a-t-elle été moins haute et son opposition moins efficace ? », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 37-38

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 321-322.

[4] Il poursuit : « la liberté de la presse, la liberté de réunion et d'association (droits individuels) lui fourniront largement ce moyen ; mais il est certainement désirable qu'elle puisse se faire entendre dans le Parlement lui-même, y porter ses réclamations et ses protestations. Pour cela elle a d'abord le droit de pétition », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 37.

[5] « Des hommes ingénieux se sont mis à l'ouvrage pour lui donner [à la représentation proportionnelle] une formule exacte et pratique. Ce n'était point toujours des juristes ou des philosophes politiques ; le plus souvent même c'étaient des mathématiciens, car il s'agissait avant tout de résoudre un problème de mathématiques. Ce fait, je l'avoue, suffirait à me mettre en méfiance contre le système, car je crois que l'esprit juridique est totalement différent de l'esprit mathématique et je me rappelle les calculs et les subtilités que les mathématiciens accumulaient jadis pour l'interprétation de l'article 757 du Code civil, lorsque plusieurs enfants naturels se trouvaient en concours avec leurs frères ou autres parents légitimes. Mais, comme on va le voir, j'ai à faire valoir contre la représentation proportionnelle des raisons plus sérieuses », *Éléments…, op. cit.*, p. 320.

[6] « Reste la seconde idée sur laquelle insistent les proportionnalistes : une assemblée représentative doit être, en plus petit, l'image exacte du corps électoral qu'elle représente. Cale paraît, en quelque sorte, évident, et cependant il y a là une confusion

assemblées purement consultatives »[1]. Ainsi, d'un point de vue pratique, la représentation proportionnelle compliquerait la tâche de l'assemblée dans l'adoption de loi : « Augmentant la force de la minorité par rapport à la majorité et, en même temps, accentuant la diversité des opinions dans la Chambre, elle rendra certainement la formation des lois plus pénible. Les projets de lois pourront plus difficilement se faire adopter et pour passer, ils devront subir des modifications, dont chacune sera une concession faite à l'une quelconque des fractions de la minorité et qui seront en même temps autant de déviations (parfois dans les sens les plus divers) des principes adoptés par l'auteur du projet, s'écartant des combinaisons harmoniques combinées par lui »[2].

Esmein abhorre l'idée – défendue par Prévost Paradol[3] et reprise par tous les proportionnalistes – que le Parlement doive constituer « un miroir fidèle » du corps électoral[4]. À tel point qu'il s'agace même que l'on puisse attribuer à Mirabeau – comme le fait notamment Naville[5] – la paternité de la représentation proportionnelle : « On a exhumé une phrase pittoresque de Mirabeau, à laquelle on donne une portée qu'elle n'avait point originairement, et l'on en tire cet axiome de la science politique qu'une assemblée représentative, par sa nature même, doit être un miroir fidèle où le corps électoral se reflète exactement, non pas seulement la majorité, mais aussi la minorité, avec les divers éléments qui la composent. Elle doit avoir les mêmes éléments que le corps électoral, réduits en quantité, mais conservant tous leur importance respective »[6]. Ainsi tient-il à rétablir l'authenticité de la citation de Mirabeau[7] dans la cinquième édition et à contester le principe qu'on en a tiré : « Mais Mirabeau est un des hommes qui ont le mieux senti les droits nécessaires des majorités, et il est singulier de le présenter comme un partisan de la représentation proportionnelle. Voici encore ce qu'il dit dans le même discours, p.6 : " Lorsqu'une nation n'a point de représentants, chaque individu donne son vœu par lui-même. Lorsque que la nation est trop nombreuse pour être réunie dans une seule assemblée, elle en forme plusieurs et tous les individus de chaque assemblée donnent à un seul le droit de voter pour eux ". C'est là la formule même du scrutin uninominal, la forme antinomique à la représentation proportionnelle »[8].

Plus loin, Esmein met en cause la véritable motivation des proportionnalistes. Ceux-ci, au lieu de poursuivre la justice par une représentation de tous, chercheraient à gagner des sièges : « Il me paraît que c'est dans un tout autre ordre d'idées qu'on doit chercher le ressort caché qui a fait surgir et grandir la représentation proportionnelle ; il me paraît se trouver dans des sentiments beaucoup moins élevés que ceux que proclament

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 322-323.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 324.
[3] « Un Parlement ainsi constitué, n'est donc pas le *miroir de la nation*, ce qui est l'idéal du système représentatif, et le système électoral dont il sort entaché d'une perpétuelle injustice, irrégulièrement tempérée par le hasard », L.-A. Prévost Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 71.
[4] Voir par exemple : A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 150-151.
[5] E. Naville, « La démocratie, les systèmes électoraux et la représentation proportionnelle », art. cité, p. 493.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 318-319.
[7] « L'importance de chaque agrégation est bien plus difficile encore à déterminer pour une nation qui, comme la nôtre, est divisée en trois ordres qui, se réunissant en corps de nation, n'entrent dans le tout qu'avec la mesure relative de leur importance. Les États sont pour la nation ce qu'est une carte réduite pour une étendue physique ; soit en petit, soit en grand, la copie doit toujours avoir les mêmes proportions que l'orignal », cité par Esmein, *Ibid*.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 318, note 1.

ses partisans. Il me paraît résider dans une conception d'après laquelle les sièges des membres du Parlement (et probablement aussi les autres fonctions publiques), considérés comme une somme totale de places honorifiques, influentes et rémunérées, doivent, au nom de l'équité et de l'égalité, se répartir entre tous les divers partis proportionnellement à leur importance. C'est comme une rectification équitable de la maxime américaine : les dépouilles aux vainqueurs ! »[1].

La représentation proportionnelle est, suivant le raisonnement d'Esmein, encore impraticable dans le régime parlementaire. L'auteur rappelle que la mission des assemblées parlementaires – essentiellement de la Chambre basse – est d'exercer un contrôle sur le gouvernement, ou le cabinet, allant jusqu'à la mise en jeu de sa responsabilité politique au moyen d'un vote. Or le soutien au cabinet suppose une majorité parlementaire qui serait bien difficile à réunir avec un mode de scrutin proportionnel, d'autant plus que le scrutin majoritaire ne la garantit pas toujours : « Dans les pays de gouvernement parlementaire, elles [les assemblées] ont aussi (du moins la Chambre des députés) la mission de fournir, de soutenir et de renverser le Cabinet. On sait au milieu de quelles difficultés, dans beaucoup de pays, fonctionne cette forme supérieure du gouvernement représentatif, à raison de l'organisation imparfaite des partis politiques et de leur multiplicité. La majorité stable et le Cabinet homogène, qui en sont les conditions normales, se font de plus en plus rares (sauf en Angleterre). Dans un pareil milieu, vouloir faire élire la Chambre des députés, sur le principe de la représentation proportionnelle, n'est-ce pas ruiner de parti pris le système ? »[2].

C'est là encore une réponse aux assertions des proportionnalistes qui, constatant que le scrutin majoritaire n'offre pas automatiquement une majorité stable au sein de la Chambre, réfutent la dangerosité du scrutin proportionnel. Ainsi Ernest Naville : « On dit que l'accord des chambres représentatives avec le Gouvernement est indispensable pour la bonne marche des affaires ; que cet accord ne peut résulter que de l'existence d'une ferme majorité parlementaire qui assure la stabilité du pouvoir, et on affirme que la représentation proportionnelle s'opposerait à la formation de cette majorité. […]. Mais les élections représentatives faites selon le principe majoritaire ont-elles pour effet habituel de produire dans les parlements une majorité stable appuyant le Gouvernement, une majorité que des élections proportionnelles ne pourraient pas produire ? L'affirmer serait commettre une double erreur, une erreur d'observation et une erreur de prévision »[3].

Esmein condamne ceux qui présentent le scrutin proportionnel comme un remède à la crise du régime parlementaire en France, à l'image du modéré Félix Moreau[4] ou du résolu Charles Benoist[5]. Pour l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel*, rien n'est plus susceptible de renforcer l'instabilité ministérielle, et par là de diminuer le pouvoir exécutif, que l'introduction de la proportionnelle : « Or le moment où l'on propose ce changement [de législation] est celui où de tous les côtés, dans les pays les plus divers (sauf en Angleterre) ; les majorités se désagrègent, ou se cherchent en vain. Si la législation devait intervenir aujourd'hui en cette matière, la science politique conseillerait de l'employer à renforcer, s'il était possible, la majorité élue et non les minorités en faveur desquelles

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 323.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 326.
[3] E. Naville, « Les objections à la représentation proportionnelle », art. cité, p. 49-50.
[4] Son ouvrage *Pour le régime parlementaire* envisage comme remède à la crise parlementaire l'introduction de la représentation des minorités au Parlement, voir F. Moreau, *Pour le régime parlementaire, op. cit.*, p. 298-299.
[5] Voir C. Benoist, *Pour la réforme électorale, op. cit.*, p. 108 et suivantes.

conspirent toutes les forces du monde moderne. […]. Rien n'est moins paradoxal : c'est aujourd'hui la majorité qui a besoin de protection »[1].

Le rôle de l'électeur dans le cadre d'un système représentatif fondé sur la souveraineté nationale est donc bien connu : il n'a le droit d'exercer son vote que dans le but de dégager une majorité, censée représenter la majorité du corps électoral, qui sera elle-même chargée d'exercer le pouvoir législatif entendu comme attribut de la souveraineté.

Pour cela, Esmein considère que la loi électorale doit conserver à l'électeur une liberté de choix sans pour autant lui compliquer la tâche dans l'exercice de son vote. Or, les systèmes proportionnalistes rognent la liberté de l'électeur en conférant aux partis politiques un trop fort pouvoir d'action dans la composition des listes[2], et donc sur le corps électoral lui-même. C'est là tout le paradoxe des théories favorables à la représentation proportionnelle : en voulant conférer à l'électeur un droit à être représenté personnellement, elles accentuent la domination des partis politiques sur l'électeur.

Au fond, l'opposition d'Esmein à la représentation proportionnelle – et donc à la réforme électorale – est indissolublement liée à son rejet du scrutin de liste[3], déjà honni par Laboulaye[4]. L'étude de la représentation proportionnelle prenait place, rappelons-le, au sein de la discussion du mode de scrutin législatif français jusqu'à la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel*. C'est, en effet, d'un point de vue technique, à partir de la pratique du scrutin de liste majoritaire, et de l'écrasement mathématique des minorités qu'il produit, que s'est constituée l'idée d'une représentation des minorités, puis d'une représentation proportionnelle des partis politiques qui suppose logiquement un scrutin de liste[5]. Ses prédécesseurs ne s'y trompent pas. Saint Girons et Moreau par exemple, à

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 328-329.

[2] À propos du système d'Hondt, il écrit : « Le système qui paraît prévaloir est celui de la concurrence des listes ; on pourrait dire de la concurrence des partis ; car c'est le parti qui figure au premier plan, le candidat et l'électeur devenant, en quelque sorte, des personnages secondaires », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 333. Et plus loin : « Par là encore, la représentation proportionnelle par la concurrence des listes, le procédé le plus pratique de tous, aboutit à la consécration de ce qu'il y a peut-être de plus dangereux dans la démocratie moderne : la toute puissance de la tyrannie du parti. C'est lui qui est légalement reconnu, érigé en maître, consacré dans ce qu'il a de plus bas, c'est-à-dire dans ses organes inférieurs, les comités électoraux », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 336.

[3] « Dans ce dernier système, le collège électoral est appelé à élire un certain nombre de députés, proportionnel à sa population, et chaque électeur a le droit de porter sur son bulletin de vote autant de noms qu'il y a de députés à élire. Il dresse ainsi une liste des candidats auxquels il donne son suffrage », *Ibid.*

[4] Il est extrêmement intéressant de noter la très grande proximité de l'argumentaire des Questions constitutionnelle de Laboulaye avec celui d'Esmein : Voir É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 81, p. 128, p. 320 et p. 327. De plus, Laboulaye, contrairement à Esmein souligne l'injustice du scrutin de liste majoritaire quant à la représentation qu'il produit : « Je suppose qu'on ne conservera pas le scrutin de liste, cette mystification de la souveraineté populaire. Je ne veux pas étendre indéfiniment une discussion déjà trop longue ; mais il est évident que faire nommer dix ou vingt députés ensemble, par des cantons qui ne les connaissent pas, c'est assurer la prépondérances de dix minorités réunies, par conséquent c'est exclure la majorité ou la vraie opinion. Si l'élection de l'Assemblée de révision se fait suivant les principes républicains, par circonscriptions de même grandeur ou plutôt de même population, nommant chacune un représentant, cette Assemblée sera la représentation fidèle de la France. Si la nomination se fait au scrutin de liste, deux partis réunis fausseront l'élection, sauf à se disputer le pouvoir après la bataille. Nous retomberons dans les maux dont nous souffrons aujourd'hui », É. Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 208-209, note 1.

[5] « Elle [la représentation proportionnelle] suppose d'abord certains principes établis, certaines règles adoptées. En effet, pour qu'on puisse songer à une pareille représentation, il faut que la circonscription électorale qu'on envisage ait plusieurs représentants à élire. Si elle n'en nomme qu'un seul, celui-ci, ne pouvant être partagé, sera fatalement l'élu de la majorité », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 310.

défaut de voir se réaliser un scrutin proportionnel qu'ils appellent de leurs vœux, prennent parti également, dans le cadre du système majoritaire, pour le scrutin uninominal d'arrondissement[1] qui préserve un tant soit peu les minorités politiques[2].

De son côté, Esmein dit avec constance son attachement profond au scrutin majoritaire uninominal d'arrondissement. Ce dernier est tenu en France, malgré l'opinion du républicain René Goblet[3], comme le mode d'élection républicain par excellence[4] et s'inscrit dans la « tradition républicaine »[5]. Saint Girons le souligne[6], la concurrence, pour ne pas dire l'opposition, entre le scrutin de liste départemental et le scrutin uninominal d'arrondissement a provoqué, en France, durant le XIXe siècle de nombreux débats et a alimenté la littérature politique et juridique. Particulièrement sous la IIIe République qui alternera avec ces deux modes de scrutin entre 1875 et 1914, de sorte que les juristes contemporains d'Esmein s'opposent entre eux sur le choix du mode le plus adéquat à la pleine réalisation du gouvernement représentatif. En 1896, quand paraissent les *Éléments de droit constitutionnel*, le mode de scrutin est celui retenu par les lois électorales de 1889 : la première, du 13 février, rétablit le scrutin uninominal d'arrondissement, maintenu jusqu'en 1914, la seconde du 17 juillet interdit les candidatures multiples. Toutes deux visent à proscrire les phénomènes de type boulangiste[7] qui font de l'élection législative un vrai plébiscite.

Le boulangisme et ses liens avec le scrutin de liste départemental ne sont pas ignorés par Esmein. Toutefois, contrairement à Moreau[8], il se contente d'évoquer « l'expérience qui en fut faite de 1885 à 1889 » et de souligner « les dangers les plus grands encore qu'il recèle et qui se déchaîneraient le jour où un courant d'opinion, peut être irréfléchi et passager, se dégagerait dans notre pays »[9]. Mais l'essentiel est ailleurs : la promotion du scrutin unninominal.

---

[1] Tout deux se prononcent en faveur du scrutin uninominal d'arrondissement en admettant toutefois les bienfaits d'un scrutin mixte qui autoriserait le scrutin de liste dans les villes les plus peuplées. Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 175-180. Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 172-176.

[2] Saint Girons souligne la préservation des minorités par le scrutin uninominal : « Seul il donne, au hasard il est vrai, un asile aux minorités », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 180.

[3] « Est-il besoin de rappeler l'histoire du scrutin de liste ? Quelques dates suffisent pour montrer, qu'à part la période d'affolement du boulangisme, il a toujours été le scrutin des républicains », R. Goblet, « Le scrutin de liste », *RPP*, 1902, t. XXXII, p. 417. Plus loin encore : « Ainsi, le retour au scrutin de circonscription, quand ce ne sont pas les adversaires de la république qui l'ont fait voter, a été dû à des circonstances exceptionnelles et le scrutin de liste reste, sans conteste, le scrutin de principe pour les républicains », R Goblet, « Le scrutin de liste », art. cité, p. 418.

[4] Voir R. Rémond, *La vie politique en France. 1879-1939. La République souveraine*, Paris, Fayard, 2005, p. 69.

[5] Voir C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, Paris, LGDJ, 1992., p. 84.

[6] « La question a divisé les meilleurs esprits et il serait facile d'apporter une série interminable de citations pour et contre le scrutin de liste. Il faut, croyons nous, mettre de côté et les écrivains ou orateur qui n'ont pas parlé du suffrage universel, et les pays où ce suffrage n'existe pas. […]. Si on écoute les partisans des deux modes de scrutin, on voit que le dilemme se pose entre, d'un côté, la corruption électorale et la prépondérance des intérêts et des passions de clocher, favorisées par le scrutin uninominal, et, d'un autre côté, l'ignorance dans le vote, et le règne des comités urbains et surtout parisiens, résultant du scrutin de liste. Au total, les discussions, engagées en 1875, et surtout en 1881 et 1882, sur la question du scrutin de liste, si on les additionnait, comme fondées en vérité, deviendraient l'acte d'accusation du suffrage universel lui-même », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 175.

[7] Sur ce point, voir J.-M. Mayeur, *La vie politique sous la Troisième République*, *op. cit.*, p. 129 et p. 132.

[8] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 173.

[9] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 881.

La discussion se focalise sur l'électeur et son rapport à l'élu (ou aux élus en cas de scrutin majoritaire de liste départemental). Le scrutin de liste apparaît aux yeux de ses promoteurs[1] comme un remède efficace contre l'établissement de liens trop étroits entre les électeurs et leurs élus, du fait de la taille de la circonscription. Or ces liens étroits, favorisés par le scrutin uninominal d'arrondissement, sont l'une des causes de la crise du régime parlementaire annoncée par Gambetta[2]. Esmein écrit à propos du scrutin de liste : « Il assure mieux que le scrutin uninominal la liberté des votes et rend plus difficile la corruption électorale. La pression administrative s'exerce plus difficilement sur une circonscription plus étendue ; les largesses ou les trafics pécuniaires, par lesquels un candidat cherche à acquérir des voix, tendent naturellement à disparaître quand la circonscription électorale comprend tout un département, par cela seul que la dépense, pour être efficace, doit être alors considérable »[3].

Mais les risques de corruption et d'effacement de l'intérêt général semblent moins altérer le gouvernement représentatif qu'un éloignement démesuré entre électeurs et élus. À l'instar de ses prédécesseurs[4], Esmein considère en effet que cet éloignement rend difficile le choix de l'électeur et « par la même, on fausse le gouvernement représentatif »[5]. À la manière de Moreau, il considère qu'il « vaut mieux travailler à améliorer les mœurs électorales que de compter sur un mode de votation »[6].

Esmein conclut à l'adéquation entre gouvernement représentatif et scrutin uninominal d'arrondissement : « Le principal avantage du scrutin uninominal c'est qu'il est

---

[1] À propos des élections législatives de 1902, tenues au scrutin uninominal d'arrondissement, René Goblet écrit : « Deux traits principaux ont marqué ces élections. Jamais on n'a dépensé plus d'argent et jamais on n'a fait moins de programmes. De ces faits qui feront ressortir mieux encore, selon toute vraisemblance, les premières délibérations de la Chambre, il résulte pour le gouvernement parlementaire un double péril contre lequel le scrutin de liste peut seul offrir une garantie sinon absolue, du moins sérieusement efficace », R Goblet, « Le scrutin de liste », art. cité, p. 419.

[2] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 176. Voir également C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, *op. cit.*, p. 84.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 311-312.

[4] « Ou bien l'électeur est capable de discerner les qualités politiques qui assurent la nomination d'un bon représentant, et alors il faut organiser le scrutin de telle manière que le candidat puisse être connu, apprécié et, suivant sa conduite honoré ou méprisé. Ou bien, au contraire, l'électeur n'a pas les lumières suffisantes pour concourir personnellement au choix du député, et alors, pourquoi lui maintenir un droit si dangereux pour le pays, pourquoi ne pas détruire ce suffrage qu'il ne saurait bien employer ? », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 177-178. Ou encore « Je réponds que si l'électeur vote pour un homme honnête et intelligent qu'il connaît bien, au lieu de voter pour des principes nuageux et contestés qu'il connaît à peine, c'est tant mieux. On ne lui demande pas une opinion précise sur les innombrables problèmes législatifs ; on lui demande de désigner l'homme le plus apte à les résoudre. Il est possible que la lutte électorale soit mesquine, violente, vénale ; mais il ne paraît pas que le scrutin de liste ait évité ces inconvénients, et il en a d'autres » ; F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 175.

[5] « C'est [le scrutin de liste] un instrument délicat et perfectionné, qui s'adapte assez mal aux mains rudes et lourdes du suffrage universel. Il n'est pas en fait à la portée d'un grand nombre d'électeurs. Beaucoup d'entre eux, la majorité peut être, ne connaissent pas suffisamment et par des notions personnelles les candidats divers qui se présentent dans le département. Ils ne sauraient donc composer une liste de leur propre choix ; ils ne peuvent pas davantage contrôler efficacement celles qui sont dressées par les comités électoraux des divers partis. En réalité, ce qui entraîne une liste de candidats, ce qui la fait passer, ce sont les premiers noms qu'elle porte (la tête de liste, comme on dit), que chaque parti choisit avec soin parmi les hommes qui ont une large notoriété dans le département. Sous le couvert de ceux-là, beaucoup d'électeurs votent pour des inconnus dont les noms suivent. Mais, par là même, on fausse le gouvernement représentatif, tel qu'il a été exposé ci-dessus », *Ibid.*

[6] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 175.

d'un maniement facile pour tous : il rend possible et presque certain un choix personnel de la part des électeurs. Il est à la portée de tous. Les candidats qui se présentent dans un arrondissement n'y seront pas, pour la plupart, étrangers. Ils sont généralement connus de tous : c'est la condition même de leur succès. Tout électeur, en donnant son vote à l'un d'eux, choisit un homme de confiance »[1]. Ainsi, sans occulter les inconvénients d'un tel mode de scrutin, il les minimise : « Sans doute le scrutin par arrondissement restreint l'horizon électoral. La préoccupation des intérêts strictement locaux pourra souvent être dominante. Mais cela ne saurait déplaire à ceux qui veulent donner pour base aux assemblées la représentation des intérêts. […]. Restent la pression et la corruption qui, étant ici plus faciles, sont plus à craindre. Mais la vérification des pouvoirs donne aux assemblées des moyens efficaces de répression et la législation peut efficacement agir contre ces fraudes, comme le montre l'exemple de l'Angleterre »[2].

L'édition de 1909, parue en plein débat sur la réforme électorale, rappelera que le remède (d'un nouveau mode de scrutin) serait pire que le mal et qu'une loi électorale suffit à corriger les principaux défauts du scrutin d'arrondissement : « Le scrutin uninominal par arrondissement est aujourd'hui fort attaqué parmi nous, surtout, il est vrai, par les partis, qui, par son application, n'ont point gagné la majorité à la Chambre des députés : on lui reproche principalement d'abaisser, par la préoccupation des intérêts et des électeurs locaux, le niveau de l'esprit politique dans la Chambre ; on soutient aussi qu'il permet de faire triompher par la puissance de l'argent de nombreux candidats. Mais quant à ce dernier grief, le remède est assez facile à trouver et à appliquer. On va voir qu'une loi a justement été votée dans le but de réprimer les actes de corruption dans les élections. […] Avec cette retouche [le calcul du quotient de population] et une bonne loi sur la corruption en matière électorale, le scrutin uninominal par arrondissement me paraît encore le mieux adapté aux habitudes et à l'état d'esprit de la très grande majorité des électeurs français ; j'ose le dire, bien qu'une semblable opinion soit aujourd'hui peu en faveur parmi les doctrinaires politiques »[3].

À la veille des élections législatives de 1910, Esmein est le plus ferme partisan du scrutin uninominal d'arrondissement face à un courant contraire militant pour le scrutin de liste. Cette position est d'autant plus remarquable que, dans le même temps, il devra justifier le rôle de l'élu et démontrer que le député n'est pas le représentant de sa circonscription – et des électeurs y étant rattachés – mais bien le représentant de la nation. Esmein prouve ici la logique de son raisonnement : pour conférer une indépendance politique à l'élu de la nation dans l'exercice de sa fonction, il est préférable que les électeurs connaissent ses opinions avant de procéder au vote.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 312.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 312.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 880-881.

Section 2

La fonction de l'élu : vouloir pour la nation

La conceptualisation de la nation chez d'Esmein permet de préciser le rôle de l'électeur dans le mécanisme du système représentatif, et ainsi de justifier l'ensemble du processus électoral tel qu'il se déroule sous la IIIe République, et notamment depuis le rétablissement du scrutin d'arrondissement.

Par effet miroir, la définition esmeinienne de la nation va permettre d'établir et de justifier en droit le rôle de l'élu, et plus précisément du député qui est le seul représentant national élu au suffrage universel direct dans le régime parlementaire de la IIIe République.

Si l'examen du rôle de l'électeur doit attendre la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* pour trouver son unité théorique, l'étude de la fonction de l'élu, elle, ne se prête pas à des évolutions majeures[1]. En effet, dès la première édition de l'ouvrage le statut de l'élu est juridiquement justifié dans le chapitre consacré à la souveraineté nationale. L'électeur n'étant pas le souverain mais seulement son commettant, son vote ne vise pas à désigner son représentant, mais bien celui de la nation tenue pour souveraine. De sorte que « les représentants ne tiennent pas leurs pouvoirs, en droit, du collège électoral qui les a élus, mais de la nation tout entière. Il[s] participent, en effet, à l'exercice de la souveraineté. Or, celle-ci "appartient à la nation, aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ", ni encore moins le déléguer. Cette vérité a été traduite dans la Constitution de 1791 par une formule heureuse, répétée depuis lors par bien des Constitutions : " Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat " »[2].

La conséquence principale de la théorie révolutionnaire de la souveraineté nationale est fixée en 1791. Mais, dans la seconde moitié du XIXe siècle, cette « vérité » perd de sa consistance en raison de l'introduction du suffrage universel. Marie-Jöelle Redor démontre que les rapports entre l'électeur et l'élu tendent à se renforcer par le biais du suffrage universel direct doublé par le scrutin d'arrondissement : « Nous avons vu que l'extension du suffrage donnait au régime représentatif le caractère d'un gouvernement d'opinion plutôt que des capacités. Dans cette optique, il semble logique que le parlementaire élu sur un programme respecte ce dernier, sauf à donner à l'électeur le sentiment d'avoir été grugé. Le problème se posait de façon moins cruciale à l'époque du suffrage censitaire parce que l'électorat était plus homogène, et parce qu'il y avait une plus grande communauté d'origine et de pensée entre les électeurs et les élus »[3].

---

[1] On constate seulement, sur cette question, des ajouts mineurs dans les éditions successives des *Éléments de droit constitutionnel* : voir par exemple les additions consacrées à l'actualité du débat politique en Angleterre sur la question du « mandat » des députés anglais : voir *Éléments…*, 3e éd., *op. cit.*, p. 68-69, ainsi que *Éléments…*, 5e éd., *op. cit.*, p. 84-85.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 307.

[3] M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 102.

Se trouve ainsi contestée la règle « absolument essentielle » du gouvernement représentatif qui impose l'indépendance de l'élu quant à ses électeurs dans l'exercice de sa fonction. Les contestataires considèrent l'élu comme le simple porteur des volontés, pour ne pas dire des revendications, des électeurs au sein de l'assemblée représentative. Par cette vision du gouvernement représentatif, fondée sur une théorie erronée de la souveraineté, est remis en cause le principe d'indépendance de l'élu et par là sa fonction même de délibération et de vote de la loi.

La théorie nouvelle de la souveraineté nationale – la « bonne » théorie – développée par Esmein dans les *Éléments de droit constitutionnel* va permettre, toujours au moyen du concept de nation, de consolider les règles du gouvernement représentatif. Ainsi se trouve justifiée la règle de l'indépendance de l'élu et la nature de son « mandat » (I) face à un corps électoral élargi qui tend à revendiquer le vote de la loi (II).

I
L'indépendance de l'élu face aux électeurs

Le gouvernement représentatif suppose l'indépendance de l'élu. Il s'agit là d'une règle fondamentale – « absolument essentielle »[1]– dégagée par la doctrine anglaise.

Esmein la signale dès les premières lignes de « Deux formes de gouvernement », en citant la littérature constitutionnelle anglaise[2] : « Le système [représentatif] repose sur cette idée que la nation, considérée comme souveraine, n'exerce par elle-même aucun des attributs de la souveraineté. Elle en *délègue* l'exercice à un certain nombre d'autorités supérieures […]. La nature de cette *délégation* est toute spéciale. Ces autorités, en effet, exercent les divers attributs de la souveraineté au nom de la nation et comme ses *représentants*, mais en toute liberté et suivant leur propre appréciation. En dehors des limites et conditions fixées par la constitution et la loi, les électeurs politiques ne sauraient, pour cet exercice, leur imposer des instructions légalement impératives »[3].

La conviction est identique dans les *Éléments de droit constitutionnel* : « Les députés ont une entière indépendance, une pleine liberté d'appréciation, quant à l'exercice de leurs pouvoirs et quant aux actes qui rentrent dans leurs fonctions, tant que ceux-ci ne sont pas arrivés à leur terme légal. Non seulement les électeurs ne peuvent pas les révoquer, mais ils ne peuvent pas non plus limiter leurs pouvoirs par des instructions précises et initiales, ni les obliger à statuer dans un certain sens, sous peine de nullité de leurs actes. *Les députés ne sont pas de simples délégués ou mandataires des électeurs ou du peuple* ; ils sont pour un temps donné et pour l'exercice de certains attributs de la souveraineté, *les représentants légaux* de la nation qui leur a transmis son droit. Ils doivent agir en conscience pour le mieux et dans l'intérêt général ; mais pour atteindre ce but, toute liberté leur est laissée dans les limites de la Constitution »[4]. À première vue, il semblerait qu'Esmein réfute en 1896 ce qu'il exposait en 1894. Alors les termes de « délégués » ou de « délégation » [5] étaient assimilés à « représentants » ou « représentants légaux »[6]. Or les *Éléments de droit constitutionnel* affirment, eux, que les élus ne sont pas de « simple délégués ou mandataires des électeurs » mais bien les « représentants légaux de la nation ».

On pourrait croire qu'Esmein ne saisit pas la distinction entre « délégués » et « représentants » telle qu'elle est établie par Brougham, l'une de ses références constantes. L'Anglais oppose en effet dans *The British constitution* le délégué élu, « *the delegate* »[7], et le

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 89.
[2] Notamment sur la doctrine de Lord Brougham : voir H. Lord Brougham, *The British constitution…, op. cit.*, p. 34-39.
[3] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cit., p. 15, nous soulignons.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 88-89, nous soulignons.
[5] Ainsi : « Aussi, dans ce système [représentatif], la nation en masse, c'est-à-dire *le déléguant*, est-elle considérée comme légalement et naturellement incapable d'intervenir par elle-même en aucun des actes qu'accompliront ses *délégués*, c'est-à-dire les pouvoirs constitués. Cette *délégation* n'est-elle pas en réalité une aliénation et une abdication de la souveraineté nationale ? », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cit., p. 16, nous soulignons.
[6] « Dans ce système [représentatif], la puissance des *représentants légaux* de la nation n'en est pas moins immense », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cit., p. 17, nous soulignons.
[7] Voir H. Lord Bourgham, *The British constitution…, op. cit.*, p. 30, p. 32-33

représentant élu ou représentant moderne élu, « *the representative* »[1] ou « *the modern representative* »[2]. Cette opposition s'explique par la différence des pouvoirs conférés à chacun. Le premier a des pouvoirs strictement définis par ses électeurs, caractéristique des assemblées d'États héritées du moyen âge. Le second est dégagé de la volonté de ceux qui l'ont élu. Mais il n'en est rien. Esmein a parfaitement assimilé la distinction, il le démontre à propos du « gouvernement semi-représentatif » : « Le gouvernement représentatif peut, en effet, être compris et pratiqué d'une seconde et toute autre manière. La représentation n'est plus alors qu'un succédané du gouvernement direct, qui lui-même intervient par moments, comme correctif et comme complément. Les auteurs anglais appellent cette forme de gouvernement le gouvernement par délégués, simple délégués de la souveraineté nationale et non représentants »[3].

Toutefois, là où Brougham opère une claire distinction sémantique entre les « types » d'élus, celle d'Esmein est plus subtile. La lecture combinée de « Deux formes de gouvernement » et des *Éléments de droit constitutionnel* permet en effet de constater que la différence ne se fait pas entre « le délégué » et « le représentant » mais entre « le *simple* délégué » ou « mandataire » et le « délégué » ou « représentant ». Dans sa description du gouvernement semi-représentatif, il décrit une assemblée unique « n'étant composée que de *simples délégués* chargés de répéter fidèlement la volonté, et pour ainsi dire, la parole du corps électoral »[4] et en expose plus loin la conséquence juridique : « Un *simple délégué* est naturellement révocable par celui qui l'a choisi ; c'est ce qu'admet le droit privé dans la théorie du mandat. Le droit public doit l'admettre aussi dans le système de la *simple délégation* : les électeurs pourront donc arbitrairement révoquer leurs députés mandataires »[5]. Même tonalité dans la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* : « Ces éléments [du gouvernement semi-représentatif] sont en réalité des emprunts plus ou moins déguisés au système du *gouvernement direct* de la nation ; et ceux qui les préconisent veulent en réalité changer la nature du gouvernement représentatif en faisant des *représentants* de *simples délégués* »[6].

Les *Éléments de droit constitutionnel* associent donc le « simple délégué » au « mandataire », en référence à la théorie civiliste du mandat. Comme l'explique Jean-Gustave Courcelle-Seneuil en 1889, cette théorie civiliste servit de base à la théorie

---

[1] Voir H. Lord Bourgham, *The British constitution…*, *op. cit.*, p. 33.
[2] *Ibid*.
[3] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cit., p. 24, nous soulignons.
[4] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cit., p. 36, nous soulignons.
[5] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cit., p. 38, nous soulignons.
[6] *Éléments…*, 1ère édition, *op. cit.*, p. 71, nous soulignons « simples délégués ». On constate que le soulignage du terme « représentants » n'a plus lieu d'être à partir de la troisième édition de l'ouvrage : voir *Éléments…*, 3ème éd., *op. cit.*, p. 88. Voir également *Éléments…*, *op.cit.*, p. 90. Ou encore les développements consacrés aux ministres dans le gouvernement parlementaire de la Troisième république où l'auteur affirme que « les ministres ne sont point de *simples délégués* du Président de la République » par le caractère de leurs pouvoirs : *Éléments…*, *op.cit.*, p. 790-795, nous soulignons. Toutefois, si le « simple délégué » est assimilé au « mandataire », et donc opposé au « représentant », on doit signaler un curieux passage des *Éléments de droit constitutionnel* dans lequel Esmein semble insinuer que l'électeur est le « mandant » d'un député lui-même « mandataire ». Évoquant la pratique de la délégation de vote ou de vote par procuration, pourtant juridiquement proscrite au sein de la Chambre des députés, l'auteur remarque : « Pour les élections, on a toujours tenu que le vote par procureur n'était possible que lorsque l'électeur avait un droit propre et personnel de vote, comme, par exemple, les possesseurs de fiefs pour l'élection des représentants de la noblesse à nos anciens États généraux. A plus forte raison, un représentant élu ne peut-il exercer par procureur le mandat qui lui a été confié pour qu'il l'exerce lui-même, pas plus qu'il ne peut en déléguer l'exercice : la délégation n'est pas autre chose d'ailleurs que le mandat de droit public et sûrement ici le mandant, c'est-à-dire l'électeur, doit être considéré comme ayant choisi exclusivement la personne du mandataire » : voir *Éléments…*, *op.cit.*, p. 979.

de la représentation politique de l'ancien régime, sous l'influence des écrits de Grotius[1]. Esmein ne l'ignore pas : son *Cours élémentaire d'histoire du droit français* précisait déjà en 1882 que « tout le système des élections aux États généraux, tel qu'il se développa, ne fut lui-même au fond qu'une application du contrat de mandat »[2]. Il le rappelle de façon assez brève dans « Deux formes de gouvernement » au sujet de « la représentation littérale et particulariste, qui domina anciennement les élections à la Chambre des communes et toujours celle de nos États généraux : les députés représentaient d'un côté les comtés, les villes et les bourgs, d'autre part les bailliages, individuellement considérés : aussi n'avaient-ils de pouvoirs que ceux qui leur étaient conférés par les électeurs »[3]. Les *Éléments de droit constitutionnel* s'intéressant aux origines du gouvernement représentatif en Angleterre, indiquent enfin que les pouvoirs des députés élus s'analysaient en un mandat strictement défini[4].

Esmein admet que l'abolition du mandat en Angleterre, et donc la consécration de l'indépendance de l'élu, fut postérieure au triomphe du principe électif comme critère du gouvernement représentatif[5]. Cette abolition correspond, nous dit l'auteur[6], à l'acquisition pleine et entière du pouvoir législatif par le Parlement. Ce fait nécessitât alors la reconnaissance de la pleine indépendance des élus dans l'exercice de leur fonction législative et, par là, donna naissance à la notion moderne de représentation.

Il reste que l'exemple anglais présente des difficultés. Le pays n'ayant jamais proclamé ni reconnu en droit la souveraineté de la nation, les représentants élus ne sauraient être considérés comme les députés de la nation. Esmein l'admet sans pourtant approfondir la question. Il écrit : « En Angleterre aussi, le droit d'élire les députés à la Chambre des Communes *résidait et réside toujours légalement* dans les comtés et les bourgs. Mais il n'en n'est plus ainsi là où, comme dans la France moderne, le droit de suffrage politique a pour base la souveraineté nationale. C'est de la nation seule que procèdent les pouvoirs des députés comme tous les autres pouvoirs »[7]. Juridiquement, dans le système anglais, la nation n'est pas le représenté. Seuls les bourgs, les villes et les comtés. Telle est la limite de la théorie de la souveraineté nationale. Elle n'a en effet aucune application juridique en droit anglais, le droit électoral le démontre. Mais Esmein, sans doute

---

[1] J.-G. Courcelle-Seneuil, « De la théorie du mandat législatif », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. XXXI, n°2, p. 297.

[2] *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, t. II, *op. cit.*, p. 476, note 3. Il ajoute plus loin : « Les députés aux États généraux étaient, quant à leurs pouvoirs, soumis au régime qu'on appelle le « mandat impératif ». Ils étaient obligés de présenter les doléances et réclamations dont les avaient chargés leurs commettants, et ils ne pouvaient accorder à la royauté que els demandes rentrant dans les pouvoirs que ceux-ci leur avaient conférés. Le fait est incontestable. […] On était arrivé là, tout naturellement, en appliquant la théorie du mandat civil : le mandataire n'a que les pouvoirs qui lui ont été donnés par le mandant », *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, t. II, *op. cit.*, p. 483-484.

[3] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cit., p. 39.

[4] « Comme nos députés aux États généraux, les députés des comtés et des bourgs recevaient alors de leurs électeurs des pouvoirs écrits plus ou moins larges : et ce qui montre bien qu'ils ne pouvaient pas les dépasser, c'est que le roi, dans les lettres de convocation adressées aux sheriffs, demandait que les représentants des Communes reçussent des pouvoirs assez amples : *ita quod pro defectu hujusmodi potestatis negotium infectum non remaneat* », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 89-90.

[5] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 89.

[6] « Quand et comment a disparu cet usage ? Je ne le trouve point mentionné par les auteurs anglais ; mais cela dut nécessairement coïncider avec la pleine acquisition du pouvoir législatif par les deux Chambres : ce vieux système était incompatible avec l'exercice d'un semblable pouvoir », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 90.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 309, nous soulignons.

conscient de la difficulté de concilier le principe avec la pratique anglaise, ne s'étend pas sur ce point susceptible de remettre sa théorie en cause.

Il préfère s'attacher à la césure révolutionnaire qui donna plein effet au principe de souveraineté nationale. La Révolution française établit en effet l'interdiction du mandat sur la théorie de la nation souveraine et s'explique selon Bruno Daugeron par « le refus de l'érection des collèges électoraux comme des nouvelles circonscriptions administratives que sont les départements, en siège de volonté, et *in fine* contre le risque de voir le pays sombrer dans une des craintes de l'époque : le "fédéralisme" »[1]. Esmein cite ici l'article 7 de la troisième section du premier chapitre du titre de la Constitution du 3 septembre 1791. La question cruciale est posée : la *représentation* subsiste-t-elle en l'absence de tout mandat confié aux représentants par ceux qu'ils sont censés représenter ? Si la plupart des Constitutions françaises[2] ont reproduit l'interdiction du mandat au motif que l'élu représente la nation entière, le mandat dit « impératif »[3] trouva toujours des défenseurs jusqu'à la fin du XIXe siècle . Mais, note Pierre Rosanvallon, la brusque intrusion du suffrage universel dans le système représentatif bouleversa la donne à partir de 1848 : « Si la pure théorie du gouvernement représentatif considère l'élection comme un simple choix de personne, qui n'implique donc aucun lien substantiel, le sentiment spontané n'a cependant cessé de considérer que le député devait aussi agir comme un porte-parole de ses "commettants", pour reprendre l'expression employée pendant la Révolution. On ne s'étonne donc pas de voir fort débattue la question de la nature du mandat électif, surtout après que la conquête du suffrage universel eut rempli la condition préalable à toute vie démocratique »[4].

Ainsi la question ne cessera d'agiter les milieux politiques jusqu'en 1875[5] et l'adoption de la loi du 30 novembre 1875 dont l'article 13 dispose : « Tout mandat impératif est nul et de nul effet ». Mais cette nouvelle prohibition du mandat ne mit pas fin aux revendications. Pierre Rosanvallon et Marie-Jöelle Redor le démontrent pour les premières années de la République : le mandat impératif a la faveur des mouvements socialistes[6] et du mouvement radical[1] dès les années 1880. Les uns et les autres envisagent

---

[1] B. Daugeron, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 103, 2011, p. 248.

[2] Voir l'article 29 de la Constitution du 24 juin 1793, l'article 52 de la Constitution du 5 fructidor an III, les articles 34 et 35 de la Constitution du 4 novembre 1848. Également l'article 27 de la Constitution du 4 octobre 1958.

[3] Comme le démontre clairement Courcelle-Senueil, tout mandat est nécessairement impératif, voir J.-G. Courcelle-Seneuil, « De la théorie du mandat législatif », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. XXXI, n°2, p. 301.

[4] P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 255.

[5] Voir sur ce point P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 256-257.

[6] « Mais le thème a surtout l'avantage d'illustrer et d'incarner de façon compréhensible par tous une exigence démocratique diffuse. Il est ainsi souvent évoqué dans les premiers congrès ouvriers. L'idée de " mandat révocable " fait son chemin dans ces milieux et beaucoup pensent que " sans le mandat impératif, il n'y a pas de République ". Le thème va également jouer un rôle important aux élections législatives de 1881 et de 1885. Les socialistes, qu'ils soient membres du P.O.F de Jules Guesde, rattachés à la formation possibiliste de Paul Brousse (le P.O.S.R), ou proche d'Allemane, revendiquent presque tous la reconnaissance par la loi du mandat impératif et son assimilation au mandat civil », P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 259. « Cette " perversion »" du système est due en partie au mouvement socialiste et syndical, relayé par le parti révisionniste, qui conteste la République bourgeoise tout en voulant s'y faire une place », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 99-100.

de soumettre les candidats à leurs comités électoraux[2], sections locales des partis politiques. Ces comités électoraux sont chargés de faire signer une série d'engagements aux candidats qu'ils soutiennent. Mais aussi et surtout d'y adjoindre une sanction, étant entendu que par la théorie du mandat civil, tout mandant peut révoquer le mandataire lorsqu'il le souhaite. Orlando, professeur à Palerme, rappelle ainsi qu'« on ne conçoit pas juridiquement un mandat sans la condition des limites et sans la sanction de la responsabilité. Toutes les fois qu'un magistrat et un jurisconsulte se trouvent en présence d'un acte juridique qui, qualifié mandat, contient une clause qui dispense le mandataire de toute responsabilité, ils n'hésitent pas à déclarer que cette clause suffit pour enlever radicalement à cet acte le caractère juridique de mandat »[3]. Cette sanction prend la forme d'une lettre de démission signée en blanc qui met un terme à la fonction du candidat devenu député dans le cas où il ne respecterait pas les engagements pris devant les électeurs. Cette « révocation organisée »[4], réclamée par le parti ouvrier français[5], constitue le meilleur moyen de rendre contraignants les engagements de l'ancien candidat.

Face à de telles tentations, la plupart des juristes vont défendre le principe d'interdiction du mandat impératif. Celui-ci fait l'objet d'une réflexion intense. Thèses de doctorat[6], articles[7], concours de l'Académie[8], le mandat impératif est autant discuté que la représentation proportionnelle. L'opposition est assez isolée[9] : la majorité est favorable à la prohibition du mandat impératif.

Les ouvrages de droit constitutionnel publiés avant 1896 consacrent de longs développements[10] à la question et tous, à l'image du *Cours*[1] de Rossi, rejettent le mandat

---

[1] « C'est aussi le cas des radicaux, comme de ceux qui commencent ensuite à s'appeler « radicaux-socialistes » », P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 259. Voir également M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 100, note 4.

[2] Sur cette question des comités électoraux, voir P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 271-280.

[3] V.-E. Orlando, « Du fondement juridique de la représentation politique », *RDP*, 1895, t. III, p. 13. Voir également A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 114-115.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 443.

[5] Il signale en note : « Voyez, dans Le Temps du 30 août 1894, un extrait du registre des délibération du Comité électoral du parti ouvrier (séance du 25 août 1894) : " Considérant enfin que le parti ouvrier dijonnais ne saurait accepter plus longtemps une solidarité quelconque avec les agissements du député qui s'est fait élire sous ses auspices ; que le Corps électoral, en donnant la majorité au citoyen X…, a reconnu implicitement au Comité qui l'a soutenu le droit d'en apprécier la conduite ultérieure et de disposer, en temps utile, de sa démission librement signée par lui… " », *Ibid.*

[6] Un certain nombre de thèses de doctorat portant sur le mandat impératif sont soutenues à la charnière du XIXe et du XXe siècle. Voir par exemple Édouard Philipon, *Le mandat impératif, étude de droit constitutionnel comparé*, thèse soutenue à la Faculté de Paris en 1882. Également Pierre Dandurand, *Le mandat impératif*, thèse soutenue à la Faculté de droit de Bordeaux en 1896. Ou Camille Koch, *Les origines françaises de la prohibition du mandat impératif*, thèse soutenue à la Faculté de Nancy en 1905. Ou encore deux thèses dirigées par Maurice Deslandres : la thèse d'Henri Bouchet, défenseur du mandat impératif, *La conception de la représentation dans la Constitution de 1875 et ses déviations postérieures*, thèse soutenue à Dijon en 1908 et celle d'Henri Charau, *Essai sur l'évolution du système représentatif*, thèse soutenue à Dijon en 1909. Pierre Rosavallon signale la thèse de Jospeh Marty, *De la nature du mandat donné par les électeurs aux membres des assemblées législatives en droit français*, soutenue à la Faculté de Toulouse en 1890, celle de Charles Gorgeaud, *De l'évolution actuelle du régime représentatif*, soutenue à Paris en 1880 et celle de Marc Millon, *Le mandat impératif, étude de droit constitutionnel*, soutenue à Paris en 1902.

[7] Voir par exemple A. Hatzfeld, « Le mandat électoral », *RPP*, 1900, t. XIII, p. 590-600.

[8] P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 261.

[9] Maurice Deslandres s'engage en faveur du mandat impératif.

[10] Voir par exemple, A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 108-128. Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 249-252. Voir également T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 80-81.

impératif. Tous commencent par contester l'emploi du terme « mandat ». Comme ses prédécesseurs[2], Esmein souligne qu'il est inadéquat à la relation établie entre les électeurs et les élus : « L'emploi du mot "mandat" en cette matière est un accident des plus fâcheux, qui a singulièrement contribué à troubler les idées. Mais il a une origine historique très claire, et tout d'abord il se justifiait très bien »[3]. S'il renvoie à la communication de Courcelle-Seneuil à l'Académie des sciences morales et politiques[4], il ne dit mot de l'article d'Orlando intitulé « Du fondement juridique de la représentation politique »[5]. Orlando y conteste la pertinence du « mandat » au droit public. Toutefois, bien que niant l'existence d'un mandat, Esmein ne propose pas de modification du vocabulaire. Il ne préconise aucun autre terme et s'en tient paradoxalement au vocable « mandat »[6].

Car l'essentiel pour Esmein n'est pas de discuter le terme de « mandat » ou toute expression proche, comme le proposent certains[7]. L'essentiel est de prouver que le mandat impératif est contraire au principe même du gouvernement représentatif, car contraire à l'idée de discussion et de délibération. Telle était l'opinion de Saint Girons et de Moreau. Le premier établit en effet que « les raisons théoriques invoquées par Guizot contre le mandat impératif étaient fondées : il est très vrai qu'il enlève aux élus cette pleine liberté de discussion et de vote, indispensable pour le bon exercice de leur mission législative »[8]. À sa suite, Moreau reconnaît que « les questions que les Chambres sont appelées à régler doivent être étudiées avant d'êtres résolues, et la solution peut être imposée par des considérations ou des faits ignorés au jour de l'élection »[9]. C'est ce qu'affirme également Esmein dans les *Éléments de droit constitutionnel* : au sujet de la

---

[1] Rappelons que le *Cours de droit constitutionnel* de Rossi n'est pas un ouvrage de droit constitutionnel à proprement parler mais simplement la collection de notes écrites du cours qu'il professait à la Faculté de Paris. Voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 1-12.

[2] « Il ne faut donc pas attacher un sens juridiques à ces expressions si souvent employées : *mandat législatif, représentant, représentation*. Ils ont perdu leur sens primitif, pour prendre celui que nous avons indiqué, le seul qui soit vraiment conforme à la véritable doctrine sur la souveraineté du peuple et sur le pouvoir social », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 111. Félix Moreau se contente de signaler en note, après avoir affirmé la distinction entre mandataire et représentant, que « l'expression courante *mandat législatif* est donc inexacte », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 250. « L'élu n'a point de mandat à recevoir de ses électeurs ; il n'est pas ce qu'on appelle un mandataire, dans le sens usuel du mot : donc point de mandat *impératif* », T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 80.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 308.

[4] J.-G. Courcelle-Seneuil, « De la théorie du mandat législatif », art. cité.

[5] V.-E. Orlando, « Du fondement juridique de la représentation politique », art. cité.

[6] Voir par exemple l'usage du terme mandat appliqué à la fois aux parlementaires comme au titulaire du pouvoir exécutif : *Éléments…, op. cit.*, p. 134, p. 338, p. 434, p. 641, p. 657, p. 696, p. 762, p. 763, p. 798, p. 851, p. 864, p. 868 à p. 872, p. 903, p. 923, p. 971, p. 979.

[7] La discussion qui suivit la communication de J.-G. Courcelle-Senueil à l'Académie des sciences morales et politiques en 1889 laisse apparaître en effet que certains, tel Georges Picot, entendent dénommer les pouvoirs du députés par l'expressions « mandat spécial » ou « mandat de confiance » : « Ce qui nous semble vrai c'est que le mandat électoral est un mandat d'une nature particulière, un *mandat de confiance*, analogue à une procuration générale dans laquelle le mandant chargerait le mandataire de "gérer au mieux les intérêts qui lui sont confiés ", sans lui indiquer avec précision la nature du devoir », Discussion suit à la communication de J.-G. Courcelle-Seneuil, « De la théorie du mandat législatif », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. XXXI, n°2, p. 306. Dans sa 77ème leçon, Rossi admet l'existence d'un rapport « moral » entre les électeurs et la personne qu'ils élisent, mais en aucun cas il ne peut d'agir d'un « rapport légal », Voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 7-8. Saint Girons effleure la question d'une relation de confiance entre électeurs et élus : voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 119. Tout comme Moreau : voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 250.

[8] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 115.

[9] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 251.

révocation d'un député infidèle, il y voit « la négation même du gouvernement représentatif, qui suppose la pleine liberté de décision et de discussion chez les membres de l'Assemblée législative »[1].

Le mandat ne peut être accepté dans le système représentatif qui se résume à la capacité des chambres législatives à dégager l'intérêt général au moyen de la discussion et de la délibération. Conférer un mandat impératif aux parlementaires reviendrait à les priver de ce droit de délibération et les empêcherait de faire émerger l'intérêt général pour le traduire dans la loi.

Mais le mandat impératif est avant tout contraire à la théorie de la souveraineté nationale. Esmein est le premier à formuler l'opposition au mandat impératif aussi clairement : « Le mandat impératif n'est pas seulement contraire au principe même du gouvernement représentatif ; il ne l'est pas moins au principe de la souveraineté nationale. C'est en le rattachant à ce dernier que la Convention de 1791 le proscrivit tout d'abord : et cette prohibition a été fréquemment reproduite dans les Constitutions modernes, même les plus démocratiques »[2]. Il poursuit, usant du même raisonnement qui condamnait la représentation des minorités politiques : « On ne saurait échapper aux solutions que je viens d'exposer que d'une seule manière. Il faudrait alors considérer chaque électeur-citoyen comme possédant en lui une fraction de la souveraineté nationale, comme exerçant, par suite, dans l'acte électoral un droit propre et individuel. Alors, ils serait vrai de dire que le député tient juridiquement ses pouvoirs des électeurs ; et ces pouvoirs ne pourraient consister logiquement qu'à traduire dans l'assemblée délibérante la volonté expresse des électeurs, qui pourraient alors le lier par un mandat impératif »[3].

Déjà Rossi établissait l'incompatibilité théorique entre mandat impératif et « unité nationale »[4], sans pousser son raisonnement jusqu'à la conceptualisation de la souveraineté nationale. Le professeur italien soutient en effet que le mandat impératif ne saurait être admis que dans le cadre des « gouvernements fédératifs, c'est-à-dire dans ceux des gouvernements fédératifs où le principe de la souveraineté locale l'emporte sur la puissance nationale »[5]. Le même argument se retrouve dans le *Précis élémentaire de droit constitutionnel* de Félix Moreau. Celui-ci admet également que la souveraineté indivisible est inconciliable avec le mandat impératif : « Le mandat impératif ne se conçoit que si le mandant est une personnalité indépendante, comme un État fédératif, or les divers collèges électoraux sont des parties indissolubles du même corps social. Le député comme dit la C. 1791, représente la nation entière ; ses électeurs, en lui imposant un mandat, usurperaient sur la souveraineté nationale »[6].

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 441.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 310.
[3] *Ibid*.
[4] « Aujourd'hui évidemment l'unité française, l'unité nationale exclut toute idée de mandat impératif », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 7.
[5] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 2. Il ajoute plus : « Ainsi donc les mandats, et surtout les mandats impératifs, sont concevables dans ces gouvernements fédératifs où le principe de la souveraineté locale est le principe dominant. Mais dans les gouvernements fédératifs où ce principe n'est pas dominant, l'usage des mandats ne peut coexister avec l'unité, et les députés, en conséquence, n'ont pas de responsabilité légale de leurs votes devant leurs commettants », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 2.
[6] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 251. Saint Girons se contente de noter : « Les électeurs n'ont qu'un droit : c'est que les élus respectent la liberté des citoyens et fassent un bon usage du pouvoir. Cela fait, la souveraineté nationale, dans ce qu'elle a de légitime, est respectée, et les représentants, pendant la durée de leurs fonctions, ne dépendent que de leur conscience », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 108-109.

Un des arguments mobilisé dans la discussion tient à l'indemnité parlementaire. La rémunération de la fonction parlementaire ou plus précisément de la fonction de député est en effet liée à la notion de souveraineté nationale : elle est devenue une question « classique en matière de législation constitutionnelle »[1]. Elle résume l'évolution du lien entre élus et électeurs : d'un véritable mandat impliquant la rémunération du mandataire par le mandant, l'élu devient titulaire d'une fonction publique pour laquelle il a été choisi par la nation - au moyen du corps électoral - et pour laquelle il sera rémunéré par la nation. Dans l'ancien droit, « le député était, au pied de la lettre, le mandataire particulier du groupe ou circonscription qui l'avait élu. Or le droit décidait que le mandant doit indemniser le mandataire de tous les frais qu'il a faits pour l'exécution du mandat. La conséquence fut que le député recevait une indemnité payée par ses seuls commettants. Telle était la règle pour nos anciens États généraux lorsqu'ils furent devenus une assemblée totalement élective »[2].

La Révolution ayant consacré la souveraineté de la nation et ayant déclaré que le député est le « député de la Nation » mit un terme à l'indemnité du mandataire : désormais l'indemnité parlementaire sera payée par la nation entière, c'est-à-dire par l'État. Esmein y est très favorable. De façon plus franche que Saint Girons[3] ou Moreau[4] il fait d'abord de la rémunération des députés une nécessité absolue qui se « justifie par le principe démocratique d'après lequel toute les fonctions publiques doivent être accessibles à tous, sans distinction de fortune »[5]. Ainsi l'égalité entre tous doit permettre à chacun, s'il le souhaite, d'exercer une fonction publique sans considération de ses conséquences pécuniaires : « Ce ne serait plus qu'une fiction, si toute fonction publique, qui entraîne une dépense notable de temps pour celui qui la remplit et l'empêche par cela même d'exercer une profession lucrative, n'était pas rémunérée. Cette indemnité assure la pleine liberté des collèges électoraux, qui peuvent ainsi efficacement choisir un pauvre aussi bien qu'un riche »[6]. Dans la foulée, il est acquis que le député, élu de la nation, sera indemnisé par elle[7].

La question n'est pas anecdotique aux yeux d'Esmein. Suivant qu'elle soit admise ou rejetée, et surtout, suivant qu'elle soit payée par les électeurs eux-mêmes ou par la

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 967.

[2] *Ibid*.

[3] Saint Girons consacre de longs développements à l'indemnité parlementaire en exposant les argumentaires de ceux qui la refusent et de ceux qui la promeuvent. Il finit par admettre, à l'image d'Esmein, que l'exercice d'une fonction publique ne peut appauvrir son titulaire : « Mais vraiment si on peut demander qu'ils [les députés] ne gagnent rien, sauf l'honneur de servir le pays, on ne peut pas exiger qu'ils perdent. Le mandat législatif ne doit pas être pour eux une cause d'appauvrissement. Impossible d'être désintéressés et indépendants, s'ils sont forcés de songer à leurs intérêts personnels », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 219.

[4] Moreau adopte sensiblement le même raisonnement, bien qu'il considère la question comme difficile à résoudre : « L'exercice des fonctions législatives est, pour la plupart des représentants obligés de quitter la province pour Paris, la cause de dépenses considérables auxquelles l'indemnité suffit à peine. Or s'il on comprend que la fonction législative ne soit pas une source de revenus et un moyen d'existence, il n'est pas admissible qu'elle entraîne des pertes pécuniaires. Le représentant négligera les affaires publiques au profit de ses affaires privées, ou même trafiquera de son vote ou de sa fonction pour en tirer dans l'ombre des ressources que la loi lui refuse », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 253-254.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 969.

[6] *Ibid*.

[7] Il poursuit : « Cette indemnité a même été inscrite dans la Constitution de l'An III (art. 68) et dans celle de 1848 (art. 38). La Constitution de 1848 ajoutait la défense pour le représentant de renoncer à son indemnité ; elle voulait éviter, par de semblables renonciations, qu'il s'introduisit des distinctions choquantes et que le droit lui-même pût tomber en désuétude comme en Angleterre », *Ibid*.

nation, elle implique des conséquences importantes au regard de l'indépendance de l'élu quant à ses électeurs. Saint Girons le remarquait déjà : « Sans doute les électeurs qui tiendront à avoir un représentant pauvre, pourront lui payer une indemnité, mais n'est-il pas à craindre que cela ne les conduise, à lui imposer un mandat impératif, ce qui le mettra, au grand détriment du bien public, sous l'ignorante et inquiète tutelle de ses électeurs ? »[1]. Le professeur lyonnais avait déjà souligné, dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs*[2], qu'en Angleterre l'absence d'indemnité payée par la nation favorisait la constitution d'un mandat impératif par le biais d'une indemnité payée par les électeurs eux-mêmes.

Esmein ne l'ignore pas et une affaire judiciaire anglaise lui donne l'occasion de s'exprimer[3]. Il note en 1910 que la gratuité des fonctions de député est une règle en Angleterre mais qu'il s'est constitué un « succédané d'un cens d'éligibilité »[4] contrevenant, par nature, au principe d'égalité. Cette gratuité donna naissance à une disposition originale : les candidats du *Labour Party* naissant s'engageaient par écrit à respecter la constitution de leur parti en échange de quoi ce dernier – au moyen des contributions prélevées sur les membres du parti mais aussi des membres des *Trade Unions* – leur assurait une indemnité durant l'exercice de leur mandat. Toutefois, l'un des membres des *Trade Unions*, Osborne, contesta les prélèvements effectués sur les membres du syndicats : il saisit la justice pour faire cesser. Le litige remonta jusqu'aux *Law Lords* dont le jugement définitif donna raison au demandeur. Esmein s'attache au raisonnement adopté par quatre des *Lords* qui, pour s'opposer aux *parliamentary levies* sur les membres des *Trade Unions*, établirent que l'engagement par écrit pris par les candidats, ajouté à la rémunération assurée par le parti en cas d'élection, s'assimilait à un mandat impératif. De sorte que le *Labour Party* et les *Trade Unions* violaient l'idée maîtresse du gouvernement représentatif : l'indépendance de l'élu.

Cette affaire permet à Esmein de réaffirmer que la prohibition du mandat impératif est la pierre angulaire du gouvernement représentatif. Il doit appartenir à la nation – bien que la notion ne recouvre aucune réalité juridique en Angleterre – de rémunérer ses représentants afin de préserver leur indépendance face aux collèges électoraux qui les élisent.

L'incompatibilité entre le mandat impératif et la souveraineté de la nation est enfin démontrée lorsque Esmein s'attache à la sanction du caractère impératif du mandat. La fin du chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* consacré à la souveraineté nationale examine en effet – au sein de la section relative à la responsabilité des représentants – la pratique de la démission en blanc remise par le candidat au comité électoral qui le soutient[5]. Esmein s'insurge : « cette combinaison a pour résultat de mettre le député à la discrétion d'une sorte d'association privée, qui n'a aucun titre régulier, qui s'est donné à elle-même

---

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 220.
[2] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 169-170.
[3] A. Esmein, « L'affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre », *RPP*, 1910, t. LXVI, p. 443-465.
[4] A. Esmein, « L'affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre », art. cité., p. 443.
[5] « Du comité électoral qui a patronné la candidature et qui reste organisé après l'élection accomplie, il fait l'autorité chargée d'exercer le contrôle et de prononcer la révocation. Pour donner pouvoir au comité sur lui-même, le candidat a remis par avance à celui-ci une démission, signée en blanc, de ses fonctions de député : le comité, le cas échéant, n'aura qu'à la remplir et à l'adresser au Président de la Chambre ; voilà la révocation organisée. C'est là une procédure, toute de fait, et très facile à déjouer légalement, car la démission ne peut être valable que si elle est acceptée et admise par la Chambre », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 442-443.

sa mission, et dont les vues peuvent ne point coïncider avec celle des électeurs »[1]. Il poursuit en contestant les fondements juridiques que les partisans du mandat impératif voudraient donner à cette démission en blanc : « On a pourtant voulu en faire la théorie juridique. Celle-ci consiste à soutenir qu'en acceptant le candidat présenté par le comité, la majorité des électeurs a délégué à ce comité les pouvoirs qu'elle a sur son élu, et ceux-ci comprennent (on le suppose) le droit de révocation. C'est là une délégation bien facilement admise, non pas seulement tacite, mais gratuitement supposée. Pour que la construction fût correcte, elle ne suffirait pas encore. Il faudrait la compléter en supposant que la nation entière, dont l'élu est le représentant, avait délégué à la circonscription électorale le droit de révoquer le député »[2].

Ainsi, le principe de souveraineté de la nation interdit une pratique tendant à ériger les collèges électoraux en titulaires d'un droit de révocation du représentant qu'ils ont élu, impliquant alors l'idée qu'ils sont titulaires d'une fraction de souveraineté. C'est oublier le principe de la souveraineté nationale « qui fait de chaque député le représentant de la nation entière »[3]. Cette contestation du mandat impératif, et surtout de sa révocation, est contraire à la « conséquence naturelle, presque nécessaire »[4] du principe de souveraineté nationale : « la collation à temps de tous les pouvoirs *irrévocables* »[5].

L'irrévocabilité des pouvoirs des représentants proscrit le mandat impératif, autant que tout ce qui permettrait aux électeurs de mettre un terme de façon prématurée aux fonctions des membres des assemblées législatives. La responsabilité de l'élu ne peut être engagée que d'une manière : lorsque celui-ci sollicite de nouveau les suffrages du corps électoral : « Le député, pour remplir sa mission, doit juridiquement échapper à l'action de ses électeurs, une fois l'élection accomplie, sauf à comparaître de nouveau devant eux à l'expiration de ses pouvoirs. C'est la seule responsabilité à la fois efficace et inoffensive pour le bien public. Ici encore, l'Assemblée Constituante avait proclamé les vrais principes, ceux que je viens de rappeler, et elle en avait tiré cette conséquence : " Ainsi les membres des assemblées de district et de département et les représentants à l'Assemblée nationale ne pourront jamais être révoqués et leur destitution ne pourra être que la suite d'une forfaiture jugée " »[6].

C'est pour cela qu'Esmein condamne, outre le mandat impératif lui-même, les autres procédés aboutissant à la révocation des élus[7]. Ainsi condamne-t-il la « proposition de loi sur la faculté du mandat impératif dans l'exercice des fonctions législatives » qui fait du rapport électeurs-élus un véritable contrat de droit civil dont le juge de paix est chargé

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 443.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 443.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 441.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 297.
[5] *Ibid.,* nous soulignons.
[6] *Éléments…, op. cit.,* p. 441.
[7] On constate que la technique du « *recall* » instituée dans la pratique aux États-Unis n'est étudiée qu'à partir de la sixième édition des *Éléments de droit constitutionnel,* uniquement sous la plume de Joseph Barthélemy qui assure cette réédition de l'ouvrage. La raison en est simple : la pratique du *recall* s'est d'abord introduite dans le mécanisme des institutions locales, puis progressivement dans le mécanisme des institutions des États fédérés (1908 pour la Constitution de l'État de l'Oregon et 1912 pour la Constitution de l'État de Californie). On ne peut douter qu'Esmein se serait attaché à l'étude d'une telle pratique si elle s'était introduite dans les institutions fédérales, à commencer par le Congrès. Voir *Éléments…, op. cit.,* p. 447-450.

de contrôler l'exécution[1]. Outre que cette disposition contrevient à l'irrévocabilité des pouvoirs, la réduction des pouvoirs du député à un contrat de droit civil constitue « la négation la plus parfaite du gouvernement représentatif »[2]. Est aussi condamnée la révocation au moyen d'une pétition émanée des membres du collège électoral qui obligerait une quelconque assemblée élective à prononcer la révocation de l'un de ses membres[3]. C'est là ce que proposait Moisei Ostrogorski dans son ouvrage *La démocratie et les partis politiques* auquel Esmein consacre un long article en 1903. La proposition d'Ostrogorski s'assimile à la pratique suisse du « droit de dissolution populaire » d'une assemblée à ceci près que ce droit de révocation ne s'applique ici qu'a un membre et non à l'ensemble de l'assemblée. Esmein y voit une règle « bien dangereuse »[4].

Le mandat impératif des électeurs présidentiels aux États-Unis ne fait pas l'objet de développements particuliers dans les *Éléments de droit constitutionnel*. Pourtant, en 1894, dans « Deux formes de gouvernement », Esmein relevait que la procédure d'élection du Président faisait appel au mandat impératif : il en faisait un symptôme du progrès du gouvernement semi-représentatif dans les grandes démocraties représentatives[5]. Dans les *Éléments de droit constitutionnel*, ce mandat impératif confié par les électeurs du premier degré aux électeurs présidentiels ne retient pas l'attention Esmein lorsqu'il procède à la condamnation du mandat impératif. Le principe est exposé mais sans jamais être discuté : « Depuis 1796 s'est établie une pratique constante d'après laquelle les électeurs présidentiels, électeurs du second degré, reçoivent un mandat impératif : ils sont tenus de voter pour le candidat à la présidence choisi par le parti qui les a élus ; ce mandat n'a jamais été violé ; il est maintenant exprès en ce que les bulletins, qui servent, dans la pratique, à élire ces électeurs, portent en tête le nom du candidat à qui ils doivent donner leur suffrage »[6]. Sans doute, la fonction même des électeurs présidentiels explique ce laconisme : ils n'exercent en effet qu'une fonction ponctuelle, de nature purement électorale, et n'ont pas vocation, comme le député français, à délibérer et à voter la loi. De sorte qu'on peut croire que la condamnation du mandat impératif ne vise qu'à la défense de l'indépendance des membres des assemblées législatives.

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 444-445.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 444.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 445.
[4] A. Esmein, « La démocratie et les partis politiques de M. Ostrogorski », *RPP*, 1903, t. XXXVII, p. 365.
[5] « Cependant le mandat impératif s'est affirmé sur deux points. Depuis la fin du XVIIIe siècle, les électeurs primaires donnent aux électeurs présidentiels qu'ils choisissent le mandat de voter pour un candidat déterminé, et, bien que non obligatoire en droit, l'engagement a toujours été tenu. D'autre part, on a vu récemment, dans l'État de *South Dakota*, la Convention élue pour rédiger la constitution recevoir des électeurs des instructions obligatoires, d'ailleurs très simples », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 21.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 646-647.

II
L'exclusivité de la délibération et du vote de la loi

Si le député est, juridiquement, celui de la nation, le principe de souveraineté nationale n'induit pas pour autant qu'il soit le représentant de l'ensemble des circonscriptions électorales et, par là, de l'ensemble des collèges électoraux. La lecture de « Deux formes de gouvernement » pouvait pourtant créer le doute : « Les électeurs d'un district ne peuvent, en effet, ou révoquer ou obliger que celui qui les représente seuls, non celui *qui représente aussi tous les autres électeurs* »[1]. Mais les *Éléments de droit constitutionnel* balayent le doute : la nation ne se résume pas à la somme des divers collèges électoraux et la volonté de la nation ne peut être réduite à la seule volonté du corps électoral.

Car la conception de la loi dans la théorie d'Esmein est autrement plus complexe. La loi est plus que la simple volonté du corps électoral.

Dans « Deux formes de gouvernement »[2], Esmein soulignait déjà que la loi ne saurait être autre chose que « la simple expression de la volonté nationale que les députés ont pour mission de traduire »[3]. Les *Éléments de droit constitutionnel* confirmaient : « La loi doit nécessairement procéder de la nation, en ce sens que la nation souveraine peut seule faire les lois ou conférer le pouvoir de les faire ; mais il n'est pas vrai que la loi soit nécessairement et simplement l'expression directe et immédiate de la volonté générale, formulée d'une façon précise par la majorité des citoyens. *Elle est, avant tout, une règle de justice et d'intérêt public.* Si elle a nécessairement à sa base l'autorité du souverain, personne n'oserait dire que le souverain pourrait, de parti pris, édicter des lois injustes ou nuisibles ; et le système de gouvernement qui, tout en faisant de la nation la source constante de toute autorité, pourra le mieux assurer que de semblables lois ne seront pas votées de bonne foi, mais par erreur, ce système sera le meilleur et le plus légitime. Le gouvernement représentatif fournit-il plus de chances que le gouvernement direct pour obtenir une législation juste, utile, rationnelle ? Là est toute la question, et cette question ne saurait être douteuse »[4].

Selon la philosophie aristotélicienne, la loi est définie comme « une règle de justice et d'intérêt public ». Esmein s'y rallie : « dès qu'une règle générale et abstraite est posée, édictée par le souverain, il y a une loi obligatoire ; *mais la loi ne répondrait pas à sa destination sociale si elle ne satisfaisait aux conditions de justice et d'utilité* »[5]. Saint Girons, de son côté,

---

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 38-39, nous soulignons.

[2] Voir notamment J.-M. Denquin, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1976, p. 110-111.

[3] Pour être précis sur ce point, il s'agit d'une définition a contrario. La définition prend place dans l'exposé critique qu'il opère du gouvernement semi-représentatif : « Les représentants du peuple forment une assemblée législative unique. Cette conséquence découle nécessairement du concept fondamental. La loi, en effet, est considérée comme la simple expression de la volonté nationale, que les députés ont pour mission de traduire. Or cette volonté, à un moment donné, elle est ou elle n'est pas ; mais elle ne saurait en même temps recevoir deux expressions contradictoires sur un objet donné », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 38 et p. 39, nous soulignons.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 400 et p. 401, nous soulignons.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 401, note 1, nous soulignons.

définissait la loi comme une « formule obligatoire qui sert à exprimer *la justice et l'intérêt national* »[1].

Au moyen du concept de nation souveraine, Esmein semble opposer la volonté présente et directe des électeurs politiques à la loi entendue comme règle de justice et d'intérêt général. De sorte que le lecteur doit comprendre que l'intérêt du corps électoral, c'est-à-dire de la portion du peuple actuel dotée des droits politiques, ne correspond pas toujours à l'intérêt public, entendu comme intérêt de la nation. C'est là la condamnation du gouvernement direct et la consécration du gouvernement représentatif. L'emploi des expressions « électeurs politiques », « corps électoral », « collèges électoraux » en sont le parfait exemple. Les acteurs populaires dans le système d'Esmein sont rarement des « citoyens », encore moins des « votants » : ils sont cantonnés à leur fonction unique et première : la désignation de représentants.

Le représentant ne peut être un simple porte-voix, une courroie de transmission entre la volonté de ses électeurs et la loi. À l'image de Saint Girons qui plaide pour « une expression publique par des lois justes et intelligentes »[2], Esmein affirme que « la loi, pour être bonne, demande une élaboration scientifique et réfléchie ». Seul un corps de représentants pourra dégager, par la discussion et la délibération qui sont les deux mamelles du gouvernement représentatif[3], l'intérêt général et la justice de l'ensemble des prétentions exprimées dans l'assemblée : « La très grande majorité des citoyens, très capable de choisir des représentants d'après leurs opinions connues et d'orienter la législation et le gouvernement, est incapable d'apprécier les lois ou projets de lois qui lui seraient soumis. Il lui manque pour cela, comme le disait Siéyès, deux choses nécessaires : l'instruction pour comprendre ces projets et le loisir pour les étudier »[4].

Si Esmein ne définit pas les représentants élus de la nation à la manière d'un Saint Girons, comme « l'aristocratie naturelle »[5] dégagée par l'élection, s'il ne verse pas dans la glorification des « capacités » à l'instar d'un Guizot, il n'en reste pas moins qu'il loue « l'activité utile et le pouvoir éclairant des assemblées représentatives ». Elles seules ont la capacité d'identifier et de faire émerger, par la délibération, l'intérêt public, celui de la nation, et de le consacrer au moyen du vote de la loi. D'où la condamnation ferme du référendum et de toutes les techniques appelées de nos jours « démocratie semi-directe »[6].

Pour lutter contre « une majorité factice existant seulement dans le corps représentatif, et non parmi les représentés », les contestataires du régime proposent l'introduction du référendum législatif au sein du gouvernement représentatif. Il s'agit de préserver le caractère délibérant des assemblées représentatives en ne soumettant aux citoyens que la ratification d'un texte qu'elles auraient elles-mêmes élaboré. Ainsi que le

---

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 187. Notons que Félix Moreau se limite au caractère général et impersonnel d'un acte voté par le Parlement pour définir la loi : voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 274 et p. 275.

[2] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 188.

[3] Rossi évoque à propos de la fonction de député : « la discussion des affaires générales du pays », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel,* t. IV, *op. cit,* p. 1.

[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 399.

[5] Voir par exemple, A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 44, p. 112, p. 117, p. 136.

[6] Voir sur le plébiscite, l'analyse de : J.-M. Denquin, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale, op. cit.,* p. 122-123.

note Pierre Ronsanvallon : « La question du référendum est partout à l'ordre du jour à la fin du XIXe siècle, suscitant un entrelacs de peurs et d'enthousiasmes qui montrent que la conquête du suffrage universel n'a constitué qu'une étape, certes décisive, dans l'histoire tumultueuse de la démocratie »[1]. Dès les premières années de la République, le mouvement boulangiste prône l'intervention populaire dans le processus législatif et fait même émerger le terme « *référendum* » dans le langage politique et juridique français[2]. Les socialistes et les radicaux y sont aussi favorables, au même titre que pour l'introduction du mandat impératif[3]. La troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* s'en fait l'écho : « Il faut reconnaître pourtant que l'idée du référendum gagne du terrain dans les pays libres. Les lois réclamées par le parti socialiste, dont les prétentions envahissantes croissent d'année en année, pourront hâter l'introduction de cette institution dans plus d'un pays. La volonté certaine, indiscutable du peuple, manifestée par le suffrage populaire, peut être considérée par beaucoup de citoyens comme la seule digue capable d'arrêter le flot montant »[4].

Dans la sixième édition, Esmein s'émeut que la crise constitutionnelle de la première décennie du XXe siècle en Angleterre ait donné du lustre au référendum : il permettrait de trancher le conflit persistant entre la majorité des Communes et celle de la Chambre des Lords[5].

Le référendum a le vent en poupe entre 1881 et 1908[6], on compte pas moins de sept propositions de loi : elles tendent à introduire le vote direct des lois délibérées par les Chambres ou à établir la consultation du corps électoral sur l'opportunité de l'adoption d'une nouvelle loi[7]. Là encore, la doctrine publiciste s'approprie la question et produit un certain nombre d'ouvrages[8] ou de thèses[9], notamment vouées au droit comparé.

Le référendum, au même titre que la représentation des minorités politiques, suscite un grand intérêt par le succès qu'il rencontre à l'étranger[10]. « Deux formes de gouvernement » s'inquiète de la faveur croissante que reçoit la procédure référendaire

---

[1] P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 300.
[2] Voir P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 288.
[3] Voir P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 291-292.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 434.
[5] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 206-207.
[6] Voir P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée…*, *op. cit.*, p. 296 à p. 299. Voir par exemple R. de la Sizeranne, *Le referendum communal*, Paris, Colin, 1893, 86 pages.
[7] On constate que l'organisation de *référendums* municipaux tendant à consulter les citoyens d'une commune relativement à la gestion de celle-ci marque très nettement la tentative de faire participer le citoyen à la vie collective et oblige d'ailleurs le Conseil d'État à se prononcer sur la validité d'un tel processus : Voir par exemple CE, 7 avril 1905, Commune d'Aigre, CE, 15 janvier 1909, Commune de Brugnens, ou CE, 7 avril 1905, Commune d'Aigre, CE, 15 janvier 1909, Commune de Brugnens.
[8] Voir par exemple le récipiendaire du concours Rossi de l'Académie des science morales et politiques pour l'année 1894 : J. Signorel, *Étude de législation comparée sur le referendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif*, Paris, Rousseau, 1896, 472 pages.
[9] Voir par exemple la thèse de H. Bayle, *Le referendum. Étude historique et critique*, Lyon, 1900, 180 pages.
[10] Les revues juridiques se font l'écho des expériences étrangères et notamment de l'usage du referendum et de l'initiative populaire en Suisse : voir par exemple : Th. Curti, « Le referendum suisse », *RPP*, 1897, t. XIII, p. 225-250. Également G. Renard, « Le referendum et le droit d'initiative en Suisse », *RPP*, 1902, t. XXXIII, p. 263-287. Voir aussi H. Nézard, « Compte rendu critique de Th. Curti, *Le referendum*, Paris, Giard et Brière, 1905, et de P. Binet, *L'initiative populaire en Suisse*, Paris, LGDJ, 1905 », *RDP*, 1906, t. XXIII, p. 583-594. Ou encore J. Delpech, « Quelques observations à propos du referendum et des Landsgemeinde suisses », *RDP*, 1906, t. XXIII, p. 193-214. Sur le referendum en Australie, voir par exemple H. Moore, « Chronique politique et constitutionnelle de l'Australie », *RDP*, 1897, p. 159-162.

dans les systèmes représentatifs en Europe et dans les États de la Fédération américaine[1]. Les *Éléments de droit constitutionnel* d'ailleurs de longs développements à la pratique américaine et à la pratique suisse, destinés à en démontrer l'inadéquation avec le système français. Il s'agit en effet d'insister sur le fait que le développement du vote populaire des lois dans les pays anglo-saxons (États-Unis, Australie) ou en Suisse sont le produit de particularités propres à la forme de ces États.

Qu'il s'agisse de lois constitutionnelles ou de lois ordinaires, Esmein souligne que l'État fédéral n'a jamais fait usage du référendum, réservant au Congrès et au Président l'exclusivité de la fonction législative et aux législatures des États l'adoption des amendements à la Constitution fédérale[2]. Seuls certains des États fédérés pratiquent le vote populaire pour la législation ordinaire ou pour la révision partielle ou totale de leurs Constitutions. L'exercice du référendum constitutionnel se justifie selon l'auteur par le contenu original de ces Constitutions : « Elles ne comprennent pas seulement les règles qui, naturellement, composent le droit constitutionnel, mais aussi beaucoup d'autres, qui ne lui appartiennent pas et qui rentrent dans le droit privé, pénal ou administratif. […]. Cette tendance à faire passer dans la loi constitutionnelle ce qui est naturellement du domaine de la loi ordinaire, nous aurons l'occasion de la constater plus d'une fois dans des milieux divers et sous l'emprise de causes différentes : la cause ici, c'est la méfiance envers le législateur et le désir de soumettre un plus grand nombre d'objets au vote populaire »[3].

Concernant la Suisse, « la vraie patrie de la législation populaire et directe »[4], les *Éléments de droit constitutionnel* soulignent les origines très anciennes de l'association des citoyens à la formation de la loi. Esmein décrit le « terrain tout préparé »[5], celui des Landsgemeinde et des votes *ad referendum* pratiqués dés le XVIe siècle. Ces derniers, note Esmein, « habituaient la nation à voir dans les décisions des assemblées délibérantes des actes non définitifs par eux-mêmes et suivis, au contraire, d'une ratification. Ils préparaient donc, dans une certaine mesure, les procédés de législation populaire qui se développèrent au cours du XIXe siècle… »[6]. Mais si le système s'est généralisé jusqu'à contaminer la Constitution fédérale en 1872, Esmein n'en constate que de maigres bénéfices : « Si nous prenons en effet la législation suisse depuis qu'elle est complètement démocratisée, il nous paraît assez clair que, si le referendum (joint à l'initiative populaire) n'a fait en somme qu'assez peu de mal, il a empêché de faire beaucoup de bien, et que, d'après les aveux mêmes de ses partisans, il présente nettement les défauts que relèvent dans le gouvernement direct les défenseurs du gouvernement représentatif »[7].

Démontrer les défauts du vote populaire des lois, et son incompatibilité avec le système représentatif d'un État unitaire, là est tout l'objectif d'Esmein. Dès 1894, il expose le « danger proche et sérieux »[8] d'opérer un « mélange des genres »[1] en matière

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 22- 23.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 420.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 415.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 421.
[5] *Ibid.*
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 423-424.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 432.
[8] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 41.

constitutionnelle. Les *Éléments de droit constitutionnel* procéderont deux ans plus tard, comme pour le mandat impératif ou la représentation proportionnelle, à un réquisitoire[2] extrêmement sévère à l'encontre du référendum. En ce sens, l'ouvrage ne se démarque pas de la majorité des manuels antérieurs qui, partisans de la forme pure du régime représentatif, n'admettent pas l'intervention populaire dans la formation de la loi. Saint Girons le condamne très fermement en matière d'adoption des lois constitutionnelles[3], de telle sorte que la solution ne saurait être différente quant au vote des lois ordinaires. Moreau n'en fait pas grand cas dans les premières éditions de son *Précis élémentaire de droit constitutionnel* mais le réfute énergiquement en 1903 dans *Pour le régime parlementaire* : « l'idée du referendum ne peut séduire que les adversaires du régime représentatif, ou ses partisans mal éclairés »[4].

Esmein s'attache d'abord à démontrer que l'intervention populaire dans le processus législatif n'est pas une idée neuve en France et qu'elle fut mise en œuvre à plusieurs reprises. Il constate, non sans intérêt, qu'en matière d'adoption de lois constitutionnelles, celles qui le furent au moyen du vote populaire eurent une durée de vie extrêmement courte : « Si l'on cherche maintenant à apprécier, d'après les faits et en ce qui concerne notre pays, ce mode de législation constitutionnelle, on voit qu'il n'a pas eu, par lui-même, l'efficacité nécessaire pour donner aux Constitutions la force et la durée : en effet, parmi les Constitutions auxquelles il a été appliqué, il en est une (celle de 1793) qui n'a jamais été mise en vigueur ; une autre (l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire) subit un sort presque semblable ; une troisième enfin, celle de 1870, n'a guère vécu que trois mois »[5]. Il justifie ainsi l'adoption des lois constitutionnelles de 1875 par la seule Assemblée nationale : « L'Assemblée nationale, lorsqu'elle vota en 1875 nos lois constitutionnelles, le fit en vertu de la souveraineté qu'elle se reconnaissait, et ne songea pas un instant à les soumettre à la ratification du suffrage universel »[6].

L'auteur considère d'ailleurs qu'il n'y a aucune obligation juridique à soumettre à ratification populaire l'adoption d'une nouvelle Constitution ou la simple révision d'une Constitution existante, malgré l'opinion des philosophes du XVIIIe siècle : « Alors qu'ils admettaient le gouvernement représentatif pour les lois ordinaires, beaucoup l'ont écarté par rapport aux Constitutions, uniquement parce qu'ils regardaient celles-ci comme un véritable contrat social, comme l'acte constitutif de l'État lui-même. Mais, nous le savons, c'est là une conception erronée. La Constitution n'a pas pour but de créer l'État, qui lui est préexistant et qui résulte du fait naturel de la formation nationale »[7]

---

[1] *Ibid*.

[2] Le terme est de Léon Duguit : voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 294.

[3] « La masse de la nation ne puise, dans la souveraineté qui lui appartient, ni le droit ni surtout les lumières nécessaires pour l'exercice d'un véritable pouvoir constituant, s'affirmant par le vote de lois constitutionnelles. Cette fonction échappe à sa compétence », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 37.

[4] F. Moreau, *Pour le régime parlementaire, op. cit.*, p. 348.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 408.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 407.

[7] Il poursuit : « elle [la Constitution] a pour objet de déterminer simplement la forme de l'État et du gouvernement. C'est une loi qui, au fond, est de la même nature que les autres ; c'est artificiellement, quoique par une combinaison très sage, qu'on a donné aux lois constitutionnelles une stabilité et une force particulière en les soustrayant au pouvoir du législateur ordinaire. Elles sont simplement plus importantes et plus difficiles à établir et à rédiger que les autres lois. Si donc le gouvernement représentatif est un meilleur instrument de législation que le gouvernement direct, il faut l'appliquer à plus forte raison pour la législation constitutionnelle », *Éléments…, op. cit.*, p. 403.

Quant au vote des lois ordinaires, Esmein détaille les dispositions contenues dans la Constitution du 24 juin 1793 et le « mécanisme ingénieux, quoique manifestement trop compliqué »[1] de la ratification des lois par les assemblées primaires des départements. Cette procédure législative est, à ses yeux, un système dangereux par les difficultés pratiques qu'il impose : « « C'étaient là des procédés incontestablement peu pratiques, résultat de la pure spéculation abstraite ; cette sorte de mobilisation successive et quasi-automatique des groupes d'assemblées primaires, le conflit aigu qui en serait résulté et aurait pu se prolonger entre l'Assemblée législative et les assemblées primaires, ne pouvaient être que des éléments de trouble et de confusion »[2]

Enfin, les *Éléments de droit constitutionnel* mentionnent rapidement la possibilité laissée par les Constitutions de 1852 et de 1870 d'un « appel au peuple » ou référendum consultatif à la discrétion du chef de l'État. Contrairement à Saint Girons[3], on remarque que l'auteur ne fait pas du plébiscite un repoussoir[4]. Tout au plus constate-t-il au détour d'une phrase que le référendum « a été discrédité par les plébiscites impériaux »[5].

Esmein n'entend pas se limiter à de simples considérations historiques. Son hostilité au référendum peut être réduite à deux raisons essentielles. La première est l'incapacité des citoyens à percevoir et à protéger l'intérêt public dans l'exercice du vote de la loi. Si la loi n'est pas « bonne », si elle n'est pas édictée dans un but de justice et d'intérêt public, elle n'a pas de raison d'être.

L'argument figurait déjà dans « Deux formes de gouvernement » : « 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 »[6]. Esmein dénonce à plusieurs reprises « le préjugé populaire »[7] qui menacerait l'adoption de la loi. Ainsi, « les lois les

---

[1] *Ibid.*

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 410.

[3] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 43-47. Par exemple : « Le plébiscite a accepté toutes les constitutions, légitimé tous les coups d'État, acclamé tous les gouvernements. La docilité de la nation à répondre oui est vraiment significative et bien faite pour diminuer la confiance basée sur les votes populaires », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 45.

[4] C'est ce à quoi appelle Henri Nézard quelques années après la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* tout en concluant à l'intérêt des procédés de démocratie directe au sein du gouvernement représentatif : « Vivant de l'esprit de 1789, de celui de ces théoriciens dont on a dit qu'ils avaient « un esprit mathématique et antihistorique », de celui des constituants de 1791 qui avaient fait litière de la volonté populaire contenues dans les cahiers dont ils avaient solennellement prononcé la nullité en tant que mandats impératifs, nous demeurons attachés aux principes qu'ils ont établis. Par contre, dans notre pensée, la consultation populaire s'allie aux plébiscites impériaux. Peut être serait-il temps de nous arracher à cette obsession, de prêter une oreille plus attentive aux mouvements populaires dont la violence tomberait par l'ouverture d'une porte aux manifestations pacifiques de leur volonté, d'affermir l'autorité de la loi, dont quelques-uns s'affranchissent trop volontiers, en reconnaissant compétence, pour la sanctionner, à tous ceux qui en droit sont censés ne pas l'ignorer », H. Nézard, « Compte rendu critique de Th. Curti, *Le referendum*, Paris, Giard et Brière, 1905, et de P. Binet, *L'initiative populaire en Suisse*, Paris, LGDJ, 1905 », art. cité, p. 594.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 435.

[6] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 40.

[7] Il note par exemple à propos de l'initiative populaire qui permet au corps des citoyens de requérir une consultation populaire pour la révision ou l'adoption d'une norme législative : « quant à l'initiative populaire, c'est incontestablement un élément de trouble : alors que l'œuvre législative est déjà difficile à conduire utilement et dans un sens harmonique avec l'initiative parlementaire, comment pourra-t-elle résister à l'initiative du peuple ? Les citoyens ont un moyen, admis dans tous les pays libres et bien suffisant pour saisir le législateur de leurs légitimes vœux de réformes. C'est le droit de pétition aux Chambres. Une pétition, demandant le vote d'une loi nouvelle est revêtue d'un nombre immense de signatures, s'imposerait aux Assemblées législatives, par

meilleures, les plus utiles au progrès national peuvent se heurter à des préjugés populaires et irréfléchis, quelquefois à raison d'une disposition d'importance secondaire, cachée dans quelque article »[1].

Les *Éléments de droit constitutionnel* reprennent exactement le même argument : « Qu'on suppose un code de commerce ou une loi sur la marine soumis au vote des paysans et des montagnards. Il arrivera fatalement de deux choses l'une : ou la majorité votera, les yeux fermés, un projet qu'elle ne comprend pas ; ou ce projet, peut-être excellent en lui-même, sera repoussé à raison de quelque disposition, peut-être secondaires, contre laquelle se sera formé un de *ces préjugés populaires*, si prompts à naître et si difficile à détruire »[2]. L'expérience suisse prouve les méfaits de tous les « préjugés populaires » conduisant inévitablement à une « stagnation législative ». Esmein ajoute que « le peuple accepte parfois des règles qu'il n'approuve pas, parce qu'elle sont mêlées, dans la même loi, à des dispositions qu'il désire, que, sur certaines questions, les citoyens votent complètement à l'aveuglette ; que parfois l'impopularité d'une loi entraîne en même temps le rejet d'une autre loi, tout différente mais soumise en même temps au referendum ; que les citoyens se laisseraient facilement déterminer à repousser une loi par quelque détail secondaire, qui prend à leurs yeux une importance exagérée. Enfin on a pu constater que, très souvent, le nombre des abstentions était considérable, plus élevé que lorsque les électeurs sont appelés à choisir des députés »[3].

Le corps électoral, devenu corps de citoyens dans le cadre du référendum, n'est pas capable de faire la part des choses entre son intérêt propre, certain et actuel et l'intérêt de la nation. Or les deux ne sauraient toujours correspondre et cela suffit à justifier la représentation. Ainsi Esmein fait-il remarquer que le référendum de ratification, qui préserve pourtant la mission délibérative des assemblées représentatives, est néanmoins susceptible de remettre en cause la qualité de cette délibération : « ce système a pour effet de diminuer fatalement la valeur utile et le pouvoir éclairant des assemblées représentatives. N'étant point sûres de ne pas voir le résultat de leurs travaux, la loi qu'elles auront élaborée après de longs débats, échouer devant *un préjugé populaire*, elles tendront forcément à raccourcir les débats législatifs et à restreindre les travaux préparatoires. Il y a déjà des constatations dans ce sens, faites là où fonctionne cette forme de gouvernement, et cette tendance ne pourra que s'accentuer par la suite »[4].

Seuls les représentants élus disposent des capacités nécessaires afin d'identifier l'intérêt de la nation au sein des multiples prétentions civiques. Esmein souligne la nécessité de ne jamais compromettre l'avenir au profit de la satisfaction d'intérêts présents mais peut-être temporaires, et donc de compromettre la prospérité des générations futures au profit du corps électoral actuel : « On peut craindre aussi que, recherchant la popularité, la majorité d'une assemblée n'adopte quelque mesure, qu'elle sent dangereuse pour l'avenir, mais qui jouit momentanément de la faveur populaire : elle sentira sa

---

la seule force de la raison, *à moins qu'elle ne fût inspirée par un préjugé populaire*, nécessairement passager, et alors ne serait-ce pas tout profit si, en la faisant attendre, on donnait à la nation le temps de la réflexion ? », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 435, nous soulignons.

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 40.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 399, nous soulignons.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 433-434.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 401-402, nous soulignons.

responsabilité dégagée par le vote du peuple qui couvrira tout. Le système du *referendum* combine deux principes opposés ; le plus fort doit prendre le dessus »[1]. L'intérêt de la nation se trouve avant tout dans la qualité de la législation et non dans la satisfaction immédiate d'intérêts non moins immédiats. Comme le résume Marie-Jöelle Redor : « Ce qui importe, c'est l'excellence de la norme, non sa source démocratique. […]. La norme doit être légitime par elle-même, éventuellement par le but qu'elle est censée poursuivre, plutôt que par sa source »[2]. Le principe même de l'intervention des citoyens dans la procédure législative est donc condamné : abaisser la loi à une formulation de la volonté populaire est contraire au principe de la souveraineté nationale. Les représentants votent seuls la loi.

La seconde raison du refus de l'intervention populaire dans la législation tient à l'opposition qui serait susceptible de se créer entre la volonté exprimée par le corps des citoyens et celle du corps électoral. Cette opposition aurait fatalement des répercussions sur le système représentatif lui-même et dévaloriserait la fonction de représentants élus, tout comme cela est à craindre avec le mandat impératif : « Quelle autorité peuvent avoir les assemblées, lorsque les lois discutées et votées par elles peuvent, à chaque instant, être repoussées, par caprice ou ignorance, par la majorité même qui les a élues sur un programme déterminé ? Quels sont les hommes qui voudront, dans un pareil milieu, briguer le mandat de député ? »[3]. C'est notamment la crainte d'une telle distorsion entre volonté populaire et volonté des représentants qui pousse Esmein à refuser, contre Duguit[4], le référendum consultatif. L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* considère que la consultation, si elle peut être bénéfique, ne doit jamais venir du corps des citoyens lui-même. La majorité imposerait irrémédiablement son opinion aux représentants. De sorte que la consultation ne permettrait pas d'atteindre le but recherché et ne serait qu'un moyen d'opposer le corps des citoyens aux représentants de la nation : « Bien que déguisé sous la forme d'une simple consultation, le verdict du peuple s'imposerait aux assemblées législatives. Comment oseraient-elles contredire la volonté précise du corps même dont elles émanent ? Un semblable *referendum de consultation* ne se distinguerait du *referendum de ratification* qu'en ce qu'il serait préventif et non répressif : mais l'autorité directe, que la législature donnerait au peuple sur elle-même, serait aussi énergique, aussi efficace dans les deux cas. On ne peut ainsi enlever aux électeurs, à volonté, leur qualité politique et les transformer en simples donneurs de conseils : leurs conseils seront ordres »[5].

La loi – conçue comme garantie de la liberté individuelle – étant plus que la simple addition des volontés des titulaires de droits politiques, rien ne doit venir troubler son objectif premier : la justice et l'intérêt de la nation. Le gouvernement représentatif étant la garantie absolue que l'intérêt public et la justice seront toujours identifiés par les représentants de la nation dans leur mission de confection de la loi, aucune intervention

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 402, nous soulignons.
[2] M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 169.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 434.
[4] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 301.
[5] Il poursuit : « On conçoit pourtant un autre moyen par lequel, même avec le suffrage universel, on pourrait différencier du corps électoral proprement dit la masse populaire à qui serait adressé le *referendum de consultation*. Ce serait d'y comprendre les femmes et les hommes de 16 à 21 ans. Mais le vote d'une pareille masse serait encore plus décisif si les votants étaient en très grand nombre. Qu'on songe enfin ; pour cette forme de *referendum*, aux embarras qui en naîtraient si les abstentions étaient nombreuses, et dépassaient même le nombre de votes : comment pourrait-on les interpréter ? », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 419-420.

populaire ne doit les détourner de cette mission, car eux seuls peuvent et doivent décider pour la nation. Si le gouvernement représentatif est ainsi théorisé et justifié, reste à entreprendre la justification de son fonctionnement, au moyen d'un autre legs révolutionnaire : la séparation des pouvoirs.

TITRE DEUX

La séparation des pouvoirs, principe cardinal du gouvernement représentatif

La défense du régime représentatif entreprise par Esmein dans les *Éléments de droit constitutionnel* se fonde essentiellement sur les principes politiques dégagés par la Révolution française et formulés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Au même titre que le principe de la souveraineté nationale, l'invocation du principe de la séparation des pouvoirs vise à prouver la perfection du gouvernement représentatif, et plus particulièrement de sa forme parlementaire.

L'affirmation du principe de séparation des pouvoirs comme « principe général de droit constitutionnel »[1] s'inscrit dans l'exercice de réévaluation et, surtout, de revalorisation des principes révolutionnaires qui font l'objet d'une rude contestation en France à la fin du XIXe siècle.

À l'image du principe de la souveraineté nationale ou du peuple, le principe de la séparation des pouvoirs constitue en effet le second versant de la critique des contestataires de tous bords. Si le fondement même du régime représentatif est critiqué pour la représentation prétendument faussée qu'il établit entre électeurs et élus, le fonctionnement de cette même forme de régime suscite également de vives protestations. C'est notamment la forme parlementaire du régime représentatif qui attire les flèches d'une partie des publicistes de la fin du siècle. Ceux-ci, comme l'a montré Marie-Joëlle Redor, dénoncent avec vigueur « l'omnipotence parlementaire »[2] qui résulte de l'agencement des institutions[3] et de la mécanique de cette forme de régime héritée du droit constitutionnel anglais. L'instabilité ministérielle chronique[4] et la relative instabilité de la présidence de la République[5] mettent à mal l'idée d'une « séparation » des pouvoirs. De même, la loi du 24 mai 1872 provoque une série d'interrogations sur l'application pratique du principe de « séparation » des pouvoirs, sur sa distinction avec une « séparation » des autorités et sur la notion même de « pouvoir judiciaire ».

Ainsi Charles Benoist écrira en 1902, dans *La réforme parlementaire* : « Tous les jours, lorsque, au Parlement, dans le profond désordre où nous sommes, et dans le désarroi sans nom de tous les pouvoirs, un orateur invoque gravement " le grand principe de la séparation des pouvoirs " exécutif, législatif et judiciaire, il donne au monde un bel exemple de ce que les philosophes appellent le raisonnement verbal. Il débouche une de ces bouteilles où dorment " les paroles gelées ", les paroles qui n'enveloppent plus rien, auxquelles rien ne correspond plus dans la pratique et dans la vie ; et, par sa voix, ce sont

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 59.
[2] M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…, op. cit.*, p. 85- 86 notamment.
[3] Voir par exemple la critique de « l'action circonvenante et envahissante de la Chambre » émise par Charles Benoist en 1893 : C. Benoist, *Sophismes politiques de ce temps…, op. cit.*, p. 223-228.
[4] On dénombre en effet plus de quarante Cabinets différents entre le 19 février 1871 (premier ministère Dufaure) et le 29 avril 1896 (ministère Méline).
[5] Outre l'assassinat de Sadi Carnot le 25 juin 1894, les premières décennies de la République voient, après MacMahon, Jules Grévy et Jean Casimir-Perier démissionner de la présidence de la République.

des morts qui parlent. Dans les réalités de notre politique, nous sommes devenus des romantiques de la fantaisie la plus échevelée, qui brouillent les fonctions comme les autres brouillaient les genres ; mais, dans son vocabulaire, nous sommes demeurés des classiques, et pour nous, depuis que Montesquieu nous l'a révélé, il y a *trois pouvoirs* dans l'État, dans tout l'État ; pas un de plus, pas un de moins »[1].

Lorsque paraissent les *Éléments de droit constitutionnel* en 1896, on observe que la littérature constitutionnelle est relativement avare d'études particulières relatives au principe de la séparation des pouvoirs[2]. Mais l'interprétation du principe n'en est pas pour autant totalement délaissée. Les auteurs des premiers manuels de droit administratif[3] s'attachent à la question afin notamment d'expliquer et de justifier l'existence de la juridiction administrative.

Pour le reste, hormis quelques rares thèses de doctorat[4], les études spécifiques et relatives à la séparation des pouvoirs résultent surtout du concours pour le prix du Budget organisé par l'Académie des sciences morales et politiques. À l'initiative de Charles Giraud, la section de législation propose en 1879 le sujet suivant : « De la séparation des pouvoirs dans le droit public français. Origine de cette règle politique, ses vicissitudes et ses développements ; application qu'elle reçoit dans les divers États de l'Europe »[5]. Antoine Saint Girons obtient le prix avec un mémoire extrêmement fouillé[6] qui, au-delà de la simple étude du principe de la séparation des pouvoirs, offre une véritable étude de droit public intégrant toutes les grandes notions de droit constitutionnel et qui préfigure son ouvrage de droit constitutionnel[7] publié en 1884. Parmi les ouvrages récompensés par l'Académie, on compte également l'étude d'Édouard Fuzier-Herman qui la complètera avant de la publier en 1880 sous le titre *La Séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*[8]. Ces deux mémoires susciteront l'année suivante la publication d'une étude critique d'Henri Rozy, intitulée *Des divisions du pouvoir (Séparation des pouvoirs)*, par

---

[1] C. Benoist, *La réforme parlementaire*, *op. cit.*, p. 196-197.

[2] « Le principe de séparation des pouvoirs est la base du droit public moderne ; néanmoins, malgré son importance, il n'avait jamais été, depuis Montesquieu, l'objet d'une étude approfondie et particulière. Les publicistes qui ont abordé l'examen des constitutions européennes ont tous fait allusion à son influence sur le droit politique ; ils ont tous rendu hommage à Montesquieu, qui le premier en a découvert la formule ; aucun n'en a recherché les conséquences, discuté l'application dans les institutions gouvernementales, ni apprécié l'efficacité », J.B Lefort, « Compte rendu de É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé* », *Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence*, 1880, t. IV, p. 569.

[3] Voir par exemple : L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, 2ème édition, Paris, Dunod, t. I, 1878, p. 45 et suivantes. Voir A. Gautier, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*, Paris, Lahure, 1880, p. 5-11, p. 74-78. Voir A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif…*, 2ème édition, Paris, Larose et Forcel, t. I, 1885, p. 183-191. Voir É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, 2e éd., Paris, Berger-Levrault, t. I, 1888, p. XI-XIX notamment.

[4] Voir par exemple la thèse en droit français d'Alexandre Le Bourgeois soutenue à la Faculté de Paris en 1884 : A. Le Bourgeois, *De la séparation des pouvoirs*, Paris, Goblet, 1884, 429 pages. Voir également la thèse en droit français de René Jacquelin soutenue à la Faculté de Paris en 1891 : R. Jacquelin, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Paris, Giard, 1891, 511 pages.

[5] Voir G. Picot, *Concours de l'Académie : sujets proposés, prix et récompenses décernées, listes des ouvrages couronnés ou récompensés, 1834-1900*, *op. cit.*, p. 98-99.

[6] Voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, 583 pages.

[7] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 704 pages.

[8] Édouard Fuzier-Herman est procureur de la République à Segré dans le Maine et Loire. Voir É. Fuzier-Herman, *La Séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, Marescq, 1880, 625 pages.

laquelle le professeur de droit administratif de Toulouse entend rectifier les thèses des deux auteurs distingués par l'Académie[1]. Enfin, à côté de ces deux études d'ampleur, on note la publication en 1893 à la *Revue d'économie politique* d'un article de Léon Duguit intitulé « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 »[2] dans lequel le professeur de Bordeaux entreprend une critique juridique de l'application du principe dans la Constitution française de 1791.

Les premiers ouvrages de droit constitutionnel de la fin du siècle ne sont évidemment pas muets en la matière. L'ouvrage de Félix Berriat Saint Prix[3] ou le *Cours* de Pellegrino Rossi[4] sont à signaler. Vingt ans après, Saint Girons reprendra en substance les arguments développés dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs* et les intègrera dans le chapitre de son *Manuel* consacré à la question[5]. En 1892, Félix Moreau s'y intéresse dès l'introduction de son *Précis élémentaire*[6] : des développements qui disparaîtront de l'introduction dans les éditions[7] qui suivront pour rejoindre les chapitres voués aux divers pouvoirs et à leurs fonctions. Enfin, comme souvent, Théophile Aumaître fournira, de façon lapidaire, quelques très courtes explications dans son *Manuel* de 1893[8].

Si Esmein n'est donc pas le premier à traiter du principe de séparation des pouvoirs, la comparaison avec les ouvrages antérieurs aux *Éléments de droit constitutionnel* laisse toutefois penser qu'il est bien le premier auteur de droit constitutionnel à considérer la séparation des pouvoirs comme un véritable principe général de droit constitutionnel, principe d'organisation institutionnelle commun à l'ensemble des États libres, c'est-à-dire des constitutions ayant « la liberté politique pour objet direct »[9], c'est là même tout l'objectif de son étude. On a remarqué l'attachement du professeur parisien à la philosophie de Montesquieu et l'influence des écrits de ce dernier. Le principe de la séparation des pouvoirs en constitue la marque la plus éclatante. Esmein tend en effet à démontrer, comme nous le verrons, que la théorie développée par Montesquieu dans le chapitre de l'*Esprit des lois* consacré à la Constitution de l'Angleterre est incontestable et qu'elle préside à l'organisation de tout régime représentatif. Le principe est donc d'une importance capitale dans sa théorie constitutionnelle ; on le constate dans deux articles de la même époque. « De la délégation du pouvoir législatif »[10], paru à la *Revue politique et parlementaire*, souligne dès 1894 l'importance de la séparation des pouvoirs mais sans pourtant en exposer tous les tenants et les aboutissants. Trois ans après la première édition des *Éléments de droit constitutionnel*, en 1899, paraît à la *Revue du droit public* l'article

---

[1] H. Rozy, *Des divisions du pouvoir. (Séparation des pouvoirs)*, Paris, Thorin, 1881, 131 pages.
[2] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893, t. VII, p. 99-132, p. 336-372, p. 567-615.
[3] Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 345-346 et p. 589-590.
[4] Voir la soixante-douzième et la quatre-vingt-treizième leçon : P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. III, p. 377-379 et t. IV, p. 238-241.
[5] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 80-91.
[6] Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 17-26. Voir également p. 381-406.
[7] Voir par exemple la neuvième édition de l'ouvrage parue en 1921 : F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9ème éd., Paris, Larose et Forcel, 1921, p. 401-433.
[8] Voir T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 32-37.
[9] Nous reprenons ici les termes employés dans l'introduction de la deuxième édition de l'ouvrage : *Éléments…, op. cit.*, p. XX.
[10] A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs " présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 200-224.

« Les Constitutions du Protectorat de Cromwell »[1] dans lequel l'auteur étudie l'émergence de la séparation des pouvoirs exécutif et législatif dans l'organisation institutionnelle de la république cromwellienne. Il y décrit ce qu'il considère être la toute première application pratique du principe de la séparation des pouvoirs, avant même son expression canonique chez Montesquieu.

Sans grand étonnement, on note que le principe de la séparation des pouvoirs ne trouve pas de définition juridique précise dans l'œuvre d'Esmein. L'auteur use d'une formule répétée à plusieurs reprises[2] dans les *Éléments de droit constitutionnel*. Selon lui, le principe de séparation « suppose nécessairement le gouvernement représentatif ; et, réduit à sa plus simple expression, il consiste en cette idée : *que les attributs de la souveraineté considérés comme vraiment distincts doivent être délégués par la nation à des titulaires divers et indépendants les uns des autres* »[3]. Toutefois, le lecteur se trouve rapidement confronté à l'imprécision des termes. Si la définition fournie opère bien une distinction entre les « fonctions » – entendues comme « les attributs de la souveraineté » – et les « organes » – entendus eux comme les « titulaires » – les développements font usage du terme polysémique de « pouvoir » qui n'est jamais défini précisément.

La fin du siècle voit toutefois naître l'amorce d'une clarification lexicale. Certains auteurs tendent à mettre fin à l'assimilation du terme « pouvoir » aux notions de « fonction étatique » et d'« organe de l'État » et préfigurent le vocabulaire contemporain que l'on trouvera notamment chez Carré de Malberg[4]. Charles Benoist écrit ainsi en 1893 dans ses *Sophismes politiques de ce temps* : « Le principe de séparation des pouvoirs n'a pas cessé de nous être un rempart, mais, du point de vue où nous sommes placés, l'expression est incorrecte. Nous ne nous appuyons plus, comme les publicistes du XVIIIe siècle, sur une abstraction, sur l'affirmation rationnelle que les pouvoirs doivent être séparés, mais sur un fait d'observation : à savoir que les fonctions ne sont jamais bien et totalement remplies que par des organes séparés ; à savoir que la confusion des fonctions et des organes est le trait caractéristique, soit des animaux inférieurs, soit des sociétés primitives. En sorte que nous ne dirions plus : la séparation des pouvoirs, mais la séparation des organes exécutif, législatif et judiciaire, des fonctions exécutive, législative et judiciaire. Le pouvoir est un, comme l'être, comme *la vie* »[5]. Une décennie auparavant, Saint Girons n'écrivait pas autre chose dans son *Manuel* : « Si donc nous maintenons la formule classique "séparation des pouvoirs", 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* »[6].

---

[1] A. Esmein, « Les Constitutions du protectorat de Cromwell », *RDP*, 1899, t. XII, p. 193-218 et p. 405-442.
[2] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 456-464.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 451, nous soulignons.
[4] Voir par exemple l'exposé de la théorie de la séparation des pouvoirs chez Carré de Malberg : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. II, p. 1-142.
[5] C. Benoist, *Sophismes politiques de ce temps…*, *op. cit.* p. XVII.
[6] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 85.

Comme on l'a remarqué[1], Esmein entretient une ambiguïté certaine sur la signification à donner au terme « pouvoir ». L'article de 1894, « De la délégation du pouvoir législatif », en constitue sans doute le meilleur exemple. Le titre même de l'article use de l'expression « pouvoir législatif » et désigne de façon évidente une fonction[2], étant entendu que seule une fonction peut faire l'objet d'une délégation, la délégation d'un organe n'étant tout simplement pas concevable. Mais le corps de l'article fait parfois de « pouvoir » un organe étatique. Esmein écrit à deux reprises que le « pouvoir législatif », entendu comme organe, peut statuer librement et souverainement[3]. De même, il explique que « le pouvoir exécutif » ne peut opérer de délégation de ses fonctions[4] et évoque « le consentement des pouvoirs »[5], impliquant ainsi une conception organique du terme. L'assimilation entre « pouvoirs » et « organes » est particulièrement nette lorsqu'il écrit à propos de la Constitution française de 1791 : « Il est clair, en effet, qu'en vertu de ce texte constitutionnel aucune loi n'aurait pu transférer du pouvoir législatif au pouvoir exécutif le droit de consentir l'aliénation des biens nationaux »[6].

Il semble enfin que le terme « pouvoir » puisse également désigner l'exercice d'une fonction par l'organe - ou les organes selon l'appréciation que l'on porte sur la nature du veto de l'exécutif - auquel elle est attribuée : « Il résulte de là qu'en Italie le pouvoir législatif, *c'est-à-dire la volonté des deux Chambres avec la sanction royale*, peut modifier la Constitution, comme une loi ordinaire et dans les mêmes formes »[7]. On doit toutefois souligner qu'Esmein n'ignore évidemment pas la distinction de nature entre organe et fonction. Son analyse des règlements d'administration publique en France en témoigne : « Il semble bien que *le législateur* délègue au *pouvoir exécutif* l'*exercice du pouvoir législatif* que, pour des raisons d'utilité pratique, il ne veut pas exercer lui-même »[8].

---

[1] « D'une part un "pouvoir" peut tout aussi bien désigner un organe qu'une fonction : le "pouvoir " législatif désigne tant l'organe législatif principal, c'est-à-dire les assemblées délibérantes, qu'une fonction étatique ; celle d'élaborer, de voter, éventuellement de contrarier (par le veto) ces normes juridiques particulières appelées lois. L'ambivalence ne doit pas surprendre : reposant sur l'assomption que l'organe législatif exerce la fonction législative, elle sert précisément à camoufler l'écart entre le pouvoir-organe et le pouvoir-fonction », J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *RFDC*, n°78, 2009, p. 247.

[2] L'article présente d'autres occurrences du terme désignant la fonction : par exemple : « Le Gouvernement italien demandait à son profit une large délégation du pouvoir législatif », A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs " présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 202.

[3] Par exemple : « elle [la délégation] serait au contraire possible en droit, là où il n'existe pas de constitution rigide, *là où le pouvoir législatif peut librement et souverainement statuer en toute matière* » ou encore « Dans un tel milieu en effet *le pouvoir législatif statue librement, souverainement, sur n'importe quel objet* », A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs " présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 202 et p. 205.

[4] « Enfin, le pouvoir exécutif ne pourrait pas à son tour déléguer aux Chambres législatives la promulgation des lois ou l'exercice du droit de grâce que lui accorde la Constitution », A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs " présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 203.

[5] « Or, il est assez naturel qu'une constitution de cette espèce puisse être modifiée par le monarque qui l'a octroyée, avec le consentement des pouvoirs qu'en la promulguant il a associés à l'exercice de sa souveraineté », A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs " présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 208.

[6] A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs " présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 215.

[7] A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs " présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 208, nous soulignons.

[8] A. Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs " présenté par M. Crispi au Parlement italien », art. cité, p. 211, nous soulignons.

Quant à la signification du terme « séparation », elle manque là encore de clarté. Esmein laisse supposer qu'à chaque organe doit appartenir l'exercice d'une fonction. Toutefois il ne précise jamais si un organe doit exercer de manière exclusive la fonction qui lui est attribuée. Ainsi, on peut se demander si Esmein conçoit à la fois une séparation fonctionnelle, c'est-à-dire une spécialisation fonctionnelle des organes, et une séparation organique, c'est-à-dire une indépendance des organes. La définition manque incontestablement de précision mais on peut assurer que la formule recouvre certainement à la fois une spécialisation et une indépendance des organes.

C'est l'opinion de Michel Troper qui, dans son ouvrage *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, relève l'influence de Félix Berriat Saint Prix[1] sur les juristes français du XIXe siècle. Il en fait l'un des premiers juristes français à théoriser la séparation des pouvoirs comme incluant à la fois l'indépendance et la spécialisation des organes : « Les publicistes modernes s'accordent à dire que la réunion des trois pouvoirs dans les mêmes mains doit être évitée autant que possible, autrement l'homme ou le corps qui les exercerait tous trois ensemble finirait par asservir la nation à sa volonté. *On en conclut qu'il faut les rendre indépendants, c'est-à-dire que les agents de l'un ne doivent dépendre des agents de l'autre, ni quant à leur admission aux emplois, ni quant à leur avancement, ni quant à la validité de leurs actes officiels* »[2].

Mais cette conception de la séparation des pouvoirs ne doit pas être entendue de manière absolue. Une telle définition se décline en effet à plusieurs degrés, de sorte que l'on observe une gradation ou une échelle de la séparation des pouvoirs dans les divers gouvernements représentatifs. Les différences éclatantes entre les trois plus grands régimes représentatifs libéraux - États-Unis, Angleterre et France - imposent de distinguer plusieurs degrés d'application de ce même principe sur lequel tous ces États sont supposés être fondés. Car, rappelons-le, « on n'est pas moins libre en Angleterre qu'aux États-Unis, bien qu'on le soit par des procédés différents »[3].

La théorie de la séparation des pouvoirs chez Adhémar Esmein va donc poursuivre un double objectif. Il s'agit d'abord de proposer une distinction entre plusieurs degrés de séparation des pouvoirs (Chapitre 1er) afin de pouvoir affirmer que, juridiquement et malgré les critiques, le régime parlementaire organise bien une séparation de trois pouvoirs – particulièrement de l'exécutif et du législatif – et qu'ainsi le régime français reste fidèle aux principes de Montesquieu et de 1789. Car, c'est le second objectif de la théorie et sans doute le plus important, il s'agit de démontrer que la théorie de Montesquieu organise les rapports non de deux mais de trois pouvoirs en faisant du pouvoir judiciaire un véritable pouvoir, égal aux deux autres. En cela, Esmein entend affirmer mais surtout fonder juridiquement la nécessaire indépendance du pouvoir judiciaire, ou plus précisément l'indépendance des agents de l'organe judiciaire (Chapitre 2).

---

[1] Voir M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, p. 232.

[2] L'auteur poursuit : « Les rédacteurs de la Charte ne se sont pas toujours montrés rigoureusement fidèles à ce principe. Par exemple le roi, dépositaire de la puissance exécutive (art. 12) coopère en outre à l'exercice de la puissance législative (art. 14) ; il fait même seul certaines lois secondaires (art. 13-63) ; il exerce une influence considérable sur la chambre des pairs (art. 23), et sur l'ordre judiciaire (art. 48, 52, 58). La chambre des pairs participe en même temps au pouvoir judiciaire et au pouvoir législatif (art. 20, 28). F. Berriat Saint Prix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle, op. cit.*, p. 91, nous soulignons.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 296.

CHAPITRE PREMIER

Une séparation des pouvoirs susceptible de degrés

À la toute fin du XIXe siècle, le principe de la séparation des pouvoirs est critiqué par la grande majorité de la doctrine publiciste. La crise qui touche les institutions de la IIIe République en constitue la cause principale.

L'illustre ouvrage *Souveraineté du peuple et gouvernement* d'Eugène d'Eichtal paru en 1895 suffit. Quelques mois avant la parution des *Éléments de droit constitutionnel*, D'Eichtal résume les termes du débat : « La crise des gouvernements parlementaires, qui se produit actuellement, sous une forme plus ou moins aiguë, dans le monde entier, pourrait s'appeler la crise du pouvoir exécutif. Partout les nations éprouvent la difficulté de concilier les fonctions et les devoirs d'un gouvernement digne de ce nom avec l'intrusion perpétuelle dans la gestion de la chose publique, du corps électif, dit pouvoir législatif. Il y a là comme une antinomie qui se résout tantôt dans l'exagération du pouvoir personnel au détriment du véritable mécanisme parlementaire, comme en Allemagne, tantôt dans l'excès d'ingérence du Parlement, comme en France, où elle s'étend peu à peu à toutes les parties de l'administration et de la vie publique. L'antique adage de la séparation des pouvoirs, soi-disant gage et garantie de la liberté et de l'ordre, reste bien inscrit aux frontons des édifices politiques : mais, dans la pratique, la répartition des fonctions et des pouvoirs politiques s'opère suivant des conditions très différentes selon les pays et les mœurs. On sent que d'axiome ou de dogme, par suite de la pression des faits, et par suite aussi de son conflit avec l'idée de la souveraineté du peuple, devenue prépondérante dans les pays de suffrage universel, elle a passé à l'état de simple formule, qui varie beaucoup dans l'application »[1].

L'instabilité ministérielle et les difficultés qu'ont les présidents de la République à exercer le pouvoir résulteraient de l'omnipotence parlementaire. La crise du régime parlementaire est avant tout une crise de l'exécutif, provoquée par la prépondérance du législatif remettant en cause la séparation des pouvoirs elle-même.

L'objectif des *Éléments de droit constitutionnel* sera donc de démontrer qu'il existe plusieurs formes ou plusieurs degrés d'application dans la séparation des pouvoirs. Le premier de ces degrés est la séparation absolue entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Esmein en fait une critique résolue pour mieux désavouer ceux qui contestent le principe même de la séparation des pouvoirs.

Ils sont nombreux au sein de la doctrine publiciste de la fin du siècle. Certains auteurs considèrent en effet que l'unité de la souveraineté et la réalité de l'exercice du pouvoir s'opposent à toute séparation des pouvoirs entendue comme un isolement de chacune des fonctions étatiques[2]. Esmein explique : « On soutient qu'en raison et scientifiquement, c'est une conception mal venue. Les divers attributs de la souveraineté ne peuvent être exercés séparément, pas plus que dans les diverses facultés de l'être

[1] E. D'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement, op. cit.*, p. 89-90.

[2] On notera qu'Édouard Fuzier-Herman signale, lui, les protestations émises par les contre-révolutionnaires tel Joseph de Maîstre qui rejettent la théorie de la séparation des pouvoirs « parce qu'elle leur paraît incompatible avec le régime politique rêvé par eux, dont ils excluent la liberté », É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs selon l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 302-304.

humain ; ils se coordonnent naturellement et nécessairement dans une action commune qui suppose une direction d'ensemble. Les divers pouvoirs ne sont que des rouages d'un même mécanisme ; pour que la machine marche à souhait, il doit y avoir un seul moteur, une même impulsion transmise de proche en proche. Il faut au gouvernement une direction unique, et, en même temps, une responsabilité concentrée : par la division, on rompt la première et on rend la seconde illusoire »[1].

Cette critique de la « séparation » des fonctions étatiques est exprimée par Léon Duguit, ce que relèvera Esmein. Dans les premières lignes de son article « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », Duguit s'oppose en effet à l'idée même d'une « séparation » : « Théoriquement, la séparation absolue des pouvoirs ne se conçoit pas. L'accomplissement d'une fonction quelconque de l'état se traduit toujours en un ordre donné ou en une convention conclue, c'est-à-dire à un acte de volonté, en une manifestation de sa personnalité. Il implique donc le concours de tous les organes constituant la personne état »[2]. Il paraît donc impossible à Léon Duguit de prôner le sectionnement et l'isolement des fonctions étatiques, au risque de nier le principe d'unité de l'État et du pouvoir.

Les *Éléments de droit constitutionnel* mentionnent également, comme le fera Carré de Malberg[3], l'argumentation que Woodrow Wilson développe dans son *Congressional government* publié pour la première fois en 1884. Dix ans avant Duguit, Wilson considère déjà que le « sectionnement de l'autorité » – « *the piecing of authority* »[4] – s'assimile à un « découpage en petits morceaux » – « *the cutting of it up into small bits* »[5] – ayant pour conséquences la paralysie dommageable – « *distressing paralysis* »[6] – du système de gouvernement. De sorte que là encore, la théorie littérale – « *literary theory* »[7] – de la séparation des fonctions, analysée par l'Américain comme la théorie des freins et contrepoids – « *checks and balances* »[8] – ne peut constituer un mode d'organisation des fonctions propre à assurer un bon gouvernement.

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 462. Félix Moreau expose la même idée : « C'est aujourd'hui une notion courante, presque banale, que la nécessité de cette séparation [des pouvoirs exécutif et législatif]. 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 .D'autres, plutôt historiens que métaphysiciens, constatent qu'elle est une nouveauté d'hier, que de nombreuses et florissantes sociétés l'ont ignorée, et y voient la source des troubles politiques qui dans ce siècle ont affligé la plupart des États européens », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 381.

[2] Il poursuit : « Le gouvernement parlementaire, qui est jusqu'à présent la forme politiquer la mieux adaptée à la démocratie représentative, le gouvernement parlementaire, qui peut seul, quoiqu'on en dise, garantir dans un grand pays à la fois les droits de la collectivité et de l'individu, repose non point sur la séparation des pouvoirs, mais au contraire sur leur collaboration et leur solidarité », L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 99.

[3] Voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, t. II, p. 13 et p. 14.

[4] W. Wilson, *Congresionnal government. A study in american politics*, Boston & New York, Houghton Mifflin Company, 1885, p. 281.

[5] *Ibid*.

[6] W. Wilson, *Congresionnal government. A study in american politics, op. cit.*, p. 282.

[7] W. Wilson, *Congresionnal government. A study in american politics, op. cit.*, p. 284.

[8] W. Wilson, *Congresionnal government. A study in american politics, op. cit.*, p. 284 -285. Voir sur ce point, J. Boudon, *Le frein et la balance : études de droit constitutionnel américain*, Paris, Mare et Martin, 2010, 403 pages.

Saint Girons et Fuzier-Herman[1], dans leurs mémoires pour le Prix du Budget de 1879, entendaient déjà contrer cette argumentation qui réduit la théorie de la séparation des pouvoirs à un principe néfaste d'isolement des fonctions[2]. Tous deux expliquent ainsi que le principe ne peut être dommageable à l'exercice des fonctions de la souveraineté que s'il est entendu de façon *absolue*. Le professeur lyonnais explique ainsi que « Tous les hommes qui ont sérieusement réfléchi sur la politique, qui ont étudié la nature humaine et surtout la société, ont reconnu la nécessité de l'union des pouvoirs. Malheureusement l'idée de séparation absolue est bien plus simple que l'idée d'indépendance se combinant avec le concours. Les théories simples ont toujours beaucoup plus de succès : elles sont plus facilement intelligibles »[3].

Esmein rejoint, sur ce point, leur argumentation en exposant qu'il ne peut s'agir d'une séparation absolue qui serait effectivement opposée à l'unité du pouvoir, et donc à l'unité de la souveraineté. Il démontre que Montesquieu lui-même ne prône pas de séparation « absolue ». Se fondant sur le quatrième chapitre du Livre XI et la fameuse assertion « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir »[4], Esmein considère que l'essence de la théorie de la séparation des pouvoirs se trouve ici exprimée.

Le principe impose une « distinction » des fonctions et non leur séparation entendue comme un isolement strict : « Sans doute cela ne peut conduire à démembrer inutilement l'exercice des divers attributs de la souveraineté qui ont entre eux une cohésion naturelle ; l'unité de direction peut seule assurer leur bon emploi : mais cette vérité commande de confier à des représentants séparés et indépendants les divers pouvoirs qui sont véritablement distincts »[5].

L'expression « séparation des pouvoirs » vise à démontrer que tous les États représentatifs organisent une séparation des pouvoirs législatif et exécutif, et particulièrement le régime parlementaire. Il en existe deux degrés principaux, matrice d'une classification des régimes politiques opposant « séparation souple » et « séparation stricte », devenu un « lieu commun de la doctrine constitutionnelle française »[6].

---

[1] « Il n'a jamais été dans les vues de Montesquieu ni de ses émules de consacrer l'indépendance réciproques absolue des pouvoirs de l'État, leur autonomie qui entraînerait, par exemple, le droit pour l'administration de se refuser à exécuter les lois, le droit pour le juge de ne pas rendre une sentence. Non, encore une fois, les pouvoirs sont hiérarchisés, sont subordonnés en un certain sens, et leur séparation signifie seulement qu'ils ne peuvent empiéter sur leurs attributions mutuelles », É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 301.

[2] On remarque que l'idée était déjà défendue par Pellegrino Rossi : « Cependant quand on dit — la séparation des pouvoirs — peut-on entendre par là une séparation telle qu'il n'y ait aucun point de contact entre un pouvoir et un autre, que ce soient pour ainsi dire, trois rouages juxtaposés les uns contre les autres sans se toucher. Évidemment il en résulterait une lutte entre eux ou une inaction complète. Lors donc qu'on dit séparation, on ne veut pas parler de cette séparation matérielle, on entend par là que les pouvoirs soient séparés de manière que l'un ne soit pas dans la dépendance de l'autre, de manière que chacun dans sa sphère ait cette liberté d'action dont nous avons parlé », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 379.

[3] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 292.

[4] Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, *op. cit.*, t. II, p. 206.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 457. Il réaffirme l'idée de « rapports inévitables » entre les fonctions étatiques dans son *Précis élémentaire* : « Le second principe essentiel de la Constitution [de 1791] était la séparation des pouvoirs qui, selon la doctrine de Montesquieu, étaient au nombre de trois : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Chacun devait avoir des titulaires distincts et devait, en principe, être indépendant des autres, *cependant des rapports entre eux étaient inévitables* », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 34.

[6] J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », art. cité., p. 248.

Le régime parlementaire repose sur le principe de séparation « atténuée » entre le pouvoir législatif et exécutif. Ce degré de séparation souple ou « atténuée » permet de considérer que le régime parlementaire, britannique ou français, institue bien une séparation des pouvoirs et reste conforme à la théorie de Montesquieu et, par voie de conséquence, à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Section 1). Mais, comme le note Julien Boudon, « une chose ne peut être dite "souple" que si elle a un contrepoint : ce sera la séparation "rigide" des pouvoirs telle qu'elle serait pratiquée aux États-Unis »[1]. Le régime politique américain va donc servir de « contrepoint » ou d'opposition[2] au régime parlementaire : Esmein soutient que la république fédérale américaine applique « aussi strictement que possible la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif »[3] et fera alors figure de « théoricien du système constitutionnel américain »[4] (Section 2).

Section 1

Un régime parlementaire caractérisé par la séparation « atténuée » des pouvoirs exécutif et législatif

Les *Éléments de droit constitutionnel* affirment sans ambages : « Le gouvernement parlementaire, tel que nous l'avons étudié, atténue la séparation des pouvoirs, mais la maintient cependant »[5].

En 1896, Esmein parait être le seul auteur de droit constitutionnel à considérer que le régime parlementaire maintient une « séparation » des pouvoirs exécutif et législatif alors que la majorité de la doctrine publiciste tend à démontrer le contraire, en contestant les préceptes développés par Montesquieu dans le chapitre relatif à « la Constitution de l'Angleterre ». Toutefois, la remise en cause du principe de séparation n'est pas motivée par une idéologie anti-libérale. Les auteurs n'entendent pas saper le fondement même de la liberté politique selon l'enseignement de Montesquieu. Ils observent simplement que la théorie de Montesquieu, en prônant une « séparation » de trois pouvoirs et notamment de l'exécutif et du législatif, ne correspond pas à la réalité de la Constitution anglaise de la fin du XVIIIe siècle qu'il prétend décrire. Cette séparation ne peut, telle quelle, servir de base à l'organisation institutionnelle des États représentatifs modernes.

La critique la plus vive est celle exprimée par Antoine Saint Girons dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs* comme dans son *Manuel de droit constitutionnel*. Le professeur lyonnais conclut, sinon aux erreurs, du moins à l'imprécision de Montesquieu dans sa description de la Constitution anglaise, si tant est que le philosophe ait tenu à en offrir une véritable description. L'*Essai sur la séparation des pouvoirs* expose ainsi que « l'ouvrage de

---

[1] J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », art. cité., p. 251.
[2] Julien Boudon cite l'étude de Richard Moulin parue en 1978 : « Il est aisé de constater combien cette description des institutions américaines est orientée en fonction d'une opposition avec le régime parlementaire », ou encore « Le régime présidentiel est décrit essentiellement de façon négative, par opposition au régime parlementaire », R. Moulin, *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978, p. 15 et p. 23.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 466.
[4] Voir G. Conac, « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », *op. cit.*, p. 13-23.
[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 483.

Montesquieu n'a pas pu échapper à quelques faiblesses : en étudiant l'Angleterre, l'auteur pensait trop à la France, il avait l'esprit trop préoccupé des réformes désirables dans le gouvernement de sa patrie. Au fond, il nous a donné, non pas la constitution anglaise, telle qu'elle était, mais la constitution française qui lui paraissait devoir fonder la règle de la liberté. […]. Montesquieu n'a pas reproduit tous les traits de cette constitution. Il a fait des emprunts malheureux et des omissions fâcheuses ; après l'avoir mal analysée, il l'a mal imitée dans le projet de gouvernement qu'il propose »[1]. Saint Girons ajoute encore que « Montesquieu a surtout complètement méconnu la constitution anglaise, en se prononçant pour la séparation absolue des pouvoirs »[2]. Dans le même esprit, Eugène d'Eichtal voit également dans le chapitre VI du Livre XI de l'*Esprit des lois* une description périmée de la Constitution anglaise : « C'est un fait remarquable que ni dans les *Lettres*, ni dans celles des *Notes de voyage publiées* jusqu'ici, ni dans l'*Esprit des lois*, on ne trouve trace d'une observation directe de Montesquieu sur l'évolution et les crises que depuis Locke avait subies l'organisation du gouvernement britannique en ce qui concerne précisément les rapports du législatif et de l'exécutif, que dans son ouvrage il sépare si délibérément. […]. Il semble que Montesquieu ne les ait pas aperçus ou de propos délibéré n'y ait pas, dans son célèbre ouvrage, attaché d'importance. Ce grand fait qu'il avait sous les yeux, bien qu'enveloppé encore de nuages épais : la transmission de la majeure partie du pouvoir de gouvernement, du monarque à ses ministres paraît lui échapper »[3].

Seuls Édouard Fuzier-Herman et Léon Duguit semblent prendre la défense de la théorie de Montesquieu. Le premier indique que la plupart des juristes font fausse route en croyant trouver dans le chapitre VI une séparation absolue qui serait une description de la Constitution anglaise de la fin du XVIIIe siècle. L'auteur constate que le philosophe bordelais ne prétend pas à la description complète du système institutionnel de l'Angleterre, mais surtout qu'il ne procède nullement à la théorisation d'une séparation absolue des pouvoirs comme l'entend Saint Girons[4]. Duguit, lui, adopte une voie médiane en expliquant que Montesquieu « se borne à reproduire les règles de la Constitution anglaise, qu'il n'admet la séparation des pouvoirs que dans la mesure où elle se pratique en Angleterre »[5]. L'*Esprit des lois* ne promeut pas de séparation absolue mais, au contraire, « qu'une solidarité intime, qu'une collaboration constante doivent unir les différents pouvoirs de l'État »[6].

Mais quelle que soit l'interprétation retenue par ces juristes, tous notent que le régime parlementaire n'organise pas de séparation des pouvoirs au sens propre du terme. En 1903, Félix Moreau, dans *Pour le régime parlementaire*, opposera même le régime parlementaire à un régime de séparation des pouvoirs, de sorte que le régime français n'organise aucune « séparation »[7]. Tous privilégient les notions de « collaboration »[8], de

---

[1] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 94.
[2] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 81.
[3] E. d'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement, op. cit.*, p. 123-125.
[4] Voir É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 280-290.
[5] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 108.
[6] *Ibid*.
[7] Voir notamment F. Moreau, *Pour le régime parlementaire, op. cit.*, p. 136-158.
[8] Saint Girons comme Moreau considère que la séparation ne doit consister qu'en une «collaboration » : voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 390 à p. 468. Voir également F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 387.

« concours »[1], d'« alliance »[2] ou d'« union »[3] des pouvoirs. Tous, sauf l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* qui semble être le seul à maintenir l'expression de « séparation » des pouvoirs pour caractériser le régime parlementaire tout en en concédant le caractère atténué. Cette démarche est sans aucun doute motivée par la volonté de combattre la doctrine du publiciste anglais Walter Bagehot qui conclut, comme nous le verrons, à la fusion des pouvoirs du régime parlementaire anglais.

Esmein considère donc, à l'image de Saint Girons ou de Moreau, que Montesquieu entend décrire la Constitution anglaise dans son célèbre chapitre de l'*Esprit des lois* : « Montesquieu enfin, comme Locke avant lui, croyait trouver dans la Constitution anglaise la séparation des pouvoirs telle qu'il la professait. En ce point il se trompait assurément ou, du moins, il exagérait, car le pouvoir législatif n'était point complètement séparé en Angleterre du pouvoir exécutif, puisque le roi, titulaire de ce dernier, avait également part au pouvoir législatif ; […]. Mais l'exagération était excusable, car, comme je l'ai dit, elle se fit accepter des Américains ; et même Blackstone, tout en faisant les rectifications nécessaires au point de vue du droit anglais, acceptait de Montesquieu la séparation des trois pouvoirs »[4].

Mais il poursuit en démontrant que le régime parlementaire se fonde sur le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et législatif, principe qui, « sans être abandonné »[5], subsiste sous une forme atténuée. Dès lors, dans la description des mécanismes du régime parlementaire, les *Éléments de droit constitutionnel* tentent de minimiser les entorses à l'idée de séparation fonctionnelle – c'est-à-dire à la spécialisation des organes législatif et exécutif – pour préserver autant qu'il est possible le caractère séparatiste du régime (I). Ce caractère séparatiste est également et surtout maintenu par l'indépendance de chacun des organes législatif et exécutif, de sorte que l'indépendance organique constitue la forme la plus visible de la séparation en régime parlementaire. Toutefois, le critère de l'indépendance se focalise sur le seul exécutif, Chef de l'État et cabinet ensemble (II).

---

[1] Saint Girons consacre notamment un chapitre entier de son étude au « concours nécessaire des deux pouvoirs », voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 291-302.
[2] Voir É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs selon l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 313.
[3] Voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 301. Marie-Joëlle Redor fait remarquer que même Maurice Deslandres, pourtant opposé à l'idée même de séparation, avance l'idée d'un équilibre des pouvoirs : voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 156, note 19.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 458.
[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 466.

I
L'atténuation des entorses à la séparation des fonctions législative et exécutive

Quels que soient le vocabulaire ou les expressions employés, les publicistes de la fin du siècle admettent tous que la séparation entendue comme absolue ne doit et ne peut exister. Tous admettent ainsi que le régime parlementaire se caractérise par un certain nombre d'entorses ou d'exceptions à la règle première en autorisant des points de contacts entre les pouvoirs, des « rapports constants »[1] dit Esmein.

Ces points de contacts constituent, en régime parlementaire, des entorses au principe de la séparation fonctionnelle ou de la spécialisation des organes de l'État. Cette forme de régime politique admet à la fois l'intervention de l'organe exécutif dans l'exercice de la fonction législative et celle de l'organe législatif dans l'exercice de la fonction exécutive.

La procédure législative est ici à l'honeur. L'ensemble des juristes le reconnaît en observant l'intervention des deux parties de l'organe de l'exécutif – chef de l'État et Cabinet – dans la confection de la loi[2]. Toutefois, en comparant les développements des *Éléments de droit constitutionnel* aux ouvrages de droit constitutionnel antérieurs à 1896 et aux études spécifiques relatives au principe de séparation des pouvoirs, on remarque qu'Esmein minimise cette incursion des parties de l'organe exécutif dans la confection de la loi.

Le seul accord entre Esmein et ses collègues tient la participation de l'organe exécutif à la première étape de la procédure législative : l'initiative. Tous les auteurs reconnaissent en effet que le droit d'initiative législative partagé entre les membres du Parlement et les agents de l'exécutif – consacré en France par l'article 3 de la loi du 25 février 1875[3] – constitue la caractéristique principale du régime parlementaire et ainsi la principale entorse à la règle de la spécialisation des organes étatiques. Dans son étude sur la séparation des pouvoirs, Édouard Fuzier-Herman appréhende le droit d'initiative législative comme l'une des « fonctions accessoires » de l'organe exécutif : « Fonctions accessoires, dans notre esprit, cela ne veut pas dire, et tant s'en faut, fonctions secondaires, mais, ainsi qu'on l'a vu plus haut, *fonctions dont on comprendrait que, sans violation des principes, le pouvoir exécutif (puisque c'est lui qui nous occupe) ne fût pas investi* »[4].

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 464.

[2] Nous excluons ici l'étude de l'exercice du pouvoir réglementaire par le pouvoir exécutif qui ne fait pas débat quant au principe de séparation des pouvoirs, Esmein considérant : « Il n'y a point là cependant un échec au principe de la séparation des pouvoirs, une attribution partielle ou une délégation constitutionnelle du pouvoir législatif au pouvoir exécutif. J'ai déjà eu l'occasion de le dire, le pouvoir réglementaire est pleinement distinct du pouvoir législatif, et le règlement n'est pas la loi. Le règlement fait en exécution de la loi lui est complètement subordonné. Il ne peut que développer et compléter dans le détail les règles qu'elle a posées ; il ne peut ni l'abroger, ni la contrarier ; il doit la respecter dans sa lettre et dans son esprit », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 676.

[3] « Le Président de la République a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres ».

[4] L'auteur poursuit : « De ce nombre est le droit d'initiative législative, que le gouvernement partage, pour le plus grand bien de la chose publique, avec chacun des membres du Parlement », É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 380, nous soulignons.

Saint Girons considère que « l'initiative partagée est un des meilleurs moyens de collaboration des pouvoirs publics »[1] et prophétise que ce principe, malmené dans l'histoire constitutionnelle de la France, deviendra un « de ces axiomes politiques qu'on ne discute plus »[2]. Il affirme alors que l'initiative de la loi n'est, en réalité, ni une attribution entrant entièrement dans la fonction législative, ni une attribution entrant complètement dans la fonction exécutive : « Quoi qu'on en ait dit, le droit d'initiative ne fait partie, ni du pouvoir exécutif, ni du pouvoir législatif. Celui qui propose est, au fond, celui qui a eu la première idée de la nouvelle loi. Ce sera peut être un journaliste, peut-être l'auteur d'une pétition aux Chambres »[3]. S'il en fait l'élément essentiel du « concours des deux pouvoirs »[4], Saint Girons justifie ce partage de l'initiative législative par une opposition supposée entre la tendance politique progressiste des Chambres et la tendance conservatrice incarnée par l'organe exécutif : « Le Parlement et le chef de l'État ont naturellement un esprit différent. Le Parlement est ouvert à toutes les idées de progrès : se retrempant à périodes fixes dans le pays, par l'élection, il est plus rapproché du peuple et connaît ses aspirations, s'il ne satisfait pas toujours à ses besoins. Mieux que le pouvoir exécutif, le Parlement peut proposer des lois d'innovation. Le chef de l'État est surtout apte à proposer des améliorations aux lois existantes : il connaît les difficultés soulevées par la pratique et il saura parfaitement indiquer les moyens de les éviter. En général, les projets de grandes réformes, les idées qui peuvent bouleverser tout un ordre de choses, ne viennent pas du pouvoir exécutif »[5].

Cet argument est rejeté par Henri Rozy qui considère qu'il s'agit là d'une « question de date et de tempérament »[6] et non d'une question politique, ni même d'une question constitutionnelle. Il y voit « une application restreinte et mesurée de la pénétration réciproque des pouvoirs »[7]. Esmein reprend exactement la même formule en établissant que le droit d'initiative partagé entre législatif et exécutif constitue une « pénétration réciproque »[8] des pouvoirs. Ce droit partagé entre le Président de la République[9] au moyen de ses ministres et les Chambres délibérantes est nécessaire à la fois pour la bonne tenue de la procédure législative et pour la qualité de la législation. En

---

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 407.
[2] *Ibid*.
[3] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 407.
[4] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 303-307.
[5] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 305. L'idée sera exprimée de façon identique dans son ouvrage de droit constitutionnel : « Elle [l'initiative partagée] concilie les prérogatives des deux pouvoirs et donne ouverture aux tendances diverses du Parlement et du Chef de l'État. L'esprit d'innovation chez les représentants se modère par l'esprit de conservation et d'amélioration pratique chez les ministres », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 407.
[6] « Je ne justifierai donc point, comme M. Saint Girons, par la différence naturelle des tendances des deux pouvoirs, leur simultanéité d'action sur ce terrain. Est-il vrai de penser, comme lui, que le Parlement est surtout ouvert à toutes les idées de progrès et que le Chef de l'exécutif est plus conservateur du passé ou du présent ? Non. C'est là une question de date et de tempérament. Aussi je n'estime point qu'il appartienne au Parlement de proposer, surtout les lois d'innovation, et au chef de l'exécutif les simples améliorations aux lois existantes. Ils agiront librement, comme ils l'entendront », H. Rozy, *Des divisions du pouvoir (séparation des pouvoirs)*, *op. cit.*, p. 60.
[7] Il poursuit : « Cette faculté accordée, à la fois au législatif et à l'exécutif, sur tous les sujets, loin de créer des conflits, assure l'intensité de la vie de la nation et la sérieuse satisfaction de ses besoins multiples », *Ibid*.
[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 136.
[9] Esmein insiste sur le fait que le projet de loi doit émaner formellement du titulaire de la fonction exécutive, monarque ou président : voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 729 note 3 et p. 973-974.

ce sens, il appelle à la modération de l'initiative parlementaire : « Sous le gouvernement parlementaire, il est désirable et logique que l'initiative parlementaire soit très discrètement exercée par les membres du Parlement qui appartiennent à la majorité. La proposition des mesures importantes doit être réservée aux ministres. C'est la majorité qui les proposera par leur organe, mais avec ordre et discipline, c'est-à-dire dans les meilleures conditions »[1]. Saint Girons déjà appelait à la modération en redoutant les abus de certains membres des Chambres : « Le Parlement, au contraire [du Gouvernement], compte toujours un groupe de rêveurs, d'exaltés, ou simplement de novices, en rupture d'arrondissement, qui font de la politique passionnée et non de la politique raisonnée, qui souvent, dans l'espoir inavoué d'être arrêtés à temps par leurs collègues, hasardent les propositions les plus intempestives, et retardent les affaires les plus urgentes. Ils font mal et empêchent de bien faire »[2]. Contrairement à Moreau, qui voit dans le règlement intérieur des Chambres le moyen de contrer ces abus parlementaires[3], Saint Girons estime que seules les mœurs parlementaires permettent de s'en prémunir[4].

Tous considèrent donc que le partage du droit d'initiative législative constitue, comme l'écrit Esmein, « la règle la plus sage »[5] et « la seule compatible d'ailleurs avec le génie du gouvernement parlementaire »[6]. C'est ce que résume parfaitement Félix Moreau : « la loi faite avec le concours du pouvoir exécutif sera meilleure ; elle sera proposée au moment opportun ; elle sera conforme aux besoins pratiques que l'Exécutif est mieux placé pour connaître, et ne poursuivra pas l'application de chimères théoriques, plus dangereuses peut-être qu'inutiles ; elle fera les réformes d'une manière progressive et non pas radicale »[7]. Esmein semble cependant être le seul à soulever la question de l'attribution formelle de ce droit d'initiative législative au titulaire de l'exécutif, c'est-à-dire au Président de la République selon l'article 3 de la loi du 25 février 1875. Ainsi fait-il remarquer dans une note de bas de page, en référence à Prévost-Paradol, que la coutume anglaise et le droit français diffèrent sur ce point : « Cependant divers publicistes, se rattachant aux usages suivis en Angleterre, préféreraient que, sous le gouvernement parlementaire, le droit d'initiative n'appartint pas en droit au titulaire du pouvoir exécutif, les ministres présentant les projets de loi gouvernementaux en qualité de membres du Parlement »[8]. L'idée de Prévost-Paradol semble avoir pour objectif de limiter les conséquences que

---

[1] *Ibid*.
[2] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 409.
[3] « On peut craindre l'abus du droit d'initiative par les membres des Chambres. C'est au règlement intérieur qu'il appartient de prendre des mesures à cet égard », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 279-280.
[4] « Il est difficile que la loi, ou même les règlements des Chambres, empêchent les représentants d'abuser de leur droit d'initiative et surtout de leur droit d'amendement, qui est la conséquence nécessaire du premier. Il y a là surtout une question de mœurs parlementaires », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 409.
[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 729.
[6] *Ibid*.
[7] *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 391.
[8] La note se poursuit par la citation de l'extrait de *La France nouvelle* de Prévost-Paradol ! « "Il y aurait avantage à suivre sur ce point l'exemple du Parlement anglais, où le chef du Cabinet propose, en son propre nom en sa qualité de député, les mesures qu'il croit utiles, sans que le nom et le désir du souverain soient jamais invoqués devant les Chambres. Quelque habituée que puisse être une nation à la fiction constitutionnelle, il n'est pas indifférent de voir présenter, au nom du souverain, et comme l'expression de ses vœux, des mesures dont l'échec, parfois éclatant, paraît remonter jusqu'à la couronne, si le gouvernement parlementaire est une monarchie, ou peut affaiblir dans une république l'autorité présidentielle, nécessaire à l'exécution des lois" », L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, cité par Esmein dans *Éléments…*, *op. cit.*, p. 729.

pourrait avoir sur l'autorité du chef de l'État – monarque ou président – le rejet d'un projet de loi émanant formellement de lui. Esmein signale l'idée mais ne se prononce pas sur les bienfaits que pourrait procurer une telle institution.

Si le partage de l'initiative législative constitue une entorse au principe de spécialisation des organes, Esmein semble en faire la seule prise de l'organe exécutif dans la procédure de confection de la loi. Car, à l'opposé de ses collègues juristes, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* n'admet pas que la promulgation de la loi par le chef de l'État puisse constituer une seconde entorse au principe et tend par là à minimiser l'influence de l'exécutif dans la procédure législative. Saint Girons présente la promulgation comme une partie intégrante de la fonction législative : ainsi classe-t-il la promulgation parmi les fonctions législatives accordées au Chef de l'État[1]. Son *Manuel de droit constitutionnel* sera plus précis : par la promulgation, l'organe exécutif complète la loi et achève la procédure législative. Même si, « au point de vue philosophique »[2], l'adoption de la loi par les Chambres lui donne naissance, il est nécessaire que l'existence de la loi soit portée à la connaissance de tous: « Comme la promulgation est l'acte qui complète la loi, en la déclarant définitive et obligatoire, cet acte ne saurait être appelé exécutif. On exécute une loi, lorsqu'on applique ce qu'elle ordonne, et non lorsqu'on la fait connaître comme loi, pour avoir le droit d'en exiger l'application. La promulgation est un acte préliminaire indispensable à l'exécution, elle n'est pas un acte d'exécution »[3]. Saint Girons n'établit d'ailleurs pas de distinction entre les régimes autorisant la sanction de la loi par le chef de l'État, c'est-à-dire lui remettant un droit de veto suspensif ou même définitif, et les régimes le refusant. Que le Chef de l'État puisse opposer un veto et ainsi sanctionner ou non la loi votée par les Chambres, ou qu'il puisse seulement requérir une nouvelle délibération des Chambres comme le permet l'article 7 de la loi du 16 juillet 1875, l'acte de promulgation est appartient à la fonction législative : « Nous ne croyons pas que le caractère législatif de la promulgation tienne uniquement à la sanction, et que, si ce droit n'existe pas, la promulgation devienne le premier acte d'exécution »[4]. Il s'agit également là de l'opinion de Félix Moreau qui, tout en soulignant le peu d'importance que revêt la question, n'en affirme pas moins que la promulgation parachève la procédure législative : « La promulgation doit être considérée comme un acte législatif, car elle n'exécute pas. Cette idée est presque incontestable pour les Constitutions qui réservent au chef de l'État la sanction de la loi ; elle est encore vraie de celles qui lui accordent un délai pour solliciter des Chambres une nouvelle délibération. La loi n'est définitive que par la promulgation qui exprime la renonciation du Chef de l'État à ce droit, son consentement à la loi. On a soutenu pourtant que la promulgation est un acte d'exécution parce que la loi existe dès qu'elle a été votée par les Chambres. La question d'ailleurs manque d'intérêt pratique »[5].

---

[1] Voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 281.

[2] « Qu'il soit peut être exact, au point de vue philosophique, de soutenir que la loi est parfaite, dès qu'elle a été définitivement et régulièrement votée, nous l'accorderons volontiers. Mais, si on descend sur le terrain de la pratique, si on se rappelle l'adage : "Nul n'est censé ignorer la loi", il faut bien admettre que, pour les citoyens, la loi n'est pas parfaite dés qu'elle a été votée d'une manière définitive. Il faut qu'une autorité compétente constate ce vote et le déclare publiquement », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 375.

[3] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 376.

[4] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 375.

[5] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 333.

Les *Éléments de droit constitutionnel* adoptent une position exactement inverse à celle exprimée par les ouvrages de Saint Girons et de Moreau. Esmein prétend faire de l'acte de promulgation, non l'acte parachevant la procédure législative, mais l'acte inaugurant l'exécution de la loi. La promulgation est donc appréhendée comme un acte exécutif. Cela est en pleine conformité avec le principe de séparation des pouvoirs, indépendamment du fait que la constitution remette un droit de veto au Chef de l'État ou seulement un droit de requérir une nouvelle délibération[1] : « La promulgation est l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif déclare *exécutoire* une loi régulièrement votée par le Corps législatif, et donne aux agents de l'autorité publique l'ordre de veiller à son exécution et d'y prêter main-forte au besoin. La nécessité de la promulgation est une conséquence logique de la séparation des pouvoirs. La loi est bien parfaite et définitive lorsqu'elle a été votée par le pouvoir législatif (nous supposons, bien entendu, que le droit de *veto* n'existe pas ou qu'il est épuisé), mais elle n'est pas exécutoire tant que la promulgation n'a pas eu lieu. Le droit et le devoir de veiller à son exécution appartiennent, en effet, au pouvoir exécutif ; tant que celui-ci n'a pas donné l'ordre d'y procéder, aucune des autorités publiques ne saurait en tenir compte »[2]. Il semble qu'Esmein adopte ici une position identique à celle d'Édouard Fuzier-Herman qui considère que la promulgation débute la procédure d'exécution de la loi, de sorte qu'elle constitue le premier acte de la fonction exécutive : « Le pouvoir exécutif est à juste titre chargé de la promulgation des lois, qui constitue à vrai dire la condition sine qua non, et par suite le commencement même, le préliminaire de leur exécution ; en dehors de cette considération théorique, la promulgation ne pouvait être confiée qu'au gouvernement, car elle intervient après que l'œuvre du législateur est terminée… »[3]. Ainsi, seul le droit d'initiative législative partagé est analysé comme une exception au principe de spécialisation des organes étatiques, ou au principe de séparation fonctionnelle.

Une ultime précision quant l'exercice *matériel* de la fonction législative par les Chambres. Esmein s'interroge en effet sur la convocation des assemblées législatives par l'organe exécutif : « le principe de séparation des pouvoirs n'impose-t-il pas la même solution [de la permanence des assemblées législatives] ? Si les pouvoirs législatif et exécutif sont distincts et doivent être séparés, le second ne doit pas pouvoir suspendre ou interrompre l'activité du premier : ce serait absolument contraire à l'indépendance dont il doit jouir »[4]. La réponse est négative. Se fondant sur les écrits de Montesquieu, Esmein démontre que la permanence des assemblées est contraire au principe d'indépendance de l'organe exécutif dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi justifie-t-il le droit de convocation et d'ajournement des assemblées législatives en régime parlementaire : « La permanence, pour le vieux maître, est incompatible avec l'indépendance du pouvoir exécutif, qui

---

[1] Esmein considère que ce droit du chef de l'État de demander une nouvelle délibération aux Chambres a « peu de portée pratique », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 729. Il s'en explique : « Aussi, depuis 1875, cette prérogative n'a-t-elle pas été exercée une seule fois, et l'on ne voit guère de cas où elle puisse s'exercer. Il faudrait supposer pour cela que la loi, que le Président soumettrait de nouveau à la délibération des Chambres, a pu passer sans que son vote ait compromis l'existence du ministère qui veut la faire rapporter maintenant. Cela est difficile à concevoir, surtout dans les usages du parlementarisme français », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 675.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 669.

[3] L'auteur poursuit : « et le pouvoir judicaire ne pouvait en être chargé, sous peine de contradiction avec son caractère propre et à moins de faire renaître à son profit le funeste droit d'enregistrement qu'exerçaient les anciens parlements », É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 379

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 731.

forme, on le sait, un des points essentiels de sa théorie. Il connaît bien la force prépondérante, absorbante, du pouvoir législatif. Il pense que si ce dernier est toujours en activité, le pouvoir exécutif harcelé, menacé peut-être par lui, ne pourra jamais pleinement et avec la tranquillité nécessaire exercer son action propre. L'auteur de la théorie ne voyait point dans la permanence des assemblées une conséquence nécessaire de ce principe. Il la combattait, au contraire, au nom de ce principe même »[1].

Quant à l'exercice d'une part de la fonction exécutive par l'organe législatif – les Chambres – Esmein entend encore atténuer l'entorse au principe de séparation en minimisant notamment le rôle du Parlement sur la scène étrangère.

Les *Éléments de droit constitutionnel* établissent d'abord une distinction entre « la direction des relations extérieures et de l'action diplomatique » dans sa globalité et le droit particulier de traiter avec un État étranger. Si la première « revient naturellement »[2] à l'organe exécutif, la question de la négociation, de la conclusion et de la ratification des traités internationaux constitue un « terrain naturellement litigieux entre les deux pouvoirs »[3] : « Mais la conclusion définitive des traités, le droit d'engager ainsi l'État à l'égard des nations étrangères, est compris, au contraire, dans une sorte de zone mixte, qui confine à la fois au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif et qui, dans les Constitutions modernes, est disputée entre eux »[4]. L'auteur expose alors les deux « systèmes constitutionnels absolus et opposés »[5] en présence. La première, directement tirée de l'*Esprit des lois*, établit que « le droit des gens » entre dans les fonctions de la « puissance exécutive »[6]. La seconde lui est strictement opposée : de par l'importance politique et juridique de l'engagement international, « *tous les traités sans distinction* ne peuvent devenir définitifs que s'ils ont été approuvés par le pouvoir législatif »[7], c'est-à-dire par l'organe législatif.

Esmein explique que les constitutions des États parlementaires, sous influence du système anglais[8], ont adopté une des solutions « mixtes et transactionnelles » qui établissent une distinction entre deux types de traités internationaux. C'est le cas de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 qui réclame l'approbation des Chambres pour certaines catégories de traités : « Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il en donne connaissance aux Chambres aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'État le permettent. Les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'État, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres ».

Dans l'exposé qu'ils offrent de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, Saint Girons et Moreau valorisent le rôle du Parlement dans l'approbation de ces traités et tendent à le protéger contre le cabinet. Saint Girons appelle « à ne pas laisser

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 734.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 756.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 477.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 757.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 760.
[6] Esmein signale que Rousseau, par un raisonnement bien différent de celui de Montesquieu, établit dans ses *Lettres écrites de la Montagne* la même nécessité de confier le droit de négocier et de traiter aux « chefs » et non au peuple : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 757-758.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 759.
[8] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 760-761.

trop de liberté au ministère, afin que le Parlement garde intact son droit de ratification définitive »[1], afin d'éviter qu'il ne se transforme en « une Chambre d'enregistrement »[2].

Félix Moreau pousse la réflexion plus loin encore, en remettant en cause l'utilité de la distinction instituée entre les diverses catégories de traités. Déplorant l'imprécision des termes de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, son *Précis élémentaire* préconise une compétence générale du Parlement dans l'approbation des traités sans distinction, au risque de lui confier l'ensemble de la compétence de ratification: « L'énumération est tellement large qu'en fait les Chambres sont appelées à voter sur la plupart des traités. Chacun de ses termes s'explique par une raison spéciale. […]. Toutes ces raisons peuvent être exactes. Mais il eût été plus simple de décider, comme la proposition en a été faite, que tous les traités devraient être soumis à l'approbation des Chambres. On en est à se demander quels traités échappent au contrôle législatif. Je cite, mais ces exemples mêmes sont douteux, les conventions diplomatiques qui stipulent l'exécution réciproque des jugements, celles qui règlent l'échange des actes de l'état civil »[3].

Esmein prend le contre-pied de la position de Moreau. S'il ne nie pas la légitimité du contrôle du Parlement sur des catégories particulières de traités, ses développements sur l'obligation d'approbation parlementaire préalable de l'article 8 visent avant tout à valoriser la compétence de principe du titulaire de l'exécutif en matière de ratification. Il souligne tout particulièrement la limitation stricte de l'obligation d'approbation parlementaire : « Mais notre texte contient un autre principe beaucoup plus important. Il admet pour le Président de la République le droit général de ratifier de sa seule autorité les traités négociés pas lui. Il n'a pas besoin, en principe, de l'autorisation des Chambres. Cela résulte évidemment de ce que cette approbation n'est exigée par le texte que pour certaines catégories de traités ; l'énumération de ces dernières est nécessairement limitative, sans cela elle n'aurait aucun sens »[4]. De même, les *Éléments de droit constitutionnel* prennent soins de relever qu'*approbation* ne signifie pas *ratification* : même dans les cas – limités – d'approbation parlementaire d'un traité international, le droit formel de ratification n'est pas transféré du Chef de l'État au Parlement mais seulement subordonné à un vote préalable : « D'après l'article 8 de la loi du 16 juillet 1875, le droit de ratifier les traités, comme celui de les négocier, appartient toujours au Président de la République. Parfois il pourra donner la ratification de sa seule autorité ; parfois, pour pouvoir la donner, il faudra que le traité ait été approuvé préalablement par les Chambres ; *mais c'est toujours lui qui la donne. Il est la seule autorité qui, pour la conclusion des traités, entre en relations juridiques avec les nations étrangères* »[5].

Esmein prend un soin particulier à examiner le contenu de la catégorie des traités engageant les finances de l'État, ce qui permet de réfuter l'accusation d'imprécision de l'article 8 émise par Moreau. L'objectif est, là encore, de préserver l'autonomie du Chef de l'État dans l'exercice de son droit de ratification : « En un certain sens tous les traités engagent éventuellement les finances de l'État : s'ils sont violés, ils peuvent donner occasion à des guerres coûteuses ou à des demandes d'indemnités de la part des nation cocontractantes. Mais ce ne peut être dans cette signification que le mot est pris ici ; car

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 466.
[2] *Ibid*.
[3] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 345.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 764.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 763, nous soulignons.

alors cette seule exception absorberait complètement la règle, et l'on retomberait dans le régime qui soumet indistinctement tous les traités au pouvoir législatif. *Ces mots doivent être entendus dans un sens étroit et précis : ils désignent les traités qui, par quelqu'une de leurs clauses, impliquent une dépense déterminée, et qui ne pourraient pas être complètement exécutées sans un crédit correspondant. Il faut que la dépense à faire pour l'exécution du traité soit une conséquence directe et nécessaire de celui-ci* »[1]. Cette explication est complétée par quelques lignes sur les traités d'alliance qui sont exclus de la liste des catégories de traités obligatoirement soumis à l'approbation du Parlement. Ces traités peuvent être conclus et ratifiés par le Président de la République sans intervention d'un vote des Chambres, sauf « si le traité d'alliance imposait à la France des charges pécuniaires déterminées, qui seraient la condition même de cette alliance »[2].

La description de la séparation souple des pouvoirs en régime parlementaire, du point de vue de l'exercice des fonctions étatiques, vise à minimiser les empiètements supposés dans la fonction législative de l'organe exécutif et à valoriser son rôle face à l'intervention du Parlement dans la fonction exécutive. Mais il y a plus encore. L'objectif le plus important d'Esmein est de combattre l'idée selon laquelle le mécanisme du gouvernement parlementaire laisse la Chambre basse exercer, de fait, le pouvoir exécutif par le truchement de la responsabilité politique du Cabinet. Certains auteurs considèrent que, par l'obligation faite au Chef de l'État de choisir les ministres dans la majorité politique de la Chambre basse, celle-ci doit être considérée, comme désignant le Cabinet par une élection qui ne dit pas son nom. L'idée implique ainsi que le Cabinet ne soit juridiquement envisagé que comme une émanation pure et simple de la Chambre basse, de sorte qu'on puisse considérer que c'est cette dernière qui exerce, de fait, la fonction exécutive au moyen du Cabinet qu'elle désigne et qu'elle révoque.

L'article « Deux formes de gouvernement » entendait déjà contester cette idée parfois exprimée au sein même de la Chambre des députés : ainsi depuis les par Louis Blanc ou par René Goblet[3]. Si, en 1875, Louis Blanc excipait de l'autorité de Walter Bagehot, Esmein n'entreprendra de réfuter la thèse du publiciste anglais que deux ans plus tard, lors de la parution des *Éléments de droit constitutionnel.* En 1867, Bagehot rassemble dans *The English Constitution* une série de neuf articles auparavant publiés dans *The*

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 765, nous soulignons.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 765.
[3] « En premier lieu, la règle d'après laquelle le ministère doit être choisi dans le parti qui possède la majorité à la Chambre, tend à être exagérée et mal interprétée. C'est simplement le seul moyen pratique d'assurer au cabinet cette majorité sans laquelle il ne peut vivre. Mais on y voit volontiers une élection du Cabinet par la Chambre des députés, élection véritable, bien qu'elle ne se fasse pas en forme. […]. Louis Blanc disait aussi en 1875 : "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 a fait prévalu ; c'est parce que la toute puissance exécutive y est concentrée entre les mains d'un premier ministre qui est censé nommé [sic] par la reine, mais qui est en réalité nommé par la Chambre des communes laquelle le renvoie dés 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". Enfin tout récemment, M. Goblet exprimait la même idée. Il en tirait même des conséquences juridiques. Il soutenait qu'après un renouvellement intégral de la Chambre des députés, le cabinet antérieurement formé et resté en fonctions devait faire confirmer ses pouvoirs par la Chambre nouvelle ; il doutait aussi qu'avant la réunion de celle-ci ce cabinet pût être dissous et reconstitué », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 33-34.

Fortnightly Review[1] dans lesquels il proposait aux lecteurs une analyse des institutions anglaises et de leur mécanisme.

Ces articles tendent à démontrer que le Cabinet anglais, par le jeu de la responsabilité politique et du principe majoritaire, n'est qu'un Comité de la Chambre des Communes désigné par elle : « *By that new word* [*the cabinet*] *we mean a committee of the legislative body selected to be the executive body. The legislature has many committees, but this is its great. It chooses for this, its main committee, the men in whom it has most confidence. It does not, it is true, choose them directly; but it is nearly omnipotent in choosing them indirectly. A century ago the Crown had a real choice of ministers, though it had no longer a choice in policy* »[2]. L'auteur poursuit en considérant que le chef du Cabinet, le premier ministre, fait l'objet d'une élection de fait par les membres de la majorité de la Chambre des communes. Il opère même une distinction entre le *leader* de la Chambre élu directement par la majorité qu'il qualifie de « vrai premier ministre » – Esmein traduit par « premier ministre effectif » – et le « premier ministre en titre » élu indirectement, sans vote, par cette même Chambre : « *But, as a rule, the nominal prime minister is chosen by the legislature – and the real prime minister for most purposes — the leader of the House of Commons almost without exception is so. There is nearly always some one man plainly selected by the voice of the predominant party in the predominant house of the legislature, to head that party, and consequently to rule the nation. We have in England an elective first magistrate as truly as the Americans have an elective first magistrate. The Queen is only at the head of the dignified part of the constitution. The prime minister is at the head of the efficient part. The Crown is, according to the saying, the "fountain of honour"; but the Treasury is the spring of business. However our first magistrate differs from the American. He is not elected directly by the people; he is elected by the representatives of the people. He is an example of "double election"* »[3]. Cette description de la Constitution anglaise nie le principe même de la séparation des pouvoirs et laisse à l'organe législatif l'exercice effectif de la fonction exécutive : « *The legislature chosen, in name, to make laws, in fact finds its principal business in making and in keeping an executive* »[4].

Le raisonnement de Bagehot le conduit ainsi à définir le régime parlementaire britannique, modèle du genre, comme un régime de « fusion presque complète » des pouvoirs législatif et exécutif, le Parlement exerçant de fait, au moyen du Cabinet, la fonction exécutive : « *The efficient secret of the English Constitution may be described as the close union, the nearly complete fusion of the executive and the legislative powers. According the traditional theory, as its exist in all the books, the goodness of our constitution consists in the entire separation of the legislative and executive authorities, but in truth its merits consist in their singular approximation. The connecting link is the cabinet* »[5].

Esmein signale que cette idée n'est pas propre à Walter Bagehot puisque James Bryce, qui fut député, ministre puis ambassadeur du Royaume-Uni aux États-Unis d'Amérique, l'expose de façon identique dans son ouvrage *The American Commonwealth*. L'ouvrage, paru pour la première fois en 1888, procède à une comparaison des régimes politiques américain et anglais[6] et constate que les membres du Cabinet en régime

---

[1] Voir W. Bagehot, *The English Constitution*, Londres, Chapman and Hall, 1867, p. V.
[2] W. Bagehot, *The English Constitution*, *op. cit.*, p. 12.
[3] W. Bagehot, *The English Constitution*, *op. cit.*, p. 13.
[4] *Ibid*.
[5] W. Bagehot, *The English Constitution*, *op. cit.*, p. 12.
[6] Le chapitre s'intitule « *Comparison of the American and the European systems* » mais l'auteur précise dès les premières lignes que le système européen se résume au régime parlementaire britannique décliné dans diverses « variations » : « *The relations to one another of the different branches of the govermnent in the United States*

parlementaire sont choisis, en réalité, par les membres de la Chambre populaire et non par le monarque : « *This English system places at the head of the state a person in whose name all executive acts are done, and who is (except in France) irresponsible and irremovable. His acts are done by the advice and on the responsibility of ministers chosen nominally by him, but really by the representatives of the people – usually, but not necessarily, from among the members of the legislature. The representatives are, therefore, through the agents whom they select, the true government of the country. When the representative assembly ceases to trust these agents, the latter resign, and a new set are appointed. Thus the executive as well as the legislative power really belongs to the majority of the representative chamber though in appointing agents an expedient which its size makes needful, it is forced to leave in the hands of these agents a measure of discretion sufficient to make them appear distinct from it, and sometimes to tempt them to acts which their masters disapprove* »[1].

L'idée sera reprise par certains auteurs en France. Saint Girons signale ainsi l'article du publiciste Auguste Laugel en 1872 : « Les théoriciens politiques ont cherché en Angleterre l'exemple de la séparation des trois pouvoirs ; mais le secret de la constitution anglaise est au contraire dans le mariage du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Qu'est-ce que le Cabinet ? C'est un comité des assemblées législatives investi de toutes les fonctions exécutives. Le premier ministre est un souverain électif et révocable qui gouverne au nom du souverain héréditaire. Les ministres sont nominalement les serviteurs de la reine, en fait ceux du parlement. En théorie, c'est le souverain qui choisit les membres de la commission exécutive, en pratique c'est la majorité des communes »[2]. L'*Essai sur la séparation des pouvoirs* de Saint Girons fait mention de la théorie de Bagehot mais de façon parcimonieuse. On note en effet que l'auteur s'appuie sur la notion de « fusion presque complète » des pouvoirs exécutif et législatif pour conforter sa propre notion « d'union » et « d'harmonie » des pouvoirs en régime parlementaire[3]. Mais l'usage que fait Saint Girons de l'argumentation de Bagehot reste ambiguë : il appelle au respect de la liberté du Chef de l'État dans la nomination du Cabinet tout en admettant que « l'ordre parlementaire »[4] implique qu'il « arrivera presque toujours que le premier ministre sera virtuellement l'élu de la Chambre des députés ou Chambre des communes»[5]. L'ambiguïté se retrouvera dans son *Manuel* quelques années plus tard : « Si le Cabinet est habituellement l'élu du Parlement, il ne l'est pas nécessairement. Il suffit de se rappeler que le Chef de l'État peut former des ministères de veto ou de dissolution. Ici apparaît l'importance considérable de la liberté laissée au Chef de l'État pour le choix des ministres »[6].

---

are so remarkable and so full of instruction for other countries, that it seems desirable, even at the risk of a little repetition, to show by a comparison with the Cabinet or parliamentary system of European countries how this complex American machinery actually works. The English system on which have been modelled, of course with many variations, the systems of France, Belgium, Holland, Italy, Germany, Hungary (where, however, the English scheme has been compounded with an ancient and very interesting native-born constitution), Sweden, Norway, Denmark, Spain, and Portugal, as well as the constitutions of the great self-governing English colonies in North America and Australia », J. Bryce, *The American Commonwealth*, 2e edition, New York, Commonwealth Publishing Company, 1908, vol. I, p. 301.

[1] J. Bryce, *The American Commonwealth*, 2e éd., *op. cit.*, vol. I, p. 301-302.

[2] A. Laugel, « La Chambre des Communes et le gouvernement parlementaire en Angleterre », *Revue des deux mondes*, 1872, t. XCIX, p. 291.

[3] Voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 298.

[4] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 324.

[5] *Ibid*.

[6] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 440.

L'opinion d'Esmein n'est pas différente, au fond, de celle de Saint Girons. La différence entre eux deux réside dans les termes employés. La réponse d'Esmein à la théorie émise par les deux auteurs anglais sera plus franche et plus ferme que celle de Saint Girons. L'idée d'une désignation du Premier ministre par élection, même fictive, de la Chambre populaire du Parlement est proprement inacceptable dans la théorie esmeinienne du régime parlementaire. L'admettre reviendrait à détruire la théorie de la séparation souple ou atténuée des pouvoirs exécutif et législatif. L'auteur considère dans « Deux formes de gouvernement » qu'il s'agit d'une « exagération »[1] avant de la qualifier « d'erreur juridique »[2] dans les *Éléments de droit constitutionnel* : « ce n'est pas là le droit ; ce n'est même le fait qu'en partie »[3].

L'argumentation est toutefois identique dans les deux textes : Esmein établit une distinction entre « élection » et simple « sélection » par la Chambre populaire dans la nomination des ministres, et particulièrement du premier d'entre eux : « La Chambre n'élit 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 ne désigne pas les ministres ni par élection, ni par présentation, elle les désigne par un mode qui n'a rien de juridique, par voie de sélection naturelle »[4]. L'objectif reste le même : défendre la prérogative de nomination formelle des ministres par le Chef de l'État, son « droit légal de les instituer »[5] qui constitue « politiquement sa fonction essentielle »[6]. S'il n'ignore pas l'obligation pour le Chef de l'État de se conformer à la majorité politique de la Chambre basse dans la désignation des ministres, l'auteur n'entend pas pour autant conclure à sa soumission totale et constante à la volonté de cette Chambre : « Lorsque les partis sont vraiment disciplinés et organisés dans la Chambre et que l'un d'eux y a conquis une majorité certaine, le Chef de l'État ne peut constituer un cabinet viable qu'en appelant au ministère les chefs de la majorité. Le Cabinet, en effet, ne peut vivre qu'avec l'appui de la majorité, et celui-ci ne l'accordera que si le Cabinet comprend ceux qu'elle a reconnus comme ses directeurs »[7].

Esmein n'a de cesse d'affirmer toute l'importance de la fonction du Chef de l'État en cas d'instabilité de la majorité, ou même en cas d'absence de majorité, dans la Chambre basse et ainsi valoriser le rôle du titulaire de l'exécutif : « Lorsque ce travail de sélection et d'organisation ne s'est produit que d'une manière imparfaite, lorsque que la majorité est incertaine ou qu'elle n'a point d'hommes qui s'imposent à elle pour la diriger, le chef de l'État reprend, dans une large mesure, le libre choix des ministres, M. Bagehot le reconnaît

---

[1] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 34.
[2] *Éléments…, op. cit,* p. 153. L'accusation d'exagération est maintenue : « ce ministère, c'est la majorité des Chambres, qui en dicte le choix, et qui, plus nettement encore, en prononce la chute. Mais qu'on ne s'y trompe pas : même en ce point on ne revient pas à l'exercice du pouvoir exécutif par les Chambres. On a à cet égard donné des formules bien exagérées et qui tendent à devenir courantes », *Éléments…, op. cit,* p. 484.
[3] *Éléments…, op. cit,* p. 485.
[4] *Éléments…, op. cit,* p. 153-154. Il écrit dans son article de 1894 : « Le Parlement créé bien les ministres en un certain sens, mais non par élection ; seulement par une sélection naturelle, lorsque les partis sont arrivés à s'y constituer régulièrement et à reconnaître leurs chefs », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 34.
[5] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 34.
[6] *Éléments…, op. cit,* p. 789.
[7] *Éléments…, op. cit,* p. 154.

lui-même »[1]. Il poursuit quelques lignes plus loin : « Le chef de l'État apparaît donc d'une façon permanente comme un élément pondérateur et modérateur ; dans les crises ministérielles il prend une autre importance encore. 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 Siéyès voulait établir en France »[2]. L'affirmation, déjà présente dans « Deux formes de gouvernement »[3], est répétée dans le chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* consacré à la séparation des pouvoirs : « Le chef du pouvoir exécutif a le droit formel de nommer ou de 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 »[4].

Par son opposition à tout idée d'une désignation par voie d'élection fictive, c'est-à-dire sans donner lieu à un vote formel, Esmein entend interdire l'élection, sinon du Cabinet entier, du moins du Premier ministre. Esmein, comme Saint Girons, signale, outre l'amendement Grévy à la Constituante de 1848[5], la proposition de Prévost-Paradol. Dans la *France nouvelle*, celui-ci préconisait en effet l'élection formelle par la Chambre basse du Président du Conseil des ministres pour parer à l'instabilité ministérielle : « il y aurait donc lieu d'examiner 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. […] 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 déterminé qu'en Angleterre »[6].

Esmein, comme Saint Girons[7], s'insurge contre cette proposition qui tend à établir « la confusion des deux pouvoirs » et à ruiner le seul rempart juridique – coutumier en France, puisque les lois de 1875 ne confient pas expressément la nomination des ministres au Chef de l'État[8] – qui subsiste entre l'organe législatif et l'exercice de la fonction exécutive : « Mais le gouvernement parlementaire consommerait la confusion des deux pouvoirs, si les ministres, comme le voudraient quelques-uns, étaient élus en forme par la Chambre des députés. Ils cesseraient alors d'être vraiment les agents du pouvoir exécutif »[9]. Cela reviendrait à instituer le gouvernement conventionnel, ou gouvernement

---

[1] *Éléments…, op. cit,* p. 154.
[2] *Éléments…, op. cit,* p. 157.
[3] « Le droit légal de les instituer [les ministres] reste toujours au titulaire du pouvoir exécutif, et lorsque le travail de sélection ne s'est pas pleinement accompli, lorsqu'il ne s'est pas dégagé une majorité bien nette ou que cette majorité manque de chefs, il peut et doit faire en réalité le choix des ministres », A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 34.
[4] *Éléments…, op. cit,* p. 485.
[5] *Éléments…, op. cit,* p. 489.
[6] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 102-103.
[7] À propos de la citation de Prévost-Paradol, Saint Girons écrit : « C'est précisément cette netteté qui est redoutable : un tel système ne faciliterait pas le concours des pouvoirs, il établirait la domination absolue de la Chambre populaire », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 323. Voir également A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 438-439.
[8] Voir *Éléments…, op. cit,* p. 789 à p. 791. Voir également A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 434 à p. 437.
[9] *Éléments…, op. cit,* p. 487.

d'Assemblée. Esmein commente la préconisation de Prévost-Paradol : « Comment cet esprit si distingué 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 »[1].

C'est là tout le combat constitutionnel d'Esmein : la dénonciation du régime conventionnel ou de ses succédanés qui, par la confusion des pouvoirs, aboutissent à la suprématie de la Chambre basse sur les autres organes étatiques et, ainsi, à l'omnipotence du Parlement. La condamnation d'un tel système était l'objectif de « Deux formes de gouvernement » et forme le cœur de la description du régime parlementaire dans les *Éléments de droit constitutionnel*. Esmein redoute plus que toute autre chose la constitution d'un régime d'assemblée qui serait fatal à l'indépendance même du pouvoir exécutif, et *in fine* à la liberté politique : « Une pareille combinaison ne peut avoir pour résultat qu'un pouvoir exécutif instable et faible. Or, l'existence d'un pouvoir exécutif suffisamment fort, stable et indépendant, quoique agissant sous le contrôle de libres assemblées, est une des données les plus essentielles d'un bon gouvernement ».

Qu'il s'agisse du Long Parlement anglais de 1640 à 1653, de la Convention nationale française de 1793 ou du Gouvernement de la défense nationale de 1871 à 1873, ces expériences du régime d'assemblée furent toutes temporaires : « Qu'on ne se fasse pas illusion en se reportant à de célèbres exemples historiques qui nous montrent des grandes assemblées gouvernant par elles-mêmes ou par des comités à leur discrétion. Si le Long Parlement a pu agir ainsi, si la Convention a pu conduire son gouvernement puissant, quoiqu'irrégulier, c'est qu'une crise terrible concentrait les volontés du parti dominant dans l'Assemblée : c'était pour lui une question de vie ou de mort. Mais dans un temps pacifique et normal, les division et les incertitudes prendraient fatalement le dessus »[2]. Esmein ajoute, pour emporter la conviction de son lecteur : « Encore faut-il observer que le Long Parlement a directement engendré la dictature, et que le régime de la Convention a sûrement, dans une certaine mesure, préparé Bonaparte »[3].

Ainsi, seule la Suisse a su développer et s'accommoder d'une telle forme de gouvernement – dit *directorial* – pour des raisons aussi bien psychologiques ou anthropologiques que pour des raisons juridiques mais qui constituent toutes des particularités propres au pays[4]. De sorte que, malgré l'exemple suisse, le régime de confusion des pouvoirs législatif et exécutif ne peut constituer un modèle valable et propice au développement et à l'accomplissement de la liberté politique : « Le système suisse a aujourd'hui un assez grand nombre d'admirateurs. Qu'on admire, soit, mais qu'on ne sorte pas de son milieu »[5]. Seul le pur régime parlementaire, par l'importance des fonctions confiées au Chef de l'État – à commencer par la nomination formelle des ministres – constitue un régime séparatiste et peut, à ce titre, garantir la liberté politique.

Toutefois, si le droit de nommer le Cabinet doit appartenir au Chef de l'État il reste que le principe de responsabilité ministérielle peut déboucher sur un refus systématique de

[1] *Éléments…, op. cit,* p. 488.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 491.
[3] *Ibid*.
[4] Voir *Éléments…, op. cit.,* p. 492-496.
[5] *Éléments…, op. cit.,* p. 496.

la majorité de la Chambre basse d'accorder sa confiance à un quelconque Cabinet[1]. Ce refus systématique aurait alors pour effet de priver le Chef de l'État de sa compétence et ainsi briser le principe même de la séparation des pouvoirs.

D'ailleurs, il faut reconnaître la prééminence presque obligée du législatif dans un régime représentatif : « 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 »[2].

Esmein en arrive alors à l'essence de la séparation des pouvoirs : « Mais, cela étant reconnu, le principe 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 puisse 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 »[3].

Ainsi, la spécialisation fonctionnelle des organes ou l'autonomie des organes dans l'exercice de leurs fonctions est toute relative, particulièrement dans le régime parlementaire. C'est donc le critère de l'indépendance des organes, et plus précisément de l'organe exécutif, qui va cristalliser la définition esménienne de la séparation souple des pouvoirs.

---

[1] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 485-487. Voir également A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 34.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 464.
[3] *Ibid.*, nous soulignons.

II
La nécessité de l'indépendance organique du pouvoir exécutif

Selon la théorie d'Esmein, le régime parlementaire institue une séparation de fonctionnelle réduite. La séparation des pouvoirs doit donc trouver son point d'appui, non dans la « séparation » des fonctions, mais dans l'indépendance des organes.

D'après les *Éléments de droit constitutionnel*, « les attributs de la souveraineté considérés comme vraiment distincts doivent être délégués par la nation à des titulaires divers et indépendants les uns des autres »[1]. La formule revient tel un leitmotiv chaque fois qu'il est question de la séparation des pouvoirs. Esmein écrit par exemple à propos de la théorie de Montesquieu : « Les trois pouvoirs étant ainsi dégagés, Montesquieu en propose la séparation nécessaire ; ils doivent, dans le gouvernement représentatif, recevoir des titulaires distincts et indépendants les uns des autres »[2].

En elle-même, la définition d'Esmein ne présente pas d'originalité. Celle offerte par Saint Girons dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs* considère également que le principe se résume à confier à des organes indépendants l'exercice des différentes fonctions étatiques préalablement identifiées : « La séparation des pouvoirs peut être définie : la distinction de deux organes chargés des fonctions législative et exécutive, organe indépendant l'un de l'autre, agissant en toute liberté dans leur sphère propre, unis dans leur action pour produire l'harmonie, et possédant l'un sur l'autre des moyens d'influence, qui leur permettent de se défendre contre tout empiètement, et, dans l'hypothèse de conflit prolongé, de donner le dernier mot à la nation qu'ils représentent »[3].

Pour Moreau, l'indépendance organique est aussi un élément capital de la séparation : « Pour assurer l'exercice régulier des fonctions, pour favoriser la vie sociale, il peut être bon que telle fonction ou que tel mode de fonction soit confié à un organe spécial, indépendant des autres ; au contraire il peut être indifférent ou même avantageux que deux fonctions ou deux modes de la même fonction soient exercés par le même organe »[4].

Les auteurs cités ici reprennent tous le principe déjà exposé par les constitutionnalistes du milieu du siècle. Dans la soixante-douzième leçon de son *Cours*, Pellegrino Rossi enseignait : « Cependant quand on dit – la séparation des pouvoirs – peut-on entendre par là une séparation telle qu'il n'y ait aucun point de contact entre un pouvoir et un autre, que ce soient pour ainsi dire, trois rouages juxtaposés les uns contre les autres sans se toucher. Évidemment il en résulterait une lutte entre eux ou une inaction complète. Lors donc qu'on dit séparation, on ne veut pas parler de cette séparation matérielle, *on entend par là que les pouvoirs soient séparés de manière que l'un ne soit pas dans la dépendance de l'autre*, de manière que chacun dans sa sphère ait cette liberté d'action dont nous avons parlé »[5]. Une vingtaine d'années après, Berriat Saint Prix établissait le même constat dans sa *Théorie du droit constitutionnel français* : « On se forme, en général, une idée

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 451.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 456.
[3] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 2-3.
[4] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 21.
[5] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. III, p. 379, nous soulignons.

assez vague de la séparation des pouvoirs. Elle ne consiste pas seulement à multiplier les agents et à leur assigner des rôles divers. Ceci est, comme l'a dit Bentham, la distinction et non la séparation des pouvoirs. Le supérieur commun jouirait, en réalité, de la puissance absolue. La séparation des pouvoirs implique leur *indépendance* »[1].

Aux yeux des juristes du siècle, l'indépendance des organes est primordiale et constitue le cœur même de la théorie de la séparation des pouvoirs. C'est particulièrement net chez Esmein : « Ce qu'exige seulement le principe de la séparation c'est que les pouvoirs distincts soient indépendants les uns des autres »[2]. Mais si Esmein ne fait que reprendre l'idée d'une indépendance organique déjà émise par ses prédécesseurs, on doit toutefois constater que les *Éléments de droit constitutionnel* semblent être le premier ouvrage de droit constitutionnel proposant une définition. En exposant que c'est « dans l'irrévocabilité réciproque, que gît le principe actif et bienfaisant » [3], Esmein fait preuve de précision. Le critère vaut pour l'ensemble des régimes représentatifs pratiquant une séparation des pouvoirs, quelle que soit la forme de l'État. Car, si l'irrévocabilité du monarque découle du caractère héréditaire ou viager de la royauté, il fallait y insister dans État républicain qui confère le pouvoir exécutif, pour un temps donné, à un Chef de l'État élu.

On a déjà souligné que la souveraineté nationale signifiait pour Esmein que l'ensemble des pouvoirs de l'État devaient, en principe, être confiés pour un temps limité et que ceux-ci, une fois confiés, ne pouvaient être révoqués : « La collation à temps de tous les pouvoirs *irrévocables*, telle paraît donc être la conséquence naturelle, presque nécessaire, de la souveraineté nationale… »[4]. L'idée n'est pas neuve. Avant 1875, on trouve l'irrévocabilité réciproque des organes chez Félix Berriat Saint Prix. Sa *Théorie du droit constitutionnel français* expose ainsi que : « Pour que les pouvoirs soient indépendants, il faut que les agents de l'un ne puissent nommer, ni avancer, ni révoquer les agents de l'autre, ni leur infliger une peine quelconque, ni paralyser leurs actes par un refus d'approbation »[5].

Cependant, la théorie d'Esmein diffère de celle de Berriat Saint Prix en ce que ce dernier considère que le principe d'indépendance interdit toute nomination, tout avancement ou toute révocation d'un organe par un autre. Les *Éléments de droit constitutionnel* ne visent, eux, que l'interdiction de la révocation. Certes Berriat Saint Prix ajoute une exception de taille : celle de la nomination du titulaire de la fonction exécutive – du chef de l'organe exécutif – par l'organe législatif. Il vise le cas d'une république parlementaire : « Mais est-il bien rationnel de refuser au pouvoir législatif toute influence sur le choix du président et tout contrôle de ses actes ? Je ne le crois pas ; surtout dans un pays où les législateurs sont élus par le suffrage universel des citoyens et représentent la majorité de la nation. Décider autrement, c'est retourner le principe de la séparation des pouvoirs contre la liberté populaire qu'il est destiné à protéger. Cela est évident, au surplus, en ce qui concerne les intérêts nationaux : s'il on admet, avec moi, que le pouvoir administratif supérieur est une portion de la puissance législative, chargée de *vouloir* au

[1] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…*, *op. cit.*, p. 346.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 503.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 464-465.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 297, nous soulignons.
[5] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…*, *op. cit.*, p. 346.

nom de l'État ; si l'on admet encore que le pouvoir administratif inférieur n'est attribué au président qu'en vertu d'une délégation nécessitée par les circonstances, on reconnaîtra facilement que, pour mettre de l'unité dans la gestion des intérêts nationaux, il faudrait laisser à l'Assemblée législative le choix et le révocation du chef du pouvoir exécutif »[1]. On le voit, l'auteur admet une exception quant à la nomination du chef de l'organe exécutif, mais l'exception s'étend également à la révocation.

Esmein reprend donc partiellement la définition fournie par son prédécesseur en 1850. Car les *Éléments de droit constitutionnel* ne retiennent que le principe d'irrévocabilité réciproque des organes au fondement de la séparation des pouvoirs. C'est d'ailleurs ce qu'exprimait déjà l'article « Deux formes de gouvernement » en décrivant le « gouvernement semi-représentatif ». Malgré la distinction de deux fonctions confiées chacune à un organe, cette forme – impure – de gouvernement « ne compte point parmi ses dogmes la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif »[2] et nie ainsi l'indépendance du pouvoir exécutif : « Mais si l'on constitue un pouvoir exécutif distinct, il doit nécessairement être le subordonné du pouvoir législatif. De là deux conséquences. En premier lieu, le titulaire du pouvoir exécutif devra être nommé et choisi par le pouvoir législatif. Cette méthode est d'ailleurs parfaitement compatible avec le gouvernement représentatif, comme le prouvent la Constitution de l'an III et nos lois constitutionnelles de 1875. Mais cela suppose que le titulaire du pouvoir exécutif, une fois élu, devient totalement indépendant du pouvoir législatif. Dans le gouvernement semi-représentatif, au contraire, il découle des principes (et c'est la seconde conséquence annoncée plus haut) que le titulaire du pouvoir exécutif doit rester dépendant du pouvoir législatif, révocable par celui-ci »[3].

Ainsi, la désignation d'un organe par un autre – par nomination proprement dite ou par élection – ne s'oppose pas à leur indépendance, et donc au principe de séparation des pouvoirs. Ce que Berriat Saint Prix envisageait comme une exception – certes nécessaire – devient, sous la plume d'Esmein, un élément parfaitement conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs. Il paraît évident que cette conception de l'indépendance des pouvoirs est dictée par l'organisation constitutionnelle de la France établie par les lois constitutionnelles de 1875. L'article 2 de la loi du 25 février 1875 prévoit en effet que « Le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages par le Sénat et par la Chambre des députés réunis en Assemblée nationale » et offre ainsi à l'organe législatif le pouvoir d'élire le chef de l'organe exécutif.

Ce mode de désignation par élection des deux Chambres réunies trouve un certain nombre d'opposants qui considèrent qu'il s'agit là d'une entorse grave au principe de la séparation des pouvoirs en portant atteinte à l'indépendance du Président de la République. Telle est l'opinion, note Saint Girons[4], de Faustin Hélie ou de Georges Picot. Ce dernier écrit en 1881 : « Nous faisons une nouvelle expérience, dans laquelle le pouvoir exécutif, absorbé par une des branche de la législature, n'est qu'un instrument »[5]. L'auteur souligne le problème de la supériorité du nombre de députés sur celui des sénateurs et dénonce par là l'influence prépondérante de la Chambre des députés dans le choix du

[1] *Ibid*.
[2] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 30.
[3] A. Esmein, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 31.
[4] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 354.
[5] G. Picot, « La Réforme judicaire », *Revue des deux mondes*, 1881, t. XLIII, p. 146.

titulaire de l'exécutif. Marie-Joëlle Redor fait état des propositions de modifications du mode d'élection du Président de la République par les juristes au tout début du XXe siècle[1]. Ceux-ci tiennent ce mode de désignation par les Chambres réunies pour la principale cause de la faiblesse extrême du chef de l'organe exécutif dans le régime parlementaire[2].

Les *Éléments de droit constitutionnel* contestent de leur côté que le mode d'élection du Président de la République soit contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Les ouvrages de droit constitutionnel antérieurs semblent unanimes sur ce point[3].

Saint Girons admet de façon ambiguë que ce mode de désignation soit une exception au principe de la séparation des pouvoirs. Mais il y voit une exception salutaire permettant de se prémunir contre le césarisme qu'a connu la France au milieu du siècle : « On a reproché à ce système de violer le principe de séparation des pouvoirs, puisque l'Exécutif émane du Législatif. Ce reproche n'est pas décisif, car la séparation absolue des pouvoirs est un principe dangereux, erreur capitale des Constitutions de 1789 et de 1848 »[4].

Félix Moreau s'exprime plus franchement. Il contre l'argument de la violation du principe de séparation des pouvoirs au moyen d'éléments pratiques tirés du fonctionnement même du régime parlementaire : « On lui a reproché [au système adopté par la loi du 25 février 1875] de violer la séparation des pouvoirs et de mettre le pouvoir exécutif dans la dépendance du pouvoir législatif qui le nomme. La critique ne me paraît pas fondée. Le Président sera indépendant du Parlement parce qu'il y a deux Chambres. Rarement il se trouvera en conflit avec toutes les deux, et si le fait se produit, il est probable que les Chambres, renouvelées par des élections relativement récentes, exprimeront l'opinion du pays. S'il est en désaccord avec une seule, la dissolution, en rendant la parole au peuple, tranchera la difficulté »[5]. Si le professeur d'Aix semble omettre la supériorité numérique des députés sur les sénateurs dans la réunion des deux assemblées, le mécanisme de la dissolution de la Chambre des députés semble suffire, non pour préserver l'indépendance du titulaire de l'exécutif, mais pour résoudre un éventuel conflit.

---

[1] L'ouvrage mentionne Charles Benoist, Théodore Ferneuil, Duguit, Barthélemy, Nézard et Delpech : voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 148, note 1.

[2] « Quelles sont les causes de cette faiblesse présidentielle selon les juristes ? Curieusement, la désuétude du droit de dissolution n'est évoquée qu'en passant et certains l'admettent comme une fatalité. Au contraire, le mode d'élection du président est très souvent présenté comme la cause majeure de son manque d'indépendance à l'égard des chambres. Nombreux sont ceux qui préconisent l'élargissement du collège électoral aux conseillers généraux pour soustraire le président à l'influence des assemblées ; dans le monde politique, la ligue de la Patrie française et l'Action libérale populaire souhaitent elles aussi cette réforme. Mais les publicistes ne veulent pas aller plus loin : par crainte du césarisme, ils rejettent l'idée d'une élection au suffrage universel direct réclamée par Déroulède et les nationalistes. Il est vrai que l'épisode boulangiste a ravivé les souvenirs de coup d'État », M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 148-149.

[3] Le *Manuel de droit constitutionnel* de Théophile Aumaître n'aborde pas la question, ni dans les développements consacrés à la séparation des pouvoirs, ni dans ceux consacrés aux attributions des Chambres, ni enfin dans les développements relatifs à l'élection du Président de la République.

[4] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 353.

[5] L'auteur ajoute en note : « Pour écarter l'objection, le Gouvernement proposait (19 mai 1873) d'adjoindre à l'Assemblée nationale trois délégués de chaque Conseil général. On a récemment proposé de confier l'élection à la réunion de deux Chambres en tout semblables au Sénat et à la Chambre, mais élues seulement pour cet objet, et d'où les sénateurs et députés seraient exclus. Ces complications ne paraissent offrir aucun avantage sérieux », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 326.

Esmein ne peut se satisfaire de cette argumentation. D'autant que sa définition de l'indépendance des organes ne vise pas uniquement le chef de l'organe exécutif. Ainsi propose-t-il une justification théorique du droit de désignation d'un organe par un autre. Selon lui, le titulaire d'une fonction, quel qu'il soit, ne tire jamais son pouvoir de l'organe ou de l'agent qui le nomme, mais du souverain lui-même, c'est-à-dire de la nation. Cette idée, déjà en germe dans la doctrine de Berriat Saint Prix[1], est exprimée dans une note de bas de page volumineuse et capitale : « On a voulu souvent tirer une autre conséquence nécessaire du principe de la séparation des pouvoirs : c'est que, chaque pouvoir distinct constituant une délégation immédiate d'un attribut de la souveraineté nationale, le titulaire ou les titulaires de chacun d'eux devaient nécessairement être élu par la nation. Quelques uns ajoutent : élus directement par le peuple ou *par les représentants du peuple*, afin de concilier avec cette théorie l'élection par le Corps législatif des titulaires du pouvoir exécutif. Mais ce correctif n'a aucune raison d'être : on ne voit pas pourquoi on reconnaîtrait aux représentants du peuple, investis du pouvoir législatif, le droit de désigner le titulaire d'un second pouvoir, tandis qu'on refuserait à ce dernier le droit de désigner le titulaire d'un troisième pouvoir. Il y a là un écho de vieilles maximes du droit romain et du droit canonique, très peu rationnelles d'ailleurs : *delegatus a principe solus subdelegar potest* […] qui n'ont plus rien à faire dans le droit public moderne. Quant à l'idée en elle-même, sous sa forme absolue, elle paraît bien avoir été adoptée par l'Assemblée constituante […]. Mais c'est là une conception fausse. Rien n'empêche la nation souveraine (de qui est censée émanée la Constitution), après avoir établi que les représentants chargés d'exercer l'un des pouvoirs seront élus par le peuple, rien ne l'empêche de confier à ceux-ci le droit d'élire le titulaire d'un autre pouvoir, ni de donner enfin à ce dernier le droit d'élire à son tour les magistrats auxquels l'exercice du troisième pouvoir est confié. Il n'y a même pas là de subdélégation, car le titulaire de chaque pouvoir, comme d'ailleurs tout fonctionnaire, tient son titre et son autorité, non de celui qui l'a nommé, mais directement de la nation elle-même : elle les lui confère par la Constitution. La Constitution créé ainsi autant d'électeurs distincts, pour choisir les titulaires des divers pouvoirs. D'ailleurs, pour que le principe de la souveraineté nationale ne devienne pas une simple fiction légale, il faut que chacun de ces électeurs tire directement ou indirectement du corps électoral, non pas ses pouvoirs (qu'il tient toujours de la Constitution elle-même), mais sa propre désignation »[2].

Puisque la Constitution est édictée et adoptée au nom de la nation souveraine, celle-ci peut parfaitement confier la désignation d'un ou de certains organes à un autre ou à d'autres organes, et cela sans contrevenir au critère d'indépendance qui constitue le fond de la théorie de la séparation des pouvoirs. Esmein semble être ici le premier auteur à théoriser juridiquement un tel mode de désignation indirect[3] sous la IIIe République.

---

[1] « Le principe de l'émanation populaire est évident à l'égard des magistrats électifs, tel que le président ; mais il n'est pas moins vrai à l'égard des fonctionnaires publics qui désignent des fonctionnaires supérieurs. Les juges et les membres du ministère public tiennent leur pouvoir du peuple et non du président qui les choisit. […]. Le président n'a pas un pouvoir qui lui soit propre ; il ne peut que transmettre une fraction de la souveraineté nationale, quand la loi l'y autorise ou lui en fait un devoir », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 342.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 464-465, note 1.

[3] On note toutefois qu'Émile Artur expose sensiblement la même argumentation pour justifier l'inamovibilité des magistrats comme seul principe de l'indépendance des membres de l'ordre judiciaire : voir É. Artur, « La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions », art. cité, p. 56.

Cette argumentation permet ainsi de justifier que le Président de la République sous le régime des lois de 1875 puisse être élu par les Chambres réunies. C'est ce que les *Éléments de droit constitutionnel* réaffirment dans le chapitre consacré au statut du titulaire de l'exécutif sous la IIIe République : « Cela n'est point, en réalité, contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Car si ce principe exige, je l'ai dit plus haut, que chacun des pouvoirs séparés soit confié à un titulaire distinct et indépendant, il ne s'oppose point à ce que la Constitution charge le titulaire d'un des pouvoirs d'élire le titulaire d'un autre pouvoir. Sans violer le principe, le Président de la République peut donc être élu par le Corps législatif, non point, comme on l'a dit quelquefois, parce que les représentants du peuple peuvent agir comme le peuple lui-même et subdéléguer le pouvoir exécutif, mais parce que la Constitution, édictée au nom du peuple souverain les constitue à la place de celui-ci en collège électoral »[1].

L'indépendance des organes étatiques n'exige donc pas une élection par le corps électoral, que cette élection populaire soit directe ou indirecte. L'élection du titulaire de l'exécutif par le Parlement n'enfreint en rien ce principe, malgré l'opinion de Fuzier-Herman[2], ce qui rend parfaitement conforme la théorie de la séparation des pouvoirs aux lois constitutionnelles de 1875.

Le principe d'irrévocabilité seul préserve l'indépendance des organes, de sorte que le statut du Président de la République sauvegarde l'ensemble de la séparation. C'est ce que Saint Girons sous-entend en écrivant que « l'irresponsabilité est moins un privilège de la personne du Président qu'une garantie de la liberté politique »[3]. Les *Éléments de droit constitutionnel* développent cette idée à deux reprises, notamment dans le passage suivant : « Le gouvernement parlementaire, tel que nous l'avons étudié, atténue la séparation des deux pouvoirs, mais la maintient cependant. Cela résulte d'abord de ce qu'il comporte un chef du pouvoir exécutif (roi ou président) inamovible ; alors même qu'il est nommé par le Corps législatif, il ne peut être révoqué par lui, et cela suffit pour lui assurer en droit l'indépendance qu'exige le principe de séparation »[4].

Il est remarquable que l'irrévocabilité du chef d'un État républicain, telle qu'elle est présentée par Esmein, ne tient jamais compte de la responsabilité pénale pour haute trahison. Certes, en 1896, le nombre de républiques parlementaires dans le monde se limite à un seul cas : celui de la France. Mais on s'étonne que les *Éléments de droit constitutionnel* ne mentionnent jamais l'article 6 de la loi du constitutionnelle du 25 février 1875 qui institue une responsabilité du Président de la République pour actes de haute

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 645.

[2] Après avoir décrit la procédure d'élection du Président de la République sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875, il écrit : « Il résulte même de la situation même du Président de la République en France, au point de vue de sa dépendance du pouvoir législatif, que sa liberté d'action est moins étendue que celle d'un monarque même constitutionnel, et que celle du chef du pouvoir exécutif aux Etats-Unis », É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 270.

[3] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 261. Il expose la même idée dans son Manuel : « La responsabilité du Chef de l'État est donc inutile et périlleuse. Elle favorise tous les despotismes et encourage toutes les rebellions. L'irresponsabilité, au contraire, est moins un privilège du Chef de l'État qu'une garantie prise contre lui par le pays. Ayant pour corollaire la responsabilité ministérielle, elle donne la certitude au Parlement, s'il y aune faute commise, de trouver un coupable quasiment punissable, sans danger d'anarchie gouvernementale ou d'émeutes populaires », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 343.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 483-484. Voir aussi p. 465.

trahison. Dans aucun passage de l'ouvrage, l'irrévocabilité du Président n'est tempérée par cette responsabilité particulière, en ce sens qu'elle diffère de la responsabilité politique qui pèse solidairement sur les ministres. Commentant l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, Esmein en restreint la portée : « 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. Politiquement, les ministres seuls sont responsables devant les Chambres. C'est à eux seuls qu'elles peuvent demander compte des actes du gouvernement : la personne et les actes du Président ne doivent jamais être pris à partie »[1]. On note d'ailleurs que les ouvrages de droit constitutionnel antérieurs aux *Éléments de droit constitutionnel* ne font jamais de la responsabilité pénale du Président une entorse au principe d'indépendance des organes étatiques[2].

Pourtant, on constate que c'est bien la responsabilité pénale du Président, conséquence de la forme républicaine, qui amène James Bryce à écrire que le régime français constitue une exception au principe d'irresponsabilité et d'inamovibilité du Chef de l'État : « *This English system places at the head of the state a person in whose name all executive acts are done, and who is (except in France) irresponsible and irremovable* »[3].

Esmein ne discute même pas la question. La raison est simple : l'indépendance des organes signifie « qu'un des pouvoirs ne puisse pas révoquer *à volonté* le titulaire d'un autre pouvoir »[4]. C'est au moyen de l'expression « à volonté » que l'auteur exclut la responsabilité pénale - qui suppose l'existence de faits entrant dans la définition légale d'une infraction - de sa conception de l'indépendance des organes et, par là, de sa conception de la séparation des pouvoirs.

La situation juridique du Président de la République vis-à-vis de l'organe législatif respecte donc le principe de la séparation des pouvoirs en vertu d'une définition sur mesure de l'indépendance des organes. D'où la justification du droit de dissolution de la Chambre basse par l'organe exécutif lui-même.

Juridiquement, la dissolution de la Chambre basse peut être analysée comme la révocation par l'organe exécutif de l'ensemble des pouvoirs confiés aux députés, c'est-à-dire la révocation, sinon de l'organe législatif en son entier, du moins de sa branche la plus importante. Une telle procédure s'oppose donc, à première vue, à l'indépendance des organes, entendue comme l'irrévocabilité mutuelle de ces organes. Voilà l'un des arguments les plus forts des adversaires du droit de dissolution dans les débats constitutionnels entre 1872 et 1875 : « On soutenait que le droit de dissolution était contraire au principe de la souveraineté nationale, puisqu'il permet d'atteindre dans leurs pouvoirs légaux ceux qui sont les représentants par excellence de cette souveraineté, et *au principe de séparation des pouvoirs, puisque le pouvoir exécutif pouvait, par ce moyen, révoquer la branche essentielle du pouvoir législatif* »[5].

Mais l'objectif d'Esmein est de prouver la vitalité de la séparation des pouvoirs dans le régime parlementaire. Il lui faut donc démontrer que la dissolution de la Chambre basse ne constitue pas une entorse au principe. La question de la dissolution est d'autant plus

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 784.
[2] Voir par exemple A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 357-358. Voir également F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 351-353.
[3] J. Bryce, *The American Commonwealth*, 2e éd., *op. cit.*, vol. I, p. 301.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 464.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 784.

importante que la France de 1875 expérimente pour la première fois de son histoire le régime parlementaire couplé à la forme républicaine. Ainsi, le droit de dissolution n'appartient pas à un monarque héréditaire et, par définition, inamovible, mais bien à un Chef de l'État élu par le Parlement et rendu inamovible pendant la durée de son mandat : « On ajoutait qu'il était particulièrement inadmissible dans la nouvelle Constitution, parce qu'elle faisait élire par les Chambres le Président de la République : délégué des Chambres, s'il pouvait dissoudre l'une d'elles, il donnerait le spectacle inouï d'un mandataire révoquant l'un de ses mandants. Enfin on relevait ce fait très frappant, que le droit de dissolution n'avait jamais été introduit dans les Constitutions républicaines »[1].

Esmein affirme à de nombreuses reprises la parfaite adéquation du droit de dissolution au principe de la séparation des pouvoirs. Il innove dans la forme. Ses prédécesseurs tenaient le régime parlementaire pour un régime d'union des pouvoirs. Il ne leur paraît donc pas nécessaire de démontrer la compatibilité du droit de dissolution avec la notion de « séparation » des pouvoirs. Ils se contentent d'expliquer que le droit de dissolution, corollaire de la responsabilité politique du Cabinet, caractérise le régime d'union des pouvoirs parlementaires. Saint Girons expliquait ainsi dans son *Manuel de droit constitutionnel*, comme dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs*[2], que le droit de dissolution constituait l'élément de « souplesse » des institutions parlementaire et le moyen indispensable pour instiller une « harmonie » entre les pouvoirs étatiques : « Tous les publicistes et hommes d'État de l'école parlementaire sont d'accord pour reconnaître que le droit de dissolution met une heureuse souplesse dans le jeu des pouvoirs publics, qu'il permet de rendre les situations nettes, en fournissant un moyen pacifique et national de vider les conflits et de faire régner l'harmonie entre les pouvoirs, la paix dans le pays »[3]. Moreau, lui, note que la dissolution permet de régler les conflits entre la Chambre et le Cabinet[4] et qu'elle participe largement à la « collaboration harmonieuse et indépendante des pouvoirs publics »[5].

Usant du registre de la « séparation », les *Éléments de droit constitutionnel* conçoivent le droit de dissolution comme une « exception apparente » à la séparation des pouvoirs. En effet le droit de dissolution de la Chambre populaire est le corollaire juridique de la responsabilité politique du Cabinet, elle-même étant la conséquence directe de l'irrévocabilité du Chef de l'État. Le droit de dissolution constitue donc « la garantie »[6] de l'indépendance du pouvoir exécutif : « Enfin, pour maintenir l'indépendance constitutionnelle, l'irrévocabilité du chef exécutif, le gouvernement parlementaire admet,

---

[1] *Ibid*.

[2] « Tous les publicistes de l'école parlementaire sont d'accord pour admettre le droit de dissolution. C'est un moyen pacifique et national, pour arriver sans violence à vider un conflit : c'est un régulateur qui fait régner l'harmonie entre les pouvoirs, l'ordre et la paix dans le pays », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit*., p. 346.

[3] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit*., p. 482.

[4] Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit*., p. 402.

[5] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit*., p. 387.

[6] Rappelons cet extrait déjà cité : « 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 », *Éléments…*, *op. cit*., p. 466.

non le droit de veto, qui ne pourrait là servir à rien, comme on le verra plus loin, mais le droit de dissoudre la Chambre des députés »[1].

L'apparence est donc trompeuse selon Esmein : le droit de dissolution n'enfreint en rien le principe de la séparation des pouvoirs, il en est au contraire la conséquence d'une application « souple ». Les *Éléments de droit constitutionnel* portent : « le droit de dissolution est plutôt en réalité une sanction de ce principe, en ce qu'il a d'essentiel, puisque, comme nous l'avons vu, sous cette forme de gouvernement, c'est le dernier moyen et le plus efficace pour garantir l'irrévocabilité et l'indépendance du pouvoir exécutif »[2].

Si le droit de dissolution constitue la garantie de l'indépendance du Chef de l'État en régime parlementaire, elle est la seule : « En effet, du moment que la Constitution admet un pouvoir exécutif plus ou moins séparé du pouvoir législatif et dont le titulaire ne peut pas être révoqué par ce dernier, il est toujours possible que des conflits se produisent entre les deux pouvoirs : le droit de dissolution est *le seul moyen* de leur donner une solution pacifique »[3].

L'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 dispose : « Le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés, avant l'expiration légale de son mandat ». Toutefois, l'objectif des constituants, qui souhaitaient, par l'accord du Sénat, « rendre plus effective cette prérogative »[4], n'ont fait que rendre « plus improbable, plus difficile, l'exercice de ce droit ». Esmein explique que, depuis les lois constitutionnelles de 1884, le Sénat est devenu, par son caractère entièrement électif, l'égal de la Chambre des députés. De sorte que la haute assemblée ne prendra plus la responsabilité d'autoriser la dissolution d'une assemblée de même nature sans d'impérieuses nécessités : « 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 ; mais alors même la dissolution prononcée ne pourrait être qu'une mesure bienfaisante »[5]. Esmein regrette alors que « ce rouage essentiel du gouvernement parlementaire, qui a pour but d'assurer, à l'égard de la Chambre des députés, l'indépendance constitutionnelle du pouvoir exécutif, court grand risque de se rouiller chez nous. Ce n'est qu'à la dernière extrémité que le Sénat, après l'histoire du 16 mai 1877, autoriserait une dissolution, à moins qu'elle ne fût désirée, demandée par la Chambre des députés elle-même »[6]. Ainsi, Esmein en appelle, plus discrètement que ne le fera Moreau en 1902[7], à la revalorisation du droit de dissolution dans le mécanisme des institutions françaises au motif que lui seul peut sauvegarder l'indépendance toujours menacée du pouvoir exécutif.

La cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* ajoutera au chapitre consacré à la séparation des pouvoirs pour dénoncer les agissements de la Chambre basse contraignant le titulaire de l'exécutif à la démission. Esmein s'attache ici à la démission du Président Jules Grévy qui fut poussé à la démission par la Chambre basse qui lui refusait

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 485.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 748. Voir également p. 158.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 749.
[4] *Ibid*.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 749-750.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 751.
[7] Voir le chapitre « Erreurs à redresser » de l'ouvrage de Moreau : F. Moreau, *Pour le régime parlementaire, op. cit.*, p. 326-351 et notamment p. 334-338.

la constitution d'un nouveau ministère. Il s'agit là d'un « moyen extrême, révolutionnaire quoique pacifique, de forcer le titulaire du pouvoir exécutif à sa retirer »[1] mais surtout d'un moyen inconstitutionnel. Esmein refuse que l'irrévocabilité de l'exécutif puisse être mise à mal par la Chambre de façon légale en régime parlementaire. Pour lui, il s'agit d'un détournement des règles constitutionnelles relatives à la responsabilité politique : « Quoi qu'on en dise, ce sont là des actes inconstitutionnels auxquels le jeu du gouvernement parlementaire donne une apparence de constitutionnalité »[2]. Cette argumentation vise ainsi à préserver le coeur de la séparation « souple « des pouvoirs, en démontrant que la démission forcée n'entre pas dans le jeu du gouvernement parlementaire.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 485.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 486.

Section 2

La compréhension du régime américain ou l'introuvable séparation stricte des pouvoirs

Si le régime parlementaire est une version souple ou atténuée du principe de la séparation des pouvoirs, encore faut-il le faire contraster avec une version « rigide ».

Après avoir établi que le régime parlementaire constituait un « type » de séparation atténuée se déclinant en Angleterre, en France et dans la plupart des monarchies constitutionnelles d'Europe, Esmein établit l'existence d'un autre « type » de régime, en complète opposition au premier par la rigoureuse séparation[1] de l'exécutif et du législatif qu'il est censé instituer : « Un certain nombre de Constitutions se sont attachées à appliquer *aussi strictement que possible* la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, telle que la professait Montesquieu »[2].

Cette typologie des régimes à séparation stricte ou rigide des pouvoirs inclut deux anciennes Constitutions françaises – celles de 1791 et de l'An III – et une Constitution toujours en vigueur depuis son adoption en 1787 : la Constitution fédérale des États-Unis d'Amérique[3]. Esmein entend démontrer que ces trois Constitutions peuvent être rassemblées dans une même catégorie au motif qu'elles instituent ou instituèrent des pouvoirs – entendus à la fois comme organes et comme fonctions – sinon totalement séparés, du moins séparés de façon plus accentuée que les régimes parlementaires. Toutefois, on observe que les caractéristiques présentées comme des éléments de rigidité ne se retrouvent pas tous dans les trois « Constitutions-type »[4] qu'il identifie.

Mais l'objectif des *Éléments de droit constitutionnel* est, nous l'avons dit, de maintenir l'idée d'une séparation des pouvoirs en régime parlementaire, au prix d'un certain nombre d'arrangements théoriques. La théorisation d'un régime supposé appliquer la séparation de façon rigide ne va pas échapper à quelques approximations ou omissions de la part de l'auteur, afin de prouver les bienfaits de l'*autre* régime, le régime parlementaire. C'est là, comme l'a démontré Gérard Conac[5], la fonction unique assignée au régime américain dans la théorie d'Esmein.

La fédération américaine est, sans aucun doute, le régime représentatif moderne le moins étudié dans l'œuvre d'Esmein, en comparaison des régimes français, anglais ou même suisse. Hormis une courte préface à la réédition du *Fédéraliste* assurée par Gaston

---

[1] Esmein écrit précisément : « Sur ce point les diverses combinaisons pratiquées ou proposées se ramènent à un certain nombre de types distincts. Je les exposerai en commençant par celles qui appliquent *le plus rigoureusement possible* le principe de la séparation des deux pouvoirs », *Éléments…, op. cit.*, p. 466, nous soulignons.

[2] *Ibid.*, nous soulignons.

[3] C'est également le cas de Saint Girons ou de Duguit qui, sans proposer de typologie des régimes, considèrent que la Constitution de 1791 applique, avec la Constitution fédérale américaine, une séparation stricte : voir par exemple A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs, op. cit.*, p. 291 et p. 314. Léon Duguit consacre l'ensemble de son article à démontrer l'application absolue du principe de séparation : L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 466, p. 472.

[5] Voir G. Conac, « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », art. cité. Voir également R. Moulin, *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques, op. cit.*, p. 22.

Jèze en 1902[1], on constate que seuls les *Éléments de droit constitutionnel* consacrent des développements aux États-Unis. Toutefois, on ne saurait y trouver un panorama complet et détaillé des institutions politiques américaines et de leur fonctionnement. Ce n'est en effet que par touches successives – comparées notamment système constitutionnel français des lois de 1875 – que ces institutions sont étudiées.

Poursuivant son objectif de légitimation du régime parlementaire, Esmein tente de démontrer que le régime américain organise une séparation stricte des pouvoirs législatif et exécutif. Cette affirmation connaîtra une postérité indéniable puisque le « spectre » de la séparation rigide des pouvoirs hante encore et toujours le discours de la majorité de la doctrine constitutionnelle française dans son analyse du régime politique des États-Unis[2].

La théorie d'une séparation stricte ou rigide –les deux termes sont synonymes – des pouvoirs n'est pas, là encore, une originalité propre à Esmein. La description du régime américain ne diverge pas, sur le fond, de ce que l'on trouve dans les ouvrages de droit constitutionnel antérieurs à 1896 ou dans les études spécifiquement consacrées à la séparation des pouvoirs. Seule la grille d'interprétation change. On a remarqué en effet que la séparation des pouvoirs connaît quatre formules selon Esmein. Ainsi les degrés de séparation atténuée et de séparation stricte sont encadrés, à leurs extrêmes, par une séparation « absolue » – qu'Esmein rejette au nom de l'unité de la souveraineté – et une « confusion » des pouvoirs entendues comme la simple négation de la séparation.

L'analyse de ses collègues et prédécesseurs présente moins de subtilité. La grande majorité des publicistes considère en effet que le régime politique des États-Unis institue une séparation « absolue »[3]. Saint Girons ne cesse de le répéter dans ses deux ouvrages tout en en soulignant les dangers[4]. Son *Essai sur la séparation des pouvoirs* oppose ainsi la république française et la république américaine : « Suivant que la république présidentielle se combine avec le gouvernement parlementaire, ou bien *consacre la séparation absolue des pouvoirs*, on a la forme française ou la forme américaine »[5]. Le *Manuel de droit constitutionnel* reprendra exactement la même idée[6]. Fuzier-Herman exprime le même sentiment dans ses développements consacrés au régime politique des États-Unis[7] : « Ainsi se trouve consacrée la séparation des pouvoirs législatif et exécutif : elle est absolue, systématique et

---

[1] Voir *Le Fédéraliste (commentaire de la Constitution des États-Unis, recueil d'articles écrits en faveur de la nouvelle constitution, telle qu'elle a été adoptée par la Convention fédérale le 17 septembre 1787, par A. Hamilton, J. Jay et J. Madison, Nouvelle édition française, avec une introduction bibliographique et historique, par G. Jèze, avec une préface de A. Esmein*, (*Le Fédéraliste*, traduction par G. Jèze) Paris, Giard et Brière, 1902, 788 pages. Pour une critique de l'édition de Gaston Jèze, voir D. Mongoin, « Le Fédéraliste revisité. Présentation des articles 10, 51 et 78 », Jus Politicum, n° 8, p.1.

[2] Voir J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », art. cité., p. 248-251 notamment.

[3] Remarquons que Julien Boudon signale, en note, dans son article : « La présentation du régime américain en termes de « rigidité » a des racines plus lointaines [que celles de la doctrine d'Esmein] (Benjamin Constant, Germaine de Staël, Duvergier de Hauranne) – information communiquée par le professeur Carlos Pimentel », J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », art. cité., p. 250, note 10.

[4] Voir notamment A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs, op. cit.*, p. 291, p. 300 et p. 557. Voir également A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 396-397.

[5] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs, op. cit.*, p. 254, nous soulignons.

[6] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 400.

[7] On remarque que, contrairement à Saint Girons, Fuzier-Herman conclut son étude par un aperçu relativement bref de l'application du principe séparation des pouvoirs dans les législations étrangères : voir É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 511-566.

opposée aux idées pratiquées dans la vieille Europe, où les constitutions les plus perfectionnées, tout en maintenant les pouvoirs séparés, comptent sur leur union et sur leur action réciproque pour faire du principe de souveraineté populaire une réalité toujours efficace »[1]. Duguit adopte la même opinion dans son article consacré à la séparation des pouvoirs dans la Constitution de 1791. S'il n'affirme pas formellement le caractère absolu de la séparation dans la Constitution américaine, sa démonstration tend à prouver que la séparation – par définition « absolue » – introduite dans les institutions de la monarchie constitutionnelle française est directement inspirée des institutions américaines[2].

Boutmy ou Moreau, eux, n'iront pas jusqu'à caractériser la Constitution américaine au moyen de l'expression « séparation absolue des pouvoirs ». Ils considèrent en effet que le régime parlementaire n'institue pas à proprement parler de séparation des pouvoirs mais, au contraire, une « collaboration harmonieuse et indépendante »[3] entre les pouvoirs pour Moreau ou un « concert »[4] pour Boutmy. Ainsi, l'expression « séparation des pouvoirs »[5] est employée pour désigner le principe d'organisation des institutions américaines. Si Moreau est peu disert sur le type de séparation aux États-Unis[6], Boutmy attache à la notion de « séparation » la même signification que Saint Girons ou Fuzier-Herman à celle de « séparation absolue » : « La Convention de Philadelphie, pénétrée jusqu'à la superstition de la théorie de Montesquieu, a mis tous ses soins à tenir les pouvoirs séparés. Les routes qu'elle leur a tracées sont invariablement parallèles, elles ne se croisent nulle part. Ils peuvent se voir, se menacer du regard ou avec une voix lointaine ; mais il n'y a pas de carrefour où ils puissent se rencontrer, se prendre corps à corps et engager une lutte qui laisse à l'un deux l'avantage et le dernier mot »[7].

Malgré ces divergences lexicales la théorie de la séparation stricte des pouvoirs et son application aux États-Unis est commune à tous les auteurs français de la fin du XIXe siècle. Toutefois il semble qu'Esmein et Boutmy soient les seuls à étudier en profondeur la Constitution américaine et les rapports entre les organes qu'elle institue. Ils nient purement et simplement – par des explications contestables d'un point de vue juridique – l'existence de rapports constants entre les organes étatiques de l'Union américaine. Se révèle alors, par la négation des entorses à la séparation fonctionnelle (I) et à l'indépendance organique (II), toute l'ambition de la théorie esmeinienne : prouver, coûte que coûte, que le régime parlementaire constitue bien un régime de séparation (plus souple que celui des États-Unis) et ainsi démontrer tous les bienfaits du régime français institué par les lois de 1875.

---

[1] É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 560.

[2] Voir L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité., p. 111-114 notamment.

[3] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 387.

[4] Voir par exemple É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis*, Paris, Plon, 1885, p. 134.

[5] Boutmy évoque à une seule reprise « la séparation si complète de l'exécutif et du législatif », É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis*, Paris, Plon, 1885, p. 150.

[6] Après avoir longuement expliqué que le régime parlementaire organise une collaboration des pouvoirs, Moreau se contente de souligner que ce régime est « exclu par les États-Unis et les Républiques américaines qui les ont imités », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 394.

[7] É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis, op. cit.*, p. 135.

I
Les exceptions à la séparation au sens fonctionnel

En s'en tenant à la définition – imprécise – de la séparation des pouvoirs fournie par les *Éléments de droit constitutionnel*, on comprend que la séparation stricte, censée caractériser le régime politique américain, introduit de l'étanchéité dans l'exercice des fonctions exécutive et législative. Si Esmein ne conclut pas, à la manière de Saint Girons[1] ou de Boutmy[2], à l'isolement total des organes dans l'exercice de leurs fonctions respectives, il tente de démontrer l'absence d'entorses à la spécialisation des organes.

Il s'agit là de la principale différence entre le régime parlementaire et le régime de séparation stricte qu'est le régime américain. Le premier autorise en effet, nous l'avons vu, une intrusion de l'organe exécutif dans la fonction législative – par le droit d'initiative législative partagé – ainsi qu'un exercice partiel de la fonction exécutive par l'organe législatif (l'autorisation parlementaire de ratification des traités internationaux). Par opposition, une séparation stricte de la séparation de l'exécutif et du législatif interdit, en principe, à l'organe législatif et à l'organe exécutif d'intervenir dans leurs fonctions respectives.

Les *Éléments de droit constitutionnel*, parmi les caractéristiques des « Constitutions-types » appliquant une séparation stricte, établissent en effet comme une « conséquence logique du principe »[3] que « le pouvoir exécutif n'est point partie à la législation »[4] et qu'ainsi « la législation appartient tout entière et exclusivement au pouvoir législatif »[5] entendu comme organe, c'est-à-dire au Congrès des États-Unis.

Cette affirmation est parfaitement exacte quant à l'initiative des lois : « Il en résulte, premièrement, que le pouvoir exécutif n'a pas l'initiative de la proposition des lois : celle-ci ne peut émaner que du Corps législatif lui-même. Comme d'autre part, les ministres du pouvoir exécutif ne peuvent pas en même temps être membres du Corps législatif, ils ne peuvent point faire non plus, en leur nom personnel, ce qu'ils ne pourraient pas faire en tant que ministres. Le seul détour possible, facile même, mais extra-légal, consiste à trouver un membre du Parlement qui veuille bien introduire en son nom propre, et comme émanant de lui, la proposition de loi que désire le gouvernement »[6]. Si on se rappelle que le droit d'initiative partagé du régime parlementaire constitue « la règle la plus sage »[7], il n'est pas étonnant qu'Esmein tienne le caractère exclusif de l'initiative législative pour un procédé « peu raisonnable »[8]. Il explique l'adoption de cette technique dans ses

---

[1] Saint Girons donne bien à la notion de séparation absolue des pouvoirs la signification d'un isolement total des organes dans l'exercice de leurs fonctions respectives. Ainsi écrit-il, à propos de l'assemblée Constituante de 1789-1791 : « La Constituante consacra le système diamétralement opposé [à celui de confusion des pouvoirs de l'Ancien régime] : séparation absolue des pouvoirs. Isolés l'un de l'autre, les pouvoirs devinrent naturellement ennemis… », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs, op. cit.*, p. 291. Ou encore dans son *Manuel* : « C'est pour échapper au danger trop réel de l'annihilation graduelle du pouvoir exécutif par le Parlement, que les Américains ont établi *l'isolement des pouvoirs* », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 400, nous soulignons.

[2] Voir É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis, op. cit.*, p. 135.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 471.

[4] *Ibid*.

[5] *Ibid*.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 471.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 729.

[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 472.

trois « Constitutions-types » par des raisons politiques : « Mais on était entraîné par une idée qui, d'ailleurs, contenait une part de vérité. On voulait assurer la pleine indépendance du pouvoir législatif, qui devait par des lois dicter au pouvoir exécutif les règles de ses actions : or, on pensait que permettre à celui-ci de proposer des lois, c'était le plus souvent lui permettre de le s'imposer en fait à l'acceptation du Corps législatif ; l'initiative gouvernementale devait annihiler naturellement l'initiative parlementaire »[1].

L'ensemble des juristes de la fin du siècle se fonde sur cette interdiction faite à l'organe exécutif de proposer l'adoption d'une loi pour conclure à l'existence d'une séparation stricte ou absolue. Duguit considère que la disposition pertinente de la Constitution de 1791 résulte de l'application de la séparation – absolue par définition – des pouvoirs[2]. Saint Girons affirme que « Montesquieu établit la séparation absolue des pouvoirs »[3] par le fait que « le pouvoir exécutif ne doit pas participer à la rédaction de la loi, ni même avoir le droit d'initiative : le droit de veto lui suffit »[4]. Il en signale tous les méfaits[5], sans pour autant s'arrêt sur le cas de la Constitution américaine. Fuzier-Herman observe également que les deux Chambres du Congrès « possèdent ensemble la plénitude du pouvoir législatif »[6], tout comme Boutmy qui regrette que la participation de l'exécutif à la fonction législative ait été proscrite par les Constituants américains[7] au nom de la séparation des pouvoirs.

Mais si cette initiative exclusive est reconnue par Esmein comme la marque éclatante de la séparation stricte, particulièrement aux États-Unis, l'auteur semble reconnaître dans le droit de veto législatif confié à l'organe exécutif une exception au caractère rigide : « Le même principe qui fait refuser au pouvoir exécutif l'initiative des lois, devrait lui dénier aussi toute action sur les lois votées par le Corps législatif. Tout droit de *veto* accordé au pouvoir exécutif paraît absolument contraire au principe de la séparation des pouvoirs »[8].

Le veto provoque une faille majeure dans la théorie de la séparation stricte des pouvoirs. En plus de contredire l'idée d'une spécialisation fonctionnelle des organes, il vient aussi mettre à mal la « typologie » des régimes de séparation stricte puisque Esmein admet lui-même que sur les trois Constitutions qui servent de base à sa théorie de la rigidité, deux d'entre elles confient à l'organe exécutif le droit de s'opposer à l'entrée en

---

[1] *Ibid*.
[2] Voir L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité., p. 122.
[3] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs, op. cit.*, p. 97.
[4] *Ibid*.
[5] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 408-409, nous soulignons.
[6] É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 560.
[7] « En Amérique, les ministres n'ont pas entrée au Congrès. Le Président et ses conseillers ne communiquent avec les Chambres que par des messages et des comptes rendus écrits. Le Président, dit le texte, peut adresser de temps en temps au Congrès des informations et appeler son attention sur les mesures nécessaires ou utiles. Mais ces propositions ou plutôt ces motions, ni le Président, ni les ministres ne peuvent les suivre dans l'enceinte des Chambres, les convertir en bills formels, les soutenir avec l'autorité qui s'attache à la parole d'un gouvernement responsable, dissiper les malentendus, écarter les amendements qui vont contre le but de la loi, modifier eux-mêmes le texte au cours de débat selon les impressions qui se font jour dans l'Assemblée. Toutes ces conditions d'un travail législatif mûri, judicieux, conséquent, leur sont refusées. Ils ne peuvent se faire entendre qu'à la cantonade », É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis, op. cit.*, p. 136-137.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 474.

vigueur d'un texte adopté par l'organe législatif[1]. C'est ainsi que la Constitution du 3 septembre 1791 confie au Roi des Français le droit de sanctionner les décrets du Corps législatif[2] en s'opposant « aux théoriciens rigoureux de la séparation des pouvoirs qui veulent refuser au roi tout droit de veto »[3] . La septième clause de l'article 1er de la Constitution américaine prévoit, elle, que « Tout ordre, résolution ou vote pour lequel le concours du Sénat et de la Chambre des Représentants peut être nécessaire (sauf en matière d'ajournement) devra être présenté au Président des États-Unis ; et avant de devenir exécutoire, il devra être approuvé par lui ou s'il le désapprouve, être voté à nouveau par les deux tiers du Sénat et de la Chambre des Représentants suivant les règles et les limitations prescrites pour le cas des propositions de lois ».

Esmein écrit que l'introduction d'un tel veto « paraît »[4] contraire au principe qu'il énonce. De sorte qu'il faut comprendre que l'apparence est ici trompeuse. Le droit de veto n'est jamais qualifié d'« exception » à la séparation rigide des pouvoirs mais *seulement* de « déviation »[5] du principe.

Le veto a pour but de donner de l'indépendance à son titulaire, le Chef de l'État : sans ce droit, la séparation des pouvoirs n'aurait plus aucune effectivité. Les *Éléments de droit constitutionnel* expliquent qu'il vient du droit anglais à une époque où royaume ne connaissait pas encore tous les ressorts du gouvernement parlementaire, et notamment le principe de la responsabilité politique du Cabinet : « La raison principale de cette déviation doit être recherchée dans l'influence prépondérante de la Constitution anglaise. Celle-ci, nous le savons, était considérée comme appliquant le principe de la séparation des pouvoirs ; mais, d'autre part, un de ses traits bien connus était le veto de la Couronne »[6].

Esmein s'abrite derrière Montesquieu. L'*Esprit des lois* admet la faculté pour le Chef de l'État d'empêcher les entreprises de l'organe législatif lorsque cela lui paraîtra nécessaire. Par sa faculté d'empêcher, l'organe exécutif participe à l'exercice de la fonction législative : « La puissance exécutrice ne faisant partie de la législative que par sa faculté d'empêcher, elle ne saurait entrer dans le débat des affaires. Il n'est même pas nécessaire qu'elle propose, parce que, pouvant toujours désapprouver les résolutions, elle peut rejeter les décisions des propositions qu'elle aurait voulu qu'on n'eut pas faites »[7]. Il est donc impossible pour Esmein de contester l'intrusion de l'organe exécutif dans la fonction législative[8] puisque Montesquieu l'affirme lui-même. La chose ne sera pas douteuse, jusqu'à ce que Joseph Barthélemy affirme le caractère exécutif de la faculté d'empêcher du Président des États-Unis en 1906[9]. Toutefois si Esmein admet que la faculté d'empêcher

---

[1] On signalera la thèse de doctorat d'Albert Viatte soutenue en 1901 sur cette question : A. Viatte, *Le veto législatif dans la Constitution des États-Unis (1787) et dans la Constitution française de 1791*, Paris, Giard et Brière, 1901, 158 pages.

[2] Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chapitre III, section III, articles 1 à 8.

[3] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité., p. 337.

[4] « Tout droit de *veto* accordé au pouvoir exécutif *paraît* absolument contraire au principe de la séparation des pouvoirs », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 474, nous soulignons.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 475.

[6] *Ibid*.

[7] Montesquieu, *De l'Esprit des lois, op. cit.*, t. II, p. 219.

[8] Julien Boudon démontre clairement la qualité de co-législateur du Président des États-Unis par « la présentation » des textes de lois qui doit lui être faite pour en assurer l'entrée en vigueur : voir J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », art. cité., p. 261-262.

[9] Voir R. Moulin, *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques, op. cit.*, p. 21, note 62.

entre bien dans la fonction législative[1], il ne peut se résoudre à la qualifier d'exception au principe de la séparation des pouvoirs. Cela est théoriquement impossible pour la simple raison que le droit de veto découle directement de ce principe de séparation.

On peut considérer, qu'à l'image du droit de dissolution de la Chambre basse en régime parlementaire, le droit de veto dans un régime de séparation stricte des constitue la garantie de l'indépendance de ce dernier. Esmein explique ainsi à propos de la distinction entre faculté de statuer et faculté d'empêcher chez Montesquieu : « Il y avait certainement là un aperçu très profond : dans le système de la pleine séparation des deux pouvoirs, d'après lequel l'exécutif ne peut aucunement influer sur les décisions des Chambres, son indépendance, pratiquement, ne peut être assurée que par le droit de *veto* à son profit ; l'expérience l'a bien prouvé »[2]. Ainsi, quant au but recherché, le droit de veto peut être appréhendé comme le pendant du droit de dissolution, tandis que l'addition des deux procédés ne saurait être utile, du moins dans un régime parlementaire. C'est ce qu'Esmein précise, relativement au « veto mitigé » du Président de la République prévu par l'article 7 de la loi du 16 juillet 1875 : « Cette prérogative [le droit de veto], sous l'une ou l'autre forme [française ou américaine] était condamnée d'avance à rester lettre morte en vertu des principes mêmes du gouvernement parlementaire, comme est tombé en désuétude le veto absolu du roi d'Angleterre. Une prérogative semblable ne peut être utile qu'à un chef d'État qui agit indépendamment et par lui-même, à l'exemple du Président des États-Unis. Lorsque, au contraire, ce droit doit être exercé avec l'assentiment d'un ministère qui dépend de la majorité du Parlement, il ne trouvera presque jamais une occasion de s'exercer »[3].

L'argumentation est la même chez Saint Girons, un des rares juristes[4] de la fin du siècle à consacrer quelques pages de son *Manuel de droit constitutionnel* à la « sanction de la loi ». Il y met à la fois le droit de demander une seconde délibération au Parlement (article 7 de la loi du 16 juillet 1875[5]) et le droit de veto des Constitutions américaine de 1787 et française de 1791[6]. Après avoir établi que « la sanction est un *acte législatif* par lequel le Chef de l'État approuve le vote régulier du Parlement, le complète et le rend définitif et exécutoire »[7], Saint Girons explique que « la République américaine a souvent pratiqué le

---

[1] C'est notamment l'opinion d'Adolphe de Chambrun qui se place sous l'autorité du *Fédéraliste* dans son ouvrage *Le pouvoir exécutif aux États-Unis*, publié pour la première fois en 1876 et dont la seconde édition paraîtra en 1896, date de la parution de la première édition des *Éléments de droit constitutionnel* : « Les motifs qui ont déterminé les constituants à conférer au chef du Pouvoir Exécutif une part aussi grande d'autorité législative, sont exposés de la manière suivante par les auteurs du Fédéraliste… », A. de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis*, Paris, Fontemoing, 2e édition, p. 108, nous soulignons.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 475.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 674.

[4] On remarque par exemple qu'Édouard Fuzier-Herman ne mentionne pas le droit de veto du Président dans ses développements pourtant consacrés à la séparation des pouvoirs aux États-Unis. On note également l'absence de commentaire d'Émile Boutmy sur ce point dans ses *Études constitutionnelles*, comme dans le *Précis élémentaire* de Félix Moreau.

[5] Esmein tient à opérer une distinction entre le « veto mitigé » de la loi du 16 juillet 1875 et le « veto à l'américaine » sur le moyen de surpasser l'opposition présidentielle : voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 673.

[6] À propos de la Constitution française de 1791 : « Le ministère commit la maladresse de se prononcer pour le veto suspensif, qui fut voté à une grande majorité. La loi était censée sanctionnée lorsqu'elle était adoptée par la seconde législature après celle qui l'avait proposée », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 473. À propos de la Constitution américaine de 1787 : « Aux États-Unis, le Président peut aussi demander une nouvelle délibération qui, pour devenir obligatoire, doit réunir une majorité des deux tiers », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 474.

[7] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 471, nous soulignons.

veto, peut être à la vérité parce que la Constitution des États-Unis, semblable à notre Constitution de 1791, a un peu trop appliqué le principe de la séparation absolue des pouvoirs. Le veto est le seul moyen pour le Président d'agir sur les Chambres, qu'il ne peut ni ajourner, ni dissoudre. Nous savons d'ailleurs qu'il n'a pas le droit d'initiative »[1]. Esmein comme Saint Girons ne fait que reprendre ici ce que Chambrun tirait déjà du *Fédéraliste* en affirmant que le droit de veto est « indispensable au maintien des prérogatives du Pouvoir Exécutif »[2].

Ainsi, le droit de veto constitue assurément une exception, bien qu'Esmein tente de la présenter comme une simple « déviation ». Il semble vouloir se rassurer lui-même en précisant que le droit de veto est la seule entorse connue par laquelle l'organe exécutif peut exercer une part de la fonction législative. La seule entorse et, sans aucun doute, la moins grave de toutes celles que l'on pourrait imaginer : « Mais le veto est la seule prise qu'ait le pouvoir exécutif, dans ce système, 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 la séparation. De même, il est même assez logique que le pouvoir exécutif n'ait pas le droit d'ouvrir ou de clore à son gré la session du Corps législatif qui, naturellement, est alors permanent… »[3].

La théorie de la séparation stricte des pouvoirs connaît cependant d'autres exceptions, ou « déviations », dès lors que l'organe législatif se voit confier des attributions le faisant participer à la fonction exécutive. De sorte que, là encore, la théorie d'une séparation stricte devient de plus en plus difficile à étayer.

Esmein expose que les trois Constitutions de sa typologie des régimes de séparation stricte admettent toutes de tels procédés[4]. Son analyse de la Constitution française de 1791 l'oppose, une nouvelle fois, à Duguit quant au contenu des attributions exécutives qui doivent, en principe, être exercées par l'organe exécutif. L'article « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 » établit en effet que la Constituante violait le principe de séparation qu'elle avait elle-même proclamé en attribuant à l'organe législatif la matière fiscale[5]. Pour Duguit, celle-ci relève de la fonction exécutive : « Devant une aussi longue tradition [de demandes des États Généraux], nul ne songe, nul ne peut songer à refuser cette prérogative aux représentants du peuple, nul ne fait observer qu'en donnant au corps législatif le vote du budget et la réparation de l'impôt, on viole ouvertement le dogme si solennellement promulgué de la séparation des pouvoirs. Et cependant, si l'on va au fond des choses, on voit aisément que ce sont là des actes de l'ordre exécutif. Sans doute l'acte qui créé un impôt nouveau ou qui maintient un impôt ancien est une loi ; mais l'acte qui fixe les dépenses publiques est un acte exécutif, car il n'a d'autre but que d'assurer le fonctionnement d'institutions publiques créées par la loi, et par conséquent

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 474.
[2] A. de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 110.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 476.
[4] « D'autre part, nos trois Constitutions-types ont, à l'inverse, attribué au Corps législatif certains droits qui rentrent naturellement, semble-t-il dans les attributions du pouvoir exécutif », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 476-477.
[5] « La Constitution délègue exclusivement au Corps législatif les pouvoirs et fonctions ci-après : […] ; 2° De fixer les dépenses publiques ; 3° D'établir les contributions publiques, d'en déterminer la nature, la quotité, la durée et le mode de perception ; 4° De faire la répartition de la contribution directe entre les départements du royaume, de surveiller l'emploi de tous les revenus publics, et de s'en faire rendre compte », Constitution française du 3 septembre 1791, titre III, chapitre III, section I, article 1er.

d'assurer l'exécution de la loi ; la répartition de l'impôt est un acte exécutif, car elle n'est autre chose que la mise en œuvre de la loi qui crée l'impôt »[1].

Les *Éléments de droit constitutionnel* contestent cette opinion en se plaçant sous l'autorité de Montesquieu qui faisait de l'impôt une attribution législative incontestable[2] : « Je ne rangerai point dans cette catégorie [des attributions du pouvoir exécutif], comme M. Duguit, le vote périodique et la répartition de l'impôt ; car, si à l'origine et pendant longtemps le vote périodique de l'impôt s'est distingué du vote et de l'établissement des lois, c'était devenu presque une même chose en Angleterre, et c'était pour les esprits politiques le privilège essentiel des Assemblée représentatives ; Montesquieu le faisait rentrer directement dans la législation »[3]. Esmein admet une seule entorse dans la Constitution de 1791 : « Mais il y avait bien un empiètement sur le pouvoir exécutif, lorsque la Constitution de 1791 attribuait au Corps législatif ce qu'on appelait la "haute police administrative ", c'est-à-dire le droit de maintenir ou de lever la suspension prononcée par le roi contre les administrateurs et le droit de dissoudre les corps administratifs »[4]

Une autre entorse est commune aux trois « Constitutions-types » : elle tient à l'obligation faite aux Chambres d'approuver, ou de ratifier, les traités négociés et conclus par le pouvoir exécutif. On a constaté que la direction des relations diplomatiques appartenait par principe, conformément à la doctrine de Montesquieu, à l'organe exécutif. De ce fait, l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 introduisait de la souplesse, caractéristique du régime parlementaire. Or, on observe que les Constitutions-types définies par Esmein vont encore plus loin. Toutes trois requièrent en effet l'approbation du Parlement ou d'au moins l'une des Chambres pour la totalité des traités négociés et conclus par l'organe exécutif. Il en est ainsi dans les deux Constitutions françaises.

Quant à la Constitution américaine, Esmein refuse de l'assimiler aux deux Constitutions françaises pour la raison qu'elle réclame l'approbation de deux tiers des membres du Sénat[5], et non des membres du Congrès en son entier : « les traités négociés par le Président de la République ne sont point soumis au pouvoir législatif, c'est-à-dire aux deux Chambres du Congrès : mais ils doivent être approuvés par le Sénat ; il faut même le consentement des deux tiers des sénateurs présents »[6]. Cette exclusion de la Chambre des représentants est cruciale pour sauvegarder la théorie de la séparation stricte des pouvoirs. Elle permet d'écarter tout empiètement de *l'organe législatif* sur l'exercice de la fonction exécutive qui inclut la direction des relations diplomatiques. Ici, le Sénat n'agit jamais en tant que branche de l'organe législatif mais « en qualité de conseil de gouvernement ».

---

[1] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité., p. 124.

[2] On a constaté dans la première partie de cette étude que le consentement des Chambres anglaises à la levée des impôts institué par le *Bill of Rights* constitua l'un des points essentiels de l'essor du gouvernement représentatif en Angleterre.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 477. Esmein cite Montesquieu en note : « Si la puissance exécutrice statue sur la levée des deniers publics autrement que par son consentement, il n'y aura plus de liberté parce qu'elle deviendra législative *dans le point le plus important de la législation* ».

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 477.

[5] « Il [le Président des États-Unis] aura le pouvoir, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, de conclure des traités, pourvu que deux tiers des Sénateurs présents donnent leur accord », Constitution fédérale des États-Unis, article 2, section 2, clause 2.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 760.

La conception du Sénat américain comme « conseil de gouvernement » n'est pas une idée propre à Esmein. James Bryce recourait déjà à l'expression de « conseil qualifié » – « *council qualified* – en se fondant sur les lettres d'Hamilton relatives au Sénat fédéral : « *The aim with wich the Senat was created, the purposes it was to fulfill, are set forth under the form of answers to objections, in five letters, all by Alexander Hamilton, in The Federalist. These aims were the five following : […] To creat a council qualified, by its moderate size and the experience of its members, to advise and check the President in the exercise of his powers of appointing to office and concluding treaties* »[1].

Cette description de la Chambre haute américaine était répandue dans la doctrine publiciste de la fin du siècle. Tous les auteurs présentant le Sénat comme un « conseil » législatif faisaient leur l'opinion de Tocqueville qui écrivait : « le sénat concourt à la formation des lois ; il juge les délits politiques qui lui sont déférés par la chambre des représentants ; il est, de plus, le grand conseil exécutif de la nation. Les traités conclus par le président doivent être validés par le sénat ; ses choix, pour être définitifs, ont besoin de recevoir l'approbation du même corps »[2].

Adolphe de Chambrun consacre ainsi un chapitre entier de son ouvrage à la double qualité du Sénat américain, comme Chambre législative et comme « Conseil exécutif ». Ce chapitre intitulé « Le Sénat considéré comme Conseil exécutif »[3] explique que la répartition des fonctions entre le Congrès et le Président fit craindre le despotisme de ce dernier, et notamment dans la direction des relations extérieures de l'Union[4] : « Placés en présence de ces difficultés, les constituants les évitèrent grâce à l'adoption d'une méthode nouvelle ; le Sénat fut investi du droit d'assister le Président en qualité de conseil exécutif »[5]. Chambrun admet alors que le Sénat puisse être appréhendé à la fois comme un organe législatif et comme un organe exécutif, selon la fonction qu'il exerce : « Ici, il faut bien le remarquer, le Sénat cesse de faire partie du Pouvoir Législatif ; la Chambre des représentants n'a rien à voir dans ces attributions ; quand il est saisi de questions de cette nature, pour employer ici l'expression technique, il s'occupe d'affaires exécutives »[6].

Dans ses *Études de droit constitutionnel*, Boutmy dépeint la lente mutation du Sénat américain de simple « conseil exécutif » en véritable Chambre législative : « Le Sénat a commencé par être essentiellement une diète de plénipotentiaires, à l'imitation et par un sorte de prolongement du Congrès continental, et, en outre, un conseil exécutif, selon le type des Assemblées qui, sous ce même nom, assistaient originairement le gouverneur dans la plupart des colonies de la Nouvelle-Angleterre »[7]. Boutmy ajoute quelques pages plus loin : « En 1789, le Sénat se conçoit moins bien comme une branche de la législature que comme une sorte de conseil d'État associé à l'exercice du pouvoir présidentiel »[8].

---

[1] J. Bryce, *The American Commonwealth, op. cit.*, p. 48.
[2] A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Pagnère, 1848, t. I, p. 193.
[3] A. de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis, op. cit.*, p. 221-255.
[4] « Si le Président avait été investi du droit exclusif de conclure des arrangements internationaux, les relations étrangères de l'Union auraient en fait échappé à tout espèce de contrôle », A. de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis, op. cit.*, p. 221.
[5] A. de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis, op. cit.*, p. 221-222.
[6] A. de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis, op. cit.*, p. 222.
[7] É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis, op. cit,*, p. 118.
[8] É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis, op. cit,*, p. 121.

Parmi les ouvrages de droit constitutionnel antérieurs aux *Éléments de droit constitutionnel*[1], seul le *Manuel* de Saint Girons s'attache à l'approbation des traités par le Sénat américain. Mais il ne pousse pas l'analyse jusqu'à qualifier l'assemblée de « conseil exécutif » ou de « conseil de gouvernement ». Il considère que s'est créé aux États-Unis un partage[2] de la fonction diplomatique : « Les États-Unis ont confié les affaires diplomatiques au Président et au Sénat. Seule la déclaration de guerre exige l'intervention du Congrès. Les traités, les nominations des ambassadeurs, tout ce qui concerne les affaires étrangères est dans les attributions du Président et du Sénat, qui, pour les traités, doit voter à la majorité des deux tiers. La paix est donc plus facile que la guerre »[3]. Ces auteurs fondent tous leur argumentation sur la composition différenciée du Sénat, en comparaison avec la Chambre des représentants[4]. C'est d'ailleurs cette composition particulière du Sénat – un nombre de membres réduit, âgés de plus de trente ans – qui amena les constituants à confier à cette assemblée l'exercice conjoint de certaines des fonctions exécutives, comme le montre la lettre n°64 du *Fédéraliste*.

Esmein est sans conteste tributaire des idées émises par une partie de la doctrine française à la fin du XIXe siècle. On constate qu'il reprend, quasiment mot pour mot, les formules employées par Chambrun et Boutmy: « Elle [la Constitution américaine] a soumis les actes les plus graves du pouvoir exécutif, ceux qui sont nécessairement arbitraires, non à l'approbation du Corps législatif (sauf à la déclaration de guerre), mais à l'approbation du Sénat. Celui-ci n'est plus considéré alors comme une branche de la législature ; il prend un caractère propre et distinct, celui d'un grand conseil de gouvernement. C'était même le rôle principal que lui avaient assigné les auteurs de la Constitution ; son importance comme facteur de la législation ne s'est développé que postérieurement et progressivement »[5].

L'idée semble d'ailleurs si importante qu'elle est réaffirmée trois ans plus tard dans son article « Les Constitutions du Protectorat de Cromwell ». L'étude des institutions de l'*Instrument of government* permet en effet une comparaison entre « le troisième pouvoir public » qu'est le Conseil et le Sénat américain : « L'institution d'un pareil Conseil exécutif, comme modérateur du magistrat unique investi du pouvoir exécutif, est une de celles qui reparurent et s'implantèrent aux États-Unis d'Amérique. En 1787 elle formait le droit commun dans les Constitutions particulières des États : "La plus grande partie des États de l'Union peut nous servir d'exemple, disait l'un des auteurs du *Federalist* ; New-York et New-Jersey sont les seuls chez lesquels l'autorité exécutive soit entièrement accordée à un seul homme". Lors du vote de la Constitution fédérale, l'institution d'un Conseil, sans l'assentiment duquel le président ne pouvait prendre aucune décision, avait des partisans nombreux et convaincus. Mais elle fut énergiquement combattue par les auteurs du

[1] On ne peut considérer les *Études de droit constitutionnel* d'Émile Boutmy comme un ouvrage de droit constitutionnel à proprement parler, en raison du fait que l'ouvrage ne procède qu'à une étude comparative, forcément limitée, et excluant un certain nombre de points essentiels à la construction d'une théorie de droit constitutionnel.

[2] On remarque que ces développements intègrent le chapitre consacré à la « collaboration nécessaire des deux pouvoirs ».

[3] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 466.

[4] Voir par exemple A. de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 222. Également : A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 467.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 477-478.

Federalist et définitivement écartée. On prit une autre précaution, en soumettant à l'approbation du Sénat, les actes les plus importants accomplis par le président »[1].

Cependant, si les auteurs précités reconnaissent tous que le Sénat est la plus apte des deux branches de l'organe législatif à assurer un contrôle des actes du Président, et notamment des traités internationaux, on observe que leurs conclusions diffèrent. Saint Girons ou Chambrun semblent éviter la question d'une éventuelle entorse au principe de séparation, tout du moins aucun des deux ne l'aborde.

Esmein, lui, a pour objectif de démontrer que, par sa faculté à se muer en « conseil de gouvernement » lors de l'approbation d'un traité, le Sénat devient un organe exécutif exerçant une fonction exécutive, de sorte que la séparation rigide des pouvoirs ne se trouve pas *totalement* enfreinte. Il note que « La Constitution des États-Unis a été inspirée par le même sentiment commun aux hommes du XVIIIe siècle [la crainte du pouvoir exécutif]. Elle y a donné satisfaction d'une façon très ingénieuse *et plus conforme aux principes* »[2]. En sens inverse, Boutmy constate que « la théorie de la séparation des pouvoirs souffre pourtant en Amérique de plusieurs exceptions […] qui sont en elles-mêmes si singulières, en contradiction si flagrante soit avec le principe des institutions, soit avec les nécessités pratiques les plus évidentes que leur conservation séculaire paraît inexplicable »[3]. Boutmy vise non seulement l'approbation des traités mais aussi l'accord nécessaire du Sénat pour la nomination des fonctionnaires supérieurs, et notamment des ministres[4]. Une nouvelle fois, Esmein tente de minimiser les exceptions au principe de la séparation rigide des pouvoirs.

[1] A. Esmein, « Les Constitutions du Protectorat de Cromwell », art. cité, p. 411-412.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 477, nous soulignons.
[3] É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis, op. cit,*, p. 142.
[4] É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis, op. cit,*, p. 142-144.

II
Des exceptions à l'indépendance des organes passées sous silence

Atténuée ou stricte, la séparation des pouvoirs n'est pas seulement fonctionnelle : elle touche à l'indépendance des organes. Aussi, dans un régime de séparation stricte il semblerait que chacun des organes étatiques ne puisse agir directement sur l'existence d'un autre.

Quelle que soit la forme du régime politique, l'indépendance des titulaires des fonctions étatiques est caractérisée par leur irrévocabilité réciproque. Rappelons qu'Esmein considère 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 puisse révoquer à volonté le titulaire d'un autre pouvoir. C'est là, dans l'irrévocabilité réciproque, que gît le principe actif et bienfaisant »[1]. Comme nous l'avons vu, ce principe d'irrévocabilité ne s'oppose en rien à ce que l'un des organes procède à la désignation d'un autre organe ; notamment à la désignation du chef de l'organe exécutif par l'organe législatif. On remarque à ce propos qu'il n'est jamais fait mention dans les *Éléments de droit constitutionnel* de l'hypothèse envisagée par l'article 2, section 1, clause 2 de la Constitution américaine d'une désignation du Président par la Chambre des représentants, en cas d'absence de majorité absolue ou en cas d'égalité des voix dans le collège des électeurs présidentiels[2].

La nomination ou la désignation d'un organe par un autre ne devrait donc pas, en principe, heurter la séparation des pouvoirs. Toutefois, les *Éléments de droit constitutionnel* affirment que l'application stricte de la séparation des pouvoirs a pour conséquence – non systématique[3] – l'indépendance des ministres à l'égard de l'organe législatif : « Les ministres, dans ce système de gouvernement, s'ils n'ont aucune action sur le Corps législatif, ne dépendent en rien de celui-ci. Il ne peut ni les blâmer, ni les renverser ; il n'a aucune prise sur eux, tant qu'il ne peut pas les mettre en accusation proprement dite. Les ministres ne dépendent politiquement que du titulaire du pouvoir exécutif, qui les choisit, les conserve et les révoque à son gré. Ils sont simplement ses agents, chacun dans le département qui lui est confié, et, en dehors des affaires propres à son département, il ne les associe que dans la mesure qui lui convient à sa politique générale. C'est ainsi que le Président des États-Unis dirige le gouvernement fédéral. […] Les ministres n'ont point, on le voit, d'action propre et collective »[4].

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 464-465.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 646-647.
[3] Esmein explique que la Constituante vota une loi autorisant l'organe législatif à demander au roi par déclaration la révocation d'un ministre ayant perdu la confiance des membres de l'Assemblée. Mais il précise « Cependant, le texte de cette loi, qui ne fut pas incorporé à la Constitution même, ne semble pas avoir été ainsi entendu. "Il nous a paru, disait Thouret, que c'était une disposition qui ne méritait pas d'être dans l'acte constitutionnel, car, aux termes du décret, le roi peut garder ses ministres malgré la déclaration du Corps législatif" », *Éléments…, op. cit.*, p. 470-471.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 469.

La première phrase contient une inexactitude fâcheuse. Esmein écrit en effet que « les ministres ne dépendent politiquement que du titulaire du pouvoir exécutif, qui les *choisit*, les conserve et les *révoque* à son gré »[1]. Or, l'article 2, section 2, clause 2 de la Constitution prévoit que le Président « fera des propositions au Sénat et, sur l'avis et avec le consentement de celui-ci, il nommera les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls publics, les juges à la Cour suprême et tous les autres hauts fonctionnaires des États-Unis dont la nomination n'est pas autrement prévue que par la présente Constitution et qui sera établie par la loi : mais que le Congrès pourra, par une loi, attribuer la nomination de tels fonctionnaires inférieurs qu'il lui paraîtra opportun, soit au Président seul, soit aux Cours de justice, soit aux chefs des départements ministériels ».

Ainsi, comme pour l'approbation des traités, la Constitution américaine assure un partage de la fonction exécutive entre le Président et le Sénat pour la nomination de tous les fonctionnaires supérieurs de l'État fédéral, et notamment des ministres. Tous les auteurs le remarquent, tels Saint Girons[2] ou Chambrun[3]. Boutmy également, qui y voit l'une des plus magistrales exceptions à la séparation des pouvoirs : « La constitution américaine de 1789 a voulu que le pouvoir exécutif fût maître chez lui : il semble donc qu'elle aurait dû lui réserver le libre choix de tous ses agents et plus particulièrement de ses ministres. Point du tout ; ces ministres qui, une fois nommés, seront hors du contrôle des Chambres, ne peuvent être choisis qu'avec l'assentiment de l'une d'elles, le Sénat. Et ce n'est même pas sur la composition du ministère en bloc que se prononce la haute Assemblée. Les noms lui sont soumis individuellement pour chaque fonction ; elle peut agréer l'un, rejeter l'autre, déconcerter toutes les combinaisons du pouvoir responsable. Ce n'est plus là le contrôle politique dans son ampleur ; ce sont des questions de personnes avec leurs petitesses. C'est assez pour gêner, taquiner, énerver, ce n'est pas assez pour assurer une haute et salutaire influence »[4].

Esmein ne diminue pas la portée de la disposition. L'exposé du droit de nomination du Président de la République française sous le régime de l'article 3 de la loi du 25 février 1875 en témoigne : « Ce droit est plus étendu, d'autre part, que celui que confère au Président des États-Unis la Constitution américaine. Non seulement les emplois dont celui-ci peut disposer sont relativement moins importants, par la nature même de l'État fédératif : il ne peut nommer que les fonctionnaires fédéraux. Mais encore pour les fonctionnaires fédéraux supérieurs, il ne peut les nommer, les investir de leurs fonctions, qu'avec l'assentiment de la majorité du Sénat »[5]. Plus loin dans le chapitre consacré à la séparation des pouvoirs, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* cite *in extenso* l'article 2, section 2, clause 2 de la Constitution des États-Unis : « Cette clause absolument générale s'applique à la rigueur même aux ministres »[6]. Esmein admet assurément que la nomination des ministres doit recueillir l'approbation du Sénat. Toutefois, il tente de relativiser l'éventuel pouvoir de nuisance de la Chambre haute du Congrès à l'égard du Président en expliquant : « Mais quant à ceux-ci [les ministres], il est de tradition que le

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 469, nous soulignons.
[2] « Les ministres, comme tous les fonctionnaires, dépendant uniquement du Président qui, s'il ne peut les nommer sans l'assentiment du Sénat, peut les révoquer librement, et, par suite, reste toujours maître de leur dicter leur volonté », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 453.
[3] Voir A. de Chambrun, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis, op. cit.*, p. 167.
[4] É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis, op. cit.*, p. 142-143.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 688-689.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 478.

Sénat approuve, les yeux fermés, le choix du président ; il faudrait les raisons les plus graves pour qu'il agît autrement »[1].

Quoi qu'il en soit, il en va de l'approbation de la nomination des ministres comme de la ratification des traités. Pour l'ensemble de ces « actes les plus graves du pouvoir exécutif »[2], le Sénat n'est plus une branche de l'organe législatif mais un « grand conseil de gouvernement »[3]. Ainsi la solution de la Constitution américaine, par la double nature qu'elle donne au Sénat, est « plus conforme aux principes » que les Constitutions de 1791 ou de l'An III[4].

L'aspect le plus remarquable de la théorie d'Esmein réside dans l'absence totale de commentaires touchant à la procédure d'*impeachment*. L'article 2, section 4 de la Constitution américaine prévoit en effet que « le Président, le Vice-président et tous les fonctionnaires civils des États-Unis seront destitués de leurs fonctions sur *impeachment* [mise en accusation] et sur condamnation pour trahison, corruption ou autres crimes majeurs ou délits graves ». L'article 1, section 2, clause 5, et l'article 1, section 3, clause 6 et clause 7 assurent la répartition des rôles entre les deux Chambres du Congrès : ainsi la mise en accusation revient à la Chambre des représentants, et le jugement au Sénat qui ne peut procéder à une destitution qu'a condition de réunir les votes des deux tiers des sénateurs présents.

La procédure d'*impeachment* à pour but unique la destitution des fonctionnaires civils des États-Unis, au rang desquels se trouvent le Président, le Vice-président ainsi que les ministres. Cette destitution n'est rien d'autre que la révocation de fonctions préalablement attribuées. Or, on le sait, le principe d'indépendance des organes chez Esmein s'analyse en une irrévocabilité mutuelle. L'*impeachment* est donc susceptible de mettre à mal le principe d'indépendance des organes, en autorisant les Chambres à révoquer le Président, le Vice-président ou les ministres fédéraux.

Esmein ne s'attache jamais à la compatibilité d'une telle procédure avec le principe d'irrévocabilité censé fonder sa conception de la séparation des pouvoirs. L'auteur adopte ici la même attitude que face à la responsabilité pénale du Président de la République établie par l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, considérant sans doute que la procédure d'*impeachment* possède un caractère purement pénal et ne correspond pas à une révocation « à volonté »[5].

Esmein s'intéresse brièvement aux incriminations prévues par la Constitution américaine : « La même question est agitée aux États-Unis où le Président est aussi déclaré responsable pour trahison, corruption et autres grands crimes ou délits : "Quelques uns, dit M. Bryce, tiennent que les expressions comprennent seulement des actes prévus et punis par le droit pénal (*indictable offenses*), tandis que d'autres leur donnent une signification extensive, y comprenant les actes accomplis en violation des devoirs résultant de la charge et contraires aux intérêts de la nation" »[6]. Rien de plus. Ainsi l'hypothèse d'un

[1] *Ibid*.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 464-465.
[3] *Ibid*.
[4] Il signale que « la Constitution de l'An III faisait élire par les Corps législatif (art. 315) les cinq commissaires de la Trésorerie nationale », *Ibid*.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 464.
[6] *Ibid*.

détournement de la procédure pénale d'*impeachment* pour des motifs politiques n'est même pas envisagée. De même, une transformation de la procédure pénale en une procédure véritablement politique, comme ce fut le cas en Angleterre à la charnière des XVIIIe et XIXe siècles n'est pas examinée.

Pourtant, Esmein est loin de nier une telle éventualité. L'exemple anglais est parfaitement connu[1]. On souligne à ce propos que « le mécanisme d'*impeachment* adopté outre-Atlantique a indéniablement une origine britannique. Dés lors, pourquoi ce qui est devenu "politique" en Grande-Bretagne ne pourrait-il le devenir aux États-Unis ? L'exemple de l'*impeachment* du Président Johnson en 1868 montre qu'on a frôlé une telle transformation »[2]. Mais la seule appréciation portée par Esmein sur l'*impeachment* aux États-Unis conclut à son inutilité au motif que la seule procédure engagée n'a pas abouti à la destitution du Président Johnson : « L'histoire des États-Unis nous apprend aussi que cette responsabilité pénale du Président de la République, même dans un pays où il gouverne personnellement et couvre ses ministres, est une précaution presque inutile. Un seul Président des États-Unis a été mis en accusation devant le sénat par voie d'impeachment : le président Andrew Johnson, en 1868, et il a été acquitté faute d'une majorité des deux tiers contre lui exigée par la Constitution »[3].

Esmein suppose donc que la séparation stricte des pouvoirs aux États-Unis empêche toute révocation à caractère politique du titulaire de la fonction exécutive ou de ses agents.

Mais sa définition de la séparation stricte est largement démentie par la réalité puisqu'elle trouve de nombreux tempéraments ou exceptions qui, malgré tous les efforts de l'auteur, en prouvent les faiblesses, voire l'inanité. Il est d'ailleurs remarquable qu'Esmein l'admette lui-même en expliquant, comme Boutmy[4] ou Saint Girons[5], que, sans le prévoir, l'architecture institutionnelle des États-Unis a permis l'établissement de points de contacts supplémentaires entre les organes législatif et exécutif : « La séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif n'a pas pu se maintenir aux États-Unis, telle que la Constitution l'avait arrêtée. La pratique a fatalement établi un contact plus intime et un trait d'union entre les deux pouvoirs. Cela se trouve dans les Comités permanents du Sénat et surtout de la Chambre des représentants. […] C'est dans cette organisation, non prévue par la Constitution et créée tout entière par le règlement des Chambres, que s'est concentrée peu à peu l'activité réelle du Congrès. Là s'arrêtent toutes les mesures importantes, et la discussion publique et générale, surtout à la Chambre des représentants, n'a pas le plus souvent une bien sérieuse importance. […] Ils exercent un contrôle incessant sur les actes et l'administration des ministres. Ils ont le pouvoir de les citer devant eux, comme d'ailleurs tous autres fonctionnaires, et de les interroger sur leurs méthodes et leur direction. Par là même s'est établi, en fait, un contrôle du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif, une dépendance du second (en la personne des ministres) à l'égard du premier. […] Aussi des esprits sérieux demandent-ils, aux États-Unis, la réforme du système : sans proposer l'introduction du régime parlementaire, on a songé à

[1] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 141-147.
[2] J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », art. cité., p. 259-260.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 788.
[4] É. Boutmy, *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis*, *op. cit.*, p. 124.
[5] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 456.

donner aux ministres l'entrée et la parole au Congrès, et même le droit d'initiative en matière de lois »[1].

Un doute est instillé : peut-être que la séparation stricte ne peut se conserver pure, peut-être doit-elle fatalement s'assouplir et se rapprocher ainsi du modèle parlementaire, celui que l'on comprend être le meilleur des régimes.

Mais la définition de la séparation des pouvoirs chez Adhémar Esmein recèle un autre objectif tout aussi important, si ce n'est plus : l'affirmation du pouvoir judiciaire comme troisième pouvoir, à égalité avec le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 479-480.

CHAPITRE DEUX

Le « pouvoir » judicaire comme troisième pouvoir

L'interprétation de la séparation des pouvoirs dans la doctrine de la fin du siècle est notamment destinée à régler la question du « pouvoir judiciaire » ou de « l'autorité judiciaire ». Le chapitre « De la Constitution d'Angleterre » de l'*Esprit des lois* se trouve ainsi disséqué par l'ensemble des auteurs, la plupart réfutant l'existence d'un organe judicaire véritablement « séparé » des organes législatif et exécutif et assimilant la fonction de juger à la fonction exécutive. Cette assimilation permet de justifier l'existence et l'organisation de la juridiction administrative.

Esmein se distingue résolument. Sa conception de la séparation des pouvoirs tente de justifier l'indépendance effective du pouvoir judiciaire face aux pouvoirs proprement politiques que sont l'exécutif et le législatif. Les *Éléments de droit constitutionnel* proposent ainsi de démontrer l'existence de trois fonctions étatiques dont la troisième doit être constituée en « pouvoir » égal aux deux autres (Section 1). Cette affirmation permet alors à l'auteur de fonder juridiquement l'indépendance de la juridiction judiciaire (Section 2).

Section 1

La fonction de juger distincte des fonctions législative et exécutive

Par la publication des *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein n'entend pas seulement démontrer la justesse de la théorie de Montesquieu – malgré une « exagération »[1] excusable et excusée – quant à la détermination des rapports qui doivent s'établir dans l'exercice des fonctions législatives et exécutives. Il veut aussi affirmer la validité de la théorie quant à l'existence de trois pouvoirs.

La majorité de la doctrine publiciste française explique que les fonctions étatiques se réduisent à deux : la fonction législative et la fonction exécutive (I). Esmein réfute cette thèse en tous points pour faire de la fonction judiciaire un véritable pouvoir (II).

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 458.

I
La question du dénombrement des fonctions étatiques

À la fin du XIXe siècle, la critique première adressée à la théorie de la séparation des pouvoirs tient à l'idée même d'une « séparation » ou d'un cloisonnement parfaitement étanche entre les diverses fonctions étatiques. Mais certains avancent un second argument, sans doute le plus pregnant à la fin du siècle, qui vise à démontrer que l'exercice de la souveraineté se résume à l'exercice de deux fonctions, la fonction législative et la fonction exécutive. Esmein entend combattre l'un et l'autre de ces arguments et démontrer toute la justesse de la théorie de Montesquieu.

La conception de la fonction de juger comme distincte de la fonction législative et de la fonction exécutive étend l'adhésion d'Esmein à l'ensemble de la construction de Montesquieu : « Le pouvoir judicaire de Montesquieu, ou puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil, rappelle, par les termes, ce que Locke présente comme la première fonction du pouvoir exécutif, " comprenant l'exécution des lois municipales de la société dans l'intérieur de celle-ci " ; mais, dans la conception de Montesquieu, c'est devenu un pouvoir distinct et indépendant aussi bien du pouvoir législatif que du pouvoir exécutif. La nouveauté que présente sa théorie réside donc, pour cette première partie, en deux points. Il a vu très nettement que l'emploi de la force publique et de l'action gouvernementale à l'intérieur, pour assurer l'ordre et l'exécution des lois, présente une affinité naturelle avec l'action de la diplomatie et l'emploi de la force armée dans les relations extérieures ; il y a là un faisceau d'attributions qui sont les moyens de la politique proprement dite. La justice, au contraire, l'application rigoureuse et scientifique du droit pénal et du droit privé, constitue un domaine absolument distinct, une fonction de l'État naturellement déterminée par d'autres règles »[1].

La théorie des trois pouvoirs, ou plus précisément des trois fonctions, est ainsi présentée comme « presque classique » par Félix Moreau[2] en 1892 et comme « classique, à tort ou à raison »[3] par Charles Turgeon en 1899. Si elle est devenue telle sous l'action des auteurs libéraux, et notamment des constitutionnalistes des années 1850 et 1860, elle n'en sera pas moins contestée à la toute fin du siècle.

Au milieu du siècle, Félix Berriat Saint Prix et Pellegrino Rossi consacrent la théorie tirée de l'*Esprit des lois*[4] en distinguant trois fonctions : la fonction législative, la fonction

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 456. On remarque ici l'une des très rares occurrences de l'expression « fonction de l'État ».

[2] « Une autre théorie, presque classique, enseigne qu'il y a trois pouvoirs : le *législatif* qui édicte la loi, l'*exécutif* qui l'accomplit, le *judiciaire* qui tranche les procès », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 18.

[3] C. Turgeon, « Une définition de l'État et de sa souveraineté », art. cité, p. 72.

[4] La soixante douzième leçon du *Cours* de Rossi reprend clairement le raisonnement exprimé dans le Chapitre VI du Livre XI de l'*Esprit des lois* : « Lorsque ces trois pouvoirs sont réunis dans la même personne, ou dans les mêmes personnes, lorsque le même homme qui fait la loi générale est en même temps chargé de la faire exécuter et de décider les contestations qu'elle peut faire naître, il y a pouvoir absolu. Il n'y a pas de limites légales à tracer car, pour que ces limites puissent être tracées, il faut un pouvoir capable de les faire respecter. Or, tous les pouvoirs étant concentrés dans les mêmes mains, il ne peut y avoir rien de semblable », P. Rossi, *Cours de droit*

exécutive et la fonction judiciaire. Tous deux démontrent que le pouvoir judiciaire[1] – la fonction de juger – se distingue, par sa nature même[2], des fonctions législatives et exécutives. En 1850, Berriat Saint Prix décrit ainsi dans sa *Théorie du droit constitutionnel français* « les nuances qui séparent le pouvoir judicaire des autres pouvoirs »[3] et considère que celui-ci « occupe entre les deux un rang intermédiaire. Le pouvoir législatif formule les règles de conduite ; le pouvoir judicaire déduit des lois la décision des procès ; le pouvoir exécutif contraint les particuliers à obéir aux jugements. Le premier proclame les devoirs ; le second constate que tel devoir est imposé à telle personne ; le troisième contraint cette personne à remplir le devoir constaté par le second »[4].

Pellegrino Rossi tenait un raisonnement identique, soulignant la différence de nature entre la fonction législative et la fonction de juger mais surtout entre cette dernière et la fonction exécutive. La 95e leçon de son *Cours* affirme : « Vouloir, en législation, c'est établir une règle générale, formuler un fait général. Après vouloir, vient agir, mais l'action doit être, autant que possible, conforme à la règle établie, et cela est vrai, non seulement pour les agents gouvernementaux, mais pour tous les membres de l'État. Or, lorsqu'il y a un doute sur le sens de l'action ; lorsqu'il y a désaccord entre celui qui agit et celui qui subit l'action, il faut faire cesser ce doute, il faut rétablir l'accord. Il ne suffit donc pas de vouloir et d'agir, il faut aussi juger, ce qui est un acte également distinct des deux autres, tellement qu'on peut faire chacun d'eux isolément. L'acte de juger n'a pas les caractères généraux de l'acte de vouloir – la généralité et l'initiative ; il les exclut au contraire. […]. Le juge ne crée rien, il déclare ; il n'agit pas, il dit comment il faut agir dans le cas spécial qui lui est soumis. Il est donc étranger aux deux autres dépositaires de la puissance sociale qui représentent la volonté et l'action ; il a son indépendance et sa sphère d'activité à part ; il doit l'avoir, du moins, dans toute organisation politique rationnelle »[5]. Rossi conclut :

---

constitutionnel, op. cit., t. III, p. 378. On remarque que Félix Berriat Saint Prix critique la théorie de Montesquieu pour son inexactitude quant aux rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, mais adopte clairement la distinction établie entre les trois pouvoirs : voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 337-339.

[1] Berriat Saint Prix définit le pouvoir judiciaire à deux reprises : « Le pouvoir judicaire tire son origine d'une idée différente, mais non moins vraie. Il n'est pas besoin ici de considérer l'État comme une personne indépendante qui a ses intérêts propres, et les défend contre des prétentions étrangères. Il faut envisager deux plaideurs, individus ou êtres collectifs, peu importe. L'un d'eux affirme la vérité d'un fait et prétend avoir un droit ; l'autre conteste le fait ou le droit, ou tous deux à la fois. Pour décider entre ces deux assertions opposées, la raison conseille de recourir à une autorité impartiale, chargé de constater le fait et de reconnaître le droit, en faisant l'application de la loi à l'espèce. Cette autorité se nomme « pouvoir judiciaire ». Le jugement n'est pas encore l'exécution de la loi, puisqu'il est besoin d'un nouvel emploi de la force publique pour le mettre lui-même à exécution ; mais il constitue l'interprétation impérative de la loi, et facilite son application en cas de différend », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 339. Et plus loin dans l'ouvrage : « Le pouvoir judiciaire est le pouvoir de juger, c'est à dire de décider d'une contestation », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 588.

[2] L'auteur décrit la mission du juge : « Le juge ne créé point le droit des parties. Il ne statue pas selon ses caprices ; il applique une règle. Il déduit du commandement général, enfermé dans la règle, un commandement particulier applicable à la contestation. En ce sens, juger est autre chose que faire la loi. […] Le jugement doit être exécuté, fût-il contraire à la loi : en ce sens, juger c'est en réalité faire la loi des parties. […] Si le condamné exécute lui-même la condamnation, le pouvoir judicaire suffit à terminer toutes les difficultés. Si le condamné résiste, l'emploi de la force publique devient nécessaire. Ici commence l'intervention du pouvoir exécutif », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 589.

[3] *Ibid*.

[4] *Ibid*.

[5] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 239 et p. 240.

« Le pouvoir judiciaire est un pouvoir par lui-même qui, dans sa sphère propre, a son indépendance comme les autres ont la leur »[1].

Si on trouve une trace de la contestation de la distinction de trois pouvoirs dès le début du siècle, comme le soulignent les deux auteurs cités[2], la négation de d'un *véritable* « pouvoir judicaire » reprend vigueur dans les deux dernières décennies du siècle. Les ouvrages consacrés au principe de la séparation des pouvoirs et la plupart des ouvrages de droit constitutionnel publiés à partir des années 1880 refusent d'établir le pouvoir judiciaire comme un troisième pouvoir. Leurs auteurs considèrent que la fonction de juger doit être rattachée à la fonction exécutive.

Les ouvrages de Saint Girons et de Fuzier-Herman primés par l'Académie des sciences morales et politiques se rejoignent sur ce point, à ceci près que le premier se montre plus radical en usant de l'expression « autorité judicaire »[3]. Fuzier-Herman, « disciple fidèle de Montesquieu »[4], maintient l'expression « pouvoir judiciaire »[5].

Dès la première phrase de l'introduction de son *Essai*, Saint Girons présente deux fonctions[6] – législative et exécutive – avant de démontrer dans le chapitre consacré au pouvoir exécutif que « la justice » n'est qu'une « branche »[7] de la fonction exécutive. Il contredit ouvertement Rossi[8] en soutenant que l'autorité judiciaire est subordonnée au

---

[1] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. IV, p. 240 et p. 241.

[2] Rossi signale l'opinion de Jean de Sismondi qui relève dés 1815 « la division métaphysique des pouvoirs exécutif et législatif » considérant qu'il n'existe que deux fonctions : la législation et l'exécution : voir J.-C. de Sismondi, *Examen de la Constitution française*, Paris, Treuttel et Würtz, 1815, p. 52-53. Berriat Saint Prix signale, lui, par exemple l'opinion de Charles Guillaume Hello ou d'Émile-Victor Foucart qui considère que « l'autorité judiciaire n'est qu'un démembrement du pouvoir exécutif » : voir É.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif, ou exposé méthodique des principes du droit public positif*, Paris, Videcoq, 1855, p. 150-152.

[3] L'ouvrage présente de très nombreuses occurrences de l'expression « autorité judiciaire », notamment le Livre II qui présente les « deux autorités » que sont l'autorité gouvernementale et l'autorité judiciaire : voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 411-447.

[4] É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 296.

[5] Le titre du chapitre XXII de l'ouvrage en témoigne : voir É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 412 à p. 461. Toutefois l'emploi de l'expression « autorité judiciaire » n'est pas banni pour désigner l'organe judiciaire: voir par exemple É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 450, p. 460, p. 480, p. 526, p. 529

[6] « Tout gouvernement a deux fonctions essentielles : édicter les lois, les faire exécuter. Dans la fonction législative rentre l'organisation des droits privés et publics. La fonction exécutive comprend les mesures générales ou individuelles nécessaires pour faire respecter ces droits », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 1.

[7] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 276.

[8] « Il est néanmoins intéressant de prouver que la justice est une branche du pouvoir exécutif, ne serait-ce que pour repousser le reproche " d'erreur de doctrine " de Rossi », *Ibid*. Saint Girons entend notamment contester l'argument de Rossi tiré du fait que l'organe judiciaire n'a pas de moyens, en propre, destinés à l'exécution des jugements qu'il prononce, de sorte qu'il faille faire appel à la force publique, c'est-à-dire à l'autorité gouvernementale proprement dite. L'*Essai sur la séparation des pouvoirs* tente ainsi de balayer l'argument : « Mais, dit-on, l'autorité judiciaire n'exécute pas ses jugements. Sans doute les juges n'ont pas des agents directs, leur appartenant exclusivement : ils les empruntent presque tous au gouvernement. Néanmoins c'est l'autorité judiciaire qui complète les mesures générales prescrites par le pouvoir central, en ordonnant des mesures particulières, dans une hypothèse donnée, lorsqu'il y a litige », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 278. Berriat Saint Prix entendait déjà en son temps contrer cet argument : « Quelques écrivains objectent que la décision du juge est illusoire si la force publique n'intervient pas pour son exécution : idée incontestablement vraie toutes les fois que la partie condamnée n'exécute pas spontanément. Mais il en est de même de la loi : elle demeure une lettre morte, si l'on n'établit pas des agents chargés de la vivifier par

« pouvoir » exécutif. Dans ce but, Saint Girons établit une distinction entre les attributions et la fonction qui peut être confiée à un organe et estime que si les attributions de l'autorité judiciaire et de l'organe exécutif proprement dit – c'est-à-dire le chef de l'État, les ministres et les administrateurs[1] – sont différentes, la fonction qu'ils exercent est absolument identique : « L'indépendance de l'autorité judiciaire ne doit pas faire fermer les yeux sur son caractère essentiellement *exécutif*. S'il est une autorité qui consacre énergiquement la loi, qui la fasse respecter, qui en impose de force l'exécution aux citoyens, c'est bien certainement l'autorité judiciaire : elle va plus loin que le gouvernement et l'administration, elle statue dans les hypothèses qui échappent à cette autorité, dans les procès où une personne publique se trouve intéressée ; mais les deux autorités invoquent les lois, les appliquent, les sanctionnent, en un mot, les exécutent. […] Agissant dans des sphères différentes, ayant des attributions diverses, les autorités remplissent la même fonction et doivent s'inspirer des mêmes principes, avoir le même respect du droit, le même souci de l'intérêt général »[2].

Sans surprise, le *Manuel de droit constitutionnel* consacrera la même conception élargie de la fonction exécutive[3]. Saint Girons ajoute qu'une distinction ne peut être établie entre la fonction juridictionnelle et la fonction exécutive en considération de la portée – individuelle ou générale – de la règle de droit : « Il est donc inexact de soutenir que le pouvoir exécutif procède par actes généraux. Cela n'est pas exact même en ne comprenant pas la Justice dans le pouvoir exécutif. Parfois la sphère d'activité du Chef de l'État a la même étendue que la loi elle-même : il commande à tous les citoyens. Plus souvent, ses actes sont limités à une catégorie d'hommes, ou à un seul individu : l'ordre devient spécial, limité. La loi est toujours générale, l'application devient particulière et déterminée »[4].

Fuzier-Herman exprime un argument semblable : « Si l'on analyse les opérations de la souveraineté, telle qu'elle fonctionne depuis que l'homme se connaît, on voit tout d'abord qu'elles se divisent en deux parties bien distinctes : la fixation de la règle, l'activité conforme à la règle. À quoi répondent le pouvoir législatif d'une part, et de l'autre le pouvoir exécutif entendu *lato sensu*. Celui-ci se décompose à son tour en rétablissement de l'observation de la règle lorsqu'elle a été violée, c'est le pouvoir judiciaire ; maintien de

---

l'emploi de la force. En a-t-on jamais tiré la conséquence que le pouvoir législatif émane du pouvoir exécutif ? », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 591-592.

[1] Voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 274.

[2] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 278. L'exposé d'Édouard Fuzier-Herman est théoriquement moins clair mais reste indéniablement proche de l'argumentation de Saint Girons : « Ainsi, deux pouvoirs apparaissent tout d'abord dans l'État, le législatif et l'exécutif ; l'exécutif se distingue ensuite en deux organes. Le premier, comprenant le gouvernement et l'administration, est dit actif, parce que ses actes sont spontanés, généraux, et qu'il est obligé d'observer les besoins pour les satisfaire ; le second, qui est plus proprement le pouvoir judiciaire, pourrait être appelé inerte, parce qu'il est dépouillé de toute initiative, ne peut se prononcer que lorsqu'il est saisi, et seulement sur l'espèce dont il est saisi », É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 295.

[3] « Le pouvoir législatif pose le principe, le pouvoir exécutif le met en pratique, le fait pénétrer dans la vie des citoyens, et produire les résultats prévus et désirés par le législateur. La loi est le droit, l'exécution est le fait. La loi est générale et le vote la termine. L'exécution est individuelle, quotidienne, incessante. Son domaine est le présent, par les prohibitions et les ordres ; l'avenir, par les mesures de précaution ; le passé, par les jugements. L'exécution reste fidèle à la loi, et son respect est la mesure de son étendue, de son autorité et de son indépendance. Pourvu qu'ils obéissent à la loi, les organes du pouvoir exécutif ont liberté entière et échappent ou doivent échapper à toute ingérence parlementaire », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 323.

[4] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 326.

l'ordre et direction des progrès sociaux dans les limites de l'action rationnelle de l'État, sous l'inspiration et pour l'application de la loi, c'est le pouvoir exécutif proprement dit, entendu cette fois *stricto sensu* »[1]

Le *Précis élémentaire* de Félix Moreau et le *Manuel* de Théophile Aumaître[2] iront dans le même sens. Moreau mentionne les théories qui distinguent dans l'État jusqu'à huit pouvoirs[3], entendus comme des fonctions, avant d'affirmer que la théorie des deux pouvoirs qu'il défend est « inattaquable »[4]. Les deux ouvrages exposent eux aussi une conception élargie de la fonction exécutive visant à y intégrer la fonction de juger et présenter l'autorité judiciaire comme une partie de l'organe exécutif : « L'exécution de la règle peut être *contentieuse* ou *non contentieuse*. Dans le premier cas, elle soulève des difficultés et des controverses résolues par des jugements ; elle est souvent confiée à des organes spéciaux dont l'ensemble constitue l'autorité judiciaire. Elle se distingue souvent en justice judiciaire qui statue sur les questions d'intérêt purement privé et justice administrative qui statue sur les questions où un intérêt public est engagé »[5].

Avec les *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein entend combattre la théorie défendue par ses prédécesseurs. L'ouvrage consacre ainsi un paragraphe entier au « pouvoir judiciaire »[6]. Esmein se rallie à Henri Rozy qui, en 1881, appelait au « bon combat »[7] contre la doctrine majoritaire ne reconnaissant que deux pouvoirs[8]. Les *Éléments de droit constitutionnel* sont le premier ouvrage de droit constitutionnel publié sous la IIIe République défendant le principe de séparation de trois pouvoirs, ou plus précisément de trois fonctions. En cela, il faut infirmer René Jacquelin qui, dans ses *Principes dominants*

---

[1] É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 291-292.

[2] Aumaître se limite à quelques développements extrêmement courts sur le principe de séparation des pouvoirs : voir T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 32-35.

[3] « Un grand nombre d'autres théories ont été proposées. Les unes ajoutent aux trois pouvoirs connus un quatrième : ici pouvoir administratif, là pouvoir conservateur, ailleurs pouvoir modérateur, pouvoir royal. Telle autre ajoute les finances et la culture publique, et divise le pouvoir exécutif en pouvoir représentatif, gouvernement et administration. […] Certaines abandonnent la division classique. L'une distingue six pouvoirs : électoral, représentatif, modérateur, ministériel, judiciaire, royal ; une autre, sept : pouvoir sur les personnes, sur les choses, sur les choses publiques, sur les individus, sur les classes de personnes, pouvoir de spécification, pouvoir attractif ; une autre, huit : pouvoir déterminateur, opérateur, modérateur, postulateur, judiciaire, coercitif, certificateur, prédominant », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 20.

[4] « Les nébuleuses théories qui viennent d'être rappelées essaient de concilier ces aspects inconciliables. De pareilles tentatives étaient d'avance condamnées à l'insuccès. Au point de vue juridique, qui seul doit être le nôtre, la théorie des deux pouvoirs paraît inattaquable », *Ibid*.

[5] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 24. Aumaître écrit : « Il n'existe, en effet, que deux pouvoirs fondamentaux : celui qui fait la loi (constitutionnelle ou autre) appelé pouvoir législatif ; et celui qui veille à l'exécution de la loi, à savoir le pouvoir exécutif. Quant à ce dernier, il se subdivise, non pas en deux pouvoirs, mais plutôt en deux autorités : l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. La première appliquant les lois d'intérêt général, la seconde les lois d'intérêt privé », T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 34.

[6] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 496-537.

[7] H. Rozy, *Des divisions du pouvoir (Séparation des pouvoirs)*, *op. cit.*, p. 25.

[8] « Il n'y a jamais d'institution organisée sans un principe lui servant de base ; or la théorie de la fonction judiciaire fesant [sic] partie des fonctions exécutives, n'ayant pas une existence propre tout à fait à elle, ne répondant pas à la distinction profonde qui existe entre la justice et l'administration est essentiellement fausse scientifiquement. Par voie de conséquence, toutes les erreurs de doctrine se traduisant par d'autres erreurs dans l'application, cette théorie est essentiellement dangereuse », H. Rozy, *Des divisions du pouvoir (Séparation des pouvoirs)*, *op. cit.*, p. 44. Voir l'ensemble du chapitre II de l'ouvrage.

du contentieux administratif[1] publiés en 1899, considère que ses contemporains constitutionnalistes privilégient la théorie des trois pouvoirs et s'opposent ainsi aux administrativistes qui n'en reconnaissent que deux[2]. Dans son combat, Esmein sera rejoint par Émile Artur, auteur d'un article monumental[3] paru à la *Revue du droit public* entre 1900 et 1903, article qui sera tiré à part en 1905[4], et qui répondait à René Jacquelin[5].

Esmein indique que les partisans des deux pouvoirs adoptent, sans le vouloir[6], la théorie de Rousseau : « Une autre opinion [que celle de Montesquieu] existe, au contraire, qui s'est affirmée souvent à notre tribune nationale et qui compte aujourd'hui parmi les jurisconsultes français de nombreux partisans. Elle considère l'autorité judiciaire comme rentrant dans le pouvoir exécutif, comme étant simplement une branche de ce dernier. Elle raisonne en apparence d'une façon très rigoureuse. On ne conçoit, dit-on, dans la vie même de la loi, que deux moments et deux phases distinctes : la formation et l'exécution, l'acte qui la crée et l'acte qui l'exécute. On ne conçoit donc aussi que deux pouvoirs distincts : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Les contestations et les litiges qui peuvent s'élever quant à l'application de la loi ne sont que des incidents de l'exécution ; ils rentrent donc dans le domaine du pouvoir exécutif ; il est bon seulement que celui-ci en remette la solution à des fonctionnaires spéciaux. C'est là une idée qui n'est point nouvelle. Rousseau, nous l'avons vu, n'admettait en réalité que deux pouvoirs ; il l'a même dit en propres termes »[7].

Si les *Éléments de droit constitutionnel* s'en prennent à l'*Essai*[8] de Saint Girons, c'est surtout à Duguit[9] qu'ils s'adressent. Dans « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 »[10], Duguit relève de trois fonctions[11] mais ajoute que la fonction de

---

[1] L'ouvrage de Jacquelin est très amplement inspiré de la thèse qu'il soutînt à la Faculté de Paris en 1891 : voir R. Jacquelin, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Paris, Giard, 1891, 511 pages.

[2] « Les jurisconsultes et les publicistes qui ont écrit sur le droit constitutionnel se sont prononcés presque unanimement et sans restriction pour la théorie des trois pouvoirs, tandis qu'à l'opposé presque tous les auteurs du droit administratif ont repoussé cette théorie. N'est-ce pas là une opinion systématique, imaginée a priori, avec la préoccupation préconçue, quoique inavouée, de justifier, au moins théoriquement, l'institution d'une juridiction particulière ayant dans son domaine exclusif le contentieux administratif », R. Jacquelin, *Les Principes dominants du contentieux administratif*, Paris, Giard et Brière, 1899, p. 13.

[3] Voir É. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, t. XIII, p. 214-246, p. 470-496 ; *RDP*, 1900, t. XIV, p. 34-64, p. 236-280, p. 436-505, *RDP*, 1902, t. XVII, p. 78-97, p. 234-274, p. 439-472, *RDP*, 1903, t. XX, p. 415-502.

[4] Voir É. Artur, *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer*, Paris, Pichon, 1905, 388 pages. Esmein signale en note cet « ouvrage remarquable » à partir de la quatrième édition des *Éléments de droit constitutionnel*, sans pour autant en fournir les références. Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 455, note 1.

[5] Émile Artur entend ainsi contester l'idée selon laquelle l'organisation de la juridiction administrative en France serait contraire à la théorie de la séparation des trois pouvoirs. Artur admet ainsi la distinction de trois fonctions mais n'en conclut pas pour autant que la juridiction administrative doit être unie à la juridiction judiciaire afin de respecter pleinement le principe de séparation des pouvoirs.

[6] Saint Girons, Moreau ou Fuzier-Herman se placent tous sous la figure tutélaire de Montesquieu pour exposer leur théorie des deux pouvoirs.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 497.

[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 455, note 1.

[9] Esmein signale également que le *Cours de droit administratif* de Théophile Ducrocq adopte également la théorie des deux pouvoirs : voir notamment T. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Paris, Thorin, 1881, t. I, p. 24-25.

[10] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité.

[11] On remarque que Duguit exprimera la même idée l'année suivante dans son article « Les fonctions juridiques de l'État moderne » : « En résumé, la fonction juridique de l'État se traduit toujours en un ordre donné ; mais cet

juger entendue comme l'application d'un ordre général – la loi – entre dans la fonction exécutive[1]. Il renvoie à Montesquieu lui-même : « Montesquieu montre, avec une remarquable netteté, qu'une solidarité intime, qu'une collaboration constante doivent unir les différents pouvoirs de l'état, que le pouvoir exécutif doit avoir un droit de veto sur le législatif, que les agents de l'exécutif doivent être politiquement responsables devant le Parlement, *que le pouvoir judiciaire n'existe point comme pouvoir distinct de l'exécutif* »[2].

Excipant de la célèbre phrase tirée du chapitre sur la Constitution d'Angleterre, – « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle ; il n'en reste que deux »[3] – Duguit affirme la « subordination de la puissance judiciaire à la puissance exécutive »[4]. Il refuse l'expression de « pouvoir judiciaire » en lui préférant « ordre judiciaire ». Cet « ordre judiciaire » est alors conçu dans l'esprit de l'auteur comme un simple « agent d'exécution » : « L'ordre judiciaire est l'organe d'état qui assure l'exécution de ces lois [les lois civiles]. […] Il suit de là nécessairement que l'ordre judiciaire n'est pas un pouvoir distinct, mais simplement une dépendance du pouvoir exécutif, sous la surveillance duquel il doit être placé. […] Mais l'ordre judiciaire ne constitue pas un pouvoir ; l'ordre judicaire est un agent d'exécution subordonné au pouvoir exécutif, sauf certaines restrictions édictées dans l'intérêt des citoyens »[5].

Cette conclusion est combattue par Esmein qui, s'écartant de Rozy[6], entend rétablir la véritable intention de Montesquieu : « M. Duguit […] s'empare de cette phrase [« Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle ; il n'en reste que deux »] et en conclut que Montesquieu admettait " la subordination de la puissance judiciaire à la puissance exécutive ". Mais l'idée de Montesquieu était tout autre. Il considérait la puissance de juger comme nulle uniquement parce qu'il ne voulait point la remettre à des magistrats permanents, mais à des jurés. Voici ce qu'il a dit, en effet, précédemment, et la phrase plus haut citée n'est en réalité qu'un renvoi : " La puissance de juger ne doit pas être remise à un Sénat permanent, mais exercée par des personnes

---

ordre peut intervenir sous trois formes différentes. En employant des expressions modernes qui s'imposent, bien qu'elles prêtent quelque peu à confusion, nous dirons : lorsque l'État formule un ordre général, pour tous, il exerce la fonction législative ; lorsqu'il formule un ordre spécial, qui est l'application faite à quelques uns d'un ordre général donné à tous, il exerce la fonction exécutive ; lorsqu'enfin il formule un ordre spécial, qui est imposé directement à quelques uns, sans être l'application d'un ordre général formulé pour tous, l'État exerce la fonction gouvernementale », L. Duguit, « Les fonctions juridiques de l'État moderne », *Revue internationale de sociologie*, 1894, t. II, p. 171. Toutefois on constate qu'Esmein ne vise dans les *Éléments de droit constitutionnel* que son étude sur la séparation des pouvoirs en 1789.

[1] L'idée est la même dans son article publié l'année suivante : « Dans ces conditions, la fonction de l'État, que nous appelons du nom moderne de fonction exécutive, peut se présenter sous deux formes différentes, tout en restant toujours la fonction exécutive, c'est à dire la fonction de l'État se traduisant en un ordre spécial, faisant à un ou plusieurs individus l'application d'un ordre général formulé pour tous », L. Duguit, « Les fonctions juridiques de l'État moderne », art. cité, p. 171.

[2] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 108, nous soulignons.

[3] Montesquieu, *L'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 213.

[4] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 108-109.

[5] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 570.

[6] « D'ailleurs il ne s'agit pas seulement d'un amoindrissement implicite de la puissance de juger. Montesquieu, dans le cours du même chapitre, arrive à proclamer la déchéance de l'organe qui, cependant, représente seul la justice absolue. […] Qu'on ne vienne donc plus nous dire, après cela, que Montesquieu a posé et justifié la division tripartite du pouvoir. Après l'avoir indiquée en apparence, il l'a démolie de ses propres mains, en affirmant la nullité de l'organe judiciaire », H. Rozy, *Des divisions du pouvoir (Séparation des pouvoirs)*, *op. cit.*, p. 22.

tirées du corps du peuple (en note : comme à Athènes), dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant pas attachée à un certain état ni à une certaine profession, devient pour ainsi dire indivisible et nulle, et l'on craint la magistrature et non point les magistrats " »[1].

L'interprétation d'Esmein figurait déjà dans l'*Essai sur la séparation des pouvoirs* de Saint Girons. Pourtant partisan des deux pouvoirs, celui-ci concède que Montesquieu reconnaissait l'existence de trois fonctions distinctes : « On a soutenu qu'au fond Montesquieu n'admettait que deux pouvoirs, il qualifie d'exécutrice la puissance de juger et plus loin il dit : " Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle ". Cette opinion paraît vraisemblable à première vue. Un magistrat, contemporain de Montesquieu, et qui a fait un commentaire remarquable de l'*Esprit des lois*, lui reproche d'avoir confondu " la puissance exécutrice avec la judiciaire ". […] Montesquieu parle trop formellement des trois pouvoirs et dans le chapitre sur la constitution de l'Angleterre, et dans le chapitre sur la Grèce et sur Rome, pour qu'il soit possible de voir dans une seule phrase la négation de la théorie précédemment exposée. Par ce mot " nulle ", Montesquieu fait allusion à l'organisation de la puissance judiciaire, qui n'appartient pas à un " Sénat permanent ", mais à un corps mobile, temporaire, incessamment renouvelé, qui la rend " invisible et nulle " de telle façon qu'il y a une justice et non des " juges " de profession »[2].

Esmein signale que c'est là également l'opinion de Léon Aucoc : « Ce n'est donc pas en principe, c'est dans ce système, avec cette organisation, celle du jury en matière criminelle et en matière civile, et en faisant abstraction des magistrats qui dirigent le jury et prononcent la sentence, que la puissance de juger est nulle, c'est-à-dire invisible. Or, Montesquieu, à la fin du chapitre VI, cherche une puissance réglante (c'est son expression) pour tempérer celle qui ont des organes permanents, à savoir, le corps représentant le peuple et le monarque, il ne peut pas recourir à l'autorité judiciaire ; il ne trouve que le corps des nobles pour produire cet effet. C'est ici la théorie des gouvernements mixtes, ce n'est plus celle de la séparation des pouvoirs dans tous les systèmes de gouvernement »[3].

Duguit contestait cette manière de voir : si la « nullité » de la fonction de juger s'explique par son exercice confié à un jury, c'est-à-dire à une fraction du peuple, Montesquieu aurait logiquement exprimé la même idée quant à l'organe législatif composé

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 498, note 5.

[2] Il poursuit : « Quoiqu'il en soit, Montesquieu, qui cherche « une puissance réglante » des « deux pouvoirs visibles permanents », le législatif et l'exécutif, ne pouvait prendre cette autorité judiciaire, telle qu'il l'entendait, qui n'avait pas d'organes fixes, qui était « nulle » : il choisissait le corps des nobles. Mais il n'a pas entendu par là combattre la théorie des trois pouvoirs, qu'il venait d'exposer », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 276-277. On signalera que c'est également l'idée défendue par Fuzier-Herman : voir É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 287.

[3] L. Aucoc, « Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Picard, t. CXII, p. 215. On signalera la note établie par Édouard Laboulaye dans sa réédition de l'*Esprit des loi* qui remarque à propos du passage relatif à la « nullité » de la puissance de juger : « C'est [la puissance de juger] une garantie plutôt qu'un pouvoir politique : hormis toutefois les Etats-Unis qui ont donné à leur cour fédérale le droit de maintenir la constitution, en n'ayant aucun égard à toute loi qui porterait atteinte à la loi suprême du pays », *Œuvres complètes de Montesquieu, avec les variantes des premières éditions, un choix des meilleurs commentaires et des notes nouvelles par É. Laboulaye*, Paris, Garnier, t. IV, p. 46.

en partie de représentants élus par ce peuple : « M. Aucoc interprète ce dernier passage en disant que Montesquieu vise le jugement par jury et veut dire que le pouvoir judiciaire est nul en ce sens, qu'au lieu d'être confié à une magistrature, il est retenu par le peuple et se confond en quelque sorte avec la souveraineté […]. Mais si telle était uniquement la pensée de Montesquieu, il aurait dû dire la même chose du pouvoir législatif, qui est exercé par les représentants du peuple de la même manière que la fonction judiciaire confiée au jury »[1].

Ainsi, les partisans de la théorie des deux pouvoirs se séparent selon l'interprétation qu'ils donnent du chapitre sur la Constitution de l'Angleterre. Certains, à l'image de Saint Girons, tendent à rectifier la théorie de Montesquieu en assimilant la fonction de juger à la fonction exécutive ; d'autres, comme Duguit, assurent que Montesquieu n'envisageait pas la fonction de juger comme distincte de la fonction exécutive. Esmein va contester ces deux affirmations.

[1] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 108, note 1.

II
La faveur pour un véritable « pouvoir » judiciaire

Esmein répond au souhait de Félix Moreau[1], en prouvant que la fonction de juger se distingue résolument des deux autres fonctions : « Malgré ces raisons et ces autorités, l'administration de la justice me paraît constituer naturellement et rationnellement une manifestation spéciale de la souveraineté, un pouvoir distinct »[2]. Les *Éléments de droit constitutionnel* opposent deux arguments à la théorie des deux pouvoirs.

Le premier part de l'histoire des institutions judiciaires, ou plus exactement des institutions répressives, qu'Esmein a largement étudiées[3]. Il affirme que la fonction de juger est apparue avant la fonction législative et, plus encore, avant la fonction exécutive : « Historiquement, la justice rendue à chacun a été le premier besoin des sociétés humaines. Le pouvoir judiciaire, sous une forme embryonnaire, est le plus ancien de tous ; il a fait son apparition alors qu'aucun des autres n'existait encore. Avec un caractère arbitral fortement marqué, il commence déjà à s'exercer pour appliquer les premières coutumes, alors que la loi est encore inconnue et que les chefs de tribu n'ont, en temps de paix, aucun pouvoir de commandement »[4]. L'affirmation se trouvait déjà chez Rozy : « La mission de la justice a dû être antérieure et elle est même supérieure à celle de l'exécutif qui la suppose et ne saurait la suppléer »[5].

Mais l'argument historique n'est pas suffisant. Le second tend à démontrer que l'analyse des fonctions étatiques ne peut se limiter à la distinction de l'édiction et de l'exécution de la loi. Esmein observe que la fonction de juger est toute aussi originale que la fonction législative ou que la fonction exécutive. Elle consiste en effet à décider s'il doit être procédé à l'exécution de la loi, la fonction de juger s'exerçant alors antérieurement à la fonction exécutive : « Rationnellement, il n'est pas exact de dire que dans le gouvernement légal l'esprit distingue seulement deux actes et deux pouvoirs : la formation de la loi et le pouvoir législatif, son exécution et le pouvoir exécutif. Il n'est pas exact que l'intervention des juges, pour trancher les litiges que soulève l'application des lois, soit seulement un incident de l'exécution. Quand même la contestation ne s'élèverait en fait que quand l'exécution est déjà commencée, en droit le jugement est toujours préalable à l'exécution. Il s'agit de savoir si la loi doit ou non s'appliquer, s'il y a lieu ou non à l'intervention du pouvoir exécutif, et l'on conçoit aisément que ce dernier ne soit pas chargé de vider cette question où souvent il pourra être lui-même intéressé »[6].

---

[1] « Il faudrait démontrer que le pouvoir judiciaire a une autre fonction que celle d'exécuter la loi ou tout au moins qu'il y ait une différence essentielle entre ce mode d'exécution et les autres. Cette démonstration, nul ne l'a faite », F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 19.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 499.
[3] À titre d'exemples : A. Esmein, « Note pour l'histoire des institutions primitives », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1884, p. 5 à 14. Ou A. Esmein, « Quelques renseignements sur l'origine des juridictions privées », *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'École française de Rome*, Paris, 1886, t. VI, p. 416 à p. 428.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 499.
[5] Cette argumentation se fonde notamment sur le compte rendu bibliographique établi par G. Humbert à propos du *Cours de droit administratif* de T. Ducrocq paru à la *Revue générale du droit, de législation et de jurisprudence* en 1877 : voir H. Rozy, *Des divisions du pouvoir (Séparation des pouvoirs), op. cit.*, p. 29.
[6] *Ibid*.

De plus, le critère de la contestation individuelle dans l'exécution de la loi qui fonde l'assimilation entre la fonction de juger et la fonction exécutive n'est pas valable aux yeux d'Esmein, puisqu'il n'est pas vérifié, en général, en matière répressive : « Qu'on y réfléchisse d'ailleurs, l'intervention du pouvoir judiciaire ne suppose pas nécessairement et toujours qu'il y ait litige ou contestation. Dans les principes de la liberté moderne, il est souvent et forcément appelé à intervenir, alors même que l'individu visé n'oppose aucune protestation et ne conteste nullement l'application de la loi en ce qui le concerne. Il en est toujours ainsi en matière de justice répressive : le droit public moderne n'admet pas, ni en cas de flagrant délit, ni en cas d'aveu, que la peine portée par la loi, fût-elle fixe et immuable, puisse jamais être appliquée sans qu'un jugement soit tout d'abord intervenu. Le bourreau ne peut agir que là où le juge a passé »[1].

Ainsi, Esmein conclut à l'antériorité et à la supériorité de la fonction de juger sur la fonction exécutive en matière répressive : « Qu'on s'imagine un seul instant le pouvoir exécutif faisant directement appliquer les peines, exerçant ainsi "cette puissance de juger si terrible parmi les hommes", comme dit Montesquieu ; et, à la protestation violente qui s'élèvera dans l'esprit, *on sentira bien qu'en matière répressive l'intervention du pouvoir judiciaire a la valeur d'un acte propre et n'est pas une dépendance du pouvoir exécutif : elle le domine et le commande au contraire.* En matière de droit privé, il est vrai, le juge n'intervient en général que lorsqu'il y a litige, toutes les fois du moins qu'il s'agit d'intérêts pécuniaires auxquels les particuliers peuvent renoncer ; mais cela ne saurait changer la nature de cette intervention »[2].

La théorie des deux pouvoirs souffre dans le même temps d'une faiblesse évidente : elle conduit à affirmer que la fonction de juger est exercée pour et au nom de l'organe exécutif.

Une telle faiblesse était relevée par Rossi : « On invoque la phrase : "Toute justice émane du Roi". Cette phrase, prise à la lettre, signifierait seulement que le Roi a une large part dans le pouvoir judiciaire comme dans le pouvoir législatif. Mais qui ne sait d'ailleurs que le véritable sens de cette phrase, c'est que la justice est nationale et non plus féodale, que le pouvoir judiciaire ne se transmet plus par legs ou fidéicommis, que le maître de la terre n'est plus le maître de l'homme, qu'enfin la justice n'est l'attribut d'aucune autre puissance que la souveraineté nationale, dont le Roi est le représentant ? Mais, dit-on encore, le Roi nomme les juges et les institue. Qu'importe ? Oui, le Roi nomme les juges ; il nomme aussi les Pairs, et la Chambre des Pairs n'en est pas moins une branche, indépendante, du pouvoir législatif »[3].

Berriat Saint Prix dénoncera également en 1851 le lien indissoluble entre la maxime « Toute justice émane du Roi » et la conséquence qu'en tiraient la plupart des « anciens publicistes »[4] en assimilant fonction de juger et fonction exécutive. L'auteur de la *Théorie*

---

[1] *Ibid*.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 499-500, nous soulignons.
[3] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 241.
[4] « Nos anciens publicistes, la mémoire remplie de Louis IX jugeant au pied d'un chêne, ne comprenaient pas que le pouvoir judiciaire pût appartenir à d'autres qu'au monarque. Le même préjugé se retrouve chez des auteurs qui ont écrit sous l'empire et sous la royauté constitutionnelle. "Le fonction de justice, dit Henrion de Pansey, est si essentiellement inhérente à la royauté que, pour concilier l'obligation de la remplir avec la nécessité de la déléguer, la loi se prête à une *fiction* fort remarquable. Elle identifie le juge avec la personne du prince, et suppose que le prince lui-même parle par l'organe des juges. Cette fiction, qui est une vérité légale, explique l'usage de placer le nom du prince à la tête des jugements », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 590-591.

du droit constitutionnel français considère que cette maxime fut le pivot de la reconstitution du pouvoir royal dans un système féodal morcelant l'exercice de la souveraineté : « J'ai démontré ailleurs que l'adage "toute justice émane du roi" n'avait plus de sens depuis la reconnaissance du principe de la souveraineté du peuple. Sous l'ancienne monarchie, il avait un but politique : il était utile, précisément parce qu'en fait toute justice n'émanait pas du roi, et que les seigneurs et l'Église exerçaient souvent le droit de juger. Les rois avaient assuré par ce principe la suprématie de leurs juges sur les juges seigneuriaux ou ecclésiastiques, ils avaient considérablement réduit la juridiction de ces derniers, et auraient fini, selon toute vraisemblance, par l'absorber, si la révolution ne fût venue rattacher leur propre autorité à une origine nationale »[1]. Ainsi, avec la reconnaissance et l'affirmation du principe de souveraineté de la nation, la notion de justice émanant du chef de l'État – monarque ou président – n'a plus aucun sens, à plus forte raison dans un régime républicain[2]. Pourtant, Berriat Saint Prix remarque que « des auteurs récents ont fait de pénibles mais stériles efforts pour trouver une signification logique à l'adage " toute justice émane du roi " »[3].

C'est le cas de certains publicistes de la toute fin du siècle. Saint Girons écrit ainsi : « La preuve que la justice est une branche du pouvoir exécutif, c'est que toute justice se rend au nom du chef de l'État, ou tout au moins son nom se trouve dans la formule exécutoire du jugement, sans qu'il puisse d'ailleurs intervenir dans ce jugement ou casser la décision. La justice est souveraine, elle a une autonomie complète »[4].

Esmein proteste contre cet argument : « Si la théorie qui fait rentrer l'autorité judiciaire dans le pouvoir exécutif était exacte, elle entraînerait logiquement une conséquence que personne n'admettrait aujourd'hui ouvertement et dans toute son étendue. En principe, il serait alors vrai de dire que les juges ne seraient que des délégués du pouvoir exécutif et qu'ils rendraient la justice au nom de celui-ci »[5]. Il considère en effet que rattacher l'autorité judiciaire au pouvoir exécutif implique un retour à la justice retenue[6], c'est-à-dire à l'exercice de la fonction de juger par le titulaire de la fonction exécutive. Cela est parfaitement inadmissible aux yeux d'Esmein pour qui la justice retenue est antinomique avec la liberté individuelle : « Il en découlerait plus nécessairement encore que le titulaire du pouvoir exécutif serait bien obligé , comme

---

[1] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 591.

[2] Henry Rozy cite Léon Aucoc qui établissait une distinction entre les régimes républicains supposés distinguer trois pouvoirs et les régimes monarchiques supposés, eux, n'établir que la distinction de deux pouvoirs notamment en raison de la maxime précitée : « "Sous les constitutions monarchiques, l'autorité chargée du pouvoir exécutif a sa part, quelque fois même une part prépondérante dans l'exercice du pouvoir législatif, et l'autorité judiciaire n'est plus un pouvoir distinct, c'est une branche du pouvoir exécutif ; cette autorité s'exerce au nom du Chef de l'État et, en général, par des juges qu'il nomme" », H. Rozy, *Des divisions du pouvoir (Séparation des pouvoirs), op. cit.*, p. 24.

[3] Il poursuit : « À leurs yeux, le pouvoir judiciaire n'est pas un véritable pouvoir : c'est un simple démembrement du pouvoir exécutif. Supposons un instant exacte cette métaphysique constitutionnelle : s'ensuivra-t-il que le pouvoir judiciaire doit être délégué au chef du pouvoir exécutif proprement dit ? Et s'il n'est délégué que pour être transmis à des fonctionnaires indépendants, de quoi sert cette délégation intermédiaire purement fictive ? L'inverse est d'ailleurs tout autant compréhensible, et l'on pourrait dire avec autant de raison : toute royauté émane des juges », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 591.

[4] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 279.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 500.

[6] Sur la notion de justice retenue sous l'Ancien régime : voir *Histoire de la procédure criminelle en France…, op. cit.*, p. 253-259, p. 552-558. Également *Cours élémentaires d'histoire du droit français, op. cit.*, p. 420-424. Ou encore *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 112.

disait Duport, "de consulter les hommes désignés par la constitution (les juges) avant de faire exécuter les lois civiles, lorsque leur application paraît douteuse" ; mais qu'il pourrait ne pas suivre l'avis de ses conseillers, statuer lui-même ou casser leurs décisions. On aboutirait ainsi à reconstituer presque complètement dans notre droit moderne, au profit du pouvoir exécutif, la théorie de la justice retenue, telle qu'elle existait dans notre ancienne monarchie. Mais la théorie de la justice retenue est un principe éminemment monarchique et incompatible avec la liberté moderne »[1].

D'un point de vue pratique, la question ne se pose pas pour la République française puisque, comme l'explique Moreau, « la justice est actuellement rendue au nom du peuple français, nullement au nom du Président de la République »[2]. Mais, en pure logique[3], la théorie des deux pouvoirs implique que la fonction de juger, rendue au nom du chef de l'exécutif, soit exercée de manière retenue. C'est également ce que relève très longuement Émile Artur : « Si l'autorité judiciaire n'est qu'une branche du pouvoir exécutif, déléguée par lui pour l'éclairer sur de certaines affaires, aucun principe ne s'oppose à ce que le pouvoir exécutif s'éclaire lui-même directement, le cas échéant ; à ce qu'il exerce la justice ou y participe (justice retenue) ; […] Si les partisans des deux pouvoirs étaient logiques, ils ne pourraient condamner ni la justice par commissions, ni la pratique des évocations, ni aucune application de l'idée de justice retenue »[4]. Voilà l'écueil majeur. (On note d'ailleurs qu'Esmein n'insiste pas, comme son collègue rennais[5], sur le principe même de la justice rendue au nom du chef de l'exécutif).

Pourtant, les partisans de la théorie des deux pouvoirs s'en défendent vivement : si la justice est rendue au nom du chef de l'État, particulièrement dans les États

---

[1] Il poursuit : « Sans doute, certains jurisconsultes n'hésitent pas à en admettre la survivance partielle en droit moderne, et ils signalent diverses applications qu'il a reçues encore dans notre temps en droit public français. Mais ces derniers vestiges ont été effacés de nos jours. Les quelques attributions du pouvoir exécutif, qui, historiquement, se rattachent en partie à la théorie de la justice retenue et qui subsistent encore, ont pris, dans le droit moderne, une valeur propre et un caractère différent ; c'est du moins ce que j'essaierai de montrer plus loin », *Ibid.*. La note introduite dans cet extrait renvoie à l'ouvrage de Théophile Ducrocq et aux développements consacrés à la « justice retenue par le pouvoir exécutif », développements rédigés avant 1872 et la délégation de l'exercice de la justice administrative au Conseil d'Etat comme juridiction suprême et indépendante de l'ordre administratif : voir T. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6e édition, Paris, Thorin, t. I, 1881, p.24-25.

[2] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 347.

[3] Émile Artur précise que son argument est parfaitement théorique : « Nous venons de faire de la logique juridique : nous avons essayé de démontrer que la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités conduisent logiquement à des conséquences différentes. Il n'en faudrait pas conclure que, pour nous, la seule logique doive présider à l'organisation des institutions. Nous croyons, au contraire, qu'il est indispensable de se défier de la logique en ces matières. Peut être ceux qui, sans mépriser la logique, ne lui accordent qu'un rôle constituant très subordonné, seront-ils portés à penser que toutes nos différences logiques ne donne pas un bien grand intérêt à la question de la séparation des pouvoirs ou des autorités. Nous leur demanderons de considérer que, si la logique ne doit pas seule présider à l'organisation des institutions, elle n'y est jamais complètement étrangère ; qu'en beaucoup de cas elle joue un rôle considérable, et souvent en France, malheureusement, un rôle prépondérant : peut être alors trouveront-ils qu'il n'est pas sans intérêt, sinon pour eux, du moins pour le commun des mortels, d'écarter une conception qui, logiquement, conduit à des institutions, non seulement inférieures, mais en contradiction avec la vérité première. Il est bien des personnes à qui le meilleur moyen de démontrer que des institutions sont inférieures, est de démontrer qu'elles se rattachent à une conception fausse », É. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, t. XIV, p. 61.

[4] É. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, t. XIV, p. 60.

[5] Voir É. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, t. XIV, p. 59-60.

monarchiques[1], cela n'implique pas pour autant que l'exercice de la justice soit retenu par le titulaire de l'exécutif. C'est ce qu'affirme Fuzier-Herman : « Nous venons de dire que le pouvoir judiciaire ne se distinguait du pouvoir exécutif proprement dit qu'en vertu d'une sous-division. Ce point de vue, repoussé par quelques auteurs qu'inquiètent certaines préoccupations pratiques, nous paraît être le vrai dans le domaine purement théorique. Nous ne craignons ni de favoriser par cette constatation la thèse fausse de la justice déléguée et retenue, ni d'excuser les abus auxquels a parfois donné lieu cet aphorisme des constitutions monarchiques : "toute justice émane du roi" »[2]. Saint Girons n'écrit pas autre chose dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs*[3] et dans son *Manuel de droit constitutionnel* : « Que la Justice émane du roi, du parlement ou du peuple, qu'elle soit amovible ou inamovible, qu'il y ait un corps de magistrats, ou point d'organes fixes, comme le voulait Montesquieu, peu importe : ces accidents d'organisation ne prouvent rien car ils prouveraient trop. Au milieu des réformes utiles ou aventureuses dont la magistrature est l'objet, les organes seuls sont changés, la fonction de la Justice reste identique : elle est toujours exécutive »[4].

Il reste que, malgré leurs divergences, tous les auteurs s'accordent sur la nécessité absolue de l'indépendance des organes auxquels sont attribuées les fonctions : cela est indispensable quant à l'exercice de la fonction de juger. C'est d'ailleurs sur cette constatation que les publicistes relativisent l'importance de la question du dénombrement des fonctions. Tous admettent en effet que quelque soit le nombre avéré de « pouvoirs », le mode d'organisation de l'organe chargé de la fonction de juger n'en est pas modifié, son indépendance n'est en rien altérée. Saint Girons écrit ainsi : « Nous nous refusons, d'ailleurs, à admettre les conséquences dangereuses et nullement nécessaires que les adversaires et même certains partisans de cette doctrine [la Justice comme branche du pouvoir exécutif] veulent lui faire produire. Nous croyons, avec M. Léon Aucoc, "que les garanties d'une justice impartiale et éclairée peuvent se concilier avec l'une ou l'autre des théories" »[5]. Esmein le reconnaît sans ambiguïté dans les *Éléments de droit constitutionnel* : « La question qui vient d'être discutée a une importance capitale aux yeux de certains publicistes ; pour d'autres jurisconsultes, elle est purement théorique, c'est une simple question d'école. Des appréciations si divergentes sont bien faites pour étonner. Elles se conçoivent cependant. Si, en effet, l'une et l'autre des deux conceptions ont été alternativement invoquées pour introduire certaines règles dans l'organisation judiciaire ou, au contraire, les règles opposées, il faut reconnaître pourtant qu'on peut généralement, en prenant l'une ou l'autre comme point de départ, aboutir aux même solutions législatives : celles-ci étaient donc conciliables avec les deux thèses opposées »[6].

Quel que soit le nombre de fonctions à distinguer, à « séparer », la « séparation des pouvoirs » ne trouve son sens que dans l'agencement des organes et surtout dans l'indépendance dont chacun doit jouir pour exercer la ou les fonctions qui lui sont

---

[1] Esmein ne s'attache pas dans les *Éléments de droit constitutionnel* à la justice anglaise, rendue au nom de la Couronne et non pas au nom même du monarque.
[2] É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 295.
[3] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 279-280.
[4] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 520. Voir également p. 373-374.
[5] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 520.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 502.

confiées. La conception libérale de la séparation des pouvoirs repose d'abord sur l'indépendance de l'organe judiciaire, premier rempart contre l'arbitraire.

Section 2

L'indépendance des juges

Quel que soit le nombre de fonctions étatiques identifiées par les juristes français de la fin du siècle, ceux-ci semblent unanimement d'accord pour considérer l'indépendance des organes la pièce essentielle de la séparation des pouvoirs. Mais si tous l'affirment, peu nombreux sont ceux qui se risquent à proposer un critère juridique de l'indépendance.

On a observé qu'Esmein fait de l'irrévocabilité réciproque le critère de l'indépendance des organes, qu'ils soient législatif, exécutif ou judiciaire. Cela n'exclut pas, nous l'avons souligné, la désignation d'un organe par un autre au moyen de l'élection ou d'une simple nomination.

Une telle définition de l'indépendance s'apparente au plus petit dénominateur commun entre les organes législatif, exécutif et judiciaire. Mais elle prend une intensité maximale, s'agissant des juges protégés par le principe d'inamovibilité

Ainsi, le principe d'indépendance autorise un choix entre plusieurs modes de désignation des juges (I) tant que ceux-ci se voient garantir leur indépendance par le principe d'inamovibilité (II).

I
Le mode de désignation des juges

Selon Esmein, la nomination des juges par le titulaire du pouvoir exécutif n'est pas, en elle-même, contraire au principe d'indépendance.

Sur ce point, il semble dévier de la théorie exposée par Berriat Saint Prix en 1850[1]. Celui-ci estime en effet dans sa *Théorie du droit constitutionnel français* que la nomination d'un organe par un autre ne respecte pas l'indépendance des organes. La nomination des juges de l'ordre judiciaire par le Chef de l'État contrevient au principe de la séparation des pouvoirs, par la dépendance que la nomination institue entre le juge et le titulaire de l'exécutif : « En sens inverse, elle [la Constitution] a oublié son principe de la séparation des pouvoirs en laissant au président la nomination de la plupart des juges »[2].

Sans viser le principe même de la séparation des pouvoirs, mais seulement sur l'indépendance des magistrats, Prévost-Paradol considère également que la nomination et l'avancement par le titulaire du pouvoir exécutif des juges de l'ordre judiciaire est susceptible d'altérer leur indépendance : « Le choix du magistrat par le pouvoir exécutif et son avancement au gré de ce pouvoir constituent le système français, tel que nous le voyons appliquer sous nos yeux. Il n'est pas besoin d'un long examen pour reconnaître que ce système ne peut assurer en aucune façon l'indépendance des magistrats à l'égard du pouvoir exécutif, puisque ce pouvoir a leur carrière dans sa main, et qu'il décide souverainement de leur avenir »[3].

On remarque qu'Émile Artur, qui partage pourtant la même conception des trois pouvoirs qu'Esmein, considère toutefois que la nomination des juges judiciaires par le pouvoir exécutif, si elle n'annihile pas la séparation des pouvoirs, constitue une entorse à ce principe et conclut que la IIIe République, sur ce point, organise une « séparation approchée » des pouvoirs : « Notre ordre judiciaire actuel ne réalise qu'un type de séparation approchée, parce que, s'il est couvert par l'inamovibilité contre les révocations,

---

[1] On remarque que Rossi ne s'exprime pas sur la question spécifique de la nomination des juges par le Roi bien qu'il mentionne l'article 48 de la Charte confiant au monarque la nomination des juges : P. Rossi, Cours de droit constitutionnel, op. cit., p. 345 à p. 347.

[2] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.,* p. 347. Toutefois, on l'a souligné, Berriat Saint Prix admet qu'en cas de désignation par le pouvoir exécutif, ce dernier n'agit qu'en vertu de la loi et n'a pas de pouvoir propre de désignation : voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.,* p. 342. Le lecteur est également interpellé par un développement relatif à l'institution des juges : « La création d'un fonctionnaire public est quelque chose de complexe. L'analyse y distingue au besoin la nomination proprement dite de l'institution. L'une est la désignation de la personne qui remplira les fonctions ; l'autre est l'attribution de l'autorité dont la personne désignée doit être revêtue. La nomination détermine le titulaire ; l'institution lui confère ses pouvoirs ; elle est l'inverse de la destitution. La nécessité d'une décomposition aussi subtile n'apparaît pas en thèse générale ; elle ne se révèle guère que dans l'hypothèse extraordinaire où un intérêt particulier fait réserver la nomination à une autorité distincte de celle qui confère le pouvoir ; c'est ce qui arrive à l'égard des emplois ecclésiastiques ; c'est ce qui arrive quand on rend des offices vénaux ; le propriétaire d'office désigne le titulaire, qui est institué par le gouvernement. La Constitution défère au Président le choix de la plupart des juges ; mais elle fait expressément dériver du peuple la puissance judiciaire ; donc l'acte du Président n'est qu'une pure nomination. Comment pourrait-il conférer un pouvoir qui ne réside pas dans sa personne ? L'institution des juges est aujourd'hui purement idéale : elle résulte de la loi qui crée le tribunal », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.,* p. 592-593.

[3] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.,* p. 158-159.

il est soumis à l'influence de l'exécutif par le droit qu'a le chef de l'État de choisir les membres des tribunaux et de disposer de l'avancement »[1].

La séparation des pouvoirs chez Esmein vise donc avant toute chose à garantir l'indépendance de l'organe judiciaire, c'est-à-dire des juges judiciaires, et à démontrer que le mode d'organisation des juridictions judiciaires est absolument conforme au principe. Ainsi, l'exposé de la séparation des pouvoirs se calque en quelque sorte sur les règles présidant à l'organisation et au statut juridique des magistrats de l'ordre judiciaire. Les *Éléments de droit constitutionnel* reflètent clairement l'intérêt primordial que leur auteur porte aux règles d'organisation du pouvoir judiciaire, et notamment aux règles relatives à son indépendance, considérant que celles-ci appartiennent sans conteste au droit constitutionnel : « Certaines règles de l'organisation judiciaire ont cependant une importance politique considérable et doivent être examinées dans leur rapport avec le gouvernement tout entier ; elles intéressent l'ensemble de la Constitution, et non pas seulement la bonne administration de la justice. Telles sont au premier chef le mode de nomination des juges et leur inamovibilité »[2]

Esmein veut donc prouver que la séparation des trois pouvoirs n'implique pas que leurs titulaires soient tous désignés au moyen de l'élection, qu'elle soit directe ou indirecte. Il est particulièrement nécessaire d'affirmer que les juges n'ont pas à être élus directement par la nation pour que soit assurée leur indépendance à l'égard des autres pouvoirs : « c'est le grand et principal argument qui fut invoqué devant l'Assemblée constituante, dans la mémorable discussion qui eut lieu au mois de mai 1790. On raisonnait ainsi : tous les pouvoirs, étant des manifestations immédiates de la souveraineté nationale, doivent être directement conférés par la nation elle-même ; or, le pouvoir judiciaire est un de ces pouvoirs ; ceux qui l'exercent, c'est-à-dire les juges, doivent donc être élus par la nation légale. Mais c'est là une fausse conception que j'ai essayé de réfuter précédemment. *Il n'y a aucun obstacle de principe à ce que le titulaire de l'un des pouvoirs soit élu par le titulaire d'un autre pouvoir, alors même que ce dernier ne tirerait pas directement son titre du suffrage national* »[3].

Si la formulation reste ambiguë – elle évoque l'élection indirecte par un autre organe et non point la nomination proprement dite – le principe n'en est pas moins net. Esmein entend ainsi s'opposer, comme le fera après lui Émile Artur, aux tenants de la théorie des deux pouvoirs dont certains[4], peu nombreux, semblent considérer que, si l'autorité judiciaire constitue un véritable troisième pouvoir, les organes de ce pouvoir doivent être désignés par l'élection. C'est l'opinion de Duguit.

Dans son article « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », celui-ci souligne que les révolutionnaires 1789 acceptaient tous ou presque le principe de l'élection des juges de l'ordre judiciaire : « la première conséquence qui découle de ce principe [des trois pouvoirs], c'est assurément l'élection des juges par le peuple. La règle de l'élection des juges par le peuple ne rencontre pas d'ailleurs dans l'Assemblée

---

[1], É. Artur, « La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions », art. cité, p. 480-481.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 510.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 502-503, nous soulignons. On signalera l'erreur commise dans la note afférente à ce développement. La sixième édition renvoie par erreur à la note 1 de la page 276 alors qu'il s'agit de la note 1 de la page 464 comme le confirme les éditions antérieures à la sixième édition.

[4] Fuzier-Herman signale par exemple que c'est l'opinion de Louis Jousserandot exprimée dans *Du pouvoir judicaire*, voir É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 422, note 1.

d'opposition sérieuse. Elle se concilie très bien avec le véritable caractère de l'autorité judiciaire ; elle est encore une garantie établie dans l'intérêt des justiciables ; le magistrat élu est institué par le pouvoir exécutif et lui reste subordonné. L'élection des juges ainsi comprise était acceptée par tous les députés, qui voyaient dans l'ordre judiciaire une dépendance du pouvoir exécutif. Quant aux partisans de l'autonomie judiciaire, ils voyaient l'élection comme la conséquence logique, forcée, de ce principe : tous les pouvoirs émanent de la nation. On était donc d'accord »[1].

A contrario, les partisans de la théorie des deux pouvoirs, ainsi Saint Girons et Fuzier-Herman, ne semblent pas considérer que l'élection des juges constitue une conséquence directe et nécessaire de la théorie. Saint Girons écrit ainsi dans son *Manuel* : « Beaucoup estiment que l'élection est la conséquence nécessaire de la doctrine qui fait de la Justice un troisième pouvoir. Pour qu'il soit distinct des deux autres, il doit procéder directement du peuple, qui lui donne ainsi la souveraineté dont il a besoin pour posséder indépendance à l'égard des pouvoirs et domination sur tous les citoyens. Si cette conséquence était nécessaire, cela suffirait à faire rejeter la théorie dont on la fait dériver avec plus de logique que de bon sens »[2]. Fuzier-Herman expose la même idée : « Quant au principe de l'élection des juges, remarquons qu'il n'est pas, comme on l'a avancé, une conséquence nécessaire de la séparation des pouvoirs. Ainsi qu'il a été dit plus haut, il n'est pas souhaitable que les pouvoirs se dressent parallèlement dans le domaine de la souveraineté effective, sans aucun point de contact entre eux ; si leur harmonie est indispensable, si leur subordination est démontrée, il n'y a aucune contradiction à ce que le législateur délègue à l'exécutif l'investiture du judiciaire, alors surtout que judiciaire et exécutif, ne sont, pour ainsi dire, que deux branches d'un même arbre »[3].

Il semble qu'Esmein répond directement à Duguit en soutenant que l'élection des juges n'est, en aucune façon une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs : « L'élection des juges n'est point imposée par la thèse qui voit dans l'autorité judiciaire un troisième pouvoir, bien qu'il y ait une harmonie assez naturelle entre les deux règles : ce qui le montre bien, c'est que la Constitution des États-Unis d'Amérique, qui incontestablement part de ce principe, fait pourtant nommer les juges fédéraux par le Président dans les mêmes conditions que les autres fonctionnaires de l'Union. Ce qui le montre encore, c'est que l'élection des juges peut très bien exister là où l'on tient et déclare que l'autorité judiciaire rentre dans le pouvoir exécutif. Dans la discussion de

---

[1] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 574. L'auteur poursuit plus loin en soulignant que les hommes de 1789, partisans de l'élection, n'allèrent pas au bout du raisonnement qui fait du pouvoir judiciaire un véritable pouvoir : « Comme conséquence logique de ce principe, on devait décider que les juges, élus par le peuple, recevaient tout leur pouvoir du peuple, et pourraient entrer en fonction sans qu'il fut nécessaire que le roi leur donnât *l'investiture* ou *l'institution*. Cependant l'Assemblée n'accepte point cette extrême conséquence du principe qu'elle a voté ; elle se met encore en contradiction avec elle-même, parce qu'elle se trouve prise dans le conflit des faits et des théories. Elle reconnaît que l'investiture royale doit être reconnue aux juges élus pour qu'ils puissent entrer en fonctions. Á vrai dire la seule question discutée est celle de savoir si le roi peut refuser cette investiture : ceux qui pensent que l'ordre judicaire dépend du pouvoir exécutif affirment qu'il le peut ; ceux qui admettent l'autonomie du pouvoir judiciaire affirment que le roi ne peut point la refuser », L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 575.

[2] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 533.

[3] É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 422.

1790, plus d'un la proposait qui n'admettait que deux pouvoirs…»[1]. S'il n'est pas, par principe, opposé à l'élection des juges par le corps électoral ou même par un collège électoral spécialement constitué, Esmein considère que l'élection ne doit être examinée qu'à l'aune des bienfaits qu'elle peut apporter à l'indépendance des magistrats et au fonctionnement même de l'ordre judiciaire : « L'élection des juges ou leur nomination par le pouvoir exécutif doit donc être appréciées en elle-même et décidée seulement d'après les avantages que l'on trouvera dans l'une ou l'autre combinaison »[2]. C'est, là encore, l'opinion de son collègue Artur : « Dés lors, ce n'est point un principe ni une nécessité que les juges soient nommés ou même institué par le chef de l'État : ils peuvent être nommés par un mode quelconque, par tout mode jugé meilleur que les autres ; ils pourront être nommés par le chef de l'État ; mais simplement parce que ce mode de nomination aura été jugé meilleur que les autres, sans que cela soit considéré comme une nécessité, sans qu'il y ait lieu de regarder les juges comme recevant et tenant leur pouvoir du chef de l'État. Donc, première conséquence de la théorie des trois pouvoirs : liberté absolue dans le mode de nomination des juges »[3].

Les *Éléments de droit constitutionnel* vont procéder à l'étude des avantages mais surtout des inconvénients, non des deux systèmes de désignation possibles, mais seulement du système électif, afin de démontrer la supériorité de la nomination des juges judiciaires par le pouvoir exécutif. En cela, Esmein s'accorde avec la quasi-totalité des publicistes de la seconde moitié du siècle.

Les libéraux du Second Empire condamnaient déjà le principe de l'élection des juges par le corps électoral. Prévost-Paradol le condamne fermement car il « est loin d'offrir de meilleures garanties que le premier [la nomination par l'exécutif] pour le bon choix des magistrats, soit au point de vue des lumières, soit au point de vue de l'indépendance »[4]. Dans *Le Parti libéral*, Laboulaye invoque les mêmes arguments en excipant de l'histoire de France : « Imbues des idées de Montesquieu, mais aveuglée par sa haine des Parlements, l'Assemblée constituante crut assurer la parfaite liberté du pouvoir judiciaire en décidant que la justice serait rendue par des juges élus à temps par le peuple. C'était un mauvais système. Pour échapper à l'influence royale, on versait du côté opposé ; on faisait du juge un serviteur du peuple et de l'opinion. En outre, on oubliait que dans une société telle que la nôtre, juger est un état qui demande de longues études et une expérience de toute la vie. On ne pouvait guère avoir pour juges temporaires que des

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 503. Voir également la thèse d'Émile Artur qui s'oppose à Ducrocq : « Nous ne sommes pas plus que M. Ducrocq partisan de l'élection des juges, du moins par le corps électoral politique ; mais nous ne croyons pas que la théorie des trois pouvoirs impose en quoi que ce soit ce mode de désignation. […]. Cependant l'idée qu'un "pouvoir" n'existe comme tel que s'il est élu par la nation règne dans beaucoup d'esprits, à l'état formel ou à l'état latent. Á quoi tient cette idée ? Á une conception de la souveraineté nationale qui, à notre avis, est fausse. […]. Nous n'avons pas à la discuter ici ; nous devions simplement faire ressortir que l'idée de faire élire les juges par le suffrage universel se rattache, non pas à la théorie des trois pouvoirs, mais à une certaine théorie de la souveraineté nationale. Si donc on adopte ce système déplorable, ce n'est pas la théorie des trois pouvoirs qui en est coupable », É. Artur, « La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions », art. cité, p. 54-55.

[2] *Ibid*.

[3] É. Artur, « La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions », art. cité, p. 53.

[4] Il poursuit : «Il est presque inutile de démontrer, d'une part, que l'esprit de parti dicterait ordinairement les choix de la majorité, et, d'autre part, que le magistrat, dépendant des justiciables, serait trop souvent incliné à sacrifier aux nécessités de sa réélection future, ou à la gratitude pour son élection passée, le devoir d'impartialité et les intérêts sacrées de la justice », L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle, op. cit.*, p. 162-163.

avocats sans cause qui prenaient la magistrature comme un pis-aller. La réforme de l'Assemblée constituante échoua complètement »[1].

Les arguments de la plupart des publicistes de la fin du siècle ne seront pas différents. Fuzier-Herman, Saint Girons, Moreau, Esmein relèvent tous les grands inconvénients de l'élection à temps de juges de l'ordre judicaire et les expériences qui en furent faites en France et qui en sont faites aux États-Unis d'Amérique et dans la Confédération suisse. L'argument central de cette condamnation collective réside dans le fait qu'à vouloir soustraire l'organisation de l'organe judiciaire à l'action du pouvoir exécutif, l'élection à temps place le juge dans l'entière dépendance du corps qui l'élit en devenant « à la fois le chef et l'esclave de ses électeurs »[2], quelle que soit d'ailleurs la composition du collège électoral[3] : « Si le magistrat élu est pleinement indépendant du pouvoir exécutif, il dépend, au contraire, étroitement du corps électoral, auquel il aura à demander une élection nouvelle lorsque ses pouvoirs seront expirés ; il lui faudra une singulière force d'âme pour ne jamais se laisser influencer, dans l'exercice de ses fonctions, par les opinions et même par les préjugés de ses électeurs »[4].

Toute la difficulté tient au fait que l'élection doit conférer des pouvoirs limités dans le temps, conformément au principe de la souveraineté nationale[5]. Or, souligne Esmein : « la fonction de juge suppose nécessairement des qualités et une aptitude professionnelles : il doit savoir le droit théorique, qui est une science et dont la connaissance ne s'acquiert que par des études spéciales ; il doit avoir l'expérience que

---

[1] Il poursuit en exposant les errements de l'élection des juges dans certains des États de l'Union américaine : « Il est remarquable qu'en Amérique, dans les nouveaux États de l'Ouest, on a fait aussi de la magistrature une fonction temporaire et élective, et que le résultat n'a pas été plus heureux. La raison en est simple : on ne corrige pas un excès par un autre. Mettre le juge dans la main du peuple, c'est le soustraire à l'action du gouvernement ; ce n'est pas le rendre indépendant », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 254-255.

[2] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op cit.*, p. 485.

[3] « En dehors de l'élection directe ou à plusieurs degrés, par les citoyens investis du droit de suffrage politique, on a proposé l'élection par des collèges spéciaux comprenant seulement les avocats, les avoués, les officiers ministériels et les citoyens qui, sans exercer une profession auxiliaire de justice, auraient pris le diplôme de licenciés en droit ; on a proposé aussi de faire élire au moins certains juges, les plus élevés dans la hiérarchie, par le Corps législatif. On pourrait encore songer au recrutement par voie de cooptation, les corps judiciaires élisant leurs propres membres, pour remplir les vides qui se produiraient, comme cela eut lieu jadis pour le Parlement de Paris au commencement du XVe siècle. Mais seule l'élection par les citoyens ayant le droit de suffrage politique forme un système net et logique : c'est une institution franchement démocratique ; les autres procédés ne sont que des expédients », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 511. Moreau expose également les propositions visant à établir un collège électoral particulier : voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op cit.*, p. 486-487.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 511. C'est là l'opinion de Fuzier-Herman : « L'essentiel est qu'une fois établi sur son siège, le juge y soit indépendant : or, il n'y a pas de système plus destructif de l'indépendance du juge que l'élection […]. Le juge élu a donc à compter d'une part avec les influences qui peuvent contribuer à sa réélection, d'autre part avec les haines qu'il doit éviter de faire naître s'il ne veut en souffrir à sa rentrée dans la vie privée. Dépendant du suffrage universel, il sera perpétuellement tenté de se soumettre aux passions populaires ; représentant du suffrage restreint, il sera sans cesse provoqué à faire dans ses actes une part aux mesquineries de l'esprit de coterie », É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 422-423. Également de Saint Girons : « L'expérience est définitivement contraire à ce système de l'élection des juges, qui ne supprime pas la dépendance de la magistrature à l'égard du Gouvernement, mais multiplie les candidatures officielles, qui établir la servitude du juge à l'égard des électeurs, servitude d'autant plus pure que le juge vit plus près des électeurs. […]. Si le suffrage était universel, l'électeur serait incompétent ou passionné. Si le suffrage était restreint, on arriverait à constituer une oligarchie qui se ferait payer ses votes par des complaisances judiciaires », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 537-540. Voir également A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 435-438.

[5] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 297.

donne seule la pratique »[1]. Il y a une spécificité de la fonction de juger qui exige des compétences particulières de la part de ses serviteurs. Cela justifie de ne pas remettre à un corps électoral le choix des juges pour un temps limité, quoique renouvelable. Les électeurs, tous les auteurs le remarquent[2], ne sauraient évaluer efficacement les compétences juridiques que doivent présenter les candidats à de telles fonctions : « le corps électoral sera presque toujours incapable de faire de bons choix »[3]. Et quand bien même la réglementation des conditions – pour être éligible à la fonction de magistrats – permettrait de restreindre le choix entre plusieurs candidats compétents, Esmein souligne que la limitation de la durée du mandat rebuterait plus d'un postulant : « Mais en fait les juristes les plus capables, ceux qui, au barreau ou dans la pratique des affaires, se sont acquis renom et profit, ceux même qui, sans les avoir atteints encore, espèrent fermement conquérir ces avantages, ne délaisseront point cette carrière indépendante et profitable, où une disparition de quelques années peut leur faire perdre tout le terrain gagné, pour les fonctions de magistrats à temps très limité, avec toute les incertitudes d'une réélection »[4].

Les *Éléments de droit constitutionnel*, à l'image des ouvrages de droit constitutionnel antérieurs, accordent une nette préférence à la nomination par l'exécutif : « Par là même on est conduit à remettre au pouvoir exécutif le droit de choisir et de nommer les juges, comme il nomme et choisit les autres fonctionnaires professionnels, les ingénieurs de l'État, les professeurs de l'instruction publique ; lui seul, sous sa responsabilité, peut faire des choix vraiment utiles. On est conduit aussi à conférer les fonctions judiciaires dans des conditions toutes particulières de durée. On n'embrasse, en effet, une profession qui exige des compétences spéciales et une expérience lentement acquise, que si l'on peut la continuer pendant sa vie entière ou tout au moins jusqu'à un âge avancé. La conséquence est que les fonctions judiciaires doivent être conférées à vie, ou jusqu'à un âge qui légitime ou même impose la retraite »[5].

Esmein, comme Moreau[6], souligne toutefois la particularité des juridictions commerciales qui sont composées de juges élus. Si ce principe électif a une origine historique lointaine, la compatibilité entre l'élection et la temporalité des pouvoirs s'explique parce que le juge élu « a, en dehors de ces fonctions, une profession principale, ou une fortune acquise par son activité antérieure »[7]. Ainsi, « la fonction de juge temporaire n'est pour lui qu'un honneur supplémentaire qu'il pourra, au terme de sa charge, abandonner sans aucun dommage »[8], ce qui le différencie des juges élus qui

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 513.

[2] Voir par exemple F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op cit.,* p. 485. Voir également A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 538.

[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 512.

[4] *Ibid*.

[5] *Éléments…, op. cit.,* p. 513. Sur la question de la nomination des juges fédéraux à vie par le Président des États-Unis d'Amérique, Esmein expose le raisonnement contenu dans le *Fédéraliste* : les Pères fondateurs, considérant que le pouvoir judicaire était le plus faible des pouvoirs par sa soumission entière à la loi, estimaient que son indépendance réelle ne pouvait être garantie que par sa durée et expliquait ainsi que les juges puissent tenir leur pouvoir jusqu'à leur mort : voir *Éléments…, op. cit.,* p. 513-514.

[6] Moreau consacre quelques pages à détailler le régime électoral des juges des tribunaux de commerce et des conseiller prud'homaux et justifie le principe électif : « Ces juridictions ne peuvent répondre à leur but, rendre les services attendus qu'à la condition de sortir de l'élection », voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op cit.,* p. 478 à p. 481. Voir également sur ce point É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.,* p. 423-424.

[7] *Éléments…, op. cit.,* p. 517.

[8] *Ibid*.

seraient élus dans juridictions civiles et criminelles. On note que l'élection pour des juges prud'homaux, si elle n'est pas incompatible avec la fonction de juger, fait l'objet d'une critique relative à la tentative d'introduction d'un mandat impératif entre les électeurs et les juges : « Les conseils de prud'hommes sont élus d'après les traditions et des principes analogues, mais ici l'institution paraît tendre à se fausser, les luttes politiques s'étant mêlées souvent à ces élections, et des mandats impératifs ayant été donnés aux prud'hommes ouvriers par leurs électeurs »[1].

L'expérience de l'élection des juges en 1790-1792 et en l'an III permet d'étayer le rejet du principe électif. Esmein note que si « l'élection n'a reçu que des applications restreintes et exceptionnelles en France »[2], c'est tout simplement parce que « le système de l'élection, en dehors même de ses imperfections proprement judiciaires, avait été reconnu politiquement impraticable »[3].

De même, l'exemple de certains États fédérés des États-Unis ou de la Confédération suisse[4] met en relief, outre les difficultés pratiques, la dépendance des juges vis-à-vis des électeurs et aussi des partis politiques, notamment aux États-Unis où « l'élection a produit des résultats déplorables »[5], selon Saint Girons. Esmein confirme : « au dire des meilleurs observateurs, le résultat n'a pas été satisfaisant »[6]. C'est aussi vrai pour la Suisse : « Mais des jurisconsultes suisses des plus compétents, et admirateurs en général de leurs institutions nationales, ont porté sur ce système un jugement des plus sévères »[7]

Ainsi le système de nomination des juges par l'organe exécutif paraît le moindre mal aux yeux des publicistes. Moreau résume : « C'est en effet le système le plus pratique et le plus sûr. Il ne vaut pas tant par lui-même que par comparaison avec les autres régimes proposés dont les uns seraient trop dangereux, les autres trop compliqués »[8].

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 517.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 515.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 516.
[4] Voir par exemple sur les effets de l'élection des juges dans certains États américains ou en Suisse la critique de Geroges Picot dans la deuxième partie de son article: G. Picot, « La Réforme judiciaire », art. cité, p.116 à p. 153. Voir également sur la critique du système aux États-Unis et en Suisse : F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op cit.,* p. 486.
[5] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 534. L'auteur consacre également quelques lignes de son Essai à décrire les inconvénients de la dépendance des juges élus américains à l'égard de leurs électeurs : voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.,* p. 436-437.
[6] *Éléments…, op. cit.,* p. 518. Esmein tient toutefois à préciser : « Cependant ce système n'a pas produit aux États-Unis, suivant M. Bryce, tout le mal qu'on pouvait en attendre ; il en donne trois motifs dont l'un se trouve dans le respect profond et presque instinctif des Anglo-Saxons pour la loi et pour les cours de justice, les deux autres ayant un intérêt tout particulier dans notre question. Pour lui, en effet, la valeur et la dignité des tribunaux composés de juges élus seraient, dans une certaine mesure, maintenues, d'un côté par l'influence d'un barreau très remarquable, d'autre part et surtout par l'exemple des cours fédérales composées, elles, de magistrats nommés à vie par le pouvoir exécutif », *Éléments…, op. cit.,* p. 519.
[7] *Ibid.*
[8] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op cit.,* p. 482.

II
L'inamovibilité des juges, garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire

Si la séparation des trois pouvoirs n'exige pas que les juges soient élus par le peuple, et autorise la nomination par le pouvoir exécutif, c'est leur irrévocabilité qui fonde leur indépendance. Cette irrévocabilité se traduit juridiquement par une inamovibilité entendue comme « le droit de les destituer refusé au pouvoir exécutif comme au pouvoir législatif »[1].

L'inamovibilité est l'objet d'un vif débat dans les deux dernières décennies du siècle. En effet, la loi du 18 août 1883 suspend pour trois mois l'inamovibilité des magistrats du siège afin de procéder à une « épuration de la magistrature »[2]. Jean-Marie Mayeur explique : « La mesure toucha 600 magistrats. Cette mesure exceptionnelle permit un important renouvellement de la magistrature, facilité par la démission d'avril 1880 à janvier 1884 de plus de 600 magistrats, hostiles à l'application des décrets qui touchaient les congrégations religieuses. Près du tiers des magistrats abandonnaient ainsi leurs fonctions. […] Par la suite, la magistrature, dont les règles de recrutement et d'avancement n'étaient pas clairement définies, ce qui laissait place à l'arbitraire et aux interventions politiques, ne parvint pas à accéder à une véritable indépendance vis-à-vis du pouvoir politique »[3].

Esmein prend le parti de la magistrature en faisant de l'inamovibilité « une conséquence juridique et forcée de la séparation des pouvoirs, lorsqu'on admet comme troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire. *C'est la condition même de son indépendance* »[4]. Il note que la très grande majorité des publicistes est d'accord quelle que soit le dénombrement des pouvoirs qu'ils opèrent : « Mais les partisans de la thèse contraire admettent également l'inamovibilité des magistrats. Ils ont pour eux en cela cette considération que l'inamovibilité des juges est historiquement beaucoup plus ancienne que la théorie de la séparation des pouvoirs. Elle s'est introduite en France dans le courant du XVIe siècle comme conséquence de la vénalité des offices de judicature. Elle a été établie en Angleterre par l'*Act of settlement*, pour des raisons d'utilité pratique, sans qu'on la rattachât non plus au principe de la séparation. Elle se justifie pour les modernes par une idée simple et forte à la fois : l'intérêt des justiciables. L'indépendance du juge est la sauvegarde même des plaideurs ». Esmein poursuit malicieusement en soulignant les contradictions des partisans de la théorie des deux pouvoirs : « Cependant, il faut reconnaître, pour ceux qui font rentrer l'autorité judiciaire dans le pouvoir exécutif, l'inamovibilité des juges est une inconséquence partielle : ceux-ci ne devraient-ils pas être révocables comme tous les autres agents ? Cela se voit au langage quelque peu embarrassé par lequel ces théoriciens justifient l'inamovibilité »[5]. Esmein vise Duguit qui reconnaît discrètement, malgré sa

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 503.
[2] J.-J. Chevallier, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France*, Paris, Armand Colin, 9e éd., 2001, p. 362.
[3] J.-M. Mayeur, *La vie politique sous la Troisième République, op. cit.*, p. 111. Voir également J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Paris, Colin, 1976, p. 296-301.
[4] *Ibid.*, nous soulignons.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 503-504.

faveur pour la théorie des deux pouvoirs, que l'inamovibilité doit assurer l'indépendance des juges à l'égard des deux autres organes : « Sans doute, comme l'ordre judiciaire est chargé de protéger l'intérêt des particuliers, certaines garanties, l'inamovibilité par exemple, doivent être établies pour assurer l'indépendance de ses membres à l'égard du pouvoir exécutif et même du pouvoir législatif »[1].

En cela, Esmein sera suivi par Émile Artur qui veut prouver les faiblesses de la théorie des deux pouvoirs. Leurs adversaires se montrent plus rigoureux : « L'inamovibilité n'est pas seulement un moyen accidentel et ingénieux de sauvegarder leur indépendance [aux juges], ce n'est pas une espèce de bénéfice qu'on puisse suivant le temps et les systèmes conférer ou retirer : il est dans la nature des choses que les juges soient inamovibles, c'est-à-dire ne puissent pas être révoqués par le pouvoir exécutif »[2]. *A contrario*, pour la théorie des deux pouvoirs : « L'inamovibilité n'est plus qu'une mesure politique, une espèce de bénéfice extraordinaire conféré aux juges pour leur donner quelque indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, mais non pas une pleine indépendance : la pleine indépendance serait un illogisme. On conçoit dés lors que les partisans des deux pouvoirs ne veuillent pas de l'inamovibilité pour les juges administratifs. Pour eux, aussi, les atteintes au principe d'inamovibilité qui se sont produites si fréquemment depuis 1789, ne doivent être que pêché véniel : il faut bien que le pouvoir exécutif, quand il vient de changer, compose la magistrature à son image ; on ne saurait l'obliger à attendre le lent renouvellement qu'il peut réaliser par les nominations dont il dispose »[3].

Les partisans de la théorie des deux pouvoirs tels que Fuzier-Herman, Saint Girons ou Moreau reconnaissent tous en effet l'impériosité de l'inamovibilité des magistrats. Le premier considère ainsi : « Pour que la nomination par le Gouvernement n'aboutisse pas à une odieuse confusion de pouvoirs, pour que les citoyens ne soient pas privés des suprêmes ressources qu'ils attendent d'un pouvoir judiciaire indépendant, il est indispensable que le juge, une fois nommé, échappe à l'action de l'autorité exécutive, qu'il soit protégé contre toute crainte de révocation, sous réserve de la déchéance qui pourrait toujours être prononcé contre lui par une juridiction suprême, à raison d'indignité professionnelle »[4]. Saint Girons ajoute simplement que « l'inamovibilité est nécessaire : rien ne saurait la remplacer »[5]. Le *Précis* de Félix Moreau constate lui : « Elle est aujourd'hui considérée généralement comme indispensable pour que la justice soit bien rendue. Elle garantie l'indépendance et l'impartialité du juge, en lui enlevant le souci de ses intérêts privés et la crainte d'encourir, par une décision désagréable aux puissants, une

[1] L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », art. cité, p. 570.
[2] É. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », art. cité, p. 56.
[3] É. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », art. cité, p. 59.
[4] É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé, op. cit.*, p. 425.
[5] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 548. Ou quelques années auparavant dans son Essai : « S'il est un principe consacré, fortifié par l'expérience, c'est à coup sûr l'inamovibilité. Tous ceux qui veulent des juges indépendants l'approuvent. Il n'est attaqué que par ceux qui veulent transformer les magistrats en fonctionnaires actifs, qui veulent faire concourir les tribunaux au gouvernement politique du pays. Ceux qui méprisent assez la magistrature pour désirer s'en servir, voilà les seuls adversaires de l'inamovibilité », A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 431.

révocation. […]. Elle assure l'exacte séparation du Gouvernement et de l'autorité judiciaire »[1].

Si tous admettent l'exception pour forfaiture[2], tous en font la pierre angulaire de l'indépendance des juges judiciaires. Mais si Esmein la conçoit, à l'image de Rossi[3], comme « un principe supérieur de notre droit public, comme le respect des droits individuels »[4], il est beaucoup moins appliqué à la défendre que ne le sont les partisans de la théorie des deux pouvoirs. Saint Girons et Moreau sont particulièrement diserts sur la question : tous deux s'attachent à combattre les arguments des adversaires de l'inamovibilité. La loi de 1883 sert de repère. Si Saint Girons en parle abondamment[5], Esmein reste discret, se contentant seulement de préciser que le législateur était tout à fait compétent pour procéder à une telle suspension, les lois constitutionnelles de 1875 étant muettes sur la question de l'inamovibilité des magistrats. La critique de Saint Girons et de Moreau tranche avec l'attitude d'Esmein. Tous deux pourfendent le principe de suspension temporaire et craignent que la loi du 30 août 1883 créée un dangereux précédent pouvant donner lieu dans le futur à des épurations renouvelées dans ma magistrature[6]. Pour Moreau, « Toute cette logique n'empêchera pas que l'inamovibilité cesse dès qu'elle est suspendue. On peut persuader aux passions populaires qu'elle est un frein et par conséquent un ennemi ; on ne fera pas qu'elle soit respectée parce qu'elle n'a été violée que pendant quelques mois. Ce système porte en lui-même sa punition. Une épuration appelle l'autre, et chaque parti arrivant au pouvoir respectera à sa manière l'inamovibilité en éliminant ses adversaires au profit de ses amis. Les fonctions judiciaires seront ainsi mises en coupe réglée comme un butin »[7].

Dans le même sens, les prédécesseurs d'Esmein soutiennent que l'inamovibilité n'est pas la garantie absolue de l'indépendance des magistrats et que les règles relatives à l'avancement et au déplacement des magistrats doivent être strictement encadrées pour préserver cette indépendance[8]. Saint Girons note que « le magistrat inamovible ne sera pas

---

[1] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 491.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 522.
[3] « C'est là la règle générale de notre droit public ; en général le juge est inamovible en France », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. IV, p. 351.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 521.
[5] Saint Girons consacre dans son chapitre consacré à l'institution judiciaire de très longs développements à la loi de 1883 : voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 540-559. Il souligne notamment les critiques émises à l'encontre de l'attitude des tribunaux dans les procès relatifs aux expulsions des congrégations religieuses par le décret du 29 mars 1880 : voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 555-556.
[6] Saint Girons écrit : « Cette loi du 30 août 1883 est redoutable, à cause de ce droit de déplacement et surtout à cause du précédent qu'elle a créé. […]. Au fond, tous les arguments développés en faveur de la loi de 1883 et de la suspension de l'inamovibilité se ressemblent : ils étaient invoqués par Napoléon en 1808, en 1810, par les ultra-royalistes en 1815, par les républicains en 1830 et en 1848 ; ils font de la révolution une conquête intérieure, qui supprime les pouvoirs tombés et tout ce qu'ils ont fait ; ils voudraient biffer l'histoire et donner à la vie nationale la date de leur avènement », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 558. Plus loin encore : « Mais encore faut-il que la suppression de l'inamovibilité soit réduite au maximum et que le nombre des magistrats éliminés soit le même que le nombre de sièges supprimés dans la magistrature inamovible. Il faut que la réforme soit uniquement judiciaire et ne devienne pas un moyen d'expulser ceux que l'on accuse d'être des adversaires, ou de récompenser les amis politiques ; la réforme ne doit pas être un acte de vengeance ou un moyen de gouvernement », A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 559.
[7] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op cit.*, p. 492.
[8] Voir A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 564-566. Voir également F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op cit.*, p. 482-484.

nécessairement indépendant, mais l'expérience de tous les peuples montre que, pour être indépendant, il a besoin d'être inamovible »[1]. Moreau affirme de son côté que la dépendance du juge à l'égard de l'exécutif ne tient pas seulement à l'inamovibilité : « l'inamovibilité ne pare qu'imparfaitement à cet inconvénient, car l'avancement est un appât pour les ambitieux, une récompense pour les complaisants. Il ouvre la porte, pour les nominations et l'avancement, aux influences politiques ; il assure moins les bons choix que les choix utiles au Gouvernement et l'inamovibilité rend définitives les nominations »[2].

Cependant les *Éléments de droit constitutionnel* ne réservent pas de partie spécifique à l'organisation de l'institution judiciaire[3], et Esmein reste muet quant à l'avancement et au recrutement de la magistrature judiciaire. L'inamovibilité comme conséquence directe du principe de la séparation de trois pouvoirs égaux et distincts semble suffire à sa démonstration. On observe même qu'il accepte l'amovibilité des juges de l'ordre administratif qui « paraît ici une réserve légitime au profit du gouvernement, qui, sous un régime de libre discussion, ne pourrait en user que dans les cas les plus graves et les mieux justifiés »[4]. Il est, par ailleurs, extrêmement discret sur les juridictions administratives dans les *Éléments de droit constitutionnel*. On trouve seulement une étude historique intitulée « La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante », publiée dans un annuaire allemand en 1911, à la fin de laquelle il établit que les membres du Conseil d'État sont inamovibles *en fait* avant de faire l'éloge de l'institution : « Quant au Conseil d'État, considéré comme juge suprême du contentieux administratif, cour de cassation et cour d'appel à la fois, son autorité et sa réputation n'ont fait que grandir au cours du temps. Sans doute ses membres, en droit, ne sont pas inamovibles, mais ils le sont en fait. Leur indépendance est assurée par un régime de pleine liberté politique et par la faveur que leur témoigne l'opinion publique et particulièrement la confiance des parties intéressées. La compétence technique, l'impartialité et l'indépendance du Conseil d'État sont incontestées ; et c'est peut être la plus hardies de nos cours suprêmes dans sa fermeté à assurer tous els droits et dans ses élans vers l'équité »[5].

Ainsi, l'exposé de la théorie de la séparation des pouvoirs poursuit un but précis dans la pensée d'Esmein : démontrer l'existence du pouvoir judiciaire comme troisième pouvoir afin d'affirmer la nécessité impérieuse de l'indépendance des magistrats. Elle est la première garantie de la liberté individuelle en faisant respecter par le pouvoir politique les droits individuels accordés par le législateur. La protection des droits individuels vient parfaire le projet libéral d'Esmein.

---

[1] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 549.
[2] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op cit.*, p. 482.
[3] Esmein semble affirmer que de telles questions ne relèvent pas dans leurs détails du droit constitutionnel proprement dit : « L'inamovibilité, d'ailleurs, ne couvre point , dans notre législation, le personnel entier de la magistrature : pour des raisons diverses, dans l'examen desquelles je ne puis entrer ici, elle n'a été étendue, ni aux magistrats qui remplissent les fonctions du ministère public, ni aux juges de paix, ni aux juges de l'Algérie et des colonies, ni même en réalité aux membres des Conseils des prud'hommes », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 522.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 534.
[5] A. Esmein, « La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Mohr, Tübingen, 1911, p. 42

TROISIEME PARTIE

LE RÉGIME LÉGISLATIF DES DROITS INDIVIDUELS

La « garantie des droits individuels » constitue, on le sait, l'un des trois « objets naturels et nécessaires du droit constitutionnel »[1]. En effet, l'ensemble de l'œuvre constitutionnelle d'Adhémar Esmein, inspirée du libéralisme le plus typique du XIXe siècle français, entend fonder une théorie générale du droit constitutionnel ayant pour finalité de garantir la liberté de l'individu.

Juridiquement, la liberté de l'individu trouve sa traduction dans les droits individuels[2] qui viennent limiter ceux de l'État, leur étant « antérieurs et supérieurs »[3]. La conception même de l'État chez Esmein est ainsi parfaitement indissociable d'une théorie des droits individuels[4]. C'est bien dans l'abstention de l'État, par les limites qui sont posées à son action, que se trouvent pleinement consacrées les libertés individuelles et, *in fine*, la liberté de l'individu : « Les droits individuels présentent tous un caractère commun ; ils limitent les droits de l'État, mais ne lui imposent aucun service positif, aucune prestation au service du citoyen. L'État doit s'abstenir de certaines immixtions, pour laisser libre l'activité individuelle ; mais l'individu, sur ce terrain, n'a rien de plus à réclamer »[5].

En tant que traduction institutionnelle du principe de souveraineté nationale, le gouvernement représentatif – avec son principe corollaire de la séparation des pouvoirs – forme le système le plus à même d'assurer l'édiction et l'application effective de la loi commune. Mais si le système représentatif garantit la liberté politique – entendue comme la soumission de tous à la loi – encore faut-il que la loi, par son contenu même, ne soit pas un obstacle à l'épanouissement des libertés réunies sous le concept de liberté individuelle *lato sensu* et ne s'oppose à l'exercice des droits qui en sont la traduction juridique. Il

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 30.

[2] Esmein n'opère jamais de distinction formelle entre « libertés individuelles » et « droits individuels », se contentant seulement de préciser que « les libertés […] constituent les droits individuels ». Toutefois, il semble qu'il adopte la même distinction lexicale que celle opérée par Berriat Saint Prix dans *son Commentaire sur la Charte* qui expose que « la liberté est la faculté de faire ce que l'on veut » et que « cette faculté devient un droit quand elle est consacrée par la loi » : Voir F. Berriat Saint Prix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle, op. cit.*, p. 48.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 30.

[4] Olivier Beaud rappelle à propos de l'inexistence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste contemporaine que : « Est-ce que l'on n'a pas un peu trop perdu de vue le fait que les libertés publiques ne sont pas compréhensibles sans une théorie de l'État sur laquelle elles s'adossent et sur ce rapport entre les droits de l'individu et les obligations de l'État ? », O. Beaud, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste », in *Des droits fondamentaux à l'obsession sécuritaire : mutation ou crépuscule des libertés publiques ?* , actes du colloque de l'Institut Michel Villey pour la culture juridique et la philosophie du droit en collaboration avec l'Institut Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg (Paris, 14 mai 2010), http://www.juspoliticum.com/Remarques-introductives-sur-l.html .

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 548.

appartient donc au législateur d'assurer la protection des droits individuels et ainsi de poser les limites aux droits de l'État.

Cette conception libérale du droit constitutionnel amène Esmein à faire figurer dans le plan de ses *Éléments de droit constitutionnel* un chapitre sobrement intitulé « Les droits individuels »[1]. Dans ce chapitre d'une vingtaine de pages, Esmein donne d'abord une assise théorique à ces droits « qui ont été placés par le droit constitutionnel moderne au rang des droits individuels ».

L'auteur réaffirme son rejet de la doctrine contractualiste qui fonde les droits individuels sur le « résidu » de la « liberté native »[2] des hommes engagés par le contrat social et fait figure d'héritier de Rossi[3]. Fidèle à la doctrine individualiste du libéralisme, Esmein soutient alors que le « fondement » du « principe » des droits individuels réside dans la primauté de l'individu sur toute forme d'organisation politique : « la source de tout droit est dans l'individu, parce que lui seul est un être réel, libre et responsable. Sans doute les sociétés humaines et politiques sont des formations naturelles et des organismes nécessaires, qui évoluent en vertu de lois partiellement fatales. Dans la mesure où existe cette fatalité et où l'intelligence humaine peut en reconnaître le processus et la direction, la liberté et la volonté de l'homme doivent s'y plier, y conformer même leurs actes ; c'est rendre plus complet et plus harmonique un résultat au fond inévitable. […]. Mais cela ne fait point que les sociétés politiques soient des êtres réels et aient des droits propres. Les individus qui les composent sont au contraire des êtres qui ont le sentiment de la responsabilité morale et qui peuvent librement diriger leurs actes, sauf à voir leur effort se briser s'ils se heurtent à une force naturelle »[4]. Cette primauté de l'individu implique que la société politique organisée sous la forme d'un État a pour objectif premier la conservation de la liberté des individus : « En droit et en raison, c'est dans leur seul intérêt que fonctionne la société politique. Mais le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir librement développer ses facultés propres ; et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est justement le but des diverses libertés qui constituent les droits individuels : en les respectant pas, la société politique manquerait à sa mission essentielle, et l'État perdrait sa première et principale raison d'être »[5].

Cette doctrine individualiste ne fut sans aucun doute jamais aussi clairement exprimée. *Les Éléments de droit constitutionnel* semblent bien être – en 1896 – le premier ouvrage de droit constitutionnel de la IIIe République à fournir l'embryon d'une théorie

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 538-564.
[2] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 538-564.
[3] « Je ne saurais admettre cette opinion qui représente les citoyens, les hommes réunis en société, comme ayant fait la perte volontaire, l'abandon, le sacrifice d'une partie de leurs droits pour conserver le reste, comme on représenterait de malheureux navigateurs qui, pour sauver une partie de leur cargaison jettent le reste à la mer. […]. Mais si, au contraire, nous partons d'une autre idée, si nous partons de l'idée que la société est un fait général et nécessaire, qui a son fondement dans la nature humaine, si nous partons de l'idée que l'ordre social nous est nécessaire pour le développement de nos facultés et que le développements de ces facultés est pour l'homme, être intelligent et moral, une obligation, un devoir, nous en tirerons la conséquence que la société et l'ordre social sont des moyens indispensables à l'accomplissement du développement humain, et qu'en conséquence ils sont aussi pour l'homme un devoir, une obligation morale, car celui qui a l'obligation morale du but aussi l'obligation morale des moyens nécessaires pour atteindre ce but… », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, vol. II, p. 69-70.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 542.
[5] *Ibid*. Également : « le respect des droits individuels est le fondement même de la société politique », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 542.

des droits individuels. Si le *Manuel* d'Aumaître présentait déjà en 1890 un chapitre consacré aux droits individuels[1], c'est seulement sous l'angle de leur réglementation que ces derniers étaient analysés, qui plus est de façon très sommaire.

On observe de la proximité entre Esmein et Rossi. Ce dernier définit en effet dans son *Cours* les droits publics de la façon suivante : « Il y a une autre classe de droits appartenant également aux individus, mais qu'on ne pourrait guère concevoir hors de la société, car ils sont l'expression du développement des facultés humaines dans l'État social, l'expression du développement de l'homme, l'exercice de ses plus nobles facultés ou la jouissance de ses droits les plus essentiels. C'est ce qu'on appelle les droits publics et sociaux. Ainsi : la liberté individuelle, le droit de propriété pris d'une manière générale, la liberté de publier ses opinions, la liberté de conscience, etc… »[2].

Cette filiation entre Esmein et Rossi est particulièrement perceptible dans la définition de la notion de « droits individuels ». Le chapitre des *Éléments* procède en effet à une distinction lexicale et juridique entre « droits individuels » et « droits politiques » directement tirée de la doctrine du professeur italien : « Dans le cours de droit constitutionnel qu'il a professé à la faculté de droit de Paris, Rossi les a appelés [les droits individuels] *droits publics* ou *sociaux*, et cette terminologie est restée très répandue en France. Mais, de quelque nom qu'on les désigne, c'est un point de doctrine certain et important qu'on les oppose aux *droits politiques* proprement dits. Ces derniers représentant la participation des citoyens au gouvernement, à l'administration, à la justice (par l'institution du jury) : l'exemple le plus frappant est le suffrage politique. Il n'y a pas là une simple opposition de termes mais une distinction entraînant des conséquences juridiques. Les droits politiques n'appartiennent qu'aux citoyens, à qui la constitution et la loi en accordent la jouissance et l'exercice ; s'ils ne sont point accordés à tous les membres de la nation sans distinction aucune d'âge, de sexe ou de capacité ; nous avons vu qu'il en était ainsi même pour le droit politique fondamental, le droit de suffrage. Au contraire, les droits individuels appartiennent, en principe, à tous les individus qui composent la nation, quels que soient leur âge, leur sexe, leur incapacité de fait ou même leur indignité : c'est en ce sens que tous sont également citoyens »[3].

---

[1] Voir T. Aumaîte, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 253-301.

[2] Il s'agit de la première leçon. P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…*, *op. cit.*, vol. I, p. 10. Berriat Saint Prix établit que la législation a pour but « le bonheur de l'humanité entière, de chaque nation et de chaque individu en particulier » et ajoute « Mais n'oublions pas toutefois que les individus sont des être réels ; les nations et l'humanité sont des êtres fictifs qui n'existent que dans l'entendement. Si les législateurs doivent se préoccuper avant tout de la prospérité du genre humain, c'est qu'il n'y a pas d'autre moyen d'assurer la prospérité de chaque nation en particulier. S'ils doivent se préoccuper en second lieu du bien-être de la masse de tel ou tel peuple, c'est qu'il n'y a pas d'autres moyens d'assurer le bien-être de chacun des hommes qui composent ce peuple », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…*, *op. cit.*, p. 94 et p. 96.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 549. Notons que sa définition des droits individuels dans le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…* publié en 1908 est beaucoup plus ramassée : « Les droits individuels, à la différence des droits politiques, étaient ceux qui appartenaient à tous les citoyens, sans distinction, et leur assuraient les facultés sans lesquelles on n'est pas vraiment libre », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 182. On note toutefois qu'Esmein semble épurer la doctrine de Rossi qui fonde la distinction que la notion de capacité : « Enfin, il y a des droits politiques proprement dits. Ils consistent dans la participation à la puissance publique. Or, on ne peut confondre les droits politiques avec les droits publics, parce que les droits politiques, quoi qu'on fasse, qu'on les suppose aussi généraux qu'on voudra, impliquent toujours une condition de capacité. […]. Les droits politiques supposent donc toujours une condition de capacité, tandis que les autres n'en supposent pas. En fait, ils peuvent être exercés ou ne pas l'être, mais par leur nature ils appartiennent à tout homme qui peut développer ses facultés. En d'autres termes, les droits publics sont la chose, les droits politiques sont la garantie », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…*, *op. cit.*, vol. I, p. 11.

De la même manière, on retrouve chez Esmein une division entre les droits individuels identique à celle de Rossi. Les *Éléments de droit constitutionnel* considèrent en effet que les droits individuels « se ramènent à deux chefs : l'égalité civile et la liberté individuelle »[1], à l'image du professeur italien qui décompose, au fil de son *Cours*, l'étude des droits publics entre le principe d'égalité civile et celui de liberté individuelle[2].

Par la référence au *Cours* de Rossi, se doute aisément que l'étude des droits individuels et de leur régime juridique n'est pas totalement absente des études de droit public du XIXe siècle. Certains administrativistes procèdent déjà au milieu du siècle à un recensement et à un exposé des principaux droits individuels. Si, comme le note François Saint-Bonnet, Cormenin « ne consacre pas le moindre développement spécifique aux libertés dans l'ensemble de ses écrits administratifs »[3] et que Macarel assure un exposé sommaire des « garanties sociales » – non dans ses *Éléments de jurisprudence administrative* mais dans ses *Éléments de droit politique*[4] – il faut attendre « la vague libérale puissante »[5] de la seconde moitié du siècle pour trouver dans le *Traité* de Batbie, en 1862, l'étude du « régime protecteur » des libertés publiques assuré notamment par le droit administratif[6].

Les premiers ouvrages de droit constitutionnel de la Monarchie de Juillet poursuivront ce mouvement d'intégration de l'étude du régime des droits individuels dans le champ constitutionnel. Rossi n'est en effet pas le seul à entreprendre une étude des « droits publics ». Félix Berriat Saint Prix intègre lui aussi dans son *Commentaire sur la Charte constitutionnelle* de 1836 une présentation du « droit public des Français »[7], puis dans sa *Théorie du droit constitutionnel français* de 1850 des développements consacrés aux « droits

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 544.

[2] Voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. I, p. 9-12 (définition des droits publics et politiques) ; t. I, p. 249-369 (étude du principe d'égalité civile) ; t. II (principe de la liberté individuelle *stricto sensu*) ; t. III, p. 1-140 (liberté de la presse) ; t. III, p. 141-163 (liberté d'enseignement) ; t. III, p. 164-183 (droit de pétition) ; t. III, p. 183-196 (liberté d'association) ; t. III, p. 197-283 (droit de propriété).

[3] F. Saint-Bonnet, « Le droit des libertés publiques, antonyme du droit administratif au XIXe siècle », *RDP*, 2012, n°2, p. 457.

[4] « On peut faire des observations comparables en évoquant Louis Antoine Macarel. Dans ses *Éléments de jurisprudence administrative*, il n'est nullement question des libertés ou de droits publics. Pour trouver ces questions évoquées, il faut ouvrir ses *Éléments de droit politique*, un ouvrage conçu pour de "jeunes Égyptiens" venus se former en France à la "civilisation européenne" afin de leur "faire connaître les principes qui régissent les gouvernements constitutionnels de l'Europe". Cet ouvrage comporte un chapitre consacré à "La bonté intrinsèque du gouvernement" qui évoque les "garanties sociales", lesquelles sont divisées en "garanties privées" et "garanties publiques". Les garanties privées sont la sûreté des personnes, des propriétés, des libertés de l'industrie, des opinions, de conscience, elles sont à classer dans le registre des "droits", mais ceux-ci dérivent des "devoirs sociaux" dont la garde est confiée à la "puissance publique" chargée de "conserver la société elle-même » et de donner des directions morales qui doivent former des hommes éclairés et de bons citoyens". Pour Macarel, ces questions sont bien de droit "politique", mais ne sauraient être rattachées au droit administratif », F. Saint-Bonnet, « Le droit des libertés publiques, antonyme du droit administratif au XIXe siècle », art. cité, p. 458.

[5] F. Saint-Bonnet, « Le droit des libertés publiques, antonyme du droit administratif au XIXe siècle », art. cité, p. 462.

[6] « L'évolution est plus significative pendant la décennie 1860, qui est celle d'une vague libérale puissante. Du côté des auteurs qui écrivent sur le droit administratif, cette tendance n'est nulle part plus remarquable que chez Anselme Batbie qui traite dans son monumental *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* publié entre 1861 et 1868 des libertés comme d'un véritable objet juridique, qui doit être traité complètement et prioritairement (après un volume introductif, une large part des deux volumes suivants sur huit). Pour Batbie en effet, les libertés, parce qu'elles ne sont pas résiduelles, mais essentielles, doivent être dotées, au sein du droit public et à côté du droit administratif d'un statut supérieur lequel détermine une spécificité, à savoir un régime protecteur », *Ibid*.

[7] Voir F. Berriat Saint Prix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 36-89.

des citoyens garantis par la Constitution » [1]. Mais on doit souligner que ces auteurs se contentent en réalité d'une étude positiviste[2] des droits et libertés énoncés dans les textes constitutionnels dont ils offrent, *seulement* dirions-nous, un commentaire. Le *Cours* et le *Commentaire sur la Charte* se fondent ainsi exclusivement sur les articles du « droit public des Français » intégré dans la Charte du 4 juin 1814, modifiée le 14 août 1830, la *Théorie du droit constitutionnel* se fondera elle sur la déclaration de droits et les droits garantis aux citoyens, contenus respectivement dans le Préambule et dans le Chapitre 2 de la Constitution de 1848

Les lois constitutionnelles de 1875 vont marquer un tournant dans l'appréhension des droits individuels par les constitutionnalistes. Si jusqu'à la Constitution du 14 janvier 1852, les textes constitutionnels français intégraient tous[3] l'énonciation des droits individuels et leur garantie – sous forme de déclarations de droits adossées à la Constitution ou sous formes d'articles enchâssés dans le texte de la Constitution elle-même – les constituants de 1875 restèrent muets sur la question, se limitant à organiser les rapports des institutions entre elles. Dans les *Éléments de droit constitutionnel*, Esmein ne peut se fonder sur une quelconque déclaration de droits positive et constate au sujet des droits individuels : « La liste en a été progressivement dressée, à mesure que la théorie ou les faits de l'histoire signalaient successivement l'importance de chacun d'eux »[4]. C'est bien cette absence, sinon de « déclaration », du moins d'énonciation des droits par les lois constitutionnelles de 1875 qui va, selon nous, justifier la modification du plan des *Éléments de droit constitutionnel* en 1909. La cinquième édition de l'ouvrage ajoute en effet un chapitre entier, composé de plus de cent pages, et voué non plus à la *théorie* mais à « la réglementation des droits individuels »[5]. Ainsi, après avoir exposé le fondement théorique individualiste et libéral de l'existence des droits individuels, Esmein dresse un panorama de leur réglementation, c'est-à-dire du régime juridique censé en assurer la protection effective. La rédaction d'un tel chapitre en 1909 permet alors de présenter les *Éléments de droit constitutionnel* comme « le *premier manuel de libertés publiques* modernes, découpé classiquement en deux parties séparées (théorie générale des droits – régime des droits) »[6].

Il faut toutefois remarquer que, deux ans auparavant, le *Manuel de droit constitutionnel* de Léon Duguit comprenait un chapitre intitulé « Le droit et l'État »[7] dans lequel l'auteur *mêlait* certaines brèves considérations théoriques aux développements relatifs à la réglementation positive de l'exercice des droits individuels. Dès la deuxième édition du *Manuel*, en 1911, Duguit procède à une modification de l'intitulé du chapitre en y

---

[1] Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 189-336.

[2] Voir la méthode revendiquée par Rossi dans la vingt-cinquième leçon de son Cours : P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, vol. II, p. 1. P.-H. Prélot, « Les doctrines ont-elles théorisé les libertés publiques avant l'âge d'or des lois des années 1880 ? », *RDP*, 2012, n°2, p. 481-482.

[3] On notera toutefois la très grande brièveté de la Constitution du 14 janvier 1852 qui n'offre qu'une référence au droit public des français : l'article 1er du titre 1er de la Constitution dispose en effet : « La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français ».

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 544.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1085 à 1211.

[6] P.-H. Prélot, « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloques du 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy Pontoise, op. cit.*, p. 113, nous soulignons. L'auteur précise en note le sens à donner au terme « moderne » : « On veut dire par là postérieur à la consolidation des grandes libertés par la législation républicaine, entre 1880 et 1905 », (note 9).

[7] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 472-684.

adjoignant la notion de « libertés publiques ». Si l'ouvrage est purgé des nombreuses discussions sur les principales notions du droit constitutionnel[1] qui figureront désormais dans le *Traité de droit constitutionnel*[2], la structure même du chapitre « Le droit et l'État. Les Libertés publiques », tout comme ses développements, ne s'en trouvent aucunement modifiés. Cette année 1911 verra d'ailleurs un autre ouvrage de droit constitutionnel populariser la notion de « libertés publiques » puisque le *Précis élémentaire de droit constitutionnel* de Félix Moreau connaît une importante évolution par l'ajout d'un sixième livre également intitulé « Les libertés publiques »[3]. Moreau précisera dès l'introduction que les expressions sont équivalentes : « Les libertés publiques – on dit aussi droits individuels, droits publics, droits de l'homme et du citoyen – sont des facultés dont l'exercice est assuré à tous les membres de la société, sauf les restrictions légales, pour aider à la conservation et au perfectionnement de leur personnalité »[4]. Ainsi, quelle que soit la dénomination employée, l'objet de Moreau est identique à celui d'Esmein et de Duguit : le régime juridique de le protection des droits individuels. Tous trois entendent donc examiner l'ensemble des règles juridiques encadrant, et donc limitant, l'exercice de ces droits par les individus. La démarche d'Esmein dans les *Éléments de droit constitutionnel* constitue donc bien, au sens où l'entend Patrick Wachsmann[5], une étude des « libertés publiques ».

S'il est intéressant d'étudier le traitement des droits individuels et de leur protection dans l'ensemble de l'œuvre d'Esmein[6], sans se limiter *exclusivement* au chapitre ajouté aux *Éléments de droit constitutionnel*, on doit toutefois s'interroger sur les raisons ayant amené Esmein à attendre l'édition de 1909 pour procéder à l'ajout d'un chapitre consacré à « la réglementation des droits individuels ».

Cette interrogation paraît légitime à plus d'un titre. On le sait, lors de la première édition, l'ouvrage contenait déjà le chapitre sur la théorie des droits individuels, au sein de la partie sur les « principes et institutions de la liberté moderne ». Il est surprenant de

---

[1] « Contrairement à l'usage, ce livre en deuxième édition est sensiblement moins épais qu'en première. En voici la raison. J'avais voulu primitivement écrire un ouvrage qui fut en même temps un instrument de travail pour les chercheurs et un livre d'étude pour les étudiants. C'est à ce double dessein qu'avait tenté de répondre le volume de la première édition. Malgré le bienveillant accueil que lui a fait le public, j'ai du reconnaître qu'il était difficile d'atteindre avec un volume unique le double but que je cherchais. C'est pourquoi, aujourd'hui, je publie, en même temps, un *Traité de Droit constitutionnel* en deux volumes in-8°, qui s'adresse aux juriconsultes [sic], et le présent *Manuel* destiné principalement aux étudiants en licence, et en même temps à tous ceux qui s'intéressent aux choses du droit public. […]. Dans ce *Manuel* on ne trouvera que les solutions du droit public moderne. Pour les développements historiques, les renseignements de législations étrangères, les discussions, l'exposé de la jurisprudence, les indications bibliographiques, on voudra bien se référer au *Traité* », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e édition, Paris, Fontemoing, 1911, p. VII-VIII.

[2] Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2 volumes, Paris, Fontemoing, 1911. La deuxième édition comportera, elle, trois volumes : voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition, 3 volumes, Paris, Boccard, 1921-1925. Enfin, la troisième édition comptera cinq volumes, dont le dernier consacré aux libertés publiques : voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e édition, 5 volumes, Paris, Boccard, 1927-1930.

[3] Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 7e édition, Paris, Sirey, 1911, 580 pages.

[4] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 7e édition, *op. cit.*, p. 409.

[5] « Si les libertés sont qualifiées de publiques, ce n'est pas pour les opposer aux libertés privées. L'adjectif introduit une précision quant à l'origine de la contrainte sociale dont il vient d'être question : les libertés sont envisagées en tant qu'objet de la réglementation juridique », P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 6ème édition, Paris, Dalloz, 2009, p. 2-9. Sur la notion de « droits fondamentaux », voir V. Champeil-Desplats, « La notion de "droits fondamentaux" et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, chronique, p. 323.

[6] On note en effet qu'un chapitre de son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…* est consacré à l'étude de la réglementation des droits individuels entre 1789 et 1814, chapitre auquel les *Éléments de droit constitutionnel* renvoient à de nombreuses reprises.

constater que si la seconde partie de l'ouvrage est destinée à démontrer la conformité des institutions de la IIIe République à ces principes, Esmein n'entreprend pas de démontrer la conformité de la législation française aux « principes des droits individuels »[1]. Cette démonstration aurait pu en effet être faite dès 1896 puisque, à cette date, la plupart des « grandes lois » de la IIIe République étaient déjà adoptées et appliquées, depuis une quinzaine d'années pour les plus anciennes. La quatrième et dernière partie du *Manuel* de Théophile Aumaître s'en fait d'ailleurs l'écho dès 1890.

Selon Pierre-Henri Prélot, l'ajout de 1909 s'explique par la volonté d'Esmein de présenter le régime de séparation des Églises et de l'État fixé par la loi du 9 décembre 1905[2]. Cette justification semble être fournie par Esmein lui-même dans la préface à la cinquième édition de son ouvrage : « En préparant la cinquième édition de ce livre, je me suis efforcé de le rendre plus digne de la faveur dont le public l'honore. J'y ai fait des additions et des retouches nombreuses, que constateront aisément ceux qui le connaissent déjà. La plus importante est un chapitre nouveau, le chapitre IV de la seconde partie, consacré à *la réglementation des droits individuels* dans notre législation actuelle, avec un aperçu des précédents en cette matière, les principes en ce qui concerne ces droits restants exposés dans la première partie (tit. II, ch. IV). C'est dans ce chapitre additionnel que figure en particulier l'étude légale du régime créé par la séparation des Églises et de l'État, cette nouveauté capitale de notre droit public »[3].

Mais on peut aller plus loin. On constate en effet que dans la description de la réglementation légale des droits individuels, Esmein démontre que les principes d'égalité et de liberté énoncés en 1789 – « patrimoine définitivement acquis au peuple français »[4] – sont en tout point respectés par le législateur et que le régime politique de la IIIe République assure une parfaite protection de ces droits (titre I).

La chose est tellement vraie que le système est clos : nul contrôle n'est nécessaire pour s'assurer que le législateur respecte les droits individuels. Ceux-ci n'ont pas de valeur supra-législative et aucun contrôle de constitutionnalité de la loi n'est admis (titre II).

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, préface à la cinquième édition, p. XXVII.

[2] « D'emblée, on remarque qu'Esmein inclut dans l'étude de la réglementation des droits individuels "l'étude légale du régime créé par la séparation des Églises et de l'État, cette nouveauté capitale de notre droit public". Il est donc vraisemblable que c'est la nécessité qu'il y avait, pour lui, de présenter le nouveau régime de séparation qui l'a convaincu après 1905 de créer ce nouveau chapitre. Et ce, alors même que l'exposé du régime des cultes se justifiait à lui seul, en tant que composante du statut organique de l'État, dont il organise la neutralité confessionnelle », P.-H. Prélot, « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloques du 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy Pontoise*, *op. cit.*, p. 113. L'auteur précise en note : « L'édition de 1906 comprend quelques indications sur la loi de 1905, mais elle est datée du 27 mai 1906, elle a par conséquent été rédigée à chaud, alors qu'en 1909 Esmein dispose d'un plus grand recul pour faire l'analyse de la loi », (note 8).

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. XXVII.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 561.

TITRE PREMIER

Le libéralisme incontestable de la législation de la IIIe République

Les principes directeurs d'égalité civile et de liberté individuelle doivent « s'imposer »[1] au législateur. Celui-ci, dans la détermination de la norme suprême qu'est la loi, ne doit ainsi jamais y contrevenir. En la matière, Esmein ne fait pas dans l'originalité. La division en « égalité civile » et « liberté individuelle » est commune aux ouvrages de Rossi, de Berriat Saint Prix[2], d'Aumaître[3] et de Duguit[4].

En outre, la définition de l'égalité civile ne diffère pas de celle offerte par ses prédécesseurs. Tous conçoivent le principe d'égalité comme le corollaire indispensable « du principe général de liberté »[5]. Esmein considère que « l'égalité se justifie suffisamment par le droit de l'individu à un libre développement […]. Cela suppose nécessairement chez tous les individus une égale aptitude de droit et un égale répartition des charges publiques »[6]. Directement tiré de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme qui dispose « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », le principe d'égalité se résume ainsi à « l'égalité des droits »[7] et irrigue ainsi l'ensemble des règles du droit positif en ce sens qu'elle « ne comporte point par elle-même de réglementation particulière ; ou plutôt la réglementation s'en trouve dans la législation nationale tout entière »[8]. C'est en cela qu'Esmein affirme que le principe d'égalité est « le plus fécond de tous »[9]. Rossi exprimait déjà cette idée en qualifiant l'égalité civile de « principe régulateur »[10] ou de « principe fondamental »[11] de l'organisation sociale : « Eh bien, lorsque, sous le rapport des faits et des droits garantis par le droit privé et sous le rapport des droits et des actes garantis par le droit public ; lorsque ce double cercle, dans ce double ordre de faits qui révèlent l'activité humaine, la loi sociale est la même pour tous, qu'elle reconnaît à tous le même droit, qu'elle leur accorde la même protection, les mêmes garanties, les mêmes possibilités, le principe d'égalité civile est consacré »[12]. Duguit résumera : « Il est en effet difficile de concevoir l'égalité comme un droit, ou du moins comme un droit distinct des autres droits ; elle est la conséquence de ce que les hommes

---

[1] Esmein écrit exactement, à propos du principe d'égalité civile : « C'est en effet le premier principe dont le respect s'impose au législateur », *Éléments…, op. cit.*, p. 1085.
[2] Voir F. Berriat Saint Prix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle, op. cit.*, p. 37-47. Voir également F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 127-129.
[3] Voir T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 298-301.
[4] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 489-495.
[5] P.-H. Prélot, « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloques du 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy Pontoise, op. cit.*, p. 113.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 545.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 1085.
[8] *Ibid*.
[9] *Éléments…, op. cit.*, p. 1085.
[10] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, vol. II, p. 265.
[11] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, vol. II, p. 264.
[12] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, vol. II, p. 252-253.

ont des droits dérivants de leur qualité d'hommes et qui par conséquent doivent être égaux »[1].

Assimilant l'égalité civile à l'égalité des droits, Esmein procède aux distinctions d'usage quant au sens à donner à l'expression. Conformément à la distinction entre « droits individuels » et « droits politiques », l'égalité est dite *civile* car elle s'applique à l'ensemble des droits qui ne constituent pas des « droits politiques ». La plupart des auteurs précités[2], à commencer par Rossi[3], établissent que le principe d'égalité civile se heurte à la « capacité » attachée aux droits politiques, comme en témoigne le régime du droit de suffrage. Esmein considère ainsi que la formule *égalité civile* « s'impose toutes les fois qu'il ne s'agit pas des droits politiques proprement dits »[4].

De même, si l'égalité correspond à l'égalité des droits, elle s'oppose à l'idée d'une égalité de fait, prônée dès la fin du XIXe siècle par les mouvements socialistes d'inspiration proudhonnienne[5]. Rossi souligne le caractère fondamental de cette distinction entre l'égalité civile et ce qu'il nomme l'égalité des conditions, distinction sans laquelle l'idée d'égalité serait ruinée : « il est à peine nécessaire d'ajouter qu'il ne faut pas confondre l'égalité civile avec ce qu'on appelle l'égalité des conditions. Je l'ai déjà dit, l'égalité civile consiste à accorder à tous le libre exercice, l'exercice légitime de leurs facultés, la jouissance des résultats obtenus, quelle que soit d'ailleurs la diversité des forces et de l'énergie de chacun. Égaliser au contraire arbitrairement les résultats des diverses activités individuelles, ce ne serait pas fonder ni sanctionner l'égalité civile, ce serait précisément le contraire, ce serait détruire l'égalité… »[6]. Duguit n'écrit pas autre chose en condamnant le principe d'une égalité « mathématique » : « cette égalité il faut l'entendre seulement en ce sens que tous les hommes doivent être également protégés par la loi, que les charges doivent être non pas arithmétiquement égales mais proportionnelles. Il ne faut jamais oublier qu'en voulant réaliser l'égalité mathématique des hommes, on risque fort de créer l'inégalité »[7]. Esmein synthétisera ces idées en affirmant simplement en 1909 que « l'égalité ne peut être qu'une *égalité de droit* et non pas une *égalité de fait*. Ceux qui veulent déduire de l'*égalité de droit* l'*égalité de fait*, c'est-à-dire le prétendu droit de chacun à des conditions de vie et de jouissances égales, méconnaissent par là même la liberté individuelle qui est la base même de la société »[8].

---

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 489-490.
[2] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 489-490. On remarque que Théophile Aumaître limite sa définition de l'égalité civile à « une concession faite à tous de droits égaux » sans préciser la nature de ces droits : T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 298.
[3] Voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, vol. II, p. 261.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 545.
[5] Arthur Desjardins considère que la pleine expression du principe d'égalité des conditions, conséquence de la réflexion sur l'égalisation des salaires, se trouve dans *De la Justice dans la Révolution et dans l'Église* publié par Proudhon en 1858 : voir A. Desjardins, *L'Égalité des conditions, discours…*, Société d'économie sociale, Paris, 1897, p. 9.
[6] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, vol. II, p. 255. Dans la même veine, Berriat Saint prix condamne l'idée d'une « égalité absolue », F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 127-128.
[7] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 489-490.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 1086.

On relève cependant qu'Esmein s'écarte un peu de la ligne tracée par ses prédécesseurs[1] en déclinant le principe d'égalité civile en quatre sous-principes. L'égalité civile « se ramène à quatre applications, dont la première contient, d'ailleurs, les trois autres »[2]. La première de ces applications, source de toutes les autres, est constituée par le principe d'égalité devant la loi qui « consiste en ce que tous les citoyens ne forment qu'une classe unique de sujets à l'égard desquels la loi statue uniformément et indistinctement, sans acception de personne »[3]. Il s'agit là de la conséquence proprement juridique du principe général d'égalité des droits. La seconde application, l'égalité devant la justice, implique « l'exclusion des juridictions privilégiées ou d'exception »[4]. L'égalité dans l'accès aux fonctions et emplois publics[5] forme le troisième sous-principe sur lequel Esmein est peu disert, en comparaison des développements relatifs à l'égalité devant l'impôt qui figurent dans le chapitre ajouté en 1909. Cette dernière application, qui implique que « chacun doit participer selon ses facultés », lui permet de prendre le contre-pied de la doctrine de Duguit qui ne conteste pas la conformité de l'impôt progressif au principe d'égalité[6]. Les *Éléments de droit constitutionnel* établissent d'abord que « les impôts progressifs ne sont donc pas par eux-mêmes contraires au principe de l'égalité devant l'impôt, dans un système fiscal qui comprend à la fois des impôts directs et des impôts indirects »[7] avant de considérer toutefois que la définition des catégories d'impositions est « nécessairement arbitraire », de sorte que « la proportionnalité est, au fond, la seule règle qui correspond le mieux au principe de l'égalité devant l'impôt »[8].

Quant au principe de la « liberté individuelle », la définition d'Esmein se contente, nous l'avons signalé, de reproduire l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Mais là encore, ce principe de la liberté individuelle *lato sensu* reçoit plusieurs applications.

Esmein opère deux types de classifications. Dès 1896, le chapitre relatif à la théorie des droits individuels distingue en effet deux classes de libertés : les libertés qui « se rapportent principalement aux intérêts matériels de l'individu »[9], et celles qui « se rapportent plus directement aux intérêts moraux de l'individu »[10]. La première catégorie rassemble quatre libertés : la liberté individuelle *strico sensu* – ou liberté corporelle – la propriété individuelle, l'inviolabilité du domicile privé et enfin la liberté du commerce, du

---

[1] Ni Rossi, ni Berriat Saint Prix, ni même Duguit ne propose une division formelle du principe d'égalité en quatre applications aussi nettes. Le principe d'égalité devant la loi n'est pas, chez eux, étudiés en tant que tel puisqu'il s'agit de la traduction première du principe d'égalité civile. De même, le sous principe d'égalité devant la justice est totalement absent de leurs exposés respectifs. Seuls figurent dans leurs ouvrages le principe d'égalité d'accès aux emplois civils et militaires et le principe d'égalité devant l'impôt : voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel…, op. cit.*, vol. II, p.348-365. Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 40-47. Voir enfin L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 492-495.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 545.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid*.
[5] *Ibid*. Voir également le court paragraphe p. 1104.
[6] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 493-495.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 1102.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 1103.
[9] *Éléments…, op. cit.*, p. 545.
[10] *Éléments…, op. cit.*, p. 546.

travail et de l'industrie[1]. La seconde catégorie, dite des libertés « morales », en dénombre six[2] : la liberté de conscience, la liberté du culte, la liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté d'association et enfin la liberté d'enseignement.

Le chapitre ajouté à la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* procède à une classification différente, basée cette fois non sur les critères matériels et moraux mais sur les « droits de l'homme », au sens de l'article 2 de la Déclaration de 1789 qui dispose : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

La première catégorie rassemble donc les « droits de l'homme » proprement dits, c'est-à-dire les droits « essentiels »[3] énoncés par cet article (en y intégrant donc le principe de résistance à l'oppression qui était absent de l'énumération initiale). En conséquence, les libertés qui ne sont pas énumérées par l'article 2 de la Déclaration constituent la seconde catégorie : « Les autres droits individuels ne sont pas rangés par l'article 2 de la Déclaration de 1789 sur la liste des *droits de l'homme*. Ils n'en ont pas moins été consacrés pour la plupart par la Constitution de 1791 ou par les Constitutions postérieures qui contenaient une *garantie des droits* »[4]. On retrouve ainsi la liberté du commerce, du travail et de l'industrie[5] – initialement comprise dans les libertés dites matérielles – la liberté de la presse[6], la liberté de réunion[7], la liberté d'association[8], la liberté de l'enseignement[9], la liberté de conscience[10] et enfin la liberté du culte[11].

Sans surprise, on constate que les droits individuels énumérés par Esmein correspondent peu ou prou à ceux énoncés par les ouvrages antérieurs à la cinquième édition des *Éléments*. Si Rossi établit une classification sous forme de tryptique[12], il se focalise la liberté individuelle *stricto sensu* et ses corollaires, les libertés de conscience et du culte, la liberté de la presse et le droit de pétition, le droit d'association et enfin le droit de propriété. Sous la IIIe République, les prédécesseurs d'Esmein ne procèderont pas à une quelconque classification des libertés individuelles[13] et se contenteront de les étudier les unes après les autres.

---

[1] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 545-546.

[2] Il est intéressant de remarquer qu'Esmein semble ne compter que cinq libertés au sein de cette catégorie, la liberté de conscience et la liberté du culte semblant former une seule et même liberté. Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 546-547.

[3] « Il est une première série de droits individuels que la déclaration de 1789 présente comme les *droits* essentiels *de l'homme*, article 2… », *Éléments…, op. cit.*, p. 1106.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 1122.

[5] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1123-1139.

[6] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1140-1150.

[7] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1151-1155.

[8] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1156-1163.

[9] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1164-1174.

[10] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1175-1176.

[11] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1177-1211.

[12] Rossi distingue « la liberté individuelle proprement dite », « la liberté appliquée au développement de la pensée et des sentiments moraux » et enfin « la liberté appliquée à la propriété, à l'industrie, au commerce », voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, vol. II, p. 12-14. Voir également F. Berriat Saint Prix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle, op. cit.*, p. 48-68 et *Théorie du droit constitutionnel français…*, p. 189-336.

[13] On note toutefois qu'Aumaître rassemble dans un chapitre intitulé « La liberté de la parole » le régime juridique des « discours publics », des « représentations théâtrales » et « l'enseignement » : voir T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 276-278.

Ainsi, les principes qui s'imposent au législateur ne sont pas différents d'un ouvrage de droit constitutionnel à l'autre. Si la forme de leur présentation varie, si leurs régimes juridiques respectifs évoluent à raison des bouleversements constitutionnels ou des fluctuations de la législation, les libertés énoncées par la Déclaration de 1789 – la liberté d'association et la liberté de l'enseignement n'y figurent pas – et fortifiées par les libéraux du siècle promouvant les libertés « sociales »[1] font obstacle à l'action de l'État.

L'objectif d'Esmein est limpide : prouver que le législateur de la IIIe République fait une application exacte des principes libéraux de liberté et de primauté de l'individu. Ainsi le droit positif de la République consacre et garantit efficacement les libertés qui forment la liberté politique (Chapitre 1er) et que le Parlement, en légiférant sur des questions sociales telles que la religion ou le syndicalisme, respecte encore le principe fondamental de la liberté individuelle (Chapitre 2).

[1] Voir É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 40-86.

CHAPITRE PREMIER

Le régime juridique des libertés essentielles à la liberté politique

La liberté politique peut être réduite à la soumission de tous à la loi. On a pu constater que le gouvernement représentatif constitue aux yeux d'Esmein le gouvernement de la liberté en ce sens que les institutions qu'il organise permettent l'édiction et l'application de la loi entendue comme expression de la volonté nationale.

La garantie suprême offerte par le gouvernement représentatif réside dans le fait que cette forme de gouvernement assure l'harmonie entre « la souveraineté de fait »[1] et la « souveraineté légale »[2]. La souveraineté de fait est définie comme la souveraineté de l'*opinion* qui est « la force politique primordiale et nécessaire »[3] ou encore « la plus grande force politique des temps modernes »[4]. Si le gouvernement représentatif permet de faire coïncider « souveraineté de fait » et « souveraineté légale », il devient par là même le gouvernement de l'opinion et ne peut ainsi fonctionner qu'au moyen de l'exercice des libertés d'opinion : « Reconnaître, organiser et respecter la souveraineté nationale, c'est donner à l'opinion publique, force supérieure, une expression précise, une valeur juridique, une autorité légale. Pour compléter d'ailleurs, ce *règne de l'opinion*, pour préparer son expression juridique, la liberté moderne lui donne aussi d'autres moyens de se manifester par l'initiative individuelle : la liberté de la presse et la liberté de réunion »[5]. C'est là l'idée exprimée par Chateaubriand et rappelée, entre autres[6], par Arthur Desjardins dans *La liberté politique dans l'État moderne* : « Le gouvernement représentatif s'éclaire par l'opinion publique, et est fondée sur elle : les Chambres ne peuvent connaître cette opinion si cette opinion n'a point d'organes »[7].

Le gouvernement représentatif comme gouvernement de l'opinion est aussi et avant tout le gouvernement de la majorité sur la minorité. D'où la nécessité des droits individuels. Esmein établit clairement que si la garantie de la minorité contre la domination de la majorité réside dans les libertés individuelles, cette garantie provient notamment les libertés à vocation politique, entendues comme la liberté générale de communiquer son opinion et de se regrouper par affinité d'opinion : « la véritable garantie [de la minorité] se trouve dans les droits individuels : ceux-ci – parmi lesquels figurent, non seulement les libertés qui protègent la personne et les biens, mais aussi celles qui protègent les croyances et permettent l'expression publique des pensées, l'échange et la diffusion des idées – garantissent aux citoyens, composant la minorité politique, la

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 288.
[2] *Ibid*.
[3] *Ibid*.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 250.
[5] *Ibid.*, nous soulignons.
[6] Voir également É. Laboulaye, *Le Parti libéral…, op. cit.*, p. 254-255.
[7] A. Desjardins, *La liberté politique dans l'État moderne*, Paris, Plon, 1894, p. 116.

sécurité et la liberté du travail, et leur permettent en même temps d'agir sur l'esprit public, et de se transformer à leur tour en majorité politique »[1].

Ainsi la liberté politique, incarnée dans le gouvernement représentatif, suppose *nécessairement* la liberté pour tout individu de pouvoir exprimer son opinion et, par là, de pouvoir la diffuser à destination de ses semblables. Tout régime politique se réclamant de la liberté politique – « le *gouvernement légal* »[2] chez Esmein – doit donc assurer au citoyen, par sa législation, les moyens d'exprimer son opinion, à plus forte raison lorsqu'il appartient à la minorité politique du pays. Or Esmein démontre que la législation de la IIIe République, régime légal par excellence en France, consacre pleinement les libertés se rapportant à l'expression de l'opinion – nous parlerons des « libertés d'opinion » – par la réglementation des droits individuels s'y rapportant.

Car la r*églementation* des droits individuels est une nécessité[3]. Esmein opère ainsi une distinction entre « les droits individuels qui peuvent, par leur nature, s'exercer sans réglementation »[4] et ceux « au contraire, qui supposent accomplis par ceux qui les exercent des actes extérieurs »[5]. Logiquement, ces derniers, par les actes extérieurs qu'ils supposent, peuvent en effet blesser la liberté et les droits d'autrui de sorte que leur réglementation est absolument indispensable. L'auteur procède alors dans le chapitre intégré aux *Éléments de droit constitutionnel* en 1909 à un exposé historique – il revendique lui-même l'usage de la méthode historique[6] – de cette réglementation afin de démontrer la lente et progressive marche de la consécration des libertés individuelles en France, et s'inscrit là encore dans la droite ligne de l'enseignement de Pellegrino Rossi[7].

Cette histoire de la réglementation, nous dit l'auteur, permet de dégager trois systèmes de réglementation. Le premier d'entre eux consiste dans le régime « de l'autorisation nécessaire par le gouvernement ou le pouvoir législatif »[8] et, à ce titre, « ne mérite point le nom de liberté »[9]. Les deux autres, qu'il s'agisse du système de la déclaration préalable[10] ou de la pleine liberté[11], se caractérisent par l'émancipation de

---

[1] Il poursuit en référence au discours d'Adolphe Thiers au Corps législatif le 11 janvier 1864 : « Ce sont, pour employer une expression qu'on jadis introduite avec un sens quelque peu différent, les libertés nécessaires, les plus nécessaires de toutes », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 543. On note que Thiers visait par cette expression la liberté individuelle stricto sensu, la liberté de l'expression de l'opinion par la liberté de la presse, la liberté du vote et la responsabilité politique des ministres devant le Corps législatif. Esmein renvoie en note à l'ouvrage de Paul de Rémusat, *A. Thiers*, Paris, Hachette, 1889, 218 pages.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 20.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1105.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*

[6] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1106.

[7] P.-H. Prélot, « Les doctrines ont-elles théorisé les libertés publiques avant l'âge d'or des lois des années 1880 ? », art. cité., p. 175-176.

[8] *Ibid.*

[9] *Ibid.*

[10] « Le second système est celui de la déclaration. Le citoyen est affranchi de la tutelle gouvernementale ou administrative. Il peut librement exercer le droit sans avoir besoin d'aucune autorisation. Mais il doit faire préalablement une déclaration à l'autorité administrative ou judiciaire, indiquant l'exercice qu'il va en faire. La loi détermine les conditions de cet exercice, les limites qu'il ne doit pas dépasser, les formes dans lesquelles il doit se produire. Toute cela a pour but de mettre l'autorité publique en état de veiller à ce que la loi soit observée », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1106.

[11] « Enfin dans un troisième régime, le plus libre de tous, mais qui n'est pas sans danger, la déclaration préalable n'est même pas exigée. Le citoyen peut exercer le droit sans avoir aucun contact nécessaire avec l'autorité publique pour cet exercice, mais, bien entendu, à condition de respecter les lois qui l'ont réglementé. S'il les

l'individu vis-à-vis de la puissance publique et peuvent être légitimement qualifiés de régimes libéraux.

La méthode historique atteste que la législation de la IIIe République constitue l'aboutissement d'une longue marche du régime juridique des droits individuels en vue d'instaurer une liberté pleine et entière. La chose est pleinement confirmée par le régime juridique relatif à l'exercice de la liberté d'opinion (Section 2). Toutefois cet exercice possède des limites. La liberté d'opinion ne peut s'exercer que dans le *cadre* ou dans l'*ordre* politique d'une démocratie représentative. La minorité politique quelle qu'elle soit doit user de ces libertés d'opinion pour accéder au pouvoir en devenant majorité, mais uniquement dans le respect de ce cadre politique. Cela justifie alors que la réglementation des droits individuels pose des bornes légales aux libertés de ceux qui, par l'exercice de leurs droits, tendent à remettre en cause l'ordre ou le cadre politique libéral du gouvernement représentatif. Aussi l'auteur entreprend-t-il de justifier cette limitation des libertés individuelles au nom de la conservation de l'ordre politique (Section 1).

---

viole, il tombera sous le coup des sanctions pénales qui ont été édictées pour en garantir l'application. S'il a causé un dommage à autrui, il pourra être condamné aux réparations pécuniaires qu'admet la loi », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1106.

Section 1
Les limites aux droits individuels au nom de la sauvegarde de l'ordre public

Dans son ouvrage *La République contre les libertés ?*[1], Jean-Pierre Machelon a démontré les limites au libéralisme du législateur républicain de la IIIe République dans la détermination du régime juridique des libertés individuelles. Les lois des trois premières décennies du régime républicain ont en effet vu l'adoption des textes législatifs restreignant à de nombreux égards les libertés individuelles, certaines des plus fondamentales. Ces limites, pour la plupart, étaient motivées par le souci du maintien de l'ordre établi, ou plus particulièrement de la forme républicaine du gouvernement. On trouve ainsi des lois d'exception supprimant ou limitant les garanties les plus fondamentales de certains individus ou de certains groupes d'individus à raison de leurs opinions ou de leurs actes. Ces opinions et ces actes sont regardés comme des volontés ou des tentatives matérielles de porter atteinte à l'existence, à l'organisation et à l'exercice des pouvoirs constitués, par tout autre moyen que des moyens légaux.

Le *Manuel de droit constitutionnel* publié en 1907 par Léon Duguit ne manque pas de déplorer ces restrictions. Certains de ces textes ont en effet blessé les principes directeurs des droits individuels et, par là, constitué une entorse certaine au libéralisme du régime. On constate qu'Esmein tente, particulièrement dans le chapitre des *Éléments* consacré à la réglementation des droits individuels, de minimiser ces atteintes.

Les limites apportées à l'exercice des droits individuels sont rapportées à l'égalité civile. Mais la justification juridique masque difficilement des raisons proprement politiques, comme c'est le cas pour les lois particulières, qu'on pourrait qualifier de lois politiques (I). Plus encore, Esmein se risque à démontrer la compatibilité de la juridiction d'exception que constitue la Haute Cour de justice en matière d'attentats à la sûreté de l'État avec le principe d'égalité devant la justice. Toutefois la tentative est vaine puisqu'elle dissimule volontairement l'élément le plus arbitraire de la compétence de la Haute Cour : la loi de procédure (II).

[1] J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, (*La République contre les libertés ?*), Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1976, 461 pages.

I
Les lois politiques, une exception *apparente* au principe d'égalité devant la loi

La première application de l''égalité civile est l'égalité devant la loi qui « consiste en ce que tous les citoyens ne forment qu'une classe unique de sujets à l'égard desquels la loi statue uniformément et indistinctement, sans acception de personne »[1].

Cette définition reprend, en partie, les éléments constitutifs de la loi. Rappelons qu'Esmein la définit comme « une règle impérative ou prohibitive posée par la souverain, qui statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et à toujours »[2]. Dans la première édition de l'ouvrage, une note signale que les Anciens – Grecs et Romains – s'étaient prémunis, par leurs systèmes juridiques respectifs, contre la possibilité d'édicter des « résolutions particulières » que les Romains dénommait *privilegia*[3]. L'auteur profite de l'ajout du chapitre relatif à « la réglementation des droits individuels » pour revenir sur ce principe en s'attachant à la notion de privilèges dans son acception juridique.

Dès l'introduction du chapitre, Esmein démontre une fois de plus les erreurs de Rousseau qui, malgré sa conception de la loi comme « règle abstraite et générale »[4], ne prohibait pas pour autant une distinction entre diverses classes de citoyens. Citant un extrait du *Contrat social*[5], l'auteur souligne l'opposition entre sa définition de la loi et celle du Genevois : « Rousseau n'admet point que la loi doive nécessairement contenir des dispositions qui indistinctement s'appliquent à tous les citoyens, qu'elle doive statuer à l'égard de tous et sans acception de personnes ; ce qu'il exclut seulement c'est la loi statuant pour ou contre un individu déterminé, ou sur un acte concret, isolément considéré. La loi qui statue au profit d'une catégorie de citoyens, auxquels elle fait, soit en bien, soit en mal, une condition particulière, c'est un privilège au sens juridique du terme, quoique dans l'usage on n'emploie guère le mot que quand il s'agit d'une disposition qui les favorise »[6]. Il conclut ainsi à la disqualification de la théorie du philosophe : « Rousseau admettait les privilèges comme possibles »[7].

Esmein en appelle alors à la philosophie de Siéyès et à son *Essai sur les privilèges* qui a dégagé « les vrais principes »[8] en condamnant toute espèce de privilèges accordées par la loi : « Il considère, en effet, que tous les privilèges se ramènent à deux sortes : - Ou ils sont une dispense de la loi, et alors ils sont injustes et contraires au bien commun, car la loi ne doit défendre que ce qui est nuisible, ne réglementer que ce qui a besoin de réglementation […]. – Ou bien il s'agit d'une activité, d'une faculté que la loi n'a pas cru devoir prohiber et qu'elle laisse libre ; alors en accorder la jouissance et l'exercice à

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 545.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 20.
[3] Esmein cite, en grec ancien, les titres de « deux lois remarquables » citées par Demosthène prohibant de telles « résolutions particulières ». Notre méconnaissance du grec ancien nous impose de renvoyer directement au texte de la note : *Éléments…, op. cit.,* p. 20, note 2.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 1087.
[5] Il s'agit d'un extrait du sixième chapitre du Livre II consacré à la définition de la loi.
[6] *Éléments…, op. cit.,* p. 1087.
[7] *Ibid*.
[8] *Éléments…, op. cit.,* p. 1088.

quelques-uns seulement serait violer la liberté individuelle »[1]. On trouve ici, s'il le fallait encore, une nouvelle confirmation de la conception de la loi comme un acte à caractère général, abstrait et impersonnel. Sont ainsi prohibées au nom du principe d'égalité toutes lois visant des individus déterminés, des faits concrets déjà réalisé ainsi que les lois adoptées pour une durée préfixée.

Mais il existe deux catégories de lois ne cumulant pas les critères de généralité, d'abstraction, d'impersonnalité et de permanence précédemment réaffirmés.

La première catégorie est constituée des lois particulières qui ne respectent pas le caractère d'impersonnalité : « les lois particulières (*privilegia*), rendues pour ou contre certaines personnes, ne sont pas cependant totalement éliminées de notre législation »[2]. La seconde regroupe, elle, les lois de circonstances qui visent des faits particuliers : « Le législateur français édicte aussi parfois des lois qu'on appelle lois de circonstances. Elles n'ont point la généralité et le caractère abstrait des lois proprement dites, mais ont pour but de résoudre, d'une manière définitive, les difficultés graves que certains faits ont soulevées »[3].

Esmein s'attache principalement aux lois particulières. Si la définition des lois de circonstances est précise, aucune loi n'est citée, l'auteur se contentant de signaler qu' « il en a été voté un certain nombre, soit à propos des difficultés qu'on engendrées la gestion et les actes de la Compagnie du canal de Panama ; soit à propos des graves et nombreux incidents de l'affaire Dreyfus »[4].

Les lois particulières visées dans les *Éléments de droit constitutionnel* possèdent toutes un caractère politique évident. Si on met pour l'instant de côté les lois des 1er juillet 1901 et 17 juillet 1904 édictant des incapacités à l'encontre des membres des congrégations religieuses, deux autres lois sont particulièrement dignes d'intérêt en ce qu'elles limitent l'exercice des droits individuels de certaines catégories d'individus à raison de leurs opinions et/ou de leurs actes au caractère éminemment politique.

Esmein entreprend ainsi de justifier la loi du 27 juillet 1894 visant à la répression de la propagande anarchiste[5]. Immédiatement après l'attentat commis au sein même de la Chambre des députés le 9 décembre 1893, furent adoptées les lois des 12 et 18 décembre 1893 relatives à la liberté de la presse[6] et aux associations de malfaiteurs[7] qui s'ajoutaient à la loi du 2 avril 1892 relative à la répression des attentats au moyen d'explosifs. Après l'assassinat de Sadi Carnot le 24 juin 1894, le législateur édicta par la loi du 28 juillet 1894 frappa les actes de propagande anarchiste[8].

---

[1] *Ibid*.
[2] *Ibid*.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 1091.
[4] *Ibid*.
[5] Voir J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?..., op. cit.*, p. 399-448.
[6] La loi vise à modifier les dispositions de la loi sur la presse en réprimant plus durement les actes de provocation aux actes de vol, de meurtre, de pillage, d'incendie ou de crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État mais ne vise pas à proprement parler « la propagande anarchiste ».
[7] La loi vise à réprimer la fabrication et la détentions d'engins explosifs : voir J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?..., op. cit.*, p. 411-414.
[8] Voir notamment l'article 1er de la loi : *Bulletin des lois de la République française*, 1894, t. II, p. 53. Voir également le texte de la loi et son commentaire par Georges Barbier : G. Barbier, « La loi du 28 juillet 1894

Qualifiée avec les lois antérieures de « lois scélérates »[1], comme le rappelle Duguit[2], la loi du 28 juillet 1894 fit l'objet de contestations en ce qu'elle visait sinon des individus nommément désignés, du moins un groupe d'individus à raison de leurs opinions politiques. Esmein note les protestations d'Henri Brisson et de René Goblet qui y voyaient là tous deux l'édiction d'une « loi d'exception »[3].

Mais il conteste cette appréciation. Se fondant exclusivement sur l'égalité devant la loi, Esmein considère qu'il ne s'agit pas là d'une loi *particulière*, de sorte qu'elle ne constitue en rien « une violation de l'égalité des citoyens devant la loi »[4]. La loi, en visant « les actes de propagande anarchiste », ne désigne pas d'individus particuliers, ni même groupe d'individus organisés en vue d'un combat politique : « outre que, comme le disait un juge anglais, les anarchistes ne sauraient être considérés comme un parti politique, parce qu'ils ne cherchent pas à s'emparer de l'autorité publique, mais à la détruire, la loi de 1894 ne vise pas des personnes déterminées, une secte, mais des actes d'une certaine nature et qualité dont la définition abstraite est difficile, mais dont les traits objectifs sont nettement reconnaissables »[5].

Esmein semble cependant s'écarter de Georges Barbier qui tient les anarchistes pour « une secte »[6]. Toutefois, les deux auteurs s'accordent pour reconnaître la difficulté de la définition des « actes de propagande anarchiste ». Barbier note même que le Garde des Sceaux Guérin « dans sa circulaire, n'a pas essayé de définir l'acte de propagande anarchiste »[7]. Si la qualification pénale de l'acte de propagande anarchiste paraît donc difficile à déterminer, Esmein se limite à contester l'idée que la loi du 28 juillet 1894 vise tel groupe d'individus. On constate d'ailleurs qu'il réitérera cette affirmation dans la section consacrée à la liberté de la presse. Évoquant la loi du 12 décembre 1893 qui modifia certaines dispositions de la loi sur la liberté de la presse afin de réprimer plus rigoureusement la propagande anarchiste par voie de « presse » – au sens large – il estime que cette loi ne porte aucunement atteinte au principe fondamental de la liberté de la presse puisque « les anarchistes ne sont pas un parti politique »[8].

La seconde loi d'exception à caractère politique qu'Esmein tente de justifier est la loi du 22 juin 1886 dite « loi d'exil des princes ». Comme le souligne Jean-Pierre Machelon[9], cette loi vise expressément les chefs des familles ayant régné sur la France ainsi que leurs héritiers directs dans l'ordre de primogéniture et leur interdit par son article 1er le territoire français pour un temps illimité. L'article 3 prévoit des peines

---

contre l'anarchisme », *RDP*, 1894, t. II, p. 444-467. Voir également la courte note de Paul Laffitte, « À propos de la loi contre les anarchistes », *Revue politique et littéraire*, 1894, t. II, p. 129-130.

[1] Voir le court opus : É. Pouget et F. de Pressensé, *Les lois scélérates de 1893-1894*, Paris, La Revue blanche, 1899, 62 pages.

[2] « Ces lois ont été qualifiées de lois scélérates par des socialistes et des radicaux-socialistes, qui se sont bien gardés de demander leur abrogation quand ils sont arrivés au pouvoir », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 582.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1090.

[4] *Ibid*.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1090.

[6] G. Barbier, « La loi du 28 juillet 1894 contre l'anarchisme », art. cité, p. 456.

[7] *Ibid*.

[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1151.

[9] Sur le contexte d'adoption de la loi et ses conséquences : J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?*, *op. cit.*, p. 302-310.

d'emprisonnement d'une durée de deux à cinq ans en cas d'infraction à l'article 1er, et ce sans préjudice d'une nouvelle expulsion. Par son article 2, la loi réserve le droit au gouvernement de la République d'étendre les mesures d'interdiction de territoire et les peines afférentes aux autres membres de ces familles. Enfin, ces autres membres se voient interdire par l'article 4 de la loi l'accès aux emplois militaires, aux fonctions publiques et politiques.

Le *Manuel de droit constitutionnel* de Duguit, tout en dressant la liste des lois d'exil adoptées depuis 1816, condamne fermement le principe même d'une loi d'exil des membres des familles ayant régné en France : « Les différents gouvernements qui se sont succédés en France au cours du XIXe siècle, ont tous pris des mesures spéciales à l'égard des membres de la dynastie à laquelle ils succédaient. Ils violaient ainsi sans scrupule, à l'égard des princes membres des familles ayant régné sur la France, les principes d'égalité et de liberté individuelle qu'ils proclamaient cependant solennellement »[1].

La loi du 22 juin 1886 attire donc ses critiques les plus vives, notamment son articles 2 : « Cette décision est *évidemment une atteinte flagrante à la liberté individuelle* de citoyens français »[2]. L'article 4 est également dénoncé : « Les auteurs de cette loi ont évidemment oublié l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme… »[3].

Esmein offre lui aussi un aperçu des lois de bannissement[4]. Mais sa conclusion est aux antipodes de celle de Duguit. L'auteur des *Éléments* considère en effet que « le bannissement perpétuel prononcé par une loi »[5] constitue « en France, depuis la Révolution, le droit commun des prétendants »[6]. C'est d'abord et avant tout sur le fondement de la raison qu'Esmein justifie l'adoption et le contenu de la loi du 22 juin 1886 : « Les agitations politiques qui se produisirent, surtout en 1895, amenèrent le gouvernement à proposer et les Chambres à voter le projet qui est devenu la loi du 22 juin 1886. Il faut reconnaître que la voix de la raison parle dans le même sens de cette série de lois : il est impossible qu'un homme qui aspire à régner sur un pays puisse y vivre en simple citoyen, lorsque la nation vit elle-même sous un autre gouvernement ; c'est lui qui, par sa prétention, prononce en quelque sorte son propre exil »[7]. C'est donc un motif proprement politique – la volonté de se prémunir contre le renversement du gouvernement institué – qui est avancé.

Dans l'énumération des lois de bannissement ou d'exil, Esmein souligne que la loi du 12 février 1816 prise à l'encontre de l'ensemble des membres de la famille Bonaparte – ascendants ou descendants – édicte à leur encontre, outre l'interdiction du territoire, une incapacité civile totale. Il relève également que loi prévoit la peine de mort à raison de l'infraction au principe d'interdiction du territoire. Cette démonstration de la rigueur des dispositions des lois d'exil adoptées dans le passé lui permet ainsi de souligner l'adoucissement des mesures édictées par la loi d'exil de 1886 : « Elle est la moins rigoureuse de toutes, non seulement par la sanction qu'elle édicte, mais aussi en ce qu'elle

---

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit*, p. 515.
[2] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit*, p. 516, nous soulignons.
[3] *Ibid*.
[4] Loi du 16 décembre 1792 contre les Bourbons, loi du 12 février 1816 contre l'ensemble de la famille Bonaparte, la loi du 10 avril 1832 contre les Bourbons et les Bonaparte, la loi du 26 mai 1848 contre les Orléans.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1089.
[6] *Ibid*.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 1089-1090.

laisse à ceux qu'elle frappe la jouissance des droits civils en France, n'édictant contre eux que des incapacités politiques (art. 4) : " Les membres des familles ayant régné en France ne pourront entrer dans les armées de terre et de mer, ni exercer une fonction publique ni mandat électif" »[1].

Mais cela n'est sans doute pas suffisant pour justifier la validité de la loi au regard du principe d'égalité devant la loi. Ainsi Esmein relève – comme il le fit pour la loi du 28 juillet 1894 relative à la propagande anarchiste – que les termes de la loi d'exil visent non une famille nommément citée comme le furent les familles royales dans les lois d'exil précédentes, mais bien l'ensemble des familles composant les dynasties françaises : « La loi du 22 juin 1886 est d'ailleurs la plus correcte de toutes celles que nous venons de relever ; car elle vise, *en des termes génériques*, *non telle ou telle famille royale, mais les membres de toutes les familles qui ont régné sur la France* »[2]. Ainsi, par cette absence de mention spéciale des membres déterminés d'une famille elle-même déterminée, la loi d'exil ne peut être conçue comme une loi particulière.

On constate toutefois la grande ambiguïté d'Esmein dans le commentaire de la loi d'exil du 22 juin 1886. Il succède directement aux développements consacrés « aux lois rendues parfois en faveur d'une personne vivante ou d'une personne morale » et qualifiées de lois particulières. Mais l'examen de la loi d'exil précède également les développements consacrés aux lois de circonstances. Or, pour justifier juridiquement ces lois particulières et ces lois de circonstances au regard du principe d'égalité devant la loi, l'auteur a recours à la théorie de l'acte de gouvernement.

Aussi écrit-il à propos des lois *particulières* « rendues parfois en faveur d'une personne vivante ou d'une personne morale » : « *mais nous savons par avance que c'est là une simple apparence, qu'on n'a pas alors devant soi de véritables lois, mais des actes d'administration ou de gouvernement*, qui, pour des raisons spéciales, exigent le consentement du pouvoir législatif. Telles sont les lois d'intérêt local ; telles les lois qui accordent parfois une pension extraordinaire à un éminent citoyen ou à sa veuve ; telles les lois qui décident que les funérailles d'un grand citoyen seront faites aux frais de l'État et seront des funérailles nationales »[3]. De même, l'auteur précise à propos cette fois des lois de *circonstances* : « Parfois ces lois de circonstances ont pour but, par des règles administratives ou pénales, de mettre fin à des troubles menaçants ; mais alors il arrive qu'elles n'ont point la perpétuité indéfinie des lois véritables, et que le législateur leur assigne une durée préfixe et limitée, à l'expiration de laquelle elles deviennent caducs de plein droit. *Ce sont là encore des actes de gouvernement* qui supposent une situation anormale ou des pouvoirs dépassant ceux de l'autorité exécutive »[4]. Il poursuit et conclut : « Ils sont possibles, parce que, sauf en ce qui concerne les droits constitutionnels des Chambres et du pouvoir exécutif, notre constitution ne limite point le champ de la législation. Aussi le principe même de l'égalité civile n'est-il pour le législateur français qu'une règle de justice, une donnée de la science politique »[5].

Apparaît ici dans l'argumentation d'Esmein le fond du problème quant à la protection des droits individuels : l'omnipotence du législateur sous l'empire des lois

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1090.
[2] *Ibid.*, nous soulignons.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1088-1089, nous soulignons.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1091, nous soulignons.
[5] *Ibid.*

constitutionnelles de 1875. Étant muettes sur les droits individuels et ne délimitant jamais le domaine de la loi, les lois constitutionnelles de la IIIe République n'interdisent pas au législateur de contrevenir aux principes directeurs d'égalité et de liberté individuelle qui ne constituent plus que des « données » et non des règles juridiques.

Ainsi, outre le fait que le principe d'égalité devant la loi n'est plus qu'une simple « donnée », on est en droit de se demander, aux vues de la confusion qui règne dans les développements consacrés à ce principe, si la loi d'exil du 22 juin 1886 est assimilable à un acte de gouvernement ou si au contraire elle se distingue des lois particulières qui ne sont pas de véritables lois mais seulement des actes de gouvernement.

Si l'on reprend la définition des lois particulières telle qu'elle est donnée par Esmein, celle-ci désigne les lois de « privilèges » au sens juridique du terme. L'auteur évoque en effet : « les lois particulières (*privilegia*) rendues *pour ou contre* certaines personnes »[1]. Or, la loi d'exil est présentée comme une des lois « qui édictent *contre* certaines personnes des mesures particulières, équivalent à de véritables peines »[2]. Il semble alors qu'on doive établir une distinction au sein de la catégorie des lois particulières : les unes édictant des mesures favorables, les autres édictant des mesures défavorables. Seules les premières semblent – avec les lois de circonstances – devoir être considérées comme des actes de gouvernement.

Le raisonnement est donc limpide : les lois particulières favorables à un individu ou à une personne publique, comme les lois de circonstances, ne violent en rien le principe d'égalité devant la loi simplement parce qu'elle ne constituent pas de « véritables lois ».

La présentation de ces actes administratifs de forme législative se trouve dans le dernier paragraphe du chapitre des *Éléments* relatif au pouvoir exécutif. Ce paragraphe intitulé « Les Chambres statuant en matière administrative » a beaucoup évolué au cours des différentes éditions des *Éléments de droit constitutionnel*. La première édition se limite à signaler l'existence de lois se prononçant sur des matières « gouvernementales ou administratives » et à en justifier l'existence au seul moyen de la gravité de l'acte ou de ses conséquences sur les finances de l'État, qui relèvent par tradition du pouvoir législatif : « Les actes de gouvernement qu'elles [les Chambres] décident ainsi sont la déclaration de guerre, l'approbation de certains traités, les acquisitions, cessions et échanges de territoire, la déclaration de l'état de siège. Elles sont aussi fréquemment appelées par la loi à statuer en matière proprement administrative. Telles sont les lois qu'on appelle lois d'affaires ou d'intérêt local. La raison générale qui justifie alors l'intervention des Chambres, c'est qu'il s'agit d'actes graves, souvent d'actes qui peuvent intéresser directement ou indirectement les finances de l'État : on a pas cru, par suite, pouvoir laisser la décision au pouvoir exécutif »[3]. La troisième édition de l'ouvrage étoffera ce paragraphe en comparant la pratique française à la pratique des *private bills* du droit anglais[4]. Mais dans les développements relatifs à cette pratique de lois statuant en matière gouvernementale ou administrative, on ne trouve jamais l'exemple d'une loi, à caractère pénal, visant expressément des individus.

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1088, nous soulignons.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1089, nous soulignons
[3] *Éléments…*, 1ère édition, *op. cit.*, p. 790.
[4] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1049-1051.

On doit donc considérer, avec prudence, que la loi d'exil du 22 juin 1886 n'est pas comprise dans la catégorie des lois assimilables à un acte de gouvernement. Il est en effet indéniable qu'Esmein ne la présente jamais *directement* et *explicitement* comme un acte de gouvernement qui aurait pris la forme d'une loi. Toutefois on sent la difficulté de l'auteur à justifier, autrement que politiquement, l'existence et le contenu de la loi d'exil.

On constate également qu'aucun des éléments de cette loi pénale – l'auteur reconnaît lui-même que les mesures édictées constituent « de véritables peines » – ne suscite la critique d'Esmein. L'atteinte évidente à la liberté d'aller et venir, constitutive de la liberté individuelle *stricto sensu* ou liberté corporelle selon le mot de Laboulaye, n'est même pas relevée. De même, le pouvoir discrétionnaire laissé au Gouvernement d'étendre, par décret, à tout autre membre des familles visées par la loi l'interdiction de territoire et les peines correspondantes ne provoque non plus aucune réprobation de sa part.

C'est donc politiquement que se trouve justifiée la loi d'exil du 22 juin 1886. Esmein démontre ici, par son ambiguïté, son soutien à la législation établie par la République opportuniste qui vise à maintenir la forme de l'État et du gouvernement, au prix d'entorses manifestes aux droits individuels. Ce soutien à l'ordre établi s'illustre dans son étude de la compétence de la Haute Cour de justice en matière d'attentats contre la sûreté de l'État.

II
La Haute Cour et les attentats commis contre la sûreté de l'État : une entorse *apparente* au principe d'égalité devant la justice

L'égalité devant la loi trouve sa dernière application[1] dans le principe d'égalité devant la justice qui consiste dans la prohibition absolue des juridictions d'exception : « Elle implique qu'à raison des mêmes faits ou des mêmes droits réclamés, tous les citoyens comparaîtront devant les mêmes juges, c'est-à-dire des juges du même ordre et du même degré, d'où l'exclusion des *juridictions d'exception* »[2].

Esmein distingue deux types de juridictions qui doivent être qualifiées « d'exception ». D'abord lorsque la juridiction est instituée *ad hoc* pour se prononcer sur des faits préétablis, « pour juger une cause déterminée »[3] dit-il, « comme les juges-commissaires de l'ancien régime »[4] ou « les commissions mixtes qui suivirent le Coup d'État du 2 décembre 1851 »[5].

Le second cas de juridiction d'exception est constitué par les juridictions chargées de juger des individus en raison *uniquement* de leur qualité ou de leur appartenance à une classe sociale particulière. Ainsi sont identifiées comme juridictions d'exception « celles qui sont établies pour juger certaines personnes déterminées, ou certaines catégories de personnes considérées uniquement à raison de leur qualité alors que pour les mêmes faits, les autres citoyens comparaissent devant les tribunaux ordinaires »[6]. Ou encore celles qui verraient déférées devant elles « certaines classes d'accusés […], pour assurer une répression plus facile et plus sûre »[7]. Ainsi, précise-t-il, « telle était la règle qui, à raison des crimes ou délits commis par eux, déférait les vagabonds et repris de justice aux tribunaux des Prévôts maréchaux »[8].

Mais, par cette énumération assez sommaire des cas où une juridiction doit être considérée comme « exceptionnelle », Esmein vise surtout à démontrer que certaines juridictions *particulières* ne sont pas des juridictions d'*exception* au sens où il l'entend : « Mais il n'est point contraire au principe d'égalité, que la connaissance de certains faits, de certains droits et même de certains délits soit attribuée à une *classe particulière de juridictions*, considérées comme les plus compétentes pour ces questions envisagées en elles-mêmes. Il suffit qu'elles présentent dans ce cas des garanties d'indépendance véritable »[9]. L'auteur confirme ici une distinction qu'on trouvait déjà dans la première édition de l'ouvrage. Le chapitre relatif à la Haute Cour de justice opposait en effet « les tribunaux d'exception

---

[1] Il faut préciser que les *Éléments de droit constitutionnel* présentent l'égalité devant la justice comme la deuxième application du principe général d'égalité devant la loi, et ce à la fois dans le chapitre consacré à la théorie des droits individuels et dans le chapitre consacré à leur réglementation. Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 545 et p. 1098.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 1098.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid*.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1099.
[6] Il poursuit : « Telles étaient les *Requêtes de l'hôtel du roi* et les *Requêtes du Palais* devant lesquelles, dans l'ancien régime, attiraient les causes où ils étaient parties ceux qui jouissaient du privilège de *Committimus*. Tels étaient encore les privilèges de juridiction dont jouissaient les nobles ; telles les *officialités* où les ecclésiastiques étaient jugés en vertu du privilège de clergie », *Ibid*.
[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 1099-1100.
[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 1100.
[9] *Éléments…, op. cit.*, p. 1100, nous soulignons.

proprement dits, c'est-à-dire ceux qui sont constitués et choisis en vue d'un crime ou d'un accusé déterminé » et les tribunaux particuliers. Seuls ces derniers peuvent être admis : « l'égalité devant la justice n'empêche point que la loi détermine à l'avance, pour certains crimes ou délits, des tribunaux particuliers, s'il y a des motifs suffisants et que la liberté de défense y soit pleinement assurée »[1]. Il semble donc que si des « motifs suffisants » en justifient la constitution, les juridictions particulières vérifiant les critères d'indépendance et de respect des droits de la défense sont compatibles avec le principe d'égalité.

Esmein range au sein des juridictions particulières les juridictions administratives – tout en reconnaissant discrètement leur insuffisante indépendance[2] –, les tribunaux militaires[3], mais aussi la Haute Cour de justice dont « l'existence et la compétence […] sont également compatibles avec ce principe [d'égalité devant la justice] »[4].

Esmein présente les caractères principaux de cette « Cour de justice »[5] instituée par l'article 9 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 et par l'article 12 de celle du 16 juillet 1875. La Haute Cour est décrite comme une assemblée politique – le Sénat – constituée en formation de juridiction. Celle-ci a compétence pour juger et réprimer certains actes, soit à raison de la qualité de leurs auteurs, soit à raison de la spécificité des actes commis, touchant à la « sûreté de l'État ». Ainsi, selon les textes constitutionnels, la Haute Cour connaît des crimes et délits du Président de la république, et particulièrement du crime de haute trahison, ainsi que des crimes des ministres commis dans l'exercice de leurs fonctions. Enfin, cette juridiction politique assure la répression des attentats commis contre la sûreté de l'État, sur saisine du Président de la République par décret délibéré en Conseil des ministres.

Or ces compétences hautement politiques n'entament en rien le respect du principe d'égalité devant la justice : « L'établissement d'une Haute-Cour de justice, créée pour juger certains crimes politiques, provoque immédiatement une objection assez forte. N'est-il pas contraire à l'un des principes essentiels proclamé par la Révolution française, à l'égalité des citoyens devant la justice ? Mais la contradiction n'est sûrement qu'apparente,

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1055.

[2] « Sans doute l'unité de juridiction, en ce sens que toutes les causes indistinctement seraient jugées par les mêmes tribunaux, est un idéal séduisant dont se rapproche le droit anglais, sans y atteindre même aujourd'hui. Mais la conception opposée, c'est-à-dire celle de juridictions composées d'hommes particulièrement compétents pour un ordre particulier et important de causes, se défend également très bien. C'est ainsi que les juridictions administratives, telles qu'elles existent en France, ne soulèveront plus d'objections sérieuses quand elles seront toutes complètement séparées de l'administration active », *Éléments…, op. cit.*, p. 1100.

[3] « L'existence des conseils de guerre, pour les militaires, non seulement est absolument nécessaire en temps de guerre, mais même en temps de paix fournit la juridiction la mieux appropriée au jugement des délits purement militaires ; en temps de paix, au contraire, l'attribution aux conseils de guerre des délits de droit communes commis par les militaires ne paraît pas conforme au principe d'égalité devant la justice », *Ibid*. Ou encore : « les juridictions établies pour les militaires et les marins par nos Codes de justice militaire ne reposent pas sur un autre principe [d'égalité devant la justice] », *Éléments…, op. cit.*, p. 1055.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 1100.

[5] Jean-Pierre Machelon souligne que les lois constitutionnelles de 1875 instituent une « Cour de justice » et non une « Haute Cour de justice » : « Les textes constitutionnels parlaient de "cour de justice", comme le firent également la loi de procédure du 10 avril 1889, et celles de 1918 et 1920. Mais ce fut la dénomination "Haute Cour de justice ", déjà antérieurement reçue, qui en pratique s'imposa dans la doctrine dans sa quasi-unanimité et à la jurisprudence elle-même (cf. les décrets de convocation et les arrêts de 1889 et 1899). Il nous paraît vain de s'attaquer à un usage aussi constant, surtout lorsque plusieurs décennies ont passé », J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?, op. cit.*, p. 128, note 299. On adoptera par commodité le même emploi de l'expression « Haute Cour de justice » dans cette étude.

car les mêmes constitutions, qui avaient inscrit le principe que "nul ne doit être distrait de ses juges naturels", établissaient toutes en même temps une Haute-Cour de justice »[1].

Cette « acceptation de la tradition »[2] sert de première justification. Tradition qui n'est d'ailleurs pas uniquement française et qui surtout se retrouve dans tous les États libéraux, de sorte qu'une telle juridiction devient un véritable *standard* constitutionnel : « l'utilité, la nécessité même des Hautes-Cour de justice politiques est attestée par ce fait qu'on les trouve partout dans les Constitutions modernes, en France et à l'étranger. Elles appartiennent au droit commun constitutionnel et présentent des avantages multiples et certains »[3]. L'utilité n'en est pas contestable, au regard de la particularité des « crimes politiques » dont on ne peut raisonnablement laisser la connaissance aux juridictions de droit commun.

Ainsi une telle Cour de justice présente l'avantage de servir les intérêts de l'État : « Elles sont établies d'abord dans l'intérêt de l'État. Cela est claire lorsque les crimes politiques dont il s'agit sont restés à l'état de tentatives, comme il arrivera souvent, et que leurs auteurs, encore debout et en pleine lutte, ne sont pas actuellement des vaincus ; on peut alors craindre justement que les juges ordinaires se montrent à leur égard timides irrésolus et impuissants »[4]. Son utilité parait également incontestable en ce qu'elle offre aux accusés traduits devant elle des garanties juridiques en les soustrayant à la justice ordinaire : « Quelle que soit la gravité des crimes politiques, l'esprit public ne les considère jamais avec le sentiment de mépris et d'horreur que soulèvent les crimes de droit commun : c'est traduire exactement cette donnée fournie par l'opinion souveraine, que de distinguer les crimes politiques les plus caractérisés des crimes de droit commun, non seulement par les peines qui leur sont appliquées, mais aussi par les juges qui en connaissent. Donner aux grands accusés politiques des juges également politiques paraît pour eux-mêmes, la solution la plus désirable. C'est la plus avantageuse pour leur souci de leur renommées, lorsque le crime accompli pleinement a irrémédiablement manqué le but visé. Mieux vaut alors avoir pour juges des élus de la nation, une Assemblée politique, que des juges de profession ou des jurés ordinaires »[5]. Il semble donc, quelle que soit la forme qu'elle prend, qu'une Haute Cour constitue toujours une garantie politico-criminelle.

Le chapitre consacré à la Haute Cour de justice évoque essentiellement sa compétence *ratione materiae* – le jugement des crimes commis contre la sûreté de l'État – en ne rappelant que brièvement ses compétences à l'égard des membres de l'exécutif, déjà étudiée dans les chapitres consacrés aux pouvoir exécutif[6]. Jean-Pierre Machelon souligne « l'ambivalence de la justice politique » sous la IIIe République instillée par cette double compétence de la Haute Cour : « En organisant la responsabilité pénale des titulaires de l'exécutif devant la Haute Cour de justice compétente *ratione personae*, les constituants avaient placé un frein contre le pouvoir ; à l'inverse, en donnant à la Haute Cour de justice compétente *ratione materiae* le moyen (ultérieurement mis au point par la loi de procédure)

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 1054.
[2] Voir J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?, op. cit.,* p. 128-129.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 1055.
[4] *Ibid*.
[5] Il poursuit : « Enfin, c'est une tendance prudente et généralement suivie, en France, que celle qui pousse à mêler le moins possible les magistrats de l'ordre judiciaire aux débats et querelles politiques. Or, les crimes ou délits, reprochés au Président de la République ou aux ministres dans l'exercice de leurs fonctions, comportent un jugement plus politique encore que pénal », *Ibid*.
[6] Voir *Éléments…, op. cit.,* p. 781-788 et p. 839-845.

de réprimer les actes les plus graves d'opposition politique, ils avaient œuvré dans le sens du renforcement du pouvoir. La justice politique prévue par les textes était donc sous la Troisième République, soit "contre-pouvoir" soit "agent du pouvoir", pour reprendre la terminologie de M. Charvin »[1].

Esmein participe à la légitimation de cette juridiction « agent du pouvoir » en en démontrant la conformité avec les grands principes libéraux relatifs au droit criminel. Cet intérêt pour l'activité de la Haute Cour en matière de crime contre la sûreté de l'État s'explique d'abord par le fait que la juridiction n'a jamais été saisie en matière de responsabilité pénale des membres de l'exécutif. Seuls deux procès furent portés devant elle entre 1875 et 1909 : l'un en 1889 visant à juger le général Boulanger et ses complices[2], l'autre en 1899 pour juger le député Paul Déroulède et de ses co-accusés[3]. Si Esmein ne dit mot à propos du procès Boulanger, la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* opère un certain nombre d'ajouts et expose les règles dégagées par la jurisprudence de la Haute Cour de justice dans le procès des nationalistes, relatif à l'affaire de la caserne de la rue de Reuilly. Ces ajouts de l'auteur sont nourris[4] des commentaires d'Esmein sous plusieurs arrêts de la Haute Cour publiés au *Sirey* entre 1900 et 1902[5]. En l'absence de définition précise de la notion « d'attentats » à la sûreté de l'État dans le texte constitutionnel, les sénateurs-juges durent en définir les contours et ainsi se prononcer sur leur compétence. De même, le manque de précision du texte de la loi de procédure du 10 avril 1889, « achevée à la hâte en vue du procès Boulanger »[6], nécessita encore que la Cour se prononça sur certains points de procédure.

Dans ses notes de jurisprudence, Esmein veut prouver la validité des décisions des sénateurs, tant au point de vue de leur compétence que de la procédure suivie devant eux. En cela, il sera approuvé par Félix Moreau qui rédigera pour la chronique constitutionnelle de la *Revue de droit public* un résumé du procès de l'attentat de la rue de Reuilly devant la Haute Cour[7]. La première critique majeure adressée à la Haute Cour de justice en matière d'attentats à la sûreté de l'État semble être formulée en 1907 par Duguit dans son *Manuel de droit constitutionnel*, non dans le chapitre relatif aux droits individuels mais dans celui consacré au Parlement[8]. Le doyen de Bordeaux paraît, sur cette question, beaucoup plus libéral qu'Esmein.

---

[1] J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?*, *op. cit.*, p. 131-132.

[2] Sur le procès du « boulangisme », voir J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?*, *op. cit.*, p. 311-317.

[3] Sur ce procès des « nationalistes », voir J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?*, *op. cit.*, p. 317-325.

[4] Esmein indique que ses commentaires publiés au recueil *Sirey* sont « le complément naturel » des développements contenus dans la troisième édition des *Éléments de droit constitutionnel* : *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1065, note 2.

[5] Voir Note sous Haute Cour de justice, 18 septembre et 15 novembre 1899, et sous Commission d'instruction de la Haute Cour, 12 et 30 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1900, II, p. 289-293 ; Note sous Haute Cour de justice, 13 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 1-4 ; Note sous Haute Cour de justice 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 25-30 ; Note sous Haute Cour de justice, 20 et 26 décembre 1899, 20 février 1900, Habert, Sirey, 1901, p. 57-60 ; Note sous Haute Cour de justice, 24 juin 1901, De Lur-Saluces, *Sirey*, 1902, p. 257-259.

[6] J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?*, *op. cit.*, p. 138. Pour un bref résumé de la procédure d'adoption de cette loi : voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 962.

[7] Sur la tenue du procès des nationalistes et les arrêts de la Haute Cour de justice, voir F. Moreau, « Chronique constitutionnelle », *RDP*, 1902, t. XVIII, p. 469-515.

[8] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 951-969.

Duguit s'insurge d'abord contre la légitimité même de la Cour en matière d'attentats à la sûreté de l'État : « Le sénat est compétent quel que soit l'auteur du crime d'attentat à la sûreté de l'État, simple particulier ou fonctionnaire. […]. La compétence du sénat est facultative ; c'est le gouvernement qui apprécie souverainement si tel crime d'attentat à la sûreté de l'État doit être soustrait à la juridiction ordinaire et remis à la connaissance du sénat, juridiction politique. Il y a là évidemment un pouvoir extrêmement dangereux donné au gouvernement et qui rappelle singulièrement l'ancien droit d'évocation des monarchies absolues. C'est une arme politique mise par la constitution entre les mains du gouvernement, d'autant plus dangereuse que le sénat, par suite de son recrutement est plus docile aux inspirations gouvernementales »[1].

La critique vise également la compétence même de la Haute Cour de justice et particulièrement la définition de la notion « d'attentats ». Le *Manuel* de Duguit entend contester le *satisfecit* donné par Esmein aux arrêts dans lesquels la Haute Cour se déclare compétente pour juger des actes constituant un « complot » contre la sûreté de l'État. Lors du procès de 1899, la Haute Cour fut amenée à se prononcer sur le contenu de l'acte d'attentat à la sûreté de l'État à la suite de la contestation de sa compétence par certains des accusés traduits devant elle pour « complot ». La jurisprudence du procès par contumace du général Boulanger et de ses complices avait pourtant établi cette compétence[2]. Mais les accusés de 1899, arguant du caractère contumax des condamnés de 1889, amenèrent la Haute Cour à devoir se prononcer une nouvelle fois. Par un arrêt du 13 novembre 1899, confirmant celui du 14 août 1889, les sénateurs se déclarèrent compétents pour juger de l'accusation de « complot » portée à l'encontre d'individus qui, cette fois, se présentaient devant elle.

Dans sa note, Esmein démonte un à un les arguments avancés dans ses conclusions par le bâtonnier Léon Devin, conseil de l'un des accusés. Ainsi, la distinction entre une juridiction composée de « hauts jurés »[3] – qui serait autorisée à juger des complots par une interprétation extensive de la notion « d'attentat » – et une juridiction proprement politique telle qu'une Chambre législative – qui serait tenue à une interprétation restrictive de « l'attentat » en raison de son caractère politique – est absolument inopérante aux yeux d'Esmein[4]. L'exemple de la Haute Cour instituée sous le premier Empire[1] le démontre.

---

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 952.

[2] Suivant les conclusions du procureur général, la Haute Cour considéra à propos de l'article 9 de la loi du 24 février 1875 que « ce mot "attentats" est évidemment pris ici dans son sens générique ; que cette disposition est empruntée aux constitutions antérieures, et notamment aux Chartes de 1814 et de 1830 ; qu'elle a été constamment interprétée en ce sens que la Haute Cour était compétente pour connaître de tous les attentats, c'est-à-dire de tous les actes attentatoires, notamment le complot, qui peuvent compromettre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, crimes prévus et punis par le ch. 1er, tit. 1er, liv. 3, C. pén. ; que restreindre la compétence de la Haute Cour au seul cas prévu par l'art. 87, C. pén., ce serait la rendre incompétente pour connaître d'actes évidemment attentatoires à la sûreté de l'État, et en particulier des crimes commis contre la sûreté extérieure de l'État… », Haute Cour de Justice, 14 août 1889, Boulanger, Dillon et Rochefort, *Sirey*, 1900, II, p. 247.

[3] La doctrine entend par « hauts jurés » de hauts magistrats professionnels et des jurés élus par le corps électoral.

[4] « Si les auteurs d'une constitution ont adopté l'une des deux formes de préférence à l'autre, c'est parce qu'ils étaient convaincus qu'elle était la meilleure, qu'elle fournissait une juridiction mieux appropriée pour juger les crimes d'État et, par suite, il n'y avait aucune raison pour limiter sa compétence, quelle que fut l'alternance. Les motifs que l'on donne pour justifier une compétence étendue aux hauts jurys nous paraissent chimériques. Comment soutenir, en effet, que les hauts jurys n'ont pas le caractère de corps politiques ? Si ce trait est atténue, lorsque, comme en 1848 et sous le second Empire , les hauts jurés sont tirés au sort parmi les conseillers généraux des départements , il était au contraire accentué et dominant, sous la Constitution de 1791 et sous la Constitution de l'an 3, lorsque les hauts jurés étaient élus par les électeurs des départements, les mêmes électeurs qui nommaient les représentants du peuple aux assemblées législatives […] ; et cependant c'était la compétence

L'auteur conteste également la conclusion tirée de ce que si, en 1820, la Chambre des Pairs s'était reconnue compétente pour juger du complot – malgré l'absence du terme dans l'article 33 de la Charte – c'était en raison de l'indistinction supposée du Code pénal de 1810 entre attentat et complot. Esmein souligne d'abord que devant la Cour des Pairs « la thèse susdite n'a joué aucun rôle dans le procès, qu'elle n'a été produite par personne »[2]. Mais il relève surtout que le Code pénal de 1810 opérait bien une distinction entre le crime d'attentat et celui de complot et qu'ainsi cet argument historique avancé par le bâtonnier Devin est là encore erroné : « Il n'est pas exact que le Code pénal de 1810 ait confondu l'attentat et le complot. Sans doute, il prévoyait ces deux crimes dans les mêmes articles et les frappait des mêmes peines. Mais il n'en considérait pas moins les deux infractions comme essentiellement différentes quant à leur nature juridique, quant à leurs éléments constitutifs. Il les confondait si peu à ce point (le seul juridiquement important) que, dans l'art. 88, il donnait la définition de l'attentat seul et dans l'art. 89 celle du complot »[3].

Esmein conclut sa démonstration en réfutant l'argument basé sur la différence des formules employées dans les Constitutions de 1848 et de 1852 qui visent expressément, outre les attentats, les « complots »[4] et la formule des lois constitutionnelles de 1875 qui ne visent que le crime d'attentat. Dans sa note, l'auteur se refuse à voir dans cette évolution sémantique une volonté des constituants de 1875 d'écarter les complots de la connaissance de la Haute Cour : « Cela est dans les habitudes des constituants de 1875, qui, dans toute leur œuvre, ont été aussi laconiques que possible et n'ont dit que le strict nécessaire »[5]. Cela est d'autant plus vrai que le Code pénal lui-même emploie seulement le terme d'attentats *stricto sensu*[6], et non à les « attentats à la sûreté de l'État » à proprement parler. Esmein entreprend alors de rechercher la signification de cette dernière expression et démontre que le terme d'*attentat* doit être assimilé à *crime*. La justification de cette assimilation lexicale et juridique est trouvée dans l'intitulé d'une section du Code, celle dédiée aux « crimes et délits contre la sûreté de l'État ». Se trouve ainsi constituée la catégorie d'infractions qui peuvent être soumise à la connaissance de la Haute Cour : « Cette catégorie n'est pas difficile à trouver, c'est celle qui est comprise (art. 75 à 101), au livre 3, tit. 1er, chap. 1er, dont la rubrique "*Crimes* (et délits) *contre la sûreté de l'État*" ne diffère que par un mot de la formule employée par la loi constitutionnelle : "*attentats contre*

---

large qui était alors reconnue à la Haute Cour nationale », Note sous Haute Cour de justice, 13 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 2.

[1] « Enfin la thèse d'après laquelle le jugement des complots aurait été traditionnellement refusé chez nous aux Hautes Cours, qui sont des corps politiques statuant sans l'intervention de jurés, se heurte à un texte formel. La Haute-Cour impériale établie par le sénatus-consulte du 28 flor. an 12 […] connaissait (art. 101, n. 2) "des crimes, attentats et complots contre la sûreté intérieure et extérieure de l'État" (c'est la formule même que reprenait la constitution de 1848), – et elle était composée (art. 104) "des princes, des titulaires des grandes dignités et grands officiers de l'Empire, du grand-juge, ministre de la justice, de soixante sénateurs, des six présidents de sections du Conseil d'État et de vingt membres de la Cour de cassation" », Note sous Haute Cour de justice, 13 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 3.

[2] *Ibid*.

[3] Il poursuit : « D'autre part, la Cour des pairs s'était déclarée compétente pour juger le complot, comme rentrant dans la catégorie des crimes contre la sûreté de l'État prévus par l'art. 33 de la Charte, par interprétation de la loi pénale, comment un simple changement de la loi pénale, modifiant simplement la peine et non pas la nature du complot, pouvait-il modifier ou supprimer cette compétence ? », Note sous Haute Cour de justice, 13 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 4.

[4] Voir article 9 de la Constitution du 4 novembre 1848 et article 54 de la Constitution du 14 janvier 1852.

[5] Note sous Haute Cour de justice, 13 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 4.

[6] Visés à l'article 87.

la sûreté de l'État". La seule différence c'est qu'il y a, d'un côté, *crimes* et, de l'autre, *attentats*. Mais le terme attentats, pris ainsi dans un sens générique est certainement synonyme de crimes. Tout crime est un attentat »[1]. Suivent alors les exemples d'expressions, glanées dans le Code pénal, démontrant cette synonymie entre *attentat* et *crime* pour conclure à la compétence de la Haute Cour en matière de complot : « Les *attentats contre la sûreté de l'État*, ce sont les *crimes contre la sûreté de l'État*, dans le Code pénal, et parmi eux figure le complot »[2].

Esmein emploie un dernier argument, « de raison et de sens commun » qui tient au paradoxe de vouloir exclure du champ de compétence de la Haute Cour les actes constituant un complot. Selon lui, le degré dangerosité du complot et au moins identique, sinon supérieur, à celui de l'attentat : « Quel motif y aurait-il de traiter, à ce point de vue, l'attentat autrement que le complot ? Serait-ce parce qu'il est moins dangereux ? Mais l'attentat qui échoue, c'est le danger passé. Le complot, au contraire, c'est le danger menaçant, c'est l'attentat en germe : il importe *surtout* de faire tomber ce fruit malsain avant qu'il ait pris tout son développement »[3]. De plus, les garanties que présente la Haute Cour sont tout aussi utiles à la répression d'un attentat qu'à celle d'un complot, malgré leur différence : « Serai-ce parce que le complot, ténébreux et complexe, serait plus difficile à démêler et, par suite, à juger que l'attentat ? Mais justement la Haute Cour est établie parce qu'aux yeux du législateur constitutionnel, elle offre à la fois plus de lumières, de fermeté et d'indépendance véritable que les juridictions ordinaires. Le besoin d'une juridiction ferme se fait surtout sentir lorsque ceux qui s'efforcent de renverser le Gouvernement établi, n'étant encore que des conspirateurs, ne sont pas encore des vaincus »[4]. Ainsi, les crimes prévus aux articles 75 à 103 du Code pénal, parmi lesquels le complot, sont susceptibles d'être portés à la connaissance de la Haute Cour qui, sur ce point, a opéré un raisonnement sans faille aux yeux de l'auteur.

Duguit refusera, lui, de reconnaître la compétence de la Cour en matière de complots en s'opposant à la thèse d'Esmein, mais surtout à celle de Moreau. Ce dernier, reprenant l'ensemble de la démonstration d'Esmein, pousse le raisonnement jusqu'à admettre dans la catégorie des attentats contre la sûreté de l'État les délits visés aux articles 75 à 103 du Code pénal[5], ce qu'Esmein s'était refusé à admettre[6]. Le doyen de Bordeaux en appelle aux principes généraux du droit pénal censés protéger la liberté individuelle pour limiter la compétence de la Cour aux attentats à la sûreté de l'État visés à l'article 88 du Code pénal : « En matière pénale, les textes doivent être interprétés restrictivement. C'est un principe qui est incontestable et éminemment protecteur de l'individu »[7]. Il n'est ainsi juridiquement pas possible d'interpréter le texte constitutionnel de manière extensive : « Nous persistons à penser que si l'on sort du texte, on tombe dans

---

[1] Note sous Haute Cour de justice, 13 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 4.
[2] *Ibid*.
[3] *Ibid*., nous soulignons.
[4] *Ibid*.
[5] Voir F. Moreau, « Chronique constitutionnelle », art. cité, p. 500.
[6] Esmein affirme l'exclusion des délits du champ de compétence de la Cour au moyen du texte constitutionnel lui-même : « La loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 12, posant quelques principes sur la procédure en cette matière, a fixé une limite extrême, au-delà de laquelle la justice ordinaire ne peut plus être dessaisie et saisie la Haute Cour : c'est l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assis rendu contre les accusés. Cela suppose qu'il ne peut s'agir que de crimes », Note sous Haute Cour de justice, 13 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 4.
[7] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 953.

l'arbitraire. C'est à la fois un texte exceptionnel et un texte de droit pénal. Il ne parle que d'attentat, donc le sénat ne peut connaître que des attentats »[1].

Ce même principe général d'interprétation restrictive des textes pénaux amène Duguit à contester la compétence de la Cour pour juger des faits connexes de droit commun à ceux qu'elle connaît en vertu des lois constitutionnelles : « Nous estimons que par là la haute cour a encore excédé sa compétence. Il est de principe qu'une juridiction pénale d'exception n'est point compétente pour connaître des infractions connexes de celles pour laquelle elle a reçu exceptionnellement compétence. Une loi qui soustrait certaines infractions à la juridiction de droit commun doit s'interpréter deux fois restrictivement puisqu'elle est une loi pénale et une loi d'exception »[2]. Il s'agit ici encore de contredire Esmein et sa justification de l'arrêt du 15 novembre 1899 par lequel les sénateurs reconnurent leur compétence pour juger des crimes et délits connexes au crime de complot imputés à l'accusé Guérin. Cette justification se fondait exclusivement sur la jurisprudence de la Cour de cassation et des juridictions particulières ou « spéciales » des régimes précédents qui, en leur temps, avaient admis leur compétence pour les faits connexes aux infractions qu'elles avaient à charge de juger. La simple mention d'un arrêt de la Cour de cassation de 1808 et de deux arrêts de la Cour des Pairs de 1836 et 1839 suffi à présenter cette règle comme une jurisprudence bien établie et ainsi à justifier la règle de compétence affirmée par la Haute Cour dans le procès de 1899[3].

Mais s'il est un point sur lequel Esmein dévoile son objectif, c'est bien sur la procédure. Les *Éléments de droit constitutionnel* et les notes de jurisprudence montrent que la procédure déterminée suivie devant la Haute Cour respecte les grands principes d'une procédure criminelle libérale et ce, malgré la loi de procédure adoptée le 10 avril 1889[4]. S'agissant de cette loi destinée à régler la procédure en matière d'attentats contre la sûreté de l'État, Esmein occulte l'avant-dernier article qui affirme : « Les dispositions du Code d'instruction criminelle et de toutes les autres lois générales d'instruction criminelle qui ne sont pas contraires à la présente loi sont appliquées à la procédure, *s'il n'en est autrement ordonné par le Sénat* »[5]. Adopté non sans protestation dans les Chambres[6], la dernière partie de la phrase de l'article 32 autorise ainsi la Haute Cour à écarter, si elle l'estime nécessaire, toute disposition du Code d'instruction criminelle. Le principe posé au début de l'article se trouve ainsi annihilé par une exception non limitée.

Sous couvert de ne pas examiner la loi « dans ses détails »[7], les *Éléments de droit constitutionnel* ne mentionnent jamais l'existence de cet article qui constitue pourtant une faille dans les garanties accordées aux accusés. Ce silence d'Esmein est d'autant plus surprenant quand on sait, comme nous l'avons vu, que le respect des droits de la défense est le moyen de concilier juridictions *particulières* et principe d'égalité devant la justice. Cette omission est d'autant plus dérangeante que la procédure criminelle constitue chez

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 954.
[2] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 955.
[3] Voir Note sous Haute Cour de justice 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 25.
[4] Voir *Sirey*, Lois annotées, 1890, p. 609-618. Également E. Pierre, *Traité de droit politique et parlementaire*, Paris, Librairies imprimeries réunies, 1893, p. 656-666.
[5] Nous soulignons.
[6] Voir par exemple l'intervention du sénateur Trarieux au Sénat rapporté par le commentaire de la loi : *Sirey*, Lois annotées, 1890, p. 617, n°38.
[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1064.

Esmein la condition *sine qua non* de la liberté politique. L'omission est évidemment volontaire puisqu'en 1899, dans sa première note relative au procès des nationalistes, Esmein relève sans s'en émouvoir que l'article 32 « permet de modifier, pour son usage propre [à la Haute Cour], les lois générales de procédure criminelle »[1]. Cette remarque n'intègrera jamais les éditions des *Éléments* postérieures à 1899, les ajouts importants d'Henri Nézard pour la septième édition ne mentionneront pas non plus l'existence de l'article 32[2].

Le silence d'Esmein est d'autant plus délibéré que l'article en cause n'est pas sans susciter des discussions dans la doctrine. Eugène Pierre tente de le justifier par la volonté de la commission sénatoriale de ne pas vouloir « faire un code complet de procédure, mais au contraire, suivant l'expression du rapporteur, "laisser à la Haute-Cour le soin d'adapter à chaque cas les principes généraux du droit" »[3]. Félix Moreau en regrette le contenu : « Puisque l'occasion de présente, il sera permis de souligner l'étrange décision contenue dans ce texte [l'article 32] : voici une juridiction qui est déclarée maîtresse de suspendre le cours des lois, et de quelles lois ? de celle qui justement intéressent au plus haut degré la liberté individuelle. Et dans quelles circonstances ? pour une accusation de nature politique »[4]. Enfin, le *Manuel* de Duguit soulignera le caractère injustifiable de l'article 32 : « La partie finale de cet article n'est pas sans nous surprendre, et nous n'en apercevons pas une justification possible. Les règles de procédure sont la garantie des justiciables, le législateur les impose aux tribunaux ; et il ne peut leur laisser la liberté de les appliquer ou non »[5].

Le chapitre des *Éléments* sur la Haute Cour de justice ne mentionne que l'article 23 de la loi de procédure qui « fait une très juste application des principes » en confirmant le principe général de légalité des peines. Il s'agit là, semble-t-il, de la seule véritable garantie accordées aux accusés devant la Haute Cour. Esmein procède donc, dès 1896, à une entreprise de justification résolue de la procédure suivie devant la Cour, passant sous silence les entorses possibles aux principes du droit criminel. Chacun des arrêts de la Cour dans le procès de la caserne de la rue de Reuilly trouve en effet sous sa plume une justification juridique. Ainsi l'arrêt de la Commission d'instruction de la Haute Cour décidant de n'admettre pour les actes d'instructions l'assistance d'un seul défenseur au côté de chaque accusé – et non de deux comme certains le demandaient – est parfaitement fondé. Esmein considère que la Commission fait ici une application exacte

[1] Note sous Haute Cour de justice, 18 septembre et 15 novembre 1899, et sous Commission d'instruction de la Haute Cour, 12 et 30 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1900, II, p. 289.
[2] Voir *Éléments…*, 7ème édition, *op. cit.*, vol. II, p. 492-494.
[3] Il poursuit : « Dans la séance de la Chambre des députés du 9 avril 1889, M. Lefèvre-Pontalis avait demandé la suppression des mots "s'il n'en est autrement ordonné par le Sénat". Il avait fait observer qu'on semblait permettre ainsi à la Haute-Cour d'enlever aux accusés les garanties de droit commun. Le rapporteur de la Chambre, M. Camescasse, a répondu : "La disposition n'a d'autre but que de permettre au Sénat de modifier des points de détail qui ne cadreraient pas avec l'ensemble. Les principes généraux du Code d'instruction criminelle subsistent, et je ne puis admettre que la haute Assemblée, après les discussions qui ont eu lieu en son sein et ici, puisse profiter de la disposition critiquées pour léser en quoi que ce soit les droits de la défense" », E. Pierre, *Traité de droit politique et parlementaire*, *op. cit.*, p. 656.
[4] F. Moreau, « Chronique constitutionnelle », art. cité, p. 475, note 1.
[5] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 953.

de la loi du 8 décembre 1897 relative à l'instruction contradictoire dont la Cour a ordonné l'application pour les instructions auxquelles de sa compétence[1].

De même, les règles relatives à la tenue des audiences sont toutes appuyées par les commentaires d'Esmein. C'est notamment le cas pour les arrêts définissant les obligations de présence des sénateurs au cours des audiences[2]. Chose remarquable, l'auteur en vient presque à regretter le libéralisme de l'arrêt du 10 novembre 1899 par lequel furent exclus des audiences les sénateurs qui n'avaient pas répondu à l'appel nominal obligatoire au début de la première audience : « C'est là incontestablement une décision inspirée par l'esprit le plus libéral, par le respect des droits de la défense poussé jusqu'au scrupule extrême. Mais il nous semble qu'en droit elle est fort contestable ». Esmein considère en effet, comme le fera à sa suite Moreau[3], que si l'article 16 de la loi procédure impose aux sénateurs de répondre à l'appel de leur nom en début d'audience, cette règle n'a pas à être appliqué à la première audience par laquelle le Sénat décide d'ouvrir ou non l'instruction. L'article 16, contenu dans la partie de la loi consacrée au jugement, ne doit s'appliquer qu'aux audiences « de jugement » et non aux audiences relatives à l'instruction[4]. Esmein admet également avec la Cour, en se fondant sur les travaux préparatoires, que les sénateurs peuvent, sans encourir l'exclusion, quitter une audience de façon momentanée. Et, au surplus, qu'il n'appartient qu'à la Cour elle-même de prononcer l'exclusion d'un ses membres si elle constate une absence prolongée, jamais à la défense[5]. Moreau, et après lui Duguit[6], contesteront cette décision jugée comme « contraire au bon sens »[7].

---

[1] Esmein souligne notamment que le texte de la loi du 8 décembre 1897 « parle toujours du conseil au singulier » : Voir Note sous Haute Cour de justice, 18 septembre et 15 novembre 1899, et sous Commission d'instruction de la Haute Cour, 12 et 30 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1900, II, p. 289-290.

[2] Esmein établit également par l'une de ses notes les conséquences que peut avoir sur la composition de la Haute Cour le renouvellement triennal du Sénat. Selon lui, les sénateurs nouvellement élus ou réélus ne peuvent siéger aux audiences afin de se prémunir contre la tentation de leurs électeurs de leur confier, sinon un mandat impératif, du moins une directive ruinant leur impartialité : Note sous Haute Cour de justice 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 26-27.

[3] On note que le *Manuel* de Duguit s'oppose à l'analyse de Moreau sans pour autant signalée celle d'Esmein, en touts points identique : Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 966. Pour l'analyse de Moreau : F. Moreau, « Chronique constitutionnelle », art. cité, p. 480.

[4] « Mais la première séance (celle du 18 septembre 1899) a un tout autre caractère. Là les débats n'ont point encore commencé. On entend la lecture de deux pièces (le décret et le réquisitoire), et ensuite – en chambre du conseil – le Sénat ordonne ou non qu'il sera procédé à l'instruction de l'affaire. Sans doutes quelques autres décisions peuvent être prises […]. Mais il s'agit toujours de mesures relatives à l'instruction ; rien ne préjuge le fond ; les fonctions de la juridiction de jugement n'ont pas encore commencé. Quel inconvénient y aurait-il à admettre au jugement le sénateur qui n'a pas assisté à cette première audience ? Lorsque les débats commenceront, il sera plus libre encore de préjugés que ceux de ses collègues qui y ont assisté. Les textes nous paraissent d'ailleurs parler en ce sens. Les art. 6 et 8 de la loi du 10 avril 1889, qui visent cette première audience, sont compris dans le chap. 2 de la loi intitulé : De l'instruction et de la mise en accusation ; l'art. 16, qui exige la présence à toutes les audiences, fait partie du chap. 3, intitulé : Du jugement ; malgré ces termes absolus, il ne s'applique donc qu'à partir du moment où entre en scène la juridiction de jugement », Note sous Haute Cour de justice 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 26.

[5] Voir Note sous Haute Cour de justice 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 28.

[6] Duguit considère que l'exclusion d'un sénateur qui n'est pas présent de façon continue aux audiences est un « principe incontestable », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 967.

[7] F. Moreau, « Chronique constitutionnelle », art. cité, p. 486.

Esmein approuve également l'ensemble des décisions de la Cour déterminant ses pouvoirs pour réprimer les incidents d'audience : celle-ci, en vertu d'un principe établi pour toute juridiction, est effectivement compétente pour juger des délits d'injures à la Cour, mais aussi au Président de la République[1]. Cette règle est applicable quel que soit l'auteur du délit : accusé ou avocat. La Cour a ainsi compétence pour exclure des audiences l'accusé coupable d'un tel délit, mais aussi pour infliger une sanction disciplinaire à un avocat[2]. Enfin, l'auteur considère qu'en refusant de statuer sur les demandes de mise en liberté des accusés formulées au cours de l'audience, la Cour a fait une juste application de la loi du 8 décembre 1897 relative à l'instruction contradictoire qui n'autorise la mise en liberté provisoire que jusqu'à l'édiction de l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises[3].

Pour finir, l'auteur s'attache aux derniers arrêts rendus relatifs à la situation des accusés jugés par contumace et qui se présenteraient à la Cour avant prescription de la peine. C'est sur ce seul point que l'avis d'Esmein divergera du raisonnement tenu par la Cour. Les sénateurs considèrent que la Cour doit se reformer à l'identique de ce qu'elle était au moment de l'édiction du décret la convoquant. Mais Esmein le conteste en rappelant que la condamnation par contumace clôt le procès, de sorte que la présentation du contumax avant la prescription de sa peine nécessite la réunion d'une « nouvelle » Haute Cour, qui peut ainsi être composée de sénateurs qui n'étaient pas, à l'époque du premier procès, membres du Sénat : « La condamnation par contumace est un jugement véritable, et, en un sens, définitif. Sans doute elle ne sera jamais exécutée quant à la peine principale, mais elle n'en a pas moins vidé l'affaire dans laquelle elle est intervenue. Par rapport à cette affaire, le Sénat, tel qu'il était composé lorsqu'elle a été portée devant lui, a fini son rôle. […]. Il en est ainsi en droit commun quant aux arrêts de contumace rendus par les Cours d'assises : lorsque la contumace est purgée, c'est bien un nouveau tribunal qui connaît de l'affaire, puisque cette fois l'assistance de jurés est nécessaire. S'il s'agit d'un condamné de la Haute Cour, c'est aussi, croyons nous, une Haute Cour nouvelle qui va juger l'ex-contumace »[4].

L'attitude d'Esmein quant à l'exercice d'une justice politique en matière de crimes ou attentats contre la sûreté de l'État est donc d'une grande clarté. L'auteur veut prouver que la loi de procédure du 10 avril 1889 et les nombreux arrêts de la Cour respectent les droits de la défense qui constituent la condition *sine qua non* à l'institution de juridictions *particulières*. Il s'agit là indéniablement d'une légitimation de la justice politique instituée par les lois constitutionnelles de la IIIe République, au mépris de certaines des règles les plus

[1] « Le droit de juger et punir les délits d'audience n'en appartient pas moins, en principe, à tout tribunal, par suite et par excellence à la Haute Cour. […]. Cette compétence existe dans notre système pour les délits d'audience en général, et non pas seulement pour les outrages adressés aux magistrats dans l'exercice de leurs fonctions : aussi, par arrêt du 8 nov. 1899 (4e arrêt ci-dessus reproduit), la Haute Cour s'est-elle justement déclarée compétente pour punir les offenses au président de la République à son audience », Note sous Haute Cour de justice 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 29.

[2] Toutefois, sur ce point, Esmein n'éclairci pas la question de savoir si un recours devant la Cour d'appel – dont dépendent disciplinairement les avocats – est juridiquement possible si la sanction disciplinaire consiste une radiation du tableau de l'Ordre : voir Note sous Haute Cour de justice 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 29-30.

[3] Voir Note sous Haute Cour de justice 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 29.

[4] Voir Note sous Haute Cour de justice, 20 et 26 décembre 1899, 20 février 1900, Habert, *Sirey*, 1901, p. 57-60. Également Note sous Haute Cour de justice, 24 juin 1901, De Lur-Saluces, *Sirey*, 1902, p. 257-259.

élémentaires de la procédure criminelle, pourtant première garante de la liberté individuelle. Malgré les protestations légitimes émises en 1907 par le *Manuel* de Duguit, le chapitre ajouté aux *Éléments* en 1909 confirmera cette attitude en réaffirmant brièvement mais sûrement la compatibilité entre la Haute Cour de justice et le principe d'égalité devant la justice.

Section 2
La garantie des libertés d'opinion

Si la restriction à l'exercice des droits individuels est justifiable et donc justifiée au nom de la conservation de l'ordre politique, la nature même du gouvernement représentatif – gouvernement d'opinion – impose la reconnaissance et la consécration des libertés relative à la communication et à la diffusion des opinions.

Par les conséquences que leur exercice peut produire, ces libertés d'opinion doivent donc être réglementées afin d'en limiter l'exercice. Esmein constate ainsi que le principe d'universalité « est absolument vrai de quelques-uns des droits individuels : la liberté individuelle *stricto sensu*, la liberté de conscience, la liberté du culte. Pour certains autres, bien que cette légalité subsiste en tant que principe dirigeant, la réglementation légale qui leur est appliquée doit nécessairement créer un certain nombre d'incapacités »[1]. Il appartient donc au législateur d'édicter un régime juridique propre à garantir ces libertés mais aussi à en limiter l'exercice

Le régime juridique de l'exercice de ces droits ou libertés d'opinion ou à vocation politique est donc d'une importance capitale aux yeux d'Esmein qui, rappelons-le, les tient comme autant de moyens à la disposition de la minorité dans une démocratie représentative pour faire prévaloir ses idées et tenter de devenir un jour la majorité. À l'image d'Arthur Desjardins qui estime que les libertés de la presse, de réunion et d'association constituent des conditions nécessaires et donc indispensables à la liberté politique, Esmein considère qu'il doit leur être appliquée une réglementation des plus libérales. Or, on l'a souligné, la réglementation de l'exercice des droits individuels ne peut prendre que trois formes dont une seule laisse place à l'arbitraire au détriment de la liberté : le régime de l'autorisation préalable. On constate alors que la description faite par Esmein du régime juridique de la liberté de la presse (I) et des libertés de réunion et d'association (II) tend à démontrer le libéralisme du législateur de la IIIe République qui a su abolir tout régime d'autorisation.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 550.

I
La réglementation de la liberté de la presse

En raison de l'héritage des déclarations de droits révolutionnaires qui les unissaient dans un même article[1], le chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* consacré à la théorie des droits individuels rassemble la liberté de réunion et la liberté de la presse par la similitude de leur objectif, la communication des opinions : « Elles sortent l'une et l'autre d'un même principe, le droit pour les hommes de se communiquer leurs idées, en vue de leur instruction et profit commun »[2]. Le chapitre exposant de la réglementation des droits individuels reprendra cette présentation commune[3] avant de les dissocier en raison des « affinités »[4] de la liberté de réunion avec la liberté d'association.

Ainsi, la liberté de la presse définie comme « le droit pour tout membre de la société de faire imprimer, distribuer, donner ou vendre ses écrits » bénéficie d'une section particulière. Le terme « presse » couvre tout mode de communication écrit. Les ouvrages de droit constitutionnel antérieurs à la cinquième édition des *Éléments* usent tous[5] de l'expression « liberté de la presse » en référence au terme « impression » et y incluent ainsi tous les types d'écrits destinés à être portés à la connaissance du public.

Esmein précise donc que le terme « presse » s'applique aussi bien au livre qu'à la presse périodique : « Mais, dans le monde moderne les écrits se divisent en deux catégories : *les livres*, en comprenant sous ce nom générique tous les écrits qui se présentent isolément, comme un acte accompli en une fois et qui ne se reproduit que lorsque le succès provoque des éditions nouvelles ; et la *presse périodique*, les journaux, en comprenant sous ce nom toutes les publications qui se continuent et se suivent avec une périodicité déterminée, se rattachant les unes aux autres. Le livre est d'ordinaire l'œuvre d'un individu, le journal ou la revue est presque toujours une oeuvre collective »[6].

Ceci posé, l'auteur avertit que le régime juridique réglant l'exercice de la liberté de communiquer ses opinions par écrit varie selon le support : « Il n'y a point de différence de nature entre ces deux ordres de publications et les principes généraux de la matière leur sont également commun ; mais une législation particulière leur est applicable chez nous comme chez la plupart des peuples modernes »[7].

On constate cependant que l'intérêt d'Esmein se focalise uniquement sur la réglementation de la liberté de la presse au sens strict du terme, c'est-à-dire à la liberté de la presse périodique et notamment les journaux quotidiens. Le régime juridique appliqué au livre et à l'imprimerie n'est pas évoqué et l'auteur ne mentionne pas plus les libertés

---

[1] Voir l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de la Constitution du 24 juin 1793.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 546-547.
[3] « La liberté de réunion et la liberté de la presse ont pour but de permettre au citoyen de communiquer ses pensées et son savoir à ses concitoyens et, par là, exercer sur eux une influence de fait », *Éléments…, op. cit.*, p. 1140.
[4] *Ibid.*
[5] Voir par exemple P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, vol. III, p. 76. Voir également F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel…, op. cit.*, p. 259. Voir également pour la IIIe République T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 264 et L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 575.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 1141.
[7] *Ibid.*

associées à la liberté de la presse que sont la liberté de l'affichage et la liberté du colportage, pourtant toutes deux définies et régies par les articles 15 à 22 de la loi du 29 juillet 1881[1].

Cet attachement exclusif d'Esmein à la liberté de la presse périodique s'explique sans nul doute par la nature particulière du support périodique et, nous l'avons dit, par les conséquences et les effets à caractère politique que peut entraîner la diffusion des opinions par ce moyen : « Si les livres sont l'agent le plus puissant sur la pensée profonde et durable de l'humanité, la presse périodique et surtout les journaux quotidiens sont devenus le ressort le plus puissant de la vie politique. Il y a longtemps, alors même qu'elle était imparfaitement développée, qu'on a appelé la presse un *quatrième pouvoir*. Il est inorganique, il est vrai, mais n'en est pas moins puissant. […]. Elle remplace, dans les démocraties modernes, les assemblées de tous les citoyens sur l'*agora* ou le *forum* que connaissaient les démocraties antiques : il n'est point d'ouvrier, presque point de paysan aujourd'hui, qui ne lise un journal. Bien qu'il s'agisse là, dans le principe, de l'exercice d'un droit individuel, c'est en réalité l'exercice d'une action politique. Chaque parti a ses journaux et presque tous les électeurs en lisent au moins un ; de l'adhésion de ceux-ci aux idées qu'ils trouvent dans les feuilles publiques, résulte une sorte de suffrage informe, mais absolument universel et tout puissant »[2].

La liberté de la presse périodique est donc liée à l'exercice des droits politiques dans un régime de liberté politique tel que le régime représentatif[3]. Son contemporain et confrère de l'Institut Arthur Desjardins va jusqu'à considérer que « la liberté de la presse, on peut l'affirmer, c'est toute la liberté politique »[4]. Le droit de diffuser ses opinions constitue donc le moyen le plus efficace mis à disposition du citoyen afin de convaincre ses semblables, et particulièrement, nous l'avons dit, lorsque le citoyen appartient à la minorité politique du pays. C'est là une idée déjà exposée par Rossi qui considère, à propos du régime juridique appliqué à la presse en Angleterre, que le système représentatif « *s'allie si bien avec la liberté de la presse* »[5].

Le professeur italien expliquait d'ailleurs dans son *Cours* que la détermination de la liberté de presse comme un droit *individuel* et non comme un droit *politique* ne fut pas acquise d'avance : « Ainsi il se présentait au législateur une double voie. Il aurait pu, à la rigueur, envisager la liberté de la presse uniquement comme une institution politique, comme le système électoral, comme la loi sur l'éligibilité, comme telle autre institution politique qui est un moyen de maintenir l'ordre et les libertés publiques. Et en partant de

---

[1] Léon Duguit mentionne les libertés d'affichage et de colportage et indique très brièvement le régime de réglementation qui leur est appliqué par la loi du 29 juillet 1881. Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 581. À l'inverse, Théophile Aumaître ne dit mot de ces libertés associées à la liberté de la presse en se focalisant sur la presse au sens large (livres et périodiques) ainsi qu'au discours publics également visés par le régime de responsabilité institué par cette même loi du 29 juillet 1881 : T. Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 264-277.

[2] *Ibid*.

[3] On signalera à titre d'anecdote qu'Esmein connaît lui-même l'importance du pouvoir de la presse en matière politique puisqu'il fit l'objet d'une interview le 19 février 1896, par Maurice Gaussorgues, journaliste au Grand Journal afin de donner son point de vue de juriste quant à la question de la responsabilité politique du ministère devant le Sénat, au cours de la crise qui opposa la majorité sénatoriale au cabinet dirigé par Léon Bourgeois, et qui se solda par la démission de ce dernier le 23 avril 1896. Voir G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France, 1870-1914*, *op. cit.*, p. 339-343.

[4] A. Desjardins, *La Nouvelle législation de la presse*, Père, Beauvais, 1867, p. 5.

[5] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 14.

là, en partant de cette manière d'envisager la question, on arrivait à de tout autres résultats. Car si vous envisagez la liberté de la presse comme un moyen, et non comme un des buts essentiels qui doivent être atteints, vous arriverez, par exemple, à cette conséquence que le législateur pourrait se donner sur la matière la plus grande latitude »[1].

Par cette conception politique de la liberté de la presse, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* se situe une fois encore dans la droite ligne des auteurs libéraux de la seconde moitié du XIXe siècle. Ceux-ci professaient avec la plus grande netteté que la liberté de la presse était le corollaire nécessaire de tout régime de liberté politique.

Considérant la liberté de la presse comme « la garantie de toutes les libertés publiques et privées »[2], Laboulaye insiste sur cette dimension politique de la presse périodique et constitue, jusque dans l'expression, une source indéniable de la réflexion d'Esmein : « Le journal est le *forum* des peuples modernes, la place publique où chacun a droit de proposer ses idées et de faire entendre ses plaintes. S'il est autre chose, la faute en est, non pas à lui, mais aux lois jalouses, qui depuis trente ans n'ont accordée qu'une demi-liberté »[3]. Prévost-Paradol écrivait avant lui que « la presse n'est autre chose que ce contrôle et ce jugement public, se produisant avec une puissance et une continuité inconnues aux générations qui nous ont précédés dans ce monde. Elle tend à rendre, par le seul fait de son existence, les crimes des particuliers plus rares, les grandes iniquités de l'État plus difficiles, les dénis de justice en matière criminelle et l'inégalité des citoyens devant la loi pénale presque impossibles »[4].

Le caractère politique de la presse périodique et l'influence qu'Esmein lui attribue sur le citoyen, et plus largement sur l'opinion publique, se marque notamment dans l'explication qu'il donne, dès 1896, de la désuétude du droit de pétition, entendu comme distinct du droit de plainte[5] : « Cependant on peut affirmer que l'importance de ce droit,

---

[1] Il poursuit : « Or le législateur ne l'a pas considéré sous ce point de vue étroit, il l'a envisagée sous sa véritable face, c'est-à-dire comme une liberté naturelle et légitime, qui doit être garantie et dont les abus doivent être réprimés, quand ils sont à la fois coupables en eux-mêmes et dangereux pour la société. Il l'a considéré comme une droit public et non comme un ressort du système représentatif », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, vol. III, p. 70-71.

[2] « En traitant de la liberté individuelle je n'ai rien dit de la liberté de la presse, ou du droit que tout homme a de parler et de multiplier sa parole par l'impression. Ce n'est point que je considère ce droit comme étant moins individuel ni moins essentiel que les autres ; c'est le premier de tous ; […] Elle est à la fois un droit individuel, un droit social, et la garantie de toutes les libertés publiques et privées. C'est là ce qui en fait l'outil de la civilisation moderne. Sans lui il n'y a aucune sécurité pour aucun droit : mais avec ce seul levier on remplacerait ou plutôt on relèverait toutes les libertés. Cette force universelle est ce qu'on n'a pas assez remarqué dans la liberté de la presse », É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 34-35. Voir également le chapitre entier consacré à la liberté de la presse dans l'ouvrage : É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 243-268.

[3] É. Laboulaye, *L'État et ses limites…*, *op. cit.*, p. 87-88.

[4] L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 206-207.

[5] Esmein définit le droit de pétition comme « le droit pour les individus d'adresser des plaintes, des réclamations ou des observations, soit aux autorités qui rentrent dans le pouvoir exécutif, soit aux assemblées législatives. Ce sont surtout les pétitions adressées aux Chambres législatives qui ont pris une importance véritable dans la liberté moderne. Mais là le droit de pétition peut recevoir deux applications bien distinctes. Tantôt il est employé dans un intérêt particulier et privé ; l'individu qui pétitionne signale au pouvoir législatif un acte injuste d'une autorité quelconque, dont il a été la victime et dont il demande le redressement. Tantôt, au contraire, la pétition vise une mesure d'intérêt général : c'est le vote d'une loi nouvelle qui est demandé ou la réforme d'une loi ancienne ; le pétitionnaire se fait le conseiller et l'auxiliaire du législateur. Il y a là, sous un même nom et sous une même forme, deux droits qui, en réalité, paraissent distincts et différents : le premier est incontestablement un droit individuel, touchant à des intérêts individuels ; mais le second semble un droit politique, constituant une participation, si discrète qu'elle soit, à la proposition des lois », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 550-551.

jadis estimé si haut, décline de jour en jour. La raison en est simple. *Il existe de nos jours une autre force, bien plus puissante, pour dégager un courant d'opinion et pour imposer moralement certaines mesures aux assemblées législatives : je veux parler de la presse périodique et quotidienne.* Voilà ce qui remplace effectivement cette application du droit de pétition, et certains orateurs de l'Assemblée constituante l'avaient indiqué par avance »[1]. On note d'ailleurs que Duguit s'accorde sur cette opinion : « la presse, avec la puissance considérable qu'elle a de nos jours, est un moyen autrement puissant pour imposer une question à l'attention des pouvoirs publics que le modeste droit de pétition. Elle peut soulever l'opinion publique et forcer l'action du parlement et du gouvernement, quand des pétitions, même réunissant des milliers de signatures, restent oubliées dans l'*in pace* des commissions parlementaires »[2].

Ainsi, par la diffusion des opinions qu'elle permet, la liberté accordée à la presse constitue le révélateur le plus sûr du degré de liberté politique d'un État, et par voie de conséquence du degré de liberté accordée à l'individu : « On conçoit donc aisément que longtemps les gouvernements aient cherché à enchaîner une force de cette nature »[3]. Inspirés par Constant[4], les libéraux du Second Empire le démontrèrent de façon éclatante. Tout comme Prévost-Paradol qui consacre à « la presse » un chapitre de sa *France nouvelle*[5], Laboulaye réclame en 1863 cette garantie « la plus sûre et la plus énergique »[6] de la liberté qu'est la liberté de la presse.

Par ce lien évident entre liberté politique et liberté de la presse périodique, il n'y a rien d'étonnant à ce que le droit anglais – dont on a montré la place capitale dans la réflexion d'Esmein – constitue le modèle, sinon d'un régime de réglementation de la liberté de la presse, du moins d'un régime de libre expression des opinions : « Dicey […] indique que le droit anglais ne contient point en principe de règles spéciales concernant la presse périodique ; "surtout il ne reconnaît aucun privilège spécial au regard de la presse, si par ce terme, conformément au langage courant nous entendons la littérature périodique et spécialement les journaux. En réalité, dans le *Statute Book*, il n'y a rien ou presque rien qui puisse être appelé loi de la presse" »[7].

---

[1] Cet extrait est tiré du chapitre relatif aux « principes » des droits individuels présent dans l'ouvrage dès la première édition, *Éléments…*, *op. cit.*, p. 553, nous soulignons.

[2] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 589.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1142. Rossi écrivait déjà : « Vous le voyez donc, le monde moderne, par cette découverte, s'est emparé d'un instrument d'une puissance immense, d'un instrument, pour ainsi dire, irrésistible. La presse porte les yeux partout, elle pénètre dans les endroits les plus cachés, elle franchit le seuil du palais et la clôture du couvent, elle va s'asseoir au foyer domestique et dans la salle du conseil. C'est donc, je le répète, un fait immense et qui a dû de bonne heure attirer l'attention des hommes d'États et des législateurs. Il a dû l'attirer de bonne heure, quoique dans les premiers temps la puissance de la presse ne fût pas ce qu'elle est devenue aujourd'hui », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, vol. III, p. 8.

[4] Voir le chapitre que l'auteur consacre à la liberté de la presse : B. Consatnt, *Œuvres politiques…*, *op. cit.*, p. 212-238.

[5] Voir L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 205-231.

[6] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 243.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1141. C'est ce que rappelle également Ferdinand Larnaude en 1894 : « Il n'y a pas à proprement parler de liberté de la presse en Angleterre, il n'y a pas une législation spéciale, particulière à la presse. Il n'y a pas de délits de presse, une prescription particulière pour la presse, des tribunaux privilégiés pour elle. Tout cela est inconnu dans le droit anglais. Et c'est pourtant cela qu'on a cru imiter [par la loi du 29 juillet 1881], comme on croyait copier après 1789, dans les institutions essentiellement démocratiques de ce temps, les institutions de la République romaine, qui était l'organisation de la tyrannie aristocratique », F. Larnaude,

Au XVIIIe siècle, au moment même où le gouvernement représentatif adopte le parlementarisme, le royaume britannique connaît et pratique déjà la liberté la plus sûre en matière de presse : « sur ce point aussi l'exemple de l'Angleterre s'offrait aux amis de la vraie liberté. Ce n'est point qu'en cette matière le droit anglais fût complaisant aux abus ; il ne l'est point encore de nos jours ; les répressions possibles étaient sévères, souvent même contraires, quand il s'agissait de religion ou de morale, à la liberté des opinions, telle que nous la concevons aujourd'hui. Mais depuis deux siècles, l'Angleterre ne connaissait plus de mesures préventives à la liberté de la presse, chacun pouvait imprimer et publier librement sauf à répondre de la publication devant la justice, et la justice qui en connaissait c'étaient les tribunaux de droit commun statuant sur le verdict d'un jury »[1]. Aussi conclut-il : « L'absence de mesures préventives et le jugement par jury, voilà ce qui constitue pour les Anglais la liberté de la presse ; un éminent jurisconsulte anglais a pu même écrire : " La liberté de discussion en Angleterre n'est pas autre chose, ou peu s'en faut, que le droit d'écrire ou de dire n'importe quoi, pourvu qu'un jury de douze boutiquiers (*Shopkeepers*) juge expédient que cela ait été dit ou écrit" »[2].

Les critères de liberté en matière de presse sont donc ici parfaitement établis. Seule une réglementation répressive, opposée à un régime préventif, dépendant de la compétence du jury populaire constitue un régime juridique libéral. Toutefois, Esmein ne présente pas ces critères de manière formelle et théorique. Dans sa présentation de la liberté de la presse et de sa réglementation en France, l'auteur emploie en effet, à l'image d'ailleurs du *Manuel* de Duguit[3], la méthode historique. S'inspirant sans aucun doute des nombreuses leçons du *Cours* de Rossi[4] consacrées à la presse, il dresse un panorama chronologique des dispositions législatives régissant l'exercice de la liberté de la presse garantie dès 1789 par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. On retient ainsi de cet exposé historique qu'existèrent en France, à partir de la Restauration, deux formes de régimes juridiques : l'un préventif et l'autre répressif. C'est là l'application à la liberté de la presse de l'opposition entre le régime juridique arbitraire de l'autorisation et les régimes de liberté de déclaration et de pleine émancipation de l'autorité publique.

L'influence de Rossi se fait ici sentir. Appliquant la distinction qu'il avait opéré dans la trente-huitième leçon[5] de son *Cours* entre le régime de prévention et le régime de répression des droits individuels, Rossi énonce dans la cinquante-et-unième leçon l'existence de deux systèmes généraux de réglementation en matière de presse.

Ainsi, le système préventif s'oppose en tout point au régime répressif, lui-même divisé en système répressif ordinaire et système répressif spécial. Si les moyens préventifs « tracent d'avance l'usage que l'on peut faire de tel ou tel instrument, de tel ou tel pouvoir »[6], les moyens répressifs, eux, « laissent à chacun le libre usage de ce moyen

---

« Compte rendu critique de A. Desjardins, *La liberté politique dans l'État moderne*, Paris, Plon, 1894 », *RDP*, 1894, vol. I, p. 155.

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1143.

[2] *Ibid*. La citation traduite par Esmein est extraite de l'*Introduction to the study of the law of the constitution* d'Albert Dicey.

[3] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 577-582.

[4] Voir les leçons 51 à 58, P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 1-140.

[5] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. II, p. 242-267.

[6] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 9.

[entendu comme synonyme d'instrument], le libre emploi de cette puissance, sauf sa responsabilité pour le mal qu'il peut produire en l'employant, pour les crimes et délits qui peuvent être la conséquence de cet emploi »[1]. L'intérêt de la distinction proposée par Rossi tient surtout à la division du système répressif en système répressif ordinaire et système répressif spécial. Cette répression spéciale des crimes et délits se détermine en fonction de la spécialité de l'instrument et du moyen employé pour la commission de l'infraction[2].

Cette spécialité des moyens de l'infraction entraîne la spécialité des moyens de répression, tels la procédure et les « moyens d'administrer la justice »[3], c'est-à-dire l'usage de la procédure par jurés. Si cette répression spéciale n'est pas uniquement applicable aux infractions commises par voie de presse[4], elle lui sied parfaitement. Aussi Rossi justifie-t-il l'emploi de la procédure du jugement par jurés en matière de presse : « Eh bien, c'est ce troisième système qu'on a appliqué à la presse. On a dit : ici l'instrument est le point capital, la considération du moyen doit l'emporter sur la considération du but auquel tend le moyen ; il faut donc une législation à part, une répression particulière. Et il y a eu des pays où les délits de la presse étaient renvoyés devant un jury spécial, parce qu'on croyait que, pour l'appréciation de cette nature de faits, il fallait une capacité autre que celle qui suffisait à l'appréciation des faits criminels ordinaires »[5].

Les développements d'Esmein consacré à la liberté de la presse se résument alors à écrire l'histoire du régime *arbitraire* de l'autorisation préalable et révocable appliqué à la presse périodique en France.

Sont donc évidemment condamnés les régimes juridiques instituant la censure – « la prévention à sa plus haute puissance »[6] disait Rossi – entendue comme un régime juridique d'autorisation préalable à la publication de tout écrit. Esmein déplore le « régime inouï »[7] établit par le décret du 5 février 1810 imposant la censure préalable à tous les types décrits[8] ou celle imposée pour les écrits de moins de vingt pages instituée par la loi du 21 octobre 1814[9].

De même, tout régime juridique fondé sur l'autorisation préalable, non de la publication mais de la fondation d'un journal est considéré comme anti-libéral, à l'image des législations de 1820 et 1822[10] ou de celle particulièrement restrictive établie par les

---

[1] *Ibid*.
[2] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 11-12.
[3] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 13.
[4] Rossi prend l'exemple de la « législation à part sur la fausse monnaie », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 11.
[5] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 13.
[6] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 13.
[7] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 315.
[8] « Sous l'Empire, la presse vécut sous la pression constante du Gouvernement : ce fut la censure, c'est-à-dire l'examen préalable pour les livres comme pour les articles de journaux par l'autorité publique, la publication ne pouvant avoir lieu que lorsque celle-ci avait donné son approbation ; ce fut pour les journaux la réduction de leur nombre, ceux-là seuls subsistant que le Gouvernement autorisait et enfin leur accaparement véritable par le pouvoir exécutif », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1142.
[9] « La loi du 21 octobre 1814 établit la censure préalable pour tout imprimé de moins de 20 feuilles d'impression (320 pages in-8°) : les journaux et écrits périodiques ne pouvaient paraître qu'avec l'autorisation du roi. Cette loi se présentait d'ailleurs comme une mesure temporaire ; elle devait cesser d'avoir effet à la fin de la session de 1816. Les lois des 28 février et 30 décembre 1817 prorogèrent chacune pour un an cette législation », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1144.
[10] « Mais l'assassinat du duc de Berry allait provoquer un mouvement de réaction intense. La loi du 31 mars 1820 suspendait la liberté de la presse périodique. Elle rétablissait la nécessité de l'autorisation gouvernementale

décrets de 1851 et 1852 : « Jamais depuis le premier Empire la presse n'avait connu un tel servage. La censure cependant n'était point rétablie, mais non seulement les délits de presse étaient déférés aux tribunaux de police correctionnelle et les incriminations les plus dangereuses, les délits d'opinion, étaient rétablis, mais l'existence même des journaux était à la merci de l'administration, qui exerçait sur eux une sorte de juridiction disciplinaire. Aucun journal politique ne pouvait exister sans autorisation préalable, et, une fois fondé et au cours de sa publication, il pouvait par mesure administrative recevoir des avertissements, être suspendu et même supprimé. […]. Seuls, par cette tendance qui poussait l'Empire à favoriser tout ce qui pouvait détourner les esprits de la politique, les périodiques qui ne traitaient ni de matières politiques, ni d'économie sociale, pouvaient être publiés sans autorisation préalable et étaient dispensés de cautionnement »[1].

Si le dépôt d'une caution par les fondateurs d'un journal constitue une mesure de « prévention indirecte »[2], comme les droits de timbre, ces restrictions à caractère financier ne semblent pas constituer à elles seules des entraves à l'exercice de la liberté de la presse. Ainsi les régimes juridiques instituant uniquement des règles relatives au cautionnement et au droit de timbre ne peuvent pas être assimilés à des régimes d'autorisation. Il semble en effet que, malgré des cautionnements ou des droits de timbre élevés, le principe de liberté soit sauvegardé par l'unique critère du régime répressif au moyen du jugement par jurés.

Ainsi, les lois de 1819 sont regardées par Esmein (et Duguit) comme une formant une législation « véritablement libérale »[3] et donc comme « la meilleure »[4] édictée par les régimes politiques passés. C'était déjà l'opinion de Rossi : « Ici la scène change, complètement, ici nous rentrons dans l'intelligence vraie, sincère, franche de l'article 8 de la Charte. […] Je ne veux pas dire que toutes les dispositions des trois lois de 1819 fussent à l'abri de tout reproche, mais il n'est pas moins vrais que ces trois lois prisent dans leur ensemble est un beau monument législatif sur cette matière, un monument d'autant plus remarquable que, pour la première fois, depuis trente ans qu'on promettait à la France la liberté de la presse, c'est alors qu'on se trouva théoriquement et pratiquement sur le vrai terrain des principes »[5]. Malgré l'obligation de cautionnement imposée aux fondateurs de journaux et le maintien des « délits d'opinion », le libéralisme de la législation de 1819 réside dans la garantie fondamentale qui accorde la connaissance des délits de presse au jury populaire. Le même jugement est porté sur la législation adoptée sous l'empire de la Charte révisée de 1830 qui, outre la prohibition de la censure, imposait par son article 69

---

pour la publication des journaux, maintenant cependant ceux qui existaient à ce moment, et rétablissait pour tous la censure préalable. Loi de circonstance, édictée pour un an, elle fut prorogée par la loi du 6 juillet 1821 jusqu'à la session suivante. Cela aboutit à des lois, qu'on considérait comme devant être permanentes, celles des 25 et 17 mars 1822. Elles supprimaient la censure, mais la première révisait la matière des délits de presse pour en aggraver le régime et en attribuant la connaissance aux tribunaux correctionnels (art. 17). La seconde rendait, à l'avenir, l'autorisation du gouvernement nécessaire pour fonder un journal. […]. La même loi permettait au roi, dans l'intervalle entre les sessions des Chambres, de remettre en vigueur les lois de 1820 et 1821 sur la censure, par une ordonnance délibérée en Conseil des Ministres et signée de trois ministres », *Éléments…, op. cit.*, p. 1144-1145.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1147-1148.

[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 1146.

[3] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 578.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 1144.

[5] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, op. cit.*, t. III, p. 82-83.

la compétence du jury en matière de délits commis par voie de presse : « Somme toute, c'était un régime libéral… »[1].

Sans étonnement, seuls les régimes juridique répressifs sont des régimes de liberté. Toutefois, on peut se demander si, dans la pensée d'Esmein, la compétence du jury pour la répression des délits commis par voie de presse constitue la condition *sine qua non* d'un régime libéral. On a observé chez Rossi que l'attribution des délits de presse au jury ne semble pas être, à elle seule, une condition *nécessaire* à un régime répressif bien qu'elle s'accorde parfaitement avec lui. Duguit considère pour sa part que tout délit de presse constitue un délit d'opinion[2] et que « c'est devenu une sorte d'axiome qu'un pays ne possède la liberté de la presse que lorsque ses lois donnent compétence au jury pour juger tous les délits de presse, l'exception toutefois des délits d'injures et de diffamation contre les particuliers »[3].

On constate d'ailleurs, à l'image du jury en matière criminelle en général, que la compétence du jury en matière de presse est une des revendications les plus constantes des auteurs libéraux de la seconde moitié du siècle. Ceux-ci admettent tous que la liberté de la presse périodique ne doit pas signifier pour autant son impunité[4] et concluent à la nécessité du jury en raison du caractère éminemment politique des délits de presse. Prévost-Paradol considère ainsi le jury comme « la juridiction naturelle et efficace de la presse » [5]. Laboulaye considère avec lui que « la presse, qui n'est que la parole agrandie, peut commettre tous les délits que punit le droit commun. On peut injurier et calomnier son ennemi, pousser au pillage, provoquer à la révolte et à la guerre civile ; ce sont là des attaques qui n'ont rien d'excusable. On ne voit pas pourquoi il y aurait pour les journaux un privilège d'impunité »[6]. Toutefois, le caractère généralement politique attribué aux délits de presse intéresse autant la société que la victime dans la répression qui doit en résulter : « Dans le procès de la presse, comme dans les procès criminel, la société est engagée ; la pensée, la vie de ses membres sont pour elle un intérêt de premier ordre. Elle est blessée, si la liberté et le droit de tous les citoyens sont atteints dans la personne d'un innocent ; c'est pourquoi elle se réserve de pareils jugement et intervient par le jury. Ce n'est point par défiance que sont écartés les juges ordinaires, c'est par incompétence »[7].

La position d'Esmein semble moins tranchée. On le sait, le jury de jugement en matière criminelle est pour lui l'élément indispensable de toute législation criminelle d'un État libre, son *Histoire de la procédure criminelle en France* comme les *Éléments de droit*

---

[1] Il poursuit « et à peine fût-il entamé dans la suite lorsque, devant les attentats multipliés contre la personne du roi, le gouvernement s'efforça d'arrêter la propagande du parti républicain », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1146.

[2] « Voici l'idée sur laquelle repose cette compétence du jury. Les délits de presse sont des délits d'opinion, en ce sens que la presse, tout au moins la presse périodique, constitue l'organe par excellence de l'opinion publique. Dès lors, c'est à l'opinion publique elle-même qu'il faut confier le soin de juger si tel publiciste a dépassé ses droits. Or le seul tribunal qui soit une émanation directe de l'opinion publique, c'est le jury, puisqu'il se compose de simples citoyens tirés au sort », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 576.

[3] *Ibid*.

[4] Voir par exemple L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 214.

[5] Il poursuit : « Avec le verdict souverain du jury en perspective, aucune loi répressive sur la presse n'est mauvaise, car les inévitables défauts de la loi sont corrigés par l'absolue liberté du juge ; sans la jury au contraire, il n'est point de bonne loi sur la presse, car l'application littérale de ces lois fait bientôt paraître absurdes et intolérables les définitions qu'on a crues les plus sages », L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 223.

[6] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 259.

[7] É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 261-262.

constitutionnel en attestent. Mais il semble bien qu'une telle compétence de juges populaires ne soit pas, dans tous les cas, une garantie absolument nécessaire en matière de délits de presse. Il ne réfute certes pas l'utilité de la procédure par jurés, semblant admettre que ceux-ci forment un échantillon de l'opinion et qu'à ce titre eux seuls peuvent juger l'opinion. Mais il semble bien, sinon conditionner, du moins lier l'utilité de la compétence du jury à la détermination des incriminations et des peines : « Il est certain que le jury est ici une juridiction très bien appropriée, surtout quand la loi pénale est sévère ; ses défauts mêmes sont alors des qualités. Il juge moins en tenant compte de la loi que de l'opinion »[1]. Il ajoute toutefois : « Mais cette indépendance et cette impressionnabilité peuvent devenir dangereuses lorsque la loi sur la presse a écarté tous les *délits d'opinion*, pour n'incriminer que des faits précis et certainement délictueux »[2].

Se pose alors ici la question fondamentale de la définition du « délit d'opinion ». Esmein se montre imprécis. Son confrère de l'Institut Arthur Desjardins notait déjà en 1894 la grande difficulté de déterminer les caractères constitutifs d'un délit d'opinion à proprement parler[3]. Esmein ne semble pas s'y risquer. On comprend simplement dans le passage précité que le délit d'opinion est entendu comme s'opposant à un *fait* et qu'il ne constitue qu'une variété des délits de presse ; il les qualifie « d'incriminations les plus dangereuses »[4]. Esmein se contente de quelques exemples. Ainsi « l'outrage à la morale publique et religieuse et aux bonnes mœurs »[5] visés par les lois de 1819 ou « l'atteinte à la paix publique, au respect dû à la religion, à l'autorité du roi, à la stabilité des institutions constitutionnelles »[6] visés par les deux lois de 1822 paraissent être autant de délits d'opinion. De même, le fait de « prendre la qualification de républicain ou tout autre incompatible avec la Charte de 1830 »[7] ou « les attaques contre la personne du roi ou contre la royauté » réprimés par la loi du 9 septembre 1835. Citant les incriminations du droit anglais en matière de *libel* rapportées par Dicey, Esmein remarque : « On reconnaît là des incriminations qui ont longtemps existé dans nos lois sur la presse : *exciter à la haine ou au mépris du gouvernement, et exciter à la haine des citoyens les uns contre les autres* »[8] ou encore « On reconnaît encore là une incrimination qui, fort restreinte et atténuée chez nous, a longtemps figuré dans nos lois sur la presse, *l'offense à la moral publique et religieuse* »[9].

On peut donc établir que les délits d'opinion se résument à des attaques essentiellement politiques, émises à l'encontre des pouvoirs publics constitués et de leurs représentants, ou à l'encontre de la religion. Cela est confirmé par ses développements relatifs à la loi du 29 juillet 1881 : « Les délits de presse, révisés et réduits, ne contiennent

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 1144. À propos de l'action du jury en matière de presse sous le Directoire, Esmein écrit : « Le jury, comme il lui arrive à de certains moments, soit pas scepticisme, soit pas désapprobation qui se heurte en sens contraire, acquittait constamment et de parti pris. Il est vrai que les peines, même mitigées par les circonstances atténuantes étaient bien sévère pour les délits de presse », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français..., op. cit.,* p. 196.
[2] *Ibid..*
[3] Voir A. Desjardins, *La liberté politique dans l'État moderne, op. cit.,* p. 139.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 1147.
[5] *Éléments…, op. cit.,* p. 1144.
[6] *Éléments…, op. cit.,* p. 1145.
[7] *Éléments…, op. cit.,* p. 1146.
[8] *Éléments…, op. cit.,* p. 1142, note 1.
[9] *Éléments…, op. cit.,* p. 1143, note 1.

plus de délits d'opinion. *Sous la République on peut licitement soutenir les opinions les plus contraires au régime républicain, même les opinions monarchistes et attaquer la Constitution* »[1].

Ainsi, la compétence du jury pour juger les délits de presse semble *avant tout* justifiée par l'existence dans la loi pénale de délits d'opinions qui possèdent par définition un caractère politique et religieux. L'appréciation portée sur le régime juridique de la presse édicté lors de « l'éclosion de l'*Empire libéral* »[2] par la loi du 11 mai 1868 confirme que l'institution du jury n'induit pas en elle-même le caractère libéral d'une législation répressive en matière de délits de presse : « Elle supprima pour les journaux politiques la nécessité de l'autorisation préalable et permit de les fonder moyennant une simple déclaration et l'observation de certaines conditions de forme. En même temps la discipline administrative succédait à la répression judiciaire. Les articles de journaux ne pouvaient donner lieu qu'à des poursuites devant les tribunaux, qui seuls aussi pouvaient en prononcer la suspension ou la suppression, à des conditions déterminées par la loi. Mais la juridiction qui avait cette compétence était le tribunal correctionnel et non la Cour d'assises »[3]. Esmein conclut alors : « La loi de 1868 d'ailleurs, malgré certaines dispositions spéciales et arbitraires, *était assez libérale* ; elle abaissait en particulier les droits de timbre »[4]. Pourtant la loi ne prévoyait pas l'intervention du jury pour le jugement des délits de presse.

On doit donc déduire de l'ensemble de ces développements que la compétence du jury en matière de délits de presse n'est pas tout. Elle constitue *seulement* un des éléments concourant au caractère libéral d'un régime juridique répressif, ce caractère répressif étant lui, par contre, la condition absolument nécessaire à un régime de liberté de la presse.

Cette description historique des fluctuations incessantes du régime juridique de la liberté de la presse en France permet alors à Esmein d'affirmer sans ambages la qualité de la loi sur la presse adoptée par les assemblées républicaines et promulguée le 29 juillet 1881.

Esmein fait ainsi saillir sa bonté par rapport à la loi précédente : « la loi du 15 avril 1871 réglementa le régime des délits de presse et en attribua, en principe la connaissance au jury » et ajoute « L'Assemblée nationale, au moment où elle se séparait après avoir voté les lois constitutionnelles, maintint ce principe dans la loi des 29 décembre 1875-3 janvier 1876 ; mais l'article 6 comprenait un grand nombre d'exceptions maintenant la juridiction des tribunaux de police correctionnelle, si bien qu'elles étouffaient le principe »[5].

La loi du 29 juillet 1881 rétablit la compétence du jury en matière de délits de presse[6] qui sont purgés de tout délit d'opinion : « La loi, comme délits, ne retient que des

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 1149, nous soulignons.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 1148.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 1148.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 1148, nous soulignons.
[5] Il poursuit « L'article 1er de cette loi prévoyait et punissait les attaques "soit contre les lois constitutionnelles, soit contre les droits et les pouvoirs du gouvernement de la République qu'elles ont établi" », *Éléments…, op. cit.,* p. 1148. Contrairement à ce que précise Esmein, c'est l'article 5 et non l'article 6 de la loi qui énumère les très nombreuses exceptions au principe de la compétence du jury en matière de jugement des délits de presse. Voir *Bulletin des lois de la République française,* Imprimerie nationale, Paris, 1875, t. XI, p. 1048-1049.
[6] On constate à ce propos que rien n'est dit du droit de réponse accordé par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 à toute personne citée ou mentionnée dans un article de presse. Esmein consacre pourtant une note au *Recueil Sirey* sous un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui considère que le défaut de

faits : la provocation à commettre des crimes et délits, les diffamations et injures, les outrages contre les autorités publiques françaises (parfois même étrangères), l'outrage public aux bonnes mœurs (entendues dans le sens étroit du mot), la publication de fausses nouvelles et documents faux, lorsqu'elle aura troublé la paix publique et qu'elle aurait été faite de mauvais foi »[1].

Esmein note d'ailleurs le respect extrême du principe de la compétence du jury : en matière de dommages et intérêts alloués à la victime d'un délit de presse, l'action civile et l'action pénale sont liées et attribuées toutes deux à la connaissance de la juridiction pénale : « C'est surtout pour empêcher que l'affaire soit préjugée , à un point de vue quelconque, sans l'intervention du jury, que l'article 46 a été édicté et la règle remonte aux lois de 1819 ; on peut trouver cependant qu'il y a là un scrupule exagéré et que pour l'action civile isolée la compétence des tribunaux civils, qui ne changent en rien les règles de la preuve, offrirait de sérieuses garanties »[2]. Dans le même esprit, l'auteur ne s'émeut pas qu'un certain nombre d'infractions à la loi soit confié à la connaissance de tribunaux ordinaires composés de magistrats professionnels, comme c'est le cas pour « des faits matériels ne pouvant donner lieu à aucune appréciation »[3], pour les outrages aux Chefs d'États et diplomates étrangers, pour les outrages aux bonnes mœurs ou enfin pour les actes de propagande anarchiste : « Mais il n'y a rien qui porte atteinte à la liberté. Les précautions destinées à écarter les complications diplomatiques doivent être approuvées par tous les bons citoyens. Les anarchistes ne sont pas un parti politique ; et la pornographie ne saurait prétendre aux garanties qui sont édictées en faveur de la liberté de discussion »[4].

Cet exposé du régime répressif adossé à la compétence du jury en matière de certains délits de presse permet ainsi à Esmein de qualifier la loi sur la presse du 29 juillet 1881 de « la plus libérale qu'ait connue la France et probablement la plus libérale qui existe au monde »[5] et d'insinuer que la liberté d'opinion est parfaitement garantie par le législateur français. Sans étonnement, on retrouve ce même jugement quant aux lois républicaines relatives à la liberté de réunion et d'association.

---

publication du droit de réponse par le journal constitue un délit de presse et en tirait les conclusions quant à la compétence territoriale du tribunal à saisir. Esmein conteste cette opinion en distinguant le « délit de presse », entendu comme un délit de publication, et le « délit commis à l'occasion de la presse », le défaut de publication du droit de réponse dans les délais ordonnés par la loi entrant dans cette second catégorie : voir Note sous Cass. Crim., 10 novembre 1883, *Sirey*, I, p. 89-90.

[1] Il poursuit : « Pour la diffamation, lorsqu'elle a été adressée non à un particulier, mais à un fonctionnaire public ou à des directeurs ou administrateurs "d'une entreprise financière, industrielle ou commerciale faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit", la personne poursuivie peut faire la preuve que l'allégation diffamatoire est conforme à la vérité et alors elle est exempte de toute peine (art. 35) », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1149.

[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1150.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1150.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1151.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1148.

II
La réglementation des libertés de réunion et d'association

Avec la liberté de la presse, la liberté de réunion et la liberté d'association forment le triptyque libéral républicain regardé encore de nos jours comme le fonds de la liberté individuelle. Toutes trois sont assimilables à « une véritable action politique »[1] et constituent « l'équivalent indirect d'une participation à la puissance publique »[2].

Si la liberté de la presse permet à tout individu l'expression et la diffusion de ses idées ou opinions sous forme d'écrit, Esmein considère que la liberté réunion constitue son pendant oral[3]. Toutefois, l'auteur tend à rapprocher la liberté de réunion et la liberté d'association : « La liberté de réunion et la liberté d'association sont l'exercice de deux droits bien distincts, mais qui ont entre eux des affinités réelles et que chez nous, à certaines époques, on a presque confondus »[4]. Le substrat commun des deux libertés réside en effet dans le droit de se réunir. Si la liberté de réunion consiste uniquement dans l'exercice de ce droit, l'auteur note que le droit de s'associer suppose nécessairement le droit de se réunir.

La distinction entre ces deux libertés se fait sur le critère de la permanence et de la détermination des participants. La liberté de réunion procède d'un élément éphémère, la réunion elle-même, alors que la liberté d'association procède d'un élément permanent et continu : « La liberté de réunion est le droit de provoquer et de tenir, pour discuter et délibérer sur certains objets, des *réunions publiques*, où tous les citoyens peuvent se rendre. On conçoit même que la réunion prenne des décisions et charge quelques-uns des assistants de les exécuter, ce qui sera licite ou illicite selon la nature de l'acte accompli. Mais ce qui distingue la réunion, c'est le caractère indéterminé des membres qui y assistent (on ne sait de combien de personnes et de quelles personnes elle sera composée) et le caractère éphémère de son action »[5]. Il poursuit : « L'association au contraire (il s'agit, comme on le verra, d'associations n'ayant point un but pécuniaire) est un organisme : le nombre de ses membres est déterminé et ne peut s'augmenter qu'avec le consentement de ceux qui la composent déjà. Elle a des directeurs et des agents d'exécution permanents. Sans doute son activité se traduit par des réunions des directeurs et de tous les membres qui la composent et où ne sont point ordinairement admis les étrangers ; mais elle a un fonctionnement permanent auquel servent ces réunions, qui ont entre elles une suite et un lien nécessaire »[6].

Esmein ne fait que reproduire ici ce qu'il avait expliqué un an auparavant, dans la première édition de son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*, avec une précision dans

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 550.
[2] *Ibid*.
[3] Rappelons qu'il liait dans son chapitre sur les principes des droits individuels la liberté de la presse et la liberté de réunion par le but identique que présente leur exercice respectif : « Elles sortent l'une et l'autre du même principe, le droit pour les hommes de se communiquer leurs idées, en vue de leur instruction et profit commun », *Éléments…, op. cit.,* p. 547.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 1151.
[5] *Ibid*.
[6] *Ibid*.

la forme, faisant notamment référence à l'idée de contrat conclu dans un but déterminé qui présidera à la conception de la loi du 1er juillet 1901 : « Le droit de réunion et le droit d'association sont bien distincts. Le premier suppose des personnes parfaitement indépendantes, inconnues peut-être les unes des autres, qui s'assemblent pour discuter sur un sujet donné ; elles peuvent voter des résolutions, mais chacune d'elle reste libre d'en poursuivre l'exécution. Sans aucun lien entre elles avant la réunion, elles n'en ont contracté aucun lorsqu'elles se dispersent. L'association, au contraire, suppose entre les personnes qui la composent une entente durable, *même un véritable contrat, qui crée des obligations à la charge de chacune d'entre elles*. L'association a un but qu'elle poursuit d'une manière constante, une direction établie, une organisation pour la délibération et l'exécution. Sans doute ses membres se réunissent pour délibérer, tous ou quelques-uns ; mais ces réunions ne sont que des incidents dans la vie de l'association »[1]. On retrouve ici la distinction qu'avait déjà établie Rossi qui, sans faire de référence à la notion d'obligation contractuelle, distinguait le droit réunion du droit d'association par le but poursuivi et les moyens d'y parvenir : « Qu'est-ce qu'une association ? Quand est-ce que le fait d'une réunion de personnes porte ou ne porte pas le caractère d'une association ? […] Que nous dit le bon sens ? L'association parait impliquer une double idée, l'idée d'un but fixe, déterminé, connu, qu'on veut atteindre ; secondement, l'idée d'une organisation de cette agrégation de personnes faite en vue d'atteindre le but qu'on s'est proposé. Il parait que ce sont là les deux caractères essentiels de l'association »[2].

Cette distinction une fois établie, Esmein se conforme à la méthode historique en retraçant les divers modes de réglementation dont usèrent tour à tour les régimes politiques français pour encadrer juridiquement l'exercice de ces droits ou plus exactement pour les restreindre. Comme on a pu l'observer pour la liberté de la presse, l'histoire de la réglementation des libertés de réunion et d'association se résume à l'évolution difficile d'un régime d'autorisation – Rossi évoque la « prévention prohibitive non absolue »[3]– à un régime simplement répressif supposant une pleine liberté d'initiative individuelle.

Quant à la liberté de réunion d'abord, Esmein expose, comme il le fit pour la liberté de la presse, le fondement du droit de réunion en droit anglais qui constitue là encore le modèle indépassable, pour ne pas dire le standard, de la liberté individuelle. Citant Dicey, l'auteur indique que le droit anglais ne connaît pas dispositions particulières en matière de droit de réunion et que celui-ci résulte seulement de la combinaison des principes de liberté individuelle *stricto sensu* et de libre discussion : « En droit anglais, d'après M. Dicey, le droit de réunion n'est pas un droit spécifique : "Ce n'est pas autre chose en droit anglais, dit-il, qu'une conséquence de la manière dont est conçue la liberté individuelle de

[1] Il poursuit : « La Révolution n'a pourtant pas très nettement ces deux droits et ces deux choses. Sans doute elle a connu de simples réunions, quand il s'agissait d'assembler tous les habitants d'une commune ou d'une section de commune ; ou bien quand, spontanément une foule s'agglomérait, faisait un *attroupement*. Mais quand ils 'agissait d'un nombre déterminé d'individus, qui se choisissent et n'en appellent d'autres à eux que par une décision de la majorité d'entre eux, d'individus qui en même temps se réunissent périodiquement, ou même journellement, pour discuter certains objets et voter des décisions ou résolutions, les hommes de la Révolution ont fait une confusion partielle entre le droit de réunion et le droit d'association ; cette confusion reparaîtra plus tard, plus accentuée encore, jusqu'à la période libérale du second Empire », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 199-200, nous soulignons la citation dans le corps du texte.
[2] P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 194.
[3] Voir P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*, t. III, p. 185-196.

la personne et de la parole. A. a la liberté d'aller où il lui plaît et de dire ce qu'il lui plaît, en plein air ou ailleurs ; B. a le même droit et ils peuvent se parler entre eux ; C. et D. et ainsi à l'infini ont le même droit, et mille ou dix mille autres personnes peuvent (en règle générale) se rassembler dans tout lieu où à d'autres égards chacune d'elles a le droit de se trouver pour un but légal et d'une manière légale". Sans doute les violences sont interdites, et le *Riot Act* peut alors intervenir. Mais on peut dire, en effet, que les grands *meetings* anglais, qui se tiennent en plein air, ne sont pas autre chose que des attroupements légaux où certains orateurs se font entendre »[1].

Cet exposé du droit anglais est sans nul doute destiné à établir un contraste avec le droit d'ancien régime qui répugna à reconnaître aux individus le droit de s'assembler en réunion publique jusqu'à ce que la Constitution de 1791 le fasse. La liberté de se réunir accordée aux premières heures de la Révolution « parut se rapprocher de la conception anglaise »[2]. L'auteur se contente ensuite de rappeler la réglementation restrictive qui fut édictée par le Code pénal de 1810 et qui soumit à l'autorisation préalable le droit de réunion associé au droit d'association[3]. L'article 291 du Code pénal soumettait en effet à autorisation préalable du gouvernement la création de toute association comprenant plus de vingt personnes et se réunissant quotidiennement ou à jour fixe dans un domicile privé, les articles suivant (articles 292 à 294) prévoyant alors des peines d'amendes à l'encontre des individus violant cette première disposition.

Un sort spécial est réservé aux réunions électorales qui, comme toute forme de réunion, étaient prohibées par la législation pénale. Esmein indique ainsi que c'est uniquement sous la forme privée que pouvaient se tenir ces réunions. Celles-ci « se tenaient dans une maison sur l'invitation du maître de la maison (propriétaire ou locataire) et où ne pouvaient assister que les personnes qu'il avait nommément invitées. Elles étaient couverte en quelque sorte par l'inviolabilité du domicile et aussi par un principe analogue à celui qui a inspiré le droit anglais : on considérait que chacun a le droit d'inviter chez lui telles personnes qu'il lui plaît et de causer ou de discuter avec elles à son bon plaisir. Il fallait seulement que les invités ne fissent point partie d'une même association non autorisée, car alors on se serait retombé de ce chef sous le coup de l'article 291 du Code pénal. Ces réunions privées servaient le plus souvent à un intérêt considérable : c'étaient alors des réunions électorales, servant à établir l'entente sur les candidats entre les hommes d'un même parti ou d'une même opinion. Cela s'adaptait assez bien au suffrage restreint et censitaire »[4].

Les dispositions du Code pénal s'appliquèrent jusqu'à la chute de la Monarchie de Juillet. Esmein indique toutefois l'inefficacité de ces dispositions qui entraînèrent la formation de sociétés secrètes à caractère politique : « L'interdiction des associations politiques engendrait, par contre-coup, les sociétés secrètes. Sous la Restauration elles furent nombreuses et leur action importante, formées surtout d'éléments bonapartistes et

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1151-1152.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 1152.
[3] « Mais avec le Consulat et l'Empire ils [les droit de réunion et d'association] furent de nouveau presque confondus, en même temps que soumis l'un et l'autre au régime de l'autorisation préalable. La section VII, du titre I, livre III du Code pénal (art. 291-294) a pour rubrique : Associations ou réunions illicites, et les articles y compris ne prévoient (sauf peut-être l'art. 294 qui vise l'exercice d'un culte) que des réunions entre les membres d'une association. On voit aussi que dès lors, et auparavant déjà, les réunions proprement dites n'étaient conçues que comme se tenant à l'intérieur d'un édifice. Les réunions en plein air n'étaient que des attroupements illicites », *Ibid*.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 1152-1153.

républicains. Sous Louis-Philippe, elles se multiplièrent encore et cherchèrent à conquérir, par des combinaisons ingénieuses, le caractère légal et licite. […]. Les associations politiques sous la Monarchie de Juillet imaginèrent de se décomposer en groupes de moins de vingt membres, qui paraissaient être autant de sociétés distinctes et isolées. Mais le mot d'ordre et la direction leur étaient transmis d'un centre commun »[1]. Ainsi fut votée la loi du 10 avril 1834 qui visait à contrer cet état de fait. Furent ainsi soumises à autorisation préalable du gouvernement les associations de moins de vingt membres, quand bien même ces associations ne se réuniraient pas quotidiennement ou à jour fixe.

La Monarchie de Juillet ne résista pas à l'interdiction des banquets qui furent une « issue »[2] à la prohibition des réunions à caractère politique. Esmein se contente de signaler que les clubs – entendus comme des associations politiques[3] – furent autorisés et réglementés en 1848 avant d'être interdits l'année suivante, interdiction confirmée un décret du 25 mars 1852 par lequel « on retomba sous le régime contenu dans les articles 291 et suivants du Code pénal », c'est-à-dire sous un régime d'autorisation préalable.

Le régime arbitraire de l'autorisation préalable fut assoupli par « l'Empire libéral » qui dissocia le droit de réunion du droit d'association. S'il « ne fit rien »[4] pour ce dernier, la loi du 6 juin 1868 substituait au régime d'autorisation un simple et libéral régime de déclaration préalable à la tenue d'une réunion publique mais, ajoute Esmein, « on ne pouvait, en temps ordinaire, y discuter des matières politiques ou religieuses »[5]. L'auteur s'attache là encore aux réunions électorales : « *Le point le plus important* était que, dans la période électorale, c'est-à-dire depuis le décret de convoquant le collège électoral jusqu'au jour de l'élection, les réunions électorales étaient libres, à condition de ne comprendre que des électeurs et, bien entendu, toutes les questions et spécialement les questions politiques pouvaient y être traitées »[6].

Il va sans dire que la IIIe République se montra plus libérale. D'abord par la loi du 30 juin 1881 bien qu'elle soumette la réunion à une déclaration préalable et à de légères conditions de délais – la déclaration devant être faite vingt-quatre heures avant la tenue de la réunion – et de forme telle que la constitution d'un bureau pour toute réunion[7]. Esmein mentionne, là encore, le régime auquel furent soumises les réunions à caractère électoral : « La loi connaît aussi des réunions électorales proprement dites, auxquelles elle accorde des délais de faveur et qu'elle définit très nettement »[8]. Il conclut ainsi : « *La loi de 1881 est*

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1157.

[2] Esmein écrit exactement : « Cependant sous les gouvernements libres, comme la Restauration ou la Monarchie de Juillet, le besoin de réunions publiques se faisait sentir à de certains moments. Dans une doctrine incertaine, qui cherchait une issue, on avait imaginé des banquets publics et populaires ; banquets à frais communes, tant par tête, pour lesquels on vendait des cartes d'admission, et où parlaient des orateurs […]. Ces banquets servirent aux campagnes du règne de Louis-Philippe en faveur de la réforme électorale ; ils étaient généralement tolérés et leur interdiction fut la chute occasionnelle de la Révolution de 1848 », *Éléments…, op. cit.*, p. 1153.

[3] *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 205.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 1157.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1152-1154.

[6] *Ibid.*, nous soulignons.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 1154.

[8] *Éléments…, op. cit.*, p. 1154-1155. Il reproduit en note deux des articles de la loi consacrés aux réunions électorales : « Article 3 : "Le délai (de 24 heures) sera réduit à deux heures s'il s'agit des réunions publiques électorales". Article 5 : "La réunion électorale est celle qui a pour but le choix ou l'audition de candidats à des fonctions publiques électives, à laquelle ne peuvent assister que les électeurs de la circonscription, les candidats,

donc très libérale, mais elle n'admet pas les réunions sur la voie publique »[1]. Ce libéralisme de la réglementation des réunions publiques fut encore accru par les dispositions de la loi du 28 mars 1907 qui substitua au régime de déclaration préalable un régime de pleine liberté, dû à « un accident politique »[2] : « Ont disparu, avec leur conséquences, toutes les dispositions qui se rapportaient à la déclaration préalable. Plus de délai à observer, plus de personnes responsables avant l'ouverture de la réunion, dont le bureau est dorénavant toujours élu par elle. Il en résulte aussi que les réunions électorales proprement dites perdent tous leurs avantages ; dans la pratique d'ailleurs, elles n'étaient guère usitées ; en matière d'élections on recourait déjà aux réunions publiques ordinaires »[3].

La liberté d'association, elle, semble tout autant nécessaire à la diffusion de l'opinion mais surtout à l'organisation en vue d'une action politique, sous la forme de parti politique. Esmein considère qu'elles sont nécessaires dans tout régime de pleine liberté politique, particulièrement en régime parlementaire généralement défini comme « le gouvernement de parti »[4]. Il écrit ainsi dans le chapitre consacré au gouvernement parlementaire : « La liberté politique, c'est la participation des citoyens au gouvernement, par eux-mêmes ou par leurs représentants. Il est naturel, inévitable que les citoyens, qui ont les mêmes opinions, cherchent à influer sur le gouvernement d'un commun effort, pour faire triompher et appliquer leurs idées ; et, si la loi permet les associations politiques, si les citoyens savent se servir des libertés individuelles, ces groupes sympathiques s'organiseront à l'état permanent »[5]. En ce sens, la liberté d'association doit être pleinement reconnue aux individus dans tout régime politique qui se voudrait libéral.

Aussi Esmein s'attache-t-il dans le chapitre consacré à la réglementation des droits individuels à la loi du 1er juillet 1901. On remarque toutefois que nulle mention n'est faite des nombreux projets qui furent débattus dans les Chambres depuis 1871 tendant à consacrer la liberté d'association[6] et que l'auteur ne s'explique pas sur les vingt années qui séparèrent la reconnaissance des libertés de la presse et de réunion de celle de la liberté d'association. La définition renvoie directement à l'article 1er de la loi : « Les *Associations* dont il va être parlé se différencient nettement des *Sociétés civiles* ou *commerciales*. Celles-ci ont pour but direct de réaliser un gain pécuniaire et de la partager entres les associés et elles ont été toujours permises, pouvant (au moins certaines d'entre elles) se former sans aucune autorisation. Celles-là, au contraire, ont directement un but politique, social, littéraire ou scientifique. Sans doute, elles chercheront à acquérir des biens, pour accroître leur puissance ; mais pour elles, c'est un moyen et non un but et les biens et leurs produits profitent à l'association et non aux associés individuellement considérés »[7].

---

les membres des deux Chambres et le mandataire de chacun des candidats" », *Éléments…, op. cit.*, p. 1155, note 1.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1155, nous soulignons.

[2] « Sous le régime de la séparation édicté en 1905, les assemblées de fidèles ont été considérées comme des réunions publiques ; mais étant donné leur nature, il était difficile de remplir pour elles les formalités exigées par la loi du 30 juin 1881 ; le législateur a commencé par en faciliter pour elles l'accomplissement. Mais l'Église catholique n'ayant point, comme nous le verrons, voulu se servir de cette législation, le législateur a préféré supprimer toute nécessité de déclaration préalable pour les réunions publiques en général », *Éléments…, op. cit.*, p. 1155.

[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 1155-1156.

[4] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 241.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 244.

[6] Voir par exemple A. Desjardins, *La liberté politique dans l'État moderne, op. cit.*, p. 155-157.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 1156.

Là encore, Esmein va souligner le libéralisme du législateur républicain : « La loi de 1901 est extrêmement libérale ». D'abord par l'absence de déclaration préalable pour la constitution de toute association dont le but n'est pas pécuniaire et conforme à l'ordre public : « Elle [la loi] exempte les associations de toute autorisation préalable et même de toute déclaration préalable si elle veulent seulement être licites. Elles le sont, quel que soit le nombre des associés, quel que soit l'objet de l'association, pourvu qu'elle respecte l'article 3 »[1] Outre l'absence d'autorisation préalable, l'auteur signale que le législateur place les associations « sous la protection de l'autorité judiciaire » qui seule, par jugement, pourra en prononcer la dissolution. De sorte que cette disposition fait échapper toute association à la tutelle de l'administration. En bon libéral et individualiste qu'il est, Esmein n'omet évidemment pas de préciser que l'article 4 de la loi garantit à tout membre d'une association le droit de la quitter quand bon lui semble.

Toutefois, la loi prévoit la distinction entre les associations « simplement licites » et les associations dotées de la personnalité juridique. Au sein de cette dernière catégorie doivent être distinguées les associations soumises à la déclaration et les associations reconnue d'utilité publique qui, elles, restent soumises au principe de l'autorisation qui doit être donnée par décret.

Esmein insiste sur cette distinction. Il souligne que les associations déclarées sont dotées d'une capacité juridique restreinte, la « petite personnalité »[2] comme on le disait à l'époque. Prévue à l'article 6 de la loi, cette capacité juridique restreinte leur permet seulement de pouvoir *acquérir à titre onéreux* – Esmein souligne dans le texte[3] – les cotisations de leurs membres, le local nécessaire à l'administration de l'association ainsi que des immeubles « strictement nécessaire à l'accomplissement du but qu'elle se propose »[4]. En comparaison, l'auteur cite l'article 11 de la loi pour montrer que les associations reconnues d'utilité publique par l'administration pouvaient, elles, *posséder ou acquérir* – là encore souligné dans le texte[5] – seulement les immeubles nécessaires au but qu'elles se proposent. Tout immeuble compris dans une donation ou dans un legs testamentaire qui ne serait pas nécessaire à l'accomplissement du but de l'association doit être vendu.

La différence passe entre l'acquisition « à titre onéreux » et « l'acquisition » qui sous-entend la possibilité d'acquérir à titre onéreux ou à titre gratuit. Esmein l'explique : « On le voit, ce qui est défendu à l'association [reconnue d'utilité publique], ce n'est pas, en réalité, d'acquérir à titre gratuit ces immeubles non nécessaires à son fonctionnement, mais de les posséder, de les conserver ; elle en garde seulement la valeur en argent. C'est le système que, dans notre ancien droit, beaucoup de système appliquaient aux gens de mainmorte, aux établissements ecclésiastiques en première ligne »[6]. Il s'agit sans doute d'une réponse aux critiques émises par le *Manuel de droit constitutionnel* de Duguit. Le doyen de Bordeaux considère en effet qu'en restreignant la capacité juridique des associations déclarées, le législateur n'a pas donné tous ses effets au principe de la liberté

[1] L'article 3 de la loi du 1er juillet 1901 dispose : « Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aura pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du Gouvernement, est nulle et de nul effet ».
[2] J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?..., op. cit.*, p. 372.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 1159.
[4] *Ibid*.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1160.
[6] *Ibid*.

d'association : « Seulement du moment où l'association était déclarée et publiée, elle devait avoir la pleine capacité juridique dans les limites, bien entendu, de son but, puisque ce but est la raison même de sa création et doit marquer la limite de son action. Le législateur de 1901 ne l'a pas voulu, et c'est en cela surtout que son œuvre est incomplète. […] Mais dans cette limite du but, toute acquisition devrait pouvoir être faite à titre gratuit ou à titre onéreux, librement, par toute association déclarée et publiée. Cela seul eût été vraiment la liberté d'association »[1].

Esmein soutient en effet que les raisons qui amenèrent le législateur à limiter la capacité des associations déclarées, c'est-à-dire ne nécessitant pas d'autorisation du pouvoir exécutif contrairement aux associations reconnues d'utilité publique, visaient à se prémunir contre la possession des biens de mainmorte qui fit tant débat dans les discussions relatives aux divers projets sur la liberté d'association, et notamment dans la discussion du projet Waldeck-Rousseau[2]. Duguit conteste cette argumentation qui, selon lui, a restreint inutilement la liberté des associations : « La raison traditionnelle qu'on a encore invoquée en 1901 pour repousser cette solution est le danger provenant de l'accumulation possible de biens collectifs soustraits aux transactions entre vifs et aux transmission héréditaires, d'après l'expressions courante, le danger de la main-morte. L'argument est sans valeur. Le danger de la main-morte dans nos sociétés modernes est chimérique. On ne parle point du danger de la main-morte pour les biens souvent considérables qui appartiennent à des sociétés commerciales. Pourquoi la main-morte n'est-elle pas un danger lorsqu'il s'agit d'une société d'assurance, d'un grand magasin ? Pourquoi l'est-elle quand il s'agit d'une association philanthropique ou d'enseignement ? Il n'y a point de raison. Mais les gouvernements craignent toujours que la liberté d'association ne soit trop grande et que les libres groupements ne s'emparent de domaines où ils veulent garder la direction, sinon le monopole. Et alors ils secouent l'éventail usé de la main-morte. Comment du reste parler de la main-morte à une époque où la concentration des capitaux est un phénomène d'une puissance irrésistible et qui prépare la forme socialiste de l'État futur ? Chose singulière, ce sont les politiciens socialistes qui, en 1901, ont le plus âprement mis en relief le prétendu danger de la main-morte »[3].

C'est pourtant bien ce danger d'accumulation de biens immeubles qui provoqua l'introduction dans la loi des restrictions relatives à la capacité des associations, qu'elles soient déclarées ou d'utilité publique. Esmein reconnaît que « l'association, pouvant grouper des énergies humaines dans les sens les plus divers, est une force considérable, sociale ou politique. Mais par cela même on peut craindre que parfois elle ne fasse échec à la puissance publique. Aussi la règle de l'ancien droit, considérée par Bodin comme une conséquence naturelle de la pleine souveraineté, était-elle qu'aucun corps ou collège particulier ne pouvait exister dans l'État, qu'avec la permission du souverain »[4].

Si le législateur consacre en 1901 la liberté d'association au profit de tout individu dans un but essentiellement politique – bien qu'Esmein ne mentionne jamais la naissance des premiers partis français dans les toutes premières années du siècle – on constate que l'association se trouve également au cœur de la politique religieuse et sociale des trois premières décennies de la IIIe République.

---

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 625.
[2] Voir P. Nourrisson, *Histoire de la liberté d'association en France depuis 1789*, vol. II, Paris, Tenin, 1901, p. 289-294.
[3] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 626-627.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 1160.

CHAPITRE DEUX

La liberté individuelle, élément justificatif d'une politique sociale

Le chapitre des *Éléments de droit constitutionnel* consacré à la « réglementation » des droits individuels s'inscrit pleinement dans son époque. C'est vrai pour les libertés d'opinion ; c'est vrai aussi de la question religieuse et de la question syndicale qui ont animé, voire embrasé, le débat politique et juridique du début du siècle. La cinquième édition des *Éléments* marque, de ce point de vue, une inflexion.

Sans jamais laisser paraître d'opinion proprement politique, et encore moins partisane, Esmein souscrit aux lois visant à organiser la société civile dans ce qu'elle a de plus fondamental, à savoir la religion et le travail. L'auteur justifie le régime juridique des libertés à caractère social – relatives à l'organisation des rapports sociaux – ainsi que celui de la liberté religieuse essentiellement marquée par le renouveau du mouvement anticlérical.

Sa formation intellectuelle fondée sur la doctrine libérale la plus pure développée dans la seconde moitié du XIXe siècle lui impose de promouvoir la laïcisation de la société au profit d'un renforcement des valeurs républicaines, et ce au moyen d'arguments juridiques essentiellement (Section 1). De même, les crises sociales marquées par la multiplication des grèves à partir des années 1890 lui imposeront de faire prévaloir la liberté individuelle dans son examen de la question syndicale (Section 2).

Section 1
La faveur pour une politique laïque énergique

La question religieuse est sans conteste au coeur de la réglementation des droits individuels chez Esmein, tout comme elle l'est également dans le *Manuel* de Duguit. En tant que « scientiste libre penseur »[1] revendiqué[2], en tant que libéral convaincu, l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* ne peut que se réjouir de la séparation des Églises et de l'État réclamée depuis des décennies par les auteurs libéraux[3].

Ainsi va-t-il justifier juridiquement le nouveau régime juridique des cultes édicté par la loi du 9 décembre 1905 au motif de sa parfaite adéquation avec les idéaux libéraux et individualiste (II). Mais on ne peut aborder la question sans s'attacher auparavant au régime juridique des congrégations religieuses (I).

[1] Voir G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…*, *op. cit.*, p. 219-223.
[2] A. Esmein, « La loi sur la séparation et l'encyclique "Gravissimo" », *RPP*, 1906, t. L, p. 49.
[3] Voir à titre d'exemple L.-A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, *op. cit.*, p. 233-256 ou encore É. Laboulaye, *Le Parti libéral…*, *op. cit.*, p. 40-57.

I
La justification du régime juridique appliqué aux congrégations religieuses

Outre une observation incidente dans l'un de ses articles[1], Esmein aborde le sort des congrégations religieuses à plusieurs reprises dans son œuvre[2], en particulier dans le chapitre qu'il ajoute aux *Éléments de droit constitutionnel* en 1909. Le régime juridique édicté par le législateur républicain comporte en effet plusieurs strates qui constituent un « régime d'exception »[3] que l'auteur entreprend de justifier.

Les premières mesures adoptées à l'encontre des congrégations religieuses établies en France furent les deux décrets du 29 mars 1880[4] à l'instigation de Jules Ferry. Le premier de ces décrets ordonnait l'expulsion sous trois mois de la congrégation des jésuites[5] – délai étendu à cinq mois pour les établissements de la congrégation assurant une activité d'enseignement[6] – tandis que le second ordonnait à toutes les congrégations non autorisées d'entamer sous trois mois les démarches nécessaires à leur reconnaissance par l'autorité administrative et ainsi de se mettre en conformité avec le droit existant[7] (qui fut longtemps ignoré par les régimes politiques précédents)[8]. Mais c'est la loi sur le contrat d'association du 1er juillet 1901 qui renouvellera le débat. Esmein consacre ainsi quelques pages de son exposé de la liberté d'association aux dispositions de la loi visant spécialement les congrégations religieuses et entreprend de les justifier en démontrant leur compatibilité avec les principes d'égalité et de liberté individuelle qui doivent s'imposer au législateur.

Il s'attache ainsi au régime d'autorisation préalable imposé aux congrégations religieuses par l'article 13 de la loi, régime qui selon ses propres termes « n'est point un régime de liberté »[9] en ce que les congrégations ne sont pas régies par la liberté absolue accordées aux associations visés par l'article 1er. La nouvelle loi impose en effet une autorisation préalable accordée par la loi pour la création de toute congrégation, une autorisation accordée cette fois par décret en Conseil d'État pour la création de tout nouvel établissement d'une congrégation et prévoit la dissolution par décret également de toute congrégation ou établissement congréganiste ne disposant pas d'une autorisation.

---

[1] Voir A. Esmein, « Les jésuites devant les tribunaux anglais », *RPP*, 1902, t. XXXIII, p. 357-364.

[2] Esmein consacre également comme nous le verrons deux notes de jurisprudence relatives à des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation : Voir Note sous Cass. Crim. 13 mars 1903 (un arrêt), 1er mai 1903 (quatre arrêts), 11 juin 1903 (un arrêt), 12 juin 1903 (un arrêt), 13 juin 1903 (cinq arrêts), *Sirey*, 1903, I, p. 425-431 et Note sous Cass. Crim. 25 juillet 1902, *Sirey*, 1903, I, p. 57-58.

[3] Voir J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?...*, *op. cit.*, p. 352-395.

[4] À titre anecdotique, on notera qu'Esmein évoque seulement ces deux décrets de façon incidente dans sa démonstration de la responsabilité du cabinet devant la seule Chambre des députés. Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 828.

[5] Article 1er alinéa 1 du décret n° 9349 du 29 mars 1880.

[6] Article 1er alinéa 2 du décret n° 9349 du 29 mars 1880.

[7] Les visas des deux décrets ciblent en effet un grand nombre de textes à commencer par la loi des 13 et 19 février 1790 qui dissolvait les congrégations existantes et prohibait la création à l'avenir. Voir J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?...*, *op. cit.*, p. 362-368.

[8] « À vrai dire, toutes ces dispositions restrictives n'avaient guère d'importance pratique dans le courant du 19e siècle, tant était grande la bienveillance du pouvoir à l'égard des ordres religieux. Mais ce n'était qu'une simple tolérance », J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?...*, *op. cit.*, p. 353.

[9] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1161.

L'article 18 prévoit enfin la dissolution de plein droit, sous trois mois, de toute congrégation qui n'aurait pas sollicité d'autorisation ainsi que des congrégations auxquelles cette autorisation aurait été refusée par le législateur.

Ce régime arbitraire fut dénoncé par Duguit qui soulignait que « le but du législateur de 1901 a été bien moins de donner la liberté d'association que de soumettre certaines associations, les congrégations, à un système particulièrement restrictif »[1]. Esmein ne présente pas, lui, la loi du 1er juillet 1901 comme étant spécialement et avant tout destinée à combattre les congrégations, du moins il n'en fait jamais mention. Ses développements visent uniquement à démontrer le bien-fondé, du nouveau régime et on ne saurait y voir une réponse aux critiques de Duguit. Celles-ci ne sont en effet jamais évoquées ; elles seront relevées par Barthélemy dans la sixième édition[2] des *Éléments*.

La dénonciation duguiste du « régime sévère de police »[3] appliqué aux congrégations religieuses se fonde essentiellement sur l'absence de définition légale de la notion de « congrégation ». Un tel régime ne peut se justifier selon lui pour le simple fait que la loi n'énonce pas de critère permettant de distinguer une congrégation religieuse d'une association visée par les articles 1 à 12 de la loi : « La liberté d'association étant aujourd'hui reconnue et organisée, le régime spécial de police, sous lequel les lois du 1er juillet 1901 et du 7 juillet 1904 ont placé les congrégations ne peut se justifier en droit que s'il existe un critérium juridique certain qui permettre d'établir une différence déterminée entre les associations ordinaires et les congrégations. Or, il nous semble bien que ce critérium n'existe pas »[4].

Duguit considère en effet que cette distinction juridique ne peut être fondée sur le but religieux de la congrégation : « Il est certain que le but religieux en vue duquel est constituée une association ne lui donne point le caractère de congrégation ; on a dit à maintes reprises à la chambre et au sénat que des associations fondées entre laïques en vue d'un but religieux restaient soumises au droit commun »[5]. La vie en communauté ne peut pas non plus servir de critère d'identification : « Quant à la vie en commun, c'est là un fait qui ne peut avoir aucune influence sur la nature juridique d'une association. D'abord on a reconnu qu'il pouvait y avoir congrégation sans qu'il y ait vie en commun. D'autre part il peut y avoir vie en commun d'un certain nombre de personnes alors qu'il est certain qu'il n'y a ni association ni congrégation »[6]. De même, le port du costume religieux par des individus ne peut être pris sérieusement en considération : « Quant au port du costume spécial, c'est une question de police qui ne peut avoir aucune conséquence relativement à la nature d'une association. Dans un local privé et clos, chacun peut se vêtir comme il l'entend ; dans un endroit public, l'autorité de police doit déterminer les conditions de costume exigées pour la décence et la tranquillité publique »[7]. Enfin, la prononciation de vœux religieux ne peut également être tenue comme un critère déterminant : « Au point de vue du droit moderne, ce ne sont pas des manifestations

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 628.
[2] Barthélemy vise non le *Manuel* de Duguit, mais son *Traité* paru en 1911, voir par exemple *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1162, note 1, entre crochets.
[3] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 628.
[4] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 633.
[5] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 635.
[6] *Ibid*.
[7] *Ibid*.

extérieures de la volonté en vue de produire un effet de droit. Les vœux de pauvreté, de chasteté, d'obéissance sont des résolutions intérieures, qui relèvent de la conscience individuelle de chacun, que le législateur ne peut pas connaître, n'a pas le droit de connaître. Il ne peut donc pas fonder tout un système législatif sur un acte de volonté intérieure, qui échappe entièrement à son empire »[1].

Esmein doit répondre à la difficile identification des congrégations et à leur indistinction avec les associations « proprement dites »[2]. Mais l'exposé contenu dans le chapitre ajouté en 1909 ne fait que reprendre, parfois reproduire, la note de jurisprudence sur douze arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendus en 1903 à propos des poursuites engagées à l'encontre d'ecclésiastiques accusés d'être membres de congrégations non autorisées.

Pour Esmein, les congrégations ne sont pas des associations « ordinaires »[3]. Elles ne peuvent être regardées comme de simples associations parce qu'elles ne procèdent pas, comme le veut l'article 1er de la loi, de la volonté individuelle de chacun de leurs membres. Ceux-ci n'exercent en rien une liberté individuelle en étant membres d'une congrégation : « Mais les congrégations religieuses, dans la réalité des faits, comme d'après leur loi propre, qui est le droit canonique, ne sont pas des associations libres, mais des organes secondaires de l'Église catholique. Le droit canonique ne leur permet pas de se former librement ; les ordres religieux ne peuvent se constituer que par la volonté du pape ; il faut au moins l'autorisation de l'évêque pour la constitution de simples congrégations »[4]. Ainsi les membres d'une congrégation ne se placent jamais sous l'empire de l'article 1er qui suppose l'existence d'un contrat librement consenti entre les membres d'une association.

Esmein s'accorde avec le doyen de Bordeaux pour reconnaître que « ce n'est point à raison de la nature religieuse du but qu'elles doivent poursuivre » qu'on peut identifier une congrégation : « des associations ayant un but religieux, pourvu que ce ne soient pas des congrégations, peuvent très bien se former en bénéficiant de la loi du 1er juillet 1901, entre personnes laïques ou ecclésiastiques »[5]. Mais il n'est pas besoin de s'interroger sur les critères d'identification des congrégations[6]. Au point de vue juridique, l'existence de l'acte procédant à la création d'une congrégation suffit à l'identifier : « Le législateur de 1901, pas plus que ceux qui l'avaient précédé, n'a pas défini la congrégation religieuse, et cela n'était pas nécessaire. Elle a en effet toujours pour origine canonique un acte de l'autorité ecclésiastique, qui lui donne l'existence en tant que congrégation : c'est un simple fait que constate l'autorité civile »[7].

Ce faisant, le régime d'autorisation édicté par la loi du 1er juillet 1901 « a suivi une tradition constante »[8]. L'explication politique n'est pas niée : le régime de l'autorisation

---

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 635-636.
[2] *Ibid*.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1161.
[4] *Ibid*. Voir également note sous Cass. Crim. 13 mars 1903, 1er mai 1903, 11 juin 1903, 12 juin 1903, 13 juin 1903, *Sirey*, 1903, I, p. 425-431.
[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1161.
[6] Il considère notamment, comme Duguit le fera, que le droit français n'a pas à connaître du critère éventuel du prononcé des vœux, qu'ils soient des vœux solennels ou simples : Voir note sous Cass. Crim. 13 mars 1903, 1er mai 1903, 11 juin 1903, 12 juin 1903, 13 juin 1903, *Sirey*, 1903, I, p. 425.
[7] *Ibid*.
[8] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1163.

vient sans doute du soutien supposé de certaines congrégations et plus globalement du « parti clérical »[1] au mouvement antidreyfusard[2] : « Non seulement les congrégations sont des organes de l'Église, mais ce sont le plus souvent des instruments de lutte, destinés à développer l'influence de l'Église dans tel ou tel sens, et souvent sur un terrain qui n'appartient point au monde spirituel : les rigueurs de la loi de 1901 contre les congrégations ont été certainement provoquées en partie par l'action politique et électorale de certaines congrégations »[3].

Mais c'est bien sur le terrain juridique, et plus précisément en se fondant sur l'histoire du régime juridique des congrégations religieuses en France, qu'Esmein démontre que la loi du 1er juillet 1901 n'est pas plus rigoureuse que le droit antérieur quant à l'obligation d'autorisation à laquelle sont soumises les congrégations. C'est là d'ailleurs un autre point de la critique de Duguit. Celui-ci admet en effet difficilement que le législateur républicain puisse se fonder sur un principe juridique – l'autorisation préalable – remontant au droit de l'Ancien régime : « Les auteurs de cette législation draconienne contre les congrégations ont invoqué deux ordres de considération. D'abord ils ont fait valoir la continuité historique du droit français à cet égard ; ils ont rappelé à satiété ce principe du droit monarchique d'après lequel les congrégations ne pouvaient se former qu'avec l'autorisation royale et étaient toujours à la discrétion de l'administration centrale. Ils ont affirmé qu'il convenait que la troisième république suivît les principes et la politique de la monarchie ancienne »[4].

Esmein explique que c'est bien par leur qualité « d'organes secondaires de l'Église » que les congrégations furent soumises à autorisation[5]. Il en était ainsi sous tous les régimes politiques de la France, à commencer par l'Ancien régime où les congrégations devaient obtenir le consentement du souverain[6] pour pouvoir exister. Et si l'autorisation est restée la règle, c'est en raison du fait qu'elle constitue juridiquement une dispense de loi : « Dans le droit moderne, une loi est encore plus nécessaire pour autoriser une

---

[1] Esmein emploie l'expression dans son article critique sur l'ouvrage de Moisei Ostrogorski. Voir A. Esmein, « La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski », *RPP*, 1903, t. XXXVII, p. 118.

[2] Voir J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?...*, *op. cit.*, p. 369 et le renvoi bibliographique de la note 66. Duguit mentionne ce fait également mais de manière plus précise : « La crise née de l'affaire Dreyfus, le rôle politique attribué à certaines congrégations provoquèrent le dépôt par le ministère Waldeck-Rousseau, le 14 novembre 1899, du projet de loi qui est devenu la loi du 1er juillet 1901… », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 633.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1161.

[4] Il poursuit : « D'autre part, on a dit qu'on ne pouvait point appliquer le droit commun aux congrégations, qu'elles étaient tout à fait différentes des associations ordinaires, parce que leurs membres renonçaient au monde, abandonnaient la famille, laissaient de côté leurs intérêts personnels pour s'engager par des vœux à suivre une règle leur imposant l'obéissance passive et l'abdication de toute initiative. On a jouté que ce régime rigoureux de police étaient d'autant plus nécessaire que les congrégations dissimulaient sous des prétexte religieux une active campagne politique, que leurs richesses s'étaient accrues dans des proportions considérables (elles représentent, disait-on, un milliard), et qu'enfin leur action sur les consciences, leur mainmise sur les intelligences constituaient un véritable péril », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 630.

[5] « Il ne paraîtra point étonnant, d'après ce qui vient d'être dit, que traditionnellement dans notre pays le pouvoir civil ait pris les précautions les plus strictes à l'égard des congrégations », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1162.

[6] « L'ancien droit exigeait, pour qu'elles pussent exister en France, une autorisation par lettres-patentes, ce qui était une des formes de la loi ; il fallait aussi des lettres-patentes pour autoriser chacun des nouveaux établissements d'une congrégation autorisée. Le roi pouvait supprimer les congrégations qu'il avait autorisées ; il pouvait aussi les réformer et le règne de Louis XV présente des applications bien connues de l'une et de l'autre faculté », *Ibid*.

congrégation. En effet les lois de la Révolution qui ont supprimé les ordres religieux et les congrégations et défendu d'en établir de nouveaux à l'avenir n'ont jamais été abrogées. Autoriser une congrégation c'est donc en réalité accorder une *dispense* de ces lois et cela ne peut se faire que par une loi »[1]. Si les régimes impériaux n'employaient que des décrets pour donner leur autorisation à la création de congrégations, c'est uniquement en raison du fait que ces deux régimes substituèrent aux lois la pratique des décrets-lois[2]. Enfin les Pairs de la Restauration rétablirent par loi du 24 mai 1825 la pratique véritable de l'autorisation législative[3]. De sorte que le régime d'autorisation prévu par l'article 13 de la loi du 1er juillet 1901 « n'a donc point innové »[4]. Ainsi, le principe de l'autorisation législative pour la reconnaissance des congrégations édicté par le législateur républicain de la IIIe République n'est en rien discriminatoire. Par leur formation même, les congrégations diffèrent entièrement des associations au sens de l'article 1er.

L'idée contraire défendue par Duguit implique que les peines prononcées à l'encontre des membres d'une congrégation poursuivant l'œuvre de celle-ci après sa dissolution ne possèdent pas de fondement de juridique. La congrégation ne pouvant être distinguée de la simple association, il est impossible d'en identifier les membres et ainsi de les condamner, comme le prévoit pourtant l'article 16 de la loi. Sur ce point, Esmein ne fait que renvoyer à sa note de jurisprudence : « Lorsqu'une congrégation est dissoute, pour savoir si ses anciens membres sont punissables comme la continuant illégalement, il n'est pas nécessaire non plus, à nos yeux, de décomposer la congrégation en ses éléments constitutifs ; et d'en constater la persistance ; il suffira simplement de constater si en fait les anciens membres, dispersés ou réunis, s'efforcent de continuer l'action de la congrégation dissoute et visent toujours le but commun qu'elle poursuivait »[5]. Esmein approuve le raisonnement des juges de cassation qui, pour considérer que les anciens membres de la congrégation la poursuivaient illégalement après sa dissolution, ont estimé nécessaire d'établir l'existence « de faits extérieurs et nouveaux, c'est-à-dire postérieurs à la dissolution » : « seulement leur qualité ancienne , rapprochée de faits postérieurs et nouveaux, pourra constituer l'une des présomptions de fait, l'un des indices qui, dans notre système de preuves morales, peuvent suffire pour fonder la conviction et la décision du juge »[6].

---

[1] *Ibid*.
[2] *Ibid*.
[3] « Mais aux époques où l'on connaissait bien et où l'on respectait les principes, le projet de loi qui aboutit à la loi du 24 mais 1825 sur les communautés religieuses de femmes avait pour but d'établir, comme la pratique s'en était introduite, qu'elles pourraient être autorisées par des ordonnances du roi : la discussion à la Chambre des pairs introduisit au contraire cette règle, qu'à l'avenir elles ne pourraient être autorisées que par une loi », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1162-1163.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1163.
[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1162.
[6] « Ce qu'il faut pour créer le délit, dit encore la Cour suprême, ce sont des actes qui prouvent que l'ancien congréganiste collabore toujours à l'œuvre de la congrégation. Ce sont, tout au moins, des actes extérieurs, car nous inclinerions à croire que le port public, après la dissolution, du costume qui en distinguait les membres, la revendication publique par un ancien congréganiste des titres ou qualifications qui les désignent, peuvent constituer des faits dont il s'agit »Voir Note sous Cass. Crim. 13 mars 1903, 1er mai 1903, 11 juin 1903, 12 juin 1903, 13 juin 1903, *Sirey*, 1903, I, p. 427. Esmein ne fait ici que reproduire le raisonnement qu'il avait tenu dans une note précédente où il considérait qu'il appartenait aux juges de constater « *la possession d'état de membre d'une congrégation religieuse* », rassemblant sous cette expression des faits tels que « le porte de l'habit monastique lorsqu'il persiste ; le titre ou la qualification qui sert dans l'usage à désigner les membres d'une congrégation, lorsque ceux-ci continuent à les recevoir habituellement […] ; les relations qui ont put subsister

L'article 14[1] de la loi du 1er juillet 1901 prévoyait également l'interdiction pour tout membre d'une congrégation non autorisée de diriger de façon directe ou indirect un établissement d'enseignement ou de procéder à des activités d'enseignement. Esmein se heurte une nouvelle fois à Duguit. Le *Manuel* de ce dernier affirme en effet que l'exclusion de l'activité de direction d'un établissement d'enseignement ou d'activités d'enseignement « est une *violation flagrante* des principes de la Déclaration des droits »[2] : « En effet, l'affiliation à une congrégation religieuse résulte d'une adhésion intérieure à la règle de cette congrégation et à la formulation de vœux, qui ne sortent pas du domaine de la conscience intime et par conséquent échappent à la prise de la loi. La disposition rapportée interdit l'accession de certains emplois à des citoyens pour des raisons étrangères à leur capacité, à leurs vertus, à leurs talents, en réalité à cause de leurs croyances intimes et de promesses purement morales faites par eux »[3].

Pour Esmein, cette disposition ne constitue en rien une atteinte au principe d'égalité devant la loi. L'exclusion de l'enseignement des membres d'une congrégation non autorisée, dissoute ou non, n'est pas édictée « à raison de leurs personnes ou même de leurs opinions » [4] mais seulement en raison du délit d'appartenance à une telle congrégation. Dans l'une de ses notes de jurisprudence, Esmein admet avec la chambre criminelle de la Cour de cassation que l'activité de répétiteur exercée par un membre d'une congrégation dissoute, mais regardée comme poursuivant l'œuvre de celle-ci, constitue bien une activité d'enseignement si celle-ci est faite en vertu d'un accord avec le chef d'établissement et tombe ainsi sous le coup de l'article 14.

Si l'article 14 n'est en rien contraire au principe d'égalité en raison du caractère délictuel de l'appartenance à une congrégation non autorisée, reste à savoir si elle est compatible avec la liberté de l'enseignement.

La liberté de l'enseignement constitue une des libertés individuelles se rapportant « aux intérêts moraux de l'individu »[5]. Elle forme avec la liberté d'association « des droits essentiels pour le libre développement de l'activité et de l'intelligence individuelles »[6] mais aussi « des organisations et des fonctions sociales »[7]. Esmein consacre de longs développements à l'histoire de la liberté de l'enseignement en France[8], sans pourtant la définir. Tout au plus souligne-t-il les conséquences d'un droit individuel à enseigner, visant sans la nommer l'influence potentielle de l'Église catholique sur les esprits : « en même temps qu'elle est un droit précieux pour les individus, isolés ou groupés, la liberté de l'enseignement peut avoir chez une nation les conséquences les plus graves : utilisé par un parti puissant, elle peut avoir pour but et pour effet de diriger dans un sens particulier et contraire aux institutions que le peuple s'est données, l'instruction et l'éducation d'une grande partie de citoyens. C'est une liberté qui peut être plus redoutable que celle de la presse, car elle exerce son action sur des esprits non encore formés et facilement

---

entre les membres qui ont notoirement appartenu à la congrégation. Un seul de ces éléments pourrait d'ailleurs suffire, selon les circonstances », Note sous Cass. Crim. 25 juillet 1902, *Sirey*, 1903, I, p. 58.

[1] La sixième édition évoque page 1171 « l'article 11 » mais il s'agit bien pourtant de l'article 14.

[2] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 493.

[3] *Ibid*.

[4] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1090.

[5] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 546.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 548.

[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 547.

[8] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1164-1172.

malléables »[1]. Cela justifie ainsi à ses yeux « un contrôle de l'État particulièrement étroit »[2] sur les maîtres de l'enseignement – libre ou public – qui doivent présenter « des garanties de capacité et de moralité »[3] et ce, dans « l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il faut protéger contre toutes les entreprises, parce qu'il ne peut se défendre lui-même »[4]. C'est donc bien sur cette notion de « moralité » des enseignants que l'auteur légitime l'interdiction posée par l'article 14 du droit d'enseigner à tout membre d'une congrégation non autorisée : « il est très naturel que le législateur interdise l'enseignement à une personne qui commet un délit continu, qui à chaque instant de son existence tombe sous le coup de la loi pénale »[5].

Mais si l'interdiction d'enseigner édictée par la loi du 1er juillet 1901 est ainsi justifiée au regard du délit commis par les congréganistes membres d'un organisme illégal, l'interdiction posée par la loi du 7 juillet 1904[6] ne peut se fonder juridiquement sur la commission d'un délit. La loi relative à la suppression de l'enseignement congréganiste interdit en effet par son article 1er « l'enseignement de tout ordre et de toute nature » aux congrégations et impose la suppression sous dix ans des congrégations autorisées assurant exclusivement des activités d'enseignement[7]. Ainsi, tout congréganiste quel qu'il soit se voit interdire à l'avenir la possibilité d'enseigner.

Pourtant, Esmein s'attache à démontrer la compatibilité contestée[8] d'une telle loi avec les principes directeurs des droits individuels. Quant au principe d'égalité d'accès aux emplois et fonctions, il se conforme à l'idée de « capacité » des enseignants et estime que la loi de 1904 peut parfaitement édicter une telle incapacité[9] et qu'ainsi elle ne viole en rien – contrairement à l'opinion de Duguit – le principe d'égalité civile. Plus loin, il s'attache au fondement de cette incapacité « si grave »[10]. Il rappelle la crainte politique de l'intrusion – qu'il semble tenir pour illégitime – de certaines congrégations dans le débat politique : « Il faut reconnaître aussi que cette loi est *une mesure de combat défensif* ; elle a été provoquée par l'immixtion des congrégations dans la lutte politique et électorale »[11]. Pour autant, cela ne permet de justifier juridiquement l'interdiction. Aussi avance-t-il que « l'enseignement même libre est une *fonction sociale*, et non pas simplement l'exercice d'un droit naturel »[12].

L'appel à la notion de « fonction sociale » implique alors la protection de l'intérêt de l'enfant qui doit être tenu pour supérieur à la liberté individuelle des enseignants membres de congrégations autorisées, tout comme il l'est à la liberté individuelle des parents en

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1164.
[2] *Ibid*.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid*.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1171.
[6] On note que contrairement à Duguit, Esmein ne mentionne jamais la loi du 4 décembre 1902 qui complétait la loi du 1er juillet 1901 en interdisant l'ouverture de tout nouvel établissement congréganiste.
[7] La loi précise que les congrégations autorisées qui assurent d'autres activités que celle d'enseignement pourront continuer à bénéficier de l'autorisation qu'elles ont reçu mais seulement pour les activités étrangères à l'enseignement.
[8] Voir par exemple le débat engagé dans la *Revue politique et parlementaire* entre Ferdinand Buisson, tenant « d'une laïcité intégrale » et René Goblet opposé à la loi de 1904 : F. Buisson, « Le droit d'enseigner », *RPP*, 1903, t. XXXVI, p. 446-471 ; F. Buisson, « La crise de l'anticléricalisme », *RPP*, 1903, t. XXXVIII, p. 5-32 ; R. Goblet, « La crise de l'anticléricalisme. Réponse à M. Buisson », *RPP*, 1903, t. XXXVIII, p. 421-432 ; R. Goblet, « La suppression de l'enseignement congréganiste », *RPP*, 1904, t. XLI, p. 237-248 ; F. Buisson, « La laïcité intégrale », *RPP*, 1904, t. XLI, p. 447-465.
[9] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1090.
[10] *Éléments…, op. cit.*, p. 1172.
[11] *Ibid*, nous soulignons.
[12] *Ibid*, nous soulignons.

matière d'instruction obligatoire[1]. Ainsi l'incapacité édictée par la loi se justifie par le danger que peut représenter l'enseignement dispensé par l'Église : « Le législateur de 1904 interdit cette fonction aux membres des congrégations, il établit une incompatibilité entre la fonction d'instructeur de la jeunesse et celle de congréganiste, parce qu'il estime que les congrégations, par suite de leur formation intellectuelle et morale, par leur organisation et parce qu'elles sont *des organes militants* de l'Église catholique, pourraient donner aux générations futures des idées et des sentiments contraires aux principes de l'État français »[2].

L'argumentation se conclut par l'idée que, en assurant un enseignement, le congréganiste n'use pas de l'une de ses libertés individuelles. Celui-ci semble avoir abdiqué ces libertés en appartenant à une congrégation et ainsi il doit être confondu avec elle : « Mais peut-on véritablement parler d'atteinte au droit individuel ? Étant donné le vœu d'obéissance qu'il a prononcé, ce n'est pas le congréganiste qui enseigne en pleine liberté et responsabilité morale individuelle : c'est la congrégation qui enseigne en son nom et par lui »[3]. On retrouve ici ce qu'Esmein avançait déjà dans l'une de ses notes de jurisprudence de 1903 en écrivant à propos d'un enseignant membre d'une congrégation non autorisée : « On a estimé que le congréganiste est en fait absorbé par la congrégation, qu'il en est inséparable, et que lorsqu'il enseigne, c'est elle qui agit »[4]. Toutefois, la référence aux vœux prononcés par les membres d'une congrégation peut paraître étrange lorsque l'on sait que le droit français « refuse toute valeur et toute reconnaissance légale aux vœux […], qu'il soient simples ou solennels »[5].

Les dispositions frappant les congrégations religieuses et leurs membres n'enfreignent jamais les principes d'égalité et de liberté qui président à la notion de droits individuels. Les congrégations ne procèdent aucunement de la liberté individuelle de leurs membres de sorte que ceux-ci n'exercent jamais un quelconque droit individuel dans leurs activités au profit de la congrégation. Esmein s'oppose donc nettement à Duguit qui tient les lois de 1901 et de 1904 comme « une violation directe des principes de liberté d'association, de liberté d'enseignement et d'égalité civile »[6].

Mais c'est bien en leur seule qualité « d'organes militants » de l'Église catholique qu'Esmein condamne les congrégations et leurs activités et non en raison d'un sentiment irréligieux comme le prouve sa justification du principe de séparation des Églises et de l'État.

---

[1] Esmein consacre quelques courtes lignes à loi Ferry sur l'instruction élémentaire obligatoire : « On ne saurait considérer comme une atteinte à la liberté individuelle en matière d'enseignement, l'obligation de faire donner l'instruction élémentaire aux enfants de 6 à 13 ans imposées aux parents ou tuteur par la loi du 28 mars 1882. Les enfants ne sont pas une chose qui appartienne à leurs parents ou à leur famille, quelques respectable que soit l'autorité paternelle. C'est la liberté de l'enfant, sa liberté en germe, que garantit la loi sur l'instruction obligatoire ; elle assure aux parents tout ce qui leur est dû en leur laissant le libre choix de l'école que suivra l'enfant ou du mode d'instruction qui lui sera donné », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1174.

[2] *Ibid*, nous soulignons.

[3] *Ibid*.

[4] Note sous Cass. Crim. 25 juillet 1902, *Sirey*, 1903, I, p. 57.

[5] Note sous Cass. Crim. 13 mars 1903, 1er mai 1903, 11 juin 1903, 12 juin 1903, 13 juin 1903, *Sirey*, 1903, I, p. 425.

[6] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 636.

II
La justification du régime juridique de la séparation des Églises et de l'État

La loi de séparation des Églises et de l'État est à l'origine du chapitre sur les droits individuels ajouté dans la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* ; c'est l'aveu d'Esmein dans la préface. Il est en effet indéniable que la réglementation de l'exercice des cultes constitue la partie la volumineuse de ce nouveau chapitre. Elle poursuit la réflexion entamée dans l'article « La loi sur la séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" »[1], paru en 1906 à la *Revue politique et parlementaire*.

Dans son ouvrage remanié, Esmein étudie la loi de 1905 dans ses principales dispositions, sans la séparer de la question de la liberté du culte comme le fit Duguit deux ans avant lui[2]. L'auteur intègre en effet son analyse à une section consacrée à la liberté de conscience et la liberté du culte[3], deux libertés intimement liées et qui « auraient pu réclamer le premier rang, car historiquement ce sont les premiers droits individuels qui ont été revendiqués »[4]. Un tel argument a sans aucun doute pour objectif de prouver que la loi se conforme au principe général de liberté individuelle. Car Esmein veut démontrer que la séparation des Églises et de l'État est non seulement une loi de liberté pour l'individu mais aussi une loi de liberté pour les Églises, particulièrement pour l'Église catholique.

Conformément à ce qu'il avait énoncé dans le chapitre sur les droits individuels[5], l'auteur présente la liberté de conscience *stricto sensu* comme un « *droit négatif* » qui « consiste en ce que nulle personne ne peut être contrainte, non seulement à professer extérieurement une religion en laquelle elle ne croit pas et à en suivre les rites, mais même à en accomplir aucun acte qui suppose ou implique une foi qui n'est pas la sienne, "à ne rien faire contre sa conscience", comme disait l'Édit de Nantes »[6]. Il ajoute en note une précision de taille qui rappelle les limites – civiles – de cette liberté en précisant : « Il ne faut point pourtant que les religions prétendent interdire à leurs adhérents des actes qui sont nécessaires à l'existence de la société civile. On ne saurait admettre (la question s'est posée plus d'une fois) que le service militaire soit incompatible avec aucun culte »[7]

Si l'article 1er de la loi du 9 décembre 1905 garantit la liberté de conscience, Esmein ne s'attarde pas sur le principe même. Seulement précise-t-il qu'aucune disposition de la

---

[1] A. Esmein, « La loi sur la séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" », *RPP*, 1906, t. L, p. 34-49.
[2] Duguit étudie en effet d'abord dans une section particulière « la liberté religieuse », qui associe la liberté de conscience et la liberté du culte, avant d'étudier le régime de la séparation des Églises et de l'État dans la section suivante : voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 589-601 et p. 601-621.
[3] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1175-1211.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1175.
[5] Il définit la liberté de conscience comme « le droit pour tout citoyen de ne pas être contraint à professer une religion en laquelle il ne croit pas, ni à participer aux actes extérieurs par lesquels elle se manifeste. […]. La liberté de conscience est le premier des droits individuels qui se soit affirmé dans les temps modernes comme étant absolu et inviolable. Le mouvement de la Réforme, les persécutions et les luttes qui s'ensuivirent en amenèrent la revendication ; et Cromwell, sans en tirer toutes les conséquences, la proclamait comme un principe fondamental et nécessaire de la Constitution qu'il voulait établir. L'École du droit de la nature et des gens la reconnaît comme un droit absolu », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 546.
[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1175.
[7] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1175, note 2.

législation française ne s'oppose ou ne viole le principe de liberté de conscience : ni le choix du dimanche comme jour de repos hebdomadaire[1], ni l'institution de l'état civil[2], ni même le caractère laïque de l'école publique[3], ces deux dernières constituant des conséquences logiques du principe[4]. Car c'est bien à la liberté de culte que cette dernière section du chapitre entend se consacrer car, écrit-il, « il s'en faut de beaucoup pour que la liberté de culte soit une chose aussi simple que la liberté de conscience »[5].

La liberté de culte est « pour chaque personne le droit de pratiquer extérieurement la religion en laquelle elle croit, d'en suivre les rites et d'en accomplir les cérémonies ». Esmein précise : « Il s'agit là du *culte public*, c'est-à-dire de celui qui se produit dans les temples librement ouverts à tous les fidèles. Car le *culte privé*, celui qui s'accomplit au sein de la famille, dans un domicile privé, ou dans un local où sont admis seulement certains individus nommément convoqués à cet effet, bien que précieux et parfois nécessaire pour certains actes, ne saurait suffire à ce qu'exige la véritable liberté »[6]. Ainsi, c'est bien le culte public que garantit la loi du 9 décembre 1905 et c'est ce caractère public qui impose au législateur d'en réglementer l'exercice.

La méthode historique est là sollicitée. Esmein présente un résumé, « dans ses grandes lignes »[7] des rapports établis au cours des siècles entre les « deux puissances »[8] que furent l'Église catholique et l'État français. Rapports placés longtemps sous le régime du déséquilibre : « Ce fut dans la pure période féodale, sans l'anarchie féodale, que l'Église, quoique souffrant souvent des violences, approcha le plus près de l'idéal politique qu'elle incorpore dans sa doctrine. Enserrant tous les chrétiens, tous ceux qui ont reçu le baptême, elle comprenait les fidèles en même temps que le clergé. Mais les simples fidèles étaient les sujets de l'État en même temps que ceux de l'Église. Le clergé, au contraire, formait une société distincte et maîtresse d'elle-même tout en commandant aux fidèles. Elle a son gouvernement : le pape, les évêques, les conciles ; elle a sa législation propre, le droit canonique ; elle a son patrimoine, les biens ecclésiastiques, dont la jouissance, dotation des fonctions ecclésiastiques, est divisée en innombrables bénéfices : elle a ses juridictions, et, en principe, la puissance et la loi civile : ni les juridictions séculières ni l'impôt n'ont de pris et autorité ni sur les clercs (auxquels le plus souvent on assimile les

---

[1] Il considère qu'il s'agit seulement là d'un « usage immémorial et persistant », *Éléments…, op. cit.*, p. 1176.

[2] Celle-ci constitue même « la meilleure garantie [du principe], puisqu'elle affranchit de toute observance religieuse la constatation de l'état de chaque citoyen, sans empêcher en aucune façon les cérémonies parallèles dont les diverses religions peuvent vouloir entourer les principaux faits qui le constituent », *Ibid*.

[3] « Est également une application sincère de la liberté de conscience le caractère purement laïque imposé par nos lois à l'enseignement donné dans les écoles primaires publiques. Cette neutralité de l'école publique est faite pour respecter la conscience religieuse de tous les parents », *Ibid*. On notera que c'est la seule mention qui sera faite dans l'ouvrage de la notion d'école « publique et laïque ».

[4] Pour être complet, on doit noter que le propos s'attache de façon particulière au serment en matière judiciaire qui, notamment pour les jurés d'assises, une formule « qui implique un appel à la divinité ». Comme Duguit, Esmein considère que la pratique du serment peut effectivement porter atteinte à la liberté de conscience des non-croyants et qu'il « serait plus logique de substituer partout au serment une déclaration faite sur l'honneur et la conscience. La loi serait ainsi en parfaite harmonie avec la liberté de conscience et, dans notre société, une telle déclaration présenterait vraisemblablement les mêmes garanties que celle qui est faite sous la foi du serment », *Éléments…, op. cit.*, p. 1177. Voir également L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 600-601.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1178.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 1177-1778.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 1181.

[8] *Ibid*.

religieux à cet égard) ni sur les biens ecclésiastiques et sur les bénéfices qui restent sous la seule autorité de l'Église »[1].

Ce résumé[2] est surtout destiné à expliquer que la conclusion d'un Concordat au début du XVIe siècle entre la monarchie française et l'Église romaine constitua un nouveau « régime » offrant à l'Église une exclusivité quant au culte et à son exercice mais constituait aussi par là une négation totale du principe de liberté *individuelle* de culte : « Sous ce régime, la question de la liberté du culte catholique se présentait sous un jour tout particulier. Ce n'étaient pas les catholiques français *individuellement considérés*, qui en jouissaient : c'était l'Église catholique ; et, en réalité ce qu'elle possédait ce n'était pas la liberté d'exercer le culte auquel elle présidait, c'était l'exercice exclusif de ce culte, l'exclusion de tout autre, comme le prouvait la révocation de l'Édit de Nantes, qu'elle avait obtenue. L'Édit de 1787 rendit bien aux protestants la liberté de conscience, mais non point la liberté de culte »[3].

Mais ce régime concordataire a eu pour effet d'ériger l'Église en corps et de régler ses rapports avec l'État, notamment le contrôle qu'exerce ce dernier sur les membres du clergé. Un tel accord tend inévitablement à entamer la liberté de l'Église, à commencer par son pouvoir de nomination. En effet, c'est à l'État de procéder à la nomination des évêques : l'Église doit seulement les instituer. Il s'agit là pour Esmein « du fond même du Concordat »[4] : « La nomination des évêques, qui appartenait au chef de l'État français, l'institution canonique étant donnée par le pape, ne laissait à ce dernier aucun choix ; il devait instituer ceux qui étaient nommés à moins de démontrer en eux une incapacité ou une indignité prévue par le droit canonique. […] La personne nommée par le roi à un évêché devait être institué par le pape, à moins que des enquêtes faites en France n'établissent en lui une incapacité ou indignité canonique. C'était bien le pape qui, *jure canonico*, conférait l'épiscopat, mais nos anciens auteurs déclaraient que c'était une collation forcée de sa part »[5].

C'est là la première partie de la démonstration d'Esmein : le régime de Concordat ne garantit ni les libertés de conscience et de culte de l'individu, ni même la liberté de l'Église. Une conviction qu'il exposait déjà dans un article intitulé « La question des investitures dans les lettres d'Yves de Chartres » en 1889. Cette étude relatait les conflits ouverts entre « les chefs des Églises et les chefs des États » au IXe siècle sur l'épineuse question des investitures que devaient conférer les chefs d'États aux évêques et abbés désignés par la papauté. Esmein décrivait alors les limites de la liberté de l'Église catholique par l'obligation qu'elle avait de demander aux États l'investiture des ecclésiastiques qu'elles désignait : « L'obligation pour les évêques et pour les abbés de demander aux princes l'investiture de leurs bénéfices était le lien le plus fort qui retînt encore l'Église dans une certaine dépendance du pouvoir temporel : c'était la sanction véritable des droits de contrôle que celui-ci avait conservés sur l'élection des évêques et

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 1179-1180. Voir également *Éléments…, op. cit.,* p. 35-36. On notera qu'Esmein consacre en 1890 une étude conséquente sur la juridiction de l'Église en matière matrimoniale qui décrit l'évolution de la concurrence entre les juridictions ecclésiastiques et les juridictions séculières : voir A. Esmein, « La juridiction de l'Église sur le mariage en Occident », *NRHD,* 1890, p. 173-221.
[2] Voir *Éléments…, op. cit.,* p. 1178-1181.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 1181-1182, nous soulignons.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 1187.
[5] *Ibid*.

des abbés »[1]. L'auteur envisageait ainsi que « la suppression des investitures données par le souverains temporels, c'était, dans un certain sens, la séparation de l'Église et de l'État, à une époque où l'État, dénaturé par l'émiettement féodal, avait perdu sa force et ses droits »[2].

Dans la foulée, les *Éléments de droit constitutionnel* relatent longuement le conflit qui s'ouvrit en 1903, « au moment où les rapports étaient déjà tendus par suite de la loi de 1901 et d'autres incidents »[3], entre le Vatican et le cabinet Combes qui mit fin à la pratique de « l'entente préalable »[4] et prétendit rétablir la pratique antérieur des nominations libres. Les nominations effectuées par le Président du Conseil et ministre des cultes furent quasiment toutes refusées par le Vatican ce qui provoqua la crise amenant à la séparation de l'Église et de l'État.

La loi du 9 décembre 1905 procéda donc à la laïcisation de l'État. Esmein détermine alors ce que signifie un État laïque et expose ainsi que la laïcité recèle plusieurs dimensions. C'est d'abord l'affirmation de l'État comme seul entité souveraine : « Avec la conception de l'État laïque, non seulement il n'y a pas de religion d'État, mais l'État considère toutes les religions et tous les cultes comme des phénomènes qui lui sont étrangers, tant qu'ils ne troublent pas l'ordre public. Dans ce système, il n'y a bien entendu, qu'une seule *puissance légale*, celle de l'État. Lui seul commande aux citoyens ; les religions ne s'adressent qu'aux âmes. Les Églises n'existent pas à ses yeux, comme des institutions légales. Par suite, elles ne peuvent avoir ni patrimoine, ni juridiction extérieure. L'État ne doit salarier aucun clergé ; c'est aux fidèles seuls à faire les frais des différents cultes »[5].

Mais la laïcité d'un État permet de conférer aux Églises, et en l'occurrence à l'Église catholique la pleine liberté en matière spirituelle : « Dire que l'État est laïque, cela veut dire qu'ayant sa fin en lui-même ou plutôt dans la société d'hommes pour laquelle il est organisé, il est étranger à toute conception confessionnelle, à tout credo et à tout culte. Non seulement il n'a pas lui-même de fonctions religieuses et ne peut en avoir, mais il n'a pas à juger, à contrôler, à favoriser, à reconnaître les religions diverses. Il les ignore »[6].

Enfin la laïcité de l'État, si elle rend à l'Église sa liberté pleine et entière, reconnaît surtout, par conséquent, le caractère individuel de la liberté de conscience et de son corollaire qu'est la liberté de culte : « Est-ce à dire que cette conception méconnaisse la légitimité des religions et des sentiments religieux ? En aucune façon. Mais la religion n'est point conçue comme un rapport pouvant entrer dans l'ordre politique. C'est affaire de la

---

[1] A. Esmein, « La question des investitures dans les lettres d'Yves de Chartres », *Bibliothèque de l'École des hautes études, section des sciences religieuses*, 1889, p. 139.
[2] *Ibid*.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 1188.
[4] « Mais au premier temps de la troisième République, ou plutôt aux derniers jours du second Empire (car M. Émile Ollivier a revendiqué l'honneur d'avoir inauguré cette pratique), on substitua pour la nominations des évêques le système de l'entente préalable entre le gouvernement français et la Cour de Rome. Avant qu'aucun acte officiel ne fût publié de part et d'autre, on négociait pour discuter les candidats et s'entendre sur ceux qui étaient agréés des deux côtés ; alors seulement, les décrets de nomination étaient promulgués, que suivaient bientôt les bulles d'institution. Les négociations se faisaient à Paris, par l'intermédiaire du nonce », *Éléments…, op. cit.*, p. 1188.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1182.
[6] *Ibid*. On notera qu'Esmein reproduit ici mot pour mot ce qu'il avait développé dans son article relatif à l'encyclique papale *Gravissimo Officii Munere* du 10 août 1906 : voir « La loi sur la séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" », art. cité, p. 41.

conscience individuelle : c'est un rapport entre chaque âme et Dieu, si elle en reconnaît un. Le droit de chaque individu de réaliser ce rapport, comme il le comprend. Aussi la liberté de conscience et de culte est-elle un droit individuel, un de ces droits qui s'imposent au respect de l'État ; c'est même le premier qui s'est nettement affirmé dans les temps modernes. L'État, qui ignore les religions et les Églises, doit, au contraire connaître et protéger les individus religieux, ceux qui veulent exercer un culte. […]. Dans ce système, on le voit, la *liberté du culte* apparaît vraiment et pour la première fois comme un *droit individuel* »[1].

La loi du 9 décembre 1905, en mettant un terme au Concordat, institue donc la liberté de conscience et la liberté de culte comme des droits purement individuels, conformément à la doctrine individualiste qui guide la doctrine libérale du XIXe siècle. On note cependant que si Duguit accepte le principe de séparation en reconnaissant le caractère libéral de la loi de 1905[2], il émet toutefois une réserve quant à la méthode employée pour la dénonciation du Concordat : « Il n'est pas douteux que le gouvernement français, en acceptant la suppression du budget des cultes et la séparation d'avec l'Église catholique avant d'avoir dénoncé le concordat suivant les formalités diplomatiques, a commis une incorrection grave au point de vue diplomatique »[3]. De son côté, Esmein, après une discussion sur la nature des accords de concordat antérieurs[4], considère la question comme secondaire : « Le Concordat ne fut point dénoncé en forme, comme l'est un traité qui n'est pas contracté pour une durée déterminée. Mais la loi du 9 décembre 1905, dans son article 44, abroge "la loi du 18 germinal an X, portant sur la convention passée le 26 messidor an IX, entre le pape et le Gouvernement français, ensemble les articles organiques de ladite convention et des cultes protestants seront exécutés comme des lois de la République". Cette loi seule donnait au régime établi par le Concordat une valeur légale en France ; il tombe donc avec elle. Ni la papauté ni le Gouvernement français ne paraissent avoir attaché beaucoup d'importance à la dénonciation du Concordat dans la forme diplomatique : les volontés étaient assez claires »[5].

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1182. Là encore Esmein reproduit une partie de son article : voir « La loi sur la séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" », art. cité, p. 41.

[2] On signalera toutefois cette réserve relative à l'opportunité d'une « séparation absolue » : « Au point de vue purement théorique, il n'est pas douteux que le régime des cultes antérieur à la loi de séparation était contraire au principe même de la liberté religieuse et de la liberté d'opinion, et aussi au principe de l'égalité des citoyens. Mais on peut se demander s'il était opportun d'établir une séparation complète, absolue, entre l'État français et l'Église catholique. Quoi qu'on en dise l'église catholique représente encore une force morale considérable ; elle est une grande collectivité internationale puissamment hiérarchisée. Depuis quatorze siècles, la France est un pays catholique ; elle compte encore des millions de catholiques pratiquants, et plus de 60.000 églises ouvertes au public. Dans ces conditions, n'était-il pas plus politique et plus sage de maintenir, en l'adaptant aux besoins nouveaux, le régime concordataire ? De bons esprits le pensaient et le pensent encore. Le suffrage universel parait cependant avoir approuvé cette séparation aux élections des 6 et 20 mais 1906. L'avenir, et un avenir prochain, nous apprendra si la loi du 9 décembre 1905 peut assurer au pays la paix religieuse, le plus précieux des biens », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 603-604.

[3] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 607.

[4] « La nature de ces accords (qui pouvaient d'ailleurs être différents selon les termes qu'ils contenaient et les circonstances dans lesquelles ils avaient été conclus) a donné lieu à de vives discussion parmi les canonistes et les juristes de l'ancienne France. Étaient-ce des contrats, des traités internationaux, des actes législatifs unilatéraux de chacune des deux puissances ? Les canonistes ont tendu de plus en plus à les considérer comme des privilèges (*privilegia*) concédés par la papauté et qu'elle pouvait révoquer à volonté », *Éléments…, op. cit.*, p. 1181.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1191-1192.

L'essentiel est ailleurs pour Esmein. La reconnaissance de liberté de culte comme un droit individuel impose en effet à l'État de réglementer son exercice : « Pourvu que cet exercice ne trouble pas l'ordre public, il [l'État] doit légiférer pour leur permettre [aux fidèles] de se réunir et de se grouper à cet effet, s'ils le croient nécessaire et aussi de réunir les fonds indispensables, si le culte comporte des frais. Mais l'État ne réglementera ces réunions et ces associations que quant à leur côté extérieur et matériel, qui seul et de son domaine : il ne voit que des citoyens qui se réunissent ou s'associent et les biens qu'ils peuvent posséder à titre collectif. De là il résulte encore que cette réglementation, la forme d'association, sera nécessairement la même pour tous, soit parce que l'État ignore les religions et leurs différences, soit parce que les intérêts matériels qu'il s'agit seuls de régler, sont toujours les mêmes »[1].

Esmein s'attache donc aux dispositions de la loi du 9 décembre 1905 qui réglementent les conditions de l'exercice des cultes. Il ne les critique en rien et semble les tenir pour les plus libérales qui soient.

Les associations cultuelles prévues par l'article 18 appellent tout naturellement son intérêt. Ces associations sont « légitimes et nécessaires pour fournir aux dépenses du culte et en assurer l'exercice »[2] et, pour leur constitution, « la loi ne leur impose que très peu de règles impératives »[3]. Ainsi elles peuvent se former librement, conformément aux associations de droit commun prévues par la loi du 1er juillet 1901, étant seulement soumises à un nombre minimum d'adhérents en fonction du nombre d'habitants de la commune. Surtout, elles peuvent « librement arrêter leurs statuts »[4].

Elles sont toutefois soumises au contrôle financier de l'administration. Celui-ci est regretté par Duguit : « Cela est contraire au principe libéral de la loi. On déclare solennellement que la république "ne reconnaît aucun culte", que les associations cultuelles sont des associations privées, et que la loi établit la laïcité et la neutralité absolue de l'État, que celui-ci n'intervient que pour empêcher que les manifestations extérieures du culte ne troublent l'ordre public ou ne portent atteinte à la liberté individuelle de ceux qui n'y participent pas. […] Et cependant on soumet la gestion des sociétés cultuelles à un contrôle administratif et financier comme si elles étaient des établissements publics ; c'est contradictoire. Le législateur n'a pas pu se soustraire à l'esprit napoléonien qui inspire toujours la plupart de nos lois »[5]. Esmein répond une nouvelle fois à Duguit : « Cette dernière disposition qui est en apparence contraire au principe, s'explique par l'intérêt de la conservation des biens ayant appartenu aux anciens établissements publics du culte et que les associations nouvelles étaient, comme on va le voir, appelées à recueillir »[6].

Les associations peuvent former des fédérations qui permettent de répartir entre les diverses associations-membres les recettes autorisées par l'article 19 qui leur confère une personnalité morale et une capacité « assez large » de plein droit[7].

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 1183.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 1192.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 1192.
[4] *Ibid*.
[5] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 613-614.
[6] *Éléments…, op. cit.,* p. 1193.
[7] *Ibid*. On note que Duguit réitère sa critique à l'encontre de la capacité limitée conférée aux associations de droit commun qui est d'ailleurs plus restreinte que celle des associations cultuelles : « La persistance du législateur à refuser aux associations quelles qu'elles soient la pleine capacité civile dans la limite de leur but est véritablement indigne d'un pays libre », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 614.

La liberté de réunion, indispensable à l'exercice du culte, est également pleinement reconnue par l'article 25 de la loi. Celui-ci offre un régime assoupli en comparaison de la loi du 30 juin 1881 relative à la liberté de réunion. En effet, le législateur ne soumet pas chacune des ces réunions à une déclaration préalable – on a noté que la loi du 28 mars 1907 supprimera l'obligation de déclaration préalable pour toute réunion publique – mais autorise une seule déclaration pour l'ensemble des réunions tenues dans l'année. De même, la loi prévoit que ces associations cultuelles pourront se voir remettre la gestion des édifices de culte à la seule condition qu'elles soient en conformité avec l'Église à laquelle elles appartiennent.

Quant au régime juridique nouveau de ces édifices, Esmein le décrit avec maints détails et note que la loi « n'est pas moins libérale »[1] à leur encontre. Ainsi, cette section consacrée au régime de la séparation vise à prouver que la loi du 9 décembre 1905 est une loi de liberté : « Tel est le régime établi par la loi française, auquel se sont soumis les cultes protestants et le culte israélite et dont ils paraissent se trouver fort bien »[2].

L'auteur s'étonne alors de l'opposition résolue du pape à l'encontre de la nouvelle législation française qui tranche, par exemple, avec la politique de *Kulturkampf* imposée par l'empire allemand à l'Église catholique une vingtaine d'années auparavant : « Il [le régime de séparation français] était également acceptable pour l'Église catholique qui, dans divers pays civilisés, a parfois toléré et tolère toujours de nos jours un système de séparation moins avantageux pour ses intérêts matériels. […]Ce qui prouve d'ailleurs que ce régime était acceptable pour l'Église catholique, c'est qu'il fut accepté par la grande majorité de l'épiscopat français. Sans doute, le 14 février 1906, dans l'encyclique *Vehementer*, le pape avait énergiquement protesté contre la loi de séparation. Cela était naturel et même c'était son devoir comme chef de l'Église catholique. Mais tout en la déclarant détestable, il n'avait point déclaré que l'application n'en pourrait être tolérée pour éviter de plus grands maux »[3].

En outre, Esmein émet des réserves sur les motivations de l'encyclique *Gravissimo Officii Numere* qu'il commenta dans son article de 1906. L'encyclique condamnait le régime des associations cultuelles et le sort fait aux biens et édifices servant au culte catholique, alors même que la hiérarchie catholique française entendait user de ces associations comme il le rappelle[4].

Esmein repousse par ailleurs toute modification des dispositions de la loi du 9 décembre 1905 : « La solution n'est donc pas là ; vouloir retoucher la loi du 9 décembre, c'est, au Parlement, enflammer les passions et soulever la tempête. Elle n'est pas non plus dans des négociations avec la papauté, qui seraient plus difficile encore à établir que celle par lesquelles s'est faite la capitulation des Boers »[5]. L'auteur appelle au contraire les catholiques français à constituer, malgré l'opposition du pape, des associations cultuelles : « En agissant ainsi, dans une question qui ne touche ni au dogme, ni même à la discipline ecclésiastique, ils rendraient un signalé service à leur cause, en même temps qu'à leur pays

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1198.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 1199.
[3] *Ibid*.
[4] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1200.
[5] A. Esmein, « La loi sur la séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" », art. cité, p. 48.

et probablement, après avoir essuyé quelque froideur, ils recueilleraient la reconnaissance du clergé lui-même »[1].

Les *Éléments de droit constitutionnel*, dans leur version de 1909, font état des nouvelles « concessions »[2] à l'Église catholique. Ainsi, la loi 2 janvier 1907 autorisa la constitution de nouvelles associations – différentes de celles prévues par la loi de 1905 – qui ne furent plus soumise au contrôle de leur gestion par l'administration. Mais ce qui prouve bien, aux yeux d'Esmein, que la loi de 1905 était une loi de liberté, c'est que la « guerre civile »[3] prédite n'eu jamais lieu : « La Séparation s'est opérée ainsi, plus complète encore par le fait de l'Église qu'elle ne l'avait été établie par le législateur. Pourtant extérieurement, sauf quelques incidents éphémères, il n'y a eu rien de changé dans l'exercice du culte catholique : les églises sont restées ouvertes et les cérémonies habituelles ont continué à s'y célébrer dans les formes ordinaires. La Séparation est déjà entrée dans les mœurs ; elle a pu, en quelque sorte, passer inaperçue de beaucoup de citoyens, même de citoyens portés comme catholiques dans le recensement de la population »[4].

[1] A. Esmein, « La loi sur la séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" », art. cité, p. 49.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1202.
[3] A. Esmein, « La loi sur la séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" », art. cité, p. 45.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1209.

Section 2

La liberté du travail face au syndicat et à la grève

La question sociale constitue l'un des sujets politiques majeurs en France à la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle. Les conflits sociaux se multiplient dans les années 1890 et les grèves se succèdent à un rythme effréné : « En 1895, la France a eu 600 000 journées de travail perdu pour fait de grève, elle en compte 3 550 000 en 1900 »[1]. De plus, on l'a évoqué, le nouveau siècle voit s'affermir les premiers syndicats qui prennent un rôle de premier plan au sein de ces conflits sociaux.

Les *Éléments de droit constitutionnel* s'attachent donc de façon presque obligée à la question sociale. Après avoir étudié brièvement le régime d'autorisation auquel sont soumises nombre de professions ou d'industries[2], la section relative à la liberté du travail, du commerce et de l'industrie[3] du chapitre sur la réglementation des droits individuels aborde les rapports sociaux et la grève. Esmein écrit : « La liberté du travail, du commerce et de l'industrie doit encore être envisagée à un autre point de vue. Il s'agit des industries et commerces libres qui comportent nécessairement l'association du capital et du travail, des rapports entre patrons et ouvriers ; la question est de savoir dans quelle mesure, en dehors des règles du droit civil et commercial, la loi peut réglementer ces rapports, limité la liberté des contractants, imposer d'autorité des règles et des obligations »[4].

Par là, l'auteur entreprend de démontrer que la constitution de syndicats ou d'associations professionnelles autorisée par la loi de 1884 est conforme dans ses principes et dans la plupart, mais non la totalité, de ses dispositions au principe de la liberté individuelle (I) et que ce même principe constitue la limite de la licéité de la grève, qu'il refuse de considérer comme un véritable droit (II).

---

[1] F. Démier, *La France au XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 387. Marie-Joëlle Redor signale que « la seule lecture de la chronique politique de la *Revue du droit public* montre à quel point se développent les conflits sociaux au tournant du siècle », (*De l'État légal à l'État de droit…*, *op. cit.*, p. 171).

[2] Voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1124-1127. Rappelons qu'Esmein connaît son sujet puisqu'il enseigna durant un an la législation commerciale et industrielle à son arrivée à la Faculté de Paris en 1879.

[3] Par commodité, on résumera ici l'expression « liberté du travail, du commerce et de l'industrie » à la seule expression « liberté du travail ».

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1128.

I
Le droit d'association professionnelle limité par le respect de la liberté individuelle

Par la loi du 21[1] mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels, le législateur républicain concilie pour la première fois l'organisation professionnelle et la liberté du travail. En effet, il était entendu depuis la Révolution française que la liberté du travail reconnue à chacun ne pouvait s'accommoder d'une quelconque organisation professionnelle.

Esmein explique dans les *Éléments de droit constitutionnel* et dans son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*[2] que la Constituante, en voulant protéger la liberté individuelle, décida de supprimer toutes les associations professionnelles d'Ancien régime qui restreignaient jusqu'alors de façon drastique l'accès à leurs métiers ou activités : « L'assemblée constituante cependant ne la mentionna point [la liberté du travail] spécialement dans la Déclaration de 1791, mais elle fit mieux, elle l'établit. Elle abolit cette organisation restrictive et autoritaire des métiers et du commerce, telle qu'elle existait dans les villes de l'ancien régime, et que vainement Turgot avait essayé une première fois de mettre à bas. Elle abolit les communautés d'artisans et de marchands, les maîtrises et les jurandes, défendant qu'il s'en formât de nouvelles. Elle proclama la liberté du travail et du commerce, imposant seulement la patente, équivalente à une déclaration »[3].

Plus encore que l'interdiction des associations à caractère professionnel, l'idée même d'une simple coalition entre ouvriers ou entre patrons fut également prohibée par les révolutionnaires qui voyaient dans cette forme d'action une atteinte à la liberté individuelle et plus précisément à la liberté du travail : « Les hommes de ce temps, qui proclamaient la liberté individuelle du travail, étaient persuadés qu'elle ne pourrait résister à la pression collective résultant de l'association et de l'entente des patrons ou des ouvriers ; pour rester vraiment libre, il fallait que l'individu restât isolé »[4].

Il en résultat la proscription de toute association des membres d'une même profession. Elle persista jusqu'à la IIIe République qui consacra un véritable droit à l'association professionnelle ou « liberté de syndiquer », bien qu'Esmein, contrairement à Duguit[5], ne semble jamais employer l'expression.

---

[1] On constate une erreur d'impression dans les cinquième et sixième éditions de l'ouvrage qui mentionnent toute deux la loi du « 31 mars 1884 ».

[2] « Mais en établissant cette liberté [du travail], la plus précieuse de toutes, l'Assemblée constituante avait voulu en assurer l'exercice réel, en fait comme en droit. Elle crut nécessaire pour cela, comme Turgot l'avait fait en 1776, d'interdire toute association entre ouvriers ou patrons. Elle fut conduite à cette solution par diverses considérations. Elle ne pensait pas d'abord que l'individu pût efficacement lutter contre des associations qui voudraient lui faire la loi sur les conditions du travail et du salaire ; et c'était là le droit individuel qu'elle voulait garantir. Elle craignait de plus, par le jeu des contrats, la reconstitution des anciennes communautés, non plus formées par voie d'autorité il est vrai ; mais quoique librement reconstituées, reprenant leurs anciennes traditions. Enfin, c'était un principe admis à l'Assemblée qu'il ne devit y avoir de corps particuliers dans l'État ; l'existence de ces associations d'ouvriers ou de patrons eût été aussi contraire à cette règle que l'existence des congrégations », *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…*, *op. cit.*, p. 185-186.

[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1123.

[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1128.

[5] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 537.

Esmein démontre dans les *Éléments de droit constitutionnel* que la loi du 21 mars 1884 est une véritable loi de liberté. En effet, près de vingt ans avant leur abrogation totale, le législateur de 1884 déclara inapplicables aux syndicats professionnels les dispositions des articles 291 à 294 du Code pénal prohibant et sanctionnant, nous l'avons dit, les associations de plus de vingt personnes qui n'auraient pas reçu d'autorisation préalable du gouvernement.

L'article 2 de la loi du 21 mars 1884 autorise les « personnes exerçant la même profession, ou des métiers similaires ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits similaires » a former « librement » des « syndicats ou associations professionnelles ». L'article 4 substitue à l'autorisation préalable jusqu'alors exigée par l'article 291 du Code pénal un régime de simple déclaration tenu pour un régime juridique libéral.

L'auteur s'attache particulièrement aux dispositions l'article 3. Celui-ci détermine à la fois le but et les champs d'activités concernés : « les syndicats professionnels ont *exclusivement* pour objet l'étude en la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles ». Ainsi insiste-t-il sur le caractère « exclusif » – qu'il souligne dans le texte – de ces champs d'activités : « Le texte est très précis et il en résulte deux conséquences. C'est d'abord que toute discussion ou action politique est interdite aux syndicats. C'est en second lieu que ceux-là seuls peuvent les former qui ont des intérêts industriels, commerciaux ou agricoles à défendre. […]. La législation postérieure et la jurisprudence l'ont également confirmé ; on a décidé que les médecins ne peuvent point se syndiquer. Il en résulte aussi que le droit de former des syndicats n'a point été accordé par cette loi aux fonctionnaires publics. C'est ce qu'a décidé, dans un jugement fortement motivé, le Tribunal correctionnel de la Seine, en prononçant la dissolution du syndicat formé par les employés des postes, télégraphes et téléphones »[1].

Il est nécessaire ici de s'arrêter sur les syndicats de fonctionnaires[2]. À partir de la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel*, l'auteur y consacre une section entière dans le chapitre relatif aux pouvoirs du Président de la République. Guillaume Sacriste a démontré que, dès 1896, en tant que membre de la section permanente du Conseil supérieur de l'Instruction publique, Esmein s'était opposé au principe d'un syndicat de fonctionnaires – en l'occurrence la question portait exactement sur la création d'une « association amicale des professeurs de l'enseignement secondaire »[3] – en arguant du fait que « la loi qui préside aux relations de l'ouvrier et du patron est le contrat, dans les rapports de l'État avec ses fonctionnaires, c'est le principe de la souveraineté de l'État »[4].

Les *Éléments de droit constitutionnel* reproduisent le même raisonnement en contestant d'abord toute assimilation possible entre les employés et les fonctionnaires : « On déclare donc qu'il y a identité entre la condition du fonctionnaire de l'État et celle de l'employé du commerce ou de l'industrie ; on ajoute même quelquefois que la résistance est plus nécessaire encore au fonctionnaire qu'à l'employé, parce que l'État, ne subissant pas de

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1132.
[2] Sur ce point, voir notamment G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 238-242 et p. 427-443. Également J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?..., op. cit.*, p. 259-272.
[3] G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 238.
[4] G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…, op. cit.*, p. 240.

concurrence, est un patron plus intraitable »[1]. Esmein met l'accent sur toutes les différences qui séparent la situation de l'ouvrier et celle du fonctionnaire en opposant notamment le contrat à l'acte unilatéral, le salaire au traitement, la révocation et la résiliation du contrat de travail[2].

Par la suite, il expose la théorie développée par Henry Berthélemy dans son *Traité élémentaire de droit administratif* qui opère une distinction entre « fonctionnaires d'autorité » et « fonctionnaires de gestion » : « M. Berthélemy tire de cette distinction de nombreuses conséquences ; il admet en particulier que les *fonctionnaires de gestion* peuvent se syndiquer et même se mettre en grève, lorsque ces droits sont légalement exercés par les employés similaires des professions libres »[3]. Esmein conteste absolument cette théorie en renvoyant[4] à la critique qu'en fit Ferdinand Larnaude – en présence de Berthélemy lui-même – lors de la séance de la Société générale des prisons du 16 mai 1906[5].

Larnaude rappelle ainsi que la distinction élaborée entre actes d'autorité et actes de gestion avait pour but une délimitation des compétences juridictionnelles[6] qui connaît elle-même un grand nombre d'exceptions[7]. Par là, cette distinction ne peut être, selon lui, transposée aux fonctionnaires édictant ces actes, d'autant plus que la distinction s'applique alors aux rapports entre les fonctionnaires et l'État[8]. Il conclut: « Ne confondons pas les rapports des fonctionnaires et de l'État avec les rapports des fonctionnaires et du public. Les deux situations sont tout à fait dissemblables ! La distinction de l'acte de puissance ou d'autorité et de l'acte de gestion vise essentiellement et exclusivement les rapports des fonctionnaires et de l'État avec le public. Il m'a toujours paru anti-juridique d'en faire sortir la solution d'une question qui se pose entre l'État et ses agents. […]. Et je termine en disant qu'il est temps de réagir contre la déliquescence qui envahit tous les organes de l'État. Si on continue à dire aux fonctionnaires qu'ils pourront faire à peu près ce qu'ils veulent, qu'ils peuvent se syndiquer pour la défense de leurs intérêts professionnels vis-à-vis de l'État, comme les ouvriers vis-à-vis de leur patron, en ne mettant de côté que les gardes-champêtres, les maires, les préfets et les ministres, j'estime que l'ont détruit les fortes assises du droit public, et cela au moment où l'État a plus que jamais besoin de toute son autorité et de toute sa force. Les doctrines qui amènent ce résultat je les répudie comme professeur de droit public et comme Français. Je ne veux, à aucun degrés, en assumer la responsabilité »[9].

Tout en approuvant la démonstration de Larnaude, Esmein rappelle l'argument qu'il avait développé devant la section permanente du Conseil supérieur de l'Instruction

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 698-699.
[2] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 699.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 700.
[4] « Notre cher collègue, M. Larnaude, en a fait, en particulier, une critique pénétrante à laquelle j'adhère complètement. Il a mis a jour la genèse même de cette doctrine qui a consisté à transporter aux fonctionnaires la distinction objective des actes de puissance publique et des actes de gestion, laquelle a un tout autre sens et une portée différente. Il n'y a point de correspondance exacte entre cette distinction quant aux actes administratifs, devenue classique, et la distinction que M. Berthélemy veut introduire entre les fonctionnaires. Les fonctionnaires d'autorité font souvent de nombreux actes de gestion ; les fonctionnaires de gestion, s'il y comprend les employés des contributions directes et indirectes, des douanes, font des actes de puissance publique (délivrance des contraintes, procès-verbaux, parfois poursuites) », *Éléments…, op. cit.*, p. 700-701.
[5] Voir *Revue pénitentiaire, bulletin de la société générale des prisons*, 1906, p. 831-841.
[6] Voir *Revue pénitentiaire, bulletin de la société générale des prisons*, 1906, p. 833.
[7] Voir *Revue pénitentiaire, bulletin de la société générale des prisons*, 1906, p. 834.
[8] Voir *Revue pénitentiaire, bulletin de la société générale des prisons*, 1906, p. 835.
[9] Voir *Revue pénitentiaire, bulletin de la société générale des prisons*, 1906, p. 841.

publique : « Mais surtout ce qui, à mes yeux, condamne péremptoirement la théorie, c'est que l'ordre administrativement donné au fonctionnaire public, quel que soit l'objet auquel il s'applique, acte de puissance publique ou de gestion, est toujours donné au nom de l'État. C'est toujours, en droit, la volonté nationale qui commande dans l'intérêt public, puisque, même quand il s'agit d'un acte de gestion, il est accompli dans l'intérêt de tous. Ce n'est point la similitude de besogne matérielle accomplie par le fonctionnaire et par l'employé des particuliers qu'il faut considérer : c'est la qualité de celui qu'ils servent ; l'État d'un côté, maître nécessairement impérieux, et d'autre part, un particulier avec lequel on discute sur le pied d'égalité »[1].

S'il réfute donc l'existence d'un droit de se syndiquer au profit des fonctionnaires, l'auteur leur conteste également la possibilité de se constituer en association de défense de leurs intérêts en se fondant sur le droit positif relatif au droit d'association : « La loi de 1901, en effet, déclare nulles les associations contraires à l'ordre public (art. 3), et les principes généraux eussent suffi pour cela. Or rien n'est plus contraire à l'ordre public qu'une organisation de fonctionnaires destinées à faire la résistance contre l'administration et le gouvernement. M. Larnaude ajoute que c'est là un syndicat déguisé : cela me paraît certain ; mais la loi de 1901 suffit pour le condamner »[2]. On note par ailleurs que la cinquième édition des *Éléments* possède deux appendices dont le second présente dans ses grandes lignes le projet de loi du cabinet Clemenceau sur le Statut et le droit d'association des fonctionnaires déposé le 25 mai 1909 et à propos duquel Esmein écrit : « Mais les associations de fonctionnaires ne prétendront-elles pas traiter avec le Gouvernement de puissance à puissance ? Elles sont inoffensives chez une nation où la liberté est courte, comme en Prusse. Là où existe la pleine liberté politique et le gouvernement parlementaire, comme en France, leur action peut être redoutable et, le statut des fonctionnaires étant assuré, la liberté politique, la liberté presque absolue de la presse, suffisent à assurer que cette garantie ne sera pas vaine »[3].

Esmein se félicite – une fois n'est pas coutume – de se « trouver des points d'accord avec M. Duguit »[4]. Toutefois il ajoute : « Mais, conformément à sa théorie générale des classes et des syndicats exposée plus haut, il souhaite que la loi permette et organise les syndicats de fonctionnaires. Il y voit un système de décentralisation nouveau, qui serait, il faut le reconnaître, plus inquiétant encore que la décentralisation politique jadis créée par l'Assemblée constituante en 1789, lorsqu'elle remit à des administrations électives le soin d'appliquer les lois d'intérêt général »[5]. Si on s'accorde à dire avec Esmein que Duguit est favorable au « syndicalisme *fonctionnariste* »[6] dans *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'État* en 1908, on notera toutefois qu'il soutenait l'opinion inverse dans son *Manuel de droit constitutionnel* paru l'année précédente : « Dans l'état actuel

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 701.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 702.
[3] *Éléments…, op. cit.*, 5ème édition, p. 1122. On renverra également à l'ajout opéré par Joseph Barthélemy dans la sixième édition quant à la multiplication des associations de fonctionnaires : *Éléments…, op. cit.*, p. 703-708, paragraphes entre crochets.
[4] Il poursuit : « Il déclare nettement que dans notre droit actuel des fonctionnaires sans distinction ne peuvent former des syndicats. Il déclare illégales et réprouve toutes grèves de fonctionnaires », *Éléments…, op. cit.*, p. 702.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 702.
[6] L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'État, op. cit.*, p. 134-138.

de la législation, les droits de syndicat et de grève n'existe pas. Et nous pensons que la loi qui reconnaîtrait ces droits aux fonctionnaires serait une loi néfaste »[1].

Ainsi, Berthélemy et Hauriou[2] mis à part, la majorité des publicistes considère que la loi du 21 mars 1884 n'est pas applicable aux fonctionnaires mais seulement aux salariés relevant des domaines industriels, commerciaux et agricoles.

Esmein précise que ces syndicats se voient conférer par l'article 6 de la loi une personnalité morale limitée mais pourtant plus étendue que celle déterminée au profit des associations qui seront visées par la loi du 1er juillet 1901. En effet, la loi leur reconnaît à la fois la capacité d'acquérir à titre gratuit et onéreux – les associations de droit commune ne pouvant acquérir à titre gratuit, à l'exception de celles reconnues d'utilité publique – et sont dispensés d'une quelconque autorisation de l'administration pour recevoir des libéralités.

Mais le point auquel Esmein attache le plus d'importance est celui du pouvoir du syndicat sur ses membres. Voilà la question centrale dans l'esprit de l'auteur pour qui la possible oppression d'un groupe, quel qu'il soit, sur l'individu constitue le plus grand danger. C'est d'ailleurs le coeur de toute sa théorie des droits individuels : ceux-ci doivent en tout temps permettre à la minorité d'échapper à l'oppression de la majorité. Cette idée est évidement applicable dans toute forme d'organisation autre que l'État et mettant en présence une majorité contre une minorité. Rappelons que dans son introduction remaniée de cette cinquième édition de l'ouvrage, Esmein s'insurge contre la doctrine duguiste du syndicalisme intégral en ce qu'elle n'offre aucune garantie à l'individu et à ses droits essentiels : « Mais ces syndicats, ainsi ligués contre l'État, ne sont eux-mêmes que des forces déchaînées, dont les luttes se donneront un libre cours, lorsqu'il n'y aura plus au-dessus d'elles une autorité souveraine pour les maintenir et empêcher les violences. Et dans le sein de chaque syndicat, qui fera respecter le droit de chacun des membre et sa liberté ? C'est un fait prouvé par l'expérience, que la majorité devient de plus en plus oppressive à mesure que la société dont elle traduit la volonté se rétrécit. La tyrannie du syndicat souverain sur ses membres serait autrement puissante et jalouse que peut l'être, dans un pays libre, celle du gouvernement contrôlé par les assemblées représentatives, par la presse, par l'opinion publique »[3].

Aussi relève-t-il que l'article 1er de la loi du 21 mars 1884 abroge l'article 416 du Code pénal qui disposait : « Seront aussi punis de la peine portée par l'article précédent et d'après les mêmes distinctions, les ouvriers qui auront prononcé des amendes, des défenses, des interdictions ou toutes proscriptions sous le nom de damnations et sous quelque qualification que ce puisse être, soit contre les directeurs d'ateliers et entrepreneurs d'ouvrages, soit les uns contre les autres »[4]. Esmein explique : « Le législateur a considéré que, le syndicat professionnel était reconnu comme une organisation légitime dans la lutte entre patrons et ouvriers, ses membres ne pouvaient être considérés comme coupables s'ils se servaient, pour triompher, des moyens énoncés dans l'article 416, qui ne sont ni des violences, ni des manœuvres frauduleuses… »[5]. La loi

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 420.
[2] Voir G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes…, op. cit.,* p. 436-439.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 56.
[4] Les peines prévues par l'article 415 étaient une peine d'emprisonnement de un à trois mois pour les ouvriers, et de deux à cinq ans pour « les chefs ou moteurs ».
[5] *Éléments…, op. cit.,* p. 1133.

remet donc entre les mains du syndicat la possibilité d'opposer des sanctions à ses propres membres.

Esmein s'empresse alors de préciser : « Mais qu'on le remarque bien, ce n'était pas donner aux syndicats une sorte de pouvoir législatif ou judiciaire. C'est seulement à l'égard de leurs membres qu'ils peuvent procéder ainsi, et même, comme le faisait remarquer M. Ribot, en principe pour les amendes prononcées ils n'ont pas d'action contre eux. À l'égard des tiers, les divers actes que visait l'article 416, accomplis par un syndicat, échapperont désormais à la loi pénale ; mais ils ne deviennent pas licites pour cela et pourront donner lieu à des dommages-intérêts au profit des tiers qui en auront été victimes »[1].

On retrouve la suspicion d'oppression des membres par le groupe déjà exprimée dans l'introduction de l'ouvrage. Comme il l'avait énoncé pour les associations de droit commun régies par la loi de 1901, l'auteur ajoute : « Pour amortir *la tyrannie des syndicats sur leur membres* la loi dispose (art. 7) : "Tout membre d'un syndicat professionnel peut se retirer à tout instant nonobstant toute clause contraire". Ce n'est donc qu'une association privée et libre ; il en résulte, et cela a été jugé récemment, qu'un ouvrier de la profession ne peut pas forcer un syndicat à la recevoir parmi ses membres »[2].

Mais il y a plus grave encore que la tyrannie du syndicat sur ses membres directs : celui de la tyrannie d'une centrale syndicale sur les syndicats lui étant affiliés. Esmein s'inquiète : « La loi de 1884 a aussi un autre et grave complément ; l'article 14 permet aux syndicats de se fédérer entre eux, même quand ils représentant des professions différentes, et à des conditions qu'il est facile de remplir. Il est vrai que ces Unions n'ont pas la personnalité civile ; mais cela n'a pas une grande importance pour le but qu'elles se proposent »[3]. Il déplore que les protestations émises notamment par M. Bérenger[4] durant les débats au Sénat n'aient été prises en compte par le ministre de l'Intérieur Waldeck-Rousseau : « Le danger n'était que trop réel ; mais sur ce point la situation la situation n'était plus entière. Dans la période où les chambres syndicales s'étaient développées en dehors de la loi, des unions de ce genre, nombreuses et puissantes, s'étaient constituées ; le législateur ne faisait que confirmer ce qui existait déjà. Les prévisions de M. Bérenger et des collègues qui parlèrent dans le même sens ont été justifiées par les faits : cette organisation centrale, essentiellement politique, c'est la *Confédération générale du travail*, qui n'a vécu que par une suite de violation de la loi »[5].

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1133.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 1134, nous soulignons.
[3] *Ibid*.
[4] « Parmi les sénateurs qui la combattirent figurait M. Bérenger, et voici comment, au lendemain de la promulgation de la loi, un livre destiné à la pratique résumait ses arguments : " Dans la séance du 12 juillet 1882, il fit part au Sénat des alarmes que lui causaient la création possible d'une fédération ouvrière couvrant toute la France, comprenant trois millions de membres, véritable armée ayant des ressources, une discipline, une action unique et constituant un véritable État dans l'État". Il revint à la charge lors de la seconde délibération, ajoutant à ses premiers arguments des considérations tirées de ce qu'il appelait l'intérêt des ouvriers : "Ne voyez-vous pas, disait-il, qu'à la liberté des syndicats professionnels vous allez substituez la tyrannie d'un syndicat supérieur qui n'aura d'autre attribution que d'exercer une influence générale et despotique sur les associations soumises à son autorité" », *Ibid*.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 1134-1135. Sur la dénonciation de la Confédération générale du travail, voir par exemple L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'État, op. cit.*, p. 138.

Ainsi, si la loi de 1884 présente le risque d'une forme d'oppression du syndicat sur ses membres, elle réside sur le principe de la liberté individuelle garantie par le droit de tout membre de quitter le syndicat lorsqu'il le souhaite. Ce même principe de liberté individuelle constitue d'ailleurs la limite à licéité de la grève.

II
La licéité de la grève respectueuse de la liberté individuelle

Jean-Pierre Machelon affirme que le législateur de l'avant-guerre, n'a jamais su ou n'a jamais réussi à offrir un cadre légal à la grève[1]. Se pose alors la question du statut juridique des grèves qui se sont succédées au cours des trente premières années de la IIIe République.

Le droit de la Révolution, outre l'interdiction des organisations professionnelles, avait proscrit toute coalition d'ouvriers ou de patrons visant à influer sur le montant des salaires. Le *Précis* d'Esmein rapporte ainsi que l'article 4 de la fameuse loi dite « Le Chapelier » des 14 et 17 juin 1791 prévoyait une peine d'amende et d'incapacité civile temporaire pour tout accord de ce type entre ouvriers ou patrons, peines qui furent aggravées par les articles 414 et 415 du Code pénal de 1810[2].

L'article 414 de 1810 visant la coalition de patrons disposait : « Toute coalition entre ceux qui font travailler des ouvriers, tendant à forcer injustement et abusivement l'abaissement des salaires, suivie d'une tentative ou d'un commencement d'exécution, sera punie d'un emprisonnement de six jours à un mois, et d'une amende de deux cents francs à trois mille francs ».

L'article 415 visait, lui, les coalitions ouvrières : « Toute coalition de la part des ouvriers pour faire cesser en même temps de travailler, interdire le travail dans un atelier, empêcher de s'y rendre et d'y rester avant ou après de certaines heures, et en général pour suspendre, empêcher, enchérir les travaux, s'il y a eu tentative ou commencement d'exécution, sera punie d'un emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus. Les chefs ou moteurs seront punis d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans ». Ces peines furent revues dans le sens d'une égalisation sous la Deuxième République par la loi du 27 novembre 1849 qui maintint le principe de l'illégalité de la coalition ou de la grève.

Selon Esmein, « C'était là un régime peu équitable, surtout pour les ouvriers. Si chacun d'eux, ce qui était incontestable sous le régime de la liberté du travail, avait le droit de cesser son travail, pourquoi plusieurs n'avaient-ils pas le droit de le cesser en même temps ? Si chacun d'eux pouvait réclamer, pour le continuer, une augmentation de salaire, pourquoi plusieurs, après entente, ne pouvaient-ils pas réclamer la même augmentation ? Cela était d'autant plus légitime que, dans l'industrie, les contrats individuels entre ouvrier et patron se faisaient de plus en plus rares et que les salaires dans une ou plusieurs usines voisines se fixaient de plus en plus uniformément, indifféremment, pour tous les ouvriers employés »[3].

La loi du 25 mai 1864 modifia les articles 414 à 416 du Code pénal en supprimant les peines prévues pour toute coalition entre ouvriers ou entre patrons de sorte que la grève devint sinon légale, au moins licite.

Toutefois, l'auteur signale : « Mais en même temps la loi (nouvel article 414) maintenait comme un délit les violences et les manœuvres frauduleuses ayant pour but de

---

[1] J.-P. Machelon, *La République contre les libertés ?..., op. cit*. p. 201-202.

[2] On note là encore une erreur d'impression dans les *Éléments de droit constitutionnel* qui visent les articles « 314 à 316 ».

[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 1128-1129.

contraindre à la grève les ouvriers qui n'en sont point partisans. Le texte punit "quiconque à l'aide de violences, voie de fait, menaces et manœuvres frauduleuses, aura amené, maintenu ou tenté d'amener ou de maintenir une cessation concertée du travail dans le but de faire hausser ou baisser les salaires ou porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail" »[1]. Ainsi se présente le « régime juridique » de la grève sous la IIIe République. Seules sont condamnées les grèves par lesquelles les grévistes ont recours à la violence ou aux manœuvres frauduleuses dans l'objectif de faire monter ou d'abaisser le niveau de rémunération.

Il est essentiel pour notre propos de rappeler qu'Esmein rédige en 1898 une note de jurisprudence sous l'arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation[2] concernant la grève des ouvriers de la verrerie de Carmaux. Cette grève, qui eut lieu trois ans après la grève des mineurs de cette même commune, eut un retentissement national parce que le député de la circonscription, Jean Jaurès, prit fait et cause pour les ouvriers, comme il l'avait fait trois ans avant pour les mineurs. Deux journaux régionaux, *La Dépêche* et *La Petite République* se mobilisèrent également en faveur des grévistes.

Dans cette affaire, les grévistes furent d'abord les ouvriers de la verrerie qui cessèrent le travail, non pour une augmentation de salaire, mais pour demander la réintégration dans les ateliers de deux de leurs collègues qui avaient été renvoyés au motif d'une absence non autorisée d'une durée de quinze jours. Dès le lendemain, le député Jaurès conseilla vivement aux grévistes de reprendre le travail, ce que ceux-ci acceptèrent. Mais le directeur de la verrerie refusa de réouvrir les ateliers durant une dizaine de jours avant de promettre leur réouverture à la condition de ne pas réintégrer les « meneurs » de la grève. Cette proposition fut rejetée par les ouvriers et prolongea la grève durant des semaines. Tout au long de ce conflit, le député Jaurès et les deux journaux de la région menèrent contre le directeur de la verrerie une campagne indignée.

À la fin de la grève, le directeur assigna le député Jaurès ainsi que les directeurs des deux journaux – en qualité de gérants – afin de les faire condamner, non sur le fondement des délits de presse, mais sur celui de l'article 414 du Code pénal punissant les manœuvres frauduleuses commises au cours d'une grève et sur celui de la responsabilité civile prévue par l'article 1382 du Code civil. Le tribunal de Toulouse rejeta la demande du directeur de la verrerie : d'une part l'article 414 du Code pénal était inapplicable parce que la durée de la grève n'était pas imputable aux ouvriers, ceux-ci ayant accepté au bout d'un jour seulement de reprendre le travail ; d'autre part l'article 1382 du Code civil était tout aussi inapplicable au motif que même en reconnaissant l'existence d'un abus de droit de la part des tiers, les actes de ceux-ci ne furent pas non plus à l'origine de la longueur de la grève.

La cour d'appel de Toulouse, elle, réforma le jugement de première instance. Elle considéra d'abord que la grève était constituée par une entente entre les ouvriers et qu'ainsi elle rentrait dans les faits prévus à l'article 414 du Code pénal. La cour reconnaissait que les manœuvres frauduleuses visées par l'article n'ont pas seulement pour but de protéger les salariés les uns des autres, mais peuvent aussi protéger le patron de sorte que celui-ci est fondé à arguer d'un dommage. Ainsi les actes des tiers – notamment les injures et diffamations – constituent non des délits à l'encontre du directeur mais des manœuvres frauduleuses visant à faire cesser le travail aux ouvriers et causent ainsi un

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 1129.
[2] Voir Note sous Cass. Req., 29 juin 1897, Jaurès, Gaubert : journal *La Dépêche*, Tibara : journal *La Petite République* c/ Resseguier, *Sirey*, 1898, I, p. 17-21.

dommage au patron. Quant à l'article 1382 du Code civil, la cour considéra qu'il n'est pas permis aux tiers de s'immiscer dans une grève et qu'une telle immixtion constitue un acte illicite susceptible d'une action en responsabilité. Constatant la gravité de l'immixtion et son influence sur la durée de la grève, la cour condamna au titre de dol les trois accusés.

La chambre des requêtes de la Cour de cassation rejeta le pourvoi en fournissant un nouveau fondement à la condamnation des tiers, en les assimilant tout simplement aux grévistes eux-mêmes.

Esmein soutient qu'une telle assimilation est erronée en droit : « Cette façon de raisonner suppose, en effet, que le législateur de 1864 aurait voulu non seulement accorder, mais aussi organiser le droit de grève, en lui donnant une réglementation complète et un régime précis. Or, il n'en est rien. Il a simplement voulu rendre les grèves licites, affranchir de toute peine les cessations de travail concertées entre ouvriers ou patron dans le but de faire hausser ou baisser le taux des salaires. Mais, pour ce qui est du droit de coalition ainsi reconnu, par la nature même des choses, il ne peut être exercé que par les ouvriers ou par les patrons, par ceux qui travaillent ou par ceux qui font travailler ; eux seuls, en effet peuvent, par un concert établi, cesser de travailler ou de donner du travail, et c'est en cela que consiste essentiellement la coalition ou grève »[1]. L'auteur soutient que si un tiers procure encouragement ou assistance à une telle coalition sans publicité, il ne fait qu'exercer sa liberté de parole. S'il le fait au moyen de publicité, « ce sera la liberté de réunion ou la liberté de la presse qui sera exercée en plus, mais jamais ce ne sera le droit de coalition ou un droit dérivé de celui-ci »[2]. De sorte que « l'acte du tiers, fauteur ou assistant, reste, en droit, indépendant de l'exercice du droit de grève, et doit être jugé d'après sa nature propre »[3]. Partant de là, il considère que les manœuvres frauduleuses ne peuvent être adressées qu'aux ouvriers et non au patron. Par suite, ces manœuvres adressées aux ouvriers tombent sous le coup de l'article 414 du Code pénal et ouvrent le droit à réparation civile.

Quant à l'application de l'article 1382 du Code civil, Esmein expose que « la faute prévue par l'art. 1382 ne peut être qu'un acte illicite, et l'exercice d'un droit, dans les limites que la loi lui a tracées, ne saurait être illicite, quelle que soit l'intention de celui qui l'exerce. En entrant ainsi dans la recherche des intentions, en professant qu'un droit malicieusement exercé, quoique sans aucune manœuvre dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, on substitue, nous le craignons, la faute morale à la faute juridique, et on transforme nos juges en censeurs »[4]. Si l'exercice de ce droit servait d'instrument pour violer, entraver chez autrui le libre exercice d'un droit individuel également légitime et reconnu, dans ce cas, l'exercice de ce droit devient illicite. Ainsi : « Mais un patron, obligé par la loi de subir les grèves organisées par ses ouvriers sans pouvoir rien leur réclamer de ce chef, a incontestablement le droit propre d'embaucher d'autres ouvriers, disposés à traiter avec lui, et, si un orateur de réunion publique ou un journaliste fauteur de la grève, comme dans notre espèce, par ses railleries, ses insinuations malveillantes, s'efforce de détourner ces nouveaux ouvriers ou d'obtenir des désembauchages, il fait alors de la

[1] Note sous Cass. Req., 29 juin 1897, Jaurès, Gaubert : journal *La Dépêche*, Tibara : journal *La Petite République* c/ Resseguier, *Sirey*, 1898, I, p. 19.
[2] *Ibid*.
[3] *Ibid*.
[4] Note sous Cass. Req., 29 juin 1897, Jaurès, Gaubert : journal *La Dépêche*, Tibara : journal *La petite République* c/ Resseguier, *Sirey*, 1898, I, p. 21.

liberté de la parole ou de la presse un usage qui a directement pour but d'attenter à la liberté de l'industrie et du travail »[1]. Esmein conclut : « La doctrine que nous proposons, on le voit, dans tous les cas vraiment pratiques, aboutira à peu près aux mêmes solutions que celle que nous avons combattue. Elle nous paraît présenter cet avantage qu'elle repose sur une base solide et juridique, et qu'elle exclut tout arbitraire »[2].

Il semble que toute l'opinion d'Esmein relative à la grève et à son exercice soit contenue dans cette note de jurisprudence. Y est affirmé que le seul motif légitime et licite de la grève est la hausse du salaire quand elle est organisée par les ouvriers, ou la baisse quand elle est exercée par le patron, et cela quand elle ne s'accompagne ni de violences ni de manœuvres frauduleuses visant à maintenir la cessation du travail. C'est ce qu'on retrouve dans le chapitre relatif à la réglementation des droits individuels des *Éléments de droit constitutionnel.*

Dans l'intervalle cependant, la discussion avait été relancée en 1907 lors de deux séances de l'Académie des sciences morales et politiques de 1907, consacrées à la question « Y a-t-il un droit de grève ? »[3].

Dans ce débat avec Émile Levasseur, Paul Beauregard et Paul Leroy-Beaulieu, Esmein précise d'emblée : « Je tiens à déclarer que je suis absolument partisan de la liberté du travail et opposé à toute violence ou intimidation »[4]. Il réaffirme ensuite ce qu'il avait avancé dans sa note précitée, à savoir qu'il n'existe pas de « droit » de grève – il s'oppose à son confrère Levasseur qui ne reconnaît qu'un fait[5] – mais simplement une licéité de celle-ci aux termes de la loi du 25 mais 1864 : « elle ne l'est cependant que lorsqu'elle a pour but la cessation du travail en vue de faire hausser le taux du salaire. Elle ne l'est plus lorsqu'elle est dirigée contre le droit individuel d'autres personnes, qu'il s'agisse du droit individuel du patron ou du droit individuel de l'ouvrier. La coalition et la grève ne sont plus des faits licites quand elles ont pour but le renvoi de tel contremaître ou de tel ouvrier, la loi de 1864 n'a pas prévu cet emploi de la grève. Mais elle a abrogé les articles du Code pénal qui punissaient la coalition simple, aucune peine ne peut alors être prononcée ; les tribunaux peuvent seulement allouer des dommages et intérêts au citoyen dont le droit individuel a été violé par les grévistes »[6]. Paul Beauregard le contredit sur ce point et soutient qu'il existe bel et bien un droit de grève puisque la coalition est interdite dans la domaine de la production : « La grève est donc un droit accordé aux salariés, puisqu'on leur permet de faire ce que d'autres n'ont pas le droit de faire »[7].

Esmein poursuit en se demandant ce qu'il advient du contrat de travail en cas de grève, ce qu'il fera de la même façon dans les *Éléments*[8]. Il considère que la question doit être décomposée. La première vise à savoir si le fait de grève résilie le contrat liant l'ouvrier au patron ; la seconde à savoir si, en cas de grève, le patron à la possibilité de dénoncer le contrat. Il invoque alors la spécificité de « la grande industrie » et des contrats

---

[1] *Ibid*.
[2] *Ibid*.
[3] Voir *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1908, t. LXIX, p. 1-23.
[4] *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1908, t. LXIX, p. 15.
[5] *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1908, t. LXIX, p. 2.
[6] *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1908, t. LXIX, p. 15-16.
[7] *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1908, t. LXIX, p. 15-16.
[8] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 1129-1130.

qui y sont pratiqués : « Dans la grande industrie un ouvrier entre dans une usine sans débattre le contrat, le plus souvent sans avoir jamais vu le patron. Il ne débat pas son prix, il accepte les conditions faites par le règlement de l'usine. Mais ce règlement ne fixe pas un salaire immuable ; celui-ci au contraire peut monter ou baisser selon les conditions du marché général. L'ouvrier accepte toutes les chances bonnes ou mauvaises. Dira-t-on qu'à chaque variation du salaire, l'ouvrier acceptant ces variations et continuant son travail, il y aura un *nouveau contrat* ? Ce serait, à nos yeux, une analyse juridique inexacte. Le contrat dure, toujours le même, malgré les fluctuations du salaire, tant qu'il n'a pas été dénoncé par l'ouvrier ou le patron »[1]. Là encore, Beauregard s'oppose à l'idée d'un contrat « imprécis » et envisage plutôt que tous les contrats prévoient des délais de préavis afin d'éviter la grève[2].

Selon Esmein, le fait de grève de l'ouvrier n'a pas d'incidence sur le contrat, en ce que, par la grève, l'ouvrier manifeste sa volonté de poursuivre son travail, mais seulement avec un salaire plus élevé. Toutefois, il reconnaît la possibilité pour le patron de résilier le contrat en cas de grève « sans observer les délais d'usage »[3]. Bien qu'il émette un doute « si la grève est légitime »[4], il conclut « Il [le patron] peut même engager d'autres ouvriers : car les grévistes n'ont pas le droit de l'empêcher de faire fonctionner son industrie, ce qui est un droit individuel »[5].

Les *Éléments de droit constitutionnel* reprendront quasiment mot pour mot la note de 1897 et la trame de son intervention à l'Académie des sciences morales et politiques. Il en ressort que la grève est toujours limitée par le droit individuel d'autrui : soit le droit individuel au travail de l'ouvrier, soit au droit à l'industrie ou au commerce du patron. De sorte que, même en l'absence de régime juridique déterminé légalement, l'exercice de la grève dans la pensée d'Esmein est naturellement bordé par la liberté individuelle.

On le voit, l'ensemble de la description du régime juridique des droits individuels chez Esmein est destiné à prouver que le droit positif de la IIIe République assure une protection indiscutable des droits individuels, et qu'en cela il n'est pas nécessaire d'encadrer l'exercice de la fonction législative en reconnaissant une quelconque valeur « positive » aux diverses déclarations de droits.

[1] *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1908, t. LXIX, p. 16-17.
[2] *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1908, t. LXIX, p. 22-23.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid*.
[5] *Ibid*.

TITRE II

Le refus d'une consécration constitutionnelle des droits individuels

La seconde partie des *Éléments de droit constitutionnel* entend prouver dès 1896 que les lois constitutionnelles de la IIIe République sont une application correcte, sinon parfaite, des « principes et institutions de la liberté moderne » dont l'objectif ultime réside dans la reconnaissance et la protection des droits individuels. Or, les lois constitutionnelles de 1875 forment l'une des rares constitutions françaises[1] dans laquelle il n'est fait ni mention des droits individuels ni même référence à une quelconque déclarations des droits individuels. Ces lois constitutionnelles se contentent en effet d'organiser les pouvoirs publics en se limitant à instituer des organes, à borner leurs compétences et à en régler les rapports.

Cette omission constitutionnelle des droits individuels, produit de la difficulté à déterminer la forme du régime politique, suscite de nombreuses interrogations au seuil du nouveau siècle. Au-delà de la critique des institutions elles-mêmes, de la notion de représentation, des modes de scrutin, la protection des droits individuels est discutée âprement dès les premières années du XXe siècle. Comme l'ont relevé Michel Verpeaux[2] ou Éric Maulin[3], le juriste et député de la Seine Charles Benoist fut l'un des premiers à dénoncer le « parlementarisme illimité »[4] institué par les lois constitutionnelles de 1875 et à s'inquiéter du risque que faisait courir à la liberté l'absence de toute garantie constitutionnelle des droits individuels.

Les *Éléments de droit constitutionnel* n'éludent pas le problème : « Les droits garantis expressément dans la Constitution écrite sont mis, nous l'avons vu, hors de l'atteinte des législateurs. En l'absence d'une telle garantie, ne sont-ils pas laissés à leur discrétion ? »[5]. La réponse est assurément négative. Le chapitre ajouté en 1909 n'est que la confirmation de ce que l'auteur exprime depuis la première édition de l'ouvrage, à savoir le refus de toute garantie constitutionnelle des droits individuels.

Esmein soutient en effet qu'une telle garantie est d'abord absolument inutile parce que la réglementation législative de l'exercice de ces droits est une obligation, quel que soit le texte constitutionnel (Chapitre 1). Mais cette garantie constitutionnelle est surtout juridiquement et matériellement inconcevable parce que les principes fondateurs du droit

---

[1] Avec les textes constitutionnels du Consulat et du Premier Empire, c'est-à-dire les Constitutions de l'an VII, de l'an X et de l'an XII.

[2] Voir M. Verpeaux, « Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la IIIe République », *RFDC*, 1990, p. 688-698.

[3] Voir É. Maulin, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la IIIe République. Charles Benoist et Jacques Bardoux », *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIIIe-XXe siècles*, ss. dir. D. Chagnollaud, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Droit Public-Colloques, p. 55-82.

[4] C. Benoist, *La réforme parlementaire*, Paris, Plon, 1902, p. 242.

[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 562.

constitutionnel de la IIIe République interdisent de procéder à un quelconque contrôle de la loi, et donc de l'action du législateur (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

L'exigence d'un régime juridique législatif des droits individuels

Dans la description de la réglementation des droits individuels qu'il opère à partir de 1909, Esmein fait de très fréquentes références aux diverses déclarations de droits qui ont marqué l'histoire constitutionnelle de la France. À chaque description du régime juridique d'un droit individuel, il est fait mention du ou des articles des déclarations de droits le garantissant. Il en est ainsi pour le principe d'égalité et ses déclinaisons[1], tout comme pour les droits entrant dans la catégorie des libertés individuelles[2]. Et on a d'ailleurs noté dans le titre précédent que l'auteur procédait à un classement des libertés individuelles directement fondé sur l'article 2 de la Déclaration de 1789.

Le chapitre ajouté en 1909 prouve que le législateur de la IIIe République respecte scrupuleusement les droits énoncés par les différentes déclarations ou garanties de droits françaises. Mais, plus encore, Esmein tend à démontrer l'inutilité juridique de toute reconnaissance constitutionnelle des droits individuels.

Esmein considère en effet, comme Laboulaye avant lui, que la proclamation ou la reconnaissance constitutionnelle des droits de l'individu n'a, en elle-même, aucune utilité si elle n'est pas suivie d'effets, c'est-à-dire si chacun des droits qu'on entend garantir n'est

---

[1] Pour le principe d'égalité civile, sont mentionnés l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Déclaration de 1789) et l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 (Déclaration de 1793). Pour le principe d'égalité devant la loi, est mentionné l'article 6 de la Déclaration de 1789. Pour le principe d'égalité devant la justice, ce sont les articles 62 et 63 de la Charte de 1814 qui sont mentionnés, étant entendus que ces articles sont de véritables articles constitutionnels, non compris dans le « droit public des français ». Pour le principe d'égalité devant l'impôt, sont mentionnés l'article 13 de la Déclaration de 1789, l'article 16 de la Déclaration des droits et des devoirs du citoyen de l'an III (Déclaration de l'an III), l'article 2 de la Charte de 1814 et l'article 15 de la Constitution de 1848. Pour le principe d'égalité dans l'accès aux emplois et fonctions publics, est mentionné l'article 6 de la Déclaration de 1789, voir *Éléments…*, *op. cit*, p. 1085, p. 1087, p. 1098, p. 1100-1101, p. 1104.

[2] Pour la notion de liberté elle-même, est mentionné l'article 4 de la Déclaration de 1789. Pour le droit de résistance à l'oppression sont mentionnés l'article 2 de Déclaration de 1789 et les articles 33 à 35 de la Déclaration de 1793. Pour le droit d'aller et venir, est mentionné le Titre Ier de la Constitution de 1791. Pour le droit à la propriété individuelle, sont mentionnés l'article 2 de la Déclaration de 1789, les articles 2 et 16 de la Déclaration de 1793, les articles 1 et 5 de la Déclaration de l'an III. La garantie contre l'expropriation sans indemnités mentionne l'article 17 de la Déclaration de 1789. Pour la liberté individuelle *stricto sensu*, sont mentionnés l'article 7 de la Déclaration de 1789 et l'article 222 de la Déclaration de l'an III. Pour l'inviolabilité du domicile privé, est mentionné l'article 9 du Titre IX de la Constitution de 1791. Pour le principe de légalité des peines, est mentionné l'article 8 de la Déclaration de 1789. Pour le principe de présomption d'innocence, est mentionné l'article 9 de la Déclaration de 1789. Pour la liberté du travail, du commerce et de l'industrie, sont mentionnés l'article 5 de la Déclaration de l'an III et l'article 17 de la Déclaration de 1793. Pour la liberté d'opinion *lato sensu* sont mentionnées les articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789. Pour la liberté de réunion, est mentionné le Titre Ier de la Constitution de 1791. Pour la liberté d'association, sont mentionnés les articles 360 de la Constitution de l'an III et l'article 8 de la Constitution de 1848. Pour la liberté de l'enseignement, sont mentionnés l'article 69 de la Charte de 1830 et l'article 9 de la Constitution de 1848. Enfin, pour la liberté du culte, l'auteur mentionne simplement qu'elle « a été garantie par la série de nos Constitutions jusqu'à celle de 1848 y comprise », voir *Éléments…*, *op. cit*, p. 1106, p. 1108-1109, p. 1111-1112, p. 1114-1116, p. 1123, p. 1140, p. 1152, p. 1156-1157, p. 1165-1166, p. 1178.

pas consacré par une loi (Section 1). Ainsi, à ses yeux, il est inutile de prétendre conférer une quelconque valeur constitutionnelle à la plus célèbre des déclarations de droits française, la Déclaration de 1789, en ce sens que cette absence de valeur constitutionnelle n'empêche pas le législateur de respecter les droits qu'elle proclame en les consacrant dans la loi (Section 2).

Section 1

L'inutilité juridique d'une garantie constitutionnelle des droits individuels

Les *Éléments de droit constitutionnel* sont le premier ouvrage de droit constitutionnel publié sous la IIIe République à s'arrêter sur la garantie et la proclamation constitutionnelles des droits individuels. Le *Manuel* de Saint Girons n'accorde en effet aucune place à cette question. Moreau, quant à lui se limite dans son *Précis* à une simple évocation de l'existence des déclarations de droits françaises dans le panorama qu'il dresse des Constitutions françaises[1].

Cela étant dit, on doit préciser qu'Esmein ne se livre pas à un commentaire détaillé et systématique de ces proclamations de droits. Seulement s'attache-t-il à en étudier la valeur juridique et positive. Ainsi, il opère une distinction sémantique entre les *déclarations* de droits et les *garanties* de droits (I) en démontrant que l'une comme l'autre catégorie ne peuvent *in fine* se dispenser d'une réglementation légale pour conférer une valeur positive et donc effective aux droits proclamés (II).

[1] Voir F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 51, p. 61, p. 69, p. 88, p. 97, p. 100 et p. 106.

I
La distinction entre déclaration et garantie des droits

Après une présentation succincte des droits individuels qui doivent être garantie par tout État qui se veut libéral, le chapitre théorique sur les droits individuels expose la distinction entre les deux types de garantie constitutionnelle de ces droits.

Esmein oppose ainsi les *déclarations* des droits et les *garanties* des droits. Celles-là comme celles-ci ont la même origine et la même ancienneté : elles sont toutes édictées de chaque côté de l'Atlantique dans le courant du XVIIIe siècle et sont le fruit du jusnaturalisme affirmant l'existence de droits de l'individu supérieurs et antérieurs à toute construction sociale et étatique. C'est dans cette philosophie jusnaturaliste, on l'a vu, que les philosophes des Lumières, et particulièrement les philosophes français, iront puiser leurs théories individualistes : « Les garanties des droits sont aussi anciennes que les déclarations ; elles ont fait leur apparition en même temps que celle-ci sans être tout d'abord distinctes quant à la forme »[1].

Ce sont les Américains, nous dit l'auteur, tout juste affranchise de la tutelle anglaise, qui, les premiers, décidèrent de joindre aux Constitutions qu'ils rédigeaient des déclarations affirmant l'existence de droits imprescriptibles : « Des déclarations conçues dans cet esprit apparurent d'abord en Amérique, dans les Constitutions que se donnèrent les colonies anglaises après leur émancipation. Ce fut, semble-t-il, l'initiative privée qui ouvrit cette voie, et le premier projet de déclaration des droits fut proposé par James Otis et Samuel Adams, dans un meeting tenu à Boston le 20 novembre 1772 ; le 12 juin 1776, la Convention de Virginie adoptait une déclaration qui devait servir largement de modèle aux autres colonies » [2].

Les déclarations des droits sont définies par Esmein comme étant « un produit direct de la philosophie du XVIIIe siècle et du mouvement d'esprit qu'elle a développé. Ce sont les principaux axiomes dégagés par les philosophes et les publicistes, comme les fondements d'une organisation politique juste et rationnelle, que proclamèrent solennellement les auteurs des Constitutions nouvelles destinées à en faire l'application »[3]. Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur la valeur juridique de ces textes. Adjointes à des textes constitutionnels, elles n'en ont pas le même caractère : « Les déclarations des droits émanent donc de corps possédant une autorité légale et même souveraine, d'assemblées constituantes ; mais ce ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des *déclarations de principes*, et jusque là jamais on n'avait rien vu de tel »[4]. Ainsi, les déclarations des droits n'ont aucune valeur juridique, et encore moins constitutionnelle. Elles doivent être distinguées en cela des quelques textes véritablement juridiques que connaît le droit anglais : « Sans doute les Anglais possédaient des documents écrits qui pouvaient présenter une certaine analogie ; un certain nombre de droits qui figurent dans les déclarations étaient garantis aux citoyens anglais par la grande

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 559-560.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 556.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 554.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 554.

Charte, par la *Petition of right*, par le *Bill of rights*, par l'*Act d'habeas corpus*, ou par l'*Act of Settlement*. Mais il y avait une différence profonde. Les documents anglais que je viens de rappeler avaient un but et une forme essentiellement pratiques : c'étaient ou des concessions solennelles faites par le roi à son peuple, ou des actes émanés des Chambres et imposés au monarque et ayant pour but et pour effet de limiter les droits de la couronne, texte que le citoyen pouvait au besoin invoquer devant les tribunaux »[1].

Au début de la Révolution française, l'Assemblée nationale ne doutait pas du caractère philosophique de la future Déclaration. Les députés semblaient unanimes : « Les hommes qui rédigèrent chez nous la première Déclaration des droits de l'homme et du citoyen étaient parfaitement instruits de ces faits, et c'est en pleine connaissance de cause qu'ils procédèrent à leur œuvre nouvelle. Ils se rendirent bien compte qu'ils rédigeaient un texte simplement dogmatique. Ils savaient bien qu'ils allaient répéter simplement sous une forme plus concise et plus populaire les vérités dégagées par la philosophie dont ils étaient imbus, et certains d'entre eux contestaient justement pour cette raison l'utilité d'un tel travail. Mais la grande majorité était convaincu de l'extrême utilité que présentaient ces déclarations »[2].

En ce sens, Esmein cite le propos d'Antoine-François Delandine : « Conservons les principes pour nous et hâtons-nous de donner aux autres les conséquences qui sont les lois elles-mêmes. Locke, Cumberland, Hume, Rousseau et plusieurs autres ont développé les mêmes principes ; leurs ouvrages les ont fait germer partout. Si nous avions à créer une théorie politique, sans doute nous devrions travailler à l'imitation de ces écrivains fameux ; il ne s'agit pas de la théorie mais de la pratique… La plupart d'entre vous, Messieurs, n'ignorent pas les idées vastes que ces philosophes ont répandus sur la législation des empires et nous ne les perdrons pas de vue dans la seule application que nous avons à en faire »[3]. Dans le même esprit, Esmein rapporte l'intervention de Gérard Lally-Tollendal qui oppose expressément les textes juridiques anglais et la simple déclaration des droits en discussion devant l'Assemblée : « Les Anglais ont plusieurs actes qui constatent leurs droits et qui sont le fondement de leurs libertés. Dans tous ces actes, soit dans leur grande Charte sous le roi Jean, soit dans leurs différentes pétitions sous les trois Édouard, sous Henri IV, soit dans leur pétition des droits sous Charles Ier, soit enfin dans leur bill du droit et dans leur acte déclaratoire sous Guillaume, ils ont constamment écarté toutes les questions métaphysiques, toutes ces maximes générales susceptibles de dénégation, de disputes éternelles »[4].

Au caractère purement philosophique des déclarations des droits, Esmein oppose les garanties des droits qui s'en distinguent par leur caractère véritablement juridique : « Les *garanties des droits* sont tout autre chose que les *déclarations* dont je viens de parler. Ce sont de véritables lois positives et obligatoires, et, pour les définir d'une façon plus précise ce sont des articles constitutionnels qui assurent au citoyen la jouissance de tel ou tel droit individuel. Le but qu'on se propose en les édictant, c'est de conférer aux droits ainsi garantis la force qui est propre, chez beaucoup de nations modernes, aux dispositions

[1] *Ibid*.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 554-555.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 555, note 2.
[4] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 554, note 2.

constitutionnelles : celles-ci, en effet, sont considérées comme supérieures aux lois ordinaires, comme pouvant restreindre et limiter les pouvoirs du législateur. Ce qu'on veut par ces *garanties des droits*, c'est protéger les droits individuels contre le législateur lui-même, lui interdire de faire aucune loi qui les entame ou qui les viole. C'est ces qu'exprime très nettement la Constitution de 1791 dans son Titre Ier : "Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution" »[1]. On comprend donc que la distinction sémantique entre « déclaration » et « garantie » recouvre une distinction juridique fondamentale : le terme de garantie sous-entend la garantie juridique. L'auteur ne le précise pas, mais on peut légitimement croire que la notion même de « garantie » trouve sa source dans l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui dispose : « Toute société dans laquelle *la garantie des droits* n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »[2]. La distinction a donc une importance capitale : en témoigne le fait qu'Esmein n'a de cesse de souligner les termes *déclarations* et *garanties* afin d'attirer l'attention du lecteur.

Esmein souligne toutefois qu'il ne faut pas s'attacher au titre même des textes. Il explique ainsi que les déclarations des droits des futurs États américains, bien qu'elles soient baptisées « déclarations », n'en contenaient pas moins des garanties juridiques : « Les déclarations des colonies émancipées de l'Amérique du Nord, qui, nous l'avons vu, ont été les premières de toutes, n'étaient pas seulement un exposé de principes rentrant dans le droit naturel. Avec le génie pratique de la race anglo-saxonne, leurs rédacteurs y avaient inséré un certain nombre de dispositions qui défendaient expressément au pouvoir législatif de statuer sur certaines matières ou de légiférer contrairement à certains principes. Ces articles, épars dans la Déclaration, étaient autant de *garanties des droits* »[3].

Cette idée de garantie se retrouve d'ailleurs dans la Constitution fédérale américaine avec l'adjonction en 1791 des dix premiers amendements. Nulle part ailleurs on ne retrouvera la moindre référence à ces articles, et on note qu'Esmein ne détaille à aucun moment le contenu des garanties conférées par ces amendements. Il se contente d'écrire : « La Constitution fédérale votée par la Convention de 1787 ne contenait tout d'abord rien de semblable, par la raison très simple qu'elle n'était précédée d'aucune déclaration des droits, et que, dans la forme, la garantie des droits n'avait pas encore été rendue directe et indépendante. Mais le premier Congrès, qui se réunit en 1789, proposa dix amendements à la Constitution qui furent votés et acceptés par les États conformément à celle-ci. Ce sont des dispositions additionnelles dont la plupart ont pour but la garantie des droits individuels »[4].

Esmein s'attache ensuite à démontrer que les différentes constitutions françaises ont connu à la fois des déclarations et des garanties des droits, soit en les mêlant l'une et l'autre dans le texte constitutionnel, soit en privilégiant les garanties à caractère juridique : « En France, les Constitutions qui contiennent une *déclaration des droits* contiennent aussi des *garanties des droits*, distinguant par là nettement les deux choses. La Constitution de

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 559.
[2] Nous soulignons.
[3] *Éléments…, op. cit.,* p. 559.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 560.

1791 présente ainsi un Titre Ier intitulé : *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*. La Constitution de 1793 classes ces derniers articles (122-124) sous la rubrique : *Garantie des droits*. La Constitution de l'an III est très abondante en dispositions de cette nature (art. 351 et suiv.) qu'elle intitule : *Dispositions générales*. Enfin, la Constitution de 1848 consacre son chapitre II aux *Droits des citoyens garantis par la Constitution*. D'autre part, celles de nos Constitutions qui ne contiennent pas de déclaration des droits ont conservé cependant les garanties des droits. Cela commence avec la Constitution de l'an VIII, qui leur consacre les principaux articles de son titre VII, intitulé : *Dispositions générales*. La Charte de 1814 elle-même, sous la rubrique : *Droit public des Français*, y consacre ses douze premiers articles reproduits dans les onze premiers articles de la Charte de 1830. Enfin, la Constitution du 14 janvier 1852 et celle du 21 mai 1870 débutent ainsi : " Art. 1. La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789 et qui forment la base du droit public des Français" »[1].

Ce faisant, Esmein tranche avec Berriat Saint Prix qui n'opère aucune distinction entre le préambule de la Constitution de 1848 et le titre « Droits des citoyens garantis par la Constitution »[2].

Esmein semble être le premier à établir une telle distinction fondée sur la valeur juridique des textes. Rossi garde en effet un silence révélateur quant à la Déclaration de 1789 et s'abstient d'en analyser à la fois le contenu et la portée juridique comme l'explique Julien Boudon : « Le plus intéressant réside finalement dans les silences, les non-dits ou la frilosité de Rossi. On en donne quatre illustrations. La première tient à la Déclaration des droits de 1789. Le terme "Déclaration" n'est pas beaucoup utilisé, le texte ou le document n'est pas exploité en cette qualité, bien que Rossi n'hésite pas à souligner que tel droit ou que telle liberté date de 1789. Il est question des "principes de 1789" ou des "idées de 89". On peut certes avancer que Rossi considère que la Déclaration de 1789 est le préambule de la Constitution de 1791. Mais on en fera plus volontiers l'indice d'un embarras »[3]. Berriat Saint Prix, lui, sera beaucoup plus prolixe sur l'idée même d'actes recognitifs des droits individuels. S'il procède à une analyse critique de la notion même de « droits naturels » en rapportant notamment les critiques émises par Bentham[4] dans les *Principes de législation*[5] et dans le *Traité des sophismes anarchiques* auxquelles il adhère en partie, il doute surtout de l'intérêt de constitutionnaliser « des maximes dénuées de développements et de démonstration »[6], dont « la brièveté engendre d'ailleurs un

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 560-561.
[2] Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 92 et p. 189.
[3] L'auteur de l'introduction poursuit : « Souvent la Constitution de 1791 est citée, sans que la Déclaration soit évoquée : c'est très net en matière de propriété. L'article 17 de la Déclaration proclame pourtant de manière solennelle que la propriété est un "droit inviolable et sacré". Mais son article 2 range aussi la propriété parmi les "droits naturels et imprescriptibles de l'homme". Voilà où le bât blesse. Rossi, on l'a dit, condamne le droit naturel et réfute l'existence même de droits naturels. Il partage le point de vue de Guizot, exprimé dans un manuscrit conservé aux Archives nationales, selon lequel "il n'y a point de droits naturels". Guizot ajoute au début de son examen de la section "Droits publics des français" qui ouvre la Charte : "attaquer toute idée de déclarations des droits – en expliquer la source et le danger". Rossi indiquait nettement en 18202 : "Ces déclarations des droits de l'homme, l'une plus absurde que l'autre, qu'on a forgées en France et en Amérique, est-ce dans les écoles de droit qu'on les a apprises ?" », P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel, avec une introduction de J. Boudon*, réédition, Paris, Dalloz, 2012.
[4] Sur l'appréhension des déclarations des droits par Bentham, voir notamment B. Binoche, et J ;-P. Cléro, *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007, 274 pages.
[5] Voir F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 108-117.
[6] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 117.

inconvénient extrêmement grave »[1] en ce qu'elles enchaînent le législateur ordinaire : « Si on laisse au pouvoir législatif la faculté de décréter les exceptions qu'il jugera convenable, la déclaration de droit devient illusoire, et sert tout au plus de frein au pouvoir exécutif ; si elle énonce les droits d'une manière absolue, elle devient, pour les législateurs, une entrave perpétuelle et intolérable. Cet inconvénient ne se rencontre pas, quand l'autorité qui a formulé le principe reste chargée d'indiquer les exceptions. […]. Les rédacteurs des déclarations de droits ont cru pouvoir impunément convertir en lois constitutionnelles des axiomes formulés par des philosophes ou des publicistes de premier ordre, dans leurs ouvrages. Ils n'ont pas vu qu'un écrivain conserve toujours la faculté d'énumérer les exceptions après avoir posé le principe. On ne saurait tout dire en quelques mots : le lecteur est obligé de combiner les diverses parties d'un même livre, avant de pouvoir attaquer l'un d'elles en particulier »[2].

Outre la critique relative à l'abstraction des droits proclamés, on comprend surtout que Berriat Saint Prix appréhende les reconnaissances des droits – quelles qu'elles soient et quelle que soit la Constitution qui les contient ou qui les suit – comme des principes à valeur constitutionnelle, sans distinguer comme le fait Esmein les simples « préambules » ou « déclarations » des véritables « garanties ».

L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* est cependant beaucoup moins critique quant au contenu des déclarations de droits et aux « droits naturels » qu'elles proclament. Le principal objectif d'Esmein n'est pas d'en condamner le contenu même, plutôt d'en contester l'utilité. Son propos vise ainsi à démontrer qu'il n'y a aucun inconvénient à ce que les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent pas de dispositions positives et juridiques garantissant l'exercice des droits individuels : « La garantie des droits n'est point propre aux Constitutions américaines et françaises. Elle se trouve dans presque toutes les Constitutions écrites de l'Europe, qui contiennent généralement en tête un chapitre intitulé : Droits garantis aux citoyens par la Constitution. Cependant, chose notable, nos lois constitutionnelles de 1875 sont muettes sur ce point. Comment expliquer ce silence et quelles conséquences juridiques résultent de cette lacune ? »[3].

Le mutisme des constituants de 1875 vient de la difficulté à élaborer un consensus à l'Assemblée nationale sur la forme du régime politique à donner à la France : « La Constitution de 1875 n'est point une œuvre théorique et systématique comme l'étaient beaucoup des Constitutions antérieures, principalement celles qui ont été votées par des assemblées constituantes proprement dites. Elle contient une solution éminemment pratique obtenue, après de longues difficultés, par un esprit de transaction et de sagesse moyenne. Dans les lois constitutionnelles ainsi rédigées on n'a mis que ce qui était absolument nécessaire pour assurer le fonctionnement du gouvernement, on s'est contenté d'organiser les pouvoirs publics et de déterminer leurs rapports, et l'on s'est abstenu de toute déclaration de principes »[4].

Il n'en n'est pas moins vrai que les constituants reconnaissaient l'existence de droits supérieurs et antérieurs à ceux de l'État : « Ce n'est pas que l'Assemblée nationale répudiât les principes proclamés pour la première fois en 1789 ; mais elle jugea inutile de les

[1] *Ibid*.
[2] *Ibid*.
[3] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 561.
[4] *Ibid*.

proclamer à nouveau ou même de les garantir dans la Constitution. Ils lui apparaissaient *comme dans un patrimoine définitivement acquis au peuple français*, et, en les laissant dehors de la Constitution écrite, elle marquait le dernier terme d'une évolution naturelle commencée bien auparavant. La place faite dans nos Constitutions à ces principes, et en particulier aux droits individuels, s'était progressivement rétrécie, à mesure qu'ils pénétraient plus profondément dans la conscience nationale. Nos premières Constitutions, nous l'avons vu, les avaient deux fois visés et reconnus, dans la déclaration et dans la garantie des droits ; puis (sauf dans la Constitution de 1848) la garantie seule avait subsisté ; dans la Constitution de 1852, on s'était borné à un simple rappel, à un renvoi. Ce rappel même était jugé inutile en 1875 »[1].

Ainsi, selon Esmein, les droits et libertés proclamés par les diverses déclarations ou garanties des droits françaises ne sont aucunement reniés par le régime de la IIIe République, ceux-ci font même partie du « patrimoine » des constituants lorsqu'ils procédèrent à la rédaction de lois de 1875. Pour le prouver, l'ouvrage cite l'intervention du député Charles Lepère : « Nous avons édicté une série de dispositions constitutionnelles sans nous attacher à faire des promulgations de principes, pas plus qu'à formuler des déclarations philosophiques. Nos principes sont connus. Ce sont les principes de 1789 que tous les gouvernements qui se sont succédé ont reconnu, jusqu'à celui-là même qui devait les violer de la façon la plus scandaleuse »[2]. Il y a avait donc une inutilité *politique* à réaffirmer des principes partagés par l'ensemble des constituants, ces principes formant un « patrimoine définitivement acquis au peuple français ».

Esmein ajoute qu'au-delà de cette inutilité politique, il y avait surtout une inutilité *juridique* à les proclamer de nouveau, en ce sens que même en présence d'une garantie constitutionnelle des droits individuels, le législateur a pour devoir de leur donner une effectivité juridique en en réglementant l'exercice.

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 561-562, nous soulignons.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 561, note 1.

II
L'insuffisance juridique d'une garantie constitutionnelle des droits

Toute la conviction d'Esmein en matière de droits individuels réside dans l'idée que la meilleure garantie constitutionnelle possible n'offre en aucun cas aux individus la possibilité de les exercer. Cet exercice des droits individuels requiert en effet l'intervention du législateur pour en déterminer les conditions et, par là, en fixer les limites. Ainsi, il ne s'agit pas tant de reconnaître et de proclamer des droits que d'en réglementer l'exercice et de leur offrir une pleine et entière effectivité juridique.

Cette idée était déjà vigoureusement exprimée par Édouard Laboulaye dans ses *Considérations sur la Constitution* publiées en 1848. Si son propos est avant tout animé par sa condamnation des droits sociaux – le droit au travail et le droit à l'instruction sont rejetés en ce qu'ils constituent des « droits-créances »[1] –, il note aussi l'insuffisance et même l'inutilité de toute reconnaissance des droits individuels, que celle-ci prenne la forme d'une simple déclaration ou même d'une garantie à valeur constitutionnelle : « Dans ces préambules pompeux, et sans utilité législative, toute énumération est insignifiante, et toute définition dangereuse. C'est à l'expérience, c'est à l'étude qu'il appartient de tirer chaque jour les conséquences nouvelles de ces grands principes sur lesquels porte la société. Le devoir du législateur est de sanctionner des résultats certains, et de transformer en lois les conquêtes de l'intelligence et du temps. Aller plus loin, c'est sortir de son rôle, c'est s'ériger inutilement en professeur de métaphysique sociale, c'est oublier que l'humanité et la science n'ont jamais dit leur dernier mot, c'est souvent appeler la discussion sur un terrain qui croule sous les pieds. […]. Le législateur ne fonde pas la société, il n'est pas chargé de monter en chaire pour démontrer philosophiquement de quels éléments elle se compose ; il ne prêche pas, il commande ; il ne discute pas, il agit. […]. Garantir les institutions de son pays, leur assurer un libre jeu, développer le bien être général sans contrarier la liberté individuelle, tel est son lot, et il doit s'y tenir : la plus belle définition de la propriété ne vaudra pas la moindre loi qui préviendra une agression injuste ; la plus brillante déclaration de fraternité ne vaudra pas la fondation d'une caisse de retraite pour l'ouvrier infirme ou vieilli. Encore une fois aux philosophes la discussion, aux législateurs le commandement et l'action »[2].

---

[1] « Est-ce donc un droit qui appartient à l'individu par sa seule nature, de recevoir l'instruction et d'obtenir le travail ? Mais alors il faut avouer que ce droit diffère singulièrement des droits reconnus jusqu'à ce jour par les anciennes déclarations, car il impose aux tiers l'obligation d'agir. Ce n'est pas le respect qu'il demande, c'est un service qu'il exige. […]. La liberté, la famille, la propriété, et s'il on veut même l'égalité et la sûreté, sont des droits absolus qui existent par eux-mêmes, ce ne sont pas des servitudes ou des obligations imposées à autrui ; et c'est à ce titre qu'ils ont droit au respect de tous, car ils sont un avantage pour tous, sans être une oppression pour personne », É. Laboulaye, *Considérations sur la Constitution*, Paris, Durand, 1848, p. 58-59. Dans le même esprit, Esmein condamne également ces droits sociaux : « L'obligation de fournir à tous l'assistance, l'instruction et le travail pourrait, tout au plus, être considérée comme un devoir de l'État ; et c'est bien seulement ainsi qu'elle a été proclamée par quelques-unes de nos Constitutions. Cela, d'ailleurs, suscite bien des difficultés, non seulement pratiques, mais théoriques, et cela suppose une conception particulière du rôle de l'État. Dans tous les cas, cela ne saurait constituer un droit propre de l'individu. On s'écarte là de la notion et du domaine des droits individuels ; car on demande à l'État de faire quelque chose et non pas seulement de laisser le champ libre à l'effort individuel. D'autre part, si ces obligations étaient admises, elles passeraient forcément après le respect des droits individuels, dont aucun ne pourrait être sacrifié ou violé pour leur donner satisfaction… », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 548-549.

[2] É. Laboulaye, *Considérations sur la Constitution*, *op. cit.*, p. 51.

Moins en verve que Laboulaye, Esmein n'en considère pas moins qu'une garantie des droits individuels « perd chez nous [en comparaison aux États-Unis] beaucoup de son importance » en raison des limites qui doivent être établies pour leur exercice : « Pour que les citoyens puissent exercer un droit ou jouir d'une liberté ; il ne suffit pas que l'exercice et la jouissance en soient garantis par la Constitution. En effet, quelques légitimes que soient les droits individuels, ils n'ont pas une portée illimitée. Ils ont, au contraire, deux limites nécessaires : le respect du droit égal chez autrui, et le maintien de l'ordre public. Leur exercice suppose donc une réglementation que doit en faire le législateur et, tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti par la Constitution, ne peut être exercé ; il reste là comme une simple promesse. C'est là une règle de droit qui n'a pas toujours été respectée à l'époque révolutionnaire, mais qui depuis a été confirmée par des applications multiples et décisives »[1].

La proximité de vues entre Esmein et Laboulaye est flagrante. Ce dernier tenait, presque cinquante ans avant les *Éléments de droit constitutionnel*, un discours quasiment identique à celui de notre auteur. S'adressant aux constituants de 1848, il affirmait : « vous devez enseigner au peuple que, pour ne pas dégénérer en licence, pour ne pas mettre en danger la société, toute liberté demande une limite, et que cette limite c'est la loi qui la donne, l'étendant ou la resserrant suivant l'intérêt général. Telle est au fond l'œuvre de l'État. Ce n'est pas lui qui concède à l'individu des droits éternels que l'homme tient de sa nature ; mais c'est lui qui, dans l'intérêt social, en règle l'exercice et les assure en les limitant. C'est donc une première faute que de faire concéder en apparence par l'État des droits qu'il reconnaît, mais qu'il n'accorde pas ; c'en est une seconde et plus grave que de présenter au peuple ces droits comme absolus, au lieu de les lui faire connaître dans la forme concrète sous laquelle la loi en accepte l'exercice »[2].

Berriat Saint Prix ne tenait d'ailleurs pas un discours différent dans sa *Théorie du droit constitutionnel français*. Il soutenait lui aussi que la véritable consécration effective des droits individuels ne peut se faire qu'au moyen de la loi : « Les principes du droit philosophique ont besoin, comme ceux des autres connaissances humaines de développements théoriques, pour acquérir le degré de certitude qu'un simple énoncé ne saurait leur donner ; […]. Il convient donc de les abandonner à la doctrine, qui seule peut les démontrer et les limiter. S'il on tient à leur donner une consécration officielle, qu'on se borne du moins à en faire l'objet d'une loi proprement dite. En les introduisant dans un texte auquel on ne peut déroger sans observer des formes extraordinaires, on a placé les assemblées futures entre la crainte continuelle de violer la Constitution et l'obligation de tenir compte d'une foule de nécessités physiques ou morales, qui viennent sans cesse faire fléchir les principes généraux »[3].

On observe qu'Esmein agrémente son propos d'une discrète note reproduisant l'article 4 de la Déclaration de 1789 qui dispose : « L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

---

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 562-563.
[2] É. Laboulaye, *Considérations sur la Constitution*, *op. cit.*, p. 53.
[3] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…*, *op. cit.*, p. 118.

Ainsi, tout le discours relatif à la réglementation des droits individuels chez Esmein puise directement dans la Déclaration de 1789 elle-même, qui, comme l'a relevé Patrick Wachsmann, est pleine de références à la loi et lui impose de fixer les bornes de l'exercice des droits reconnus et proclamés : « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout en proclamant la nécessité de placer les droits qu'elle qualifie de naturel hors d'atteinte des pouvoirs institués, multiplie les références à la loi, pour lui confier la mise en œuvre des principes qu'elle énonce. Ainsi, l'article 4, […], impose-t-il une conciliation entre les droits "naturels", dont il confie la réalisation à la loi. La plupart des articles de la Déclaration contiennent une référence à la loi, soit pour lui assigner des limites (art. 5, 6, 8), soit pour affirmer la solennité de son autorité (art. 5, 7, 8), soit encore pour l'autoriser à tracer les bornes des libertés dont le principe est proclamé (art. 10, 11, 17). Les libertés issues de la Déclaration sont donc bien souvent des libertés par la loi ou des libertés limitées par la loi – et ce, en vertu de la Déclaration elle-même. Le rôle réservé au législateur est donc considérable, à la grande crainte des libéraux, qui relèvent que la Déclaration inaugure "une souveraineté indéfiniment législative" selon l'éloquente expression de M. Bertrand de Jouvenel »[1].

Ainsi, une garantie des droits n'est rien si elle n'est pas suivie de l'action législative nécessaire à la détermination des conditions d'exercice de ces droits. De sorte que, si le législateur procède comme il le doit à cette définition des limites des droits individuels, la garantie en elle-même n'a plus d'intérêt. Il est donc préférable aux yeux d'Esmein de se trouver en présence d'un législateur qui assure sa fonction de protecteur des droits individuels, même en l'absence d'une déclaration ou d'une garantie des droits texte recognitif, plutôt que de se trouver face à une telle garantie dont les promesses ne seraient jamais suivies d'effets, en ne trouvant aucune application positive.

Deux exemples viennent étayer son propos : « La Constitution de l'an III garantissait aux citoyens la liberté de l'enseignement : la Charte de 1830 la promettait aussi ; enfin elle était garantie par la Constitution de 1848. Elle n'a été ouverte cependant que par les différentes lois organiques qui l'ont réglementée : la loi du 28 juin 1833 pour l'enseignement primaire ; loi du 15 mars 1850 pour l'enseignement primaire et secondaire ; loi du 12 juillet 1875 pour l'enseignement supérieur. La Constitution de 1848 déclarait dans son article 8 : "Les citoyens ont le droit de s'associer" ; mais cette disposition ne fit point tomber l'article 291 du Code pénal qui punissait toute association de plus de vingt personnes non autorisée par le gouvernement. Ce texte prohibitif est resté en vigueur depuis lors jusqu'à ces derniers temps, sauf dans la mesure où son application avait été écartée par des lois spéciales, dont la plus importantes est celle du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels »[2]. Il ajoutera lors de la troisième édition : « La liberté d'association a été enfin organisée par la loi du 1er juillet 1901 (J. off. du 2 juillet) relative au contrat d'association, l'une des plus libérale qui existe dans le monde civilisé »[3].

Voilà l'explication de l'addition du chapitre relatif à la réglementation législative des droits individuels dans la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* en 1909 :

---

[1] P. Wachsmann, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n°2, 1995, p. 20.
[2] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 563.
[3] *Ibid*.

démontrer qu'en l'absence de toute garantie des droits dans les lois constitutionnelles de 1875, le législateur a parfaitement exercé son rôle en consacrant par la loi les divers droits et libertés compris dans le « patrimoine » français[1]. Ainsi, il paraît inutile pour Esmein de reconnaître une quelconque valeur constitutionnelle au texte le plus célèbre de ce patrimoine : la Déclaration de 1789.

[1] La cinquième édition de l'ouvrage ajoute à la suite des exemples fournis par l'auteur : « On voit quelle importance a dans notre droit la réglementation des droits individuels par le législateur. Aussi consacrerons-nous un chapitre spécial à cette réglementation (deuxième partie, ch. XIII) ; nous ne faisons ici que poser les principes », *Ibid*.

Section 2

Une Déclaration de 1789 dénuée de valeur juridique et constitutionnelle

Le chapitre ajouté en 1909, on l'a dit, n'a de cesse de faire références aux diverses déclarations et garanties des droits françaises et notamment à la Déclaration de 1789 dans l'exposé du régime juridique des droits individuels déterminé par le législateur de la IIIe République.

Ces références visent à confirmer qu'il n'est aucunement nécessaire de conférer une valeur juridique et surtout une valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789, en ce sens que le législateur n'a pas besoin d'être borné dans sa compétence législative pour assurer le respect et la consécration des droits et libertés qu'elle proclame.

Esmein considère en effet que, à l'instar des déclarations des droits en général, la Déclaration de 1789 en particulier n'est qu'un texte purement philosophique et dogmatique (I). Cette affirmation de l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* s'oppose alors résolument à l'émergence d'idées tendant à reconnaître et à conférer à la Déclaration une valeur constitutionnelle, voire supra-constitutionnelle (II).

I
Le caractère dogmatique de la Déclaration de 1789

Esmein n'accorde pas une place importante à la Déclaration de 1789 dans son étude sur les principes des droits individuels. L'auteur ne procède en effet à aucun commentaire particulier des dispositions qu'elle contient, tout comme il ne propose aucun développement relatif à son adoption[1].

Sans doute parce que le texte n'a aucune portée normative. Comme toute déclaration des droits, la Déclaration de 1789 n'a qu'un caractère « dogmatique »[2] ou philosophique mais en aucun cas un caractère juridique.

L'auteur prend soin de rappeler que certains députés de l'Assemblée nationale de 1789 niaient déjà toute utilité à la rédaction d'une déclaration : « En France, ce fut l'un des premiers objets que discuta l'Assemblée nationale, lorsqu'elle aborda l'œuvre de la Constitution. La question de même se savoir si l'on rédigerait une déclaration des droits de l'homme et du citoyen fut vivement débattue dans les séances des 1er, 2, et 3 août 1789. Tous les esprits, on peut le dire, étaient acquis dans l'Assemblée aux principes qu'on proposait de proclamer sous cette forme. Mais un parti assez nombreux trouvait inutile et même dangereuse une déclaration de cette nature. Il y voyait un grand inconvénient en ce qu'on allait proclamer comme absolus des droits auxquels la Constitution elle-même, ou les lois qui en opéreraient le règlement apporteraient forcément des restrictions et des limites : n'était-ce pas inviter en quelque sorte les citoyens à réclamer, à s'insurger peut-être contre les lois au nom de la déclaration des droits elle-même ? Malgré cette observation, la très grande majorité de l'Assemblée constituante se prononça pour une déclaration des droits »[3].

Tel Tocqueville[4] – il s'agit là d'une des rares références à l'auteur de *l'Ancien régime et la Révolution* – Esmein considère en effet que le texte envisagé par les constituants de 1789 devait prendre la forme d'un « *Credo* politique » : « Non seulement elle [l'Assemblée constituante] était dominée par la croyance plus haut indiqué en la puissance de ses propres vérités, mais elle sentait aussi que la Révolution, qui s'accomplissait en France, ouvrait une ère nouvelle dans l'histoire des sociétés. C'était en quelque sorte la proclamation d'un nouvel évangile, et l'Assemblée qui inaugurait cette phase nouvelle dans les destinées de l'humanité devait formuler en termes solennels le nouveau *Credo* politique : "L'on ne peut, disait Duport, se dispenser de faire des déclarations parce que la société change. Si elle n'était pas sujette à des révolutions, il suffirait de dire que l'on est soumis à des lois ; mais vous avez porté vos vues plus loin ; vous avez cherché à prévoir toutes les vicissitudes ; vous avez voulu enfin une déclaration convenable à tous les

[1] On note d'ailleurs que ses ouvrages d'histoire du droit n'en font que très peu mention. Le *Précis élémentaire de l'histoire du droit français* publié en 1908 se contente de renvoyer aux *Éléments de droit constitutionnel* : voir *Précis élémentaire de l'histoire du droit français…, op. cit.*, p. 37, note 1.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 555.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 556.
[4] Esmein vise seulement le chapitre III de l'Ancien régime et la Révolution dans lequel Tocqueville fait une analogie entre la révolution politique de 1789 et les révolutions religieuses : voir *Éléments…, op. cit.*, p. 557, note 1.

hommes, à toutes les nations. Voilà l'engagement que vous avez pris face à l'Europe ; il ne faut pas craindre ici de dire des vérités de tous les temps et de tous les pays" »[1]. On note ici l'insistance avec laquelle l'auteur évoque l'esprit de la déclaration. Celle-ci est, comme toutes les autres déclarations, « dogmatique »[2], ne contient que des « dogmes politiques »[3] ou des « axiomes »[4]. Elle ne renferme aucune disposition juridique ou normative.

Quant au contenu même de la déclaration, on l'a dit, Esmein ne s'y attache pas de façon systématique dans le chapitre théorique des droits individuels. Toutefois, le chapitre consacré à la réglementation de ces droits, s'il ne procède pas à un commentaire des articles, envisage la résistance à l'oppression consacrée par l'article 2 de la Déclaration en tant que « droit naturel et imprescriptible de l'homme ». L'auteur le qualifie de « révolutionnaire » et en attribue la paternité à Locke : « C'est dans le chapitre intitulé *De la tyrannie* qu'il expose cette thèse dans son *Essai sur le gouvernement civil* ; son point de départ lui est fourni d'ailleurs par une idée toute juridique, une idée de juriste anglais. C'est que le magistrat, même le magistrat suprême, qui dépasse ses droits légaux, qui accomplit à l'égard des sujets un acte que la loi ne lui permet point, n'agit plus en qualité de magistrat, mais de simple particulier, c'est-à-dire sans titre ; c'est un particulier qui usurpe l'autorité publique. On peut donc lui résister par la force, comme on repousse par la force un acte de violence, émanant d'un particulier. Il est vrai qu'il entoure de réserves et de restrictions cette doctrine qui, dit-il, pourrait "faire sortir la société de ses gonds". La résistance par la force ne sera point permise, si l'opprimé à un recours légal. Alors même que le recours n'existerait pas, s'il n'y a que quelques opprimés, la Nation ne doit point prendre les armes à la légère et accomplir une Révolution »[5]. Alors que dans son *Manuel*[6], Duguit se livre à une discussion de l'origine de ce droit et de son application dans le droit français contemporain, Esmein le chasse du « patrimoine » français en le jugeant périmé et donc inutile dans un État moderne : « C'était là une théorie curieuse de la légitimité de l'émeute et de la révolution, qui supposait un gouvernement d'où la liberté politique était exclue, car dans un gouvernement libre ce recours dont parle Locke existe toujours, au moins devant les assemblées législatives : lorsqu'on arrive aux émeutes triomphantes, dont le résultat est accepté par une nation, on sort du domaine juridique pour entrer dans celui des faits »[7]. L'auteur condamne de façon toute naturelle l'application qui en fut faite par la Déclaration de 1793 qui consacrait l'insurrection populaire comme « le plus sacré et le plus indispensable des devoirs »[8], tout en ne pouvant réprimer – de façon pour le moins étrange – sa grande méfiance à l'égard du syndicalisme : « Il est difficile de concevoir une maxime plus dissolvante de la société politique, surtout lorsqu'on songe que d'après elle le peuple serait le seul juge de savoir si ses droits sont violés. Ce sont des erreurs qui heureusement appartiennent au passé ; le *droit syndical* lui-même est moins dangereux »[9]. Ainsi, par son anachronisme, le contenu même de la Déclaration de 1789 ne peut

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 556-557.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 555.
[3] *Ibid*.
[4] *Éléments…, op. cit.,* p. 554.
[5] *Éléments…, op. cit.,* p. 1107.
[6] Duguit détermine notamment la résistance passive – légitime selon lui – la résistance défensive et la résistance agressive en condamnant les deux dernières qui sont incompatibles avec une société politique moderne : voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 671-681.
[7] *Éléments…, op. cit.,* p. 1106-1107.
[8] Article 35 de la Déclaration de 1793.
[9] *Éléments…, op. cit.,* p. 1106-1107.

prétendre à une valeur juridique quelconque en attribuant à l'individu un tel droit de résistance dans un État libéral.

Quant aux sources de la Déclaration de 1789, celles-ci sont à trouver, nous l'avons relevé, dans le mouvement philosophique du XVIIIe siècle. Mais il faut attendre la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel* pour voir Esmein signaler en note la « controverse »[1] engagée entre Boutmy et Jellinek. Boutmy conteste en effet l'analyse produite par Jellinek dans son ouvrage[2] paru en 1902 dans lequel l'auteur entend trouver la source de la Déclaration française de 1789 dans les déclarations des droits des États américains[3]. Le professeur allemand écorne ainsi l'idée selon laquelle la Déclaration française aurait puisé dans la philosophie des Lumières et particulièrement dans celle de Rousseau[4].

Esmein n'entend pas entrer dans un débat pollué par le nationalisme et ne consacre qu'une note de bas de page à cette querelle, tandis que Duguit lui dédiera plusieurs pages[5]. Esmein réaffirme toutefois son opinion sur les sources de la Déclaration. Selon lui, les déclarations américaines procèdent autant de la philosophie des Lumières que la déclaration française : « Dans mon cours de 1902 à la Faculté de droit de Paris, je crois avoir établi les points suivants : 1° la Déclaration de 1789, comme celles des États d'Amérique du Nord qui l'avaient précédée, est un produit naturel et direct de la philosophie politique du XVIIIe siècle : toutes les écoles qui la représentent concordaient en ce point, même celle des physiocrates, quoique partiellement pour des motifs différents »[6]. Il poursuit en reconnaissant la proximité des déclarations française et américaines – Jellinek[7] puis Boutmy[8] s'étant livrés à une comparaison des articles des deux types de déclarations pour prouver chacun le bien-fondé de leur argumentation – tout en soulignant leurs différences : « Les déclarations américaines ont seulement deux traits distinctifs. D'un côté, elles sont généralement imprégnées d'un esprit religieux et chrétien très marqué ; d'autre part, elles contiennent, éparses au milieu des pures déclarations de principes quelques dispositions ayant un caractère juridique et légal, édictant de véritables *garanties* de tel ou tel droit individuel »[9].

Malgré ces différences, l'auteur convient que toutes font application des théories développées par l'École du droit naturel : « 2° Les droits visés dans ces déclarations ont été déterminés presque tous par les théories sur le droit naturel dont nous avons parlé plus haut. Le droit naturel était alors une règle acceptée de tous. Les royalistes décidés, mais éclairés, s'en inspiraient eux-mêmes ».

---

[1] G. Jellinek, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. (Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy) », *RDP*, 1902, t. XVIII, p. 386.

[2] G. Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne, trad. G. Fardis, avec une préface de F. Larnaude,* (*La Déclaration…*), Paris, Fontemoing, 1902.

[3] Voir notamment G. Jellinek, *La Déclaration…*, *op. cit.*, p. 13-22. Voir en réponse É. Boutmy, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales des sciences politiques*, 1902, p. 415-443.

[4] Voir G. Jellinek, *La Déclaration…*, *op. cit.*, p. 9-12.

[5] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 478-483.

[6] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 557, note 3.

[7] Voir G. Jellinek, *La Déclaration…*, *op. cit.*, p. 29-44.

[8] É. Boutmy, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », art. cité, p. 426-434.

[9] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 557, note 3.

Enfin, il adopte la même position que Jellinek et Boutmy en ne décelant pas l'influence de Rousseau[1] dans la Déclaration française. Pour autant il ne nie pas l'influence des auteurs des Lumières ou de leurs ascendants : « 3° Les écrivains dont l'influence est prépondérante et reconnaissable dans la Déclaration de 1789 sont au nombre de deux. C'est en première ligne Locke. C'est à lui d'abord qu'on doit la conception claire des droits de l'homme distincts des droits du citoyen, et de lui procèdent directement les articles 1, 2 (Montesquieu et Blackstone y ont fourni la sûreté), 3, 13, 14 et 17 ; l'*Essay on civil governement* en est le meilleure commentaire. En second lieu, Montesquieu, par ses admirables chapitres de l'*Esprit des lois* sur le droit criminel, a fourni les articles 7, 8 et 9. Le surplus est pris dans la doctrine générale et courante du XVIIIe siècle. La déclaration fut d'ailleurs une œuvre collective à laquelle l'Assemblée entière collabora, sauf la droite »[2].

Ainsi, conformément à ce qu'il avait écrit dès 1896, Esmein conteste la thèse de Jellinek, sans pour autant entrer dans un débat qui se révéla assez stérile. Les dogmes proclamés par la Déclaration sont tous issus de la philosophie du XVIIIe siècle, elle-même trouvant sa source chez les auteurs du droit naturel.

Malgré son caractère éminemment philosophique, la Déclaration de 1789 reste un phare dans l'histoire politique française, en comparaison des déclarations qui lui succedèrent au nom d'une « tradition constitutionnelle »[3] qui s'étend jusqu'à la Constitution de l'an VIII : « La foi en la puissance des vérités abstraites et générales était singulièrement affaiblie après le 18 brumaire, et ce n'était pas au moment où la liberté politique subissait en France une dépression profonde que l'on allait, dans la Constitution nouvelle, proclamer les principes de la liberté universelle »[4]. Ainsi se tarit le courant des déclarations des droits en France, bien que la Constitution de 1848 renouât avec la « tradition ».

Esmein explique ce phénomène par deux causes : « C'est, d'un côté, la prédominance de l'esprit classique qui considère comme inutiles ces déclarations de principes distinctes de leur application. C'est aussi un autre fait qui confirme après coup l'utilité réelle de notre première Déclaration, celle de 1789. Celle-là, en effet, a été en quelque sorte définitive ; ses articles ont promptement pénétré dans les esprits et sont devenus des axiomes courants pour la conscience française. C'est à elle que l'on songe toujours lorsqu'on parle des droits de l'homme et du citoyen : elle est pour nous la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par excellence, et c'est toujours elle que l'on désigne par ces termes sans aucune addition. Les déclarations postérieures n'ayant point eu le même retentissement et la même importance historique ont été, en réalité, des répétitions inutiles d'une proclamation déjà faite et qu'elles ne pouvaient faire oublier. Aussi ces déclarations de 1793 et de l'an III sont presque des curiosités de notre histoire constitutionnelle ; elles n'ont laissé aucune empreinte dans la mémoire nationale, tandis que celle de 1789 subsiste comme un titre toujours respecté. Elle n'a rien perdu de sa

[1] On remarquera qu'Esmein, dans son rejet de la doctrine rousseauiste et de sa définition de la loi, rechigne nettement à reconnaître le genevois comme la source pourtant évidente de la définition de la loi contenue dans l'article 6 de la Déclaration.
[2] *Ibid*.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 557.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 558.

force par suite des révolutions politiques, car ce n'est qu'une déclaration de principe, et les principes, lorsqu'ils sont vrais et acceptés par l'esprit public peuvent être méconnus, mais non effacés par les textes de lois »[1].

La Déclaration de 1789 est donc un monument de l'histoire politique et constitutionnelle de la France. Mais, malgré ce caractère, ou plutôt en raison même de ce caractère, elle s'apparente à une simple déclaration de principes, et ne revêt en rien un aspect normatif et juridique. Cette affirmation répétée sans lassitude vise à contredire ceux qui l'érigent en texte juridique.

[1] Il ajoute : « Je l'ai dit cependant, l'une des Constitutions françaises de notre temps a repris la tradition abandonnée depuis l'An VIII. C'est la Constitution de 1848 qui, sous le titre de Préambule et en huit articles, contient une véritable déclaration des droits et aussi des devoirs ; mais moins encore peut-être que celles de 1793 et de l'an III, cette déclaration n'a pas eu d'influence sur le développement de notre droit constitutionnel », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 559.

II
La valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 en débat

Au début du XXe siècle, l'absence de reconnaissance des droits – déclarations, garanties ou renvoi à une déclaration antérieure – dans les lois constitutionnelles de 1875 conduit certains auteurs à attribuer une valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789. C'est aussi en ce sens que doit être interprété le chapitre relatif à la réglementation des droits individuels ajouté à la cinquième édition des *Éléments de droit constitutionnel.*

Si, avant 1896, on ne trouve trace dans la doctrine constitutionnelle de prétentions d'auteurs conférant une valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789, on constate dès 1901 que Duguit[1] entreprend de contester l'*opinio communis*, parfaitement représentée par Esmein. Dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*, le doyen de Bordeaux écrit : « Ainsi, toutes les Déclarations des droits de 1789, de 1793, de l'an III, toutes les dispositions de nos diverses constitutions qui rappellent et confirment les principes de 1789, le préambule de la Constitution de 1848, ne seraient point des lois ; elles seraient l'acte d'un législateur philosophe de même nature que le fait le théoricien qui formule une proposition philosophique ou morale. Nous ne saurions admettre pareille conséquence. Nos Déclarations des droits sont bien des lois au sens matériel, et les plus importantes, les plus solennelles de nos lois ; elles constatent des normes, des règles impératives par elles-mêmes, s'imposant directement aux gouvernants, et rien de plus ; mais cela suffit pour qu'elles soient des lois matérielles »[2]. Ainsi, selon sa théorie du droit objectif, Duguit décèle dans la Déclaration de 1789 des normes qui doivent s'imposer « aux gouvernants », c'est-à-dire à l'État.

Mais la réflexion et surtout l'argumentation se feront moins abstraites et plus nettes dans son *Manuel de droit constitutionnel.* Duguit affirme en effet en 1907 qu'en l'absence de référence aux droits individuels dans les lois constitutionnelles de 1875, la Déclaration de 1789 doit être tenue pour une règle de droit positif s'imposant au législateur : « La Constitution de 1875 est la seule où l'on ne trouve aucune mention, aucune rappel des droits inscrits dans la Déclaration de 1789. Dans ces conditions, on peut se demander si les règles de la Déclaration des droits de 1789 ont cessé d'avoir force légale positive, et si le parlement pourrait, à l'heure actuelle, faire des lois portant atteinte aux droits naturels de l'homme individuel sans violer les dispositions fondamentales de notre droit public. Nous répondrons non, sans hésiter ; et nous croyons fermement que toute loi contraires aux termes de la Déclarations des droits de 1789 serait une loi inconstitutionnelle »[3].

Le raisonnement se fonde sur l'idée toujours assez abstraite que la Déclaration de 1789 constitue le « pacte social de la société nouvelle »[4] née de la Révolution et que les régimes politiques postérieurs se fondèrent tous sans exception sur ce « pacte social »,

[1] Sur ce point, voir P. Raynaud, *Le juge et le philosophe : essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Colin, 2008, p. 47 et suivantes.
[2] L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 554.
[3] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p 485.
[4] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 487.

qu'ainsi les lois constitutionnelles de 1875 ne peuvent déroger aux règles de ce pacte. Cette idée emporte une conséquence qui ne figurait pas, semble-t-il, dans les écrits précédents. Il en résulte en effet que la Déclaration n'est pas seulement revêtue d'une valeur supra-législative mais surtout d'une valeur supra-constitutionnelle : « Nous croyons que si aujourd'hui le législateur faisait une loi violant un des principes formulés dans la Déclaration des droits de 1789, cette loi serait inconstitutionnelle. Nous croyons même que la Déclaration des droits de 1789 s'impose encore, non seulement au législateur ordinaire, mais aussi au législateur constituant, et qu'une assemble nationale formée dans les conditions de l'article 8 de la loi du 25 février 1875 ne pourrait point juridiquement faire une loi contraire aux termes de la Déclaration de 1789 »[1].

Ceci posé, Duguit affirme que si certaines des Constitutions antérieures de la France ont intégré dans le texte constitutionnel même des garanties des droits, c'est simplement pour se conformer à la règle suprême qu'est la Déclaration de 1789 : « Cela explique comment les auteurs de la plupart des constitutions ont cru nécessaire d'inscrire dans la constitution elle-même des *Garanties des droits*, qui ne font point double emploi avec la Déclaration proprement dite. Elle est la loi fondamentale s'imposant au législateur constituant et au législateur ordinaire, et celui-là ne fait que remplir l'obligation que lui impose la loi supérieure, en faisant interdiction à celui-ci de violer les principes de cette loi supérieure. […] A fortiori, le législateur ordinaire est-il lié par les Déclaration des droits, et s'il n'y a pas dans la constitution des dispositions rappelant ou garantissant les droits inscrits dans la Déclaration, le législateur ordinaire n'en reste pas moins lié par la Déclaration et il lui est toujours interdit de les violer sous peine de faire une loi contraire au droit »[2].

Est d'ailleurs anticipée la critique fondamentale, qui sera d'ailleurs exploitée par Carré de Malberg[3] une vingtaine d'années après, à savoir que la Déclaration de 1789 étant entrée en vigueur avec la Constitution de 1791 qu'elle précédait, le remplacement de cette dernière par la Constitution de 1793 aurait eu pour effet de faire perdre toute valeur positive à la Déclaration. Duguit répond d'avance aux critiques en arguant que la Déclaration de 1789 était en réalité distincte de la Constitution de 1791 : « Sans doute les dispositions des constitutions antérieures, ayant une portée générale et considérées comme encore en vigueur, n'ont que force de loi ordinaire. Mais la Déclaration des droits de 1789 ne faisait point partie, à proprement parler, de la constitution. Elle a été votée séparément et définitivement en 1789, et on a décidé, non pas qu'elle serait incorporée à la constitution, mais qu'elle serait placée en tête de la Constitution »[4].

Pour appuyer ainsi sa prétention à conférer une valeur supra-constitutionnelle à la Déclaration de 1789, l'auteur en appelle à la doctrine individualiste – dont il prédit la fin imminente au profit du solidarisme[5] – qui constitue le fondement même de tout système juridique libéral : « Dans la doctrine individualiste, qui est encore à la base de notre droit positif, la force obligatoire de la loi dérive bien plus de son adéquation aux droits

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 486.
[2] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 488.
[3] Pour la critique de carré de Malberg sur cette théorie : voir R. Carré de Malberg, *Contribution…, op. cit.*, vol. 2, p. 579-582.
[4] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 489.
[5] Voir L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 474-475.

individuels que de la volonté nationale telle quelle. Par conséquent, la loi par excellence, celle qui est plus forte que toutes les autres, lois constitutionnelles ou lois ordinaires, qui ne sont qu'une émanation d'elle, qui ne valent quelque chose que dans la mesure où elles se conforment aux principes qu'elle édicte, c'est la loi contenant l'énumération des droits individuels, c'est la Déclaration des droits »[1].

Ainsi, Duguit prend l'exact contre-pied de la théorie d'Esmein. Toutefois, on doit souligner que le doyen de Bordeaux, s'il admet la supra-constitutionnalité de la Déclaration, n'entend pas pour autant instituer un système de contrôle de constitutionnalité des lois. Il reconnaît la difficulté de confier le contrôle de constitutionnalité des lois à « une haute et impartiale juridiction, sans caractère politique »[2]. Outre la déconsidération d'un tel système par l'inaction du Sénat conservateur sous les deux Empires[3], la difficulté provient essentiellement de la composition d'une telle juridiction : la nomination par l'un des pouvoirs constitués ruinerait son indépendance[4], l'élection lui conférerait inévitablement un caractère politique[5], et la cooptation en ferait « une sorte de corps aristocratique incompatible avec la démocratie moderne »[6]. De plus, le mode de saisine d'une telle juridiction entraînerait également de sérieux doutes sur l'indépendance de sa fonction si le pouvoir exécutif était le seul détenteur de cette saisine[7]. L'auto-saisine est également à exclure pour éviter que la juridiction en cause prenne un caractère politique[8]. Enfin, la saisine par les particuliers n'est pas non plus envisageable en raison des difficultés qu'elle provoquerait dans l'action du législateur : « on peut redouter que l'œuvre législative soit elle-même entravée. On conçoit qu'un simple particulier puisse provoquer l'annulation d'un acte fait par une autorité administrative (recours pour excès de pouvoir). On comprend plus difficilement, ce nous semble, qu'un particulier puisse provoquer l'annulation d'une loi qui, faite par les organes constitutionnels du pays, doit être présumée utile et conforme au droit »[9]. On constatera dans le chapitre suivant que l'auteur s'opposera également à un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par voie d'exception.

Mais quelques années avant Duguit, le juriste et député Charles Benoist entendait également conférer une valeur juridique à la Déclaration de 1789. Si, à la différence de Duguit, Benoist ne reconnaît pas la valeur positive de la Déclaration préexistante aux lois constitutionnelles de 1875, il entend alors la lui conférer par une révision constitutionnelle.

Dans *La réforme parlementaire* paru en 1902, Benoist préconise en effet de « limiter » le parlementarisme dont il dénonce le fonctionnement depuis bon nombre d'années[10]. Le

---

[1] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 487.
[2] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 654.
[3] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 655-657.
[4] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 655.
[5] *Ibid*.
[6] *Ibid*.
[7] *Ibid*.
[8] *Ibid*.
[9] *Ibid*.
[10] On trouve déjà dans L'organisation de la démocratie paru en 1900, les éléments relatifs à la création d'une Cour Suprême en vue d'assurer une garantie aux droits individuels : voir C. Benoist, *L'organisation de la démocratie, op. cit.*, p. 46-52.

chapitre VI de l'ouvrage, intitulé « Les deux parlementarismes. La Cour Suprême des États-Unis », oppose en effet le parlementarisme « limité » du régime politique des États-Unis au parlementarisme « illimité » de la IIIe République et se propose de remédier à l'omnipotence parlementaire française en bornant le domaine de compétence du législateur : « Pour le limiter [le parlementarisme], comment faire ? Si le parlementarisme américain est limité, c'est que la Constitution fixe aux pouvoirs du Congrès des bornes qu'il ne peut excéder. C'est qu'elle définit, détermine et délimite, – au sens rigoureux de ces trois mots, – les pouvoirs mêmes du Congrès ; elle les énumère, donc les compte et les pèse, et il n'en n'a pas, qu'elle ne lui ait expressément donnés. Évidemment, elle le fait surtout en vue du partage de la souveraineté ou de l'autorité législative entre la Confédération et les États qui la composent : ceci à la Confédération, cela aux États ; et c'est en quoi la Constitution des États-Unis est proprement fédérale ; et c'est en quoi un pays unitaire comme la France ni ne saurait la suivre, ni ne saurait même avoir à la suivre »[1].

En termes de bornes constitutionnelles au pouvoir du législateur, Benoist entend constitutionnaliser la Déclaration de 1789 et les « principes généraux » qu'elle contient : « Malheureusement, la Constitution française de 1875 ne pose pas de principes généraux : ce n'est qu'un compromis, un arrangement furtif et hâtif, et comme un accoutrement entre deux portes des pouvoirs strictement indispensables pour gouverner et administrer tant bien que mal, au jour le jour. Mais ce défaut n'est point sans remède, et le remède est à portée de main. Nous avons une Déclaration des Droits de l'homme, et nul n'est censé l'ignorer, tant on nous en rebat les oreilles. […]. Elle n'est peut-être pas, soumis à la froide analyse, le monument parfait que des politiciens échauffés s'imaginent, et personnellement nous ne retirons rien des critiques qu'avec d'autres et après d'autres parmi lesquels Bentham, nous avons pu lui adresser. Mais enfin, c'est, depuis un siècle, la grande Charte des Français, le grand Concordat, le grand Contrat ; – eh bien ! que cette Charte soit une vérité ! Pour que la Cour Suprême garde la Constitution, il faut au préalable que nous ayons une Constitution : constitutionnalisons donc la Déclaration des Droits de l'homme : lisons-la, soudons-la à notre Constitution, incorporons-l'y ; et que, de la même façon, selon la même procédure que la Cour Suprême des États-Unis empêche la loi d'outrepasser la Constitution fédérale, une Cour Suprême de France soit chargée d'empêcher que rien ne puisse être fait, par le législateur, qui soit en contradiction ou en désaccord avec la Constitution française, Déclaration des droits comprises »[2].

La constitutionnalisation de la Déclaration de 1789 suppose donc une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois. L'auteur, devenu député en 1902, va alors déposer à l'Assemblée nationale avec une quinzaine de ses collègues, conformément à l'article 8 de la loi du 25 février 1875, une proposition de résolution pour réviser les lois constitutionnelles[3]. Cette proposition vise à constitutionnaliser la Déclaration de 1789 et à instituer une « Cour Suprême » chargée de veiller au respect des droits proclamés dans la Déclaration. C'est donc un véritable contrôle de constitutionnalité des lois que propose Charles Benoist, ce que Duguit ne s'était pas résolu à faire.

---

[1] C. Benoist, *La réforme parlementaire*, *op. cit.*, p. 284-285.
[2] C. Benoist, *La réforme parlementaire*, *op. cit.*, p. 286-287.
[3] Voir É. Maulin, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la IIIe République. Charles Benoist et Jacques Bardoux », art. cité, p. 63, note 24.

Nous sommes aux antipodes de la doctrine d'Esmein qui, en refusant de reconnaître une quelconque valeur juridique à la Déclaration de 1789, s'oppose par le fait à un quelconque contrôle de la loi et donc du législateur.

CHAPITRE DEUX

Le rejet d'un contrôle de la constitutionnalité des lois

Outre qu'aucun texte de valeur constitutionnelle n'offre d'énumération des droits et libertés, Esmein soutient qu'il est juridiquement impossible de mettre en place un contrôle de constitutionnalité de la loi. En d'autres termes, quand bien même un texte recognitif – « garantie de droits » ou même « déclaration de droits » – serait revêtu d'une valeur juridique positive et supérieure à la loi, aucune procédure ni aucun organe ne permettrait d'en faire assurer le respect par le législateur.

Les *Éléments de droit constitutionnel* excluent un tel contrôle dès leur première édition. Mais on ne peut nier une certaine forme d'ambiguïté, voire de confusion. En effet, la question n'est pas traitée en elle-même, de façon monolithique, dans une section particulière de l'ouvrage. Les explications fournies sont diffuses et se trouvent parsemées au sein de trois chapitres différents. Cet éparpillement traduit sans doute le fait que le principe même d'un contrôle de la loi, par une autorité quelconque, n'entre pas dans le schéma intellectuel de l'auteur.

Pourtant, la question n'est pas nouvelle en France. Certains régimes politiques ont même organisé une procédure destinée à s'assurer de la conformité des textes adoptés par le législateur avec la Constitution. Mais, selon Esmein, ce contrôle ne peut être envisagé sous la IIIe République. La raison en est simple : les principes sur lesquels les institutions du régime sont fondées s'opposent à l'établissement d'une quelconque procédure de contrôle de conformité des lois à la Constitution.

D'abord, le principe de la séparation des pouvoirs interdit à toute juridiction quelle qu'elle soit d'opérer une confrontation entre la loi et la Constitution (Section 1). Mais, en outre, l'indétermination du domaine de la loi ordinaire a pour conséquence la non-limitation du législateur. Esmein lui accorde une confiance absolue dans l'exercice de sa mission (Section 2).

Section 1

Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité repoussé au nom de la séparation des pouvoirs

Le premier argument avancé par Esmein pour rejeter tout contrôle de constitutionnalité des lois réside dans le principe de la séparation des pouvoirs, notamment législatif et judiciaire. L'auteur ne conteste évidemment pas la compétence des juridictions administratives et même des juridictions judiciaires pour s'assurer de la conformité des actes administratifs à la loi au moyen du contrôle de légalité. Il y consacre un court paragraphe en expliquant que la matière relève des ouvrages de droit administratif[1].

Mais la question du contrôle de constitutionnalité de la loi est, elle, l'apanage du droit constitutionnel. Or la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le pouvoir judiciaire puisse effectuer un quelconque contrôle de la loi au regard des dispositions de la Constitution. Esmein apparaît isolé, au moment même où une partie de la doctrine française admet progressivement l'idée d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par voie d'exception.

Toutefois, Esmein se trouve confronté à un écueil redoutable. Si le principe de séparation des pouvoirs constitue un principe général du droit constitutionnel des États modernes, il ne peut ignorer que les États-Unis d'Amérique confèrent à toutes les juridictions ordinaires, et à la Cour suprême fédérale en dernier ressort, le pouvoir de contrôler la conformité des lois à la Constitution fédérale. Aussi, tout en affirmant qu'il existe une incompatibilité de principe entre le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par voie d'exception et la séparation des pouvoirs en France (I), doit-il fournir une explication particulière justifiant l'existence d'un tel contrôle aux États-Unis d'Amérique (II).

[1] « D'autre part, comme, en droit, les juridictions administratives rentrent dans le pouvoir exécutif et administratif, elles peuvent annuler, en cas d'irrégularité, les actes mêmes de l'administration : en vertu de la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire, si on le considère comme distinct et en le supposant compétent, ne pourrait point casser ou annuler les actes du pouvoir exécutif. Il pourrait seulement (à défaut de sanction pénale) condamner à des dômmages-intérêts les administrateurs qui les auraient accomplis. Enfin la règle qui réserve aux juridictions administratives la connaissance exclusive des actes accomplis par les autorités administratives, n'est pas absolue. La législation, et surtout la jurisprudence, l'ont notablement restreinte, rendant alors compétence, par rapport à ces actes, aux tribunaux judiciaires. Mais ici je touche à une matière qui rentre entièrement, non dans le droit constitutionnel, mais dans le droit administratif : je renvoie le lecteur aux traités qui exposent ce droit », *Éléments…*, *op. cit.*, p. 534.

I
L'incompatibilité entre le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois et la séparation des pouvoirs

En 1896, lors de la publication des *Éléments de droit constitutionnel*, Saint Girons et Moreau se rallient tout deux au principe d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

Dans son *Manuel de droit constitutionnel*, Saint Girons reprend quasiment mot pour mot ce qu'il avait déjà exposé dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs*[1] : le système constitutionnel français présente « une véritable lacune »[2] par le fait qu'il n'existe « aucune garantie contre les excès de l'omnipotence parlementaire »[3]. En s'inspirant du modèle américain, l'avocat lyonnais plaide pour la compétence des tribunaux judiciaires de ne pas appliquer, au cours d'un litige qui leur est soumis, les lois qui seraient contraires à la Constitution : « Il ne s'agit pas d'ailleurs de conférer aux tribunaux un pouvoir de cassation à l'égard des actes du Parlement. Le juge américain n'a pas le droit de prendre spontanément une décision générale qui annule une loi inconstitutionnelle. Le juge attend d'être saisi par un particulier qui se plaint de cette loi : il faut qu'il y ait un procès, et le jugement qui interviendra, n'aura qu'une valeur d'espèce, il pourra être contredit par d'autres jugements ou infirmé sur appel »[4]. Cette compétence « très désirable »[5] constituerait la plus haute garantie d'une protection effective des droits individuels : « Il est impossible de ne pas voir, dans le jugement de la constitutionnalité d'une loi, une attribution essentiellement judiciaire et, en même temps, une puissante garantie pour les droits des citoyens »[6].

Une dizaine d'années après, Félix Moreau soutiendra une thèse identique en estimant que les arguments contraires, tirés du principe de la séparation des pouvoirs, sont « faibles »[7]. S'il reconnaît que cette faculté des juges « suppose une Constitution qui garantisse expressément certains droits aux particuliers et fixe nettement les attributions du pouvoir législatif »[8], il n'y voit en aucun cas une violation du principe de la séparation des pouvoirs. Le motif en est qu'une loi contraire à la Constitution ne peut être tenue pour une loi : « L'autorité judiciaire resterait dans ses attributions, car il s'agit d'une contestation soulevée par l'application d'une loi. Elle est chargée de faire respecter et exécuter les lois ; or la Constitution est la première et la plus importante des lois, elle serait violée par l'application d'une loi constitutionnelle. En refusant l'application d'un texte contraire à la Constitution les juges ne violent aucune loi ; une loi inconstitutionnelle n'est pas une loi »[9].

---

[1] Voir A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 555-563.
[2] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 579.
[3] *Ibid*.
[4] *Ibid*.
[5] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 555.
[6] A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 579.
[7] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 412.
[8] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 413.
[9] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 412.

Cet argument se retrouve sous la plume de Gaston Jèze qui publie en 1895 à la *Revue générale d'administration* un article relatif au contrôle des délibérations des assemblées délibérantes. Jèze y distingue les violations formelles de la Constitution et les violations de fond, ou matérielles, et s'oppose ainsi à « l'opinion générale ». Ainsi établit-il – sans le formuler expressément – une distinction entre une inconstitutionnalité extrinsèque et une inconstitutionnalité intrinsèque de la loi.

Selon lui, il est du devoir des juridictions de procéder à un contrôle de la constitutionnalité extrinsèque de la loi invoquée devant eux au cours d'un litige, c'est-à-dire de contrôler que la loi a été adopté dans le respect des conditions de forme posée par la Constitution. Ces lois viciées dans la forme doivent être écartées par les juges, au motif que le vice d'inconstitutionnalité leur retire le caractère de loi et annihile par là même leur existence juridique : « Les tribunaux ont le devoir, semble-t-il, de refuser l'application de la loi vicieuse, et cela en vertu des principes généraux. Le tribunal, en effet, se trouve en présence de deux textes contradictoires : la loi constitutionnelle, l'acte du Parlement ; il doit assurer l'exécution de la loi en vigueur. Cette loi, quelle est-elle ? C'est évidemment la loi constitutionnelle, car il est hors de contestation qu'une loi ordinaire ne peut abroger la loi constitutionnelle. La loi ordinaire vicieuse est frappée d'avance d'une nullité radicale ; elle est inexistante. Le juge, en le constatant, ne sort pas du cercle de ses attributions ; il ne viole pas le principe de la séparation des pouvoirs, pas plus que lorsqu'il refuse son appui à un décret, à un arrêté préfectoral ou municipal contraire à la loi. Tout le monde admet que le juge a le devoir de "vérifier l'existence" des lois ; or, en écartant une loi inconstitutionnelle il ne l'apprécie pas, il déclare qu'elle n'a pas d'existence juridique »[1].

Quant au contrôle de la constitutionnalité intrinsèque de la loi, touchant à son contenu même, l'auteur paraît admettre plus prudemment, contre la jurisprudence de la Cour de cassation, que les juridictions devraient être autorisées à y procéder : « Faut-il aller plus loin et dire qu'en l'état actuel de la législation, le juge a le droit et le devoir de repousser la loi, lorsque la contradiction avec la constitution n'est pas flagrante, lorsqu'elle résulte d'une interprétation probable ou simplement possible d'un texte controversé pour les raisons données précédemment ? La question est plus douteuse ; on répond unanimement par la négative, comme s'il y avait là un principe incontestable de notre droit public. Quant à nous, pour les raisons données précédemment, nous penchons plutôt pour l'affirmative »[2].

Esmein, lui, adopte une position inverse. Il est résolument opposé à tout contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois au nom du principe de la séparation des pouvoirs. Si le régime parlementaire, on l'a vu, instaure entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif une séparation « souple » ou « atténuée », la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est, elle, poussée « à l'extrême ». Le propos est sans appel : « Une loi qui supprimerait ou entamerait une liberté ou l'un des droits garantis par la Constitution ne serait pas nulle pour cela. Incontestablement, elle n'aurait pas dû être votée par le Corps législatif qui, en l'adoptant, a violé la Constitution. Mais une fois votée, elle devient cependant obligatoire et, ni le pouvoir exécutif ni le pouvoir judiciaire ne pourraient en refuser d'en faire l'application. Cela vient de ce que notre droit public,

[1] G. Jèze, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *RGA*, 1895, t. II, p. 410-411.
[2] G. Jèze, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », art. cité, p. 411-412.

poussant à l'extrême sur ce point les conséquences de la séparation des pouvoirs, refuse aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des lois »[1].

Esmein applique ici à la protection des droits individuels la conception qu'il se fait du principe de la séparation des pouvoirs. Il affirmait en effet dans le chapitre consacré à ce dernier principe que le droit français interdit formellement aux juges de connaître des questions de constitutionnalité : « Le pouvoir judicaire, étant distinct du pouvoir législatif, ne saurait casser ou empêcher les actes de celui-ci, c'est-à-dire les lois. Mais ne faut-il pas aller plus loin et dire que le pouvoir judiciaire ne peut pas apprécier non plus la validité, c'est-à-dire la constitutionnalité des lois ? Cette dernière conséquence est repoussée, comme nous le verrons, par la jurisprudence américaine, et même, on peut le dire, par la doctrine des Anglo-Saxons, partout où il existe chez eux des constitutions limitant les attributions du pouvoir législatif. Elle est au contraire pleinement admise en France, et dans les divers pays d'Europe autres que l'Angleterre. Pour ce qui concerne notre pays, les principes, posés par les Assemblées de la Révolution et qui ont fixé notre droit public, ne sauraient laisser aucun doute »[2].

Citant le décret du 16 août 1790, Esmein identifie une sorte de principe général du droit français selon lequel les juges ne peuvent opérer un contrôle de constitutionnalité des lois. Toutefois on doit se demander ce qu'Esmein entend par *inconstitutionnalité* de la loi. Et on doit admettre que l'auteur fait preuve d'une certaine imprécision. Il semble en effet qu'il n'établisse pas de distinction entre la constitutionnalité intrinsèque et extrinsèque de la loi. Mais trois expressions laissent planer un doute. Lorsqu'il affirme que « notre droit public, poussant à l'extrême sur ce point les conséquences de la séparation des pouvoirs, refuse aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des lois », Esmein ajoute en note : « La Constitution de l'an III décidait seulement, art. 131 : "Les lois dont le préambule n'atteste pas l'observation des formes prescrites par les articles 77 et 91 (les trois lectures et les délais y afférents) ne peuvent être promulguées par le directoire exécutif, et sa responsabilité dure six années. Sont exceptées les lois pour lesquelles l'acte d'urgence a été approuvé par le Conseil des Anciens" »[3].

Plus loin, dans le chapitre relatif à la théorie des constitutions écrites, l'auteur évoque par deux fois le respect des formes prescrites par la Constitution pour l'adoption de la loi. Après avoir écarté l'idée d'un contrôle des actes du pouvoir constituant au regard de la Constitution qu'il révise, il écrit à propos du contrôle des lois ordinaires : « Mais ici il s'agit d'une loi ordinaire, *votée régulièrement dans la forme* par le pouvoir qui a le droit général de légiférer : qui sera juge du point de savoir s'il a ou non dépassé les limites fixées par la Constitution ? »[4].

Enfin, dans ce même chapitre, en opérant une comparaison des systèmes juridiques européens – hors le cas de l'Angleterre – et le système américain, il écrit : « En Europe, il en a été autrement, et partout, même sous l'empire des Constitutions écrites impératives et limitatives, l'idée s'est fait recevoir que les tribunaux n'avaient aucunement le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois. *Régulièrement rendues dans la forme, elles s'imposent à*

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 564.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 537.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 564, note 1.
[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 588, nous soulignons.

eux, ils ont qualité pour les appliquer et non pour les juger. Cela revient, au fond, à dire qu'ils sont compétents pour appliquer et interpréter les lois ordinaires ; mais qu'ils n'ont point compétence pour appliquer et interpréter la Constitution »[1].

De la sorte, Esmein laisse supposer qu'une loi viciée dans sa forme pourrait faire l'objet d'un refus d'application par le juge et ainsi donner lieu à un contrôle de la constitutionnalité extrinsèque de la loi. Mais il ne l'énoncera jamais par refus catégorique de tout contrôle de constitutionnalité des lois.

Il est remarquable que les *Éléments de droit constitutionnel* ne mentionnent jamais les « velléités »[2] exprimées par la Cour de cassation sous la Monarchie de Juillet de contrôler la constitutionnalité des lois, du moins leur constitutionnalité formelle ou extrinsèque au regard des dispositions de la Charte de 1830. Dans son article précité, Jèze fonde[3] en effet la distinction entre inconstitutionnalités intrinsèque et extrinsèque[4] sur les motifs d'un arrêt célèbre rendu par la Cour de cassation en 1833. Dans cette affaire Paulin, le requérant contestait l'application qui lui était faite des lois du 25 mars 1822 et du 8 octobre 1830 comme contraires à l'article 69 de la Charte du 14 août 1830 garantissant la compétence du jury en matière de presse. La Cour rejeta le pourvoi au motif notamment que « la loi du 8 oct., délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux, et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité »[5]. *A contrario*, le *Manuel de droit constitutionnel* de Duguit en conclut que les juridictions françaises n'ont pas le pouvoir de procéder à un quelconque contrôle de conformité, formelle ou matérielle, de la loi à la Constitution[6].

Sous la Monarchie de Juillet, l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par les juridictions judiciaires ordinaires n'était pas totalement écartée. Si Rossi reste muet sur cette question dans son *Cours* – il n'envisage pas qu'une contestation de la conformité de la loi à la Charte puisse être soulevée devant un juge[7] –, le *Commentaire sur la Charte* de Berriat Saint Prix explique prudemment que les juges pourraient en effet être amenés à écarter une loi en contradiction avec la Charte : « Ainsi, les articles qui règlent les droits généraux et particuliers garantis par l'État, doivent être mis sur la même ligne que les articles qui règlent la distribution des pouvoirs politiques. […]. La conséquence de cette doctrine est que toute loi inconciliable avec le texte de la Charte est inconstitutionnelle ; à la vérité, aucune autorité n'est compétente pour la déclarer nulle, puisque le pouvoir législatif ne relève d'aucun autre ; mais il semble que les juges, lorsqu'ils auront à opter

[1] *Éléments…*, *op. cit.*, p. 595, nous soulignons.
[2] Nous empruntons l'expression à Georges Burdeau, cité par Jean-Pierre Machelon, voir J-P. Machelon, *La République contre les libertés ?...*, *op. cit.*, p. 55, note 102.
[3] Voir G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *RDP*, 1912, t. XXIX, p. 139.
[4] Sur cet arrêt, voir J.-L. Mestre, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 28, p. 27-30.
[5] Voir Cass., 20 mars 1833, Paulin, *Sirey*, 1833, I, p. 361.
[6] « En France, les tribunaux ont-ils le droit, dans une affaire à eux soumise, de recevoir une exception d'inconstitutionnalité et de refuser d'appliquer une loi qu'ils jugent inconstitutionnelle ? D'après une jurisprudence constante et suivant une doctrine traditionnelle, les tribunaux n'ont point ce pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois », L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 658-659.
[7] On constate que ni dans la description qu'il donne de la séparation des pouvoirs (leçon soixante-douze), ni dans son exposé des attributions du pouvoir judiciaire (leçon cent deux) n'est évoquée la question de l'éventuelle contradiction entre la loi et la Constitution.

entre le texte de la loi et celui de la constitution, devront faire du dernier la base de leur jugement »[1].

Dans son commentaire de la Constitution de 1848, l'auteur évoquera également, en des termes assez flous, l'hypothèse d'une déclaration d'inconstitutionnalité par la juridiction judiciaire : « Un publiciste portugais, M. Pinheiro-Ferreira, complète la division usuelle [des pouvoirs] par l'addition de deux nouveaux pouvoirs : le pouvoir électoral et le pouvoir conservateur. Ils ont pour objet : le premier, de désigner les magistrats ; le second, d'annuler les actes inconstitutionnels des autres pouvoirs. L'idée de M. Pinheiro-Ferreira est utile, elle a son côté juste. Il est néanmoins permis de considérer la division vulgaire comme complète. La désignation des magistrats chargés de décréter les lois, de les exécuter et les appliquer au procès est une opération préliminaire à l'exercice des pouvoirs plutôt que l'acte d'un pouvoir proprement dit. À l'égard du pouvoir conservateur, il se rattache à celui des trois pouvoirs dont il a pour objet d'annuler les actes. Déclarer une loi inconstitutionnelle, c'est, au fond, faire une loi qui abroge la loi prétendue irrégulière. La cour de cassation est un véritable tribunal »[2]. Jean-Louis Mestre souligne d'ailleurs que les arrêts Gauthier et Gent rendus par la Cour de cassation en 1851[3] marquèrent « le point culminant atteint, au milieu du XIXe siècle, par la tendance des juges judiciaires à contrôler des textes invoqués devant eux »[4].

Or, Esmein, pourtant féru d'histoire, ne mentionne à aucun moment ces audaces de la Cour de cassation. Il se borne à citer la loi des 16 et 24 août 1790 pour justifier l'impossibilité juridique de procéder à un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Et cette attitude ne variera pas.

Les développements des *Éléments de droit constitutionnel* consacrés au contrôle de constitutionnalité ne seront jamais modifiés au cours des éditions successives. Il faudra attendre la sixième édition de 1913 pour voir Joseph Barthélemy signaler – à la fin du chapitre relatif à la théorie des constitution écrites – l'existence des propositions de lois de Charles Benoist et de Jules Roche déposées lors de la session de la Chambre des députés de 1903 et tendant à instituer une juridiction suprême chargée de connaître les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant elle[5].

En 1912, Esmein apparaît de plus en plus isolé. C'est en effet à partir de la célèbre affaire de la Société municipale des Tramways de Bucarest que certains des plus éminents publicistes français affirment « le pouvoir logique, normal, naturel des tribunaux de

---

[1] F. Berriat Saint Prix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle, op. cit.*, p. 119.

[2] F. Berriat Saint Prix, *Théorie du droit constitutionnel français…, op. cit.*, p. 337-338.

[3] « La Cour de cassation a cependant élargi sa jurisprudence sous la Seconde République, en acceptant de se prononcer sur la constitutionnalité intrinsèque de deux dispositions législatives. La chambre criminelle a expressément accepté d'examiner le moyen tiré de "l'inconstitutionnalité" de l'attribution de compétence aux conseils de guerre pour juger des civils, attribution figurant dans la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, au regard des dispositions de la Constitution de 1848. Elle l'a fait à deux reprises, les 15 mars et 17 novembre 1851, en rendant les arrêts Gauthier et Gent », J.-L. Mestre, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », art. cité, p. 29.

[4] J.-L. Mestre, « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », art. cité, p. 30.

[5] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 602. On constatera qu'Henry Nézard ajoutera, lui, dans la septième édition un très court paragraphe signalant l'institution en d'un Tribunal constitutionnel en Tchécoslovaquie 1920, juridiction chargée du contrôle de constitutionnalité des lois et du contrôle de la régularité des révisions portées à la Constitution du pays : voir *Éléments…*, 7e édition, vol. I, *op. cit.*, p. 600.

vérifier la constitutionnalité des lois avant de les appliquer »[1]. Dans cette affaire, la Société municipale des Tramways de Bucarest contestait l'adoption et l'application d'une loi postérieure à la détermination de ses statuts et demandait à la juridiction roumaine compétente d'écarter l'application de cette loi au motif de sa contradiction avec les droits garantis par la Constitution du 30 juin 1866. La Société en question avait demandé aux professeurs Jèze et Berthélemy une consultation juridique appuyant ses prétentions quant à l'obligation faite aux tribunaux roumains de procéder au contrôle de constitutionnalité des lois. Le mémoire, approuvé, nous dit Jèze, par les professeurs Beauregard, Esmein, Larnaude, Pillet, Colin, Wahl et Politis[2], soutient qu'en l'absence d'un « texte formel » retirant aux juridictions judicaires le droit de connaître des questions de constitutionnalité des lois portées devant elles, celles-ci avaient pour obligation de procéder à un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception : « Ce qui rentre dans la mission normale, logique, naturelle des tribunaux, c'est seulement, à l'occasion d'un procès porté devant eux, d'appliquer la loi constitutionnelle et de refuser d'appliquer la loi ordinaire inconstitutionnelle. Tel est, au seul point de vue juridique, non pas seulement le pouvoir, mais le devoir de tout juge, devoir naturel, logique, nécessaire. Et, encore une fois, le devoir existe, pour tout tribunal saisi d'un procès et placé en présence de deux lois contraires de force différente, qu'il s'agisse d'un conflit entre une loi constitutionnelle et une loi ordinaire, qu'il s'agisse d'un conflit être une loi ancienne et une loi nouvelle, d'un conflit entre la loi nationale et la loi étrangère. Son devoir est de rechercher quelle loi est la plus forte et d'appliquer cette loi plus forte, à l'exclusion de la loi moins forte »[3].

Procédant à une brève étude de droit comparé des principaux États européens, le mémoire signale que la loi des 16 et 24 août 1790 et l'article 3, chapitre V, titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 constituent, en France, les « textes formels » qui interdisent aux juges ordinaires de connaître de la constitutionnalité des lois : « Ces textes sont considérés par beaucoup d'auteurs comme réglant la question »[4]. Sont cités à l'appui de cette opinion le *Traité de droit constitutionnel* de Duguit, la communication de Larnaude à la Société de législation comparée en 1902 – que nous évoquerons plus loin – et surtout les *Éléments de droit constitutionnel* d'Esmein.

Selon Jèze et Berthélemy, le décret de 1790 et la Constitution de 1791 ont été adoptés pour des « motifs d'ordre politique »[5] par réaction aux Parlements d'Ancien régime. Ces motifs politiques sont ainsi opposés à un raisonnement juridique qui laisse « logiquement » et « naturellement » aux juges le soin de procéder à la vérification de la compatibilité des lois avec la Constitution. Il est remarquable que le principe fixé en 1790, puis répété en 1791, est présenté comme contraire au principe de la séparation des pouvoirs : « C'est sous l'influence de ces considération [d'ordre politique] que le pouvoir logique, normal, naturel des tribunaux de vérifier la constitutionnalité des lois avant de les appliquer fut écarté. Et pour donner à ces injonctions une base solide, on s'efforça de les

[1] G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », art. cité, p. 145.
[2] G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », art. cité, p. 139, note 1.
[3] G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », art. cité, p. 142.
[4] G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », art. cité, p. 145.
[5] G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », art. cité, p. 146.

rattacher à l'un des plus fameux dogmes de l'évangile politique nouveau : la séparation des pouvoirs. En réalité, la règle nouvelle était en *contradiction absolue* avec le principe de la séparation des pouvoirs »[1].

S'il est précisé qu'Esmein a approuvé le mémoire de Jèze et Berthélemy, il faut souligner qu'Esmein ne voit jamais dans la loi des 16 et 24 août 1790 une règle « en contradiction absolue » avec le principe de la séparation des pouvoirs. Tout au plus admet-il que la règle fixée en 1790 procède d'une application « extrême » ou « rigoureuse »[2] du principe mais sans jamais le violer. En cela, il sera d'ailleurs suivi par Ferdinand Larnaude qui, en 1902, explique dans sa communication à la Société de législation comparée – intitulée « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif » – que la conception française de la séparation des pouvoirs « toute entière dirigée contre le pouvoir judiciaire »[3] a pour conséquence cet « axiome juridique »[4] que les juridictions ne peuvent opérer un contrôle de constitutionnalité des lois.

On note d'ailleurs que si Duguit repousse en 1907[5] un tel contrôle juridictionnel, il précise expressément que cela ne résulte pas du principe de la séparation des pouvoirs : « Nous estimons que dans l'état actuel de notre législation les tribunaux français ne peuvent point apprécier la constitutionnalité des lois ; nous ne rattachons point cette solution au prétendu principe de séparation des pouvoirs. Mais nous estimons que, dans un régime fondé comme le notre essentiellement sur le principe de légalité, il ne saurait être permis aux agents de l'État d'apprécier la légalité de la loi qu'ils sont obligés d'appliquer. La loi est le fondement et la limite de leur compétence ; leur permettre d'apprécier la valeur de cette loi, ce serait leur permettre de s'insurger contre le principe même en vertu duquel ils peuvent agir, ce serait créer un véritable élément d'anarchie »[6].

Esmein affirme donc sans faiblir que le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à tout contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par voie d'exception, qu'il s'agisse de la constitutionnalité intrinsèque ou extrinsèque. Il fait preuve

---

[1] G. Jèze, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », art. cité, p. 147, nous soulignons.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 595.
[3] F. Larnaude, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p. 217.
[4] F. Larnaude, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 220. On note que Larnaude semble toute fois admettre que les juges français puissent contrôler au moins la constitutionnalité formelle de la loi : « Tout au plus pourraient-ils refuser d'appliquer une lois qui manquerait des conditions de forme que la constitution et le règlement imposent aux chambres législatives. Il s'agirait alors, en effet, uniquement, de vérifier certaines conditions extérieures et matérielles (vote par les deux Chambres, double lecture, défaut de majorité, absence de promulgation, etc.). Et encore, beaucoup d'auteurs soutiennent-ils que les tribunaux n'ont même pas le pouvoir de se refuser à l'application d'une loi lorsqu'elle a été promulguée et publiée en se prévalent de ce qu'elle n'a pas été votée régulièrement. Mais il semble difficile d'aller aussi loin dans la voie de l'abdication judiciaire, car dans ces divers car il n'y a même pas une loi, les formes imposées à l'action de l'organe législatif et en l'absence desquelles il n'est plus un pouvoir, ne se trouvent pas réunies », p. 220-221.
[5] Sur l'évolution de la pensée de Duguit à propos du contrôle de constitutionnalité des lois, voir É. Pisier, « Léon Duguit et le contrôle de constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes », *Droit, institutions et systèmes politiques, Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, P.U.F, 1897, p. 189-201.
[6] L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 659.

un cela d'un conservatisme indéniable, puisqu'il n'appelle jamais, de façon explicite ni même implicite, à l'abrogation de la loi des 16 et 24 août 1790.

Avec Ferdinand Larnaude[1], il est l'un des derniers à soutenir cette théorie face à un ensemble d'auteurs qui voient dans le contrôle de constitutionnalité opéré par les juridictions américaines un système séduisant propre à assurer une limitation du pouvoir législatif. Esmein va alors tenter d'expliquer le système de contrôle de constitutionnalité des lois pratiqué par les juridictions aux États-Unis, État fédéral qui connaît et applique pourtant, selon lui, le principe de la séparation des pouvoirs.

[1] On a indiqué toutefois que Larnaude ne semble pas être opposé à un contrôle de la constitutionnalité extrinsèque des lois.

II
L'originalité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois aux États-Unis

Dès la Monarchie de Juillet, le système américain de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par voie d'exception a exercé, sinon une influence, du moins une certaine fascination sur les esprits français. Alain Laquièze[1] a démontré le rôle joué par Tocqueville et Laboulaye dans la réception en France de cette conception américaine de la protection des droits de l'individu. Dans son *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Berriat Saint Prix fait référence à la *Démocratie en Amérique* pour appuyer l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge.

Sous la IIIe République, cette faveur pour le système américain ne se dément pas. Comme le signale Saint Girons[2], avant même l'adoption des lois constitutionnelles de 1875, Louis Blanc, membre de l'Assemblée nationale et partisan d'une assemblée unique, proposait d'introduire l'exception d'inconstitutionnalité dans la procédure judiciaire française. Son collègue radical de l'Assemblée nationale, Alfred Naquet, se montrait également partisan d'une Chambre unique et d'une véritable Cour suprême[3].

Parmi les juristes, l'*Essai sur la séparation des pouvoirs* de Saint Girons puise directement dans les écrits de Tocqueville pour promouvoir l'application à la France du système américain[4] en considérant que « ce droit de l'autorité judiciaire est une puissante garantie des droits privés et de l'indépendance des pouvoirs »[5]. Moins loquace, Moreau cite cependant l'exemple américain pour appuyer sa théorie du contrôle juridictionnel : « La pratique a été favorable à ce système. Elle n'a pas compromis la liberté des citoyens ni l'indépendance du Parlement. Elle a protégé celle-là en contenant celle-ci dans ses bornes exactes »[6].

Cette prédilection pour le modèle américain de justice constitutionnelle se ressent de façon encore plus vive au tout début du XXe siècle. L'année 1902 semble d'ailleurs marquer le point de départ d'un regain d'intérêt des juristes français pour les institutions américaines. C'est d'abord Jèze qui publie une traduction française du *Fédéraliste*[7], préfacée par Esmein.

---

[1] Voir A. Laquièze, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseur libéraux français du XIXe siècle », *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIIIe-XXe siècles*, ss dir. D. Chagnollaud, *op. cit.*, p. 85-102.

[2] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 562-653.

[3] A. Naquet, *La République radicale*, Paris, Gerner, 1873, p. 145-152. Voir également sur ce point F. Larnaude, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 223.

[4] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 556. Voir également A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 579-583.

[5] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, *op. cit.*, p. 557.

[6] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 413.

[7] A. Hamilton, J. Jay et J. Madison, *Le Fédéraliste. Commentaire de la Constitution des États-Unis. Nouvelle édition française avec une introduction bibliographique et historique par G. Jèze avec une préface d'A. Esmein*, Paris, Giard et Brière, 1902, 788 pages.

Ensuite, s'agissant de l'exception d'inconstitutionnalité, on se rappelle que c'est encore en 1902 que Charles Benoist décrit « le parlementarisme limité » des États-Unis en procédant à une apologie de la Cour suprême fédérale. Le chapitre VI de *La réforme parlementaire*[1] appelle ainsi à importer en France le système américain, du moins à instituer une Cour de justice modelée sur la Cour suprême fédérale : « Je fonde sur cette raison et sur ce fait d'expérience ma thèse, qui est simple. Si nous souffrons de ce que, chez nous, le parlementarisme est illimité, tâchons de nous guérir en le limitant. Si le type anglais, sans les circonstances qui l'ont rendu intolérable et même fécond en Angleterre, ne nous convient pas, et si la preuve en est acquise, comme elle ne l'est que trop, rapprochons-nous du type américain. Si les États-Unis ont réussi par la création d'une Cour suprême à limiter le parlementarisme, empruntons-leur cette institution bienfaisante ; essayons d'en adapter une copie à notre tempérament, à nos mœurs et à nos besoins »[2]. Dans la foulée, Benoist s'attarde sur l'organisation et le fonctionnement de cette « institution qui est bien l'une des créations les plus remarquables, et, sous tous les rapports, les plus considérables dont puisse s'enorgueillir la science ou l'art de la politique »[3].

On remarque cependant que Benoist s'attache assez peu aux juridictions inférieures, juridictions des États ou même juridictions fédérales, et fait surtout de la Cour suprême le symbole de la protection des individus contre l'omnipotence du pouvoir législatif fédéral incarné par le Congrès. L'auteur insiste sur le fait que la Cour suprême agit toujours dans le cadre d'un procès particulier qui lui est soumis : « La Cour suprême, en effet, ne perd jamais de vue qu'elle est une cour de justice, et, en matière constitutionnelle, comme en toute matière, elle procède en cour de justice. Elle attend le cas particulier. Elle ne va pas au-devant de la loi, elle laisse la loi venir à elle, et y venir ainsi que les lois viennent devant les cours, dans une espèce et par un procès. Elle ne s'émeut et ne se meut que sur la requête d'une partie »[4]. De même, il relève que ce qui fait « le secret de la force et du succès de la Cour Suprême »[5], c'est qu'elle ne fait qu'écarter l'application d'une loi dans un procès donné, et, par là, la rend inapplicable aux mêmes espèces : « c'est justement ce qui permet à la Cour Suprême, et, aux degrés inférieurs, au pouvoir judiciaire des États-Unis en général, de jouer son rôle de pouvoir modérateur, de remplir sa fonction de "gardien des gardiens" de former cran d'arrêt ou cran de sûreté contre l'exécutif et contre le législatif, sans empiéter sur eux, ni s'opposer à eux »[6].

Cette apologie de la Cour suprême fédérale américaine amènera l'auteur, élu député de la Seine en 1902, à enrichir sa proposition de constitutionnalisation de la Déclaration de 1789 par l'institution d'une « Cour suprême » chargée de protéger les droits et libertés ainsi constitutionnalisés. Il déposera également une proposition de loi tendant à instituer une Cour suprême pour connaître des atteintes portées aux droits et libertés des citoyens.

---

[1] Le chapitre n'est que la reproduction d'un article livré en 1902 à la *Revue des deux mondes* : voir C. Benoist, « Les deux parlementarismes. La Cour suprême des États-Unis », *Revue des deux mondes*, 1902, t. VII, p. 284-308.
[2] C. Benoist, *La réforme parlementaire, op. cit.*, p. 245.
[3] C. Benoist, *La réforme parlementaire, op. cit.*, p. 258.
[4] C. Benoist, *La réforme parlementaire, op. cit.*, p. 269.
[5] C. Benoist, *La réforme parlementaire, op. cit.*, p. 274.
[6] C. Benoist, *La réforme parlementaire, op. cit.*, p. 275-276.

Éric Maulin souligne d'ailleurs que le projet de résolution de révision de la Constitution propose d'ajouter à l'article 9 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 l'institution d'une Cour suprême[1] formée par les chambres réunies de la Cour de cassation alors que la proposition de loi, elle, s'inspire encore plus largement de l'exemple américain en proposant l'institution d'une Cour suprême composée de neuf juges. Ceux-ci seraient choisis par le gouvernement sur une liste de vingt-sept candidats présentés par la Cour de cassation, par le Conseil d'État, par la section de législation de l'Académie des sciences morales et politiques, par les Cours d'appel, par les facultés de droit ainsi que par l'ordre des avocats au Conseil d'État, par l'ordre des avocats à la Cour de cassation et enfin par l'ordre des avocats près les Cours d'appel. De plus, l'auteur ne mentionne jamais les conditions de saisine de cette Cour suprême[2].

Comme le remarque Michel Verpeaux la proposition de loi comme le projet de résolution de révision constitutionnelle ne furent jamais adoptés, ni même discutés par la Chambre des députés. Ce qui n'empêcha pas l'auteur de rééditer cette proposition « dans des termes identiques, y compris dans l'exposé des motifs »[3], lors de la session de la Chambre en 1907.

En 1902 encore, Ferdinand Larnaude propose à la Société de législation comparée, nous l'avons évoquée, une « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif »[4] réduite en réalité à l'étude du contrôle de constitutionnalité de la loi pratiqué par les juridictions américaines[5].

Larnaude expose avec une grande minutie le fondement de la procédure de contrôle de constitutionnalité des lois aux États-Unis, sans omettre (comme le fait Charles Benoist) la compétence des Cours inférieures. Larnaude conclut à l'impossibilité d'adopter en bloc ce système et s'oppose à la proposition de Benoist : « Ce "parlementarisme limité" ; qui n'est pas, M. Benoist me permettra de lui dire, un parlementarisme, forme une pièce d'un mécanisme général tout à fait différent du nôtre. Qu'on me permette

---

[1] Éric Maulin fait remarquer que l'exposé des motifs de la résolution de révision fait également mention des exemples mexicain, suisse et brésilien de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception : voir É. Maulin, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la IIIe République. Charles Benoist et Jacques Bardoux », art. cité, p. 71-72.

[2] « Toutefois, Charles Benoist ne dit rien sur les conditions de la saisine, et l'exemple mexicain précédemment cité, peut laisser penser qu'il songe ici à la procédure du recours d'*amparo*. Charles Benoist n'envisage pas de contrôle décentralisé, opéré par des juridictions ordinaires. Il retient un modèle qui semble permettre à la fois l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un règlement à l'occasion d'un procès et une forme de reours direct qui est le recours d'*amparo* », É. Maulin, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la IIIe République. Charles Benoist et Jacques Bardoux », art. cité, p. 72.

[3] M. Verpeaux, « Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la IIIe République », art. cité, p. 689.

[4] F. Larnaude, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 175-229 suivie de la discussion à laquelle la communication donne lieu entre Saleilles, Lévy-Alvarès, Thaller, Jalabert et Fardis, voir *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p. 240-257.

[5] « Mais je me hâte de dire que je n'ai en vue, dans cette étude, que les États-Unis. Sans doute on trouve la même règle écrite dans certaines constitutions de l'Amérique du Sud qui reproduisent presque textuellement la constitution des États-Unis. Mais je suis obligé d'avouer que, malgré toutes mes recherches, il m'a été impossible de me procurer des renseignements suffisamment complets sur la portée que la règle peut y avoir. Au contraire pour les États-Unis les renseignements abondent et sont d'une précision qui ne laisse rien à désirer, puisqu'on les trouve dans les recueils mêmes des arrêts des cours de justice. Il y a bien aussi une règle analogue en Norvège, mais elle est loin d'y avoir pris l'importance qu'elle a acquise aux États-Unis. C'est donc aux États-Unis que je bornerai mes développements », F. Larnaude, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 176.

l'expression, ce n'est pas une pièce interchangeable ! La machine politique française dans laquelle on la transporterait serait probablement immédiatement détraquée. Elle ne marche pas si bien, faute d'ailleurs d'avoir été suffisamment bien copiée sur son modèle, pour que nous lui apportions encore un élément de trouble et de profonde désorganisation »[1].

Cependant, dans la discussion qui s'engagea après la communication, Thaller[2] et Jalabert[3] firent part de leur adhésion sans réserves à l'introduction en France d'un système similaire. Saleilles, lui, sera plus mesuré. Il considère certes avec bienveillance le système américain en ce qu'il protège efficacement les droits individuels, contrairement au système français : « Nous avons un tel besoin d'assurer chez nous la protection de la liberté individuelle ! Nous avons tellement à nous garer de l'omnipotence législative ! Et il importe tellement que nous avisions enfin du danger résultant de cette concentration, chaque jour plus intense, de tous les pouvoirs en un seul, qui a toujours été, en oscillant d'un pôle à l'autre, le vice de toute nos constitutions politiques ! »[4]. Toutefois, il entend conditionner l'application du système en France à la détermination précise des droits et libertés à garantir : « je n'ai pas perdu tout espoir de voir s'appliquer l'exception d'inconstitutionnalité en matière de droit individuel ; mais à une condition, à la condition d'en restreindre l'application à des droits, qui seraient, non seulement affirmés dans la Constitution, mais précisés dans leur existence, dans leurs contours juridiques et dans leurs conditions d'application »[5].

Malgré cette réserve, Saleilles considère que le système américain a parfaitement interprété le principe de la séparation des pouvoirs énoncé par Montesquieu en faisant du pouvoir judiciaire un « arbitre » entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif : « La séparation des pouvoirs, telle que Montesquieu l'avait décrite, n'est et ne peut être un instrument de liberté et de pondération politique que si l'équilibre se fait entre trois pouvoirs qui se servent de modérateurs réciproques. C'est ce qu'a fait la Constitution américaine ; elle a fait du pouvoir judiciaire, non pas, comme on le dit chez nous dans la plupart de nos traités de droit public ou administratif, une subdivision du pouvoir exécutif, mais un véritable pouvoir distinct, ayant sa fonction indépendante, ayant qualité, dans sa sphère parfaitement délimitée, pour prendre des décisions souveraines, qui ne soient pas seulement l'application purement mécanique d'un texte écrit. Les Américains ont compris que, pour faire vraiment de la fonction judiciaire un pouvoir distinct, servant d'arbitre entre les deux autres, il fallait qu'il pût être juge de la constitutionnalité de la loi, comme il est déjà juge de la légalité des décrets du pouvoir exécutif »[6].

On le voit, à la charnière des deux siècles, le système américain de l'exception d'inconstitutionnalité jouit d'une faveur incontestable chez les juristes.

Dès 1896, Esmein y consacre quelques développements. Mais, nous l'avons dit, l'ouvrage ne contient aucune partie spéciale vouée au régime américain. Aussi la question est-elle principalement traitée dans le chapitre relatif à la théorie des constitutions écrites. L'écueil principal auquel est confronté l'auteur est que son opposition à un contrôle de

---

[1] F. Larnaude, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 229.
[2] Voir *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p. 249-252.
[3] Voir *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p. 252-254.
[4] *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p. 241.
[5] *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p. 246.
[6] *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p. 241.

constitutionnalité de la loi par les juridictions est motivée par son incompatibilité avec le principe de la séparation des pouvoirs. Le régime politique américain est pourtant réputé fondé sur ce principe de séparation, tout autant que le sont les régimes politiques libéraux d'Europe.

Il semble bien difficile de justifier l'existence de ce « système original »[1]. Esmein s'attache d'abord à l'origine du contrôle et admet, en se fondant sur un extrait du *Fédéraliste*, qu'« il n'est pas certain que les passages visés de la Constitution [article 3, section 2, clause 1 et article 6, clause 2] fussent gros des conséquences qu'on en a tirées ; [mais] il paraît bien certain que le système qu'on en a déduit était dans l'esprit de ses rédacteurs »[2]. Toutefois, l'auteur semble plus circonspect sur les origines anglaises défendues par Dicey et Bryce qui « prétendent »[3] tous deux trouver dans le droit anglais et le pouvoir des juridictions « d'apprécier et de déterminer pleinement le sens, la portée et la validité des lois qu'elles sont chargées d'appliquer »[4].

Mais l'essentiel n'est pas tant de trouver les origines du système que d'essayer d'en justifier la pratique, au regard notamment de la séparation des pouvoirs. Si Saleilles, par exemple, considère que le régime américain réalise le principe, Saint Girons au contraire y voit une exception à la séparation des pouvoirs qu'il tient pour absolue aux États-Unis. Mais l'exception est ici bénéfique : « Mais, dira-t-on, ce droit [des juridictions à contrôler la constitutionnalité des lois] est contraire à la séparation des pouvoirs, et, de plus, il peut tout simplement déplacer l'omnipotence et mettre "la couronne au greffe". La violation du principe de la séparation des pouvoirs est loin d'être argument décisif. Il ne faut respecter un principe que dans ses bonnes conséquences, et lui faire subir des exceptions, des restrictions, dès qu'il peut devenir dangereux. Il faut se garder soigneusement, en matière politique, de l'excès de logique et éviter le fétichisme des abstractions. Nous avons maintes fois remarqué les dangers de la séparation absolue des pouvoirs : il faut au contraire, l'union combinée avec l'indépendance. Si les pouvoirs et les autorités ne sont pas unis dans leur action sociale et indépendants dans leur existence propre, si l'isolement est complet, on arrive à l'immobilité ou à des conflits sans issues »[5].

Sur ce point encore, on croit déceler une certaine circonspection de la part d'Esmein. Il commence par s'interroger sur les conséquences du système qui, en laissant le pouvoir judiciaire écarter l'application des lois, semble *in fine* faire des juges de la Cour suprême des censeurs de la loi votée par le Congrès : « Une *objection grave* peut être dirigée contre ce système, et nous allons voir qu'elle a triomphé chez nous. N'y a-t-il pas là un empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, et ne fait-on pas du premier une autorité politique supérieure à toutes les autres, supérieure même à la volonté nationale manifestée selon les formes du gouvernement représentatif ? Les Américains *croient répondre suffisamment à cette objection*. Ils disent d'abord qu'il n'y a aucun empiètement, parce que le tribunal compétent ne casse point et ne saurait casser une loi régulièrement faite, il ne la déclare même pas nulle à l'égard de tous ; il se refuse seulement à faire l'application, dans l'espèce qui lui est soumise et pour cette espèce seulement, de la loi

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 589.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 590. Le passage du *Fédéraliste* cité est extrait de la lettre 78, voir note 2.
[3] *Ibid.*
[4] *Ibid.*
[5] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.*, p. 557.

qu'il juge inconstitutionnelle. Par suite, le pouvoir judiciaire n'a aucune initiative. Il ne peut, par voie de contrôle, examiner spontanément la constitutionnalité d'une loi votée, avant qu'elle ait été appliquée, avant qu'aucun citoyen se soit plaint de son application. Pour qu'il puisse donner son avis, il faut le saisir d'un litige dans lequel l'une des parties demande l'application de la loi inconstitutionnelle, l'autre partie la repoussant. Enfin, *dit-on*, on ne saurait prétendre que c'est faire du pouvoir judiciaire un élément perturbateur, ayant la force de mettre en échec la volonté nationale exprimée par les assemblées législatives ; en statuant ainsi, il ne sort aucunement de son rôle. Il lui appartient sans aucun doute de trancher les conflits de lois, c'est-à-dire, quand plusieurs lois contradictoires paraissent s'appliquer à la cause, de déterminer celle qui doit l'emporter : or, ici, il y a un conflit entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire, et le juge, conformément aux principes, doit décider ce conflit au profit de la Constitution »[1].

Sont exposés ici en réalité pas tant les arguments « des Américains » – l'auteur pourtant si précis dans ses sources n'en cite ici aucune[2] – mais ceux avancés par les partisans du système américain inspirés de Tocqueville[3]. Voilà ce qu'en dit Esmein : « Les raisonnements sur lesquels se fonde le système américain *paraissent corrects* »[4]. Et il ajoute non sans malice : « cependant ce système a trouvé peu de faveur en dehors de son pays d'origine »[5]. Il concède cependant que l'Argentine, le Brésil et le Mexique ont adopté un système analogue, et même « le droit public anglais » puisque certaines colonies anglaises, « dotées d'un parlement électif, au moins en partie, et d'un gouvernement responsable »[6].

Mais si le système ne viole pas à proprement parler le principe de séparation des pouvoirs, il permet toutefois un empiètement sur l'action du pouvoir législatif. Esmein constate : « Bien que le système américain se défende rationnellement sur le seul terrain juridique, il n'est pas contestable qu'il fait jouer un rôle politique au pouvoir judiciaire. Sans doute celui-ci n'a pas là une action discrétionnaire ; il ne peut intervenir que provoqué par les particuliers, et la Constitution en main. Mais lorsqu'il invoque celle-ci contre la loi votée, *il fait échec indirectement mais efficacement*, au pouvoir législatif »[7].

Ceci posé, Esmein explique pourquoi ce contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi ne s'est pas transformé – du moins pas encore – en un

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 591-592, nous soulignons.

[2] L'auteur ajoute une note à la fin de cet extrait en renvoyant au passage de la Lettre 78 du Fédéraliste qu'il a précédemment. Mais la note ne concerne en réalité que le dernier argument tenant à la notion de « conflit de lois ». Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 592, note 1.

[3] Tocqueville décrit dans le chapitre VI de la première partie de son ouvrage les trois caractères de la « puissance judiciaire » : « Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre. Pour qu'il y ait lieu à action de la part des tribunaux, il faut qu'il y ait contestation. Pour qu'il y ait juge, il faut qu'il y ait procès. Tant qu'une loi ne donne pas lieu à une contestation, le pouvoir judiciaire n'a donc point occasion de s'en occuper. […]. Le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de prononcer sur des cas particuliers et non sur des principes généraux. […]. Le troisième caractère de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle, ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie. […]. Les Américains ont conservé au pouvoir judiciaire ces trois traits distinctifs. Le juge américain ne peut prononcer que lorsqu'il y a litige. Il ne s'occupe jamais que d'un cas particulier ; et, pour agir, il doit toujours attendre qu'on l'ait saisi », A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. I, Paris, Pagnerre, p. 158-159.

[4] *Éléments…, op. cit.*, p. 593, nous soulignons.

[5] *Ibid*.

[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 596.

[7] *Éléments…, op. cit.*, p. 597, nous soulignons.

« gouvernement des juges »[1] : « Pour attribuer aux tribunaux un rôle si délicat et si important, il faut avant tout que la magistrature possède une bien haute autorité : il faut que le peuple ait une confiance profonde dans sa sagesse et dans sa valeur professionnelle et scientifique. Cette autorité, la magistrature anglaise l'a gagnée et conservée dans l'esprit des Anglo-Saxons : voilà comment le système américain a pu s'établir et les magistrats de la Haute Cour des États-Unis ont su se maintenir jusqu'ici à la hauteur de leur délicate mission »[2]. C'est donc dans la qualité de la magistrature anglaise et dans l'instinct légaliste des Anglo-Saxons déjà tant loué par l'auteur qu'il faut trouver les raisons de la « sûreté admirable » avec laquelle s'est développé le contrôle de constitutionnalité aux États-Unis.

Esmein reproduira cette argumentation en 1902 dans la préface à la réédition du *Fédéraliste*. Au sujet du contrôle de constitutionnalité, présenté comme l'une des trois originalités[3] de la Constitution de 1787, il écrit « C'est un des traits les plus fortement imprimés et les meilleurs de la race anglo-saxonne que le respect de la loi et la confiance dans les juges qui en sont les interprètes, et telle est la vraie raison qui fit admettre ce système »[4]. Il poursuit, faisant allusion à l'un de ses rapports rendus à la Faculté de droit de Paris sur l'attribution des prix du concours Rossi de l'année 1884 : « Nous le disions déjà il y a dix-sept ans : "Pour qu'il pût naître ne fallait-il pas que la magistrature ainsi acceptée comme arbitre suprême, possédât une bien haute et une bien ancienne autorité ? Ne fallait-il pas même une race d'hommes qui fût habituée à voir dans ses magistrats les gardiens du droit et des libertés publiques ?" »[5].

Deux ans après, Esmein reproduira une nouvelle fois cette explication dans un article assez singulier qui mérite d'être évoqué. En 1904, la *Revue politique et parlementaire* publie en effet un court article intitulé « Un arrêt de la Cour Suprême de la République d'Argentine » qui commente un arrêt sans grand intérêt de la Cour Suprême fédérale argentine déclarant inconstitutionnelle une loi fiscale d'un des États fédérés du pays. Bien que l'action devant la Cour fût intentée par deux entrepreneurs français en Argentine, on ne peut penser que ce seul fait ait motivé la rédaction d'un tel article. Tout autorise à croire que l'espèce sert de prétexte et qu'Esmein entend prendre position dans le débat juridique français. Il le laisse entendre dès l'introduction : « On a souvent visé, dans ces derniers temps, la jurisprudence américaine qui reconnaît, non seulement à la Suprême Cour fédérale et aux autres Cours fédérales, mais aussi aux Cours de chaque État particulier, en ce qui concerne la législation de ces États, le droit de déclarer l'inconstitutionnalité des lois. Nous avons étudié ailleurs ce système, dans lequel l'on voit

---

[1] Nous empruntons l'expression de façon volontairement anachronique à Édouard Lambert. Voir É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contra la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, 276 pages.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 597-598.
[3] Les deux autres originalités présentées par la préface sont l'organisation fédérale de l'État et l'institution présidentielle : voir A. Hamilton, J. Jay et J. Madison, *Le Fédéraliste. Commentaire de la Constitution des États-Unis. Nouvelle édition française avec une introduction bibliographique et historique par G. Jèze avec une préface d'A. Esmein, op. cit.*, p. X-XXVIII.
[4] A. Hamilton, J. Jay et J. Madison, *Le Fédéraliste. Commentaire de la Constitution des États-Unis. Nouvelle édition française avec une introduction bibliographique et historique par G. Jèze avec une préface d'A. Esmein, op. cit.*, p. XXXIII.
[5] *Ibid*.

une puissante garantie des droits individuels assurée par les Constitutions contre les entreprises du pouvoir législatif »[1].

Or cette garantie n'est pas aussi « puissante » que ce que l'on croit et Esmein s'attaque aux minces *bénéfices* que produit le système : « Il ne faut pas en exagérer, d'ailleurs, la portée. Les tribunaux des États-Unis, même la Suprême Cour fédérale, n'ont en aucune façon le droit d'annuler ou de casser les lois inconstitutionnelles. Ils ne peuvent point intervenir spontanément entre la loi et la Constitution et ne peuvent reconnaître et déclarer l'inconstitutionnalité que lorsqu'elle se présente comme un élément du débat dans un litige dont ils ont été saisis par la partie intéressée. Le juge compétent sur le fond de la demande, fait simplement la comparaison et la conciliation entre deux lois contradictoires, comme lorsqu'il parait exister une contradiction entre une loi ancienne et une loi nouvelle, entre une loi générale et une loi spéciale. En cas de semblable conflit, il faut bien qu'il décide quelle loi doit l'emporter sur l'autre et s'appliquer. Ce qu'il y a, ici, de particulier, c'est que le conflit s'élève entre une loi constitutionnelle et une loi ordinaire, et pour le comprendre il suffit de supposer qu'une constitution limitative, interdit au pouvoir législatif, qu'elle a créé, de légiférer sur certains objets ou contrairement à certains principes. Si cette prohibition n'a pas été respectée, le juge, lorsque dans un litige dont il est dûment saisi, on invoque une semblable loi, déclare simplement qu'elle est nulle et inapplicable dans la cause, parce qu'elle est contraire à une loi plus forte qu'elle »[2]. On retrouve ici les arguments déjà développés dans les *Éléments de droit constitutionnel.*

Mais le propos est, cette fois, destiné à affirmer hautement le rejet du système et à le présenter comme une anomalie : « Voilà comment les Anglais et les Américains exposent le système, et cette interprétation est bien faite pour séduire ceux qui le considèrent comme dérivant des principes et du droit commun et voudraient l'introduire partout où existent des Constitutions limitatives supérieures aux lois ordinaires. Il présente pourtant quelque chose de particulier. Il suppose, en effet, que le pouvoir judiciaire, à qui l'on reconnaît cette attribution, est juge non seulement de la loi ordinaire, mais aussi de la loi constitutionnelle. *Or, cela ne dérive point de principes généraux* ; qu'il soit juge des lois ordinaires par l'interprétation qu'il en donne, cela est nécessaire, inévitable, puisqu'il est chargé d'appliquer ces lois aux litiges, et que, comme le pouvoir législatif, qui les a faites, il a été créé lui-même par la Constitution. Mais, qu'il soit juge de la Constitution même qui l'a créé et dont il tire son être et son autorité, c'est autre chose ; *cela n'est pas, il s'en faut de beaucoup, commandé par la logique et par les principes* »[3]. Se trouvent alors reproduites, mot pour mot, ses considérations sur le caractère légaliste de la « race » anglo-saxonne.

Esmein conclut par la frilosité de la Cour suprême américaine à juger les lois du Congrès fédéral, tentant, là encore, de nuancer les avantages du système : « La Cour Suprême agit d'après la présomption que le Congrès se maintient dans la limite de ses pouvoirs, à moins qu'on n'établisse un excès trop fort pour qu'on puisse l'ignorer »[4].

Ainsi, sans jamais expressément admettre une entorse au principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il l'entend, Esmein appréhende le système de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception pratiqué aux États-Unis comme une institution propre aux peuples anglo-saxons et dont eux seuls, par leur vertu supposée,

[1] A. Esmein, « Un arrêt de la Cour Suprême de la République argentine », *RPP*, 1904, t. XXXIX, p. 118-119.
[2] A. Esmein, « Un arrêt de la Cour Suprême de la République argentine », art. cité, p. 118-119.
[3] A. Esmein, « Un arrêt de la Cour Suprême de la République argentine », art. cité, p. 119-120, nous soulignons.
[4] A. Esmein, « Un arrêt de la Cour Suprême de la République argentine », art. cité, p. 120.

peuvent en maîtriser les effets politiques. En cela, ce système déroge à la logique et aux principes généraux et ne peut faire l'objet d'une transposition, notamment en France. Une telle importation dans le système juridique français n'aurait d'ailleurs aucun sens, parce que la Constitution de 1875 ne délimite pas le domaine de la loi et donc ne limite pas l'action du législateur. Celui-ci ne saurait mal faire : Esmein a en lui une confiance sans faille.

Section 2

Le contrôle de la loi repoussé au nom de la bonté du législateur

Les lois constitutionnelles de 1875 sont remarquables à plusieurs égards : archétype d'une Constitution rigide, elles sont brèves, ne contiennent pas de déclaration des droits et n'assignent en rien un « domaine » à la loi. Esmein se fait expéditif à ce sujet : c'est qu'à son époque, une telle question était dénuée de sens (elle sera débattue en 1946 et surtout en 1958). Tout au plus observe-t-il : « Depuis que nos lois constitutionnelles de 1875 sont entrées en vigueur, la question ne s'est point posée de savoir si les tribunaux pouvaient être juges de la constitutionnalité des lois. Elle ne pouvait guère se poser ; car, si cette Constitution a séparé le pouvoir législatif et le pouvoir constituant, défendant ainsi au Corps législatif de toucher aux lois constitutionnelles, elle n'a point, d'autre part, limité le champ d'action du législateur »[1].

Ainsi s'explique l'impossibilité, non *juridique* cette fois mais *matérielle*, de procéder à un quelconque contrôle de la constitutionnalité des lois. La Constitution ne défendant au législateur aucune matière dans l'exercice de sa fonction, il en résulte une impossibilité de contrôler si celui-ci a dépassé des limites qui n'existent pas. Seul alors pourrait être contrôlé le respect des conditions des formes d'adoption de la loi. Mais on a constaté qu'Esmein reste ambigu et semble *in fine* repousser toute exception d'inconstitutionnalité devant les juridictions. En toute hypothèse, le contrôle de constitutionnalité ne constitue pas la panacée. Il ne suffit pas à lui seul à garantir les droits individuels et à donner la liberté politique.

Ainsi les Sénats conservateurs du Consulat et des deux Empires français, auxquels étaient remis le soin de veiller au respect de la Constitution par les lois, n'ont jamais rempli leur rôle. La chose était nette en l'an VIII : « En ce qui concerne les lois, elles ne pouvaient d'ailleurs, être pratiquement attaqués devant le Sénat que par le Tribunat, puisque le Corps législatif n'avait aucune initiative, et que la proposition des lois appartenait au gouvernement seul. Les simples particuliers, dans ce système, n'avaient aucun moyen pour faire valoir l'inconstitutionnalité. Le Sénat conserva cette attribution avec le Consulat à vie et sous l'Empire. Le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (art. 60-68) en faisait de plus le protecteur des citoyens contre les atteintes que pourrait porter le pouvoir exécutif à la liberté individuelle ou à la liberté de la presse. Mais tout cela resta à l'état de lettre morte. Nombreux et importants sont les décrets, vraiment inconstitutionnels, rendus par Napoléon Ier, et aucun n'a été annulé ; d'autre part, on sait comment reprit et se développa sous le premier Empire le régime des prisons d'État. D'ailleurs, en ce qui concerne les lois et les décrets, lorsque le Tribunat eut été supprimé en 1807, personne, en dehors des sénateurs eux-mêmes, n'eut plus qualité pour les déférer

[1] Il poursuit : « Mais on peut noter que, dans la discussion d'une proposition de révision devant la Chambre des députés, le 15 mars 1894, un orateur, partisan d'une Chambre unique, présentait le système américain [de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception] comme l'un des plus sûrs moyens pour corriger les inconvénients possible de cette institution ». Esmein vise ici la proposition d'Alfred Naquet qu'il avait déjà émise en 1873 dans son ouvrage *La République radicale, Éléments…, op. cit.*, p. 601.

au Sénat comme inconstitutionnels, si ce n'est le gouvernement qui avait proposé les unes et rendus les autres »[1]. De même, quant au Sénat conservateur du Second Empire, Esmein souligne que si la Constitution de 1852 offrait aux particuliers une telle voie de recours, « il est fort douteux qu'il s'appliquât aux lois »[2].

Aux yeux d'Esmein, le respect de la Constitution ne réside pas dans une quelconque procédure, ni même dans un quelconque organe, mais dans la confiance qui doit être accordée au législateur. En effet, l'œuvre d'Esmein n'émet aucune critique envers l'omnipotence du Parlement sous la IIIe République, omnipotence pourtant tant décriée comme l'a démontré Marie-Joëlle Redor[3].

La critique la plus vive de l'époque est sans doute celle de Charles Benoist comme. Dans *La réforme parlementaire*, ce dernier va jusqu'à opérer une analogie entre la « démocratie absolue », c'est-à-dire illimitée, et la monarchie absolue : « Mais limiter le parlementarisme, c'est-ce pas limiter la souveraineté nationale ? et il y a des mines qui s'effarent, et il y a des gens qui s'effraient. À ce "mais", à cette objection – on en trouve toujours – il faut répondre avec pleine franchise. […]. J'aime mieux que la nation vive en limitant sa souveraineté que de se suicider pour ne la limiter point. Or, c'est l'alternative : ou laisser le parlementarisme illimité légiférer tout à son aise, en long et en large, et d'un bout à l'autre, et, s'il le veut abolir successivement toutes les "garanties", toutes les "libertés", tous les "droits" ; supprimer tout "sûreté", enchaîner toute "résistance à l'oppression", couper en deux la nation, y rétablir à notre usage une sorte de servitude civique, et faire par la loi la révolution sociale ; – ou bien le limiter, sans retard, et pas après demain, – demain. Le débat est à présent entre la démocratie absolue et la démocratie constitutionnelle, comme il était jadis entre la monarchie absolue et la monarchie constitutionnelle. La démocratie absolue, comme la monarchie absolue, c'est l'arbitraire et la tyrannie, mais c'est l'arbitraire double et c'est la tyrannie multiple. Il n'y a contre elle que deux recours : La Constitution ou l'insurrection. Hésiter serait criminel »[4].

Si on a relevé que Félix Moreau restait très prudent quant au contrôle des actes du pouvoir législatif[5], Saint Girons fait preuve d'une moindre mesure. Dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs*, il redoute en effet que les droits individuels soient laissés à la merci du « despotisme d'une Convention »[6] et appelle ainsi à un tel contrôle de l'activité législatrice.

Malgré les propositions qui se multiplient pour réformer le régime de la IIIe République, Esmein se montre conservateur. Ainsi rejette-t-il le scrutin de liste, la représentation proportionnelle, la pratique référendaire, la représentation des intérêts. Il dit sa foi, inébranlable, dans le système politique et constitutionnel en place.

Cet optimisme[7] tient essentiellement à la confiance absolue qu'il voue au législateur et à sa capacité à s'autolimiter. Le maître-mot est la « conscience » du législateur :

---

[1] *Éléments…, op. cit.,* p. 600-601.
[2] *Éléments…, op. cit.,* p. 601.
[3] Nous renvoyons aux extraits précédemment cités dans les parties précédentes de notre étude.
[4] C. Benoist, *La réforme parlementaire…, op. cit.,* p. 289-290.
[5] F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 413.
[6] A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.,* p. 555.
[7] Voir la préface à la sixième édition de l'ouvrage par J. Barhélemy

« Celle-ci [la Constitution], en ce qui concerne les règles qu'elle impose au pouvoir législatif, n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent le pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation »[1].

Seule une obligation « morale » pèse sur le législateur : « Dans d'autres pays, aux États-Unis par exemple, où la doctrine contraire a triomphé, la garantie constitutionnelle des droits a une grande importance pratique ; elle les protège efficacement contre les entreprises du législateur. Mais en France, elle n'a la valeur que d'une restriction ou obligation morale imposée au pouvoir législatif, et *l'état de droit est sensiblement le même, qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas* »[2].

L'expression « état de droit » est rare chez Esmein : on en trouve, semble-t-il, qu'une seule autre occurrence dans l'ouvrage. Et ce lorsqu'il est question du système de contrôle des lois des colonies d'Amérique du Nord par la Couronne anglaise : « Celles-ci obtinrent en général pour leur propre compte un certain pouvoir législatif ; mais l'exercice et les limites en étaient déterminées, explicitement ou implicitement, par la Charte émanée de la Couronne qui autorisait la fondation de la colonie. Il est clair que toute loi coloniale, dépassant cette mesure, était nulle et pouvait être attaquée comme telle devant le *Privy Council* du monarque. C'est peut-être ce premier *état de droit* qui, pratiquement, donna aux Américains du Nord la conception des constitutions limitatives »[3].

On remarque d'abord que l'expression n'est pas « *État* de droit » mais bien « *état* de droit ». La distinction a ici son importance puisque dès lors qu'il est question de la structure sociale et politique qu'est l'*État*, Esmein n'omet jamais d'utiliser la majuscule. Luc Heuschling a d'ailleurs souligné[4] que l'expression « *État* de droit » ne figure pas dans les *Éléments de droit constitutionnel*, en raison de l'ignorance assumée par l'auteur des théories publicistes allemandes[5]. On peut alors s'interroger sur le sens exact de cette expression dont il serait vain de chercher une définition dans l'ouvrage[6]. On ne saurait en effet en faire un synonyme d'« état *du* droit ». Il est également difficile d'y voir une simple erreur typographique, celle-ci ayant été commise à deux reprises.

Les deux occurrences trouvent place dans les développements relatifs au respect de normes constitutionnelles, ou du moins de normes entendues comme supérieures à la norme législative, par le pouvoir législatif. Dans le premier cas, l'auteur évoque le respect par le législateur français d'une garantie constitutionnelle des droits individuels qui n'existe pas formellement. Dans l'autre cas, il vise l'obligation pour le législateur des colonies d'Amérique du Nord de respecter les dispositions de la Charte coloniale considérée comme supérieure à la législation coloniale. Il semblerait donc qu'Esmein pense au respect par le pouvoir législatif du droit édicté par le souverain, qu'il s'agisse de

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 595.
[2] *Éléments…, op. cit.*, p. 564, nous soulignons.
[3] *Éléments…, op. cit.*, p. 591.
[4] Voir L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law…, op. cit.*, p. 378.
[5] « Il y a dans le monde, comme dit encore Montesquieu, de grandes monarchies qui n'ont point la liberté politique pour objet direct de leurs constitutions ; celles-ci "ne tendent qu'à la gloire des citoyens, de l'État et du prince". Elles forment aussi un objet d'étude intéressant ; mais ce n'est pas celui que je me suis proposé. La Constitution de l'Empire allemand et celles de la plupart des États particuliers qui le composent appartiennent à cette seconde classe. Par suite et tout naturellement, c'est en vue des constitutions de ce type que els écrivains allemands ont construit leurs théories constitutionnelles. Voilà pourquoi, moi, qui dois tant par ailleurs à la science allemande, je ne l'ai point mise à contribution », *Éléments…, op. cit.*, p. XX-XXI.
[6] Sur ce point comme sur d'autres déjà évoqués, une définition formelle fait défaut.

la nation pour le cas français de la IIIe République, ou du monarque pour le cas anglais des XVIIe et XVIIIe siècles. Or, on le sait, Esmein définit l'État comme la personnification juridique de la nation détentrice de la souveraineté. L'État se confond avec la souveraineté, dit-il, elle en est même sa « qualité essentielle »[1]. De sorte que, par déduction, on est amené à considérer que l'auteur emploie ici l'expression dans un sens proche de la *Rule of law*[2] en ce sens qu'il existe une norme supérieure, formelle ou informelle, à laquelle se soumet le législateur, de façon constante et volontaire.

Cette soumission volontaire et constante du législateur à une norme supérieure à la loi ordinaire implique une autolimitation de celui-ci. Esmein affirme donc que le système constitutionnel français repose *in fine* sur cette limitation volontaire du pouvoir chargé d'édicter la loi. Mais cette confiance, qu'on pourrait croire naïve, accordée au législateur et à son autolimitation résulte uniquement de la croyance en la perfection des institutions de la IIIe République et vient ainsi couronner l'ensemble du système constitutionnel qu'Esmein promeut tout au long de son œuvre.

La perfection des institutions de la IIIe République vient de ses fondements mêmes. En effet, les deux principes fondamentaux proclamés en 1789 que sont la souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs constituent, à eux seuls, la meilleure des garanties contre le « gouvernement arbitraire »[3], opposé au « gouvernement légal »[4].

La séparation des pouvoirs garantit en effet à tout individu que la loi qui le régit sera exécutée par une autorité distincte de celle qui l'a édictée et qu'elle lui sera appliquée en cas de contestation par une autorité distincte encore de celle qui procède à son exécution.

Or, la loi est, dans la pensée d'Esmein, fondamentalement bonne parce qu'elle est une « règle de justice et d'intérêt public »[5], « elle ne peut être injuste »[6]. Elle est l'expression de la volonté nationale, volonté nécessairement dégagée par le législateur, seul capable par la délibération de dégager l'intérêt public ou l'intérêt de la nation.

Le législateur est constitué par le corps des représentants élus au suffrage universel et incarne alors la souveraineté de la nation. La souveraineté nationale, traduite juridiquement et institutionnellement par le gouvernement représentatif, n'est rien d'autre que le gouvernement de l'opinion publique qui sera, par sa nature même, toujours en recherche perpétuelle de liberté. Le législateur, ainsi soumis au règne de l'opinion publique, sait et saura toujours se limiter lui-même dans son action et garantira alors aux individus leur liberté et leurs libertés.

Dans la doctrine d'Esmein, « l'état de droit » repose donc sur l'anthropologie : l'être humain, le citoyen, doué de raison ne pourra jamais aller contre son instinct naturel de justice et de liberté. Les institutions doivent donc être agencées de façon à laisser s'exprimer la volonté de la nation qui est la gardienne de sa propre liberté.

---

[1] *Éléments…, op. cit.*, p. 1-2.
[2] Sur la notion de *Rule of law*, voir L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law…, op. cit.*
[3] Voir *Éléments…, op. cit.*, p. 19-22.
[4] *Ibid*.
[5] *Éléments…, op. cit.*, p. 400.
[6] *Éléments…, op. cit.*, p. 20, p. 400.

CONCLUSION

Adhémar Esmein fut un apôtre infatigable de la liberté. Enfant d'un siècle bouillonnant, où furent explorées toutes les voies possibles pour accéder à une liberté promise aux heures les plus glorieuses de la Révolution, il voua sa vie à défendre une véritable philosophie de la liberté.

Sa conception de la liberté puise directement dans la littérature libérale de la seconde moitié du XIXe siècle elle-même fondée sur les principes dégagés par la philosophie des Lumières et proclamés solennellement en 1789. Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Voltaire, Constant, et après eux Rossi et Laboulaye : tous contribuent à former la matrice intellectuelle de celui qui fut l'un des juristes les plus respectés et les plus influents de la IIIe République.

Cette philosophie de la liberté se fonde essentiellement sur une approche de l'individu doué de raison et animé d'un irrésistible instinct de justice et de liberté. La société politique doit permettre à cet « homme moderne » d'acquérir une liberté pleine et entière et de l'exercer à chaque instant. C'est là l'objectif même du droit, et plus encore du droit constitutionnel.

La « liberté moderne » infuse ainsi l'ensemble de son enseignement du droit, particulièrement de son enseignement du droit constitutionnel conçu comme une recherche constante, au sein de la société politique, des moyens d'établir et surtout de préserver cette liberté inhérente à l'individu. Le droit constitutionnel d'Esmein ne se limite donc pas à une simple détermination des mécanismes institutionnels ou à la construction d'un système normatif dépourvu de toute raison d'être. La liberté constitue le but unique de sa doctrine.

Esmein est libéral, nul ne peut en douter. Il est aussi républicain, cela a été démontré de façon incontestable. Mais s'il conforte le régime républicain institué en 1875 c'est, nous espérons l'avoir prouvé, en raison de son libéralisme. La IIIe République forme le cadre institutionnel idoine pour assurer aux Français la liberté la plus achevée, celle qu'ils n'avaient jamais connue jusqu'alors. Le « moment 1789 » fut en effet une promesse de liberté restée lettre morte malgré la succession des régimes politiques jusqu'au Second Empire. Le régime de 1875 la réalisa pleinement. Si Esmein est généralement décrit comme un professeur « au service de la République », il faut compléter le propos en en faisant avant tout un juriste « au service de la liberté ».

Sa réflexion constitutionnelle offre aux hommes du nouveau siècle, outre une justification des institutions existantes, un véritable modèle de doctrine libérale destinée à survivre au régime. Les fondements de sa théorie n'ont, en eux-mêmes, aucun lien direct et définitif avec la forme républicaine de gouvernement. Le gouvernement représentatif et sa version parlementaire ne sont en rien des créatures proprement républicaines. Le régime politique de l'Angleterre duquel il tire la majeure partie de sa doctrine suffit à le prouver. Le royaume britannique, son peuple et ses institutions forment à ses yeux le modèle d'un régime de liberté moderne dont il faut tirer de nombreux enseignements.

Il reste que ces institutions d'origine britannique ne sont pas pour autant inconciliables avec le principe philosophique qui se trouve au cœur de la Révolution française, à savoir la souveraineté de la nation. Aussi l'œuvre constitutionnelle d'Esmein est-elle le fruit d'un savant mélange d'idéaux révolutionnaires typiquement français et d'institutions politiques léguées par l'Angleterre qui, tous ensemble, offrent une assise juridique satisfaisante au régime politique de la IIIe République. Les *Éléments de droit constitutionnel*, s'ils peuvent servir de bréviaire aux républicains, font figure de grand livre de la liberté. Il faut sans doute y voir la raison du respect accordé à l'auteur de son vivant.

Mais que reste-t-il d'Esmein après Esmein ? Alors qu'on commémorera dans quelques mois le centenaire de sa disparition, la question mériterait à elle seule une étude approfondie. On se contentera de souligner ici que ses principes n'ont jamais disparu de la doctrine constitutionnelle française.

Les deux rééditions successives des *Éléments de droit constitutionnel* par Henry Nézard dans les années 1920[1] ont bien entendu permis de poursuivre la diffusion des préceptes du maître jusqu'à la seconde guerre mondiale. De même, si le goût de Carré de Malberg pour les thèses d'Esmein a « joué un rôle d'"écran"»[2], il n'est reste pas moins que la doctrine de ce dernier continua à être propagée en tant que telle. Les tentatives de refondation du droit constitutionnel, par la redéfinition à la fois de sa méthode et de ses concepts, par des auteurs tels que Duguit ou Mirkine-Guetzévitch, n'auront, en réalité, jamais atténué le succès des *Éléments de droit constitutionnel*.

La remarque vaut également quant aux prétentions de la science politique, dans les années 1950, de mieux éclairer le droit constitutionnel. La science politique a permis de « compléter » la présentation du droit constitutionnel, notamment au regard du faible intérêt d'Esmein pour les partis politiques[3]. Mais, en aucun cas, cet apport n'aura eu pour objet de détruire les concepts fondamentaux élaborés au XIXe siècle.

À l'heure où le droit constitutionnel de la Ve République connaît une de ses évolutions les plus importantes avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité de la loi par voie d'exception, il serait aisé de conclure à la désuétude de la pensée constitutionnelle d'Esmein. Mais une telle affirmation serait aussi erronée que précipitée. Il existe, en effet, des « filiations » indéniables à la fois sur la forme et sur le fond.

Quant à la forme même de l'enseignement du droit constitutionnel, ou à sa méthode d'exposition, Pierre Favre soulignait en 1989 la parenté entre les ouvrages ou manuels contemporains et les *Éléments de droit constitutionnel* : « Esmein va concevoir son enseignement du droit constitutionnel d'une manière simple et pédagogique, puisque ses *Éléments* comportent deux parties, les "principes généraux du droit constitutionnel" et "le droit constitutionnel de la République française" »[4]. L'auteur ajoutait en note : « On

[1] La septième édition paraît en 1921 et la huitième, en deux volumes, en 1927 et 1928.
[2] S. Pinon, « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », art. cité, p. 223.
[3] On ne nie cependant pas le fait qu'Esmein évoque la question des partis politiques en Angleterre et en France, en soulignant l'importance de leur existence dans un régime parlementaire et en regrettant leur faible constitution en France sous la IIIe République : voir *Éléments…*, *op. cit.*, p. 241-245.
[4] P. Favre, *Naissances de la science politique en France, 1870-1914*, *op. cit.*, p. 193.

remarquera que cette organisation est globalement conservée de nos jours : les manuels de droit constitutionnel commencent encore souvent par un ample développement sur la théorie générale du droit constitutionnel et s'achèvent par cette étude détaillée la constitution de la Ve République. La novation, qui n'est que partielle, on le verra, consiste à intercaler entre ces deux parties une série de développements sur les régimes étrangers »[1].

Ce constat reste aujourd'hui « globalement » valable. Hormis Louis Favoreu qui se libéra du « plan classique »[2] avec son *Précis de droit constitutionnel* paru en 1998, on doit constater que la grande majorité des auteurs contemporains a conservé la *summa divisio* entre les « principes généraux de droit constitutionnel » et le droit institutionnel de la République, bien que les plans comportent parfois trois parties. En témoignent les manuels[3] de Pierre Pactet, de Philippe Ardant, de Jean et Jean-Éric Gicquel, de Bernard Chantebout ou même de Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps.

Quant au fond même de l'enseignement, les concepts fondateurs de la doctrine d'Esmein subsistent encore et toujours, à commencer par ceux d' « État » et de « nation ». Bien qu'Esmein ne fût pas le premier à considérer que l'entité étatique était dotée de la personnalité morale et constituait en cela une fiction destinée à traduire juridiquement l'existence d'une nation, la théorie générale de l'État reprend inlassablement les grands traits dessinés par l'auteur des *Éléments*. Nul ne conteste aujourd'hui que l'État est doté de la personnalité morale. Tout au plus ajoute-t-on qu'elle est « de droit public ».

Cependant, il est évident que le lien consubstantiel entre l'État et la nation connaît de nos jours, et depuis la seconde guerre mondiale, des tempéraments. Si la plupart des ouvrages de droit constitutionnel se rallient toujours à la théorie de « l'État-nation », ils avouent toutefois que l'État ne traduit plus nécessairement une entité nationale préexistante. C'est notamment le cas de l'ouvrage de Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps qui recourt à la notion de « démos »[4].

Mais, en dehors de cela, les deux grands principes directeurs de la doctrine d'Esmein conservent une modernité frappante.

Les modalités et les formes de la « représentation » de la « nation » n'ont jamais, ou si peu, varié en plus d'un siècle. L'intervention populaire dans la procédure législative fait

---

[1] *Ibid*., note 1.

[2] L'auteur écrit en 1998 dans la préface : « La trame [de l'ouvrage] retenue est celle du cours de droit constitutionnel, dans la formulation nouvelle que j'ai adoptée au début des années quatre-vingt-dix […]. Pendant longtemps, en effet, j'ai suivi le plan classique (théorie générale, régimes étrangers, histoire constitutionnelle et Ve République). Mais c'était à contre-cœur », L. Favoreu, *Précis de droit constitutionnel*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2001, p. VII.

[3] Voir P. Pactet, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, 31e éd., Paris, Colin, 2012, 643 pages ; P. Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 24e éd., Paris, LGDJ, 2012, 616 pages ; J. et J-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26e éd., Paris, Montechrestien, 2012, 882 pages ; B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 29e éd., Paris, Sirey, 2012, 656 pages ; V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, PUF, 2009, 567 pages. On pourra ajouter à cette liste la division en trois tomes opérée par Dominique Chagnollaud : D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, 5ème éd., Paris, Dalloz, 2007, tome 1 : Théorie générale. Les régimes étrangers, tome 2 : L'héritage constitutionnel et politique de la France 1789-1958, tome 3 : La Ve République.

[4] Voir V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 325-352.

encore l'objet de frilosités justifiées par une conception de la représentation héritée de la doctrine « classique ». Certes, l'article 11 de la Constitution de 1958 autorise le référendum en matière de lois « ordinaires ». Mais la pratique du référendum sous la Ve République témoigne des réticences à la fois politiques et juridiques à voir le peuple s'immiscer dans la confection de la loi et à retirer de leur pouvoir aux assemblées délibérantes. La procédure déterminée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 quant au « référendum d'initiative populaire » en atteste. Celle-ci reste très largement dépendante de la bonne volonté des « représentants ». Stéphane Pinon a ainsi démontré « le conformisme doctrinal » du Conseil constitutionnel lui-même, du moins de l'un de ses présidents, quant à la pratique référendaire[1].

Dans le même ordre d'idées, le mandat impératif est toujours prohibé : l'élu reste et doit rester celui de la nation. On ne trouve actuellement en France aucune remise en cause de ce principe fondamental âprement défendu par la doctrine de la fin du XIXe siècle, et particulièrement par Esmein.

Il en va de même de la représentation proportionnelle. Malgré la courte expérience qui en fut faite au cours des années 1980, le sujet a constitué et constitue encore aujourd'hui « l'Arlésienne » du débat politique français. Le rejet des techniques de représentation proportionnelle pour l'élection des députés puise encore dans le fonds doctrinal légué par Esmein et ses successeurs. Le maintien du scrutin majoritaire et uninominal constitue l'un des piliers du régime institué en 1958 et trouve sa justification au moyen d'arguments déjà exprimés dans les *Éléments de droit constitutionnel* : la « proximité » entre l'élu et l'électeur, le danger de la domination des partis politiques, voire les difficultés techniques d'un tel mode de scrutin.

Le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il fut conceptualisé et exprimé par Esmein joue, lui aussi, un rôle de premier plan dans la doctrine juridique. Il a été démontré[2] que les expressions de « séparation souple » et de « séparation stricte », fondées sur les principes « d'indépendance » et de « spécialisation », subsistent depuis plus d'un siècle. Cette identification de degrés dans la séparation des pouvoirs sert toujours aujourd'hui à la doctrine française – du moins à une partie – de critère de classification des régimes politiques modernes.

Le contrôle de constitutionnalité des lois institué en 1958 semble constituer le seul véritable hiatus entre le droit constitutionnel français contemporain et la doctrine classique héritée de l'enseignement d'Esmein. Encore faut-il préciser qu'à l'origine, ce contrôle visait à encadrer le législateur – dans un but de « rationalisation du parlementarisme » – et à le cantonner dans son domaine de compétence soigneusement délimité par le texte constitutionnel. Seule l'audace du Conseil constitutionnel en 1971 aura permis de mettre en place une véritable protection des droits et libertés individuels, protection largement renforcée par l'introduction en droit français de l'exception d'inconstitutionnalité en 2008.

---

[1] Voir S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », art. cité, p. 226.

[2] Voir J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », art. cité, p. 247-267.

C'est là sans doute la limite de l'héritage intellectuel d'Esmein. Si sa pensée constitutionnelle a traversé le XXe siècle, elle ne pouvait rester parfaitement intacte une fois sortie de son époque. S'en remettre exclusivement à la bonté du législateur pour garantir la liberté individuelle relèverait aujourd'hui d'une forme de candeur, voire de naïveté. On prend ainsi conscience d'une évolution du droit constitutionnel contemporain qui, s'il témoigne toujours du respect à l'œuvre d'Esmein, doit aussi renouveler ses concepts : s'il sait d'où ils viennent, encore faut-il savoir à quoi ils servent aujourd'hui.

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

Par ordre alphabétique d'auteur[1]

SOURCES

AHRENS (H.), *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit complété, dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*, Leipzig, Brockhaus, 1875.

ANSON (W.), *The Law and Custom of the Constitution*, Oxford, Clarendon, 1892.

ANONYME, « Du juge d'instruction », *RDP*, 1902, t. XVII, p. 193-210. *RDP*, 1902, t. XVIII, p. 67-108.

ANONYME, « Du ministère public », *RDP*, 1901, t. XV, p. 385-393. *RDP*, 1901, t. XVI, p. 96-125, p. 297-309, p. 452-475.

ARCHIVES NATIONALES, dossier professionnel d'Adhémar Esmein : AJ/16/1063, AJ/16/214, F/17/25770, F/14/2833.

ARISTOTE, *Politique*, trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 3e éd., Paris, Ladrange, 1874.

ARTUR (É.), « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » *RDP*, 1900, t. XIII, p. 214-246, p. 470-496. *RDP*, 1900, t. XIV, p. 34-64, p. 236-280, p. 436-505. *RDP*, 1902, t. XVII, p. 78-97, p. 234-274, p. 439-472. *RDP*, 1903, t. XX, p. 415-502.

De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer, Paris, Pichon, 1905.

AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, 2e éd., 2 vol., Paris, Dunod, 1878-1879.

AUMAÎTRE (T.), *Manuel de droit constitutionnel*, 2ème édition, Paris, Cotillon, 1893.

AUSTIN (J.), *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, 3e éd., London, Murray, 1869.

BAGEHOT (W.), *The English Constitution*, Londres, Chapman and Hall, 1867.

BARBIER (G.), « La loi du 28 juillet 1894 contre l'anarchisme », *RDP*, 1894, t. II, p. 444-467.

[1] Seuls les auteurs cités ou mentionnés dans le corps du texte de la thèse figurent dans la présente liste.

BATBIE (A.), *Traité théorique et pratique de droit public et administratif…*, 2e éd., t. I, Paris, Larose et Forcel, , 1885.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines,* Nouvelle édition précédée d'une introduction et accompagnée d'un commentaire par M.F. Hélie, Paris, Guillaumin, 1856.

BENOIST (C.), *Sophismes politiques de ce temps : étude critique sur les formes, les principes et les procédés de gouvernement,* Paris, Perrin, 1893.

« De l'organisation du suffrage universel », *Revue des deux mondes*, 1895, t. CXXX, p. 5-25. *Revue des deux mondes*, 1895, t. CXXX, p. 806-829. *Revue des deux mondes*, 1895, t. CXXXI, p. 825-844. *Revue des deux mondes*, 1895, t. CXXXII, p. 760-781. *Revue des deux mondes*, 1896, t. CXXXIV, p. 593- 615. *Revue des deux mondes*, 1896, t. CXXXV, p. 576-597. *Revue des deux mondes*, 1896, t. CXXXVI, p. 520-543. *Revue des deux mondes*, 1896, t. CXXXVIII, p. 514-527.

L'organisation de la démocratie, Paris, Perrin, 1900.

La Crise de l'État moderne. L'organisation du suffrage universel, Paris, Firmin-Didot, 1902.

« Les deux parlementarismes. La Cour suprême des États-Unis », *Revue des deux mondes*, 1902, t. VII, p. 284-308.

La réforme parlementaire, Paris, Plon, 1902.

Pour la réforme électorale, Paris, Plon-Nourrit, 1908.

BERRIAT SAINT PRIX (F.), *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836.

Théorie du droit constitutionnel français : esprit de la Constitution de 1848, Paris, Videcoq, 1851.

BERRIAT SAINT PRIX (J.), *Cours de droit criminel*, 2e éd., Paris, Nève, 1821.

BOUTMY (É.), *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis*, Paris, Plon, 1885.

Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre, Paris, Plon, 1887.

Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIXe siècle, Paris, Colin, 1901.

« La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales des sciences politiques*, 1902, p. 415-443.

« Á propos de la souveraineté du peuple », *Annales des sciences politiques*, 1904, p. 153-184.

BROUGHAM (H.), *The British constitution, its history, structure and working*, Londres, Richard Griffin and Company, 1861.

BRYCE (J.), *The American commonwealth*, Londres, MacMillan and Company, 1891, 2 vol.

BUISSON (F.), « Le droit d'enseigner », *RPP*, 1903, t. XXXVI, p. 446-471.

« La crise de l'anticléricalisme », *RPP*, 1903, t. XXXVIII, p. 5-32.

« La laïcité intégrale », *RPP*, 1904, t. XLI, p. 447-465.

CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 2 vol., 1920-1922.

CHABROL-CHAMÉANE (E.), *Dictionnaire de législation usuelle contenant les notions de droit civil, commercial, criminel et administratif*, Paris, Au Bureau, 1835.

CHAMBRUN (de) (A.), *Le pouvoir exécutif aux États-Unis*, Paris, Fontemoing, 2ème éd., 1896.

COIGNET (C.), « Le suffrage politique des femmes en Angleterre », *Revue des cours littéraires*, t. XVI, 1875, p. 251-274.

COMBOTHÉCRA (X.), « La conception de la souveraineté », *RDP*, 1897, t. VIII, p.241-283.

CONSTANT (B.), *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, 3e éd., Paris, Normant et Nicolle, 1814.

Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France, Paris, Eymery, 1815.

De la responsabilité des ministres, Paris, Nicolle, 1815.

Mélanges de littérature et de politique, Paris, Pichon et Didier, 1829.

Cours de politique constitutionnelle ou Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif avec une introduction et des notes par M. É. Laboulaye, 2 vol., Paris, Guillaumin, 1861-1862.

Œuvres politiques avec introduction, notes et index par Charles Jouandre, Paris, Charpentier, 1874.

COURCELLE-SENEUIL (J-G.), « De la théorie du mandat législatif », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1889, t. XXXI, n°2, p. 297-305.

CROIZET (A.), « L'idée de patrie », *RPP*, 1908, t. LV, p. 5-17.

CURTI (T.), « Le referendum suisse », *RPP*, 1897, t. XIII, p. 225-250.

DELPECH (J.), « Compte rendu de *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, par M. A. Esmein, 2e éd., Paris, Larose, 1899 », *RDP*, 1899, tome XII, p. 534-541.

« Quelques observations à propos du referendum et des Landsgemeinde suisses », *RDP*, 1906, t. XXIII, p. 193-214.

DESJARDINS (A.), *La Nouvelle législation de la presse*, Père, Beauvais, 1867.

La liberté politique dans l'État moderne, Paris, Plon, 1894.

L'Égalité des conditions, discours…, Société d'économie sociale, Paris, 1897.

DESLANDRES (M.) « La crise de la science politique en France », *RDP*, 1900, t. XIII, p. 5-49, p. 245-287, p. 435-469. *RDP*, 1901, t. XV, p. 394-427.*RDP*, 1901, t. XVI, p. 45-95, p. 402-451.

« Étude sur le fondement de la loi », *RDP*, 1908, t. XXVIII, p. 5-37.

DICEY (A.), *Introduction to the study of the law of the constitution*, 3e éd., Londres, MacMillan and Company, 1889.

Letters to a friend on votes for women, Londres, Murray, 1909.

DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, 6ème éd., Paris, Thorin, 1881.

DUFAUT (P.-A.) DUVERGIER (J.-B.) GUADET (J.), *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques*, Paris, Chanson, 1821.

DUGUIT (L.), *Le droit constitutionnel et la sociologie*, Paris, Colin, 1889.

« La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893, t. VII, p. 99-132, p. 336-372, p. 567-615.

L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris, Fontemoing, 1901.

L'État, les gouvernants et les agents, Paris, Fontemoing, 1903.

Manuel de droit constitutionnel, Paris, Fontemoing, 1907.

Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, Paris, Alcan, 1908.

« Le syndicalisme », *RPP*, 1908, tome LVI, p. 472-481.

Traité de droit constitutionnel, 2e éd., Paris, Boccard, t. I, 1921.

DURKHEIM (É), « Préface », *l'Année sociologique*, 1ère année, Paris, Alcan, 1896, p. I-VII.

EICHTAL (d') (E.), *Souveraineté du peuple et gouvernement*, Paris, Alcan, 1895.

FOUCART (É-V.), *Éléments de droit public et administratif, ou exposé méthodique des principes du droit public positif*, Paris, Videcoq, 1855.

FOURNIER (P.), « Discours sur la tombe d'Adhémar Esmein », *RIES*, t. LXVI, 1913, p.206-220.

FUZIER-HERMAN (É.), *La Séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, Marescq, 1880.

GARRAUD (R.), *Précis de droit criminel comprenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui ont modifié ces deux codes*, 1ere édition, Paris, Larose, 1881.

GAUTIER (A.), *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*, Paris, Lahure, 1880.

GAVET (A.), « L'idée de patrie », *RPP*, 1905, t. XLV, p. 433-450.

GIDE (P.) : *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte velléien*, 2ème édition avec un notice biographique, des additions et des notes par A. Esmein, Paris, Larose et Forcel, 1885.

GLASSON (E.), *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre, comparés au droit et institutions de la France, depuis leurs origines jusqu'à nos jours* (*Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judicaire de l'Angleterre…)*, t. VI., Paris, Pedone et Lauriel, 1882-1883.

GOBLET (R.), « La crise de l'anticléricalisme. Réponse à M. Buisson », *RPP*, 1903, t. XXXVIII, p. 421-432.

« La suppression de l'enseignement congréganiste », *RPP*, 1904, t. XLI, p. 237-248.

GUIZOT (F.), *Histoire de la révolution d'Angleterre : depuis l'avènement de Charles Ier jusqu'à sa mort*, 2 vol., Paris, Didier, 1845.

Histoire des origines du gouvernement représentatif et des institutions politiques de l'Europe, 2 vol., Paris, Didier, 1855.

HAMILTON (A.), **JAY (J.)** et **MADISON (J.)**, *Le Fédéraliste. Commentaire de la Constitution des États-Unis. Nouvelle édition française avec une introduction bibliographique et historique par G. Jèze avec une préface d'A. Esmein*, Paris, Giard et Brière, 1902.

HAURIOU (M.), Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques, Paris, Larose, 1910.

HATZFELD (A.), « Le mandat électoral », *RPP*, 1900, t. XIII, p. 590-600.

JACQUELIN (R.), *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Paris, Giard, 1891.

Les Principes dominants du contentieux administratif, Paris, Giard et Brière, 1899.

JELLINEK (G.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. G. Fardis, avec une préface de F. Larnaude, Paris, Fontemoing, 1902.

« La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. (Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy) », *RDP*, 1902, t. XVIII, p. 385-400.

JÈZE (G.), « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *RGA*, 1895, t. II, p. 401-415.

« Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *RDP*, 1912, t. XXIX, p. 138-153.

« Le Professeur Esmein », *RDP*, 1913, t. XXX, p. 617-618.

JORAN (T.), *Le suffrage des femmes*, Paris, Savète, 1913.

JOUFFROY (T.), *Cours de droit naturel professé à la faculté de Lettres de Paris*, Paris, Hachette, 1843.

LABORDE (A.), *Cours élémentaire de droit criminel conforme au programme des facultés de droit*, Paris, Rousseau, 1891

LABOULAYE (É.), *Considérations sur la Constitution*, Paris, Durand, 1848.

Locke, législateur de la Caroline, Paris, Durand, 1850.

Histoire politique des États-Unis, 3 vol., Paris, Durand, 1855-1866.

Le Parti libéral : son programme, son avenir, Paris, Charpentier, 1864.

« L'administration française sous Louis XVI »,
Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger, 2e année, 1864-1865, Paris, Germer Baillère, p. 417, p. 437, p. 468, p. 497, p. 520, p. 553, p. 585, p. 601, p. 633, p. 669, p. 687, p. 700, p. 722, p. 745, p. 769, p. 778.
Revue des cours littéraires de la France et de l'étranger, 3e année, 1865-1866, Paris, Germer Baillère, p. 8, p. 42, p. 83, p. 149, p. 281, p. 378, p. 697, p. 715, p. 736, p. 766, p. 785.

L'État et ses limites : suivis d'essais politiques sur Alexis de Tocqueville, l'instruction publique, les Français, les finances, le droit de pétition etc., 3ème éd. Paris, Charpentier, 1865.

Questions constitutionnelles, Paris, Charpentier, 1872

Trente ans d'enseignement au Collège de France, 1849-1882, Paris, Larose, 1888.

LACOMBE (P.), *La psychologie des individus et des sociétés chez Taine historien des littératures*, Paris, Alcan, 1906.

LAFERRIÈRE (É.), *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, 2e éd., Paris, Berger-Levrault, t. I, 1888.

LAFFITTE (P.), « La femme du XXe siècle, d'après deux ouvrages récents », *Revue des cours littéraires*, t. XLVIII, 1891, p. 741-744.

« À propos de la loi contre les anarchistes », *Revue des cours littéraires*, 1894, t. II, p. 129-130.

LARNAUDE (F.), « Compte rendu critique de A. Desjardins, *La liberté politique dans l'État moderne*, Paris, Plon, 1894 », *RDP*, 1894, t. I, p. 155.

« Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, p.175-257.

LAUGEL (A.), « La Chambre des Communes et le gouvernement parlementaire en Angleterre », *Revue des deux mondes*, 1872, t. XCIX, p. 260-300.

LE BOURGEOIS (A.), *De la séparation des pouvoirs*, Paris, Goblet, 1884.

LEFÉBVRE (C.), *Étude sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, Maresq, 1882.

LEFORT (J.-B.), « Compte rendu de É. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé* », *Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence*, 1880, t. IV, p. 569.

Cours élémentaire de droit criminel, 1ere éd., Paris, Thorin, 1877.

LE FUR (L.), « La souveraineté et le droit », *RDP*, 1908, tome XXV, p. 389-422.

LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil* , introduction, bibliographie, chronologie et notes par S. Goyard-Fabre, Paris, GF Flammarion, 1992.

LOW (S.), *The governance of England*, New-York, Putnam's sons, Londres, Fisher Unwin, 1904.

MACAREL (L.-A.), *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833.

Cours d'Administration et de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris, vol. I, Paris, Plon, 1852.

MICHELET (J.), *Histoire de la Révolution française*, t. II, Pais, Lemerre, 1888.

MICHOUD (L.), « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, t. XI, p. 1-32.

MILL (J.-S.), *Considérations sur le gouvernement représentatif*, traduit de l'anglais, présenté et annoté par Patrick Savidan, Paris, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 2009.

MOLINIER (V.), *Programme du cours de droit criminel fait à la Faculté de Toulouse*, t. I Toulouse, Bonnal et Gibrac, 1851.

MONTESQUIEU (C.), *L'Esprit des Lois* Montesquieu, *De l'Esprit des lois, Œuvres de M. de Montesquieu*, Londres, Nourse, 1767.

Œuvres complètes éditées par É. Laboulaye, 7 vol., Paris, Masson, 1875-1879.

Lettres persanes avec préface, notes et variantes par André Lefèvre, t. I, Paris, Lemerre, 1873.

MOORE (H.), « Chronique politique et constitutionnelle de l'Australie », *RDP*, 1897, t. VII, p. 159-162.

MOREAU (F.), *Précis élémentaire de droit constitutionnel (organisation des pouvoirs publics)*, Paris, Larose et Forcel, 1892.

« De la notion de souveraineté », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1892, p. 336-352.

« Le vote obligatoire. Principes et sanctions », *RPP*, 1896, t. VII, p. 36-69.

« Chronique constitutionnelle », *RDP*, 1902, t. XVIII, p. 469-515.

Pour le régime parlementaire, Paris, Fontemoing, 1903.

NAQUET (A.), *La République radicale*, Paris, Gerner, 1873.

NAVILLE (E.), « La démocratie, les systèmes électoraux et la représentation proportionnelle », *RPP*, 1896, t. IX, p. 481-502.

« Les objections à la représentation proportionnelle », *RPP*, 1897, t. XII, p. 43-58.

NÉZARD (H.), « Compte rendu critique de Th. Curti, *Le referendum*, Paris, Giard et Brière, 1905, et de P. Binet, *L'initiative populaire en Suisse*, Paris, LGDJ, 1905 », *RDP*, 1906, t. XXIII, p. 583-594.

NOURISSON (P.), *Histoire de la liberté d'association en France depuis 1789*, vol. II, Paris, Tenin, 1901.

ORLANDO (V.-E.), « Du fondement juridique de la représentation politique », *RDP*, 1895, t. III, p. 1-39.

ORTOLAN (J.), *Éléments de droit pénal : pénalité, juridictions, procédure*, 3e éd., 2 vol., Paris, Plon, 1863-1864.

OSTROGORSKI (M.), *La femme au point de vue du droit public. Étude d'histoire et de législation comparée*, Paris, Rousseau, 1892.

Democracy and the organization of political parties, 2 vol., Londres, MacMillan, 1902.

PICOT (G.), « La Réforme judicaire », *Revue des deux mondes*, 1881, t. XLIII, p. 116-153.

Concours de l'Académie : sujets proposés, prix et récompenses décernées, listes des ouvrages couronnés ou récompensés, 1834-1900, Paris, Imprimerie nationale, 1901.
PIERRE (E.), *Traité de droit politique et parlementaire*, Paris, Librairies imprimeries réunies, 1893.

POINCARÉ (R.), « L'idée de patrie », *RPP*, 1910, t. LXIV, p. 5-24.

POUGET (É.) PRESSENSE (de) (F.), *Les lois scélérates de 1893-1894*, Paris, La Revue blanche, 1899.

PRÉVOST PARADOL (L.-A.), *La France nouvelle*, Paris, Michel Lévy, 10e éd., 1869.

RENAN (E.), *La réforme intellectuelle et morale*, 1870-1871, réédition, Paris, Perrin, Coll. Les mémorables, 2011.

Qu'est-ce qu'une nation ?, Paris, Mille et une nuit, 1997.

RENARD (G.), « Le referendum et le droit d'initiative en Suisse », *RPP*, 1902, t. XXXIII, p. 263-287.

REVAULT D'ALLONES (O.), « *La réforme intellectuelle et morale* », *Dictionnaire des œuvres politiques*, ss. dir. F. Chatelet, O. Duhamel, É. Pisier, Paris, PUF, 1995.

ROSSI (P.), *Œuvres complètes de P. Rossi publiées sous les auspices du Gouvernement italien. Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris, recueilli par M. A. Porée, précédé d'une introduction par M. C. Bon-Compagni, ministre plénipotentiaire, député au Parlement italien*, Paris, Guillaumin, 4 vol., 1866-1867.

Traité de droit pénal, 3 vol., Paris, Sautelet et Barbezat, 1829.

ROZY (H.), *Des divisions du pouvoir. (Séparation des pouvoirs)*, Paris, Thorin, 1881.

ROUSSEAU (J.-J.), *Œuvres complètes avec des notes historiques et table analytique des matières par G.Petitain et Musset-Pathay*, Paris, Houssiaux, 1853-1853.

Du contrat social ou Principes de droit politique, Amsterdam, Rey, 1762.

Du contrat social, Paris, Flammarion, 1992.

SAINT GIRONS (A.), *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire* ,Paris, Larose, 1881

Manuel de droit constitutionnel, Paris, Larose et Forcel, 1885.

SALEILLES (R.), « Compte rendu du *Cours élémentaire d'histoire du droit français* », *Revue historique*, 1894, t. LVI, p. 389-399.

SIGNOREL (J.), *Étude de législation comparée sur le referendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif*, Paris, Rousseau, 1896.

TAINE (H.), *Histoire de la littérature anglaise*, 2e éd., Paris, Hachette, 1866.

Du suffrage universel et de la manière de voter, Paris, Hachette, 1872.

Les origines de la France contemporaine, 11 vol., Paris, Hachette, 1901-1904.

TCHERNOFF (I.), *Le parti républicain sous la monarchie de Juillet. Formation et évolution de la doctrine républicaine*, avec préface de M. A. Esmein, Paris, Pedone, 1901.

TOCQUEVILLE (de) (A.), *De la démocratie en Amérique*, 4 vol., Paris, Pagnerre, 1848.

TODD (A.) *Parliamentary government of England, Its origin, development and pratical operation*, new edition, arranged and revised by Spencer Walpole, 2 vol., Londres, Sampson Low, Marston and Company, 1892.

TOUTAIN (J.), *La section des sciences religieuses de l'École pratique des hautes études de 1886 à 1911, son histoire, son œuvre*, Paris, Imprimerie nationale, 1911.

TOUZAUD (D.), « Adhémar Esmein, notice sur sa vie et ses œuvres », *Bulletins et mémoires de la Société archéologique et historique de la Charente*, 1913, t. IV, p. 113-133.

TURGEON (C.), « La nation », *RDP*, 1898, t. X, p. 1-36.

Le féminisme français, 2 vol., Paris, Sirey, 1902.

VERNES (M.), « Notice nécrologique d'Adhémar Esmein », *Annuaire de l'École pratique des hautes études, section des sciences religieuses*, 1913, p. 19-22.

VILLEY (E.), « Les droits de la femme », *RDP*, t.VI, 1896, p. 32-50.

VOLTAIRE, *Lettres philosophiques*, Amsterdam, Lucas, 1734.

Prix de la justice et de l'humanité, Ferney, 1778.

WEISS (A.) « Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1917, t. LXXXVII, p. 437-474

WILSON (W.), *Congresionnal government. A study in american politics*, Boston & New York, Houghton Mifflin Company, 1885.

BIBLIOGRAPHIE

ARDANT (P.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 24e éd., Paris, LGDJ, 2012.

AUDARD (C.), *Qu'est-ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Paris, Folio, coll. Essais, 2009.

AUDEGEAIN (P.), « Genèse et signification des *Délits et des peines* de Beccaria », *Archives de philosophie du droit*, n°53, 2010, p. 11-24.

BACOT (G.), *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 2001.

BALDOVINI (M.), *La classification académique du droit pénal, entre droit public et droit privé. Sur un paradoxe de la science du droit*, Thèse pour le doctorat en droit public soutenue le 10 décembre 2009 à l'Université de Caen-Basse Normandie.

BARANGER (D.), *Parlementarisme des origines*, Paris, PUF, 1999.

BEAUD (O.), « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste », in *Des droits fondamentaux à l'obsession sécuritaire : mutation ou crépuscule des libertés publiques ?* , actes du colloque de l'Institut Michel Villey pour la culture juridique et la philosophie du droit en collaboration avec l'Institut Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg (Paris, 14 mai 2010), http://www.juspoliticum.com/Remarques-introductives-sur-l.html .

« L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n°3, décembre 2009, p. 7-14.

BERLIÉRE (J.-M.), « Une menace pour la liberté individuelle sous la République. L'article 10 du code d'instruction criminelle », *Criminocorpus, revue hypermédia en ligne*, Histoire de la police, articles, mis en ligne le 1er janvier 2008, n°23. http://criminocorpus.revues.org/262 .

BINOCHE (B.) et **CLÉRO (J-P.)**, *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007.

BOUDON (J.), *Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, LGDJ, 2006.

« Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *RFDC*, 2009, n°78, p. 247-267.

« La méthode juridique selon Adhémar Esmein », *Le Renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, ss. dir. N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009, p. 263-280.

Le frein et la balance : étude de droit constitutionnel américain, Paris, Mare et Martin, 2010.

BOUINEAU (J.), « Racines universitaires de Romuald Szramkiewicz », *Hommage à Romuald Szramkiewicz*, ss. dir. J. Lafont, Paris, Litec, 1998, p. 367-399.

BOUINEAU (J.), (dir.) « Hommages à Adhémar Esmein », *Méditerranées : Revue du centre d'études internationales sur la romanité*, n° 22-23, 2000.

CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et la justice criminelle*, Paris, PUF, 2006.

CHAGNOLLAUD (D.), *Droit constitutionnel contemporain*, 5e éd., 3 vol., Paris, Dalloz, 2007.

CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel*, 29e éd., Paris, Sirey, 2012.

CHEVALLIER (J.-J.), *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France*, Paris, A. Colin, 9e éd., 2001.

COLLIARD (J.-C.), « Portrait d'Adhémar Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, ss. dir. S. Pinon et P-H. Prélot, Paris, Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2009, p. 3-8.

CONAC (G.), « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », *Mélanges offerts à Patrice Gélard*, Paris, Montchréstien, 2000, p. 13-23.

CONSTANTINESCO (V.) PIERRÉ-CAPS (S.), *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, PUF, 2009.

DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 103, 2011.

DÉMIER (F.), *La France du XIXe siècle. 1814 – 1914*, Paris, Seuil, 2000.

DENQUIN (J.-M.), *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, Paris, LGDJ, 1976.

« Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, ss. dir. S. Pinon et P-H. Prélot, Paris, Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2009, p. 137-147.

DUBOUCHET (P.), *De Montesquieu le Moderne à Rousseau l'Ancien. La démocratie et la république en question*, Paris, L'Harmattan, 2001.

FAVOREU (L.), *Précis de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2001.

FAVRE (P.), *Naissances de la science politique en France, 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989.

FURET (F.) OZOUF (M.), *Terminer la Révolution : Mounier et Barnave dans la Révolution française*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1990.

GICQUEL (J.) GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26e éd., Paris, Montchrestien, 2012.

GOLDZINK (J.), *La solitude de Montesquieu. Le chef-d'œuvre introuvable du libéralisme*. Fayard, coll. Ouvertures, Paris, 2011.

GOYARD-FABRE (S.), « Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques », *Des théories du droit naturel*, Caen, Centre de publications de l'Université de Caen, 1988, p. 7-42.

Pufendorf et le droit naturel, Paris, PUF, 1993.

GRAVEN (J.), « Montesquieu et le droit pénal », *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952, p. 209-254.

HAKIM (N.) MELLERAY (F.), « La Belle Époque de la pensée juridique française », *Le Renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, ss. dir. N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009, p. 1-12.

HALPÉRIN (J-L.), « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *RHD*, 1997, p. 415-433.

« L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *RHSH*, 2001/1, n°4, p. 9-32.

HAMON (F.) TROPER (M.) BURDEAU (G.), *Droit constitutionnel*, 33e éd., Paris, LGDJ, 2012.

HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law. Étude comparative* Paris, Dalloz, 2002.

IMBERT (J.), « Passé, présent et avenir du doctorat de droit en France », *AHFD*, n° 1, 1984, p. 11-36 et p. 63-90.

JALLAMION (C.), « Entre ruse du droit et impératif humanitaire : la politique de la torture judiciaire du XIIe au XVIIIe siècle », *Archives de politique criminelle*, 2003/1, n°25, p. 9-35.

JAUME (L.), *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, Champs Essais, 2010.

KLEJMAN (L.), « Les Congrès féministes internationaux », *Cahiers Georges Sorel*, 1989, vol. 7, p. 71-86.

LASCOUMES (P.), « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne », *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Études historiques éditées et présentées par Michel Porret*, Genève, Droz, 1997, p. 109-118.

LAQUIÈZE (A.), « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseur libéraux français du XIXe siècle », *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIIIe-XXe siècles*, ss dir. D. Chagnollaud, ss. dir. D. Chagnollaud, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Droit Public-Colloques, 2003, p. 85-102.

Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848), Paris, PUF, 2002.

LARRÉRE (C.), « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Études historiques éditées et présentées par Michel Porret*, Genève, Droz, 1997, p. 89-108.

LAUVAUX (P.), « Aspects historiques de la responsabilité politique », *La responsabilité des gouvernants*, ss. dir. d'O. Beaud et J-M. Blanquer, Paris, Descartes et Cie, coll. Droit, 1999, p. 20-24.

LAVIGNE (P.), « Le Comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français », *Histoire des idées et idées sur l'histoire, Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 173-178.

LEJEUNE (D.), *La France de la Belle Époque*, 1896-1914, Paris, A. Colin, 1991.

LINDTICH (F.), « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, ss. dir. O. Beaud et P. Wachsmann, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, n°1, 1997, p. 179-201.

MACHELON (J.-P.), *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1976.

MAIRET (G.), « Bodin, *Les Six livres de la République* » *Dictionnaire des œuvres politiques* ss. dir. F. Chatelet, O. Duhamel et É. Pisier, 3eéd., Paris, PUF, 1995.

MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996.

MARTIN (P.), *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, 3e éd, Paris, Montchrestien, 2006.

MAULIN (É.),« Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la IIIe République. Charles Benoist et Jacques Bardoux », *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIIIe-XXe siècles*, ss. dir. D. Chagnollaud, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Droit Public-Colloques, 2003, p. 55-82.

MAYEUR (J.-M.), *La vie politique sous la Troisième République*, Paris, Seuil, 1984.

MELLERAY (F.) « École de Bordeaux, école du service public et école duguiste. Propositions de distinction », *RDP*, 2001, p. 1887-1905.

« Léon Duguit. L'État détrôné », *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, ss dir. N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009 p. 215-262.

MESTRE (J.-L.), « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 28, p. 27-30

MONGOIN (D.), « Le Fédéraliste revisité. Présentation des articles 10, 51 et 78 », *Jus Politicum*, n° 8.

MOULIN (R.), *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978.

PACTET (P.), *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, 31e éd., Paris, Colin, 2012.

PAPAEFTHYMIOU (S.), « La distinction « droit privé-droit public » en France entre 1848 et 1900 : la paradigme positiviste perdu », *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, ss dir. O. Beaud et P. Wachsmann, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, n°1, 1997, p. 111-133.

PINON (S.), « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *RDP*, 2007, n° 1, p. 193-229.

« Présentation générale », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, ss. dir. S. Pinon et P-H. Prélot, Paris, Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2009, p. VII-XI.

« Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, ss. dir. S. Pinon et P-H. Prélot, Paris, Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2009, p. 209-230.

PISIER (É.), « Léon Duguit et le contrôle de constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes », *Droit, institutions et systèmes politiques, Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1897, p. 189-201.

PORRET (M.), « Beccaria et sa modernité », *Beccaria et la culture juridique des Lumières, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995, Études historiques éditées et présentées par Michel Porret*, Genève, Droz, 1997, p. 11-26.

PRÉLOT (P.-H.), « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise*, ss. dir. S. Pinon et P-H. Prélot, Paris, Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2009, p. 111-136.

« Les doctrines ont-elles théorisé les libertés publiques avant l'âge d'or des lois des années 1880 ? », *RDP*, 2012, n°2, p. 473-486.

RAYNAUD (P.), « *Lettres philosophiques* », *Dictionnaire des œuvres politiques*, ss. dir. F. Chatelet, O. Duhamel et É. Pisier, *op. cit.*, p. 1258-1262.

Le juge et le philosophe : essais sur le nouvel âge du droit, Paris, Colin, 2008.

REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879 – 1914*, Paris, Economica, PUAM,1992.

RÉMOND (R.), *La vie politique en France. 1879 – 1939. La République souveraine*, Paris, Fayard, 2002.

REVERSO (L.), *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIIIe siècle : influence française et spécificités*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

RIALS (S.), « Les droits de l'homme. Ouverture : généalogie des droits de l'homme », *Droits*, n°2, 1985, p. 3-12.

ROSANVALLON (P.), *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, Bibliothèques des Histoires, 2000

Le peuple introuvable : histoire de la représentation démocratique en France, Paris Gallimard, Folio Histoire, 2002

SACRISTE (G.), *Le droit de la République : légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début du siècle*, thèse soutenue à l'Université Paris I, ss. dir. J.-C. Colliard, 2002.

« Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle », *RHSH*, 2001, n°4, p. 69-94.

La république des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France, 1870-1914, Paris, Presses de Science Po, 2011.

SAINT-BONNET (F.), « Le droit des libertés publiques, antonyme du droit administratif au XIXe siècle », *RDP*, 2012, n°2, p. 457-472.

SPECTOR (C.), « Montesquieu était-il libéral ? », *La pensée libérale, histoire et controverses*, Paris, Ellipses, 2010, p. 57-72.

TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973.

VERPEAUX (M.), « Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la IIIe République », *RFDC*, 1990, p. 688-698.

VIMBERT (C.), *La tradition républicaine en droit public français*, Paris, LGDJ, 1992.

VIGUERIE (de) (J.), *Histoire et dictionnaire du temps des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 1995.

WACHSMANN (P.), « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n°2, 1995, p. 13-22.

WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2009.

WALINE (M.), « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les Facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XXe siècle », *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Cujas, 1977, p. 259-269.

WINOCK (M.), *Le XXe siècle idéologique et politique*, Paris, Perrin, 2009.

ŒUVRES D'ADHÉMAR ESMEIN

Par ordre chronologique de parution[1]

Droit romain : De la collatio bonorum et de la collatio dotis. Ancien droit : Des rapports à succession, Paris, Donaud, 1872.

« Le délit d'adultère à Rome », *NRHD*, 1878, p. 1-35 et p. 397-442.

« Prusse. Notice sur la session de 1876 », *Annuaire de législation étrangère*, 1876, p. 165-176. Et A. Esmein, « Prusse. Notice générale sur les travaux du Landtag pendant la session de 1877-1878 », *Annuaire de législation étrangère*, 1878, p. 126-137.

« Études sur les contrats dans le très ancien droit français », *NRHD*, 1880, p. 659-699. *NRHD*, 1881, p. 21-43, *NRHD*, 1882, p. 35-75, *NRHD*, 1883, p. 99-139.

« Compte-rendu de *Projet de Code pénal pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 8e mois de la 10e année de Meiji (août 1879) : Tokio (août 1879) – Projet de Code de procédure criminelle, pour l'empire du Japon présenté au sénat par le ministre de la justice le 9e mois de la 12e année de Meiji (septembre 1879) : Tokio (septembre 1879)* », *NRHD*, 1880, p. 629-637.

Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, Paris, Larose et Forcel, 1882.

« Quelques observations sur les nouveaux textes de droit romain publiés par M. Dareste », *NRHD*, 1883, p. 479-502.

« Compte rendu de *Les institutions politiques des Romains, ou exposé historique des règles de la Constitution et de l'Administration romaines depuis la fondation de Rome jusqu'au règne de Justinien*, 2 volumes, Paris, Pedone-Lauriel, 1882-1883 », *NRHD*, 1883, p. 683-687.

Études sur les contrats dans le très ancien droit français, Paris, Larose et Forcel, 1883.

« Note pour l'histoire des institutions primitives », *Revue générale du droit, de législation et de jurisprudence*, 1884.

« Le testament du mari et la *donatio ante nuptias* », *NRHD*, 1884, p.1-31.

[1] Seules les écrits cités ou mentionnés dans la thèse figurent dans la présente liste. Pour une bibliographie exhaustive d'Adhémar Esmein, nous renvoyons à la bibliographie établie par nos soins dans Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise, ss. dir. S. Pinon et P.-H. Prélot, Paris, Montchrestien, coll. Grands Colloques, 2009, p. 232-245.

« Sur l'histoire de l'usucapion », *NRHD*, 1885, p. 261-302.

« Les baux de cinq ans en droit romain », *NRHD*, 1886, p. 1-10.

Mélanges d'histoire du droit et de critique, Paris, Larose et Forcel, 1886.

« Courtes études. L'intransmissibilité première des créances et des dettes. Le vin d'appointement », *NRHD*, 1887, p. 48-65.

« Le droit de la chose jugée dans le droit de la monarchie franque », *NRHD*, 1887, p. 545-556.

« Le serment promissoire en droit canonique », *NRHD*, 1888, p. 248-277 et p. 311-352.

« Nouveaux fragments de l'édit d'Euric », *NRHD*, 1889, p. 428-435.

« La question des investitures dans les Lettres d'Yves de Chartres », *Bibliothèque de l'École pratique des hautes études, section des sciences religieuses*, 1889 p. 139-178.

« La juridiction de l'Église sur le mariage en Occident », *NRHD*, 1890, p. 173-221.

« La propriété foncière dans les poèmes homériques », *NRHD*, 1890, p. 821-845.

Étude sur le droit canonique privé : le mariage en droit canonique, 2 vol., Paris, Larose et Forcel, 1891.

Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, Paris, Larose et Forcel, 1892.

« La nature originelle de l'action *rex uxoriae* », *NRHD*, 1893, p. 145-171.

« Un chapitre de l'histoire du droit des contrats en droit anglais », *NRHD*, 1893, p. 555-566.

« Nouvelles théories sur les origines féodales », *NRHD*, 1894, p. 523-544.

« De la délégation du pouvoir législatif. À l'occasion du projet dit "des pleins pouvoirs" présenté par M. Crispi au parlement italien », *RPP*, 1894, t. I, p. 200-224.

« Un passage de La Somme rural de Boutillier dans l'édition de Charondas le Caron de Paris 1603 », *NRHD*, 1895, p. 48-58.

« Le serment des inculpés en droit canonique », *Bibliothèque de l'École pratique des hautes études, section des sciences religieuses*, 1896, p. 231-248.

Éléments de droit constitutionnel, Paris, Larose, 1896.

« Rapport présenté au Conseil supérieur de l'Instruction publique par M. Esmein, au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de réorganisation des Facultés de droit », *NRHD*, 1897, p. 39-57.

Les ordalies dans l'Église gallicane au IXe siècle. Hincmar de Reims et ses contemporains, Imprimerie nationale, Paris, 1898.

« Le "*Criminal Evidence Act*" de 1898 et le serment des accusés en Angleterre », *RPP*, 1898, t. XVIII, p. 347-359.

Note sous Cass. Req., 29 juin 1897, Jaurès, Gaubert : journal La Dépêche, Tibara : journal La Petite République c/ Resseguier, Sirey, 1898, I, p. 17-21.

Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 2e éd., Paris, Larose, 1899.

« Les Constitutions du Protectorat de Cromwell », *RDP*, 1899, t. XII, p. 139-218 et p. 405-442

« Trois documents sur le mariage par vente », *NRHD*, 1899, p. 613-621.

« La coutume primitive dans un conte populaire », *NRHD*, 1900, t. XXIV, p. 5-25.

« Le droit comparé et l'enseignement du droit. Rapport rédigé pour le Congrès de droit comparé tenu à Paris en août 1900 », *NRHD*, 1900, p. 489-498.

« La théorie de l'intervention internationale chez quelques publicistes du XVIe siècle », *NRHD*, 1900, t. XXIV, p. 549-574.

Note sous Haute Cour de justice, 18 septembre et 15 novembre 1899, et sous Commission d'instruction de la Haute Cour, 12 et 30 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1900, II, p. 289-293.

« Léon Michel », *NRHD*, 1901, t. XXV, p. 93-97.

« Note de jurisprudence parlementaire : I. Les additions aux ordres du jour motivés », *RPP*, 1901, t. XXVII, p. 502-510.

« Note de jurisprudence parlementaire : II. La déchéance des députés et des sénateurs », *RPP*, 1901, t. XXVIII, p. 295-314.

Note sous Haute Cour de justice, 13 novembre 1899, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 1-4.

Note sous Haute Cour de justice, 10, 15, 18, 23, 25, 27, 29 novembre 1899, 6 et 20 novembre 1899, 4 janvier 1900, Déroulède, Buffet, Guérin et autres, *Sirey*, 1901, II, p. 25-30.

Note sous Haute Cour de justice, 20 et 26 décembre 1899, 20 février 1900, Habert, *Sirey*, 1901, p. 57-60.

« Les coutumes primitives dans les écrits des mythologues grecs et romains », *NRHD*, 1901, t. XXV, p. 121-135, *NRHD*, 1902, t. XXVI, p. 5-31 et p. 113-146.

« Compte-rendu critique de Maitland, *English law and the Renaissance*, *Cambridge University Press*, 1901 », *NRHD*, 1902,

« Les jésuites devant les tribunaux anglais », *RPP*, 1902, tome XXXIII, p. 357-364

« La jurisprudence et la doctrine », *RTDciv*, 1902, t. I, p. 5-19

« La Licence en droit et le droit romain », *RIE*, 1902, p. 289-307.

Note sous Haute Cour de justice, 24 juin 1901, De Lur-Saluces, Sirey, 1902, p. 257-259.

« Les premières idées politiques de Taine », *RPP*, 1903, t. XXXV, p. 154-168.

« La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski », *RPP*, 1903, t. XXXVII, p. 117-132 et p. 357-368.

« Une survivance qui disparaît : *the Demise of the Crown Act* », *Annales des sciences politiques*, 1903, p. 97-116.

Note sous Cass. Crim., 25 juillet 1902, Sirey, 1903, I, p. 57-58.

Note sous Cass. Crim., 13 mars 1903, 1er mai 1903, 11 juin 1903, 12 juin 1903, 13 juin 1903, Sirey, 1903, I, p. 425-431.

Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 3e éd., Paris, Larose, 1903.

« Un arrêt de la Cour Suprême de la République argentine », *RPP*, 1904, t. XXXIX, p. 118-125.

« L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », *RTDciv*, 1904, t. III, p. 5-53.

« L'originalité du Code civil », *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Société d'études législatives, Paris, 1904, t. I, p. 5-21.

« La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? », Rapport présenté à la 1ere sous-commission de révision du Code civil, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1905, p. 541 et p. 542.

« Le projet de révision de la Constitution du Royaume de Wurtemberg », *RPP*, 1906, t. XLVII, p. 108-116.

« La loi sur la Séparation et l'encyclique "*Gravissimo*" », *RPP*, 1906, t. L, p. 31-49.

Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 4e éd., Paris, Larose et Tenin, 1906.

Gouverneur Morris, un témoin américain de la Révolution française, Paris, Hachette, 1906.

« L'effet relatif de la chose jugée », *Mélanges Gérardin*, Paris, Larose, 1907, p. 229-253.

« Le jugement de Daniel », *NRHD*, 1907, t. XXXI, p. 729-754.

« Quelques mots sur l'enseignement du droit romain », *RIE*, 1907, p. 16-18.

« L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques », *Mélanges Fitting*, Montpellier, Société anonyme de l'Imprimerie générale du Midi, 1907, t. I, p. 357-382.

« Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques sur le prix Saintour », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1907, t. LXVIII, p. 200-228.

« Y a-t-il un droit de grève », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1908, t. LXIX, p. 1-23.

Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 : Révolution, Consulat et Empire Paris, Sirey, 1908.

« La réforme de la Chambre des Lords. Conclusions du *Select Comitee* », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1909, t. CLXXII, p. 473-493.

Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 5e éd., Paris, Larose et Tenin, 1909.

« L'affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre », *RPP*, 1910, t. LXVI, p. 443-465.

« La Chambre des Lords et la démocratie », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1910, t. CLXXIV, p. 453-475 et p. 598-657.

« La dernière phase de la cris constitutionnelle en Angleterre », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1910, t. CLXXVIII, p. 462-503.

« L'École du régime domanial », *NRHD*, 1911, t. XXXV, p. 331-347.

« L'inaliénabilité du domaine de la Couronne devant les États généraux du XVIe siècle », *Sonderabdruck aus der Otto Gierke zum 70. geburstag von Schülern, Freunden une Verehrern darg brachten Festschrift*, Weimar, Bôlhau, 1911, p. 361-381.

« La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », *Essays in legal history read before the international studies held in London, 1913*, Oxford Univserity Press, 1913, p. 201-214.

Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 6e éd., revue par J. Barthélemy, Paris, Larose et Tenin, 1914.

A history of continental criminal procedure, with special reference to France, trad. J. Simpson, Londres, Murray, 1914.

Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 7e éd., revue par Henry Nézard, 2 vol., Paris, Sirey, 1921.

Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd., revue par Henry Nézard, 2 vol., Paris, Sirey, 1927-1928.

INDEX *NOMINUM*

Anson, William : 246.

Ardant, Philippe: 589.

Aristote : 58.

Artur, Émile : 426, 433, 437, 438, 440, 445.

Asquith, Herbert : 224.

Asser, Tobias : 15.

Aucoc, Léon : 428, 429, 434.

Audard, Catherine : 53, 56.

Audibert, Adrien : 12.

Aumaître, Théophile : 18, 24, 29, 36, 37, 43, 107, 109, 145, 181, 197, 238, 277, 285, 299, 317, 333, 367, 425, 451, 455.

Austin, John : 308.

Ayrault, Pierre : 81.

Bagehot, Walter : 376, 384, 385, 386, 387.

Baldovini, Maud : 73.

Baranger, Denis : 244.

Barbier, Georges : 469.

Barthélemy, Joseph : 17, 406, 508, 569.

Bastid, Adrien: 12.

Batbie, Anselme : 452.

Beaud, Olivier : 199.

Beauregard, Paul : 12, 534, 535, 570.

Beccaria, Cesare : 41, 99, 100, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 135, 587.

Benoist, Charles : 329, 330, 334, 338, 365, 368, 537, 560, 561, 569, 574, 575, 583.

Bentham, Jeremy : 392, 561.

Bérenger, René : 529.

Berriat Saint Prix, Félix : 268, 284, 288, 317, 322, 367, 370, 391, 392, 393, 395, 421, 422, 431, 432, 437, 452, 457, 545, 546, 549, 568, 573.

Berriat Saint Prix, Jacques : 71, 74.

Berthélemy, Henry : 526, 528, 570, 571.

Blackstone, William : 51, 168, 176, 226, 241, 376, 556.

Blanc, Louis : 384, 573.

Bodin, Jean : 263, 271, 273, 305, 504.

Boudon, Julien : 21, 374, 545.

Boulanger, Georges : 477, 478.

Bourgeois, Léon : 18.

Boutmy, Émile : 149, 202, 210, 264, 403, 404, 405, 410, 411, 412, 414, 416, 555, 556.

Bracton, Henry : 62, 142.

Brisson, Henri : 469.

Broglie (de), Victor : 144.

Brougham, Henry : 205, 207, 209, 345, 346.

Brunner, Heinrich : 184.

Bryce, James : 385, 397, 410, 415, 577.

Campbell-Bannerman, Henry : 224.

Carbasse, Jean-Marie : 94.

Carnot, Sadi: 468.

Carré de Malberg, Raymond : 10, 29, 285, 311, 316, 326, 368, 372, 559, 588.

Catelan, Nicolas : 124.

Chabrol-Chaméane (de), Ernest : 49, 72, 263.

Chambrun (de), Adolphe : 408, 410, 411, 412.

Chantebout, Bernard: 589.

Charvin, Robert : 477.

Chateaubriand, François-René: 463.

Colin, Maurice : 570.

Colliard, Jean-Claude : 25.

Colmet de Santerre, Armand : 24.

Combes, Émile : 25, 518.

Combothécra, Xénocrate : 34, 42, 269.

Conac, Gérard : 9, 10, 401.

Condorcet (de), Nicolas : 132.

Constant, Benjamin : 26, 32, 33, 34, 44, 54, 75, 104, 107, 112, 117, 143, 175, 178, 182, 202, 207, 223, 237, 243, 244, 250, 251, 252, 263, 283, 587.

Constantinesco, Vlad : 589.

Cormenin (de), Louis-Marie : 452.

Courcelle-Seneuil, Jean-Gustave : 346, 350.

Cromwell, Oliver : 141, 198, 200, 368, 411.

Cumberland, Richard : 543.

Dareste, Rodolphe : 77, 158.

Daugeron, Bruno : 348.

Delandine, Antoine-François : 543.

Delpech, Joseph : 36.

Denquin, Jean-Marie : 311.

Déroulède, Paul : 477.

Desjardins, Arthur : 463, 486, 488, 495.

Deslandres, Maurice : 20, 263.

Devin, Léon : 478, 479.

Dicey, Albert : 201, 233, 241, 244, 289, 291, 308, 490, 495, 499, 577.

Dubouchet, Paul : 103.

Duguit, Léon : 10, 22, 23, 29, 263, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 279, 280, 296, 323, 367, 372, 375, 403, 405, 408, 409, 426, 427, 428, 429, 438, 439, 444, 453, 454, 457, 458, 459, 466, 469, 470, 477, 478, 480, 481, 482, 485, 490, 491, 493, 494, 503, 504, 506, 508, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 519, 520, 527, 554, 555, 558, 559, 560, 561, 568, 570, 571, 588.

Duport, Adrien : 433, 553.

Duvergier de Hauranne, Prosper : 144.

Eichtal (d'), Eugène : 260, 371, 375.

Faure, Fernand : 12.

Favoreu, Louis : 589.

Favre, Pierre : 9, 588.

Ferneuil, Théodore : 328.

Ferry, Jules : 507.

Fortescue, John : 142.

Fournier, Paul: 96.

Fuzier-Herman, Édouard : 366, 373, 375, 377, 381, 396, 402, 403, 405, 423, 424, 434, 439, 441, 445.

Gambetta, Léon : 341.

Garraud, René: 71, 72, 74.

Gicquel, Jean : 589.

Gicquel, Jean-Éric : 589.

Gide, Paul : 11, 12, 77, 322.

Giraud, Charles: 11, 12, 77, 366.

Glasson, Ernest : 14, 16, 143, 151, 164, 165.

Goblet, René : 340, 384, 469.

Goldzink, Jean : 57, 62.

Goyard-Fabre, Simone : 50, 57, 58.

Grévy, Jules : 388, 399.

Grotius, Hugo : 46, 50, 56, 52, 123, 337.

Guérin, Eugène : 469.

Guizot, François : 23, 142, 143, 202, 209, 259, 264, 350, 357.

Halpérin, Jean-Louis : 9, 21, 23, 28

Hastings, Warren : 244.

Hauriou, Maurice : 10, 29, 528.

Hélie, Faustin : 122, 393.

Heuschling, Luc : 27, 584.

Hobbes, Thomas : 54, 55, 56, 57, 64, 124.

Hume, David : 543.

Jacquelin, René : 425, 426.

Jalabert, Philippe : 576.

Jamin, Christophe : 21.

Jaume, Lucien : 63.

Jaurès, Jean : 532.

Jellinek, Georg : 272, 555, 556.

Jenks, Edward : 220.

Jèze, Gaston : 402, 566, 568, 570, 571.

Johnson, Andrew : 416.

Joran, Théodore : 322.

Laband, Paul : 15.

Laborde, Adrien : 71.

Laboulaye, Édouard : 26, 27, 31, 32, 33, 34, 38, 39, 44, 46, 55, 70, 75, 78, 79, 80, 81, 84, 85, 93, 103, 104, 105, 109, 110, 112, 117, 122, 123, 125, 126, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 144, 148, 150, 153, 156, 160, 163, 164, 165, 167, 168, 169, 170, 172, 175, 176, 179, 181, 183, 191, 193, 194, 202, 218, 237, 243, 250, 251, 266, 268, 283, 300, 301, 315, 316, 440, 473, 489, 490, 494, 539, 548, 549, 573, 587.

Lally-Tollendal, Gérard : 543.

Lamoignon (de), Guillaume : 128.

Lansdowne, Henry : 230, 231.

Laquièze, Alain : 573.

Larnaude, Ferdinand : 16, 17, 526, 527, 570, 571, 572, 575.

Larrère, Catherine : 125.

Laugel, Auguste : 386.

Le Blant, Edmond : 24.

Le Blant, Julien : 24.

Le Blant, Marie Paule Valérie : 24.

Le Caron, Louis dit Charondas : 62.

Lefèbvre, Charles : 18.

Lefort, Jospeh : 71.

Lepère, Charles : 547.

Leroy-Beaulieu, Paul : 534.

Levasseur, Émile: 534.

Linditch, Florian: 278.

Locke, John : 26, 40, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 109, 110, 375, 376, 421, 543, 554, 556.

Low, Sidney : 304, 308, 336.

Lyon-Caen, Charles : 12.

Mably, Gabriel : 44, 104, 105, 121.

Macarel, Louis-Antoine : 277, 452.

Machelon, Jean-Pierre : 466, 469, 476, 463, 531.

Machiavel, **Nicolas** : 44.

Maitland, Frederic William : 155.

Manin, Bernard : 206, 207.

Massigli, Charles : 15.

Maulin, Éric : 537, 575.

Mayeur, Jean-Marie : 444.

Melville, Henry : 244.

Merlin, Antoine : 86.

Mestre, Jean-Louis : 569.

Michel, Léon : 12.

Michelet, Jules : 106, 129.

Michoud, Léon : 280.

Mill, John-Stuart : 317.

Mirabeau (de), Honoré-Gabriel : 337.

Mirkine-Guetzévitch, Boris : 588.

Mispoulet, Jean-Baptiste : 72.

Molinier, Victor : 49, 71, 72.

Montesquieu (de), Charles-Louis : 26, 34, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 56, 57, 58, 59, 60, 62, , 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 75, 78, 82, 83, 95, 96, 99, 100, 101, 103, 105, 110, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 134, 135, 141, 147, 160, 161, 177, 178, 181, 194, 199, 202, 206, 223, 366, 367, 368, 370, 373 , 374, 375, 376, 381, 391, 401, 403, 405, 406, 407, 409, 420, 421, 423, 426, 427, 428, 429, 431, 434, 440, 556, 576, 587.

Moore, Harrison : 253.

Moreau, Félix : 18, 24, 29, 37, 43, 107, 109, 144, 181, 197, 238, 268, 277, 283, 294, 299, 317, 318, 319, 322, 333, 334, 338, 339, 341, 350, 351, 360, 367, 375, 376, 379, 380, 381, 382, 383, 391, 394, 398, 399, 403, 421, 425, 433, 441, 443, 445, 446, 447, 454, 477, 480, 482, 483, 541, 565, 573, 583.

Muyart de Vouglans, Pierre-François : 95, 127.

Naville, Ernest : 334, 335, 337, 338.

Nézard, Henry : 17, 278, 482, 588.

Nicolas, Augustin : 81, 95.

North, Frederick : 245.

Orlando, Victor Emmanuel : 268, 349, 350.

Ortolan, Joseph : 72, 74, 127.

Ostrogorski, Moisei : 247, 248, 291, 321, 355.

Pactet, Pierre : 589.

Paine, Thomas : 305.

Picot, Geroges : 393.

Pierre, Eugène : 482.

Pierré-Caps, Stéphane : 589.

Pillet, Antoine : 570.

Pinheiro-Ferreira, Silvestre : 569.

Pinon, Stéphane : 19, 590.

Poincaré, Raymond : 15, 287.

Politis, Nicolas : 570.

Prélot, Pierre-Henri : 455.

Prévost-Paradol, Lucien-Anatole : 26, 114, 144, 165, 169, 175, 178, 180, 238, 301, 337, 379, 388, 389, 437, 440, 489, 490, 494.

Puffendorf (von), Samuel : 47, 50, 63.

Redor, Marie-Joëlle : 18, 116, 256, 283, 314, 332, 343, 348, 363, 365, 394, 583.

Rehm, Heinrich : 272.

Renan, Ernest : 114, 115, 116, 260, 287, 288, 314, 324.

Rials, Stéphane : 50, 58.

Ribot, Alexandre : 529.

Roche, Jules : 569.

Rosanvallon, Pierre : 18, 256, 264, 328, 334, 348, 358.

Rosebery, Archibald : 230.

Rossi, Pellegrino : 27, 28, 35, 37, 75, 143, 151, 168, 171, 175, 181, 195, 197, 202, 215, 218, 221, 226, 235, 237, 277, 349, 351, 367, 391, 421, 422, 431, 446, 450, 451, 452, 457, 458, 460, 488, 491, 492, 493, 494, 499, 545, 568, 579, 587.

Rousseau, Jean-Jacques : 40, 41, 43, 44, 51, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107 , 108, 109, 110, 112, 113, 118, 119, 120, 121, 124, 129, 130, 135, 201, 297, 314, 315, 426, 467, 543, 587.

Rozy, Henri : 366, 378, 425, 427, 430.

Sacriste, Guillaume : 10, 19, 21, 23, 25, 77, 299, 525.

Saint-Bonnet, François : 452.

Saint Girons, Antoine : 18, 24, 29, 35, 36, 37, 43, 104, 107, 109, 144, 166, 181, 197, 238, 277, 284, 294, 299, 303, 317, 322, 332, 334, 339, 340, 350, 353, 356, 357, 360, 366, 367, 368, 373, 374, 375, 376, 378, 379, 380, 382, 386, 387, 388, 391, 394, 396, 398, 402, 403, 405, 407, 408, 411, 412, 414, 416, 423, 424, 426, 428, 429, 432, 434, 439, 441, 443, 445, 446, 541, 565, 573, 577, 583,

Saleilles, Raymond : 15, 576, 577.

Servan, Jospeh : 126.

Sieyès, Emmanuel-Joseph : 51, 357, 388, 467.

Simon, Jules : 301.

Taine, Hyppolite : 26, 41, 44, 106, 107, 109, 110, 112, 114, 131, 149, 260.

Terrat, Barthélemy : 12.

Thaller, Edmond-Eugène : 576.

Tocqueville (de), Alexis : 218, 410, 553, 573, 578.

Todd, Alpheus : 289, 304, 307.

Treilhard, Jean-Baptiste : 189.

Tronchet, François Denis : 178.

Troper, Michel : 370.

Turgot, Anne Robert Jacques : 524.

Tuck, Richard : 56.

Turgeon, Charles : 287, 321, 421.

Ulpien : 60, 62.

Vattel (de), Emer : 47.

Verpeaux, Michel : 537, 575.

Viguerie (de), Jean : 40.

Villey, Edmond : 323.

Voltaire : 41, 43, 62, 95, 99, 100, 103, 120, 121, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 140, 587.

Wachsmann, Patrick : 454, 550.

Wahl, Albert : 15, 570.

Waldeck-Rousseau, Pierre : 504, 529.

Walpole, Robert : 245.

Walpole, Spencer : 307.

Weiss, André : 22, 26.

Wilson, Woodrow : 372.

Wolff, Christian : 47, 51.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

INTRODUCTION……. 9

Première partie
La liberté dans la pensée d'Adhémar Esmein……. 31

Titre premier
Les sources philosophiques de la liberté……. 39

Chapitre premier
L'influence des écrits de Montesquieu……..... 42

Section 1
La maturation des idées du droit naturel et leur expression chez Montesquieu……..45

§I - Les legs de l'École du droit naturel……..... 46

§II - La filiation entre Locke et Montesquieu……..59

Section 2
La sûreté comme condition première de la liberté moderne……68

§I - La définition de la sûreté et l'importance du droit criminel……..... 69

§II - L'importance capitale de la procédure criminelle…….....75

Chapitre deux
L'apport des philosophes des Lumières…….. 99

Section 1
L'apport de Jean-Jacques Rousseau et la réfutation de ses concepts……..101

§1 - La critique unanime de Rousseau chez les publicistes……103

§2 - La relative bienveillance d'Esmein à l'endroit de Rousseau……...108

Section 2
La perfection de la notion de liberté chez Esmein : les apports respectifs
de Beccaria et Voltaire……..120

§1- L'apport de Beccaria à la théorie d'Esmein……...121

§2- L'apport de Voltaire à la théorie d'Esmein……129

Titre deux
Les sources historiques de la liberté dans la pensée
d'Adhémar Esmein : le droit anglo-saxon……137

Chapitre premier
Les institutions judiciaires de l'Angleterre …….....147

Section 1
Une procédure accusatoire garante de la liberté individuelle…….....153

§1- L'opposition entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire……155

§2- Les garanties offertes par la procédure accusatoire……..167

Section 2
La procédure par jurés comme institution de la liberté…….....175

§1- Les bienfaits de la procédure par jurés……177

§2- La nécessité du jury en matière criminelle……...181

Chapitre deux
Les institutions politiques de la Constitution anglaise…….....197

Section 1
L'invention du gouvernement représentatif : l'élection populaire
à temps comme condition de la représentation…….....204

§1- L'origine du lien entre élection et représentation……206

§2- La délicate question du bicamérisme anglais……...222

Section 2
La responsabilité ministérielle, pivot du régime parlementaire…….....235

§1 - Le fondement de la responsabilité ministérielle…….....237

§2 - La mise en œuvre de la responsabilité ministérielle……247

Deuxième partie
La liberté sauvegardée par les institutions…….255

Titre premier
La souveraineté nationale comme fondement
du gouvernement représentatif…….....259

Chapitre premier
La conciliation entre les institutions représentatives et
le principe de la souveraineté nationale……..263

Section 1
Le fondement de la conciliation : la définition de la nation
comme titulaire de la souveraineté……..266

§1- La nation, versant politique de l'État……267

§2- La distinction progressive de la nation et du corps électoral ……...282

Section 2
La difficulté de la conciliation : monarchie constitutionnelle
et souveraineté nationale…….291

§1- Souveraineté nationale et monarchie : le républicanisme
juridique d'Adhémar Esmein……..293

§2- La question du titulaire de la souveraineté en Angleterre : l'évolution
de la doctrine d'Esmein…….....303

Chapitre deux
La « nation », pivot de l'organisation du gouvernement représentatif …….....311

Section 1
La fonction de l'électeur : choisir pour la nation……313

§1- La justification de la théorie de l'électorat-fonction et des règles électorales……..314

§2- Le droit de choisir les représentants de la nation et la droit d'être représenté……..326

Section 2
La fonction de l'élu : vouloir pour la nation……...343

§1- L'indépendance de l'élu face aux électeurs……..345

§2- L'exclusivité de la délibération et du vote de la loi……..356

Titre deux
La séparation des pouvoirs, principe cardinal
du gouvernement représentatif…….....365

Chapitre premier
Une séparation des pouvoirs susceptible de degrés……....371

Section 1
Un régime parlementaire caractérisé par une
séparation « atténuée » des pouvoirs exécutif et législatif……..374

§1- L'atténuation des entorses à la séparation des
fonctions législative exécutive……377

§2- La nécessité de l'indépendance organique du pouvoir exécutif……...391

Section 2
La compréhension du régime américain ou
l'introuvable séparation stricte des pouvoirs ……401

§1- Les exceptions à la séparation au sens
fonctionnel…….....404

§2- Des exceptions à l'indépendance des organes passées sous silence…….413

Chapitre deux
Le « pouvoir » judiciaire comme troisième pouvoir…….....419

Section 1
La fonction de juger distincte des fonctions législative et exécutive……..420

§1- La question du dénombrement des fonctions étatiques……421

§2- La faveur pour un véritable « pouvoir » judiciaire……...430

Section 2
L'indépendance des juges……...436

§1- Le mode de désignation des juges……437

§2- L'inamovibilité des juges, garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire……..444

Troisième partie
Le régime législatif des droits individuels.....449

Titre premier
Le libéralisme incontestable de la législation de la IIIe République……..457

Chapitre 1
Le régime juridique des libertés essentielles à la liberté politique……463

Section 1
Les limites aux droits individuels au nom de la sauvegarde de l'ordre public……466

§1- Les lois politiques, une exception apparente au principe d'égalité devant la loi……..467

§2- La Haute Cour et les attentats commis contre la sûreté de l'État,
une entorse apparente au principe d'égalité devant la justice……..474

Section 2
La garantie des libertés d'opinions……..486

§1- La réglementation de la liberté de la presse……..487

§2- La réglementation des libertés de réunion et d'association……...498

Chapitre deux
La liberté individuelle, élément justificatif d'une politique sociale……...505

Section 1
La faveur pour une politique laïque énergique…….506

§1- La justification du régime juridique appliqué aux congrégations religieuses……507

§2- La justification du régime juridique de la séparation des Églises et de l'État……...515

Section 2
La liberté du travail face au syndicat et à la grève……...523

§1- Le droit d'association professionnelle limité par
le respect de la liberté individuelle……524

§2- La licéité de la grève respectueuse de la liberté individuelle……..531

Titre deux
Le refus d'une consécration constitutionnelle des droits individuels……537

Chapitre premier
L'exigence d'un régime législatif des droits individuels……539

Section 1
L'inutilité d'une garantie constitutionnelle des droits individuels……..541

§1- La distinction entre déclaration et garantie des droits……...542

§2- L'insuffisance juridique d'une garantie constitutionnelle des droits……548

Section 2
Une Déclaration de 1789 dénuée de toute valeur juridique et constitutionnelle…….552

§1- Le caractère dogmatique de la Déclaration de 1789…….553

§2- La valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789 en débat ……..558

Chapitre deux
Le rejet d'un contrôle de la constitutionnalité des lois……..563

Section 1
Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité
rejeté au nom de la séparation des pouvoirs ……...564

§1- L'incompatibilité entre le contrôle juridictionnel
de la constitutionnalité des lois et la séparation des pouvoirs…….565

§2- L'originalité du contrôle juridictionnel de la
constitutionnalité des lois aux États-Unis……573

Section 2
Le contrôle de la loi repoussé au nom de la bonté du législateur……582

CONCLUSION……..587

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE……593

INDEX NOMINUM……619