

SOMMAIRE

PARTIE I : LE JURISTE ESMEIN : UN HISTORIEN DU DROIT, UNE METHODE ORIGINALE AU CROISEMENT DU CONSERVATISME ET DU LIBERALISME

Chapitre 1 : Les sources

I : Sa formation d'historien du droit

II : L'agrégé des Facultés de droit

Chapitre 2 : La méthode de l'historien du droit

I : Le recours aux sources

II : L'influence des courants anglais et l'Ecole allemande

PARTIE II : ESMEIN : UN JURISTE REPUBLICAIN

Chapitre 1 : Ses valeurs

I : L'individu

II : La société

Chapitre 2 : La prégnance du droit

I : Les champs historiques

II : La Révolution de 1789 : une réflexion pensée en des termes juridiques

Chapitre 3 : La place d'Esmein dans l'histoire du droit

I : Esmein et ses contemporains

II : Le régime républicain par le droit

III : La portée d'Esmein : l'histoire du droit et le droit constitutionnel éclairés par cette nouvelle approche

INTRODUCTION

Voici un bien vaste sujet que cette thèse ; certes, la thèse relève quelque peu de la gageure ! Mais, avec passion, cela mérite d'être traité. Le Doyen Vedel évoquait « *la dernière aventure individuelle de l'époque moderne.* »

Adhémar Esmein (1848/1913) a marqué toute une génération de juristes et de politologues. Il est cité régulièrement dans divers ouvrages, que ce soit en sciences politiques ou dans des manuels de droit pour des étudiants en licence. Pendant longtemps, l'historiographie considérait en bloc ce qu'il affirmait, mais, actuellement, ce que l'on peut dire à son égard, semble moins pâmé les auteurs ou les étudiants. Naturellement, l'évolution du contexte, des perceptions différentes des sciences humaines ou sociales, des objets de curiosité ou d'intérêts autrement questionnés, conduisent à relativiser les propos du maître. Selon le Professeur Pinon, l'historiographie juridique n'hésite pas à remettre en question les tables de marbre. Ses attaches rurales et charentaises l'ont sans doute amené à s'intéresser à la lente formation du droit, la coutume et la formidable créativité du droit dans les rapports humains ; des rapports humains faits de simplicité et d'observation de la nature, au plan empirique. Toutefois cela n'est pas neutre scientifiquement, car comme le fait remarquer le Professeur Pinon, il sert une idéologie républicaine, donc un certain subjectivisme a guidé ses choix. Ce subjectivisme n'est pas rejeté ou dénoncé en tant quel tel, car il est parfaitement humain de l'apprécier ainsi.

Il s'agit d'étudier un juriste assez éclectique. Sa formation parisienne l'a profondément marquée, tant dans le domaine juridique qu'historique, avec Taine à l'Ecole des Beaux-Arts. Il est universel et universaliste, c'est-à-dire que la méthode qu'il propose n'est pas à proprement parler nationale, dans un culte rigide et hiératiquement formalisé, mais représente une fenêtre sur une autre manière d'appréhender la réalité ; une réalité partagée entre les forces du progrès et celle du conservatisme, telles sont les deux forces qui doivent être maintenues dialectiquement dans toute société.

Il n'est pas aisé de s'interroger sur les sources, tant cela est vaste. Mais, avant de s'y consacrer, il conviendrait d'expliquer comment certains choix ont été privilégiés par rapport à d'autres. Les sources conduisent à la problématique. « *Car ce ne sont pas les*

sources qui définissent la problématique, mais la problématique qui définit les sources. »¹

Un long travail de dépouillement quotidien et régulier de documents soit écrit par l'auteur étudié, soit de la main d'autres universitaires permettent de resituer cela. Il a fallu consulter l'abondante bibliographie fournie par Les Actes du Colloque. Celle-ci est très riche et abondante. Ce fut le point de départ de cette thèse. De nombreux articles, certains sont très courts, d'autres couvrent bon nombre de pages jaunies par le temps. Certains documents sont des manuels de droit constitutionnel, de droit pénal, d'histoire du droit, dont ils existent plusieurs rééditions. Cet universitaire se tenait au courant de la vie en général, des idées politiques qu'il a pu déceler dans des pièces de théâtre, des revues politiques variées, des documents à caractère politique, tels que les débats politiques de l'Ancienne France, ou lors de la Révolution, des discussions passionnantes à la Constituante. C'est toute cette effervescence qui a semblé guider les premiers pas lors du dépouillement. Il a fallu noter et scruter avec une grande précision ce qui semblait guider cet auteur passionnant et extrêmement complexe. Il abonde en notes de bas de page, ainsi qu'en informations factuelles. Elles sont abondantes, parfois surabondantes, dans le bon sens du terme, mais jamais pesantes, tant le style d'écriture est classique et agréable à lire.

Cela concerne les sources directes, c'est-à-dire ce que l'auteur a pu examiner de divers sujets juridiques ; ces sujets ont été élevés vers des sphères intellectuelles qui paraissent lumineuses pour comprendre l'homme, mais elles ne sont pas éthérées. Ce qui a semblé prioritaire, ce sont surtout les documents de l'Antiquité romaine, du Moyen Age, du droit canon, et de l'Ancien Régime afin de montrer comment la France s'inscrivait dans ce droit fil historique. Tout ne peut pas être considéré. Par tout, cela signifie que la vision reste fragmentaire. Mais fragmentaire signifie qu'à partir de segments de pensée, il est possible d'extrapoler et de trouver une certaine logique chez ce maître. Ce sont des sources internes, c'est-à-dire ses écrits propres. Il semble pris par une sorte de dialectique, difficilement saisissable et nécessitant de longues années d'études et de réflexions personnelles. Une constatation s'impose : il paraît y avoir davantage de rééditions en matière de droit public et d'histoire du droit que dans la matière privatiste. Bref, la plupart de ces documents anciens sont aisément consultables dans les dépôts des bibliothèques universitaires françaises, tant dans les facultés de Droit et les Instituts de Sciences Politiques, que les facultés de Lettres. Grâce à l'Internet, la consultation d'ouvrages plus généraux ou même d'articles a été rendu plus simple. Le

¹ L'atelier de l'histoire, François Furet, 1989, Champs Flammarion, 2007, Malesherbes, p.61

site Gallica de la Bibliothèque Nationale de France est une précieuse mine d'informations. Il conviendrait également de citer le site de la Bibliothèque du Congrès Américain, *The Library of Congress*. On peut noter aussi le site « Worldcat » qui, permet de consulter certaines références de l'auteur. De manière générale, un constat simple s'impose de lui-même. Les documents sur Internet comportent moins d'informations sur Esmein que ceux sur support papier.

En ce qui concerne certaines sources dites externes, c'est-à-dire les documents traitant d'Esmein, il faut noter qu'elles sont très nombreuses. Trop abondantes, sont ces informations. Il est repris par bon nombre d'auteurs. Des historiens, des professeurs de droit ou de sciences politiques reconnaissent encore une dette vis-à-vis de lui, bien qu'aujourd'hui ces catégories intellectuelles, bref son paradigme soit remis en question. Des ouvrages majeurs, tels que ceux du Professeur Rosanvallon, Claude Nicolet, le Professeur Machelon, ainsi que des thèses récentes de droit public permettent d'éclairer ces choix. La thèse du Professeur Sacriste est importante. Ces différents ouvrages émaillent son parcours, ses réseaux, la manière dont il occupe effectivement la scène sociale. Il s'insère dans des relais de pouvoir, nettement marqués par des choix politiques et donc de société et d'attitudes mentales individuelles. La thèse d'Antoine Chopplet permet aussi de comprendre certaines idées politiques du maître.

Les documents dépouillés aux Archives Nationales, sur le site de Pierrefitte-sur-Seine qui, a récupéré certaines archives de l'ancien emplacement parisien, permettent de comprendre certains aspects de la biographie de cet universitaire. Ils sont d'une aide précieuse ; ils renseignent et fournissent les coordonnées « d'historicité ». Ce sont essentiellement des sources officielles et privées. En ce qui concerne les premières, il s'agit principalement de documents de l'Administration ; le Ministère de l'Instruction Publique et des Beaux-Arts, ainsi que de l'Académie de Douai et de Paris. Ces documents donnent une impression extrêmement favorable de cet universitaire. Ce sont des jugements concernant son attitude sociale, tant dans ses rapports privés que publics. De plus, la correspondance privée entre Esmein et ses supérieurs hiérarchiques, tels que le Doyen ou le Ministre de l'Instruction Publique et des Beaux-Arts, démontre la conscience et l'éthique de ses choix. Malgré des problèmes de santé, il continue de professer. Ce sont des grilles d'appréciation, ainsi que des fiches administratives qui renseignent sur son caractère, ses mœurs, ses opinions politiques. La faculté de droit de Paris, comme la magnifiquement démontré le Professeur Sacriste est volontiers républicaine, ayant des sympathies pour la franc-maçonnerie, voire une tendance culturellement plus protestante que catholique, tandis que la province reste imprégnée de

culture un peu plus catholique et conservatrice. Cela se manifeste aussi dans la fréquentation de ces établissements par les élèves. Leur composition sociologique n'est pas vraiment la même entre la capitale et la province. Le poids de l'Université est sans doute plus important à Paris, tandis qu'en province, l'aspect intellectuel et scientifique prime moins. Ce serait davantage des écoles de praticiens. S'agissant de cette tradition catholique, il conviendrait de l'apprécier ainsi : C'est sans doute la vieille tradition française gallicane qui se retrouve ici. La défiance à l'égard du pape et des Etats de l'Eglise, bien que le pape n'ait plus vraiment de souveraineté sur quoi que ce soit de matériel, jusqu'à ce que Mussolini en 1929, par les Accords du Latran, règle cette situation. Toutefois cette situation était plus italienne que française, car il s'agissait exclusivement de politique dans le régime fasciste. Ce qui trouble, c'est le fait que le cléricalisme soit érigé en tant que système politique de pensée, avec ses dogmes et ses attitudes mentales. Il est certain que certaines catégories de population, telles que les anarchistes, les congréganistes, aient été mis hors d'un certain état du droit, dans un régime d'exception. Est-ce que cela est attentatoire aux libertés publiques et privées fondamentales ? D'un certain côté, l'affirmative peut être énoncée, mais, eu égard un climat politique différent du nôtre, il ne faut guère porter de jugements de valeur par trop hâtifs, et donc pernicieux et absurdes. A partir du moment où aucune situation ne peut être comparée à une autre, serait-ce un certain nihilisme ? Non, car cela reste toujours un système de valeur, mais l'attitude qui doit guider les réflexions est certainement la prudence et la modération dans les propos.

Il existe donc un ensemble documentaire extrêmement riche et varié. Certains choix ont été effectués. Il paraissait nettement plus pertinent de retenir les informations directes, c'est-à-dire de scruter attentivement ce que l'auteur a dit lui-même à propos de ces sujets en histoire du droit sous le regard des idées politiques. Tout en dépouillant ces documents dits directs, un croisement a été effectué avec les essais ou les recherches historiographiques afin de situer sa pensée et de s'inspirer quelque peu de leurs axes de recherche. Ce sont des termes variés, mais qui conservent une seule et même colonne vertébrale, avec la protection des droits et des libertés. La plupart des ouvrages écrits par le maître, comme Les Eléments de droit constitutionnel français et de droit comparé, éclaire sa démarche intellectuelle. Ce catéchisme quelque peu dogmatique dans la formulation des formes types du régime parlementaire et présidentiel a su être rattaché au vieux chêne du passé, la matrice même, l'histoire. A cela il faut rajouter les manuels d'histoire du droit et les richissimes articles, dont certains sont peu diserts, mais intéressants, afin de compléter les informations sur l'idée républicaine.

L'historiographie juridique ou pour reprendre l'expression du Colloque de 2005, avec le Professeur Poumarède, Histoire de l'histoire du droit, a connu une évolution importante. Le Professeur Pinon note à juste titre que du catéchisme dogmatique, avec ses catégories de pensée, une certaine critique s'est installée. Certes, le recul du temps permet de faire cela. Voilà bientôt un siècle qu'Esmein sera dans le Panthéon des juristes, mais la doctrine actuelle lui reste tout de même redevable. La matière documentaire traitant de cet universitaire est détaillée, riche, parfois hagiographique dans certaines revues historiques, manquant peut-être d'impartialité, tant la mémoire était vive et la fascination grande. Les plus grands juristes comme Hauriou, Duguit, Deslandres, ne manquèrent pas d'éloges à son égard. Fin lettré, historien renommé qui a réussi à croiser l'histoire et le droit, passeur entre le libéralisme et le conservatisme. Son libéralisme est dans la vision de l'Université, la fonction sociale qu'elle occupe. Cela se retrouve sous la plume de Despagnet, notamment dans La Revue Internationale de l'Enseignement Supérieur. C'est en puisant dans l'histoire que l'Université se ressource pour apparaître comme une pure fonction sociale, non pas en tant que fidèle gardienne d'un temple ésotérique, mais comme conquérante de la République. Il est volontiers qualifié de républicain, de légiste comme au temps du roi Philippe le Bel, partisan d'un système centralisateur, avec un Etat fort sur un plan politique. Un Etat fort ne rime pas avec l'absolutisme de l'ancienne monarchie. Par cette réalité, il s'agit davantage de système juridique unifié autour des Codes. Ces Codes qui semblent apporter de la clarté juridique, mais démontrent aussi une autre dimension ; l'unité nationale consacrée par le mouvement de l'histoire. C'est un trait qui concerne aussi la prise de décision politique. La décision est prise en un seul lieu.

Actuellement, en ce qui concerne les problèmes de nos sociétés occidentales ; cette carence de la démocratie dans ses structures ; il convient de s'appuyer sur les travaux du Professeur Rosanvallon. Insistant sur le désenchantement des sociétés occidentales, le Professeur Rosanvallon considère qu'Esmein a tracé le sillon de la liberté, en matière de procédure pénale ou dans le phénomène du vote majoritaire avec la règle fameuse : *Decem Faciunt Populum*.

Le respect de l'Etat et des formes légales que ce dernier prescrit, bien qu'insuffisantes, mérite tout de même une étude. Le paradigme français, si bien analysé et conceptualisé par l'ensemble des sciences sociales et humaines, considère l'Etat comme une entité ou partenaire indispensable dans les transactions des différents groupes sociaux. L'Etat n'est pas perçu comme un éducateur moral, un peu comme en Allemagne. Il joue le rôle de distributeur, au sens quantitatif, de services publics, de

missions d'intérêt général. C'est lui qui fixe la frontière entre les intérêts privés et publics ; ce n'est pas vraiment une frontière, mais une sorte de lieu entouré d'un épais brouillard. L'excellente analyse du Professeur Latour mérite d'être relevée : « *En France s'était créée une association merveilleuse entre la confiance dans la science, l'esprit républicain et l'idée de modernisation.* »² Pour reprendre quelque peu le Professeur Bouretz, dans République et l'Universel, il ne s'agit pas de contempler de façon morbide, « le passé qui, lui, ne passe pas. » A tout jamais, les formes du passé ne doivent pas freiner le progrès ; il faut, essayer d'aller vers de nouvelles utopies, donc accompagner les nouvelles formes, tout en se défiant des esprits de système, réduisant les hommes à du néant d'être, c'est-à-dire des abstractions, donc des esprits de système, déshumanisés.

La science et ses différentes ruptures épistémologiques ; opérées surtout au cours des XVI^e, XVII^e, XVIII^e et XIX^e siècles. L'esprit républicain qu'il ne faut pas forcément assimiler au sentiment démocratique. Esprit républicain renvoie davantage à une construction intellectuelle et rationnelle, tandis que sentiment démocratique semble plus empirique, revêt un caractère quelque peu indéfini. Quant à la modernisation, il s'agit de la transformation de la société vers une nouvelle étape, de nouveaux projets, peut-être même d'utopie, car pour reprendre le Professeur Latour, l'apocalypse « *signifie la certitude que le futur a changé de forme, et qu'on peut faire quelque chose.* »³

La méthode de cet universitaire paraît intéressante et quelque peu originale dans les Facultés de droit. Serait-elle vraiment originale ? Elle est mise en relief car elle ne s'inscrit pas véritablement dans le sillon de l'étude du Code Napoléon. Il convient de se pencher sur la place qu'il occupe avec les autres juristes. Cela pourrait être résumé ainsi : le droit, certes, mais au-delà du droit, c'est-à-dire, par le biais de l'histoire des institutions et des idées politiques, venues renouveler les études juridiques. L'Ecole de l'Exégèse, avec sa méthode littérale, tels Demolombe et Bugnet, affirmant en matière civile ne connaître que le Code Napoléon. En ce domaine, où seul le juridique l'emporte au détriment du judiciaire, des « Figures de Proue », pour reprendre l'expression de René Grousset vont provoquer un état de rupture et démontrer que pour y faire de la science, il faut se plonger dans le passé.⁴ En ouvrant le droit sur d'autres phénomènes

² Le Monde, Dimanche 22 et Lundi 23 septembre 2013, décryptages, Regards sur La France : « L'apocalypse est notre chance », p.15, Professeur Latour

³ Ibid. p.15

⁴ Le Professeur Dagron note ceci : « Ce n'est pas le moindre mérite de Byzance d'avoir su distinguer le juridique du judiciaire. Un juriste glose les textes fondateurs du droit ; un juge a pour mission non de les

possibles, il s'agit aussi d'accompagner un vaste mouvement de transformation de la société. C'est l'acceptation de la société et de l'ensemble de ses phénomènes, pris en tant que tel. Est-ce que la société française y était confrontée pour la première fois ? Dans l'histoire des idées politiques, c'est davantage la conception cyclique du temps qui l'emporte, d'un certain point de vue. Mystique ou réaliste ? Il convient de s'en tenir d'un point de vue réaliste. C'est fatalement dans la logique des choses, que le même discours revienne et trouve de lointains échos dans l'histoire. L'un des points principaux semble être la fascination pour la Grande-Bretagne, spécialement l'Angleterre. C'est un régime politique et social dans lequel l'individu jouit d'une grande liberté, au sens empirique. L'homme participe par l'histoire, mais c'est avant tout l'œuvre jurisprudentielle qui le permet, à l'élaboration de la loi. Par conséquent, aucun soubresaut révolutionnaire n'est possible ; pas de conception abstraite et dogmatique de l'individu.

La matière qui représente la clef de voûte est le droit constitutionnel ; autour de lui, gravitent la plupart des disciplines juridiques et politiques. Il convient de citer le droit privé et le droit public. Le Professeur Boudon note avec pertinence l'étymologie de dogmatique. En effet, Esmein cherche à concilier les deux matières. « *Pour comprendre sa position, il convient de recourir à l'étymologie. Le débat se focalise sur le substantif « dogmatisme » et l'adjectif « dogmatique ».* On sait que l'origine de ces termes est théologique et chrétienne : le dogme s'entend de la vérité révélée. Puis dogmatisme devient synonyme d'abstraction et de certitude.»⁵ Il est notable que ces deux attitudes de l'esprit, la certitude et l'abstraction d'un côté, et de l'autre l'histoire et l'induction s'entrecroisent continuellement dans toutes les démarches intellectuelles. Ce sont deux modes opératoires. Le premier construit et fortifie, tandis que la seconde semble descendre dans les cavernes profondes et sombres pour détruire ; cette destruction s'accompagne d'un renouveau, donc il s'agit d'une critique constructive, nécessaire pour la progression des sociétés. L'attitude dogmatique est collective et semble laisser peu de marge de manœuvre à l'individu. La seconde est le résultat de l'individualisme ; cet individualisme qui doit bâtir à son tour une nouvelle société. Toutefois, il doit s'agir d'un individualisme, raisonnable, dit « intelligent », c'est-à-dire qu'il ne doit pas à son tour créer des coterie fermées les unes aux autres dans le reste de la société. A l'individualisme, certains auteurs reprochent le goût immodéré des passions égoïstes, de

appliquer brutalement, mais de s'en inspirer pour régler un cas individuel. » Cela est extrait de la revue *L'Histoire*, Les mystères de Byzance, Professeur Dagon, p.39, Numéro 319, avril 2007

⁵ *Le renouveau de la doctrine française*, Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle, études réunies par les Professeurs Hakim et Melleray, Dalloz, 2009, La méthode juridique selon Adhémar Esmein, Professeur Boudon, p.263

l'argent, de cette vie de jouissance. Le jugement porté est moral ; dans le cadre républicain, il semble opposé à toute démarche de progrès. En effet, c'est l'oubli qui paraît condamner toute démarche intellectuelle. C'est certainement un régime qui demande plus de réflexion que les autres. Ce n'est pas la figure de l'homme exalté, campant en armes dans la nuit politique pour aboutir à la lumière juridique. Au contraire, l'attitude est qualifiée de prudente et modérée. C'est l'attachement à une certaine forme, qualifiée par Marx de « bourgeoise ». L'observation faite par Marx, ne semble pas dénuée de bon sens. Le droit représente et devient un mode de résolution des conflits. Il n'est pas qu'un simple discours technique et pragmatique ; accompagnant le mouvement social, il le canalise dans des formes juridiques précises, celles de la propriété, de la liberté des personnes et des biens. C'est le droit qui inonde dès lors tout le régime politique. Il ne s'agit pas du régime politique pris dans une totalité, au sens jacobin, ni d'un régime totalement économique, selon un libéralisme dévoyé. Non, chaque sphère, qu'elle soit politique, économique, ou juridique n'est pas totale. C'est l'équilibre entre le social et le politique qui doit être trouvé, à condition que le débat de fond ait permis de réunir un maximum d'individus autour de ports d'attache symboliques. Dès lors, c'est le droit qui régule le reste de la société, mais aussi le régime politique, car le pouvoir devient intrinsèquement rationnel selon Max Weber. Si le pouvoir est dans ce cas de figure, ne deviendrait-il pas lui-même juridique. Il s'agit notamment de cette cristallisation autour de l'interdiction constitutionnelle de révision ou de modification du régime républicain.

D'autres matières gravitent autour de la constellation du droit constitutionnel et de l'histoire du droit. Certes, elles parviennent à se renouveler. Mais, plus généralement avant de les aborder, il s'agit de toute la société ; le mouvement et les forces de la conservation doivent être subsumés par l'idéal de la République. Le droit privé, de manière générale, occupe une place importante ; tant le droit civil que le droit pénal. Les procédures dans ces deux domaines revêtent aussi un intérêt majeur. Il semble que la tradition soit extrêmement présente dans ces disciplines privatistes. Elles reflètent à leur manière la vie coutumière des peuples. Le judiciaire est aussi garant de la propriété et de la liberté individuelle. L'héritage de la Révolution de 1789 se retrouve aussi dans cette dualité juridictionnelle. Il en est presque comme une clef de voûte. La vie des peuples est sans doute palpable dans cette matière privatiste ; la prégnance y est nettement plus remarquable qu'en droit public. En inscrivant le droit public dans ce grand projet républicain, c'est tout le droit qui se retrouve entraîné dans le cercle de la démocratie. Pour reprendre Guizot, la démocratie une fois commencée, plus aucun mur ne semble

l'arrêter. Car, elle est une force sociale au service de la liberté. La liberté se retrouve dans les formes du passé que les historiens, mais aussi les juristes conservent et transmettent. Le juriste, sous quelque forme qu'il soit, est aussi un historien.

S'agissant de la procédure, une importance manifeste lui est accordée. Elle représente un ensemble de formes, à caractère symbolique, qui doivent être observées, non par pure convenance ou pour « faire de l'art pour l'art », au sens du Parnasse, mais pour inscrire l'homme dans la continuité historique. Il est homme, car il accepte l'histoire. L'histoire est liée au droit, en ce que la procédure repose sur des postulats philosophiques de l'École du droit de la nature et des gens, moderne. L'homme a donc le choix de sa vie. Agissant librement, en raison, par la reconnaissance de principes supérieurs, le guidant et maintenant la société. C'est l'un des points majeurs de ce XIX^e siècle, notamment lorsque ces juristes évoquent le renouveau des études juridiques, c'est-à-dire la pleine existence de la société, en tant que réalité incontournable. En effet, elle met en scène des acteurs sociaux, revêtant leur masque, au sens gréco-romain du théâtre antique, agissant en tant que conscience historique.

Au travers du droit privé, on peut déceler la place de la coutume et de la jurisprudence, pour reprendre quelque peu le titre d'un article d'Esmein. La coutume se rattache aux éléments du passé, mais ne doit pas faire partie de la complétude du système juridique d'Esmein, en tant que principe plein et entier, au niveau législatif. Il fait preuve, de manière indirecte d'anthropologie juridique. Pour reprendre quelque peu un article de Glasson⁶, il s'agit de comprendre les anciennes institutions du Nouveau Monde pour se rendre compte aussi, par un effet de retour, que l'Occident aussi, dans ses vieux mythes, porte en lui des traces de pluralisme juridique. Il ne semble pas d'ailleurs faire montre d'attitude hautement péremptoire à cet égard. Le point d'équilibre est trouvé entre le principe d'unité, la loi et le Code Civil, la réalisation pleine et effective lors de la Révolution de 1789 ; quant à l'autre, celui du multiple, ce dernier semble naturel et sociologique, presque historique. Il semblerait même que ce soit le regard porté sur ce dernier, tant par son épaisseur que par sa méthode qui illustre toute la démarche. Par un effet de conséquence, la méthode utilisée pour le multiple rejaillit dès lors sur celle de l'unité et vient le vivifier, comme la jurisprudence donne de la vie à la loi du Code Civil. C'est le rapprochement entre deux méthodes, la dogmatique pour l'unité, et l'historique pour le multiple. Ce qui signifie que la société a le dernier mot et que l'Etat et la Nation ne sont plus que des objets désacralisés ; désacralisés, ce pluriel

⁶ Les institutions primitives au Brésil, *Mélanges d'histoire du droit, institutions primitives et droit comparé*, pp.5-28, Paris, Alphonse Picard, 1889

s'entend d'une certaine manière, en ce que le régime républicain en France, mais ce peut être la démocratie à l'américaine ou la monarchie anglaise, dite parlementaire, ne sont plus que des substances, héritées de l'histoire, mais au service de la liberté individuelle. C'est la démocratie qui se trouve dès lors au cœur même de ce projet, et donc renouvelée, légitimée par la fonction historique du droit. Ce n'est pas l'histoire dogmatique, mais l'attitude prudentielle.

Cette recherche mérite certaines explications quant à son déroulement. Le premier ouvrage est Les Actes du colloque de 2007, dans lequel de bons articles de droit public et de méthodologie en histoire du droit abondent, ainsi qu'une bibliographie minutieusement détaillée. La plupart de ces documents furent dépouillés, tant en ce qui concerne les manuels que les articles. Des documents traitant d'histoire ancienne, la juive, la grecque et la romaine ont donc été dépouillés. Parallèlement à ces recherches, des lectures des ouvrages de Claude Nicolet, accompagnées de la thèse du Professeur Machelon. Divers ouvrages, tant d'histoire que de réflexion politique, émaillent aussi le parcours de la préparation de cette thèse. Il a été convenu de traiter essentiellement de la méthode d'Esmein en tant qu'historien du droit, ayant marqué une génération de juristes, mais plus généralement de chercheurs en sciences sociales, puisque son domaine ne se limite pas exclusivement à l'aspect juridique des choses. Il semble même que les dépouillements ont été davantage marqués par des éléments publicistes que privatistes. Certains aspects techniques de droit privé ont certes été considérés, mais ne représentent pas les matériaux nécessaires à la réalisation de certains travaux. Cela est sans doute une conséquence du travail initial ; la tonalité ayant été plutôt marquée par des recherches sur l'idée de République, en tant que régime politique et social, moins dans ses réalisations et aspects techniques que politiques.

Il entend agir de manière scientifique, sans être pour autant linéaire. Il a été convenu de chercher et de s'interroger sur ses origines sociales, familiales, et d'étudier les rapports qu'il a pu entretenir avec les réseaux de pouvoir. C'est une individualité discrète, mais efficace. Cela se retrouve dans le plan de cette thèse. Ensuite, il a paru intéressant de circonscrire sa pensée aux temps anciens, c'est-à-dire l'Antiquité, le Moyen Age et la période allant jusqu'à 1789. Pour ce qui est un peu plus contemporain, il a fallu examiner davantage sa méthode et le rapport de fascination à l'encontre de l'Angleterre. Cela se retrouve aussi dans le choix des sources de sa pensée. Il convient de noter qu'il est étatiste et légaliste, mais teinté de jusnaturalisme. Mais, ce jusnaturalisme n'est pas classique. C'est celui de l'ère dite Moderne, c'est-à-dire opérant comme mode de réflexion philosophique, en inscrivant l'homme dans le cadre de la

Cité. Bien que Rousseau ne soit pas son maître philosophique, il n'en demeure pas moins qu'il reste redevable à son égard. La matière constitutionnelle a été examinée à l'aune de la méthode nouvelle proposée par l'histoire du droit. Mais il n'y a pas que cette matière qui le soit. Le XIX^{ème} siècle a démarré dans l'abstraction, or, il a paru intéressant de privilégier dans le dépouillement des sources la vie des peuples, la Nation, la coutume et la jurisprudence dégagées par la vie spontanée des peuples et l'activité intelligente du Palais, c'est-à-dire la rencontre entre le juge et l'avocat. C'est rehausser le rôle du Palais, à l'anglaise, sans toutefois plaquer mécaniquement, comme l'aurait dit Paul Ricœur un modèle sur un autre. C'est cette partie qui se retrouve aussi dans le plan, c'est-à-dire le discours du droit et sur le droit. Cela semble accompagner la réforme méthodologique. Donc le rôle du Palais se trouve quelque peu rehaussée, comme celui de l'Université. Il s'agit d'éviter les errements du XVIII^o siècle, c'est-à-dire que les Facultés de droit ne répondaient plus du tout aux besoins de la société et à ses nécessités. La Révolution s'est faite en-dehors de leur cadre, à tort, sans doute. Au contraire, les républicains des générations successives inscrivent le projet d'un régime apaisé, avec ses catégories juridiques construites, au service de la société, mais aussi de l'individu. L'individu, pas l'individualisme.

Il paraît aussi intéressant de comparer Esmein avec d'autres auteurs tels que Glasson, Viollet et Fournier, car tous trois appartiennent dans leur cheminement à cette méthode de pensée, si empirique. La convergence s'effectue autour des institutions et des mœurs anglaises. Comment parvenir à faire participer effectivement l'individu à la loi ? Par le truchement de la Nation. Dès lors, la Nation n'est plus une figure lointaine et abstraite, mais représente un mode opératoire du fonctionnement de la démocratie. Toutefois des différences notables ont pu être notées. Cela concerne notamment leur rapport à l'égard de la religion. Esmein, est de culture chrétienne, mais aborde les problèmes en laïc. Il n'en demeure pas moins que les trois auteurs cités ont aussi des opinions et un cheminement intellectuel similaire. Ce qui est notable chez Glasson, c'est son attitude juridique à l'égard de la métaphysique. Il la traite en juriste, c'est-à-dire en y apportant la modernité, avec l'autonomie de la volonté, mais inspiré par un ordre de valeurs qui semble se raccrocher tout de même à la société et à la nouvelle politique. Ce qui signifie que l'explication donnée par ces principes juridiques donne une image de rationalité et de justification éminemment scientifique pour la société. Les formes changent, mais le fond demeure.

Dès lors deux parties se sont dégagées. La première couvre essentiellement sa formation, ses sources intellectuelles, sa méthode historique et empirique. Ce sont les

penseurs qui ont influencé le maître parisien, tels que Montesquieu, Tocqueville, certains penseurs libéraux. De plus la démonstration sur lui de l'influence anglaise est notable.

La seconde essaye de démontrer certains champs de recherche, notamment l'idée d'individu, de société, de nation, la réflexion sur le droit. La comparaison avec ses autres collègues.

Il convient de s'interroger sur le rôle et place d'un tel penseur, tout au long de sa carrière universitaire. La méthode, le droit, l'influence anglaise ; l'anthropologie juridique, au sens où la diversité existe aussi dans les systèmes juridiques occidentaux, tout en gardant à l'esprit que ce qui prime c'est davantage la notion d'unité réalisée dans le Code et au travers de la Nation ; la Nation, dépositaire de la tradition historique, donc c'est le moyen pour le peuple de participer effectivement à l'exercice du pouvoir.

Il va s'agir de s'intéresser ici, à des éléments biographiques qui, permettront de mieux cerner la pensée d'Adhémar Esmein. Sa formation universitaire, avec ses maîtres et sa carrière d'enseignant sera traitée avec intérêt.

La vie d'Esmein

Jean-Paul-Hyppolite-Emmanuel dit Adhémar Esmein naquit le 1^{er} février 1848 à Touvérac en Charente et mourut le 20 juillet 1913 à Paris.⁷ Il s'agit d'étudier Esmein et son enracinement charentais. Une étude familiale et l'analyse de l'individu par le rôle social qu'il joue seront analysées. Il faudra examiner sa vie professionnelle et universitaire.

§ 1 : Une famille protestante

Deux aspects méritent d'être relevés. Ils affinent la personnalité de notre penseur. Esmein aurait des origines britanniques, du moins, c'est ce que lui racontent ses sœurs durant son enfance.⁸ Au cours des développements suivants, une compréhension plus fine permettra de mesurer l'influence de l'empirisme anglais sur sa formation intellectuelle. Il est, tout au long de sa vie, fasciné par le peuple et les institutions britanniques.

⁷ Ce pseudonyme lui fut attribué, en raison d'un ancêtre mythique, Ademar Emeno, journalier au service des moines l'abbaye de Baignes, cité au XIII^e siècle. Cette référence peut être retrouvée dans *Le Bulletin de la société archéologique, historique et littéraire de Barbezieux et du Sud Charente*. Patrick Hureau : Esmein : chevoscheurs du roy. N°1, tome XXXIII, 1990, p.75. Le Professeur Bouineau le cite en note de bas de page, à la page 15 de sa notice biographique, extraite d'Hommage à Adhémar Esmein, L'Harmattan, Méditerranée, 2000

⁸ Levent Antoine, Les attaches charentaises et familiales d'Adhémar Esmein (1848-1913) Professeur de droit, Membre de l'Institut, 2009, Volume 165, page 98, C.N.R.S, Extrait des *Bulletins et mémoires... Société Archéologique et historique de la Charente*. Certes, cela n'est guère authentique. Ce serait davantage une influence symbolique. Il faudrait s'intéresser au peuplement de la France et examiner ce que les Britanniques auraient laissés comme marque.

Les Esmein furent protestants jusqu'à la Révocation de l'Edit de Nantes, par Louis XIV, en 1685, par l'édit de Fontainebleau. Cela leur permit de garder leur office de notaire.⁹

Les Esmein sont de riches propriétaires fonciers, ruraux, naturellement. Ils sont Charentais de longue date. Le jeune Esmein, aimait se qualifier ainsi poétiquement :

« A la Saintonge, à l'Angoumois,
Au coin de terre un peu sauvage,
Ou je naquis en sol gaulois,
Enfant de la lande et des bois,
J'offre cet humble et tendre hommage »¹⁰

Ces individus constituent une solide famille, bien implantée, assise confortablement.¹¹

Par opposition au catholicisme d'Etat, le protestantisme a constitué l'un des premiers contre-pouvoirs de la France Moderne. Sa contestation s'est ensuite rangée. Nous pourrions dire en quelque sorte que cet appareil idéologique, ce système d'idées s'est institutionnalisée. Qu'entendons-nous par système idéologique ? « *Il prétend exprimer une attitude mentale, une certaine présence au monde et une explication du monde, un comportement qu'auront ou que devront avoir en commun ceux qui se réclament de lui.* »¹² Ces différentes manifestations sensibles se cristalliseraient autour de la figure républicaine de ce Professeur. Il ne s'agit pas ici de traiter du régime républicain. En effet, cela fait déjà l'objet de deux thèses.¹³ Ce qui semble caractériser au mieux le grand maître serait le désintéressement scientifique et la quête de vérité. Son milieu familial semblait bien l'y préparer. Le protestantisme, par sa lecture individuelle des Saintes Ecritures a permis d'aller plus loin que le catholicisme dans ce trait de caractère.¹⁴

⁹ Levent Antoine, p.98. Au moment de la naissance d'Esmein, ils sont catholiques. Il est certain que le lointain protestantisme des Esmein inonde encore leur sève. Le projet républicain d'Esmein se retrouve dans la raison de l'histoire du droit.

¹⁰ Professeur Colliard, Portrait d'Adhémar Esmein, p.8, extrait des Actes du colloque. Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, 26 janvier 2007, Université de Cergy-Pontoise,

¹¹ Levent Antoine, op cit, p.98

¹² Nicolet Claude, L'idée républicaine en France (1789-1924), Tel Gallimard, 1995, p.11

¹³ Antoine Chopplet, sous la direction du Professeur Boudon, Caen, Adhémar Esmein : Le constitutionnalisme libéral dans la seconde moitié du XIX siècle. S'agissant de la cristallisation évoquée dans la thèse, il faudrait se servir de la thèse du Professeur Sacriste. Ce dernier montre le recrutement des enseignants ; recrutement basé sur des options idéologiques républicaines.

¹⁴ Esmein a-t-il reçu une éducation protestante ? Cette question est difficile à cerner, tant par l'abondance des sources que par le fait qu'Esmein ne livre sa pensée qu'en filigrane. Il ne propose aucun système de pensée clair et explicite et sa méthode historique n'est guère si évidente à cerner au premier abord. Il est d'éducation catholique.

Esmein lui-même, constate que certains sentiments doivent guider l'action des hommes et de surcroît des chercheurs. Il a foi en l'humanité. Il n'est point du tout misanthrope. Comme le démontre le Professeur de Saint Victor, une différence fondamentale existe entre le protestantisme puritain et l'humanisme dévot. L'auteur étudié n'est pas un humaniste dévot, mais il ne semble pas fataliste, dans le sens où il faut tout abandonner aux purs mécanismes de marché. Cela sera examiné. « *Cet idéal civique, qui puise d'abord, comme l'avait rappelé Max Weber, dans cette vieille morale catholique, refusant le fatalisme puritain qui conduit les hommes à laisser faire les passions.* »¹⁵

Cet homme croit aux vertus nécessaires pouvant fortifier l'individu et nécessaires au maintien d'un équilibre et d'un bien-être social « *Car par naïveté j'entends cette tendance native des âmes jeunes à croire en tout ce qui est bon, en tout ce qui est juste, en tout ce qui est beau, à se passionner pour les idées pures. (...) Cela est bien, cela est noble, mais cela n'est pas assez. Il faut vous passionner pour les idées, même pour les idées abstraites, c'est la condition même du progrès et de la liberté.* »¹⁶

Il serait tout aussi intéressant, voire pertinent de s'enquérir des fonctions politiques exercées par certains membres mâles de sa famille. Il est important de mettre en relief que, cette famille est très engagée dans la vie politique locale et a un sens manifeste du devoir. La famille d'Adhémar Esmein était dynamique et engagée. L'illustre maître prend comme exemple son « *père qui fut sous le règne de Louis-Philippe et sous la Seconde République, représentant au Conseil général de la Charente.* »¹⁷

« *Ceux qui ne l'ont connu que par ses livres ne savent pas quelle fût l'étendue des ressources dont étaient doués son esprit avec son cœur. Il avait pu satisfaire à tous les devoirs en même temps que suffire à toutes les tâches.* »¹⁸ Esmein fut un grand écrivain. Sa prolixité fit sa fortune non point par elle-même, mais par la qualité et l'épaisseur de sa pensée. Il n'est pas aisé de traiter de cet illustre maître. Sa pensée est souvent inscrite en filigrane. Profondément et avec dévouement, il s'est donné à la carrière universitaire. Tel était son point d'honneur. « *L'un des travailleurs les plus puissants et les féconds dans l'étude de l'histoire du droit.* »¹⁹ Il ne faut pas perdre de vue qu'Esmein est un historien du droit qui a été formé et qui s'est formé intellectuellement

¹⁵ Les racines de la liberté, Le débat français oublié, 1689-1789, Professeur de Saint Victor, p.297

¹⁶ Levent Antoine, op cit, p.110

¹⁷ D. Touzaud, op cit, p.2

¹⁸ D. Touzaud, Ibid, p.1

¹⁹ D. Touzaud, Ibid, p.1

avant la réforme de l'agrégation de 1896. Cela n'est pas sans incidence sur sa carrière universitaire.²⁰

Esmein, le chercheur, est avant tout un homme d'éthique, de par sa fonction intellectuelle, mais aussi, en tant qu'homme d'action, certaines valeurs prennent sens dans le discours social qu'il tient au Forum. Dans Le Savant et le Politique de Weber, Raymond Aron note dans la préface : « *La science historique ou la « science de culture », telle que la concevait Max Weber, était la compréhension de la manière dont les hommes avaient vécu, du sens qu'ils avaient donnée à leur existence, de la hiérarchie qu'ils avaient établie entre les valeurs, cependant que l'histoire politique est l'effort, dans des circonstances que nous n'avons pas choisies, pour promouvoir ces valeurs, constitutives de notre communauté et de notre être même.* »²¹ Ce qui compte, c'est l'effort intellectuel et moral laissé par l'auteur Charentais. « *L'habitude du sérieux moral. Je n'entends point par-là la gravité, qui ne sied pas à des fronts de quinze ou de dix-huit ans, et même à tout âge le Français en porte malaisément le poids ; je veux désigner par ce terme cette habitude de l'esprit qui dégage la conscience du devoir et inspire le respect des autorités légitimes. Vous en avez besoin plus que jamais, car c'est encore une condition essentielle de la liberté, et aujourd'hui la liberté est partout.* »²²

L'engagement de chaque être, pourrait-on dire une quête de recherche, semble guider le fameux maître. Il a le sens, mieux, il ressent au plus profond de lui-même ce qui doit habiter l'homme de science. Il partage un dialogue intemporel avec les générations successives, intelligemment. Il n'est point enfermé dans une tour d'ivoire, bien au contraire, il vibre intérieurement avec la chaîne des temps. « *Les générations d'hommes se succèdent et se valent à peu près, car chacune a à peu près le même nombre d'esprits élevés et de cœurs généreux ; mais elles ont des façons différentes de sentir et d'exprimer leurs idées.* »²³ Cela est d'un grand espoir, mais ressemblerait à une logique mathématique ou à une suite arithmétique. Toutefois, il n'enferme pas les choses, les idées et surtout les hommes dans des schémas préconçus à l'avance Il obéit plutôt à une logique de curieux, pétrissant un homme libre, un homme de liberté, un homme pour la liberté.

²⁰ Il faut se reporter au Dictionnaire historique des juristes français XII^e et XX^e siècles, Professeurs Arabeyre, Halpérin, Krynen, La rubrique Adhémar Esmein, pp.311-312, PUF, 2007

²¹ Max Weber, Le savant et le politique, bibliothèques 10/18, 2002, préface, p.12

²² Antoine Levent, op cit, pp.110-111

²³ Ibid. p.109

« *Homme de combat il est, sinon un homme de plume, du moins un homme à la pensée claire et précise.* »²⁴ La vie même d'Esmein est intéressante ; c'est-à-dire qu'il même en lui l'action et la réflexion. Il a construit des schémas de pensée et porte en son être des formes, rêvées, ressenties, transmises oralement en famille, des non-dits, dans ses relations amicales ou professionnelles. « *Le lien entre la science et la politique de Max Weber apparaît tout aussi étroit si l'on considère l'autre aspect, non plus la relation causale, mais les valeurs, rapport aux valeurs dans le cas de la science, affirmation de valeurs dans celui de l'action. Le choix des faits, l'élaboration des concepts, la détermination de l'objet, disait Weber, sont marqués par l'orientation de notre curiosité.* »²⁵

Méthodiquement et passionnément, l'illustre auteur s'adonne volontiers à ses recherches. Un certain balancement, voire une dialectique, semble marquer indélébilement la personnalité d'Esmein. Il est confronté au plus profond de lui-même à l'histoire ; l'histoire en tant que noumène et envisageant le passé. « *Nous dirons que l'objet de l'histoire se présente en quelque sorte à nous, ontologiquement, comme noumène : il existe, bien sûr, sans quoi la notion même d'une connaissance historique serait absurde, mais nous ne pouvons le décrire, car dès qu'il est appréhendé, c'est comme connaissance qu'il l'est, et à ce moment il a subi toute une métamorphose, il se trouve comme remodelé par les catégories du sujet connaissant.* »²⁶

Tout au long de sa vie, Esmein est partagé entre deux cultures. Sa ruralité de naissance, lui fait penser aux vieux mythes du passé en général, et la République, naissante ou renaissante, est en train de s'affirmer et de poser des repères symboliques mentaux. Cet universitaire va à la source des vieux mythes pour mieux enraciner le chêne des institutions. « *L'histoire de Suzanne est un conte, un conte populaire des plus beaux et des plus touchants. Les contes populaires soigneusement recueillis en tous pays, ont été de nos jours méthodiquement étudiés. Ils font l'objet d'une véritable science, la meilleure partie du folklore, et certains vont y chercher les idées et les usages de la primitive humanité.* »²⁷ Voilà son engagement éthique, la transformation scientifique des vieux mythes au service de l'histoire du droit et des institutions politiques.

²⁴ Hommage à Adhémar Esmein, l'Harmattan, Méditerranées, Revue du Centre d'Etudes Internationales sur la Romanité, numéro 22-23, 2000, Citation du Professeur Halpérin, p.14

²⁵ Max Weber, Le savant et le politique, op cit, préface de Raymond Aron, p.12

²⁶ Henry-Irénée Marrou, De la connaissance historique, Points histoire, pp.37-38, 1975

²⁷ Hommage à Adhémar Esmein, p.84, op cit, Cela pourrait servir de définition au mythe. Ce sont ces contes populaires, de tradition orale, porteurs de virtualité, donnant du sens à l'action contemporaine.

Comment faire de ces vieux mythes, des objets au service de la science ? « *Qu'il s'agisse de science ou de politique, Max Weber visait le même but : dégager l'éthique propre à une activité, qu'il voulait conforme à sa finalité. Le savant doit refouler les sentiments qui le lient à l'objet, les jugements de valeur qui surgissent spontanément en lui et commandent son attitude à l'égard de la société, celle d'hier qu'il explore et celle d'aujourd'hui qu'il désire, quoi qu'il en ait, sauvegarder, détruire ou changer. Accepter le caractère indéfini de la recherche positive, et au profit d'une enquête dont on ignore le terme, désenchanter le monde de la nature et celui des hommes.* »²⁸

Comment Esmein a pu devenir cet être « historicisé » ?

§ 2 : L'éducation familiale

Il faut s'attacher ici, à ses influences de jeunesse, ses réseaux, tant en famille que dans le domaine scolaire. Il serait certainement pertinent de s'enquérir de la laïcité chez Esmein, du rapport entre l'Eglise et la société républicaine. S'agissant de cet aspect, il conviendrait de le considérer comme un élément de sa biographie.

A : Les attaches charentaises, ses réseaux, la place de la famille

Les Esmein représentent la bourgeoisie provinciale, solidement installée. Certes, cela a déjà été évoqué ci-dessus, mais le regard porté n'allait pas dans le même sens. Il s'agissait de s'appuyer sur la famille pour démontrer une certaine éthique dans l'attitude d'Esmein. En revanche, ici, il s'agit davantage de montrer la famille en tant que telle, c'est-à-dire la place qu'elle occupe. Par ses réseaux, il faut entendre naturellement les relations qu'Esmein a pu entretenir avec le milieu charentais.

Un document des Archives Nationales paraît être d'une grande utilité quant à la psychologie et la personnalité de l'adversaire. Sans sombrer dans la psychologie de comptoir, il convient de noter cette information qui reflète et témoigne de la place qu'occupait effectivement et véritablement ce dernier. Une certaine affabilité, un caractère libéral ; libéral, entendu au sens étymologique, c'est-à-dire bienveillant, font de lui un individu de la République libre et non pas un membre de la démocratie niveleuse, étroite et jalouse. « *De son caractère, de ses habitudes sociales, de sa situation de famille, il n'y a que du bien à dire, il a sous tous ses rapports une situation*

²⁸ Le savant et le politique, Max Weber, op cit, pp.30-31, préface d'Aron

exceptionnellement bonne. »²⁹ Le rapport qui est donné ici semble accorder une importance égale tant aux rapports privés que publics. En ce qui concerne les premiers, ceux-ci font penser à l'éducation familiale, à la place de cette famille dans la société, « gardiens des valeurs éternelles du droit. » Quelle serait dès lors leur sensibilité politique ? Cette question paraît difficile à résoudre, tant les critères d'appréciation se modifient avec le temps.

S'agissant de ses rapports publics, un autre document paraît précieux. Emanant du Ministère de l'Instruction Publique, ce dernier précise : « *Caractère, conduite et habitudes sociales excellentes.* »³⁰

Cet état d'esprit résulte d'une certaine façon d'appréhender le réel ; un réel, baignant dans la ruralité et la vie provinciale. Il conviendrait dès lors de préciser et d'examiner attentivement la famille Esmein. Un renseignement précis quant à la superficie du domaine des Esmein peut être relevé. « *Mais le domaine, neuf cents hectares, permet de vivre et Jean-Emmanuel Esmein (le père) est un notable, maire de Touvérac, juge de paix.* »³¹ De plus, « *son père a été élu conseiller général républicain du canton de Baignes, en 1848. Titulaire de l'ancienne charge héréditaire de Maître de relais de poste aux chevaux (...), jusqu'à la mise en service du chemin de fer Poitiers-Bordeaux vers 1852-1853.* »³²

M.Touzaud observe très justement ceci : « *L'ascendance de propriétaires terriens, chargés d'un Ministère de service public et investis de fonctions de l'ordre judiciaire, semble avoir déposé dans l'esprit et dans le cœur de notre compatriote des qualités d'attachement au sol, de dévouement au devoir professionnel et de discipline intellectuelle qu'il devait toujours conserver.* »³³

Ces aspects semblent importants ; il faut constater, en effet, une ambiance rurale, faite de simplicité, peut-être même de frugalité. Ce sont des serviteurs de l'Etat, investis d'une mission, sans que l'on ressente véritablement la cupidité. Il s'agit au travers de

²⁹ F/17/25770, Archives Nationales de Pierrefitte-sur-Seine. Il s'agit d'un document confidentiel de l'Enseignement Supérieur. Ces renseignements émanent du Ministère de l'Instruction Publique. Académie de Paris, mai 1882.

³⁰ F/17/25770, Ministère de l'Instruction Publique, Académie de Douai, Enseignement Supérieur, renseignements confidentiels, il s'agit d'une notice individuelle du Ministère de l'Instruction Publique.

³¹ Professeur Colliard, op cit, p.4 Ces neuf cents hectares de terres labourables, de landes et de bois, constituent une très solide assise foncière.

³² Antoine Levent, op cit, p.96

³³ D. Touzaud, Adhémar Esmein, Notice sur sa vie et sur ses œuvres, p.3, extrait de l'adresse suivante : BMSAHC, 1913, 8^{ème} série, tome IV, pp.113-133

cette mission de « service public », de la conservation d'un office, vieille modalité aristocratique, contrairement au concours.

Une certaine douceur de vivre les habite, avec un culte du bon vivre. C'est un penchant pour la vie extériorisée, tournée vers l'intérêt général. « *Quant aux Baignois, on m'a dit qu'ils n'avaient pas changé non plus et qu'ils conservaient leur vieux caractère gaulois : d'esprit libre et de gais propos, sociables et aimant le loisir.* »³⁴

Deux traits de caractère semblent le caractériser. Il paraît judicieux de le préciser maintenant, afin de mieux éclairer sa méthode, puis sa pensée ; la thèse portant, en effet, sur ces deux problématiques. « Loué pour sa bonhomie cordiale »³⁵, Esmein semble détacher des préoccupations matérialistes et utilitaristes. L'esprit, seul, compte. « *Le professeur Adhémar Esmein conserve un cœur humble. Il revendique ses racines charentaises, et garde le bon sens des propriétaires terriens.* »³⁶

Le second a trait à la foi républicaine. « *James Meslier tient à y recevoir son cousin Adhémar, dont il partage les souvenirs d'enfance, une fervente foi républicaine, et l'amour de la Charente.* »³⁷

Il est intéressant de souligner une certaine attitude sociale, qualifiant essentiellement l'illustre penseur. Il ne s'agit pas de le traiter comme un trait de caractère, mais plutôt comme une manifestation sociale, car elle paraît rattachée à un réseau, à un ensemble de convenances, à une certaine manière de voir. C'est le goût du propriétaire terrien pour l'indépendance intellectuelle et morale. Il en restera ainsi tout au long de son existence. « *Dans une lettre du 11 mai 1904, il disait d'un ancien condisciple au lycée d'Angoulême : « Je ne le trouve point si mal partagé. Il a son talent, que j'apprécie fort, les douceurs de la vie charentaise et la pleine indépendance.* »³⁸

Avant d'aborder sa formation universitaire à Paris, il serait tout aussi intéressant de regarder son départ intellectuel et moral à Angoulême. Il fréquenta un lycée public et reçut une formidable et solide éducation classique. « *Donc, une famille bourgeoise, aisée, instruite, républicaine, comme en témoigne le fait que le jeune Adhémar va au*

³⁴ Adhémar Esmein cité par Antoine Levent, op cit, p.114, extrait d'une étude de 1904 sur Le Bourg de Baignes au Moyen Age

³⁵ Discours de G. Fagniez, aux obsèques d'Adhémar Esmein, extrait des Attaches charentaises et familiales d'Adhémar Esmein, p.115

³⁶ Antoine Levent, op cit, p.115

³⁷ Ibid., p.115, Il s'agit du « joli château de Touvérac. »Le château de Touvérac faisait partie de la propriété de La Grolle.

³⁸ Ibid., p.116, et cf. la notice de Touzaud sur la vie et les œuvres d'Adhémar Esmein dans les mémoires de la société historique et archéologique de la Charente, 1913

lycée d'Angoulême (le lycée Janson de Sailly) et non au célèbre collège Saint-Paul que fréquentera soixante-dix ans plus tard François Mitterrand (1916-1996). (...) Après de solides et brillantes études classiques_ il restera toujours attaché à la connaissance du grec et du latin. »³⁹ Il aime à se qualifier lui-même de « bourgeois timide »⁴⁰, c'est-à-dire dans la pensée libérale du XVIII^e et d'une partie du XIX^e siècle. Cette réserve individuelle maintient en quelque sorte l'autonomie de la volonté, vecteur idéologique de la Révolution Française.

Il faudrait dire quelques mots sur leur rapport à la religion.

B : Le respect pour l'Eglise catholique

Les Esmein sont des laïcs, des républicains, de longue date.

« Marié en 1796, et les églises étant fermées, ce grand-père d'Adhémar Esmein se marie civilement. Voltairien et sceptique, il n'acceptera de recevoir la bénédiction nuptiale qu'à la fin de sa vie, avec les derniers sacrements. »⁴¹ Il convient de noter que son petit-fils s'était marié en 1880 avec Valérie Le Blant, dont le père était un légitimiste convaincu. Il convient de noter que cette famille est vraiment aux antipodes des conceptions scientiste et républicaine⁴² des Esmein.

Quelle doit-être l'attitude de l'Etat à l'égard des dogmes de religion ? Esmein semble très clair, il souhaite une société composée d'individus moralement libres, jouissant de leur autonomie personnelle. La neutralité de l'Etat doit laisser se dérouler une société libre. Cette neutralité normative est au service de la subjectivité de l'individu. L'individu porte le droit, il est le droit. Ici, les conceptions d'Esmein sont à l'opposé de ce qui se passe dans le II^e Reich ou dans la Russie tsariste. « Or, dire que l'Etat 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

³⁹ Professeur Colliard, Portrait d'Adhémar Esmein, op cit, p.5

⁴⁰ Antoine Levent, op cit, p.109 Il ne confond pas les sensations et le matérialisme. Il évoquait cela dans un discours à propos de l'introduction des exercices physiques dans son ancien lycée. Cela pourrait être rattaché à une certaine réserve d'Esmein, afin de préserver la sphère d'autonomie de chaque individu.

⁴¹ Antoine Levent, op cit, p.100

⁴² Professeur Colliard, op cit, pp.5-6. Par scientiste, il faudrait considérer avec Claude Nicolet, l'un des courants idéologiques de la Révolution Française, c'est-à-dire celui de Condorcet puis de Jules Ferry. Les progrès de l'esprit humain vers une société libre, harmonieuse et apaisée, reposant sur la science et ses découvertes. Cela concerne les progrès matériels et « spirituels » de l'homme ; instruction, suffrage universel. Par la découverte des lois scientifiques, la société démocratique se veut transparente à elle-même. Dans la conception française, n'importe quel individu peut adhérer au contrat. La Révolution ayant théoriquement aboli les structures sociales, professionnelles, etc. de l'Ancienne France.

confessionnelle, à tout credo et à tout culte. (...) Il n'a pas à juger, à contrôler, à favoriser, à reconnaître les religions diverses. Il les ignore. »⁴³

L'aspect spirituel des choses est laissé à la libre appréciation de chacun au nom du principe de la liberté de conscience et de la liberté de culte. Ni les dogmes, ni la discipline ecclésiastique ne peuvent interférer le cours des choses dans la nouvelle société républicaine. « *Abandonner par fierté des avantages certains, faire prédominer une notion presque mystique sur la sage politique et le bon gouvernement, j'allais dire : lâcher la réalité pour l'ombre. »⁴⁴*

Esmein, contrairement à d'autres auteurs de sa génération, tels Glasson, Viollet, Fournier, n'est pas un croyant catholique engagé, bien qu'il reconnaisse dans ses ouvrages de droit canonique ou dans ses articles, l'influence, la couche de sédimentation laissée par la morale chrétienne sur les sociétés. « *Esmein, chevaucheur du Roi... Et ils ont, c'est fréquent en Charente, protestants, ce qui n'est peut-être pas sans influence par la suite, même si, à la Révocation de l'Edit de Nantes, ils sont obligés d'abjurer pour garder leurs offices, ce qu'ils font, à ce qu'il paraît, sans trouble excessif, la religion n'étant manifestement pas au centre de leurs préoccupations. »⁴⁵*

Lorsqu'il dirigea à partir de 1908, la section des études religieuses à l'Ecole pratique des Hautes Etudes, il répondra dans une lettre à un prélat : « *Je ne vous ai pas convoqué à une réunion de la Section, et cette solution me paraît commode pour vous : on ne pourra pas vous reprocher de vous associer aux délibérations d'un corps composé de protestants, de juifs et de libres penseurs.* »⁴⁶ Selon le Professeur Colliard, c'est « *sans doute une communauté de pensée pour la franc-maçonnerie.* »⁴⁷ La formation même d'Esmein, l'attitude qu'il a vis-à-vis de l'Eglise catholique, se reflète encore au XX^e siècle, et ce, bien après sa mort. Il est perçu comme un « *catholique libéral.* »⁴⁸

⁴³ *Revue politique et parlementaire*, 13^e année, tome L, octobre, novembre, décembre 1906, Paris, La loi sur la Séparation et l'Encyclique Gravissimo, p.41

⁴⁴ *Revue politique et parlementaire*, La loi sur la Séparation et l'encyclique Gravissimo, op cit, pp.44-45

⁴⁵ Professeur Colliard, op cit, p.4. Il est important de souligner que le Professeur Colliard est parent indirectement avec Esmein. M. Colliard est Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et membre Honoraire du Conseil Constitutionnel. Ces informations datent de 2007. Le Professeur Colliard s'est souvent demandé si Esmein était Franc-Maçon, il a constaté que la réponse était négative, mais en s'appuyant sur un document exhumé par le Professeur Sacriste, des sympathies pour la maçonnerie peuvent être relevées. Si l'on se réfère à la thèse d'Antoine Chopplet, Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté, le Professeur Sacriste qualifie Esmein de « *scientiste libre penseur* », p.506

⁴⁶ Le droit de la République (1876-1914), thèse du Professeur Sacriste,

⁴⁷ Professeur Colliard, op cit, p.6

⁴⁸ C'est ce que pense Emile Poulat, sur Google Books, ce dernier traite de la laïcité et qualifie la France de République laïque en s'appuyant sur la Constitution de la IV^e République.

Le penseur étudié, en fin connaisseur des caractéristiques de ce pays, remarque que, les choses ont bien changé ; en s'appuyant sur le libéralisme du Conseil d'Etat, fait montre d'une grande souplesse en matière d'organisation politique. Il s'agit du rapport de M. Saisset-Schneider. La séparation entre le Temporel et le Spirituel doit être claire et nette. La vision du Moyen Age ou de l'Ancien Régime est donc écartée. La République doit être en dehors des choses spirituelles. S'agissant de la loi du 9 décembre 1905 ; loi sur la Séparation des Eglises et de l'Etat, il constate que « *pour l'exercice des cultes, cette loi a créé, une forme d'organisation particulière à certains égards, différant sur certains points (parfois dans le sens favorable) du droit commun établi par la loi du 1^{er} juillet 1901.* »⁴⁹ Il semble assez libéral et empirique, à l'anglo-saxonne, préférant nettement que les communautés s'auto régulent. Les catholiques laïques doivent eux-mêmes organiser leur culte. « *Il faut s'en remettre aux catholiques laïques pour la constitution des associations culturelles.* »⁵⁰ C'est le primat de l'individu contre l'Etat qui est affirmé ici. A l'individu sont reconnus des droits ; des droits l'emportant nettement en valeur systémique sur les communautés historiques. Cela est tout à fait patent : « *Les lois ne sont pas faites pour reconnaître les faits historiques ; elles sont faites pour créer des droits.* »⁵¹ C'est la liberté par le droit face à la jalouse indépendance de l'histoire.

S'agissant de ses rapports avec l'Eglise catholique, il conviendrait de mettre en valeur non les aspects théologiques ou dogmatiques qui ne l'intéressent pas, mais au contraire l'aspect moral voire même juridique des choses. Certes, Esmein est laïc, mais il fait montre d'un certain jusnaturalisme. En effet, sans l'avouer, il s'interroge sur les fondements mêmes de la société. Il ne place pas la morale dans le Ciel, mais dans la volonté des hommes ou plus exactement dans la société républicaine. « *Historien, M. Esmein n'aurait pas manqué de s'arrêter longuement sur l'œuvre de moralisation de l'Eglise qui, en réglant le mariage, consolida les bases de la famille, rendit toute confusion impossible entre le concubinage et l'union légitime, protégea la faiblesse de la femme et garantit la liberté des enfants.* »⁵²

Il serait néanmoins pertinent d'observer les rapports et l'évolution de ces derniers entre l'Ancien Régime et la Révolution. Esmein constate que la Révolution a outrepassé à certains égards les frontières que le temps, l'histoire avait créé entre les deux sphères. Esmein est un libéral qui approuve très nettement et avec enthousiasme les réformes de

⁴⁹ *Revue Politique et parlementaire*, La loi sur la Séparation et l'encyclique Gravissimo, op cit, pp.41-42

⁵⁰ Ibid. p.49

⁵¹ Ibid. p.47

⁵² *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1894, p.553, article de Glasson, rapport sur le concours pour le prix Koenigswarter

la Constituante. Mais certaines limites peuvent être notées. « *Pourtant, il ne s'agissait là que de discipline ecclésiastique, non de dogme, et l'on tenait pour certain dans notre Ancien Droit que le roi pouvait légiférer sur la discipline ecclésiastique. Il est vrai que le roi n'avait jamais été aussi loin qu'alla l'Assemblée. Celle-ci, non seulement se croyait sûre de son droit, mais encore était convaincue qu'elle transmettait dans son décret les vœux de la France catholique (à propos de la Constitution Civile du Clergé, le 12 juillet et 24 août 1790.)* »⁵³ Esmein le désapprouve en se servant de la méthode historique, celle qui préfère avancer tout en respectant les formes du passé, car les formes donnent la tonalité de l'état d'esprit de la nation. Ce qui trouble l'universitaire, c'est l'attitude sûre et déterminée de la Constituante qui conduira tout droit vers les futurs errements dogmatiques de la table rase, de l'abstraction mathématique, bref, de ce goût d'éternité qui ne se raccroche pas à la construction d'une société. « *La Constitution Civile du Clergé était le contraire de la Séparation de l'Eglise et de l'Etat. C'était une Eglise d'Etat que l'Assemblée Constituante avait créée et plus profondément incorporée à l'Etat que ne l'était l'ancienne.* »⁵⁴ Au moins sous l'Ancien Régime, les deux sphères semblaient davantage en équilibre. Ce qui l'intéresse, ce sont moins les réalisations dogmatiques ou de discipline, affaires internes à l'Eglise. Quand Esmein rédige ces lignes, c'est la Grande Mécanique Sociale avec ses ressorts et ses équilibres qui sont l'objet de son attention. Mais il observe tout de même la vertu de l'Assemblée, et sa mesure que, n'auront pas les successeurs. « *Elle n'avait point cependant l'intention ni de ravalier la religion, ni d'établir une Eglise schismatique.* »⁵⁵

Or, ce qu'il semble retenir par-dessus tout, ce sont les modifications législatives donnant une nouvelle forme aux Institutions. Assurant la liberté même du couple et l'harmonie au sein de la famille, tout en s'inspirant de l'aspect technique du droit romain, bien que le droit romain eût été plus « âpre » que le droit Intermédiaire dans son état d'esprit. Esmein accepte volontiers le divorce, l'adoption, sauf la Puissance Paternelle qui sera rétabli par Bonaparte. Avec la loi des 20 et 25 septembre 1792, instituant l'état-civil laïque, l'individu est libre de faire ou de ne pas faire certaines opérations juridiques. Pour Esmein, cela est important car il s'agit de consacrer la Séparation de l'Eglise et de l'Etat.⁵⁶

⁵³ Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, Révolution, Consulat, Empire. 1908, Cet ouvrage complète celui de 1892, Cours élémentaire, p.163

⁵⁴ Ibid. p.169

⁵⁵ Ibid. p.169

⁵⁶ Ibid. pp.231-232-233-244

Il appartient à une génération de républicains extrêmement attachés à la laïcité. Cette dernière ne doit pas être confondue avec la morale. En réalité, la morale est une affaire purement privée, tandis que la laïcité relève de l'organisation du pouvoir. Elle est plus difficile à percevoir, car elle se diffuse lentement dans la société et nécessite une vigilance contre les formes d'absolutisme ou d'idolâtrie dans la société, que ce soit en matière de religion ou dans d'autres aspects de la réalité sociale. Alors la morale est une trame, un guide de bon sens qui ne doit pas se chevaucher sur les affaires publiques, car il viendrait dès lors perturber le jugement. En effet, cette manière de procéder, ce mode opératoire est strictement différent de la laïcité, en ce sens où il permet à un individu de cerner son semblable, mais ne doit point le blâmer dans la sphère publique. La République ne peut être construite par des individus mettant en relief et faisant primer l'absolu en matière d'organisation politique, car la liberté serait menacée. Est-ce que cela reviendrait à dire qu'il existât chez Esmein un étalon-or en matière juridique et de sciences politiques ? Cela est certainement possible, encore qu'il ne le professe pas de manière explicite comme le laissent entendre bon nombre d'auteurs universitaires. Il n'a pas rédigé une méthode claire et explicite, mais cela ne signifie pas que sa pensée soit éparses et baroque. Il est animé par certains traits caractéristiques, tels que la défense de la petite propriété sur les grandes concentrations. En effet, elle permet le libre épanouissement de l'individu. *« C'est en ce sens qu'ils (à propos des républicains mettant en place la III^e République) revendiquent l'héritage de la Révolution, victoire de la raison sur la tradition et les superstitions, dans laquelle cependant ils ne voient qu'une étape en direction d'une laïcisation plus profonde de la société. Ce rejet de toute intervention surnaturelle aussi celui des croyances, mais pas de la morale, qui sera désormais établie sur les seules exigences de la conscience privée. »*⁵⁷

Une définition juridique intéressante mérite d'être relevée. Elle concerne un aspect crucial de l'histoire et de la mentalité française ; Avant l'adoption de la loi de 1905, l'Eglise et ses associations semblaient dans une situation juridique encore floue. Cette loi de Séparation des Eglises et de l'Etat, vise essentiellement le pouvoir catholique et notamment l'Eglise. Dès lors, on voit poindre à l'horizon une tendance au Gallicanisme. Sur un plan politique, l'Etat souhaite contrôler le clergé de France. C'est une longue confrontation entre d'une part le droit civil de l'Etat, qui existe depuis la monarchie d'Ancien Régime, voire le Moyen Age. Il suffit pour cela de se pencher sur le

⁵⁷ *Revue Française d'histoire des idées politiques*, numéro 12, 2^{ème} semestre, 2000, L'Angleterre, modèle politique ? Opportunisme, positivisme et parlementarisme à l'anglaise au début de la III^{ème} République, Professeur Saulnier, p.317

long conflit entre Philippe IV le Bel et Boniface VIII. L'Eglise, avec son droit canonique, cherche à imposer un autre Etat dans l'espace de souveraineté du roi ; par conséquent, la République hérite de conflit. Le Concordat de 1801, semble assez clair : « *Cela résulte d'abord des principes généraux. Le droit canonique n'a aucune autorité dans notre droit moderne, si ce n'est dans la mesure où il a été admis par le Concordat. Or, il est certain jusqu'à l'évidence que le Concordat n'admet ni les ordres religieux, ni les congrégations ; son texte et celui des articles organiques, des travaux préparatoires, les documents historiques, tout le démontre. Personne, même Bonaparte, n'eût pu en l'an X, proposer, même aux Assemblées de cette époque, d'admettre de nouveau en France les moines, religieux, religieuses.* »⁵⁸ Il s'agit certainement ici, de la limite ; il conviendrait même de l'affiner en parlant de critérium, permettant de séparer la fonction de prêtre de l'état de religieux. Ce que semble condamner Esmein, serait davantage l'état de religieux ; un religieux, lié à une congrégation. « *Ceci étant dit, comment soutenir que le congréganiste-prêtre, lorsqu'il prêche, agit simplement comme prêtre et non comme congréganiste ? La qualité de simple prêtre, de prêtre libre, ne l'appelle point à la prédication. Et, d'ailleurs, en lui, les deux qualités sont indivisibles, ou plutôt, tant qu'il retient la qualité de congréganiste, c'est elle qui l'emporte et le caractérise.* »⁵⁹

Remarquable, en effet, sont les analyses d'Esmein. Ce dernier manifeste une « conception fonctionnelle de la religion et non organique. Le danger pour les démocraties sont les propos dogmatiques de congréganistes, imposant une vision du monde ; une vision eschatologique conduisant les individus vers des positions absolues et dangereuses pour la liberté de conscience. Cette liberté, la première de toute est la plus précieuse. La révolution semble récupérer de vieux débats de la monarchie, mais il semble qu'elle le conduise d'une autre manière. Là où la monarchie entendait gouverner avec l'Eglise, sur le plan spirituel, il s'agissait d'évacuer le temporel de l'Eglise. En revanche, lorsque la Révolution puis la République voulurent séculariser la société, il s'agissait davantage de défiance à l'égard du spirituel. Esmein à cet égard est très clair : « *Il y a, à nos yeux, un moyen sûr d'effectuer la soi-disant sécularisation, et il n'y en a qu'un seul : c'est que le prêtre-congréganiste rompe effectivement tout lien avec son ancienne congrégation ; qu'il l'abandonne et la répudie totalement et sincèrement.* »⁶⁰

Donc, le mouvement de la Révolution, va davantage dans une spiritualité

⁵⁸ *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, 1903, Tome I, p.426

⁵⁹ Ibid. p.430

⁶⁰ Ibid. p.431

fonctionnelle, au service de la société, dans la droite ligne de la Révolution, c'est-à-dire vers la sécularisation de la pensée et des attitudes. Voulant se défaire de tout fétichisme des formes, cette nouvelle société demande à l'individu de déconsidérer, donc d'effectuer un processus de désenchantement psychologique afin de ne penser que par lui-même et non pas en fonction de ce que certains organes veulent. Il n'est guère évident de saisir toute la difficulté que le Concordat de 1801 et le Code Pénal du Ier Empire laissèrent quant à la gestion des regroupements humains. La loi de 1901 sur les associations en dissipant toute ambiguïté entre les associations non congréganistes et les ordres religieux congréganistes, cela sur un plan Temporel, a conduit en définitive à la loi de Séparation de 1905, visant à exclure le droit canonique et donc l'influence du pape sur la gestion française. Donc, cela conduit à la modification intellectuelle et institutionnelle des rapports entre les deux sphères. La religion catholique sort définitivement du cadre de l'Etat ; le protestantisme et le judaïsme aussi. « *Mais cette loi d'autorisation ne donne point une existence légale à la Congrégation, telle que l'ont faite l'Eglise et le droit canonique. Elle ne reconnaît et sanctionne ni la règle de l'ordre, ni les vœux des religieux. Elle ne prend en considération que le rôle utilitaire et social de la congrégation et sa vie civile.* »⁶¹

Il conviendrait de s'interroger maintenant sur le parcours universitaire de l'illustre charentais.

⁶¹ Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public, cf. supra, op cit, 1903, T.I, p.426

PREMIERE PARTIE : LE JURISTE ESMEIN : UN HISTORIEN DU DROIT, UNE METHODE ORIGINALE AU CROISEMENT DU CONSERVATISME ET DU LIBERALISME

Il convient de s'intéresser à la formation universitaire du penseur étudié, cela fera l'objet d'un premier chapitre. Il faudra examiner ensuite sa méthode originale en histoire du droit, pour l'histoire du droit dans un second chapitre.

CHAPITRE 1 : LES SOURCES

Ce qui paraît pertinent serait de se pencher sur sa formation universitaire ; une formation vers le doctorat et la recherche universitaire, puis son agrégation.

I : Sa formation d'historien du droit

A : Ses maîtres

Il faudrait observer les maîtres qui ont guidé Esmein, dans ses premiers pas de chercheur. Il conviendra de revenir sur les sources intellectuelles, mais ici, ce ne sont pas des sources intellectuelles à proprement parler, mais plutôt des méthodes d'apprentissage, au sens professoral.

Dans un deuxième temps, il faudrait dire un mot sur l'histoire de l'Université, la manière dont Esmein se la représente. Les deux thèses d'Esmein et son élévation au grade de docteur en droit en 1872 peuvent être examinés.

Il faudra évoquer Esmein l'agrégé, au cours de l'année 1875.

Diverses personnalités ont accompagné l'auteur étudié. Il convient de les examiner successivement.

1 : Gide Jean-Paul Guillaume

Paul Gide naquit en 1832 et mourut en 1880. Chronologiquement, il n'est guère logique de commencer par cet auteur, mais d'autres raisons, plus pratiques,

pourrait-on dire, ont servi de guide. Il fut le directeur de thèse d'Esmein. Ce dernier s'est donc inscrit à la Faculté de droit de Paris, en 1867, après l'obtention de son baccalauréat « littéraire ». ⁶²

Une question pertinente se pose à présent : Faut-il traiter quelque peu de méthode ? A priori, non, du moins, pas dans cette partie. Il serait quelque peu inopportun de passer sous silence certains aspects de Gide et de sa méthode.

Gide est un romaniste, qui devint docteur en droit en 1855 avec une thèse portant sur Les droits de légitime et de réserve d'après les lois romaines, l'ancien droit français et le Code Napoléon. ⁶³ Esmein est influencé par Gide, il semble même avoir une sorte de fascination pour l'être intellectuel qu'il représente à ses yeux. ⁶⁴ Le lien qui rattache Esmein et Gide est assez clair. Il s'agit d'une notice biographique placée en tête du volume Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien. ⁶⁵

Voici ce que Girard considère comme étant une grande méthode, qui a bouleversé le regard que l'on portait jusque-là sur le droit romain. Esmein fut l'élève de Girard, par conséquent, on retrouve la même démarche. « *M. Gide entendit et rattacha l'incapacité spéciale qui résulte du sénatus-consulte Velléien à l'incapacité régulière dont la femme est frappée dans toutes les législations peu avancées en développement. Il n'y vit pas une curiosité législative. Il y vit un phénomène sociologique.* » ⁶⁶ Et Girard de poursuivre et d'expliquer minutieusement ce qu'il entend par cette approche sociologique : « *L'ouvrage n'y a rien perdu. C'est dans cette ampleur d'exposition, dans cette préoccupation des vues d'ensemble, dans ce souci de rapprocher à travers les âges et les lieux des institutions symétriques, d'atteindre derrière les diversités de surface de fonds monotone et semblable des formations sociales.* » ⁶⁷

⁶² Antoine Levent, op cit, p.101

⁶³ Dictionnaire historique des juristes français, op cit, p.367

⁶⁴ Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 28^{ème} année, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts (J.B Sirey), ancienne Maison Larose et Forcel, 1904, pp.88-89, Esmein

⁶⁵ Ici, il convient de s'appuyer sur des comptes rendus bibliographiques rédigés par Paul-Frédéric Girard, 2^{ème} édition suivie de deux appendices avec une notice biographique, des additions et des notes par Esmein, 1 volume in-8°, Paris, Larose et Forcel, 1885. Voici ce que disait Girard à propos d'Esmein : « M. Esmein, ancien élève de M. Gide, auteur de l'intéressante notice biographique (...) a procédé à cet office d'une main très délicate et très respectueuse. » p.378, extrait de La Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 9^{ème} année, Paris, Larose et Forcel, 1885

⁶⁶ Ibid. p.377

⁶⁷ La Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 9^{ème} année, 1885, op cit supra, p.377

La méthode qu'Esmein reçoit de son éminent professeur est contenue dans cette fine analyse de Girard. La sociologie semble élever au rang de loi éternelle, les institutions. Peut-être y aurait-il là comme une sorte de fatalité, condamnant les hommes à ne pouvoir choisir. Mais notre liberté ne serait-elle pas dans cette connaissance des lois éternelles ? En connaissance de cause, nous sommes libres. Divers sujets semblent les réunir en commun : l'étude des anciennes civilisations, la mutation de la propriété ; de collective, elle est devenue individuelle. Les anciennes institutions de droit privé chez les peuples de l'Antiquité, mais aussi la redécouverte des aspects coutumiers de notre civilisation qui n'a pas été totalement uniformisée par le rouleau compresseur de la lourde machine administrative de l'Etat royal. Les peuples d'Afrique, d'Amérique et d'Océanie, avec leur civilisation différente des peuples occidentaux font prendre conscience, par ricochet, que des reliquats anciens subsistent aussi dans nos institutions, notamment celles qui relèvent du droit privé. Esmein et Gide ont cela en commun, dans le renouveau des études juridiques, c'est-à-dire le changement dans la méthode juridique. « *Le jurisconsulte doit faire porter son examen sur le Droit coutumier, entendu au sens large que nous lui donnons, comme sur la loi. (...) C'est en cela que consiste la recherche scientifique. A cette recherche scientifique, l'Ecole juridique française, déchargée du poids de l'exégèse du Code Civil menée à bien par les générations antérieures, s'est consacrée tout entière au cours des cinquante dernières années. (...) Paul Gide, Beudant, Bufnoir, Léon Michel, Labbé, puis par Esmein, Saleilles.* »⁶⁸ Il suffit pour cela, de suivre le plan tracé par Henri Capitant, afin de comprendre la démarche de ces universitaires qui, partis de la pure exégèse, ont fini par concilier l'induction et la déduction ; redonner vie au système du droit par cette méthode. « *La systématisation de la jurisprudence, les études théoriques sur l'interprétation et les sources du droit positif, l'étude du droit comparé, la collaboration à l'œuvre législative.* »⁶⁹ Dans quel état d'esprit cette étude doit être conduite ? Il est clair que, les constructions doivent correspondre à des vœux coutumiers, c'est-à-dire que leur insertion s'effectue dans l'histoire, donc dans le mouvement des faits. « *Il faut se défier de la logique, prendre garde de raisonner dans l'abstrait, d'isoler le droit du milieu social dans lequel il s'alimente, d'oublier les réalités de la vie (...) Le jurisconsulte doit sans cesse vérifier la valeur de ses conclusions, en recherchant la tradition historique, en s'inspirant des enseignements de la morale, des données de*

⁶⁸ Les transformations du droit dans les principaux pays depuis 50 ans (1869-1919), Livre du cinquantième anniversaire de la Société de Législation Comparée, Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans, Henri Capitant, p.64

⁶⁹ Ibid. p.65

*l'économie politique, en les comparant aux règles en vigueur dans les pays voisins arrivés à un même stade de civilisation que le sien. »*⁷⁰

C'est à un tournant majeur auquel est confrontée l'Europe des XVIII^e et XIX^e siècles. De profondes mutations, dans le tréfonds même de sa civilisation, perturbent certaines perceptions de la conscience. C'est ce besoin de l'histoire et notamment de l'histoire du droit qui se fait sentir. C'est cette démarche intelligente et éclairée qui anime son mouvement. Pourrait-on parler de crise du système de législation uniforme dans laquelle le droit, c'est la loi ? D'un certain côté, l'affirmative paraît s'imposer, bien que Gide ne semble pas en faire état de manière explicite. « *Et l'on trouve souvent autant de sagesse dans les coutumes naïves des races primitives que dans les codes savamment élaborés des sociétés les plus avancées.* »⁷¹ Lui aussi semble pétri de conception cyclique des civilisations. L'analyse fine qu'il livre des régimes politiques semble correspondre à un schéma de succession des différents cas ; « *Tous les peuples n'ont pas vieilli avec la même vitesse, tous n'ont pas marché d'un pas égal dans la voie du progrès. Les uns, une fois parvenus à la première période historique, celle de la monarchie absolue, semblent s'y être reposés et comme endormis pour toujours.* »⁷² Les époques semblent obéir à un rythme universel de la civilisation ; des tribus éparses, vivant en famille, comme les Hébreux ou les Arabes. Au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, grâce aux récits de Bougainville et de La Pérouse, certaines peuplades d'Océanie et d'Afrique ont été observées ; ce qui est constatable, c'est la prééminence de la femme. Puis vient le système patriarcal, avec le regroupement en familles plus organisées et l'apparition du pouvoir étatique, donc la monarchie absolue. Les derniers temps, sont les civilisations dites de la démocratie. La civilisation est une sorte de valeur ajoutée, permettant à chaque groupe de civilisation d'évoluer d'un espace cyclique à l'autre ; par les changements symboliques, cela s'opère dans chaque unité. Gide de parler « *de développement moral ou matériel.* »⁷³ Cela ne signifie pas l'excès dans certaines valeurs, mais la progression et la pacification de l'humanité. C'est dans cette voie que se situe la femme, d'où l'intérêt d'une telle étude. Les rapports entre les deux sexes, sont guidés par un mouvement ascensionnel, de progression. Les rapports publics et privés sont notables dans cette étude. Mais au travers de la figure de la femme, si éminente soit-elle, c'est de l'homme dont il s'agit. L'homme, en tant que père, mari, bref les vertus

⁷⁰ Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans, op cit, Henri Capitant, p.65

⁷¹ Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien, Paul Gide, p.10, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, Ernest Thorin, 1867,

⁷² Ibid. pp.16-17

⁷³ Ibid. p.17

domestiques, tandis que l'aspect extérieur, concerne la civilisation, la politique et le droit au sens antique. La femme, par ses vertus et sa conduite à l'intérieur de la maison, fait l'homme, le façonne pour en faire un citoyen. « *C'est l'histoire qui nous l'atteste : nul changement ne s'est accompli dans la condition particulière de la femme sans réagir aussitôt sur la constitution de la société tout entière. Partout où l'homme a dégradé la femme, il s'est dégradé lui-même ; partout où il a méconnu les droits de la femme, il a perdu lui-même ses propres droits.* »⁷⁴ La liberté de l'homme, et donc de la société tout entière dans les rapports qu'elle entretient avec ses semblables, repose sur l'équilibre entre les deux sexes ; Le tempérament tyrannique semble reposer sur la femme, réduite à l'état d'objet ; dans les mœurs aristocratiques, où l'honneur l'emporte, un certain progrès est notable, mais la femme devient comme une incapable, encore que durant la féodalité, comme cela est notable chez un auteur médiéval comme Chrétien de Troyes, au XI^e siècle, la femme semble avoir une grande importance. Il ne faut pas dès lors, absolutiser les rapports entre les uns et les autres. Dans les périodes dites démocratiques, la femme doit être, par le truchement du contrat ou des modalités juridiques, une sorte de partenaire de l'homme, mais Gide perçoit, à juste titre, que les affaires émancipent la femme dans le domaine civil. « *Ici, comme dans toutes les réformes législatives, le droit commercial a été l'avant-coureur du droit civil, et sa marche hardie et rapide a frayé la voie où le droit commun n'a osé s'engager que plus tard.* »⁷⁵ C'est dans les sociétés démocratiques que, l'égalité l'emporte en tout point, car reposant sur le commerce, elle doit nécessairement émanciper la femme, pour réaliser quelque acte de commerce ; dès lors, le droit civil démontre toute sa nature politique, c'est un code politique. Tout l'intérêt de ce développement est justifié par le fait qu'Esmein partage aussi cette démarche ascensionnelle de la société ; liant le progrès de l'humanité au rôle et à la place de la femme, certes, mais le plus intéressant, c'est sa démarche méthodologique. En effet, c'est en cherchant les reliquats du passé, au moment où il écrit, que les différentes strates prennent tout leur sens. C'est le lien indéfectible du droit public et du droit privé, réunis dans la longue démonstration historique de l'histoire du droit et du progrès des civilisations. La question qui semble se dégager par la suite, paraît très claire : est-ce que cet auteur, comme Esmein, apporte des questions purement juridiques ou purement historiques ; c'est du droit, ce qui est analysé, mais ramené aux faits, à l'empirisme, seul qui compte. Comme ils aiment à le souligner, point d'abstraction.

Gide, est un novateur dans sa méthode, « *il rajeunit le droit romain par la*

⁷⁴ Etude sur la condition privée de la femme, op cit, supra, p.7

⁷⁵ Ibid. p.526

méthode historique, en l'appliquant savamment. (...) Il expose que l'histoire, la littérature et la législation sont les trois faces sous lesquelles se traduisent le caractère et le génie d'un peuple. »⁷⁶ Deux méthodes différentes, ou plutôt deux personnalités sont ici mises en relief. « *Si Charles Giraud est certainement un érudit, Gide, lui, mobilise, la critique historique moderne et apparaît comme le précurseur de l'usage d'une nouvelle manière de faire l'histoire du droit romain dans les facultés de droit plutôt que d'enseigner le droit romain comme une matière essentiellement juridique.* »⁷⁷

2 : Giraud Charles-Joseph-Barthélémy

Giraud, est un autre romaniste, à peu près contemporain de Paul Gide. En effet, il naquit en 1802 et mourut en 1880. Il a un curieux parcours. Il est originaire du Comtat-Venaissin. Avocat et Professeur de droit à Aix-en-Provence, Président de l'Académie des Sciences, des Arts et des Belles-Lettres, membre de l'Institut, Inspecteur Général des Facultés de droit, membre de l'Instruction Publique et des Cultes.⁷⁸ Il est licencié en droit en juillet 1824, puis prêta le serment d'avocat trois mois après l'inscription au Stage sous le bâtonnat de Castellau. Après la soutenance de ses thèses, il devient docteur en droit en juillet 1828. En droit romain, il s'agissait de Ex Institutionibus Iustiniani, au titre XXIV, d'Emptione et Venditione. En droit civil, De l'extinction des obligations en procédure civile : des arbitrages.

Deux points en commun entre lui et Esmein peuvent être notés, mais tout d'abord, il faut souligner qu'il était le Président du Jury du Concours d'Agrégation de 1875-1876. « *Ce rénovateur de la science juridique considère à travers son œuvre que « le droit d'un peuple n'est pas un concept de la raison pure mais le produit de son développement séculaire, le résultat de sa vie dans le passé, de ses transformations successives.* »⁷⁹ Cela est surtout notable dans son analyse du droit de propriété et de la notion quasi-sociologique de la propriété elle-même. La conciliation entre le droit ; le droit est le propre de l'individu, né libre, et la sociologie ; la nécessité sociale avec ses lois fatales conduisant vers le stoïcisme et à terme vers le christianisme, subsumant la totalité sociale. Le droit de propriété accompagne la civilisation dans sa progression, en ce sens que l'homme trouve sa place dans l'univers, au sens stoïcien, à terme chrétien. « *Cette constitution du droit de propriété est, je n'en doute pas, la plus importante des*

⁷⁶ Dictionnaire historique des juristes français, op cit, p.367

⁷⁷ Professeur Sacriste, thèse du même auteur, p.20, cf. les notes de bas de page

⁷⁸ Charles Giraud : essai sur sa vie et sur ses œuvres J.Cabassol, 46 pages, Président de Chambre à la Cour d'Appel, Secrétaire Perpétuel de l'Académie d'Aix, Paul Roubaud, 10 rue Thiers, 1924

⁷⁹ Ibid. p.373

institutions humaines, autant par l'influence que l'instinct naturel d'appropriation a exercé sur le développement des sociétés, que par l'influence réciproque que le fait accompli de l'appropriation, a exercé sur l'homme civilisé. »⁸⁰ C'est au travers de ce droit de propriété que l'on perçoit clairement ce que Giraud entend par le droit ; il ne s'agit pas d'un droit fermé et exclusif. Pour réutiliser deux concepts intéressants chez Raymond Aron, la légitimité et l'idéal, chaque système politique est caractérisé par un principe, comme chez Montesquieu, et un idéal, c'est-à-dire un certain sentiment ou une certaine manière d'être et d'apparaître socialement. Giraud se range derrière la démocratie, et l'on sent bien que cette démarche est tout à fait naturelle et spontanée. Cela se mesure à l'aune de cette institution de « pur » droit privé : la propriété. « *C'est alors que la philosophie stoïque intervint dans le travail laborieux d'une société nouvelle, et jeta dans le monde l'idée d'un droit de propriété naturel à l'homme, indépendant du culte et de la constitution politique.* »⁸¹ Le christianisme ajouta une pierre supplémentaire à cet édifice, sur lequel se greffera au XVIII^e siècle, le libéralisme, avec la notion de propriété, inhérente à l'homme, dans le respect moral de ses semblables. Il s'est clairement opposé à la notion aristocratique de la propriété, qui constituait « *une organisation purement civile et politique. La noblesse romaine veut réduire la possession des terres à l'état d'institution aristocratique.* »⁸² L'Empire a été créé, et sort plus exactement des dernières velléités de l'aristocratie. Les Césars vont donc consacrer la propriété de manière privative, en dehors de tout processus politique, ce qui semble représenter une profonde rupture avec la pensée antique, mais aussi une diffusion de celle-ci, voire une égalisation des individus. L'Antiquité ne connaîtra jamais dans son imaginaire politique, pour reprendre quelque peu le Professeur Boia, d'égalité entre hommes. L'édit de Caracalla n'obéit certainement pas à ce sentiment, il ne répond qu'à un simple objectif fiscal, notamment en matière foncière.

Giraud diverge profondément d'Esmein sur certains points. Il convient dès lors de les examiner. De plus, il est « *Gallican par tradition parlementaire (...), il n'est ni sceptique ni libre penseur mais penseur libre, dévoué aux doctrines d'Etat.* »⁸³ Esmein semble aussi pleins de louanges et d'admiration pour ce maître. Son style est assez ampoulé ; en effet, que de fascination dans ce style laudatif ! « *Jurisconsulte, de la plus haute acception du mot, il se sentait porté vers les études théoriques et*

⁸⁰ Recherches sur le droit de propriété chez les Romains sous la République et sous l'Empire, Charles Giraud, Tome premier, Aix-en-Provence, 1838, Aubin, Libraire-éditeur, p.5

⁸¹ Ibid. p.V, introduction

⁸² Ibid. p.V

⁸³ Ibid. p.374

désintéressées. »⁸⁴ Esmein décrit ce qu'il considère comme étant des valeurs habitant cet universitaire. « *La meilleure partie de cette vie si pleine a été consacrée à l'étude et à l'enseignement, et elle fut dominée par deux nobles sentiments : la passion de la science, le dévouement à l'université.* »⁸⁵

Esmein affirme que Gide et Giraud se retrouvent quant à leur méthode. Certes, les deux hommes ont des personnalités différentes. « *L'étude du droit romain au XIX^e siècle s'est constamment élargie en pénétrant plus profondément dans le courant historique, et ce droit, qui n'offrait d'abord que la matière d'un enseignement quasi-professionnel, est devenu l'objet d'une étude vraiment scientifique et de l'ordre le plus élevé. (...) A la fin de la République, depuis des siècles déjà, ce droit était sorti de l'enfance : il avait produit des théories et fixé des principes que le droit classique transformera seulement en les perfectionnant. C'est ce droit privé de la République que la science cherche aujourd'hui à tirer de l'oubli en montrant comment en procède le droit de l'époque classique.* »⁸⁶ Giraud fait montre aussi avec Esmein de points convergents. L'étude longue et minutieuse, voire passionnée de certains sujets historiques. La notion de propriété, de mariage antique, etc. Bref, les sujets de droit privé anciens le fascinent. C'est la fascination pour ce renouveau des études juridiques qui le conduit à s'interroger sur le lent développement des peuples. Giraud le reconnaît lui-même : « *L'histoire est le meilleur commentaire du droit romain ; le droit romain doit à l'histoire sa dignité de science qu'il avait perdu pendant le règne des glossateurs et qui lui fut restitué par l'Ecole d'Alciat et de Cujas.* »⁸⁷ L'histoire du droit intéresse très fortement cet universitaire. Il lie cette méthode au droit ; le droit, ne constitue pas seulement un ensemble de règles dites mécaniques, c'est-à-dire que l'on pourrait appliquer sur des individus ; la progression de la civilisation se fait sentir chez cet auteur de manière tout à fait patente. Les individus sont fatalement conduits par une destinée « tragique ». C'est le drame de l'aventure des hommes, pris non pas comme des individus, mais en tant que peuples guidés dans leur civilisation ; la civilisation étant un ensemble de repères symboliques, plongeant dans la nuit des temps. L'histoire du droit

⁸⁴ Charles Giraud, Notice sur sa vie et ses écrits juridiques. Paris, Larose et Forcel, 1883, Esmein, extrait de *La Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, p.5

⁸⁵ Ibid. p.9

⁸⁶ *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 9^{ème} année, Paris, Larose et Forcel, 1885, Esmein, comptes rendus bibliographiques, études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain, Paul-Frédéric Girard, 1884, p.472

⁸⁷ Charles Giraud, notice sur sa vie et ses écrits juridiques, p.11, Esmein suivi de la bibliographie de ses œuvres par Eugène de Rozière, membre de l'Institut, Paris, Larose et Forcel, 1883, 48 pages, extrait de *La Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*

permet à la société de prendre conscience que le droit existe en tant qu'indicateur du réel des hommes ; ce réel des hommes, organisé en système, c'est à son tour la conscience des rapports sociaux ; donc la sociabilité, au sens le plus empirique, représente la conscience véritable du droit. Quant à l'histoire du droit, c'est le niveau d'analyse supérieur, celui de l'intelligence universelle. « *Le droit n'est donc pas une abstraction pure, même à son état philosophique ; il est essentiellement dramatique, historique comme l'homme ; le droit c'est la vie. La réalité est ici nécessairement substituée à l'utopie : de là vient que l'histoire du droit est l'histoire de la sociabilité humaine ; car le droit est le résumé des idées, des facultés, des besoins d'une Nation.* »⁸⁸ Il analyse l'histoire du droit d'autant mieux qu'il perçoit la mutation civilisationnelle entre l'Antiquité Gréco-Romaine et le christianisme. C'est au travers de la place de la religion qu'il le situe. Les religions antiques, plongeant sans doute dès la sortie du néolithique et l'entrée dans l'âge du Bronze, sont caractérisées par le polythéisme, certes, mais se décomposent en deux modalités. Il met en parallèle les sociétés grecque et romaine. S'agissant de la première, il s'agit du polythéisme grec que la philosophie combattait. C'était la religion dite de l'imagination, sans doute critiquée et moquée par Platon dans le fameux mythe de la Caverne. Rome aussi, connaissait ces formes dites « populaires » de religion. Le second aspect, marqué plus nettement à Rome, concerne le culte d'Auguste, « *national, italien, sacerdotal et patricien.* »⁸⁹ A Rome, la religion était une arme politique au main d'une caste, celle du patriciat.

Giraud de démontrer que la religion comporte deux aspects ; l'un est individuel et l'autre est social. La crise du monde antique se fait sentir quand Rome cesse, sur un plan institutionnel d'être une Cité-Etat pour devenir un Empire. C'est la fin de la « *vita activa* » des rhéteurs et des avocats. Cette crise du monde antique est civilisationnelle, car elle modifie considérablement les ensembles symboliques de la conscience émergée. C'est le stoïcisme qui finit par s'imposer dans le monde romain en crise ; en crise, certes, mais il conviendrait de préciser en mutation totale. « *La philosophie morale, dépouillée des traditions du culte et de caractère religieux, est insuffisante pour constituer un lien social. Quand la civilisation n'est plus croyante, l'individu reste seul debout, mais la société tombe.* »⁹⁰ L'individu, par essence est libre, pas la société. La société est fille de

⁸⁸ Histoire du droit romain ou introduction historique à l'étude de cette législation, Charles Giraud, membre du Conseil royal de l'Instruction Publique, Paris, Videcoq, Libraire, Place du Panthéon, Aix, 1847, p.5

⁸⁹ Ibid. pp.235-236

⁹⁰ Histoire du droit romain ou introduction historique à l'étude de cette législation, op cit, Charles Giraud, p.240

la nécessité. Cela se traduit par la reconnaissance de normes et non pas de lois. Car le terme de lois est pris au sens mécanique, dirait-on au sens formel. C'est donc l'acception matérielle de loi qui prime, comme Montesquieu le précisait dans son célèbre essai. L'Esprit des Lois, signifie l'esprit même du droit, donc de l'histoire du droit. L'histoire du droit, et donc le droit, crée par des individus pétris de morale, a atteint son apogée, pour Giraud, au cours des I^{er} et II^o siècles de notre ère. C'est la science des prudents, d'où la jurisprudence, alliance du droit libre, de la doctrine et du Palais. Le stoïcisme a rendu la liberté au droit intrinsèquement et extrinsèquement par rapport à sa fusion originelle avec la religion. « *Le sol sur lequel germe l'idée du droit est l'intelligence, son point de départ est la volonté, son théâtre d'action est la liberté. L'homme naît libre, mais il n'est pas seul sur Terre.* »⁹¹

3 : Accarias Calixte

Esmein ne semble pas d'accord, ni en harmonie avec sa méthode de romaniste. Il entendait expliquer l'histoire et le droit romain par le biais de la méthode dogmatique. En revanche, Esmein soutient la méthode historique. « *Il croyait que le droit romain ne pouvait vraiment servir à former le juriste qu'enseigné par l'ancienne méthode dogmatique. En cela, que mon vieux maître me pardonne, je suis convaincu qu'il se trompait. Ce serait une grave erreur de croire que cet enseignement, pour être pleinement historique, soit moins juridique que dans le passé.* »⁹² Il est important d'éclairer, dans une attitude assez emphatique d'ailleurs, c'est un style littéraire que l'on retrouve souvent chez Esmein, un respect purement amical vis-à-vis des vertus privées et de l'attitude sociale d'Accarias.⁹³

Et pourtant, Accarias a beaucoup aidé Esmein. C'est naturellement un républicain, ennuyé pour ses opinions politiques, puisqu'il fut en effet expulsé en 1851 de l'Ecole Normale Supérieure. Il contribua à la réorganisation des Facultés de Droit, par le biais du grand concours de 1882.⁹⁴ Ce qui est assez paradoxal, c'est que cet universitaire, dans ses propres écrits développe une autre image de concours

⁹¹ Ibid. p.2

⁹² *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Calixte Accarias, Tome XXVIII, Paris, 1904, Esmein, p.88

⁹³ Ibid. pp.81-82-90

⁹⁴ *Adhémar Esmein et son époque. Un légiste au service de la République*, Professeur Sacriste, p.20, extrait des *Actes du colloque. Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, pp.9-45, Centre de philosophie juridique et politique de Cergy-Pontoise

d'agrégation ; il en démontre même tous les dangers ; dangereux, voire pernicieux pour celui qui le prépare et le passe, certainement avec insuccès. « *Le concours d'agrégation pourrait donc aboutir à installer dans une chaire publique un homme qui attaquerait la propriété, qui demanderait la restitution des actes de l'état-civil au clergé, qui enfin se donnerait pour mission et se croirait le devoir de renverser les principes essentiels de notre droit public.* »⁹⁵ Cela démontre naturellement ses positions politiques, dites républicaines, libérales aussi. Tels étaient les vœux de certains révolutionnaires, mais encore violents au cours de la Terreur qui, finalement, ont réussi à s'imposer, par la force même des choses, et la logique des idées politiques, en voie d'apaisement tout au long du XIX^e siècle. Il est certain qu'il exprime aussi certaines craintes psychologiques à l'égard du concours ; le concours, en effet, peut laisser de côté certains candidats, qui prêtent le flanc, en s'exposant un peu trop à ce type d'exercice. Pour lui, ce concours peut écarter des hommes de valeur et de moralité, mais surtout, il oblige les individus à délaisser leur activité productive.

Il a joué, plus que Gide et Giraud, le rôle de passeur, voire même de mentor pour le jeune docteur Esmein. En effet, il le poussa à persévérer à passer l'agrégation.⁹⁶

Il serait opportun de traiter quelque peu de ses thèses de droit, il conviendra pour cela de dresser un aperçu historique du doctorat à l'époque, tant sur le plan règlementaire que pratique ; l'aspect pratique concerne davantage la politique universitaire avec son fond et sa forme. Il développe de longs passages, en ce qui concerne la durée et la teneur des études. Ces dernières présentent, naturellement, des différences notables avec ce que les étudiants connaissent aujourd'hui. Le premier diplôme universitaire semble être le baccalauréat ès Lettres. Celui qui est le plus approprié à ce genre d'études. « *La sous-commission, convaincue que les études littéraires, dans le sens large et élevé de l'expression, sont la meilleure préparation aux études juridiques, et que le droit ne reste science qu'à la condition de ne pas se séparer de l'histoire et de la philosophie.* »⁹⁷

Faire science suppose de s'attacher aux faits, certes, car le droit est une science qui étudie le mouvement des sociétés, mais aussi de donner de l'épaisseur aux œuvres humaines. Dès lors, la culture romaine, l'étude du latin, mais aussi l'histoire des civilisations passées permettent de le mieux saisir. En liant le droit et l'histoire, il crée

⁹⁵ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, juillet 1874, Ministère de l'Instruction Publique, rapport adressé à M. le Ministre de l'Instruction Publique, des Cultes et des Beaux-Arts, au nom de la commission des études de droit par Calixte Accarias, pp.14-15

⁹⁶ *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Actes du colloque de 2007, op cit, note 45, p.20

⁹⁷ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, juillet 1874, op cit, p.24

comme beaucoup d'auteurs de sa génération, mais c'est aussi dans la logique même des choses, ce lien intime. La licence répond à des besoins plus pratiques que le doctorat. Elle correspond à des notions élémentaires et générales. « *Sa principale destination étant de préparer à l'intelligence de la pratique, elle devait être accessible même aux esprits médiocres.* »⁹⁸ Le doctorat approfondit certaines questions, à l'époque le droit romain et le droit civil en constituaient les matières essentielles. L'évolution et la critique d'Esmein portèrent sur cela. C'est par le renouvellement de ces matières, grâce à l'histoire du droit, que le droit a pu évoluer. S'agissant du doctorat, « *c'est la difficulté de vaincre* »⁹⁹ qui motive les aspirants et les futurs docteurs. Mais, de manière générale ce qui anime le renouvellement des études juridiques sous la III^e République, c'est le désir de cimenter la société au travers du grand pacte républicain et de la progression de la société. Les nouvelles matières animées par cet état d'esprit, telles que la matière administrative et pénale, permettent de former et d'éduquer le citoyen. La magistrature et certaines fonctions administratives notamment. Accarias soutient la liberté de l'enseignement supérieur qui, aboutira en 1875, avec le monopole de collation des grades par l'Etat.

Pourquoi un tel renouvellement dans les études, et de manière générale cette sorte de modification des repères moraux et symboliques dans le reste de la société ? La question semble intéressante, mais mal posée. Toute société évolue, en effet. Ce qui importe, ce sont davantage les modalités. Comme le souligne si nettement Accarias, le droit romain n'est plus étudié en lui-même ; les réponses des prudents du II^e siècle importent peu. Les besoins et la manière dont la société a conçu certains problèmes ne correspondent plus du tout aux hommes et aux temps actuels (en 1874). Faire du droit romain et l'étudier permet de comprendre toute la dimension « tragique » de l'homme et de la société. Le drame qui se joue est d'une grande importance. Ce ne sont pas des arguments superfétatoires qui démontreront le contraire. « *Il est évident d'abord qu'étudier un droit mort, ce n'est autre chose qu'étudier l'histoire d'un peuple, c'est l'étudier dans ce qu'elle a de plus intime et d'éternellement vivant, par conséquent de plus instructif, dans le développement des idées.* »¹⁰⁰

Dans sa généralité, il semble que des points en commun peuvent être notés avec la pensée d'Esmein. Le refus des abstractions et de tout esprit de système, pour

⁹⁸ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, juillet 1874, op cit, p.22

⁹⁹ Ibid. p.27

¹⁰⁰ Précis de droit romain contenant l'exposé des principes généraux des textes, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien, Accarias, 3^{ème} édition, Tome Ier, 1882, pp. XXVI et XXVII, introduction

découvrir la logique véritable des idées politiques avec leurs principes. « *Le droit s'inspire fatalement et sans le vouloir des mœurs, des besoins spéciaux et des traditions historiques pour lesquelles chaque peuple est fait, ainsi que chaque organe, chaque institution, sur le plan formel, et son mode d'organisation.* »¹⁰¹ En libéral, Accarias soumet les droits de première génération à la morale et à l'économie politique. Donc cela démontre qu'il est attaché à une forme de jusnaturalisme.¹⁰²

Il semble néanmoins attaché à une conception des libertés et du droit, propre au XIX^e siècle, celle de l'autonomie de la volonté. Cet aspect compte et mérite quelque peu d'être souligné. La plupart de ces auteurs y sont sensibles et cela semble naturel pour eux. C'est ce que la doctrine nomme les droits de première génération. Pour reprendre quelque peu le Professeur Manent, mais, en modifiant son propos, il conviendrait de préciser ceci. L'Ancien Régime connaissait l'homme moral, avec le poids de la religion dans la sphère de légitimité politique. La Révolution, avec l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, dégage le citoyen, au sens antique de la *vita activa*. Le XX^e siècle fait émerger la notion de liberté de l'individu.¹⁰³

La notion centrale est celle de l'homme moral à laquelle correspond un autre niveau ou une autre structure fondamentale, celle du citoyen. L'homme moral est certainement celui qui est dans sa sphère privée. Il tient le discours fondamental, tandis que le citoyen participe pleinement à la construction de la liberté collective pour améliorer le sort de tous. Ces héritages sont anciens, l'Occident a connu durant l'Antiquité la participation à la *vita activa*. Le XX^e siècle fut un siècle d'enrichissement et de progression, permettant de dégager à son tour cette sorte de plus-value civilisationnelle, avec la liberté morale de l'individu dans sa sphère privée.

B : Les thèses d'Esmein

Esmein devient docteur en droit en 1872 après avoir soutenu deux thèses.¹⁰⁴ L'une était de droit romain et rédigée en latin, *De la collatio bonorum* et *De la collatio Dotis*. La seconde portait sur une matière de l'Ancien Droit Français *Des rapports à succession*.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ibid. p. XX

¹⁰² Ibid. pp. XVI-XVIII

¹⁰³ Raymond Aron, *Liberté et égalité*, cours au Collège de France, édition EHESS, octobre 2013, p.22

¹⁰⁴ *Dictionnaire historique des juristes français*, op cit, p.311

¹⁰⁵ Ibid. p.311, Sur le site Worldcat, recensant les ouvrages et les articles des différentes bibliothèques, une découverte a été faite. Il s'agit de la thèse de licence d'Esmein : *De nautico foenore. Des contrats aléatoires. Du prêt à la Grosse aventure*. Il l'a soutenue le 13 août 1869. Une précision peut être apportée.

Ce qui frappe et mérité d'être relevé avec attention, concerne les développements effectués par Esmein dans ses deux thèses. Il y glisse en filigrane certaines de ses idées qui guideront son long parcours de chercheur universitaire. La méthode aussi, inspirée par son maître Gide. Esmein explique ses préférences pour le système de l'égalité ; système qui répond aux profonds désirs du tréfonds gaulois puis français. « *Notre Code Civil, à l'aide du rapport et de la dispense de rapport, de la réserve et de la portion disponible, a établi une théorie juridique qui répond à la fois aux idées d'égalité et aux privilèges légitimes de la propriété.* »¹⁰⁶

Le fameux maître met en relief, avant tout, dans sa thèse une démarche historique qui doit éclairer le droit. Les principes juridiques doivent être redécouverts inductivement, par la méthode historique.

Il serait néanmoins pertinent de relever certains éléments historiques. Il a soutenu ses thèses à une époque charnière. Certaines réformes avaient été entreprises afin de modifier le régime des thèses. Le régime sous lequel il rédige ses thèses vient d'être quelque peu modifié, bien que certains traits « *anciens* » subsistent.¹⁰⁷ Le nouveau régime juridique est issu de la loi du 15 mars 1850, accompagnée du règlement du 5 décembre de la même année.¹⁰⁸ Le cas d'Esmein, comporte « *des relents d'Ancien Régime.* »¹⁰⁹ Que faut-il entendre par là ? Son cas se prête encore à ce type d'exercice. Il rédigea deux thèses, l'une en droit romain et l'autre sur le droit français. « *La thèse devait encore comprendre deux dissertations, l'une des deux portant obligatoirement sur le droit romain, l'autre sur le droit français (si le sujet était commun au droit romain et au droit français, une seule dissertation suffisait pourvu qu'elle fût traitée en deux parties distinctes.* »¹¹⁰

Ce qu'il convient de noter avec attention c'est la césure historique, voire même scientifique qui s'opère dès 1850. Imbert notait à juste titre « *L'argumentation cède lentement le pas à la recherche scientifique.* »¹¹¹ Une certaine tendance à la scientificité

Son Président de thèse était Paul Gide, avec quatre suffragants : Valette, Bonnier, Bufnoir, Boissonade. Esmein était avocat en 1872, lors de la soutenance de ses thèses de doctorat.

¹⁰⁶ Faculté de droit de Paris, thèses pour le doctorat, droit romain : De la collatio bonorum et de la collatio dotis. Ancien droit français et Code Civil français : Des rapports à succession, 1872, p.404

¹⁰⁷ Annales d'histoire des Facultés de droit, Jean Imbert, 1984, Membre de l'Institut, pp.23-24-25-26, Passé, présent, avenir du doctorat en France, Imbert de préciser en note de bas de page, accompagnée d'un astérisque, que cette étude complète une communication de l'Association Nationale des Docteurs en Droit ; communication du 19 novembre 1983.

¹⁰⁸ Ibid. p.23

¹⁰⁹ Ibid. p.23

¹¹⁰ Ibid. pp.23-24

¹¹¹ Ibid. p.23

se dégage déjà dès la thèse de Paul de Salvandy en 1855. Cette dernière « *est la première thèse de style moderne.* »¹¹² Elle traite d'un sujet intéressant et en rupture complète avec les thèses précédentes.

Depuis l'Ancien Régime, et jusqu'à la moitié du XIX^e siècle, les thèses ne comportaient que vingt à soixante pages, et paraissaient accorder plus d'importance à la forme rhétorique qu'à un fond plus scientifique.¹¹³ Un prurit ne pouvait pas ne pas être évoqué, quant aux modifications fondamentales apportées par l'évolution inexorable des choses.¹¹⁴

Il s'agit de suivre le parcours d'Esmein ; l'agrégation de 1875.

II : L'agrégé des Facultés de droit

§1 : La vision de l'Université et sa progression historique

Esmein est qualifié de docteur en droit en 1872, puis en 1873 et en 1874, il échoue au concours unique d'Agrégation. Il finira naturellement à l'être, en cette belle année républicaine. Voilà peut-être, l'une des raisons qui l'a poussé à préférer la spécialisation dans ce concours. Il ne s'agit pas de l'évoquer en amont, mais, c'est un « original » guidé par l'amour de l'histoire, ayant préféré s'orienter intuitivement et précocement vers de telles études !

Il conviendrait d'examiner et de se questionner légitimement sur la vision de l'Université chez cet auteur. Il serait aussi ingénieux de s'enquérir du régime juridique sous lequel il subit ce concours. Pour l'instant, il convient de noter qu'il a terminé deuxième lors du concours pour l'agrégation, dont le jury était présidé par Charles Giraud.¹¹⁵ Voici ce que disait Esmein à propos du régime juridique de 1855 et de son esprit « *L'agrégation des Facultés de droit, depuis sa fondation en 1855, est restée*

¹¹² Ibid. pp.22-23

¹¹³ Ibid. pp.1-23

¹¹⁴ Philippe Nemo, *Qu'est-ce que l'Occident ?*, Quadrige Essais Débats, PUF, 2010, page 18, Nemo dans une note évoque deux voies scientifiques « la voie des objets » et « la voie de l'esprit scientifique ». Ces deux concepts sont d'André Pichot, *La naissance de la science*, 2 tomes, Paris Gallimard, Collection Folio Essais, 1991. Le premier concept concerne des objets réels, tandis que le second énonce des lois scientifiques abstraites. Cette gradation se retrouve d'une certaine façon dans la mutation de l'objet même de la thèse et de son questionnement.

¹¹⁵ *Dictionnaire historique des juristes français*, op cit, p.311. Sur le même site Worldcat, est répertorié le sujet du concours d'agrégation de 1875. C'est une composition de droit français d'Esmein : *De quels actes sont incapables les personnes interdites judiciairement ou légalement ?*

établie en fait sur le principe de l'unité. (...) Et jusqu'en 1891, les épreuves de ce concours unique étaient les mêmes pour tous les candidats, concentrées presque exclusivement sur le droit romain et sur le droit civil. »¹¹⁶ C'est même, de manière plus large, l'ensemble de la société qui, est concernée par cette évolution, et donc par ricochet, les nouvelles espérances que, le public social attend de cette nouvelle structure. Le modèle allemand fascine et représente le cadre à imiter. C'est sans doute ce phénomène psychologique qui pousse les hommes à choisir ce qui se fait de mieux chez le vainqueur, le bourreau, malgré l'animosité.

Il semblerait que la réorganisation napoléonienne de l'Université soit dépassée et que la fonction de recherche soit valorisée. Par modèle napoléonien, il s'agit d'une formation dite pratique et axée autour du culte du Code Civil ; on connaît l'attitude de Bonaparte à l'égard des avocats, il se défiait d'eux. Quant aux juges, ils étaient soumis à ce fameux référé-législatif. « *Le double souci de développer la fonction de recherche à l'intérieur des facultés sur le modèle germanique, alors à son apogée, et de rééquilibrer un organisme hypercentralisé converge avec l'intense réflexion sur les causes de la défaite de 1871 pour accélérer le mouvement de réforme.* »¹¹⁷

Il semble que la République cristallise aussi, par l'entremise de l'Université, c'est-à-dire, par sa fonction, une mission de gardienne des libertés fondamentales ; ce qui prouve que les facultés de droit, comme cela sera étudié avec Viollet, lors de l'affaire Dreyfus, participent aussi de ce mouvement ; certes, les cadres de recherche sont modifiées, avec l'introduction de séminaires, de cours de doctorat approfondissant les problématiques, mais l'Université vit aussi pour la société. « *Sous la République, des débats et des conflits internes sur les différents rôles possibles des étudiants et des professeurs dans une société démocratique : les facultés deviennent le foyer, une avant-garde d'intellectuels qui veulent éclairer le peuple et l'opinion.* »¹¹⁸

Il est inutile d'émailler le propos par une explication de méthode. Cela sera traité dans les autres développements. Il faut tout de même reconnaître que cet aspect semble se chevaucher avec la méthode. Ce qu'il faut entendre par méthode, c'est la différence entre la dogmatique et la romaniste ; la romaniste ayant un penchant vers l'historique.

¹¹⁶ *Annales d'histoire des Facultés de droit*, L.G.D.J, octobre 1984, 1984, numéro 1, p.120. Ces informations peuvent aisément être retrouvées dans *La Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 21^{ème}, 1897, volume 20. Il s'agit à proprement parler du rapport présenté au Conseil Supérieur de l'Instruction Publique, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit, suivi d'un arrêté portant organisation de l'agrégation des facultés de droit, fait à Paris le 23 juillet 1896.

¹¹⁷ *Histoire des Universités. Que sais-je ?*, Professeurs Charle et Verger, PUF, 2007, p.92

¹¹⁸ *Histoire des Universités. Que sais-je ?*, op cit, supra, p.96

Esmein insiste sur l'évolution de cette épreuve de l'agrégation. « *De 1875 à 1895, avec une rapidité féconde, de nombreux enseignements y ont été successivement introduits, soit pour le doctorat, soit pour la licence.* »¹¹⁹

Que pense Esmein de l'organisation des études ? Le parcours universitaire souhaité par l'illustre auteur doit être organisé d'une manière telle que l'étudiant puisse y développer une certaine scientificité. Le penseur y oppose les premières années d'études. Celles-ci sont consacrées à « la pratique judiciaire et administrative ». Le doctorat qui suit la licence est nettement plus marqué par des « *études plus approfondies* ». ¹²⁰

Cet auteur a sans doute voulu s'inscrire dans un grand mouvement scientifique de rénovation des études juridiques. C'est ce qui expliquerait probablement son attachement au sectionnement de l'agrégation. Il a constaté qu'entre 1875 et 1895, « *Dans ce grand mouvement de rénovation, les Facultés de droit, tout en conservant leur ancien et précieux domaine, c'est-à-dire l'enseignement professionnel qui prépare à la pratique judiciaire, sont entrés en plein courant scientifique. (...) Cet état de choses a été constaté et consacré par le décret du 30 avril 1895, qui a créé, au choix des étudiants, deux formes distinctes du doctorat : l'une dite « des sciences juridiques », l'autre « des sciences politiques et économiques.* » ¹²¹ Certes, cela ne concerne pas la réforme de l'agrégation, mais il paraissait logique d'évoquer cette réforme des études, accompagnant le grand mouvement scientifique des facultés de droit.

Serait-ce un élément qui aurait poussé Esmein à récupérer, mieux, à canaliser ce mouvement général qui semble s'accélérer en cette fin de siècle ? Il semblerait que la République mette sa plume et se mobilise « *spirituellement et non émotivement autour de l'idéal républicain* ». « *Les problèmes à résoudre leur sont fournis par l'état d'avancement des sciences (ainsi s'explique la fréquence des découvertes simultanées). Une conception implicite et quasi spontanée de ce qu'est une vérité les amène à écarter tels types de solutions, à accepter les critiques réciproques, à s'enrichir par les échanges.* » ¹²² Ce qu'Aron applique aux « sciences dures », on le retrouve aussi dans le grand phénomène des sciences humaines et sociales. La communauté scientifique est comme subsumée quand elle joue la même partition, avec les mêmes règles de fond et de forme. Esmein a surtout eu les bonnes intuitions et le bon sens, comme guides sûrs,

¹¹⁹ Ibid. p.120

¹²⁰ *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Le droit comparé et l'enseignement du droit, p.498, tome XXIV, 24^{ème} année, 1900

¹²¹ Ibid. p.120

¹²² *Le savant et le politique*, Max Weber, op cit, pp.20-21, préface de Raymond Aron

certainement tout au long de sa vie. Mais ici, ce n'est pas la méthode en tant que telle qui prime, mais la lumière du bon sens de l'homme de la terre. « *La logique des institutions est la plus impérieuse de toutes. Le sectionnement en quatre branches s'imposera, parce qu'il est seul rationnel, efficace, complet. Il est difficile de ne pas le pressentir.* »¹²³

Ce sont moins des considérations théoriques, vaines et pompeuses qui le guident, mais bien plutôt l'amour et la liberté de choix. Esmein, le littéraire, l'artiste créateur d'une certaine façon, l'exprime en des termes très clairs et sincères. Il a ce franc-parler, qu'il affectionne tout particulièrement de décrire. « *Le jeune homme que ses goûts et son tempérament intellectuel portent vers l'étude (...) de l'histoire du droit (...) commence cette préparation spéciale au cours même de sa vie d'étudiant. Il l'accentue encore, avec une conscience plus nette, dans la période du doctorat. La spécialisation se fait ainsi par voie de sélection naturelle. (...) Seulement ces vocations ne trouvent pas actuellement une issue appropriée : nous voulons la leur ouvrir.* »¹²⁴ C'est donc naturellement par arrêté du 23 juillet 1896 portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit, que cette réforme tant rêvée et désirée par Esmein, entre en vigueur.¹²⁵

Avant d'aborder la carrière professionnelle d'Esmein il faut s'enquérir de sa représentation de l'Université. Il lie l'Université, que ce soit les études juridiques ou l'ensemble de l'enseignement supérieur, aux progrès des sociétés modernes. « *Elles (les Facultés de droit) ne doivent point, par leur faute, laisser s'affaiblir en France la culture juridique dont elles ont la garde et qui est un des besoins les plus profonds des sociétés modernes.* »¹²⁶

Les études juridiques, sont liées aux progrès de la démocratie. En 1902, Esmein semble prendre pour exemple, la jeune démocratie des Etats-Unis, en montrant le lien entre la société et la formation intellectuelle et morale. « *Depuis plus de vingt ans les Etats-Unis, si forts par la puissance matérielle et industrielle, s'efforcent, par leurs Universités et leurs écoles, de créer et de répandre chez eux ce vaccin sauveur de la haute culture scientifique.* »¹²⁷

Au travers de l'Université, se mesure chez l'auteur, la valeur et l'intensité qu'il entend accorder à une société démocratique. Cette dialectique est fine dans son analyse.

¹²³ *Annales d'histoire des Facultés de droit*, op cit, p.129

¹²⁴ Ibid. p.127

¹²⁵ Ibid. pp.132-133-134. Esmein renvoie aussi en note de bas de page au Bulletin administratif du Ministère de l'Instruction Publique, tome LX, 1896, p.208. On observe le sectionnement en quatre sections. Chaque section comporte des leçons écrites et orales. Le droit privé et criminel constitue la première, la deuxième est le droit public, l'histoire du droit, les sciences économiques.

¹²⁶ *Revue Internationale de l'Enseignement*, Esmein, tome 44°, juillet à décembre 1902, p.289

¹²⁷ Ibid. p.296

Ce n'est pas un démocrate excessif désirant que les masses humaines se déversent comme un flot ininterrompu. Il conçoit l'Université comme un rempart des excès de la démocratie. « *En offrant ainsi à un plus grand nombre d'étudiants la licence en droit, plus large à l'entrée et plus facile à la sortie, alors que de tous côtés on signale l'encombrement croissant de toutes les professions, on croit servir les idées démocratiques. Mais la vraie démocratie est celle qui élève et non celle qui abaisse. Ce qu'il faut à nos démocraties modernes, le seul levain qui puisse les faire sainement fermenter et les préserver de la corruption, c'est une élite intellectuelle, pourvue d'une haute culture, vraiment et solidement scientifique. Au milieu de l'égalité des droits, cette aristocratie inoffensive et bienfaisante, dans les rangs de laquelle tous peuvent aspirer à entrer, est la condition même du progrès démocratique. Elle seule peut relever l'idéal de nos sociétés et l'empêcher de ramper sur le sol.* »¹²⁸

Dans le sillage d'Esmein, Frantz Despagnet souhaite que la France puisse se relever moralement grâce à aux Facultés de Droit. Despagnet cite l'exposé des motifs du projet de réforme de la licence en droit, réalisé par le décret du 24 juillet 1889. Le directeur de l'Enseignement Supérieur s'exprime ainsi : « *L'enseignement supérieur est aujourd'hui considéré à bon droit comme une des sources où se forment et d'où découlent les idées générales qui, se répandant ensuite de couche en couche, finissent par faire partie du moral de la nation. Autant que les autres Facultés, plus que les autres à certains égards, les Facultés de droit ont une part dans ce travail.* »¹²⁹ Il s'agit de confier l'enseignement des sciences sociales, nouveaux objets de préoccupation de la société, appréhendés comme phénomènes, à des savants légitimes et reconnus. « *Mais, ici, comme toujours, ce travail ne peut être réalisé que par une élite qui fixe la doctrine et la communique ensuite aux masses. De là la nécessité d'un enseignement des sciences sociales par des hommes qui se sont voués à leur étude désintéressée et impartiale.* »¹³⁰ L'histoire du droit, le droit international privé, l'économie politique sont des cours qui ont été introduits par les réformes des programmes de la fin du XIX^e siècle, de 1879 à 1889. Ils s'inscrivent dans ce vaste mouvement de questionnement des idées et par la volonté de bâtir une société plus républicaine. Il s'agissait d'éviter ce que l'Ancien Régime avait connu, ou du moins les carences d'avec la réalité quant à l'enseignement du droit. « *L'enseignement du droit qui, sous l'Ancien Régime, et même*

¹²⁸ Ibid. pp.295-296

¹²⁹ *Revue Internationale de l'Enseignement*, La fonction sociale des Facultés de droit, Frantz Despagnet, 1891, p.533

¹³⁰ *Revue Internationale des Facultés de droit*, La fonction sociale des Facultés de droit, op cit, supra, p.535

à la veille de la Révolution, paraissait ignorer les problèmes d'ordre moral et d'ordre philosophique que soulevait et agitait l'esprit du XVIII^e siècle. »¹³¹

Si l'on se réfère à l'article du Professeur Poumarède, on peut noter une certaine évolution historique dans l'université. Il s'agit d'associer la doctrine à la jurisprudence, afin de sortir la réflexion d'une longue période languissante.¹³² « C'est dans cette perspective que d'autres professeurs vont, à partir des années 1850, se consacrer à un genre littéraire entièrement nouveau : la note d'arrêt. (...) Ces notes offrent la possibilité aux professeurs de continuer leur œuvre d'interprétation et de systématisation tout en prenant un objet d'étude autre que la loi. »¹³³ Il s'agissait comme le notait Faustin Hélie de « ramener les études au culte des principes. »¹³⁴ Pourquoi ? On note un amas de décisions jurisprudentielles, éparses, auxquelles il faudrait trouver une colonne vertébrale principielle. En dégagant ces principes, il s'agit de créer et de dégager un enseignement scientifique du droit, que les Facultés, nourries par l'étude de la vie du Palais, doivent apporter pour conforter une République. La sociologie naissante va concurrencer le droit ; c'est à l'histoire du droit de trouver le bon créneau pour contrer cette influence. « L'idée se fait jour selon laquelle la vie sociale doit être observée par le professeur qui peut ainsi se mesurer au modèle des autres sciences sociales, voire à celui des sciences dites exactes. (...) Grâce à la jurisprudence, l'Ecole devient scientifique. »¹³⁵

L'Université médiévale était comme une corporation médiévale. Naturellement, l'Etat n'existait pas encore à ce moment-là. L'Etat, au sens moderne, apparaîtra avec la Renaissance. « Dans les premiers temps, sûrement, elles ne conféraient point des grades

¹³¹ Ibid. p.534. Il faut se reporter aussi à l'ouvrage de Liard, *L'enseignement supérieur et le Consulat*, dans *La Revue Internationale de l'Enseignement*, 1889, tome I, p.334. Les réformes opérées entre 1879 et 1889, vont dans le sens de la République. On perçoit ici une probable définition de la République, le régime de libre discussion des problèmes d'ordre moral et philosophique. C'est là que l'on juge du caractère ouvert ou fermé d'un régime politique. Certes, pour reprendre quelque peu, le développement du paragraphe considéré, il fallait s'intéresser aussi à ces questions, tout en traitant de procédure. Le droit public vient éclairer le droit privé et sa routine procédurière et corriger ce trait de « méfiance des régimes monarchiques à l'égard de la discussion libre des problèmes d'ordre social. »

¹³² *Les Facultés de droit*, Actes du Colloque des 28 et 29 octobre 2004 sous la Direction du Professeur Maryvonne Hecquard-Théron, Les Travaux de l'I.F.R Mutations des Normes juridiques, n°9, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse

¹³³ Ibid. p.29, le Professeur Poumarède note que l'arrêstographie permet de concilier le Palais et l'Ecole dans *Le Recueil Dalloz* et *Le Journal du Palais*.

¹³⁴ Ibid. p.31

¹³⁵ Les Facultés de droit, *Actes du colloque de 2004*, UT1 Capitole, op cit supra, p.32

au nom de l'Etat, qui n'existait pas. »¹³⁶ C'est l'homme libre qui pénètre dans cette corporation. « *Les universités constataient aussi une attitude professionnelle, à la suite d'une éducation spéciale, et le gradué restait uni à l'université qui l'avait reçu par des liens assez lâches, mais certains.* »¹³⁷

En réalité, une certaine communauté de pensée existe entre Glasson et Esmein sur l'Université. « *Les Facultés de droit sont au premier chef des établissements scientifiques qui préparent en même temps à certaines fonctions ou professions de l'ordre judiciaire, administratif ou politique.* »¹³⁸ Par établissement scientifique, il s'agit de la progression intellectuelle et morale des individus au service du régime démocratique et pour le renouveler lorsqu'il est en place. Donc, c'est aussi un certain discours sur le droit. Mais, les facultés de droit semblent aussi porteuses d'un discours pratique, car elles préparent aussi à des carrières professionnelles. Ce que redoutait Glasson, c'était le fait que les facultés restassent à l'écart d'un mouvement scientifique ou intellectuel, comme cela fut le cas lors de la fin du XVIII^e siècle. « *Si les Facultés de droit veulent exercer une action plus puissante sur la jeunesse et par cela même sur l'opinion publique de l'avenir, il faut qu'elles ne craignent pas d'aborder les problèmes à l'ordre du jour ; en d'autres termes qu'elles deviennent des Facultés de droit et de science sociale.* »¹³⁹ Par le renouveau des études juridiques, en les mêlant à l'enseignement complémentaire d'autres méthodes, notamment les Ecoles Libres de Science Politique, le régime républicain parvient à créer une nouvelle génération d'individus, répondant aux objectifs du régime. Il s'agit de revenir sur ce que disait Montesquieu à propos des régimes, à la manière d'Aristote. La démocratie, qui pourtant est un terme péjoratif chez les libéraux, repose sur la libre participation de tous et l'éducation morale et intellectuelle. Bref, ce ne sont pas le régime et le ressort les plus aisés à agencer. Afin d'éclairer la plus grande partie des individus, pour en faire des citoyens, non pas comme à Rome, avec l'édit de Caracalla en 212, qui en réalité ne crée pas véritablement une citoyenneté, mais un individu rentrant dans les modalités de l'assiette fiscale, il faut que cet individu accepte les formes du passé ; les formes du passé, reposent sur des éléments conservateurs ; seule l'institution est capable de lui

¹³⁶ *Le Moyen Age, Revue d'histoire et de philologie*, 2^{ème} série, tome VII, Tome XVI de la collection, 1903, Comptes rendus, pp.33-51, P. Guilhiermoz, *Essai sur l'origine, de la noblesse de France au Moyen Age*, Paris, 1902, in-8°, pp.50-51

¹³⁷ Ibid. p.51

¹³⁸ *Revue Internationale de l'Enseignement*, op cit, La crise des Facultés de droit, Glasson, Tome 43, 1902, p.388

¹³⁹ Ibid. p.399

donner corps et « esprit ». L'institution comporte en elle-même beaucoup d'éléments conservateurs, qui se manifestent formellement et fondamentalement. « *Il n'y a donc plus d'obstacle à la culture libre et indépendante du peuple : c'est le souverain qui s'instruit lui-même de ses devoirs, sans redouter de voir tomber des institutions politiques ou sociales dont il est le maître et qu'il ne conserve ou ne change que pour son intérêt.* »¹⁴⁰

C'est le modèle allemande qui semble s'imposer ; le vainqueur fascine le vaincu de 1870. La réorganisation de l'Université semble en marche. Il convient d'allier la haute culture allemande, notamment dans sa méthode d'apprentissage afin de créer une société d'individus libres ; des citoyens capables de prendre des décisions pour la République. « *En ce sens l'Université (allemande) serait le lieu d'une formation par le savoir, une institution dévouée à l'unité systématique de la connaissance et qui ne devrait à l'Etat que le principe de son autonomie.* »¹⁴¹ Le lieu de la connaissance et du savoir, c'est bien ce que la France voudrait faire, mais dans un autre paradigme que l'allemand, c'est-à-dire l'absence de culte pour un passé esthétisé. Au contraire, c'est un élan pour faire participer davantage d'individus à la vie politique et sociale ; le projet est mûr, plus d'un siècle aura été nécessaire afin d'apaiser la société ; plus n'est besoin de la réguler. Mais, afin de les faire participer, il convient de créer cette élite qui servira de modèle ; une élite formée, grâce au renouvellement des études, notamment en histoire et en philologie. « *Une historicisation de la culture, qui passe par un rôle central accordé à l'étude du langage et à la restitution du passé. Cela explique sans doute à la fois la naissance en Allemagne de la philologie savante au début du XIX^e siècle et la place qu'occupe la discipline historique au sein de son Université.* »¹⁴²

§ 2 : Son parcours professionnel, les matières enseignées

Cela pourrait aisément être décrit en deux temps. La carrière du jeune professeur à la faculté de droit de Douai, puis le retour du maître à Paris, en qualité de professeur à la

¹⁴⁰ *Revue Internationale de l'Enseignement*, La fonction sociale des Facultés de droit, III, tome 22, Juillet à décembre 1891, p.2, Frantz Despagne

¹⁴¹ *La République et l'Universel*, Professeur Bouretz, Folio histoire, 2002, p.93

¹⁴² *La République et l'Universel*, Professeur Bouretz, op cit, supra, p.91

faculté de droit de Paris et comme Maître de Conférences à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, dans le domaine du droit canonique.¹⁴³

A : Le départ pour Douai

Il enseigne à Douai, le droit criminel et l'histoire du droit.¹⁴⁴ D'autres détails plus précis méritent d'être soulignés. Il y resta de juillet 1875 à août 1879. Il y enseigna l'histoire du droit romain et du droit français en doctorat.¹⁴⁵ Il est initialement chargé d'un cours de droit criminel à partir du 25 octobre 1875, puis le 17 juillet 1877, il est chargé d'un cours complémentaire d'histoire du droit romain et d'histoire du droit français. Il succède au chartiste Barthélémy Terrat.¹⁴⁶ Peu d'éléments ont été donnés par les documents dépouillés sur cet aspect de sa vie.¹⁴⁷ Il faut mentionner un portrait assez élogieux broché par M. André Weiss. « *Nommé à Paris le 8 août 1879, il eut vite fait de retrouver, sur ce plus grand théâtre, le succès qui avait accompagné ses premiers pas (...).* »¹⁴⁸

B : Le retour à Paris

¹⁴³ Il convient de se reporter à l'essai du Professeur Boia, Hégémonie ou déclin de la France ? La fabrication d'un mythe national, Les Belles Lettres, 2009. A la page 128, il précise que Victor Duruy s'inspire du modèle allemand pour combler le retard français. Il s'agit de la recherche et des séminaires.

¹⁴⁴ Dictionnaire historique des juristes français, op cit, p.311

¹⁴⁵ Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, Professeur Halpérin, Revue d'histoire du droit, numéro 75 (3), juillet-septembre 1997, p.415, note de bas de page.

¹⁴⁶ Hommage à Adhémar Esmein, Jacques Bouineau, Méditerranées, Revue du Centre d'Etudes Internationales sur la romanité, numéro 22-23, 2000, pp.13-15. Certaines précisions sont données en notes de bas de page. Il conviendrait de dresser assez rapidement le portrait du chartiste. Il naquit en 1845 et mourut en 1890. Il suivit un parcours d'études classiques au lycée de Saint-Etienne. Il a été élève de la Faculté de droit de Paris et de l'Ecole des Chartes. La soutenance de sa thèse fut faite en 1875. Cette dernière portait sur La Tradition dans l'Ancien droit français. L'influence de deux maîtres fut importante. Rozière et Tardif, notamment. Il est surtout retenu pour son enseignement de l'histoire du droit à la Faculté libre de l'Institut catholique de Paris. Tardif professa un enseignement scientifique, s'inspirant des nouvelles méthodes de l'Ecole Historique allemande. Les documents électroniques figurant ci-dessous permettent d'éclairer la vie de Terrat : www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/bec/0373-6237-1910_num71_1_460977 C'est un extrait de la bibliothèque de l'Ecole des Chartes, 1910, volume 71, numéro 71, pp.699-701. La nécrologie est de Marius Sepet, suivi d'un discours de Paul Viollet, Président de la Société de l'Ecole des Chartes. Voici l'adresse du second document : www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/bec_0373_6237_1890_num_51_1_462640 Extrait de la bibliothèque de l'Ecole des Chartes, chroniques, 1890, volume 51, numéro 51, pp.195-204. Delisle et Meyer.

¹⁴⁷ Notice sur la vie et les travaux de M. Esmein, p.257, André Weiss, Membre de l'Académie des Sciences Morales et Politiques, Institut de France, séance du 10 février 1917, 1917-4, pp.255-267

¹⁴⁸ Ibid. supra, pp.257-258

Voici ce que le Professeur Halpérin décrit en des termes très clairs « *Sa carrière est, de même, étroitement liée aux grandes réformes républicaines qui ont affecté l'Université française des années 1880 aux années 1900.* »¹⁴⁹ Esmein est donc nommé professeur. On lui confia un cours de droit commercial et industriel (en remplacement de Lyon-Caen) en 4^o année. Ces particularités de la vie d'Esmein, méritent certes d'être mentionnées, mais il semble que son domaine de prédilection soit l'histoire du droit et le droit constitutionnel. Toutefois, il reste une figure de proue dans beaucoup de domaines juridiques, tant en droit privé qu'en droit public.¹⁵⁰ « *Tout l'intéresse ; il sait tout ; il dit bien tout et sa méthode est lumineuse. C'est un juriste universel, surtout connu comme historien du droit ; il est aussi, avec Hauriou, un des pères du droit constitutionnel : un comparatiste (notamment avec le droit constitutionnel britannique) ; un transformateur du droit civil ; un spécialiste de la procédure pénale ; et il ouvre les voies contemporaines de l'ethnologie juridique.* »¹⁵¹ En ce qui concerne ce retour, il conviendrait d'apporter un témoignage privé qui illustre bel et bien la manière dont Esmein est perçu par sa hiérarchie. « *M. Esmein s'est créé très rapidement une situation scientifique déjà considérable. Il a un grand avenir ; il fera certainement honneur à la Faculté. Ses goûts et ses aptitudes le portent aux travaux historiques ; il est tout à fait à sa place dans l'enseignement qui lui a été confié, peut-être cependant, s'adressant à des élèves de première année, il donne trop d'importance aux détails d'érudition ; pas assez aux idées générales, à la partie politique et philosophique du sujet.* »¹⁵² Ne confondrait-il pas la licence et le doctorat, comme lui-même l'explique dans un document. Dans la licence en droit et le droit romain, il démontre longuement que la licence est un diplôme donnant une formation assez générale, tandis que le doctorat approfondit certaines questions.

Il faut analyser son professorat parisien. L'histoire du droit et le droit constitutionnel.

C : L'histoire du droit et le droit constitutionnel

Esmein a eu des goûts très précoces pour l'histoire du droit et le droit romain. Il suffit pour cela de constater et de lire sa vie comme un roman. Il faut noter que ces préférences ou ces appétits sont appréciés de la part de ses contemporains universitaires.

¹⁴⁹ Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, op cit, pp.415-416

¹⁵⁰ Anthologie de la pensée juridique, 2^o édition, Editions Cujas, Professeur Malaurie, février 2001, p.227

¹⁵¹ Ibid., p.227

¹⁵² F/17/25770, Enseignement Supérieur, Renseignements confidentiels, Ministère de l'Instruction Publique, Académie de Paris, mai 1882, Ibid.

La manière dont sa hiérarchie l'apprécie est éloquente. Cela manifeste un profond respect à l'égard de ce dernier, mais aussi une profondeur scientifique dans la conduite de sa carrière universitaire. En réalité, il s'agit d'une lettre à caractère privée entre le vice-recteur et le Ministre de l'Instruction Publique. Du fait que cela ne soit pas un document à caractère public, manifeste une authenticité, car le propos est plus libre que dans un document public ou administratif. En effet, un document administratif, conservé dans les Archives relatives à Esmein se présente de manière stéréotypé et lie le propos. « *Romaniste, distingué, épigraphiste, archéologue. (...) M. Esmein a donné à son cours un caractère essentiellement scientifique en même temps qu'il façonnait l'esprit juridique des jeunes étudiants de première année.* »¹⁵³

Il convient d'examiner la chronologie des faits, au travers de la question suivante : Quel est le parcours d'Esmein ? « *C'est dans ces circonstances qu'Esmein, attaché dès 1875 à la Faculté de Droit de Douai, où il enseigna le droit criminel, fut par surcroît chargé d'un cours complémentaire d'histoire du droit ; il y succédait à un jeune maître formé aux sciences historiques à l'Ecole des Chartes, Barthélémy Terrat, un des bons élèves de l'éminent professeur qu'était Adolphe Tardif. C'est pendant ces années passées à Douai, dont Esmein aimait à évoquer le souvenir, que s'éveilla en lui la vocation historique.* »¹⁵⁴ Son classement quant à l'agrégation lui imposa un cours de législation commerciale et industrielle. Durant trois ans, il conserva ce cours unique.¹⁵⁵ Dès 1881, un cours semestriel d'histoire du droit fut créé. Il était destiné à des étudiants de première année de licence. Un cours de droit constitutionnel, complétait aussi semestriellement le cours d'histoire du droit. Il en était la suite logique et naturelle, du point de vue de l'histoire des idées et des institutions politiques. Serait-ce davantage par pur engagement républicain que par méthode et érudition que fut nommé Esmein, dès 1879 à la chaire de droit constitutionnel de la Faculté de Droit de Paris ? Esmein est proche idéologiquement du pouvoir républicain et de Jules Ferry. Il est surtout recruté et choisi par le pouvoir républicain pour sa méthode et son érudition. Voici ce que note le Professeur Pinon « *C'est d'ailleurs tout le sens de l'article : montrer que l'utilisation de cette méthode historique va servir de levier pour conforter sa fibre républicaine.* »¹⁵⁶ Cette chaire de droit constitutionnel fut toujours très politisée à Paris. Depuis la

¹⁵³ F/17/25770

¹⁵⁴ Paul Fournier, *Esmein historien du droit*, *Revue Internationale de l'Enseignement*, Tome 70, 1916, pp.83-84

¹⁵⁵ Ibid. p.84

¹⁵⁶ Professeur Pinon, Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel Le cas Adhémar Esmein (1848-1913), *Revue du droit public*, N°1, 2007, p.199. Doctrine, Histoire des Idées

Monarchie de Juillet (1830-1848), « *un tel enseignement avait été donnée à Paris (...) en vue de diffuser une vision républicaine du monde auprès de la jeunesse bourgeoise dont les études de droit constituaient alors quasiment l'unique filière d'études supérieures.* »¹⁵⁷

Comment la pensée de l'auteur étudié est-elle appréciée ? Cela revient à s'interroger sur l'engagement républicain, et donc à analyser la manière dont le discours est porté dans la société.

Son approche sociologique est axée sur les rites et les pratiques symboliques. « *Un univers symbolique de référence.* »¹⁵⁸ Ce que démontre Sacriste dans le choix des élites républicaines au pouvoir, que ce soit la Présidence de la République avec Jules Grévy (1879) ou le Ministère de l'Instruction Publique, occupée par Jules Ferry (février 1879-septembre 1880 dans le Cabinet Waddington, puis Président du Conseil de 1880 à 1881 et à nouveau Ministre de l'Instruction Publique en 1882), c'est davantage de la défiance qu'un réel enthousiasme vis-à-vis de la création de ce cours de droit constitutionnel.¹⁵⁹ Il s'agirait bien au contraire d'une sorte de pis-aller dans le choix des prédicants. Le choix de tels agrégés, plutôt républicains laïcs, et de tendance protestante, sans être trop fanatique.

La plupart des républicains au pouvoir avaient toujours présentes à l'esprit les désolations de la Commune de 1870-1871. « *On ne peut trop préjuger qu'à ce stade, il soit de quelque manière choisi pour ses options politiques républicaines plutôt que pour son érudition et ses compétences spécifiques et rares en histoire du droit.* »¹⁶⁰

Il est patent que cette chaire de droit constitutionnel provoque un certain effroi. Peut-on discuter de l'essence même du régime ? Doit-on, ou plutôt qui aurait la légitimité nécessaire de questionner le fondement même du soubassement idéologique des républicains ? Il est certain qu'un danger rôde. L'histoire du droit, viendrait comme une sorte d'appendice, ou en tout cas, comme une méthode, s'inscrivant en filigrane pour compléter et conforter la base même du régime républicain. L'auteur étudié ici, appartient à un courant de penseurs républicains s'inscrivant dans un certain schéma de pensée. Ce schéma de pensée s'incarne dans des « figures types » de l'histoire des idées

¹⁵⁷ Professeur Sacriste, thèse pour le doctorat de science politique, Paris I, IEP, 2002 *Le droit de la république (1870-1914) Légitimation de l'Etat et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début de la III^e République*, page 32

¹⁵⁸ Ibid. p.32

¹⁵⁹ Ibid. pp.74-75

¹⁶⁰ *Les Actes du Colloque*

politiques. Le juriste Esmein construit un certain réel, imagine un ordre juridique, répondant à des besoins de société précis.¹⁶¹

Comment le juriste-historien, l'être libre, porteur de valeurs trouve-t-il l'écho dans la société et par la société ? « *Or, les rapports entre les juristes et la société se définissent à travers des hommes, groupes de pression et idéologues à la fois, qui ont un visage culturel et économique précis. Ceux qui contribuent à l'élaboration des lois ont des pensées parfois divergentes qui s'expriment et se combattent sans cesse avant d'arriver aux formules normatives.* »¹⁶² Esmein est porteur de certains schémas de pensée, qui marqueront des générations de juristes.¹⁶³

Quels sont les rapports entre d'une part l'enseignement du droit constitutionnel et l'histoire du droit et d'autre part la société issue de la Révolution ? Esmein en tant que juriste semble confronté à la société du XIX^e siècle. Le Code Civil, fruit d'une longue maturation sociale, récupéré par le pouvoir politique « hyper centralisateur » de la Révolution Française (1789-1815), ne correspond plus aux besoins réels de la société. Pourquoi évoquer le Code Civil dès à présent ? Il est lié à la société et à la future République. Le pouvoir politique qui va naître, trouve ce Code, il l'accepte. « *Dans les discours préliminaires au Code Civil, civil est synonyme de citoyen ou de civique. (...) Or l'idéologie de 1789 nie les rapports sociaux reliant les individus entre eux. Civilement, constitutionnellement, il n'y a plus de classes sociales. Cela n'est plus reconnu.* »¹⁶⁴ Or, le XIX^e siècle doit opérer une mutation normative dans beaucoup de domaines. D'un point de vue épistémologique, le regard du juriste sur la société se modifie. « *C'est que l'ordre juridique dépend des fondements philosophiques admis au principe du système dans lequel il s'insère.* »¹⁶⁵ Pour renouveler la matière du droit constitutionnel, cet auteur puise à la source même du droit français. L'histoire du droit, lui permet de redécouvrir la coutume et la jurisprudence. Ce qui renouèle l'idéal républicain, notamment le contrat social de Rousseau, à l'origine du droit, c'est la

¹⁶¹ Il faut se reporter aussi à l'ouvrage du Professeur Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Le Bel aujourd'hui, Hermann, 2007, 287 pages. « La fable a donc radicalement changé de sens et c'est cette capacité du système à produire son propre imaginaire qui sera mise à l'épreuve dans la rencontre du droit et de la philosophie. » pp.30-31

¹⁶² André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, P.U.F, collection Sup, 1975, p.8

¹⁶³ Julien Bonnet, *La pensée juridique française de 1815 à 1933*, Tome II, 1933, p.459.

¹⁶⁴ Claude Nicolet, *Ibid.*, p.332

¹⁶⁵ André-Jean Arnaud, *Ibid.*, page 10. De façon générale, le Professeur Arnaud, démontre la mutation normative opérée par la Révolution Française, centralisant le droit, par la création des Ecoles de Droit. Il démontre notamment que la génération des juristes de la fin du XIX^e siècle s'attache à diversifier les sources du droit pour renouveler le Code Civil.

diversification des normes juridiques ; cet élan scientifique se manifeste de façon accéléré à la fin du XIX^e siècle.¹⁶⁶

Esmein, est l'un des juristes de la première génération à insister sur la République. Cette dernière ne doit pas être violente. Au niveau du système idéologique même, où la République puise-t-elle sa légitimité ? « *C'est d'autant plus légitime, comme on l'a vu que l'idéologie républicaine ne prétend justement à aucune autre autorité que celle de sa propre pertinence.*¹⁶⁷ *La République trouve son enracinement dans diverses ramifications historiques constituant autant de phénomènes sociaux. Qu'est-ce qu'un phénomène social ? Il s'agit de la production, de la diffusion et de l'intériorisation d'un modèle.*¹⁶⁸ *Le juriste est créateur d'ordre ; en insérant les objets et les hommes dans des catégories juridiques bien définies, la société est imprégnée de rites et de mythes qui lui permettent de fonctionner et de se renouveler. « Lorsqu'il s'agit de gérer un monde, nul n'est mieux qualifié que le juriste, pour y introduire un ordre, hiérarchiser les objectifs, agencer les compromis. (...) Le juriste est à l'aise dans une société dont les ressorts lui sont connus. (...) L'est-il autant lorsque la dialectique de l'ordre et du mouvement est déséquilibrée par la pression presque exclusive des forces progressives ? »*¹⁶⁹ Esmein, au travers de ces cours d'histoire du droit et de droit constitutionnel a maintenu tant bien que mal un certain ordre.

Un certain paradoxe peut être noté. Cela s'inscrit dans la démarche intellectuelle de l'auteur étudié. Dans sa manière d'être républicaine, il semble qu'il se range dans un courant idéaliste, mais assez jusnaturaliste. Nicolet distingue trois courants chez les républicains de la fin du XIX^e siècle. « Les idéalistes affirment avec ou sans foi religieuse, leur fidélité à une forme ou une autre de droit naturel. Vacherot, Jules Simon, Renouvier, Hauriou, Esmein, Compayré, ont une tendance scientifique, « *mais la science de la morale qu'elle cherche si elle peut s'appuyer sur l'histoire est aprioristique et*

¹⁶⁶ Ibid., page 117. Le Professeur Arnaud, parle dans ce chapitre du « temps des trublions » en y incluant Esmein.

¹⁶⁷ Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France*, op cit, p.41

¹⁶⁸ Ibid. p.12. Claude Nicolet explique sociologiquement ce phénomène avec les lois psychologiques. Il s'agit de la lente et difficile assimilation républicaine. Les décennies 1870 et 1880, fourmillent de recherches érudites, tant par des historiens des Facultés des Lettres comme Aulard, Lavis, Seignobos que par les juristes-historiens comme Esmein, pour lequel le retour au mythe fondateur de 1789 est important.

¹⁶⁹ *Les juristes et la vie politique de la III^e République*, Yves-Henri Gaudemet, PUF, 1970, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, série Science Politique, numéro 21, pp.5-6, préface de Burdeau.

déductive. »¹⁷⁰ Son attitude semble jusnaturaliste. Elle est aux antipodes de ce que le Professeur Halpérin appelle « *les thèses positivistes et normativistes.* »¹⁷¹

Sans aborder la question de la méthode, il faut tout de même souligner ici, ce point névralgique qui guide la pensée du maître. Esmein affirme « *Les lois ne sont pas faites pour reconnaître les faits historiques ; elles sont faites pour créer des droits.* »¹⁷² Les lois créent des droits ; cela semble être un lointain écho des révolutionnaires. Les lois créent un ordre objectif, mais semblent imprégnées de subjectivité. La valeur de la personne est ainsi consacrée par cet élément jusnaturaliste, dans le cercle des idées politiques. Le jusnaturalisme est dans la reconnaissance et l'effectivité de ces droits.

Les républicains au pouvoir, récupèrent l'ordre existant et cherchent à créer une nouvelle réalité mentale. Ils doteront celles-ci de structures adéquates. L'histoire du droit et le droit constitutionnel sont appréhendés comme de véritables « catéchismes nationaux ». Par catéchisme, cela renvoie à une image ecclésiologique. Il s'agit avant tout de bâtir une société, en formant les jeunes esprits dans les facultés de droit, pour appliquer les nouveaux principes. Toutefois, ces principes ne sont guère nouveaux. Ils furent proclamés dès 1789. Les craintes sont moindres, car le corps social dans son ensemble a goûté au suffrage universel. Ce dernier sera maintenu uniquement pour l'élection des députés à la Chambre des Députés. C'est comme si la société s'était parlementarisée. « *Mais en même temps le gouvernement n'est pas le privilège de ceux qui ont des connaissances : investi d'une volonté autonome et d'une liberté qui suppose l'égalité absolue de droit, l'individu est citoyen, et il n'est de bon gouvernement que celui qui lui garantit ses droits. (...) On se croit (...) dans la République de Jules Ferry. Tout y est : le refus de la transcendance, la souveraineté nationale, les garanties individuelles, l'idéal d'une république rurale de petits propriétaires, et surtout le combat laïque pour et par l'école.* »¹⁷³ Le droit constitutionnel est la matière centrale dans l'enseignement du maître ; éclairée par l'histoire du droit, cette matière s'insère dans le passé national. Avec la volonté de Jules Ferry et sa mentalité bien particulière, des compromis ont pu

¹⁷⁰ Ibid., page 348. A la page 333, figure en note de bas de page, une appréciation de Nicolet, précisant qu'« Esmein considère que ces théories jusnaturalistes sont dépassées sur le plan du droit constitutionnel. » En effet, l'auteur charentais n'admet pas la Déclaration de 1789, comme un document à valeur positive. Il le renvoie comme un simple texte à valeur philosophique. Mais le paradoxe ne serait-il pas levé ici ? Peut-être que ce jusnaturalisme est devenu philosophique.

¹⁷¹ Les Actes du Colloque, Esmein, 2007, Université de Cergy-Pontoise, op cit, Professeur Halpérin, p.53

¹⁷² Article du Professeur Halpérin, Ibid. p.53. C'est un extrait de l'article d'Esmein sur La loi de Séparation et l'encyclique Gravissimo, *Revue politique et parlementaire*, 13^{ème} année, tome L, octobre, novembre, décembre 1906.

¹⁷³ Claude Nicolet, La République en France, état des lieux, Libre examen, Seuil, 1992, pp.24-25

être établis. Esmein a beaucoup écrit sur le droit constitutionnel, mais il convient d'insister sur ce que Claude Nicolet nomme « *République, Education, Civisme.* »¹⁷⁴

Pour enraciner cette idée républicaine en France, il a fallu partager une certaine vision de l'homme, une éducation différente donnée à tous. L'élargissement progressif des couches sociales vers le progrès de l'intelligence et de l'instruction. « *Ce n'est pas quitter le domaine de la politique, au contraire, que de rappeler une originalité remarquable de la doctrine républicaine française : elle repose avant tout sur une certaine idée du destin collectif des hommes qui part de la constatation des procédés et des progrès de l'esprit humain. Fruit perfectionné de la philosophie des Lumières et de l'Encyclopédie, cette conviction fait de l'homme en dehors de toute transcendance et de toute métaphysique, le seul recours possible pour l'homme.* »¹⁷⁵ C'est un discours sur l'homme et pour l'homme dans le cadre de la République. En poursuivant la lecture de cet ouvrage, Claude Nicolet insiste sur les fondements de la République. Il semble que ce soit l'idée d'échange et de rapports basés sur la linguistique et les sciences cognitives qui animent et sous-tendent toute l'action des hommes. En démontrant le lien nécessaire entre raison et langage, cela oblige l'homme à se penser lui-même en toute autonomie, sans se référer à une transcendance. La République ne cherche à faire sortir l'homme de l'histoire, mais à l'y inscrire. « *Il y a un lien nécessaire entre les progrès collectifs de l'esprit et celui des institutions politiques.* »¹⁷⁶ L'homme devient un citoyen par cette éducation éclairée qui le fait émerger. Il s'agit de rapprocher l'homme du pouvoir, afin peut-être, de rejoindre l'idéal antique d'Aristote, d'être tour à tour gouvernant et gouverné. Pour reprendre Emile Chartier, sans idolâtrie, sans amour, sans vénération à l'égard du pouvoir.¹⁷⁷

Le vœu des républicains de Ferry à nos jours, en passant par le juriste-historien du droit insiste sur la valeur de la laïcité. C'est la construction rationnelle de l'homme raisonnable qui se veut libre. La République, dans ses paradigmes les plus profonds veut la liberté. Claude Nicolet rapproche la laïcité et la République qui éduque, à tous les niveaux, que ce soit à partir de l'instruction primaire jusqu'à l'enseignement universitaire supérieur. « *La reconnaissance de ses principes, que la laïcité réclame de*

¹⁷⁴ Ibid. pp.62-63

¹⁷⁵ Ibid. pp.62-63

¹⁷⁶ Claude Nicolet, op cit supra, p.63

¹⁷⁷ Il convient de citer Claude Nicolet à la page 71 : « Supprimez le rationnel, le positif, le cognitif, vous risquez de tomber dans l'endoctrinement totalitaire, ou les bons sentiments invertébrés ; supprimez, au contraire, la morale, la fraternité, la solidarité et vous risquez, au mieux, d'élever une génération de chicaniers revendicatifs aux vues étroites et aux cœurs secs. »

l'autre, n'est pas une abdication, une adhésion sans réserve : c'est une reconnaissance raisonnée, une transaction, une loi à laquelle on doit obéir sans forcément l'aimer. On doit lui obéir parce qu'elle se démontre, parce qu'elle est susceptible de justification cognitive et rationnelle. Qui le nie à présent ? »¹⁷⁸

Au travers de ces cours de droit constitutionnel et d'histoire du droit ce juriste a pu donner la mesure de tout son génie et de sa virtuosité juridique. Il semble canaliser et absorber la notion de pouvoir civil et de société civile. Pour lui, le trait de la France Républicaine se retrouve dans deux aspects. « *Comme Bodin, Esmein a toujours défendu l'Etat, l'Etat qui se confond aujourd'hui avec le pouvoir civil, héritier de nos rois.* » (...) « *Pour qu'il puisse remplir (l'Etat) sa mission d'arbitre et de régulateur de la vie sociale, il le veut respectueux de tous les droits individuels, de toutes les libertés.* »¹⁷⁹ Voilà certainement l'une des explications, ou du moins, l'un des aspects du jusnaturalisme d'Esmein. Certains documents permettent de retracer brièvement l'évolution de la matière du droit constitutionnel.¹⁸⁰ En 1879, ce juriste-historien fut donc choisi pour assumer ce cours semestriel. En réalité, une tendance historique au roman national « catéchisme », un peu à l'image de Lavisse pour les jeunes générations, semble inscrire ce cours dans cette ambiance. C'est parce qu'Esmein vient de l'histoire du droit et du droit romain, que le Ministre, en partie décide de lui confier cette nouvelle chaire. Cette chaire, qui a tant fait trembler les régimes politiques depuis 1815. On dirait qu'elle semble domptée.¹⁸¹ Ces cours sont censés donner une base républicaine pour la future société qui doit se penser comme telle. La société française étant ainsi objet, sujet, et modèle se reflétant à lui-même pour les générations futures. Cet aspect orléaniste, c'est-à-dire le fait que les républicains se glissent dans des formes plus parlementarisées

¹⁷⁸ La République en France, op cit, Claude Nicolet, p.89

¹⁷⁹ Julien Bonneacase, La pensée juridique française de 1804 à 1933, Tome II, 1933, p.461

¹⁸⁰ Professeur Sacriste, Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République. Pp.13-14, op cit, Ferdinand Hérold dépose une proposition de loi au Sénat. Cet homme est un républicain. Il est accompagné par Eugène Pelletan, qui a rédigé un rapport, discuté au Sénat le 26 mai 1879. Le Professeur Sacriste émaille sa thèse de nombreuses références sociologiques qui, permettent d'éclairer les repères « juridico-politiques symboliques. » S'agissant de la chaire de droit constitutionnel de Paris, Jules Ferry, alors Ministre de l'Instruction Publique, profite de la démission du Doyen de la Faculté, Colmet-Daage, pour créer une chaire de droit constitutionnel, qui s'inscrit vraiment dans le maillage républicain.

¹⁸¹ Professeur Sacriste, cf. supra, Ibid., pp.19-21-22. Il participe en 1878 pour le prix Bordin de l'Académie des Sciences Morales et Politiques. Cela lui ouvre les portes de Paris. Le concours portait sur l'Ordonnance criminelle de 1670. Le Professeur Sacriste nous renseigne sur les rapports entre Esmein et le Ministre de l'Instruction Publique, Jules Ferry. Le Ministre l'appelle car il incarne la nouvelle méthode inductive. « Le 19 octobre 1881, il est donc nommé dans ce cours d'avant-garde et apparaît comme l'un des professeurs « bien dans l'esprit » dont Louis Liard parle dans L'Enseignement supérieur en France, pour assurer les cours nouveaux propres aux réformes universitaires républicaines. »

de la vie sociale et politique toute entière. « *Il suffit de rappeler à ce sujet, par exemple, que les républicains, jusqu'en 1875, étaient (très logiquement d'ailleurs) opposés au régime parlementaire.* »¹⁸²

Cet historien du droit, pétri de culture classique, romaine ; son érudition et sa connaissance de l'allemand vont certainement le projeter vers une virtualité parisienne, voire nationale.¹⁸³ Il est certain que ses réseaux et ses relais lui permirent de rester dans une ambiance républicaine. Ses maîtres, tels Gide et Giraud, mais aussi Accarias, le firent avancer. Lors de son séjour à Douai, il rédige des chroniques sur le droit de l'Empire allemand, insérées dans *L'Annuaire de législation étrangère* de 1877 à 1879. Il est soutenu par l'Académie des Sciences Morales et Politiques.¹⁸⁴

Très rapidement, et pour répondre à la menace boulangiste de 1889, le cours de droit constitutionnel sera semestriel. Il s'agit du décret du 24 juillet 1889. « *Esmein aperçoit aussitôt le lien étroit et l'enchaînement logique rattachant l'un et l'autre les deux enseignements qui sont désormais les siens, et dont, à quelque temps de là, la création d'une chaire d'histoire du droit et de droit constitutionnel allait, en lui conférant la maîtrise, cimenter et consacrer l'unité. Agrégé, puis professeur titulaire en 1891.* »¹⁸⁵ Il conviendrait de noter ce que pense de lui ses supérieurs hiérarchiques à propos de l'enseignement en histoire du droit. « *A propos du cours dont il est chargé depuis 1881, un cours d'histoire générale du droit français : il est remarquable par le*

¹⁸² Claude Nicolet, *La République en France, état des lieux*, pp.45-46. Nicolet, aux pages 32 et 33 souligne la volonté des républicains d'associer la pensée des Anciens et des Modernes. « De même, d'ailleurs, qu'ils prétendent confondre les deux contrats (celui qui, par des droits naturels, affirme l'éminent dignité des individus et celui qui, par le relais, de la citoyenneté active exige la participation de tous à la volonté générale), les républicains français prétendent aussi réconcilier la liberté des Modernes, individualiste, possessive et entreprenante, et la liberté des Anciens, qui implique exercice réel du pouvoir et pratique des « vertus civiques. » Nicolet insiste sur le fait que les républicains français sont constamment partagés entre le régime représentatif et la démocratie directe. Pour que le régime représentatif fonctionne, cela doit passer par une éducation des individus afin de créer une ambiance de volonté générale rousseauiste, synonyme de démocratie directe. Cette dernière doit à son tour « huiler » la mécanique du régime représentatif.

¹⁸³ Le terme de virtualité renvoie davantage à l'histoire des mentalités et des représentations, à l'imaginaire comme l'entend quelque peu le Professeur Boia. Ce sont les projections intellectuelles qui deviennent des normes sociales. Elles étaient jusque-là des rêves, des figures dormantes.

¹⁸⁴ L'histoire du droit et l'enseignement du droit constitutionnel vont de pair. En 1881, indique André Weiss, à la page 258 « était créée dans toutes les Facultés de droit, un cours d'histoire générale du droit pour les étudiantes de première année. » En 1889, « il reçoit la mission d'enseigner le droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris, en licence. » Voilà ce qu'indique le Professeur Pinon, op cit, à la page 199. « En effet, en 1889, un changement dans le plan des études, qui, réduisant à un semestre le cours intitulé quelques années plus tôt, y ajouta, l'usage des mêmes élèves et à la charge du même professeur, un cours également semestriel, portant sur les éléments de droit constitutionnel. » André Weiss, *Notice sur la vie et les travaux de M. Adhémar Esmein*, p.260

¹⁸⁵ Ibid.p.260

*caractère scientifique qu'il lui a été donné tant en le maintenant au niveau de l'intelligence d'élèves qui commencent l'étude du droit. (...) C'est un travail d'érudition juridique et historique d'une grande valeur. »*¹⁸⁶

Quel doit être l'intérêt du droit constitutionnel ? Il a été étudié précédemment que cette matière devait consolider le régime et créer de nouveaux rapports sociaux. Le droit constitutionnel est au service de la liberté et non du régime. « *C'est dans cet esprit que le Professeur Esmein ne voit dans l'Etat lui-même que le produit naturel de l'esprit humain. »*¹⁸⁷ Qu'entendrait-il par cette expression ? C'est le sentiment le plus simple et le plus spontané de l'homme que de vouloir un Etat, c'est-à-dire une certaine organisation ; parce que cette organisation correspond à des sentiments voulus et désirés par l'homme ; ils sont au nombre de deux, la liberté et la justice. Joseph Barthélémy de préciser : « *Les principes du droit constitutionnel. (...) Qu'il interroge le sentiment commun et instinctif des peuples civilisés, qu'il s'inspire des enseignements de l'histoire Moderne, qu'il voit dans le suffrage universel une force naturelle répondant à un sentiment de justice instinctive, qu'il prétend n'obéir qu'au bon sens et à l'histoire. »*¹⁸⁸ Esmein semble décrire ici le sens de la démocratie. Par sens, il ne s'agit pas d'utopie devant se réaliser, au sens marxiste ou chrétien, dans un avenir plus ou moins flou. Mais la démocratie, par le truchement du droit constitutionnel éclaire bel et bien la vie des hommes en société, en démontrant qu'elle est le sentiment le plus naturel et le plus spontané.

L'histoire du droit, a été érigée en science autonome dès 1896 ; il s'agit de la plus haute consécration universitaire, l'agrégation. « *Les partisans du sectionnement finirent par triompher dès 1896, grâce à Esmein qui veilla particulièrement au sort de l'histoire du droit. »*¹⁸⁹ Toutefois, certaines peurs se firent entendre, notamment par le plume et la voix de Bufnoir. C'était la crainte d'un repli de l'histoire du droit.¹⁹⁰ Le grand dessein d'Esmein est de se servir de cette méthode d'histoire du droit pour éclairer le droit constitutionnel. Un peu plus tard Marc Bloch l'entendra dans le sens d'une vaste

¹⁸⁶ AJ/16/214, Ce sont deux documents qui semblent répéter la même chose. Le premier est un document officiel du Ministre de l'Instruction Publique et du doyen de la Faculté de droit de Paris, en 1887. Le second réitère à peu près la même teneur dans le propos. C'est une lettre privée du 11 mai 1888 du doyen.

¹⁸⁷ Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, préface à la sixième édition, Joseph Barthélémy, p. XXX

¹⁸⁸ Ibid., supra, p.XXXI

¹⁸⁹ Revue d'histoire des sciences humaines, 4, 2001. La science juridique entre politique et sciences humaines, XIX^e, XX^e siècles, p.24. L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire, Professeur Halpérin.

¹⁹⁰ Ibid.p.24

corporation. « *La corporation des historiens du droit existe déjà en fait, il revenait à l'agrégation de la consacrer et de l'unir à celles des romanistes qui s'étaient déjà ralliés à la méthode historique.* »¹⁹¹

Est-ce que l'histoire du droit se coupe du reste de la matière juridique ? D'un certain point de vue, l'histoire du droit semble éloignée, mais en réalité tout au long de la thèse, il s'agit de comprendre que l'histoire du droit et des idées politiques, inspirent un renouveau ; un renouveau qui permet de régénérer le droit lui-même, car il ne faut pas perdre de vue l'attitude d'Esmein, qui paraît encore peu perceptible. Il explique que les éléments du passé, ne sont pas une matière vaine, mais que les formes d'autrefois permettent au droit de poursuivre son questionnement éternel, par les principes. Ce sont deux niveaux de temporalité qui se croisent. Donc, sans l'histoire du droit, le droit n'aurait plus de sens, car il ne serait plus qu'une matière technique et desséchée. Mais, au-delà de l'histoire du droit et de toute critique, il convient de noter qu'il s'agit avant tout de préoccupation sur l'homme et sa place dans la société ; bref, un discours sur le droit, pour montrer que la dialectique entre force du progrès et de la conservation existe. L'histoire du droit, a répondu à un moment donné à cela. « *Les années 1880 et 1890 marquent un véritable tournant pour l'histoire du droit en tant que discipline académique. Une première génération, sortie du moule académique de l'agrégation de droit, se spécialise dans la matière, qui continue par ailleurs à être enseignée par des civilistes ou des publicistes en début de carrière comme Saleilles Ou Hauriou. (...) Le débat relatif à l'instauration d'une agrégation spécifique débute dès 1881-1882. De nombreux juristes, à l'instar de Bufnoir, craignent alors de couper les études historiques de tout lien avec le droit positif et de les cantonner dans le domaine de l'érudition pure. Le pas est pourtant franchi avec le sectionnement de l'agrégation en 1896. La création d'un corps d'enseignants spécialisés en droit romain et en histoire du droit français est alors défendue par Esmein au nom de la technicité croissante de la recherche historique.* »¹⁹²

Quelle est cette histoire du droit qui semble se dessiner ? Il n'a pas été simple de la consacrer en science, comme le montre Pierre Legendre. Le droit romain a été qualifié de « sociologique » par Durkheim.¹⁹³ Pierre Legendre constate que les juristes ont raté le

¹⁹¹ Ibid.p.24

¹⁹² Dictionnaire de la culture juridique, op cit, Histoire du droit, p.785, Professeur Halpérin

¹⁹³ La Revue administrative, op cit, Doctrine et information générale, L'administration sans histoire, Les courants traditionnels de recherche dans les Facultés de droit, Pierre Legendre, 1968, p.429. C'est l'aspect scientifique du droit romain qui est mis en avant, notamment pour l'Antiquité. La célèbre distinction entre Ius Publicum et Ius Privatum.

rendez-vous avec la sociologie au XIX^e siècle. C'est donc l'histoire du droit qui va initier un mouvement dans les Facultés de droit au XIX^e siècle. « *L'avènement de l'Histoire spécialisée dans les Facultés de Droit est intervenu en pleine réaction contre l'Histoire engagée. La fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle marquent incontestablement le succès définitif des scientifiques en Histoire. (...) L'Histoire n'est plus faite pour illustrer une doctrine. (...) Quoi qu'il en soit, le nouvel idéal pénètre dans les Facultés de Droit sous l'influence décisive des Historiens romanistes.* »¹⁹⁴

C'est à un renouveau que procède la III^e République, afin de renouveler l'enseignement juridique. C'est toute la matière qui semble quelque peu se solidifier en un instant avec la consolidation du nouveau régime ; le nouveau régime qui puise dans le passé national. « *Ces promesses ou ambitions ne se concrétiseront qu'avec la III^e République, notamment dans les années 1889-1896. Le nombre des facultés passe à 14 à la fin du siècle. Le recrutement des professeurs qui se fait par un concours d'agrégation national depuis 1855 distingue désormais quatre spécialités (privé, public, histoire du droit et économie politique). C'est la consécration de la diversification des programmes qui peut se généraliser. Il est vrai que les facultés ont désormais, depuis 1871, un concurrent avec l'Ecole Libre de Sciences Politiques. (...) L'enseignement du droit est en effet marqué par l'Ecole Scientifique qui dénonce l'étroitesse de vue de leurs prédécesseurs et proclament aller par le Code Civil au-delà du Code Civil, selon le mot de Saleilles.* »¹⁹⁵

§ 3 : La Maîtrise de Conférences à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, l'Ecole Normale Supérieure de Sèvres, l'Ecole Libre des Sciences Politiques.

Il conviendra d'examiner successivement ces différents aspects.

A : L'Ecole Pratique des Hautes Etudes

Parallèlement au professorat exercé à la Faculté de Droit de Paris, il est aussi Maître de Conférences dans cette Ecole. L'origine historique de cette Ecole est marquée

¹⁹⁴ *La Revue administrative*, op cit, supra, p.432

¹⁹⁵ *Dictionnaire de la culture juridique*, Professeurs Alland et Rials, PUF, Quadrige, 2007, article Enseignement du droit, Professeur Chêne, pp.624-625

par les idées républicaines. Les Facultés de théologie d'Etat ont vues leur organisation modifiée par le pouvoir républicain. En effet, le 21 mars 1885, « *le budget des facultés de théologie catholique est supprimée par un simple amendement à la loi de finances.* »¹⁹⁶ Le Professeur Sacriste évoque la pression idéologique d'hommes libres penseurs, francs-maçons, protestants. Par conséquent, est créée dès 1886, la section des Sciences religieuses de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, dans laquelle Esmein est Maître de Conférences en droit canonique. Il y est nommé Directeur d'Etudes en 1903 et président de la 5^e section en 1906.¹⁹⁷ C'est un Esmein, laïc, agnostique, mais surtout gallican.¹⁹⁸ Le nouveau pouvoir républicain confie ce cours de droit canonique à l'illustre Esmein, qui donne « *une version de l'histoire des relations entre l'Eglise et l'Etat, qui allait régulièrement dans le sens du pouvoir étatique.* »¹⁹⁹

Toutefois, il semble que l'on décèlerait, dans un extrait de La question des investitures dans les lettres d'Yves de Chartres, un certain anachronisme chez Esmein. Certes, pour paraphraser quelque peu Raymond Aron, il serait tentant de dire « *La vocation de la science est inconditionnellement la vérité. Le métier de politicien ne tolère pas toujours qu'on la dise.* »²⁰⁰ Esmein affirme, certes précautionneusement, que « *La suppression des investitures données par les souverains temporels, c'était dans un certain sens, la séparation de l'Eglise et de l'Etat.* »²⁰¹ Esmein était-il libre en affirmant cela ? La réponse serait positive. Son intuition géniale, son tempérament véritable est patent dans ces quelques propos. Toutefois, il faut rester toujours prudent dans ses comparaisons. Le Professeur Pinon²⁰² note avec le Professeur Sacriste qu'un certain tabou peut être brisé. « *Il serait plus inconvenant encore d'apprendre qu'un engagement politique a pu modeler toutes leurs constructions.* »²⁰³

Il a fallu remonter à la source même de la pensée d'Esmein et ce qui frappe c'est son attitude intellectuelle. Sa démarche vis-à-vis de la matière canonique, donc implicitement, ses rapports avec l'Eglise catholique, mais cela pourrait être étendue à l'ensemble des religions présentes sur le sol français, c'est l'absence d'attitude

¹⁹⁶ Professeur Sacriste, sa thèse, op cit, p.23

¹⁹⁷ Professeur Halpérin, Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, op cit, p.416, note de bas de page numéro cinq

¹⁹⁸ Professeur Sacriste, thèse, op cit, p.25

¹⁹⁹ Ibid. p.25

²⁰⁰ Maw Weber, Le savant et le politique, op cit, p.37

²⁰¹ Esmein, La question des Investitures dans les lettres d'Yves de Chartres, extrait du tome I de la bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes, Section des Sciences Religieuses, 1887

²⁰² Doctrine, Histoire des Idées, Revue du droit public, numéro 1-2007, pp.193-229, Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel. Le cas d'Esmein, p.197

²⁰³ Professeur Pinon, Ibid., p.197

agressive. « Aussi, cette dualité de la loi civile et de la loi religieuse qui n'avait pas empêchée l'harmonie de s'établir entre le pouvoir séculier et l'Eglise dans l'Empire romain, et dans la monarchie franque, aboutit-elle dans les Temps Modernes à un véritable antagonisme entre le mariage civil et le mariage canonique. La cause profonde de ce conflit regrettable se trouve moins dans les principes que dans l'histoire. »²⁰⁴

La démarche d'Esmein est surtout pragmatique. Il ne cherche pas à fermer le passé, encore moins à cristalliser le présent dans des formes surannées ou dans des représentations mentales délirantes et fictives. Il se veut d'abord au service de la société. Pour lui, le modèle romain d'une législation « naturelle » et empirique doit être à son service. Ainsi que cela été dit ci-dessus, il ne souhaite pas qu'une métaphysique quelconque triomphe ou s'impose avec son appareil dogmatique et idéologique. Evoquant les conflits entre le Temporel et le Spirituel, « Il n'y a point là une dépossession de la justice séculière au profit de la juridiction ecclésiastique ; il y a seulement une combinaison de deux actions qui sont l'une et l'autre, sous l'autorité du pouvoir royal, au service de la société. »²⁰⁵ Ce bâtisseur d'une société libre, se montre au confluent de l'histoire. Il est encore trop tôt d'essayer de définir l'histoire chez ce penseur. Après tout, cette thèse aurait pu s'intituler aussi, La pensée politique d'Adhémar Esmein : sa confrontation avec l'histoire.

Lors de la période révolutionnaire, les lois civiles des 20 et 25 septembre 1792, créant un autre rapport pour la société. Le mariage civil et le divorce, puis le Code Civil les consacrant, avec le maintien pragmatique de Bonaparte (1799/1815). L'auteur étudié démontre son rapport avec le droit canonique. « Dans les lois de la Révolution, le mariage civil apparut avec une portée toute nouvelle : il était l'application d'une idée simple et fondamentale. La société civile, représentée par l'Etat était considérée comme parfaitement distincte des sociétés religieuses. »²⁰⁶ Il insiste surtout sur un aspect important. Il montre que la législation civile, n'est pas un système a priori, encore moins ex nihilo, cependant que la Révolution entendait créer un homme nouveau. Au contraire, la législation relative au mariage canonique coule encore et innerve le système civil. « Il ne faudrait pas croire cependant que le législateur français, en prenant cette position, ait produit une réglementation du mariage entièrement nouvelle et ne se rattachant en

²⁰⁴ *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Tome XIV, 1890, La juridiction de l'Eglise sur le mariage en Occident, p.221

²⁰⁵ Ibid. p.186

²⁰⁶ Ibid. p.214

*rien au droit canonique ; ce serait un résultat contraire aux lois générales du développement historique. »*²⁰⁷

Il critique l'attitude de l'Eglise catholique, cependant qu'il conforte celle de l'Etat républicain. Toutefois, si on appliquait la méthode d'Esmein, fût-ce au prix de quelques contorsions intellectuelles, on pourrait aussi dénoncer les positions arc-boutées. « *Ces privilèges (législation et juridiction) qui n'étaient qu'un produit historique obtenu grâce une certaine circonstance dans un milieu déterminé, elle les revendique comme des droits absolus ; elle en fait de véritables dogmes. »*²⁰⁸ Autrement dit, Esmein ne comprend pas l'attitude figée, prête à défendre avec nostalgie et rêverie, les douceurs du passé. Qu'entend-il par être au service de la société ? Implicitement, c'est à se demander s'il n'est pas partisan de la juste mesure ou du « zoon politikon ». L'homme a un horizon bien précis et déterminé, la vie en société, par et pour elle. Au travers du mariage en droit canonique en Occident, depuis l'époque romaine et jusqu'à ses cours dispensés à la fin du XIX^e siècle, c'est l'histoire et son mille-feuille incompressible qui le fascinent. Il ne semble pas « religieux métaphysicien », dans le sens où cette vie terrestre devrait suivre une forme prédéterminée formellement et de toute éternité, au sens des Idées de Platon. Nous pourrions peut-être rapprocher ceci d'un texte de Montesquieu. « *Si les lois des hommes ont à venger un être infini, elles se régleront sur son infinité, et non pas sur les faiblesses, sur les ignorances, sur les caprices de la nature humaine. »*²⁰⁹ Une précision mérite d'être apportée. Elle concerne l'attitude du penseur. Il fut enterré religieusement, et détestait « *l'esprit de secte* ». ²¹⁰ Il faut relever, qu'il ne cherchait point querelle avec le Vatican, ou quelque autorité religieuse que ce soit. Ce qui démontre une fois de plus que cet homme n'est pas dogmatique ou fanatique. « *Il dirige ainsi la Section des Sciences Religieuses au moment de la Séparation des Eglises et de l'Etat. Il sait alors faire face à l'opposition de ses collègues, et garde l'estime des prélats, le Vatican reconnaissant la valeur de son ouvrage de droit canon. »*²¹¹

Il faut examiner son enseignement à l'Ecole Normale Supérieure de Sèvres.

B : L'enseignement à l'Ecole Normale Supérieure de Sèvres

²⁰⁷ Ibid. p.215

²⁰⁸ *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Ibid. cf. supra, p.221

²⁰⁹ 1789, Recueil de textes et documents du XVIII^e siècle à nos jours, Ministère de l'Education Nationale, de la jeunesse et des sports. 1989, Centre National de la Documentation Pédagogique. Montesquieu, Quand la liberté est favorisée par la nature des peines et leur proportion, 1748, p.14

²¹⁰ Professeur Halpérin, Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, op cit, p.416. Il s'agit de la note de bas de page numéro 6.

²¹¹ Antoine Levent, op cit, p.103

Malheureusement, les informations ne sont guère précises et détaillées à ce sujet. Il s'agit « *de conférences de droit usuel* », données dès 1896.²¹² Son enseignement s'est aussi déroulé dans une autre institution, tout aussi prestigieuse. Le Professeur Halpérin rapporte des éléments intéressants.²¹³

C : L'Ecole libre des Sciences Politiques

Il serait judicieux de traiter des motivations d'Emile Boutmy et de montrer l'esprit de l'institution, c'est-à-dire la mentalité ambiante dans laquelle professa l'illustre homme. Au cours de la guerre de 1870, le professeur prussien a gagné la bataille intellectuelle. Cette génération, marquée et traumatisée par cet échec de l'Empire bonapartiste (1852/1870) se tourne vers la République. On ne peut pas dire qu'il y ait vraiment un réel enthousiasme, mais la prochaine guerre de 1914-1918, finira par cimenter les Français.

Quel est vraiment l'intérêt de cette Ecole ? Comment Emile Boutmy a-t-il pu la justifier ? « *Cependant l'ébranlement produit dans les esprits par les évènements de 1870 avait déterminé chez nous un renouveau des études historiques ; la génération qui souffrait de voir la France humiliée dans le présent se rejetait dans le passé pour y retrouver la France glorieuse. Ce renouveau ne pouvait manquer de se faire sentir sur le terrain de l'histoire des institutions.* »²¹⁴

Mais que veut Boutmy ? Il ne s'agit pas de rentrer dans sa méthode, mais dans ses mobiles ; mobiles guère allusifs, d'ailleurs. Pour relever la France, il faut s'inspirer de la méthode allemande. Ici, cela est clair. Il s'agit de régénérer l'homme, mais pour y parvenir, il faut modifier le contenu des programmes d'enseignement, en créant une Ecole, capable d'éveiller de jeunes cerveaux et de leur montrer la voie possible de l'amélioration nationale. « *L'histoire ne doit pas seulement prêter son cadre aux autres sciences d'Etat : elle doit être la base de tout cet ensemble et en constituer l'unité morale. (...) Elle repose profondément sur un élément moral et sentimental.* »²¹⁵ Adhémar Esmein y assurera des cours. En revanche, cette Ecole

²¹² Ibid. p.416, note de bas de page numéro 5

²¹³ Les Actes du colloque, 2007, Cergy-Pontoise, op cit, p.47, le professeur Halpérin d'expliquer qu'Esmein était un éclectique. Esmein disait : « Un calcul très précis que j'ai fait de l'emploi de mon temps. (...) Un touche-à-tout. » Pour Le Professeur Halpérin, il ne peut travailler en profondeur.

²¹⁴ Revue Internationale de l'Enseignement, Esmein historien du droit, Fournier, op cit, p.83

²¹⁵ Revue Internationale de l'Enseignement, Observations sur l'enseignement des sciences politiques et administratives, p.238, Tome 1^{er} janvier-juin 1881, pp.237-249, Emile Boutmy

renouvella sa méthode dès 1881, avec son directeur Emile Boutmy, qui y rentra la même année.²¹⁶

Boutmy propose une méthode différente d'enseignement ; basée sur la méthode inductive, ces enseignements devaient renouveler la formation des cadres du pays. Cette institution fut patronnée par des personnalités politiques, marginales et quelque peu délaissées. « *Des hommes comme François Guizot, Hippolyte Passy, Edouard Laboulaye, Hippolyte Taine avaient directement patronné la nouvelle institution.* »²¹⁷

Boutmy semble partager à peu près certaines vues avec le charentais quant à l'appréciation fondamentale de la Constitution anglaise. Toutefois, certaines différences sont perceptibles, notamment quant à la structure même du régime parlementaire anglais.²¹⁸

Le paradigme britannique sert de modèle pour fonder cette Ecole Libre des Sciences Politiques. Par la connaissance de certaines lois, dites déterministes, la société parviendra à retrouver ce qui constitue sa raison d'être ; le peuple français doit revenir aux formes qui l'ont toujours habitées. Le paradigme anglais sert de point de repère et donc de ralliement pour les libéraux. Cela dure depuis le XVIII^e siècle, lorsque l'on opposait le modèle anglais, parlementaire et le modèle français, dit absolutiste. En réalité, ces concepts, ne sont pas éternels, mais subissent le poids inexorable de la masse temporelle de l'histoire, donc ils sont soumis à un changement de sens, tant dans leur définition que dans le champ sémantique. Grâce à cette Ecole, un retour sur soi-même de caractère et de tempérament conservateurs pourra s'effectuer. Il ne s'agit plus de modifier l'homme in abstracto, mais de revenir à ce qui constitue l'esprit même du peuple français. Cette génération de républicains fait le choix des compromis empiriques nécessaires, avec des monarchistes orléanistes et des libéraux. Seul le modèle anglais semble le plus à même de cristalliser cela. La République n'est pas qu'un vain discours, car elle porte un cadre formel permettant un compromis fondamental vers le régime de la liberté. Le but de cette Ecole semble être donné dans l'article du Professeur Pasquiel-Briand : « *Comme une volonté de créer les conditions d'émergence d'une aristocratie qui sera en mesure de stabiliser l'implantation démocratique, de l'encadrer pour qu'elle n'enclenche pas de soubresauts révolutionnaires. La société progressive de Boutmy implique de penser les évolutions dans le respect des formes préexistantes : le*

²¹⁶ Professeur Sacriste, Esmein, Un légiste au service de la République, op cit, p.16

²¹⁷ Ibid. p.16

²¹⁸ Colloque de l'AFHIP, Aix-en-Provence, septembre 2010, Faculté de droit : Emile Boutmy et le modèle constitutionnel anglais : Intelligence narrative, explication psychologique et fonction prudentielle de la Constitution anglaise, Professeur Pasquiel-Briand

nivellement social, le gouvernement par une élite éclairée préservant un ensemble de valeurs demeure le moteur de la société politique qu'il promet. »²¹⁹ Plus généralement, cela sous-tend une question de fond, déterminante. Quel doit être le rôle et la place de l'Université ainsi que de cette institution des Sciences Politiques ? S'agit-il d'une école purement professionnelle, abordant des questions techniques, spécialisées ou l'Université doit-elle répondre à des vœux plus généraux et plus éthérés ? Il ne s'agit pas du public, mais de ce que la Nation entend faire de son avenir. Son avenir passe par l'histoire. « *Pour ne point tomber dans les illusions humanitaires ou millénaires, l'histoire n'est point pessimiste ni égoïste (...); elle est une admirable institutrice de sentiments nobles dans un cadre proportionné à la faiblesse humaine. C'est pourquoi j'estime qu'une forte éducation historique, prolongée pendant une année au moins et dont le centre serait la vie nationale, devrait servir d'introduction à l'enseignement des sciences d'Etat, et j'ajoute que l'esprit historique ne devrait pas cesser de donner le ton à toutes les études subséquentes.* »²²⁰ L'histoire donne une éducation générale pour créer cette « *aristocratie bienveillante* » et neutralisée pour reprendre l'expression d'Esmein. C'est moins une école professionnelle, utilitariste qu'un enseignement général et fondamental, au service de la progression scientifique de la société. C'est un état d'esprit « *supérieur* » qui habite ces individus.

Quelle est la différence entre les Facultés de droit, dénommées Ecoles de droit et les sciences d'Etat, enseignées dans les Sciences Politiques ? C'est une différence de méthode, mais aussi d'état d'esprit. « *Les Facultés de droit n'ont pas l'ambition, et en cela elles ont cent fois raison de donner à leur programme le mérite d'une variété encyclopédique. Ce qu'elles proposent à juste titre, c'est de donner plus de fonds et plus de portée aux études juridiques, en y faisant une plus large part au développement historique du droit et à la législation comparée.* »²²¹ L'état d'esprit de l'Ecole libre des sciences politiques a l'air de rester à peu près identique jusqu'à 1945. Cela concerne l'étude de « *la sociologie électorale, le comportement politique et la communication principalement, celle des facultés de droit, avec les institutions politiques, l'histoire des idées et forces politiques.* »²²² De plus, il convient de noter l'état d'esprit qui anime cet enseignement entre la fondation de cette Ecole jusqu'à 1945 ; l'une des figures

²¹⁹ Article du même professeur, même colloque, p.14

²²⁰ Revue Internationale de l'Enseignement Supérieur, Observations sur l'enseignement des sciences politiques et administratives, Tome 1^{er}, janvier-juin 1881, p.239, Emile Boutmy

²²¹ Ibid.p.243

²²² Revue d'histoire des sciences humaines, 2001, 4, p.97, Professeur Milet, L'autonomisation d'une discipline, la création de l'agrégation de science politique en 1971

marquante et originale fut bien sûr Esmein. Cela est noté en note de bas de page : « *Cette science politique se résume (...) au droit politique entendue comme théorie générale de l'Etat, et restreinte à une analyse historique et à l'étude du fonctionnement des institutions de la III^e République. (...) Le constitutionnaliste et historien du droit Esmein enseigne ainsi de 1901 à 1913, l'histoire parlementaire et législative de la France depuis 1789.* »²²³

Cette biographie est loin d'être exhaustive, d'autres poursuivront cette chaîne des chercheurs. Il a été noté ce qui paraissait être le plus important. D'autres éléments de la vie de l'illustre charentais n'ont pas été évoqués. Cela ne sous-entend pas un caractère inintéressant, mais le manque d'informations ou l'absence de relief ont abondé dans ce sens. Toutefois, d'autres détails de sa vie peuvent être évoqués sommairement. Dès 1879, précise le Professeur Jacques Bouineau²²⁴, Esmein effectue son retour à Paris. Il faut citer certains compliments laissés par le doyen. Cet universitaire n'est pas imbu de sa personne. Il possède des qualités privées et une attitude de simplicité allant de pair avec la recherche ; activité certes, solitaire, mais allant aussi dans le sens de l'affabilité et de l'amitié. « *Caractère excellent, élocution facile, ... enseignement des plus substantiels.* »²²⁵ Et le vice-recteur de poursuivre : « *savant et distingué ; il a sous tous les rapports une situation exceptionnellement bonne.* »²²⁶ Esmein fut l'initiateur de nombreuses revues : *La revue trimestrielle de droit civil*, *La revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, *La revue politique et parlementaire*. Il codirigea avec Dareste *La nouvelle revue historique de droit.*²²⁷ Il obtint des distinctions honorifiques ; il est fait Chevalier de la Légion d'Honneur, le 31 décembre 1897, Officier d'Académie, Officier de l'Instruction Publique, commandeur de l'ordre de Léopold II de Belgique et membre de l'Académie des Sciences Morales et Politiques en 1904. De plus, il fut désigné de 1908 à 1911, comme maître-suppléant du Tribunal des Conflits.²²⁸

Les Archives Nationales, notamment les documents suivants : F/17/2833, AJ/16/214, F/17/23163 et F/17/25770 contiennent certaines lettres privées qu'Esmein adressait à ses supérieurs, universitaires, académiques ou ministres. Le professeur se

²²³ Ibid. p.99

²²⁴ Jacques Bouineau, Hommage à Adhémar Esmein, op cit, p.14

²²⁵ Renseignement confidentiels du 17 mai 1876, Archives Nationales, F/17/25770,

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Jacques Bouineau, Hommage à Adhémar Esmein, op cit, p.14

²²⁸ Ibid.p.13 et Professeur Halpérin dans son article Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, op cit, p.416

plaint dans une lettre de problèmes de santé assez graves, mais il garde un profond respect et un professionnalisme. C'est une éthique personnelle. « *Je n'ai point jusqu'ici, vous le savez, ménagé mon zèle et mon travail, et il me sera très pénible d'interrompre ma vie professorale.* »²²⁹

Il convient d'aborder et d'examiner la méthode proprement dite du penseur étudié.

²²⁹ F/17/23163, Paris, Janvier 1899, lettre d'Esmein au Directeur de la Section Permanente

CHAPITRE 2 : LA METHODE DE L'HISTORIEN DU DROIT

Il conviendra d'examiner le recours aux sources et ses influences afin de mieux analyser ce que cet auteur entend par l'histoire. L'histoire et le droit au service de la société de la république.

I : Le recours aux sources

Il s'agit d'étudier ici, les sources historiques à proprement parler. Chronologiquement, il conviendra de les examiner de l'Antiquité jusqu'à la Révolution. Il est important de mettre en relief aussi que certains penseurs ont guidé l'illustre maître. Ceux-ci seront examinés. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive de penseurs. Esmein n'adopte pas à leur rencontre un a priori quelconque.

§ 1 : Les sources historiques

A : L'Antiquité : une référence incontournable et la mère des idées politiques pour le renouvellement des études

Ici seront examinés les idées, le cheminement du penseur au travers de cette vaste période. Le cadre géographique est l'Ancien monde de la Méditerranée. La chronologie s'impose. L'Antiquité sera abordée avec le judaïsme, le monde gréco-romain ancien et païen dans lequel il faudra considérer le fonctionnement juridique et sociologique des sociétés anciennes.

1 : Le judaïsme et les rois sacrés ; théorie de la monarchie de droit divin

Le judaïsme et l'influence qu'il apporte sur la civilisation occidentale. Il faut tout de même souligner que les éléments de la culture juive ne sont guère nombreux. Il les évoque en reprenant des éléments de la tradition orale, qu'il appelle les vieux mythes. Il ne sera pas traité de cela, pour l'élément juif. En effet, les contes populaires rentrent dans le fonctionnement des sociétés primitives. Toutefois, une idée est intéressante et marque d'une certaine manière le monde occidental monarchique. Il faut mettre en

évidence qu'Esmein n'est pas un monarchiste, bien qu'il n'ait aucun a priori fondamental ou systémique à cet égard. Ce qui prime chez lui, c'est la liberté politique.²³⁰

Ce penseur évoque le droit divin. Il paraît fermement opposer à ce droit. Il obéit à une certaine logique, qui se conçoit de façon légitime. A partir du moment où une société souhaite évoluer vers un fonctionnement démocratique, la logique divine ne prime plus. Elle ne peut plus soutenir la structure d'une société. Par conséquent, c'est une métaphysique qui ne répond plus à une certaine attente de la société. Elle ne la légitime plus. « *C'est une conception qui ne peut avoir sa place dans la science de la société civile : le monde moderne conçoit l'Etat comme distinct et indépendant de toutes les sociétés religieuses et de tous les dogmes des religions diverses. Il faut même ajouter qu'aux yeux des docteurs catholiques les plus autorisés, il n'y a jamais eu en réalité, de roi véritablement et directement institué par Dieu, sauf le roi Saül et ses successeurs.* »²³¹ La question qui se pose est comment la monarchie absolue de droit divin a pu être systématisée par Bossuet ? Les informations fournies ne permettent pas d'approfondir ce point.

2 : *Les anciens mythes du monde méditerranéen,*

Le fonctionnement des sociétés primitives : L'absence d'Etat ou d'organe centralisé

Il convient de se pencher sur le fonctionnement des sociétés primitives. Quelle est leur raison d'être ? Un certain ressort, voire même un état d'esprit différent du nôtre anime ces sociétés. Elles sont animées par d'autres principes, d'autres modes de valeurs. Michel Foucault disait « *l'émergence de l'histoire à la fois comme savoir et comme mode de l'être de l'empiricité.* »²³² L'univers antique décrit par Esmein, semble assez violent et dépourvu de pitié. Par pitié, ce dernier entend un sentiment d'affection et de bonté qu'un père a vis-à-vis de sa progéniture. Il critique à ce propos le droit romain

²³⁰ Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 1^{ère} édition, Paris, 186. L'auteur exclut le II^o Reich, et au cours de ses éditions successives, il semble tolérer dans « le sérail des libertés publiques occidentales » la Russie. Est-ce dû au rapprochement entre la France et la Russie pour la future Triple Entente ? La Perse et l'Empire Ottoman ne semblent pas faire partie de cet univers. S'agissant de la forme que doit revêtir un Etat, il ne pose pas de conditions sine qua non. L'auteur indique que si la forme est monarchique, elle doit tout de même fonctionner sous un régime parlementaire et de Cabinet. Le Royaume-Uni n'ayant pas de Constitution écrite, n'a pas adopté de principes explicites à cet égard.

²³¹ Ibid. pp.162-163

²³² Démocratie antique et démocratie moderne, Moses, I, Finley, Petite bibliothèque Payot, 2006, .35

pour son attitude. Il le trouve trop abstrait et limité seulement à des principes. Les individus semblent mus seulement par ces principes juridiques. « *Mais le Code n'est pas la dernière expression du droit de Justinien. Après lui viennent les Novelles ; et là l'empereur, jugeant utile de faire disparaître l'ancien principe qui depuis longtemps le droit l'admettait plus que pour le violer, inaugura un nouveau système successoral, fondé sur les idées d'affection naturelle et d'humanité.* »²³³

Que faut-il entendre par mythe ? « *On comprend encore que ces contes (la coutume primitive, les contes populaires), par la force si profondément conservatrice de la tradition populaire, se soient fidèlement conservés et transmis de génération en génération même dans les pays civilisés. (...) C'est pour cela que la science des idées, des coutumes et des traditions populaires, ou Folklore, est aujourd'hui une branche essentielle de l'archéologie ou de la mythologie comparées.* »²³⁴ Ce qui frappe, c'est l'élément conservateur de la tradition populaire. Il faudra analyser ces deux aspects ; le conservateur et la tradition populaire. Ils ne sont guère si différents de cela. Les deux aspects sont comme l'avert et le revers d'une même médaille. « *Les traits ainsi conservés dans les contes populaires ont été utilisés fréquemment pour reconstituer la civilisation primitive, matérielle ou morale. Ils l'ont été plus rarement pour retrouver les institutions et la coutume primitives. Pour l'étude de ce vieux droit coutumier, qui se trouve à la base même des sociétés humaines, ils peuvent fournir cependant de précieux renseignements.* »²³⁵ Il convient dès lors de se pencher sur la Haute antiquité gréco-romaine, vieux tréfonds de notre civilisation. Esmein considère que ces deux peuples ont à peu près les mêmes éléments de civilisation. Pour cela, il faut étudier la famille, le patrimoine, la place et le rôle de la femme, en tant que mère et épouse. Les éléments de justice primitive, seront analysés. Il serait intéressant de s'enquérir aussi de la vision du droit romain chez l'illustre charentais. Pourquoi s'appesantir autant sur les contes populaires ? Il semble qu'un lien puisse être tissé entre ces contes populaires se transmettant de génération en génération et les vieilles institutions sociales, familiales de la lointaine Antiquité. En effet, c'est toujours le droit que l'on retrouve comme dénominateur commun entre la culture orale et l'écrit. Par écrit, il faut entendre les textes décrivant précisément les anciennes mœurs et les habitudes de ces sociétés passées. « *Cette conception et ce droit sont encore écrits dans certaines lois anciennes,*

²³³ Faculté de droit de Paris, Thèses pour le doctorat, thèses d'Esmein, op cit, p.125, dans la partie du droit romain

²³⁴ *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Tome XXIV, 24^{ème} année, 1900, La coutume primitive dans un conte populaire, p.6

²³⁵ Ibid. p.7

qui en ont conservé les survivances, en les adaptant à un milieu et à un temps où la justice publique est déjà née et administrée. »²³⁶

Qu'en est-il dès lors de ces anciennes sociétés ? Esmein les décrit avec un esprit de synthèse et d'analyses profondes. Sans porter de jugement de valeur explicite, on peut deviner, en filigrane, ses choix de société. L'illustre auteur s'appuie sur un récit de la Genèse, il s'agit de Jacob quittant son beau-père Laban.²³⁷ « *Incontestablement nous avons là un tableau de mœurs très anciennes. Ce vieux récit nous reporte vers une époque où, à vrai dire, la loi n'était pas encore née pas plus que la société dont elle est l'organe nécessaire. A ces âges reculés on ne trouve que des groupes d'hommes, de forme patriarcale, isolés et indépendants. Chacun d'eux reconnaît l'autorité absolue et sacrée de son chef héréditaire, mais il n'existe au-dessus d'eux aucune autorité commune et supérieure. Les relations que ces divers groupes ont entre eux, en dehors de l'état de guerre ouverte, ne sont réglées que par une sorte de droit des gens rudimentaire : cependant nous saisissons là en voie de formation une coutume, qui deviendra impérative lorsque ces grandes familles seront entrées sans se confondre, dans une organisation plus complexe, et formeront une nation. »* Divers éléments sont décrits par le penseur. Il s'agit d'un état primitif de la vie des hommes. Ni la loi, ni la société, n'existent. C'est dire si l'adage latin est si fort « *Ubi societas, ibi Ius* ». La loi et la société sont intimement liées et supposent un minimum d'organisation. Il faut qu'une société atteigne un petit supplément de civilisation historique pour accepter de se juridiciser. Le charentais décrit aussi que, ce sont divers groupes, obéissant à un fonctionnement patriarcal, qui s'affrontent. Il existe pour chaque groupe un chef absolu et sacré. S'agit-t-il d'une monarchie élective ou héréditaire ? Pour parler de monarchie, il faudrait qu'un minimum de société existe, avec des règles précises. Dans ce cas, rien ne peut être affirmé. L'universitaire souligne avec acuité l'aspect coutumier. Pour lui, c'est déjà un droit en voie de formation. Cela signifie que ces groupes épars prennent conscience du droit. C'est déjà un peu de droit, sans que la société soit parfaitement juridicisée ou pas du tout.

3 : Prégnance des règles coutumières, la Grèce, Rome, avec prédominance des rapports de droit privé

²³⁶ *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, La coutume primitive dans un conte populaire, op cit, supra, p. 16

²³⁷ *Note pour l'histoire des institutions primitives*, Esmein, 1884, p.5

Par l'expression « droit privé », il ne faut surtout pas entendre ce droit tel que l'on pourrait le concevoir dans une société organisée et complexe. Il suppose l'existence d'un appareil créant des règles juridiques. Il faut que ces hommes prennent conscience du droit, c'est-à-dire acceptent de pacifier leurs relations sociales. Rien de tel ici. Néanmoins, en ce qui concerne l'organisation de la justice, celle-ci s'opère par la vengeance. « *La raison qui explique la coutume persistante de pareil procès, paraît être dans l'obligation morale, qui incombait aux proches d'un homme tué, de venger sa mort ou, du moins, de faire pour cela tout ce qui était en leur pouvoir.* »²³⁸ Il s'agit ici, d'un sentiment intuitif qui n'obéit plus à un instinct. Certes, l'état de la société demeure encore grégaire, mais une perception plus fine se dessine. Esmein parle d'obligation morale. Certes, morale, n'est pas juridique, mais la notion d'obligation l'est, puisqu'elle renvoie à un lien de droit, si ténu. L'auteur s'appuie sur des contes populaires issus de cultures différentes. Il s'agit du tréfonds méditerranéen, essentiellement. Les anciens Hébreux, au travers de l'Ancien Testament, mais aussi des anciens rites de la Grèce et de Rome.

En quoi se limite cet embryon de droit ? Bien que cela ne soit pas encore du droit, il existe certains éléments de fait, assez épars allant vers une juridicisation progressive du comportement des hommes. « *Mais la procédure et la morale primitives connaissent aussi et admettent des substitutions qui ne sont que des supercheries. L'homme primitif n'a aucun scrupule à duper les dieux ou à tromper les hommes, lorsqu'il peut le faire impunément, en mettant de son côté le bon droit qui consiste alors tout entier en cérémonies et en formules.* »²³⁹

Comment ces communautés d'hommes vont-elles évoluer vers une société imprégnée de droit ? Comme toutes les évolutions humaines, celles-ci sont lentes et graduelles, accompagnées d'allers et retours. Esmein en a conscience. Certes, la citation qu'il convient de donner ne traite pas de ces contes populaires, mais par un trait de génie, il cristallise bien ce sentiment, voire cet « état d'esprit de la société ». « *Il est difficile de déterminer la date de cette transformation ; comme de toutes celles que produisent à elles seules la coutume et la jurisprudence ; car pour l'opérer aucune loi n'intervint.* »²⁴⁰

²³⁸ Nouvelle revue historique de droit français et étranger, op cit, La coutume primitive dans un conte populaire, p.16

²³⁹ Ibid.p.22

²⁴⁰ Le mariage en droit canonique, Esmein, Etudes sur l'histoire du droit canonique privé, Tome 1^{er}, 1891, p.25

Ce qu'il souhaite expliquer paraît clair. Il entend démontrer que les évolutions de la vie des hommes se font, sans qu'une autorité compétente l'inscrive dans le marbre. En eux-mêmes, les hommes évoluent. En prennent-ils conscience ? Cela n'est pas toujours évident. Cette transformation s'effectue par le passage d'un monde de la culture orale, encore imprégnée de violence manifeste à un monde plus ouvert au règlement pacifique des différends. *« On sent bien qu'il y a là encore un acte tout volontaire et non l'accomplissement d'une obligation légale. Cependant nous avons là tous les traits de la poursuite du vol telle que l'organisent les coutumes primitives ; que dans l'esprit des hommes ces concessions volontaires et ces procédés pacifiques apparaissent comme obligatoires, et la loi sera née, quoique bien imparfaite encore. »*²⁴¹ Esmein appuie ses observations sur les nouvelles préoccupations des intellectuels et des chercheurs de cette fin du XIX^e siècle. Voici l'Europe, prête à reconquérir le monde, par la colonisation de l'Afrique, de l'Asie, de l'Océanie. Ce qui peut être observé est le fait suivant : Cet universitaire constate un phénomène, ce retour vers les origines primitives des « peuples civilisés ». Il se comporte en précurseur, car ces objets d'étude, n'intéresseront véritablement les chercheurs qu'au cours du XX^e siècle. C'est de l'ethnologie et de l'anthropologie juridique avant l'heure ! Implicitement, il tente d'expliquer ce qu'il entend par le droit, et une certaine compréhension de ce qu'il est, se dessine plus aisément. Le droit est donc un phénomène évolutif et historique. Il n'est point figé du tout dans un texte, pour toute éternité sur Terre. *« Depuis que l'attention et l'étude se portent vers les institutions primitives, bien des fois on a décrit la poursuite du vol telle qu'elle apparaît aux premiers temps. (...) Les législations anciennes des peuples Indo-Européens retracent le 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. D'ailleurs, elle n'est que la transformation de procédés plus rudes, où chaque incident est un acte de violence, à moins que ce ne soit un traité de paix. En conduisant les parties de la guerre privée à l'arbitrage, la coutume adoucie reflète encore les premières pratiques, mais pacifiée pour ainsi dire : du fait brut on passe à la procédure. »*²⁴² Il peut se modifier, un peu à l'image de la fiction d'H.G. Wells, La machine à explorer le temps, où l'on voit la civilisation britannique de la fin du XIX^e siècle, brillante et fière, succomber par l'oubli, dans ce lointain et glacial futur.

²⁴¹ Note pour l'histoire des institutions primitives, op cit, p.6

²⁴² La poursuite du vol et le serment purgatoire, p.233, pp.233-244, 1886, Esmein

Qu'est-ce qui représente chez Esmein ce moment de cristallisation ? Le monde romain, à un certain moment de son histoire le représente.

4 : Rome et l'Etat, l'histoire du droit romain, le droit civil, le droit pénal

Comment le maître parisien entend traiter le droit romain et la civilisation romaine ? « *L'application au droit romain de la pure méthode historique. (...) Enfin, si le droit romain remplit ces pages, il n'y figure pas seul ; j'en ai rapproché les institutions similaires que contiennent d'autres systèmes juridiques, et l'histoire propre du droit romain est soutenue par l'histoire du droit comparé.* »²⁴³ Il ne s'agit pas ici d'étudier dans le détail des faits, la vie du droit romain, la matière et le propos seraient trop longs. Il faut retenir l'esprit même de ce droit, avec la méthode historique. Selon l'auteur, le droit romain est la raison de l'Occident. Il a une vision du droit romain, que le droit romain avait aussi par ses jurisconsultes. La longue accumulation des siècles et la nostalgie d'un empire perdu pour toujours donnèrent ce sentiment, bien que chaque époque produise elle-même ses propres illusions ou espérances. « *On ne sait bien, en effet, que ce dont on connaît les origines et la source. Or, tout le droit de l'Occident a pour base première le droit romain. (...) Les Romains en effet ont été les créateurs du droit et nous vivons encore sur le fonds qu'ils ont créé. Sans doute avant eux, il existait, sous forme de coutumes ou de lois, des règles qui régissaient les rapports des hommes vivant en société ; il y avait des institutions privées ou publiques. Mais ils ont les premiers recherché et déterminé la nature de ces institutions ; ils ont les premiers analysé et classé ces règles ; ils en ont fait un système, c'est-à-dire une science.* »²⁴⁴

L'auteur se montre assez dur et critique à l'égard du droit romain, sans commettre d'imprudences de chercheur, c'est-à-dire qu'il ne porte pas de jugement de valeur sur les principes de cette époque. Il constate que ce droit s'achemine

²⁴³ *Mélanges d'histoire du droit romain et de critique*, Droit romain, 1886, Esmein, Préface

²⁴⁴ *Revue Internationale de l'Enseignement*, La licence en droit et le droit romain, Tome 44, juillet à décembre 1902, p.298. Esmein explique longuement que les études juridiques doivent rester « littéraires ». Il accomplit une dialectique entre les deux premières parties, en critiquant et en dénonçant la nouvelle réforme visant à ouvrir aux bacheliers ès sciences les études juridiques. « Mais ces études sont presque inutiles, pour celui qui veut étudier le droit ; elles peuvent même donner à son esprit une tendance et des habitudes qui cadrent mal avec la culture juridique. Les sciences naturelles sont des sciences d'observation Le droit n'en est point une (sauf une réserve que j'indiquerai plus loin) ; c'est une dialectique. (...) Mais rien n'est plus que le droit éloigné des mathématiques. Là point d'absolu, ni même rien de vraiment abstrait ; mais au contraire le sens nécessaire des réalités vivantes, de la mesure, des transactions inévitables ; c'est là ce que nous appelons le sens juridique, dont le développement est le but même de l'enseignement du droit. Pour cela la culture littéraire et historique fournit de beaucoup la meilleure préparation. » Esmein, p.293

progressivement vers un adoucissement des mœurs, vers une certaine reconnaissance de la femme, en tant que personne juridique. Voici un des traits de caractère de l'universitaire dans sa méthode : « *On peut aujourd'hui, grâce surtout aux Institutes de Gaius, décrire avec précision les effets de la conventio in manum mariti, telle que la comprenait les jurisconsultes de l'époque classique. Mais à quels besoins répondait cette institution ? Dans les temps anciens, pour lesquels elle fut créée ?* »²⁴⁵ Esmein s'appuie sur le fameux jurisconsulte pour peindre cette ancienne société. Progressivement, les aspérités de cette vieille société vont s'atténuer sous l'effet des mœurs. « *Dans l'idée antique, dans la maison (la domus au sens romain), il n'y a qu'un seul patrimoine.* »²⁴⁶ L'homme, est tout puissant, que ce soit sur les personnes physiques, l'enfant, la femme, puis les biens meubles, tels que des esclaves. Puis, ce pouvoir juridique ira en s'atténuant, sous l'effet des mœurs et non de la loi. « *La vieille uxor acquit le titre, de materfamilias, que confèrent les mœurs et non plus la jurisprudence.* »²⁴⁷ Plus généralement la vision globale de l'Antiquité quant à l'individu est holiste. Cela signifie qu'il n'existe point de libertés individuelles. « *Cela montre que la Cité, personne morale, fut longue à se dégager de la collectivité des citoyens. La Cité ne fut longtemps que l'ensemble et la réunion de ceux-ci. Mais il y a là aussi une application remarquable de la conception antique d'après laquelle la République, l'Assemblée du Peuple, disposait à volonté dans sa toute-puissance, de la personne et des biens des citoyens.* »²⁴⁸ Par l'entremise du droit romain, l'illustre professeur démontre que la science et l'intelligence habitent ce système juridique. Ce qui prouve, contrairement à des idées reçues, que les hommes parviennent à faire évoluer le système les subsumant. « *De même qu'on ne s'était pas tenu à la loi des XII Tables, on ne s'en tint pas au système prétorien. Les idées d'équité naturelle, d'affection et d'humanité allaient toujours grandissant.* »²⁴⁹ Ces trois sentiments sont certainement les plus importants pour lui. Il considère qu'une société, voire une civilisation évolue et son

²⁴⁵ Mélanges d'histoire du droit et de critique, La Manus, la paternité et le divorce dans l'Ancien droit romain, p.3, op cit

²⁴⁶ Ibid. p.4

²⁴⁷ Ibid. p.30

²⁴⁸ Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 18^{ème} année, 1894, Comptes rendus critiques, droit grec, Recueils d'inscriptions juridiques grecques, texte, traduction, commentaire, par Dareste et Haussoulier, Th Reinach, fascicules, I, II, 189-1892, p.404. Voici ce que disaient les auteurs : « Cependant, le droit public de l'Antiquité grecque révèle parfois par quelque trait saisissant. Ainsi, nous voyons une ville, celle d'Arkésiné, contracter un emprunt et donner au créancier pour débiteurs tous ses citoyens individuellement considérés ; elle lui donne en même temps comme garantie réelle, non seulement tous les biens publics, mais aussi les biens des particuliers, citoyens, métèques et habitants. »

²⁴⁹ Thèses pour le doctorat d'Esmein, op cit, p.112

degré d'évolution se mesure à l'aune de ces trois guides. Le point de départ de la Rome primitive, semble être décrit par Gide, de manière précise et obéissant à une logique historique pour l'étude du droit romain. Esmein se sert et cite cette méthode afin de montrer quels étaient les principes qui guidaient cette société oubliée. « *C'est que la famille romaine était tout autre chose que la famille telle que nous la concevons. C'était une corporation véritable avec ses institutions politiques, civiles, religieuses. Ces dernières les plus importantes à l'origine et ayant été la source des autres : « Une sanction religieuse, les premiers hommes n'en connaissaient point d'autre, consacra à l'origine ces deux institutions primordiales : la propriété et la famille.* »²⁵⁰

Il faudrait montrer ce que les vieux Romains entendaient dans leur conception juridique primitive. Pour cela, le penseur étudié, en s'appuyant sur des recherches récentes, parvient à l'expliquer avec plus de clarté. La société romaine ancienne est composée de petits propriétaires agricoles. Selon les historiens, il semble même que cela soit le point central de l'organisation romaine, c'est-à-dire sa vitalité même. La vertu épousant la fortune selon Machiavel. C'est par une sorte de lente décomposition du système politique et social, aux III^e et II^e siècles avant Jésus-Christ, que cette société se trouve métamorphosée. Le point de cristallisation semble être la disparition progressive de la petite propriété ; cela est naturellement la conséquence des Guerres Puniques et de la conquête du bassin méditerranéen. Au cours de La Deuxième Guerre Punique, « *une loi physiologique, loi même de la vie, veut que, contre une menace de décomposition, tout organisme se défende avec les éléments de résistance dont il dispose. (...) Elle se traduit dans la pratique par cette différence fondamentale qui sépare si souvent le pays légal du pays réel.* »²⁵¹ Et l'auteur de poursuivre en indiquant que la constitution même du pays, celle du pays réel existe encore, c'est-à-dire les valeurs de l'aristocratie et du sens militaire. Mais, le pays réel finira par succomber à deux phénomènes qui le détruisent, qui finissent bel et bien par avoir raison de la République. Il s'agit de la montée en puissance du capitalisme et de la formation d'une oligarchie accaparant véritablement le pouvoir. « *Elle se traduit essentiellement par deux phénomènes simultanés, la création du capitalisme, la disparition de la classe paysanne, phénomènes d'ordre social, d'abord, qui ne tarderont pas à se traduire, dans le domaine politique, par d'inquiétantes répercussions.* »²⁵² Il semble que l'auteur décrive un poncif, très

²⁵⁰ Thèses pour le doctorat d'Esmein, op cit, Introduction, Esmein cite Paul Gide : Etude sur la condition privée de la femme

²⁵¹ Nouvelle histoire romaine, Léon Homo, Marabout Université, 1979, p.129

²⁵² Ibid. p.133. N'y aurait-il pas là comme un écho ou une ressemblance de vues avec Aristote et sa définition du bon régime politiquement stable, car socialement apaisée voire apathique ? Moses I. Finley

souvent répété et admis depuis l'Antiquité grecque, celle de la décadence des régimes, cette fatalité à laquelle nul n'échappe, ni les individus, ni les sociétés dans leur fonctionnement dit organique. Les sociétés dites dans leur fonctionnement organique peuvent être analysées de deux manières ; la première concerne les phénomènes sociaux, c'est-à-dire le pays réel ; la seconde traite du politique en tant qu'instance décisionnelle, chargée d'une représentation symbolique. Il semble qu'Esmein affectionne tout particulièrement ce modèle de société. Il ne faut pas oublier que c'est un rural de naissance et d'éducation. S'agissant de l'usucapion, il décrit cette société. Il ne s'agit pas de rentrer dans des considérations théoriques et érudites. « *D'ailleurs, dans une société restreinte de petits propriétaires laborieux et vigilants, telle que la Rome Antique, lorsqu'une ou deux années s'étaient écoulées sans qu'aucune action eût été dirigée contre celui qui possédait une chose à titre de propriétaire, une présomption presque invincible devait l'élever en faveur du possesseur.* »²⁵³

Le droit antique ignorait-il les conceptions abstraites qui se dégageront au fur et à mesure. Là aussi, le degré d'une civilisation s'apprécie en fonction de cet aspect. De plus, le droit romain ignorait la notion d'autonomie de la volonté. Cette société pastorale et agricole (céréalière), semble reposer davantage sur un sentiment collectif. Peut-être que ce type de société a du mal à abstraire sa pensée et se limite à des actes individuels plus concrets. Cela ne signifie pas pour Esmein un retard, mais il cherche tout de même à élever le droit romain vers l'état de science. « *Supposer que la théorie primitive de l'usucapion négligeait la Iusta Causa et la Bona Fides, c'est faire une hypothèse qui, loin de répugner à l'esprit du droit ancien, est, au contraire, en parfait accord avec lui. Le droit antique évite par instinct la recherche des intentions ; il ignore la pensée individuelle dans les actes juridiques lorsqu'elle ne s'est pas affirmée dans une forme précise et connue d'avance.* »²⁵⁴ Le sentiment historique du peuple de Rome se conserve grâce aux juriconsultes de l'époque classique. Le plan choisi peut être traité chronologiquement, mais il conviendrait de respecter le sentiment historique, c'est-à-dire que la civilisation romaine peut être examinée en faisant un seul lien entre la période monarchique (-753/-509), puis la République (-509/-31), puis l'Empire (-31/495). Esmein appuie le trait suivant ; la méthode prime. « *La théorie première a*

dans Démocratie antique et démocratie moderne, à la page 48 explique que « la meilleure démocratie existerait dans un Etat comportant un vaste arrière-pays rural et une population relativement nombreuse de cultivateurs et de bergers. » Finley de poursuivre son propos avec Aristote : « qui, par suite de leur dispersion dans la campagne, ne se rencontrent pas très souvent et n'éprouvent pas non plus le besoin de ce genre de réunions. » Aristote, Politiques, VI, 1319a, 19-38

²⁵³ Esmein, sur l'histoire de l'usucapion, op cit, p.265

²⁵⁴ Ibid. p.261

laissé des traces dans le langage et dans les institutions. On sait que, respectueux du passé, les jurisconsultes classiques nous ont plus d'une fois conservé des formules anciennes qu'ils respectaient après des générations précédentes, bien qu'elles ne répondaient plus au droit contemporain. C'est une de ces maximes qui a éclairé d'une vive lumière l'histoire de la dot, ce sont de semblables adages qui ont permis de reconstituer les anciennes sociétés universelles ; c'est une vieille définition qui permet de croire à l'indissolubilité primitive du mariage chez les Romains. »²⁵⁵ Il paraît important de souligner que la peur de l'oubli semble s'accompagner par le sentiment du déclin chez l'auteur, la société romaine ira en s'oubliant. La crise du III^e siècle voit cette société périr. Paradoxalement, c'est celle des grands jurisconsultes qui, marquent dans le marbre de la codification, les formules les plus romaines qui, ne doivent jamais tomber dans les abîmes du temps. S'agissant de la procédure pénale romaine, il convient de la rattacher à la notion d'Etat. Le point d'orgue de la grandeur de cette civilisation est dans l'organisation familiale et étatique. Il compare les efforts accomplis par Octave Auguste pour retrouver les sentiments de la vieille République. « *Et s'il est vrai que l'empereur voulait à tout prix réformer les mœurs, il est certain que l'esprit public ne voyait pas dans l'adultère le terrible sacrilège des époques primitives : on eût protesté contre une peine qui eût paru certainement hors de proportion avec la faute.* »²⁵⁶ La justice pénale est étroitement liée avec l'ancienne corporation familiale. Pour Esmein, l'âge d'or de Rome semble être cette République. « *Pendant longtemps, on le sait, les crimes furent jugés par l'assemblée du Peuple, qui statuait directement ou l'organe de commissaires élus. Les comices votaient sur la peine proposée par le Magistrat Accusateur, comme ils eussent voté sur un projet de loi, n'ayant pour guide que la coutume ou leur bon plaisir.* »²⁵⁷ Ce pilier de la vieille République qu'est la famille revêt un aspect sacré. Esmein y rattache les notions de l'inviolabilité du domicile et de la

²⁵⁵ Esmein, op cit, histoire de l'usucapion, p.266

²⁵⁶ *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 2^{ème} année, 1878, Le délit d'adultère à Rome, p.29

²⁵⁷ Ibid. pp.1-2. Esmein de préciser : « Les lois des Iudicia Publica, substituant aux Comices les Quaestiones Perpetuae établirent d'une façon précise la définition de chacun des crimes et devaient connaître les jurés ainsi que la peine que le prêteur devait appliquer en cas de condamnation. » L'auteur de préciser : « Il est nécessaire de dire quelques mots de la pénalité dans les lois des Iudicia Publica en général. Dans toutes ces lois, les peines étaient fixes : elles ne comportaient ni maximum, ni minimum, n'admettaient ni aggravation, ni atténuation. Lorsque le vote de la majorité des jurés avait été condemnatio, le prêteur ou Iudex Quaestiones n'avait qu'à appliquer exactement la peine indiquée par la loi, il n'avait pas à la mesurer au fait ; elle était immuable. Il n'y avait pas de milieu entre l'absolue et la condamnation à la peine intégrale. » pp.28-29 Esmein avait longuement insisté sur le caractère rigide et extrêmement formaliste du droit romain. En matière de libéralité, il était interdit de faire une donation. Pour contourner ce formalisme étroit, il suffisait de faire un testament.

légitimité de la vengeance privée.²⁵⁸ L'Empire romain sera partagé en deux parties sous Théodose en 395. Deux univers différents vont exister et chacun évoluera à sa manière, avec son génie propre. S'agissant de l'Empire romain d'Occident (395/496), l'universitaire se montre assez pessimiste sur son évolution. Il constate que l'homme libre est une race qui a disparu. Quant à la propriété individuelle, elle n'existe plus et se retrouve subsumée dans de vastes ensembles agricoles, où les latifondiaires exercent leur art de gestionnaire.

Ce qu'entend l'historien du droit est assez clair. L'impression qu'il laisse du temps paraît quelque peu cyclique. C'est comme si tout Empire était marqué, par cette loi de la fatalité (naissance, précellence, déclin). Il précise en outre que, les éléments coutumiers ou les mythes originels se sont conservés dans les familles plus modestes, et ne font que réapparaître à la surface sociale. L'Empire n'aurait été qu'une construction artificielle. Plus tard, la III^e République, venant des traditions française et anglo-saxonne, puisera sa source dans les éléments populaires de la société. « *La même où les barbares ne s'étaient pas encore établis en maîtres, la société romaine tendait au point de vue du droit, à revenir vers la barbarie. L'administration de l'Empire, de plus en plus énermée et épuisée, se montrait impuissante à maintenir l'ordre et à distribuer la justice.* » (...) « *Ainsi reparaissaient à la surface quelques-unes de ces idées primitives et simples qui sommeillent si longtemps dans la conscience populaire : il s'établissait des pratiques rappelant les institutions de races peu avancées en civilisation.* »²⁵⁹

Un paradoxe peut être soulevé. Certes, ces deux institutions ne sont pas de même nature juridique. Esmein compare les latifondiaires et le colonat. S'agissant des latifondiaires, voici ce qu'il en pense : « *Lorsque disparut la petite propriété, la classe des cultivateurs libres ne disparut point. L'ancien propriétaire devint colonus sur les Latifundia, M. Mommsen vient de décrire à grand traits, mais avec une netteté singulière, cette transformation de la classe agricole. Sans doute le travail servile était fort prisé ; mais il n'était pas rare de voir reconnaître la valeur plus grande du travail*

²⁵⁸ Ibid. D'ailleurs à la page 3, l'auteur affirme : « Remontons aux origines. Le vieil Etat romain reposait, on le sait, sur l'organisation de la famille ; et la famille elle-même était bâtie sur une idée fondamentale, la religion du foyer, le culte des ancêtres. Du père aux enfants passé, avec les biens, ce culte sacré. Le fils et la fille sont les héritiers nécessaires du foyer qu'ils n'ont pas quitté et vraisemblablement à l'origine la volonté de l'homme était impuissante à changer cette dévolution. Dans un tel milieu, l'adultère de la femme était le plus grand crime qui se pût imaginer. L'adultère de la femme est donc le plus grand danger qui menace la famille antique. Mais, comme tous les organismes vivaces, celle-ci trouve en elle la force de réagir. Sans chercher au-dehors elle trouvera dans son propre sein des justiciers et des juges. » pp.3-4 L'universitaire parle même de « Ius Occidendi. »

²⁵⁹ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1885, IX^e année, Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire, p.301

libre. »²⁶⁰ Quant au colonat, voici son propos : « *La question de ces origines est sans doute assez obscure, mais on peut affirmer cependant, que le mouvement qui immobilisa, en les fixant au sol, la plupart des travailleurs agricoles enveloppa à la fois les hommes libres et les esclaves. (...) Il n'est pas douteux que la législation du Bas-Empire n'ait considéré le colonat comme une institution d'ordre public.* »²⁶¹ Cet aspect n'est pas très clair.

Cette société antique va glisser peu-à-peu vers le monde médiéval ; le christianisme se greffant sur le monde gréco-romain, la notion de contrat et le rapport d'homme à homme vont naître et renaître avec un nouveau degré de la civilisation, tandis que la notion d'Etat s'amenuise, voire s'évapore et demeure un lointain souvenir, presque une légende.

B : La fin de l'Antiquité et quelques aspects médiévaux

I : Le christianisme : l'imprégnation de certains sentiments sur la société de la fin de l'Antiquité vers le monde médiéval

Il ne s'agit pas d'étudier de la métaphysique ou certains aspects techniques de la matière du droit canonique. Naturellement, le christianisme et le droit canonique ont marqué l'Europe médiévale. Esmein a dressé une chronologie qu'il conviendrait de considérer. Cette chronologie repose sur trois périodes. Il y examine les rapports entre le Temporel et le Spirituel.

Dans la première phase, qui va du I^{er} siècle au IV^o siècle, c'est-à-dire à l'avènement des empereurs chrétiens, le droit canon et le droit séculier ont chacun leur domaine. La deuxième voit le droit canon l'emporter. Cela concerne le IV^o siècle et dure

²⁶⁰ Mélanges d'histoire du droit et de critique, Droit romain, op cit, Les colons du Saltus Burunitanus, op cit, pp.307-308

²⁶¹ Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, op cit, p.311-312, sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire. Esmein de poursuivre ; l'Etat romain est devenu un phagocyte, il a fini par englober toute la vie économique et sociale. Toutefois, l'illustre professeur, n'est pas pessimiste, il considère que la « Manumissio produisait alors un effet utile et important ; elle donnait au colon esclave la personnalité qui lui manquait jusque-là, la faculté d'avoir une famille et un patrimoine. » p.312

jusqu'au XVI^e siècle. Il le fixe au Concile de Trente. La troisième court du Concile de Trente à la fin du XIX^e siècle. Cette phase ressemble à la première.²⁶²

Ce qui intéressant c'est la méthode, ou plutôt l'attitude d'esprit du chercheur. Il essaie de concilier une méthode dogmatique et historique. L'une cherche à bâtir des systèmes, tandis que l'autre ne vise pas de construction a priori, mais ressemble à une démarche progressive. « *C'est le droit canonique étudié par un homme du dehors, qui l'envisage seulement en juriconsulte et en historien.* »²⁶³ Ce que retient le penseur de ce droit, c'est sa fonction sociale. Par sociale, il faut entendre la société en tant que phénomène producteur d'un certain ordre. Cela se reflète très nettement : « *L'Eglise a introduit dans le droit du mariage une nouveauté féconde : elle a proclamé en principe l'égalité de l'homme et de la femme.* »²⁶⁴ Ce qui importe pour l'illustre charentais, c'est la confrontation entre ces deux méthodes. Il critique davantage la dogmatique, car l'historique montre que le progrès est une donnée non négligeable. Mais, ce progrès est marqué par la continuité entre les éléments du passé. Lorsque les hommes décident de réformer leur système, leur matrice, ils ne font que reprendre fondamentalement les anciens principes, et la logique même des idées poursuit fatalement son cours. Par le biais de la méthode historique, il démontre que le fixisme dogmatique ne peut pas permettre une évolution convenable pour la société.

Cet universitaire n'est pas un nostalgique des formes du passé, prêtes à laisser encore imprimer leurs marques sur la société contemporaine. Esmein décrit ici le basculement dans la troisième phase, c'est-à-dire à partir du XVI^e siècle, lorsque chaque droit reprend son domaine propre. Il semble que cela ait sa préférence. Il poursuit la description intellectuelle et philosophique de la théologie et du droit canonique. En démontrant la séparation épistémologique de ces deux sphères, il considère que le droit canonique existera désormais dès le milieu du XII^e siècle. « *Par l'apparition de ces deux Livres,*²⁶⁵ *la séparation de la théologie et du droit canonique était doctrinalement affirmée.* » Voici ce que Gratien et Pierre Lombard entreprennent. Le premier avec La

²⁶² Le mariage en droit canonique, Etudes sur l'histoire du droit canonique privé, Tome 1^{er}, 1891, Esmein, p.3. L'auteur étudie dans le droit canonique, le mariage, les contrats et les obligations, la possession, les prescriptions et les testaments.

²⁶³ Le mariage en droit canonique, Ibid., supra, Préface d'Esmein.

²⁶⁴ Ibid. p.91. Il justifie cela par une épître de Saint Paul aux Corinthiens auquel il adjoint l'opinion de deux Pères de l'Eglise, Lactance et Saint Jérôme : « *Una lex de mulieribus et viris.* » Esmein de poursuivre à la page 92 : « Sans doute, cette égalité ne sera pas absolue ; dans une certaine mesure, le droit canonique lui-même admettra la suprématie du mari, commandé par la nature des choses et justifié par les textes de l'époque. » Selon lui, l'éducation maternelle compte beaucoup. La femme, en effet, a un rôle de cœur et moral à jouer.

²⁶⁵ Ibid. p.56

Concordia, à Bologne, commence son ouvrage par une définition du droit, tandis que le second, avec Les Sentences, à l'Université de Paris, précise d'entrée de jeu ce qu'il entend par la Trinité.

Esmein entend expliquer sans l'imposer, que la méthode historique, se reflète parfaitement bien ici. Lors de la Révolution Française, le mariage civil à la romaine, est remis en honneur. Toutefois, il n'est pas partisan de la table rase.

L'universitaire reste assez conservateur selon les critères actuels de la famille. Toutefois, il ne faut pas commettre cet anachronisme en jugeant une institution selon nos valeurs actuelles. Glasson note ceci à l'égard de son collègue : « *Historien, M. Esmein n'aurait pas manqué de s'arrêter longuement sur l'œuvre de moralisation de l'Eglise qui, en règlementant le mariage, consolida les bases de la famille, rendit cette confusion impossible entre le concubinage et l'union légitime, protégea la faiblesse de la femme et garantit la liberté des enfants.* »²⁶⁶

L'auteur se rattache à certains penseurs ayant marqué sa formation intellectuelle.

§ 2 : Ses influences intellectuelles

Il conviendrait de suivre la chronologie. Dans un premier temps, il faudra analyser l'Ancien Régime, puis l'époque contemporaine fera l'objet d'une étude.

A : L'Ancien Régime

Il conviendra d'examiner divers courants de pensée et des auteurs qui ont imprégné intellectuellement l'auteur.

1 : Le XVI^e siècle, les penseurs, les idées

²⁶⁶ *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 18^{ème} année, 1894. Glasson, Rapport sur le concours pour le prix Koenigswarter, à décerner en 1894. Glasson de préciser : « Historien, il aurait fait revivre les cérémonies à la fois solennelles et touchantes qui précédaient et accompagnaient le mariage. M. Esmein, n'a attaché qu'une importance secondaire à ces descriptions. Le point de vue peu sentimental le séduit médiocrement ; il se plaît surtout dans le domaine purement juridique : là il est vraiment un maître soit qu'il expose les grands principes du droit canonique, soit qu'il suive la législation du mariage dans son développement historique, soit même qu'il s'attaque aux subtilités scolastiques qu'il expose avec aisance en utilisant sa vaste érudition. Le livre de M. Esmein sera un modèle pour ceux qui, de nos jours, voudront le suivre dans l'étude du droit canonique. »

Esmein considère bel et bien le XVI^e siècle. L'historiographie contemporaine a accompli de nouvelles découvertes dans de nombreux domaines et il serait intéressant de les considérer.

L'illustre historien du droit démontre que les auteurs du Fédéraliste, « *étaient parfaitement instruits de la science politique amassée avant eux.* »²⁶⁷ Il conviendrait de s'enquérir de la littérature politique du XVI^e siècle ; c'est à se demander si elle passionne vraiment Esmein ? Selon l'historiographie contemporaine, le XVI^e siècle fait aussi partie des préoccupations républicaines. Il existe un courant républicain au XVI^e siècle. « *L'idée républicaine française au XVI^e siècle.* »²⁶⁸ Le Professeur Kriegel explique longuement que le XVI^e siècle voit se former « *une philosophie politique moderne de l'Age classique, fondée sur les idées de contrat social, de primat du pouvoir législatif, de souveraineté ou de séparation des pouvoirs, cette philosophie politique qui est mieux connue ou étudiée en France.* »²⁶⁹

Il faut effectuer une précision terminologique. Quel point commun pourrait-il y avoir entre la République et la démocratie ? Chez Esmein, ce sont deux notions différentes. Il met en opposition deux formes de gouvernement. L'un est le représentatif. L'autre est le gouvernement direct. « *Cette représentation est conçue, non comme un succédané du gouvernement direct de la Nation par elle-même, mais comme un système de gouvernement préférable à celui-ci.* »²⁷⁰ C'est une distinction fondamentale car ces deux termes, démocratie et république, ont des sens différents dans l'histoire. En fonction des besoins d'une société, tel élément prime sur l'autre, et semble toujours renvoyer aux Calendes grecques une définition. Or, la philosophie ne définit pas les

²⁶⁷ Le Fédéraliste, Commentaire de la Constitution des Etats-Unis, recueil d'articles écrits en faveur de la nouvelle Constitution telle qu'elle a été adoptée par la Convention fédérale le 17 novembre 1787, Hamilton, Jay, Madison, nouvelle édition française avec une introduction bibliographique par Gaston Jèze, avec une préface d'Esmein, 1902, p. VIII. Esmein de poursuivre : « Ils connaissent à fond l'ancienne science politique, telle qu'elle se développe jusqu'aux ouvrages de Hobbes et de Locke, avec ses thèmes principaux : l'organisation des Républiques de l'Antiquité, la Constitution de Venise, et le Saint Empire germanique. Tout naturellement, la littérature anglaise des XVII^e et XVIII^e siècles leur était familière. Ils avaient également étudié les philosophes français du XVIII^e siècle. »

²⁶⁸ Professeur Kriegel, La République et le Prince moderne, PUF, 2011, Les Français et la naissance des Provinces-Unies, p.4

²⁶⁹ Ibid. p.5, Le Professeur d'expliquer : « On doit enfin à tout un groupe de chercheurs (après Allen, J.H.M Salmon, Robert Kingdon, Ralph Giesey), où domine l'incomparable historien du droit qu'est Donald Kelley, une troisième percée intellectuelle : l'analyse, l'édition et la compréhension des principales œuvres de l'idée républicaine française au XVI^e siècle. Exhumant la pensée juridique de l'Ecole de Bourges (Kelley) et les œuvres des Monarchomaques et de pensée calviniste, ces chercheurs ont souligné le caractère pionnier des innovateurs du XVI^e siècle français. »

²⁷⁰ Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Deux formes de gouvernement, tome 1^{er}, 1^{ère} année, Janvier à Juin 1894, p.162

concepts, car elle est purement inspirée. « *Je vous rappelle que dans l'élaboration du problème politique par Kant, la différence est faite, très fortement, entre les formes du pouvoir et les formes du gouvernement. Or, la démocratie est une forme de gouvernement tout comme la monarchie. Et des formes de pouvoir, il n'y en a que deux : la république et le despotisme.* »²⁷¹ Cela signifie que la République l'emporte sur la démocratie chez Esmein. A la loi du nombre, la qualité des idées et du débat l'emporte. Le Professeur Kriegel note ceci : « *La démocratie n'est qu'une forme de gouvernement, non un régime de société, et pour parler plus justement à la suite des Anciens nous devrions dire république démocratique quand nous exaltons seul le régime démocratique (libéral).* »²⁷² Il semble que la difficile quadrature du cercle soit partiellement résolue, car la difficile conciliation entre forme de gouvernement et forme de pouvoir trouve un lien. Pour les Modernes, cela est différent. Pour l'historien du droit, c'est l'idée même de République démocratique qui doit fonctionner. La forme de l'Etat doit être républicaine et la société doit fonctionner selon le modèle d'une république démocratique. L'idée essentielle à retenir de cela est qu'au travers de l'historiographie contemporaine, la Révolution des Provinces-Unies se voit soutenue par le courant des Politiques français. Certains penseurs français se retrouvent même parmi les individualités favorites d'Esmein.²⁷³ L'universitaire, au travers de l'œuvre des Monarchomaques peut être découvert quelque peu en filigrane. « *On y trouve tout particulièrement la théorie moderne du contrat, ainsi que celle de l'opposition principielle entre le pouvoir juste d'une république et le pouvoir injuste d'un monarque divinisé.* »²⁷⁴ La République française se rattache à ce courant du XVI^e siècle. D'un côté Jean Bodin et sa théorie de la souveraineté et de l'autre les monarchomaques protestants et catholiques, avec le parti des Politiques. « *Car le droit républicain français, qu'on*

²⁷¹ L'idée de République, Professeur Grange, Agora Pocket, 2008, p.9, Introduction, Lyotard, Critique, 1985, numéro 456, p.583

²⁷² La République et le Prince Moderne, op cit, p.8

²⁷³ Ibid. p.17 « A la vérité, la participation directe des Français à la rédaction des textes capitaux de la révolte hollandaise ainsi que leur engagement dans l'insurrection de la Hollande ont été beaucoup plus large que ne pourraient le laisser penser ceux qui se seraient restreints aux seuls monarchomaques. (...) Mais surtout, à travers l'équipée de François d'Anjou, le frère du roi de France qui devient de manière éphémère le régent des provinces septentrionales, avec comme conseiller Jean Bodin (oui, Jean Bodin, ce que l'on évoque bien rarement voyageant en Hollande et en Angleterre !) l'insurrection des Provinces-Unies a été un objet d'attention et de participation de tout le parti des Politiques, c'est-à-dire du parti républicain naissant en France même. »

²⁷⁴ Ibid. p.19, Esmein n'est pas vraiment rousseauiste, mais reconnaît certains mérites intellectuels et philosophiques à ce grand penseur.

assimile trop souvent à l'époque de la Révolution Française, s'est élaboré dès le XVI^e siècle. »²⁷⁵

Précédemment, était évoqué, la différence entre un pouvoir justement républicain et un roi divinisé. Si c'est une monarchie, est-ce que le roi est soumis à la loi ? Autrement dit, la maxime *Quod Principi placuit legis habet vigorem*, trouve-t-elle à s'appliquer ? Qui l'emporterait, en droit public, du roi ou de la loi ? Esmein semble fournir une réponse intéressante allant dans le sens des monarchomaques. « *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.* »²⁷⁶

2 : Jean Bodin, théoricien de la souveraineté

Esmein est partisan d'un Etat unitaire et unifié. On pourrait dire que sa pensée s'inscrit dans une perspective de défense de la souveraineté. Brièvement, il ne serait pas inintéressant d'examiner les idées politiques qui l'ont précédé sur ce chemin.

Certes, le document utilisé pour justifier un tel propos, peut paraître hagiographique, mais il n'en demeure pas moins, qu'il constitue une sorte de repère. « *On l'a souvent comparé, avec raison, à ces fiers légistes qui, depuis Philippe le Bel, avaient été les artisans tenaces de l'unité politique et administrative de notre patrie, et dont le souci constant avait été de fortifier l'autorité de la couronne contre l'anarchie féodale et contre la coalition dissolvante des intérêts.* » (...) André Weiss de poursuivre : « *Et je ne crois pas m'aventurer beaucoup si j'affirme que l'auteur du Traité de la République a, sur plus d'un point, été son guide et son inspirateur. Comme Bodin, Esmein, a toujours défendu l'Etat, l'Etat qui se confond aujourd'hui avec le pouvoir civil, héritier de nos rois.* »²⁷⁷ Ce qui semble tout particulièrement le rattacher à Bodin, ce serait l'anti-féodalisme. Pour Esmein, l'Etat doit être tout le territoire. « *Il est certain qu'au XV^e siècle, l'idée de Patrie n'était pas encore dégagée. D'un côté, la*

²⁷⁵ Ibid. p.19, le Professeur Kriegel précise qu'il s'agit de l'Ecole juridique de Bourges, l'Ecole française, le Mos Gallicus. Michel de l'Hospital, Baudoin, Cujas, Doneau, Hotman, « reconsidèrent le droit romain médiéval impérial au profit d'un droit moderne républicain. »

²⁷⁶ Offprint from Essays in Legal History, Read before the International Congress of Historical Studies, held in London, 1913, Oxford University Press. La maxime *Princeps Legibus solutus est*, p.382. Esmein parlait de Charondas. « Pour Charondas, la loi est la règle normale de tous les êtres raisonnables, et il rappelle que le roi doit gouverner par raison. (...) Devançant sur ce point Montesquieu, il dit, dans le langage de son temps, que Dieu même a des lois. »

²⁷⁷ Notice sur la vie et les travaux de M. Adhémar Esmein, André Weiss, Membre de l'Académie des Sciences Morales et Politiques, Bibliothèque Universitaire d'U.T.1 Capitole, 1917, 77^{ème} année, tome 87, pp.473-474

Petite Patrie, le Pays, masquait la grande. La grande seigneurie féodale était encore l'unité politique. »²⁷⁸ Ce qu'il faut y voir serait la volonté de l'universitaire de rejoindre le courant justifiant l'unité de l'Etat, d'abord autour du roi, puis grâce à la Révolution Française, le sentiment de l'unité nationale et de l'unicité du territoire. Toutefois, que faut-il entendre par le pouvoir civil, hérité des rois ? Il doit probablement l'entendre dans le sens laïc de la Révolution, organisé autour de la figure de la République, subsumant les différences en créant de nouveaux rapports entre hommes, l'égalité.

Le Professeur Malaurie note ceci : « *La féodalité avait brisé en France l'unité nationale et profondément altéré la notion de l'Etat ; l'une et l'autre devaient être progressivement reconstituées sous les rois de la troisième race... Pour reconstituer l'unité nationale, il fallait que le roi se substituât successivement aux titulaires de toutes les seigneuries, qu'il englobât celles-ci dans son domaine, de telle sorte que le domaine de la Couronne et le territoire français se recouvrirent exactement... Ce fut, avant tout, une œuvre politique, dont la diplomatie et la guerre furent les principaux moyens ; mais ce fut aussi une œuvre juridique, en ce sens que les principes juridiques y jouèrent un rôle important.* »²⁷⁹

Cette description donnée par Esmein semble se rattacher à la conception de la souveraineté unitaire bodinienne. De manière implicite, l'auteur a bien pressenti ce qu'était pour lui la méthode de l'histoire du droit pour la Grande Patrie, l'épaisseur qu'elle en a. Il mesure avec l'art du juriste-historien, ce qui cristallise au mieux le système principal de la France. « *Il avait les qualités des maîtres de l'ancienne jurisprudence française, et, comme pour achever la ressemblance, il se laissa, à l'exemple de plusieurs d'entre eux, entraîner plus d'une fois sur le terrain brûlant de la politique contemporaine, mettant à défendre la cause de l'Etat centralisé et autoritaire la même ardeur qu'eux-mêmes apportaient à soutenir la cause de la royauté absolue.* »²⁸⁰

3 : Montesquieu : « le mentor d'Esmein »

Ce qui caractérise Montesquieu est défini par Esmein lui-même. « *Le véritable père de l'histoire du droit et de la sociologie. L'esprit philosophique, le bonheur de*

²⁷⁸ *Revue politique et parlementaire*, 15^{ème} année, Tome LVIII, octobre, novembre, décembre 1908, Variétés, Jeanne d'Arc et son nouvel historien, p.566. Esmein répond à Anatole France.

²⁷⁹ *Anthologie de la pensée juridique*, 2^{ème} édition, Editions Cujas, Professeur Malaurie, février 2001, p.229. En réalité, le professeur s'appuie sur *Les cours élémentaires d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Sirey, 1^{ère} édition, 1895 ; 5^{ème} édition, 1925, pp.355-357

²⁸⁰ *Revue Internationale de l'Enseignement*, Esmein historien du droit, op cit, p.82

l'humanité, les lumières de la Raison et aux données de l'Eternelle Justice. »²⁸¹ De plus, il affirme presque comme un dogme, à partir de la méthode historique et intuitive, la clé de voûte de son système. C'est certainement ici, la pierre angulaire de tout le système de Montesquieu et par voie de conséquence d'Esmein. En effet, il s'inscrit dans ce cheminement de penseur libéral, avant tout. « *J'ai voulu étudier les Constitutions, et celles-là seulement, qui ont la liberté politique pour objet direct selon le mot de Montesquieu (...) 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 celle des monarchies qui, sans proclamer ce principe, ont adopté et pratiquent le gouvernement parlementaire ou de Cabinet. Il n'étudie pas les Constitutions qui « tendent à la gloire des citoyens de l'Etat et du Prince.* »²⁸² La monarchie n'est plus une monarchie chez Esmein, au sens absolutiste et à la manière de Bossuet. Le penseur étudié considère que Montesquieu est le plus grand des philosophes du XVIII^e siècle, qui, par un trait de génie a vu ce qu'était la Constitution anglaise.²⁸³

Le sublime de chaque peuple a été découvert par Montesquieu, de façon désintéressé. La science doit tendre vers le plus d'objectivité possible. « *Montesquieu est l'initiateur dans l'étude et l'empire des lois comparés. Esprit puissamment réaliste, ce fut lui qui fonda le premier sur l'observation la science des mœurs et, en effet, dans un labeur de vingt années. (...) Montesquieu, et ceci est de toute importance à noter, comparaît pour comprendre toutes les institutions et non pas pour découvrir les meilleures. Son objectif était désintéressé, il s'agissait pour lui de faire de la science*

²⁸¹ Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 1896, 1^{ère} édition, p.28

²⁸² Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, préface à la deuxième édition, 1899, p. XXII. S'agissant de ce que Montesquieu appelle « les constitutions qui ont la liberté politique pour objet direct », on peut se reporter à Raymond Aron, qui semble aller dans le même sens. Il oppose deux tendances, la britannique et la française. Dans son Introduction à la philosophie politique, Démocratie et Révolution, op cit, p.71 : « Ces deux tendances de la démocratie (soit le renforcement de l'égalité, soit celui de la liberté) ont eu une représentation historique assez claire par le fait que ce que nous appelons régime démocratique s'est établi en Europe suivant deux processus différents et selon deux méthodes différentes. L'une a été la méthode anglaise, qui a consisté à élargir progressivement les libertés aristocratiques : le système démocratique britannique a été le résultat d'une évolution progressive du système de liberté des privilégiés dans la monarchie. Il y a ensuite un deuxième mode de réalisation, le mode de réalisation français qui a passé par une révolution, par le renversement violent de l'autorité traditionnelle et la substitution à l'autorité traditionnelle d'une autorité foncièrement nouvelle, fondée sur un principe absolu. Le premier mode de réalisation favorise évidemment les démocraties de type libéral c'est-dire celles qui mettent l'accent sur les droits des individus. Le deuxième type de réalisation favorise la tendance égalitaire. Le premier conduit surtout à un régime constitutionnel, le deuxième tend perpétuellement à un régime étatique. » Selon Aron, « être libre politiquement, c'est participer à la formation ou à l'exercice du pouvoir. », Op cit, p.64

²⁸³ Les Eléments de droit constitutionnel, 1^{ère} édition, op cit, p.145

*pure, son objectif n'était pas politique et pratique ; il ne cherchait pas un modèle pour réformer l'ordre des choses existantes. »*²⁸⁴ Pour reprendre La Rochefoucauld, même le désintéressé a toujours un intérêt ; cela ne rejette point les prétentions de Montesquieu, mais il y avait une visée pratique chez cet auteur. Il s'agissait de défendre les anciens corps constitués de l'Ancienne France, notamment la noblesse qui, comme en Angleterre, aurait pu jouer un rôle dans la prise de décision politique.

Esmein rattache la pensée de Montesquieu à un plus vaste ensemble. Il s'agit de l'Ecole du droit de la nature et du droit des gens. « *Mais, à la fin du XVI^e siècle et au commencement du XVII^e, cette application du droit naturel à la science politique se spécialisa et se sécularisa. Une Ecole se fonda qui se proposa directement et principalement, de dégager d'après les données de la Raison : 1 : Les droits et devoirs des hommes, considérés dans un état de nature antérieur aux sociétés civiles et dont l'existence était admise généralement. 2 : Les conditions dans lesquelles avait pu légitimement se former les sociétés civiles et par suite, les principes sur lesquels reposait l'Etat. 3 : Les droits et devoirs réciproques des nations ; restées, elles, dans l'état de nature. »*²⁸⁵ Montesquieu, reste assez aristocrate et conservateur dans ses modalités. Toutefois, il n'exclut pas le peuple de la participation au pouvoir. Mais, faute de capacités suffisantes chez certains, ce système montre des inconvénients dangereux pour le fonctionnement de la société. « *Celui qui la présenta d'abord fut Montesquieu (la théorie de la souveraineté nationale). Il était pourtant favorable, sur certains points, à l'intervention directe du peuple souverain, mais il lui refusait toute compétence, soit pour diriger lui-même le pouvoir exécutif, soit pour légiférer directement. »*²⁸⁶ L'universitaire se rattache quelque peu à cette vision de la société. Certes quand le charentais rédige ces lignes, le suffrage universel existe depuis février 1848, mais il insiste surtout sur l'éducation qui doit être donnée au peuple. Pour reprendre ce que disait le Professeur Rosanvallon, « *réconcilier la supériorité numérique avec la supériorité intellectuelle, voilà la quadrature du cercle de la démocratie. »*²⁸⁷

Montesquieu et le courant physiocratique du XVIII^e se rangent derrière la bannière du déterminisme. Le Professeur Gasparini le note dans sa thèse : « *Dans la*

²⁸⁴ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, La crise de la science politique, le problème de la méthode, Maurice Deslandres, 1901, pp.46-47

²⁸⁵ *Les Eléments de droit constitutionnel*, op cit, 1^{ère} édition, pp.147-148

²⁸⁶ Ibid. p.231 « Le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre, ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie. » Montesquieu, p.232, in op cit, *De l'Esprit des lois*, p.6

²⁸⁷ *Le sacre du citoyen, histoire du suffrage universel en France*, Pierre Rosanvallon, 2001, p.468

pensée politique française, le concept de déterminisme est redégagé avec force à partir du XVIII^e siècle et notamment par Montesquieu avec sa théorie des climats. Taine tient précisément de ce dernier l'idée selon laquelle une société humaine est composée de parties qui se tiennent. Les institutions, les lois, les mœurs sont liées entre elles par convenance ou par nécessité. Il assigne à l'auteur de L'Esprit des Lois une place de premier plan dans la fondation des sciences historiques. »²⁸⁸ Et le Professeur de poursuivre : « *Au XVIII^e siècle, Montesquieu n'est pas le seul penseur à développer des thèses déterministes. Voltaire mais aussi les Physiocrates prétendent que la société est réglée par des lois naturelles universelles et immuables dont Quesnay assure qu'elles sont ou physiques ou morales.* »²⁸⁹ Montesquieu peut être retenu aussi pour sa théorie de la séparation des pouvoirs. Toutefois, et c'est un vieux poncif, il s'agit de séparation fonctionnelle des organes. Chaque organe doit conserver une certaine autonomie et ne pas trop interférer à l'égard des autres. Cette pureté de description semble dans la réalité inapplicable. Il est bon de croire que Montesquieu puise sa pensée chez Locke. Certes, mais tout n'est pas réductible à Locke, car ce dernier est plus philosophe que juriste. Donc, les modalités du raisonnement ne sont pas les mêmes. Là où la philosophie cherche de nouvelles questions, le juriste cherche des solutions. Il convient de noter dans la thèse d'Antoine Chopplet que cette différence est bien établie.²⁹⁰

4 : Une certaine sympathie d'Esmein : Le courant physiocratique

Dans divers articles, le penseur étudié accorde une certaine sympathie pour ce courant d'idées, voire même une fascination. Ce courant, n'est guère étudié durant le parcours du lycéen, que ce soit dans la section scientifique ou littéraire, bien malheureusement ! A l'Université, sans trop s'y appesantir, il est tout de même considéré. Pour Esmein, il a représenté un sentiment bien français ; celui de la ruralité, du pouvoir foncier, de la prise de décision dans des organes collectifs et hiérarchisés,

²⁸⁸ Thèse pour le doctorat en droit, M. Gasparini, La pensée politique d'Hyppolite Taine : entre traditionalisme et libéralisme, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, Centres d'Etudes et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques, dirigé par M. Ganzin, thèse soutenue en 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993. Esmein se rattache à cette attitude historique.

²⁸⁹ Ibid. p.119

²⁹⁰ Il convient de consulter la thèse d'Antoine Chopplet, Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté, Université de Reims, sous la direction du Professeur Boudon, aux pages 57-58. En effet, il cite Mme Goyard-Fabre, afin de démontrer la différence entre les deux penseurs. Locke n'a jamais vraiment développé selon elle de théorie sur la Séparation des Pouvoirs, comme l'a fait Montesquieu. Esmein ne fait que synthétiser, à sa manière, c'est-à-dire selon les modalités intellectuelles du juriste, ce qu'il entend par là.

dans le Royaume de France.²⁹¹ Le maître parisien ne rejette aucun système idéologique parce qu'il semblerait appartenir à telle catégorie politique préconçue. Il ne s'inscrit pas dans un « sophisme » primaire ; au contraire il semble accepter les valeurs de chaque système à condition qu'elles respectent la liberté individuelle.

Il s'exprime ainsi, à l'égard des physiocrates : « *J'ai cherché à faire comprendre comment, d'un côté, ils repoussaient le principe de la souveraineté nationale, le gouvernement représentatif, la séparation des pouvoirs, adhérant fermement à la monarchie absolue, héréditaire, de droit divin, et comment ils étaient au contraire les ardents défenseurs des droits individuels de la liberté civile, comme on disait alors, et les initiateurs d'une large décentralisation administrative.* »²⁹² La liberté individuelle l'emporte certainement sur toute construction politique dogmatique. Est-ce à dire que les principes du gouvernement parlementaire sont érigés en dogme ? Chez Esmein, il faut surtout privilégier l'attitude républicaine ; la libre discussion à l'intérieur même du régime, la libre discussion du régime pris en lui-même. Toutefois, il faut rester prudent sur la libre discussion du régime en lui-même, car selon le Professeur Pinon, cet universitaire reste un homme au service du pouvoir républicain. « *Pour parler comme Michel Troper, il a créé des normes, des jugements de valeur catégoriques (le lien indéfectible entre séparation des pouvoirs et régime des libertés par exemple) – à partir de principes a priori.* »²⁹³

Ce qui paraît remarquable, c'est l'attitude progressive et mesurée qu'il adopte vis-à-vis de la Révolution. La violence semble rejetée. Cela pourrait être expliqué d'une

²⁹¹ Ses origines rurales expliquent peut-être partiellement cela. Il faut se reporter au premier chapitre. Le Professeur Mengès-Le-Pape expose ceci : « Dès les millésimes 1750-1760 l'école des Physiocrates veut édifier un individualisme absolu mêlé de despotisme éclairé. Elle fait de la liberté individuelle et de la propriété exclusive les premiers et inséparables fondements de sa théorie. « Liberté et propriété » sont alors identifiées comme des droits impensables, inhérents à la nature, antérieurs et supérieurs au droit de la société.

La propriété en mutation, quels effets de la transition vers l'économie de marché ? Colloque Tempus, 10-11 mai 1993, Faculté de droit de Rouen, Publications de l'Université de Rouen, n°219, 1997 Physiocratie, Révolution et Code Civil : Les origines historiques de la faculté de clore son héritage, p.48. Esmein semble en partie se retrouver dans ce modèle de Physiocratie, mais pas d'un point de vue politique, seulement civil. La liberté et la propriété dans le monde rural ; la République libérale, égalitaire, parlementaire et représentative.

²⁹² L'Assemblée Nationale proposée par les Physiocrates, Institut de France, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1904, p.3

²⁹³ Doctrine, Histoire des Idées, Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel, op cit, p.199. Le Professeur Pinon de citer en note de bas de page le Professeur Troper, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel » in, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, collection Léviathan, 1994, p.244. Plus loin, il observe que : « Les auteurs précisent rarement qu'ils traitent de politique constitutionnelle et qu'entre les diverses solutions qu'ils énumèrent, leur choix est dicté par des préférences politiques. »

autre façon. Il est certes aisé de l'affirmer ainsi, postérieurement aux évènements. Selon l'auteur charentais, si le plan des Physiocrates avait été appliqué, on aurait peut-être évité les impasses de 1789, créant des troubles politiques. Il ne semble pas imputer cette faute à Louis XVI. « *Le plan de réformes de Le Trosne est beaucoup plus ample, profond et détaillé que celui de Turgot. Le point central, le but visé est l'établissement de cet impôt unique et foncier, qui était un des rêves essentiels de l'école physiocratique.* »²⁹⁴ Cette sorte de Grande Assemblée Physiocratique, préfigurant quelque peu les organes représentatifs de la Révolution lui plaisent. « *Les hommes qui combinaient ces plans se faisaient de grandes illusions s'ils croyaient que leur Conseil national se renfermerait docilement dans les simples attributions administratives qu'ils voulaient lui conférer. L'indépendance et les prétentions des notables de 1787, qui n'avaient point été élus, la transformation si prompte des Etats Généraux de 1789 en Assemblée Constituante, en sont les preuves irrécusables.* »²⁹⁵

Certes, le souhait d'Esmein est de voir une Assemblée administrative, capable de réformer le royaume. Les hommes d'art et de talent doivent participer à la transformation progressive du royaume. Toutefois, l'illustre charentais affirme que ces compétences administratives vont nécessairement déboucher vers un pouvoir politique. Il regrette que cela ne se soit pas effectué. « *C'est bien là l'esprit propre et dominant de la Révolution. On sait à quelles erreurs constitutionnelles il a conduit. Si les physiocrates, acceptant l'institution des assemblées politiques, avaient préparé, selon les principes exposés par Turgot et par Le Trosne, les rapports entre ces assemblées et les ministres, ils auraient rendu au pays un véritable service.* »²⁹⁶ Sans l'affirmer explicitement, on pourrait déduire qu'il pressent que la fin de l'Ancien Régime est marqué par un blocage politique. Ce n'est pas naïf d'affirmer cela car, cette conception stricte et pure de la séparation des pouvoirs est un leurre et entraîne un disfonctionnement du gouvernement. La monarchie de 1791 à 1792 le prouve, puis la II^o République de 1848 à 1851 aussi.

Si le pouvoir politique avait été plus à l'écoute de l'opinion, alors le royaume aurait pu éviter les secousses finales. Quant à l'organisation, ils affichent volontiers une

²⁹⁴ L'Assemblée Nationale proposée par les Physiocrates, op cit, p.11-12

²⁹⁵ Ibid. p.21, Pour Esmein, il ne faut surtout pas les séparer les pouvoirs dans des cloisons juridiques imperméables à toute influence. Au contraire, une collaboration organique doit être rendue possible entre les ministres et les députés. En cela, il rejoint le courant des Physiocrates.

²⁹⁶ Ibid. p.22

préférence pour « *la monarchie pure, absolue, héréditaire, de droit divin.* »²⁹⁷ Les Physiocrates ont pour objet de fascination, un pays comme la Chine ; pays marqué, par un despotisme centralisé, et connaissant un arrêt total de développement ; une société qui n'évolue plus, incapable de créer à nouveau.²⁹⁸ La Physiocratie, dans son ensemble, repose sur un ordre naturel ; elle se veut rationnelle, et cela se trouve dans ses discours. « *Le Mercier de La Rivière ou Quesnay vont très loin : au nom de l'ordre naturel, Quesnay fait, par exemple, l'apologie du pouvoir sans partage des rois Incas du Pérou ou de l'empereur de Chine. Le despotisme légal est logique puisque le pouvoir n'a pas pour définition d'assurer la participation politique des citoyens à la vie de la cité.* »²⁹⁹

On dirait que le projet des physiocrates, du monde rural, semble lié à un système politique sans libertés politiques. « *En somme, la liberté politique, sous ses diverses formes, leur apparaît comme un empirisme grossier, qui ne relève d'aucune donnée scientifique. Reposant sur des élections et des votations, elle implique nécessairement la loi de la majorité.* »³⁰⁰

Entre la liberté politique et la liberté civile, c'est cette dernière qui l'emporte. D'une certaine façon, les physiocrates sont à contre-courant. « *Mais la liberté dont il s'agit, c'est seulement la liberté civile, le développement des droits individuels. C'est d'abord la propriété individuelle. (...) Ils font rentrer dans la propriété privée la liberté individuelle, le droit de disposer librement de sa personne et de ses facultés ; et ils en déduisent la liberté des contrats, des professions et métiers ; la liberté du commerce intérieur et extérieur.* »³⁰¹ Le pouvoir politique finira, au XIX^e siècle, par être en

²⁹⁷ Congrès des sociétés savantes à la Sorbonne, discours prononcé à la séance générale du Congrès le samedi 9 avril 1904, par Esmein, membre du Comité des travaux historiques et scientifiques, 1904, p.18

²⁹⁸ Pour reprendre Gaston Bachelard, « l'esprit aime mieux ce qui confirme son savoir que ce qui le contredit, ou il aime mieux les réponses que les questions. Alors l'instinct conservatif domine, la croissance spirituelle s'arrête. » Esmein précise à la page 19, que la Chine est leur pays de prédilection. Quel était très réellement l'état de la Chine à la fin du XIX^e siècle ? Un pays bloqué sans doute, avec de graves dysfonctionnements intrinsèques.

²⁹⁹ Les racines de la liberté, Professeur de Saint Victor, op cit, p.180

³⁰⁰ Congrès des sociétés savantes à la Sorbonne, p.17. A la page 13, Esmein affirme que « Les Physiocrates avaient le plus parfait mépris pour la liberté politique et pour les principes que dégagait la philosophie politique. La souveraineté nationale, en dehors de la souveraineté de l'opinion, leur paraissait une chimère malfaisante, et ils en condamnaient toutes les applications. » Pour reprendre Marcel David, dans La souveraineté du peuple, PUF, Questions, 1996, p.329 : « Avec la III^e République, l'instauration de l'obligation scolaire a raffermi, sous l'égide de la souveraineté nationale, le lien entre le peuple et l'éducation, au point de présenter celle-ci comme la condition quasi-suffisante de réalisation de celle-là, tandis que le régime représentatif de type parlementaire en réduisait le contenu au seul suffrage universel. » Ce que les Physiocrates appellent l'opinion, c'est moins la formation démocratique et universelle, que le simple fait d'être une sorte de savant ou de technicien élitiste. On retrouvera ce courant sous Vichy, avec les technocrates et les futuristes.

³⁰¹ Congrès des sociétés savantes, op cit, pp.20-21

harmonie avec les puissances sociales montantes. Voilà la notion du progrès, mais, le progrès comporte aussi le maintien d'éléments conservatifs. Naturellement, pour Esmein, la société doit trouver son équilibre en permettant d'un côté la liberté politique (la souveraineté nationale, le régime représentatif) et les libertés civiles (en matière de droit privé).

Il arrive souvent que les deux pôles soient en disharmonie. D'où la nécessité de restaurer et de privilégier le discours sur la vertu des citoyens et leur participation politique.

5 : Rousseau et Mably ; Une certaine tolérance d'Esmein pour leurs idées

Esmein n'est pas fermé sur le plan des idées. Il n'opte pas de manière tranchée en faveur ou en défaveur de tel ou tel aspect de son système de pensée. Il puise dans divers systèmes, à condition que ceux-ci respectent au plus haut point la liberté politique, mais aussi les libertés civiles en général. Il est tout de même important de noter qu'il n'est pas favorable aux idées rousseauistes. « *Dans une Nation de trente millions d'habitants, par exemple, chaque habitant posséderait en propre un trente-millionième de la souveraineté. Mais cela est faux. Non seulement cela rendrait difficile à expliquer la soumission politique et nécessaire de la minorité à la majorité ; mais surtout cela rendrait possible, légitime en droit, l'aliénation de la souveraineté nationale, si tous les membres de la société étaient unanimes à la consentir. Or, nous l'avons vu, 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.* »³⁰²

Sur un plan purement pratique, il ne peut soutenir Rousseau, pour la mise en œuvre de la participation politique, en raison de la notion de Nation. Entre la loi de majorité et celle de l'unanimité, l'historien du droit préfère la majorité, car l'unanimité est impossible à obtenir, et ne peut lier les générations successives. Ici, c'est la théorie de

³⁰² Les Eléments de droit constitutionnel, 1^{ère} édition, op cit, p.191. Esmein de poursuivre et d'opposer les deux facettes, l'unanimité ou la majorité. « Mais la recherche de l'unanimité est une chimère. (...) Quant aux plus sages, on ne saurait trouver de signes certains pour les distinguer (...). La loi de majorité est une de ces idées simples qui se font accepter d'emblée ; elle présente ce caractère qui d'avance ne favorise personne et met tous les votants sur le même rang. »Ibid. p.180. D'ailleurs, en 1940, la III^e République finissante se saborde en votant les pleins pouvoirs au Président du Conseil Pétain. De ce fait, le corps électoral n'est pas réductible à un simple vote. De Gaulle et les différentes forces de la Libération prouvent que la Nation et la République peuvent redonner un nouvel élan à la démocratie. C'est l'assemblage de la monarchie et de la démocratie. C'est la continuité de la République sur l'idée de simple procédure.

l'autonomie de la volonté qui se manifeste. On décèle chez lui, tout l'individualisme de la Révolution.

En revanche, sur certains domaines théoriques, Rousseau, influence, et imprègne même Esmein. En ce qui concerne le suffrage universel, inhérent à la nature de l'homme, Rousseau et l'Ecole socialiste de la fin du XIX siècle le marquent.³⁰³ Ce dernier partage la même conception que Rousseau : « *Rien ne peut ôter aux citoyens le droit de voter dans tous les actes de souveraineté.* »³⁰⁴ Cette notion de souveraineté est liée à celle de Nation, par conséquent, nul ne peut en être privé pour quelque raison que ce soit. Le suffrage, le droit de vote est une qualité intrinsèque et non pas une fonction. Le point de vue d'Antoine Chopplet paraît difficilement acceptable. Ce dernier soutient en effet : « *La théorie de l'électorat-fonction illustre la résistance d'Esmein à la théorie du contrat social de Rousseau.* »³⁰⁵ Est-ce que Chopplet confondrait les deux niveaux d'analyses qui seront dégagés au cours de cette thèse ? En tout cas, il est certain qu'Esmein ne rejette pas considérablement les propositions de Rousseau. Rousseau est en effet partisan de la démocratie et du suffrage universel.

C'est un philosophe et donc un théoricien ; ce sont les virtualités théoriques des origines du pouvoir de l'homme qui l'intéressent. C'est le sens même de la démocratie, c'est-à-dire que pour lui, elle s'enracine dans la nature humaine. Toutefois, raisonnant en philosophe et non en juriste, il se perd dans les modalités d'application. Dès lors, le juriste, parvient à réconcilier la philosophie avec le droit en inscrivant la théorie de Rousseau dans le régime représentatif, en évoquant cette « aristocratie bienveillante », et neutralisée. Mais, ce n'est nullement une aristocratie menaçante, au sens où elle représenterait un état social du passé. Donc Esmein est attaché au suffrage universel, en tant que donnée naturelle universelle, car elle est liée à l'homme, en référence à l'étalon

³⁰³ Les Eléments de droit constitutionnel, 1^oEdition, p.193. Voici les propositions de l'Ecole socialiste : « Tout le monde peut voter y compris les nomades, les vagabonds. Pourquoi ? Le droit de vote politique est attaché à la qualité d'être humain. » Une question personnelle se pose : Si le suffrage universel n'existait pas, est-ce qu'Esmein l'aurait proposé ? Autrement dit, le trouvant déjà là, s'en contenterait-il par pure esthétique juridique ? Ou est-il sincère dans l'affirmation de ce principe ? Une précision peut être apportée quant à l'Ecole Socialiste (elle n'a rien à voir avec le socialisme scientifique) ; la précision est donnée par Claude Nicolet : « Ledru-Rollin reproche à cette Ecole de placer en premier « la satisfaction des besoins matériels, le soulagement des souffrances physiques, l'amélioration du sort des travailleurs, avant les réformes politiques. » Ce qui laisse à penser qu'Esmein met d'abord en relief les réformes politiques, avant les réalisations de l'Ecole socialiste. L'idée républicaine en France, op cit, p.293

³⁰⁴ Ibid., p.194

³⁰⁵ Thèse d'Antoine Chopplet, op cit, p.314 §3

du droit naturel ; elle ne peut être restreinte, car la Nation n'est pas irréductible. C'est l'histoire qui vient au secours du droit.

Toutefois une contradiction apparaît de manière patente. Paul Bastid dans sa thèse Sieyès et sa pensée³⁰⁶ affirme : « *De même, Esmein se refuse à considérer le droit de suffrage politique comme un droit individuel attaché à la qualité de membre de la société, voire à la qualité d'être humain.* »³⁰⁷ Est-ce à dire que Paul Bastid, ignorait quelque peu, certaines sympathies d'Esmein pour le courant socialiste ?

S'agissant de cette opposition entre la loi de l'unanimité et celle de majorité, il est remarquable de préciser que pour le charentais, la loi de la majorité a sa préférence, ne serait-ce que pour des raisons purement pratiques. Toutefois, un certain paradoxe peut être soulevé lorsque le maître évoque l'aliénation définitive. « *On laissait le moins de place qu'il était possible à la loi de l'unanimité nécessaire. (...) Parce qu'il est de principe que toutes les fois qu'il s'agit d'une chose qui appartient à tout un corps, non comme corps, mais comme appartenant à chacun des membres en particulier, qui perd quelque chose ou est assujéti personnellement, il faut le consentement de tous.* »³⁰⁸ Dans quel cas chacun peut se sentir concerné ? Quel serait l'étalon qui permettrait de le mesurer ? L'opinion, c'est-à-dire ce conseil technique éclairé, au sens physiocratique. Est-elle vraiment capable de jauger de cet état de fait ? Cela semble difficile en tout cas.

L'universitaire cherche au travers de la pensée de Rousseau, à faire passer, en filigrane certes, un message qui paraît pertinent. Selon Claude Nicolet, il s'agit d'une préoccupation constante chez les républicains de la fin du XIX^e siècle. « *Le mot de société au sens du XVIII^e siècle, c'est donc faire remonter, quelles que soient les difficultés théoriques, la notion de droit aussi haut que l'on peut vers les origines humaines. D'où l'ambiguïté audacieuse de la notion de contrat social ou politique.* »³⁰⁹

Lorsque Maurice Deslandres compare Rousseau à Montesquieu, une antinomie lui vient tout de suite. Pour Maurice Deslandres, l'une des carences de la science politique de la fin du XIX^e siècle, proviendrait de Rousseau et de l'influence qu'il eût sur le cours de la Révolution Française, et ce, dès la Constituante. En opposant Rousseau le dogmatique, à Montesquieu l'homme parvenu à un état de liberté, on voit poindre une

³⁰⁶ Thèse pour le Doctorat Ès Lettres, présentée à la Faculté des Lettres de l'Université de Paris, Librairie Hachette, 1938.

³⁰⁷ Ibid. ; p.564

³⁰⁸ Mélanges P.F. Girard, Decem Faciunt Populum, Etudes de droit romain, Tome 1^{er}, Paris, Librairie Rousseau, 1912, pp.472-473

³⁰⁹ L'idée républicaine en France, op cit, p.328. De plus, Nicolet évoque la sociabilité, c'est-à-dire qu'il faut parvenir à concilier tant bien que mal la structure sociale à la forme politique afin de faire émerger ce type d'hommes, capables par l'opinion éclairée de faire fonctionner le système.

certaine préférence d'Esmein pour Montesquieu. Le danger de l'esprit dogmatique était là. La France, basculait d'un modèle clérical catholique, avec son système dogmatique, vers un autre modèle dogmatique, celui de la volonté générale du tout démocratique. « *Il y eut bien un groupe dans la Constituante celui des Monarchiens (cf. Monnier) qui puisa ses inspirations en Angleterre, lui empruntait ses deux Assemblées, la nomination des membres de la seconde par le roi, le veto royal ; mais par les votes décisifs des 8, 10, 11 septembre 1789 l'assemblée répudia ces exemples. L'esprit dogmatique l'emportait sur l'esprit réaliste, Rousseau sur Montesquieu. Il semblait sans doute que du moment que le citoyen s'affranchissait du joug des traditions nationales l'esprit devait s'affranchir de celui des faits et négliger les exemples de l'étranger.* »³¹⁰

Il reconnaît à Rousseau, une vive intelligence, une grande compréhension de ce qu'est la France, égalitaire. Si Rousseau a pu s'y greffer, c'est qu'il y rencontrait un écho. Il symbolise un tempérament qui était déjà là. « *Ses idées ont pénétré jusqu'aux moelles de la démocratie française.* »³¹¹ Esmein s'interroge légitimement sur la conciliation possible entre la souveraineté nationale et le principe aristocratique. Il conviendra aussi d'examiner ce qu'il pense de la démocratie et de la monarchie. Est-ce que la souveraineté du peuple exercée dans et par le pouvoir législatif, peut se retrouver dans une monarchie ? « *Les Anglais, on 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 nationale qui s'impose souverainement, et que la royauté ne subsiste que par elle. Mais jamais ils n'ont reconnu en droit public le principe de la souveraineté nationale. Se tenant sur le terrain du droit historique et positif, la souveraineté réside dans le Parlement.* »³¹² Il ne s'agit nullement de décrire à nouveau la théorie de Rousseau.

Quant à Mably, « *Esmein note à juste titre l'originalité de Mably qui, comme Rousseau, n'est pas un admirateur de la Constitution anglaise ; il relève aussi qu'il est le seul à avoir véritablement prédit une Révolution et qu'il en a étudié le déroulement*

³¹⁰ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, La crise de la science politique, le problème de la méthode, la méthode comparative, op cit, Maurice Deslandres, p.49

³¹¹ *L'idée républicaine en France.*, p.145

³¹² Ibid., p.175. Il semble même qu'Esmein reprenne Rousseau, à certains égards. Le principe de la souveraineté nationale est associé à la République démocratique. Par conséquent une monarchie absolue et héréditaire ne peut y être associée, sauf, si la Nation exerce directement le pouvoir législatif. Le pouvoir exécutif, qu'il soit monarchique ou aristocratique importe peu, puisqu'il n'est pas exercé par le peuple. Esmein affirmerait que le génie de chaque peuple est différent, ses traditions historiques aussi. Le pouvoir exécutif, compte pour lui. Il faut qu'il ait une certaine autonomie pour « débloquer techniquement » le législatif. Le bon sens historique anglais est nettement préféré par le juriste, à l'abstraction française rousseauiste.

*théorique ; ou encore, que la Séparation des Pouvoirs telle qu'il la conçoit est une subordination de tous au Législatif. En passant, il signale ses théories communistes (cette expression est d'Esmein) à propos du droit de propriété. »*³¹³ Le constitutionnaliste est attaché à la propriété, comme un droit absolu, au sens de l'article 544 du Code Civil.

Mably, selon l'historiographie contemporaine, cherche à réintroduire l'histoire, dans le débat des idées politiques des Seconde Lumières. Loin des abstractions et des raisonnements géométriques des jusnaturalistes, tels que les Physiocrates, c'est la volonté de participation qui est souhaitée. C'est la participation politique directe, mais surtout le discours de l'humanisme civique. Ce discours historique sort du seul cadre nobiliaire et parlementaire pour aller vers la Nation historique. « *Mably représente une tentative théorique de la voie française pour éviter la réduction de l'homme à sa fonction productive et pour prendre en compte le citoyen indépendamment de son statut juridique (propriétaire ou non).* »³¹⁴

Rousseau et Sieyès ont a priori un point en commun, c'est leur abstraction, le sentiment de l'unité, contre les associations et les corporations. Esmein partage le sentiment de M. Ostrogorski en la matière. Les partis politiques semblent annihiler toute liberté aux individus.³¹⁵ Or, l'illustre professeur explique que l'on peut s'accommoder avec Rousseau. En effet, selon ce dernier, il ne faut pas chercher à trop abstraire la pensée politique dans un aspect législatif, c'est-à-dire pratique. N'y aurait-il pas dès lors une certaine incompatibilité entre la défiance vis-à-vis des corporations et la construction de l'homme abstrait baignant dans une quête d'unité ? En réalité, l'historien du droit entend démontrer que deux sphères sont en présence ; l'une est toute théorique et philosophique, tandis que l'autre est pragmatique et doit tenir compte de la réalité des situations humaines, bref de l'homme et de sa nature. Voici ce qu'il affirme, substantiellement : « *Cependant Rousseau admettait que la loi pût établir des privilèges et distinguer plusieurs classes de citoyens. Voici ce que dit Rousseau : « L'objet des lois est trop général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. » (...)* Esmein : « *Ce qu'il exclut seulement, c'est la loi statuant pour ou contre un individu déterminé, ou sur un acte concret. (...)* Rousseau admettait les privilèges comme possibles. »³¹⁶

³¹³ L'idée républicaine en France, Claude Nicolet, op cit, p.70

³¹⁴ Les racines de la liberté, op cit, Professeur de Saint Victor, p.194

³¹⁵ Revue Politique et Parlementaire, 1903, Tome 37, I : La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski, pp. 362-363

³¹⁶ Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 7^o édition revue par Henry Nézard, Tome Second : Le droit constitutionnel de la République, 1921, pp. 514-515

B : L'époque contemporaine

1 : L'abbé Sieyès, le régime représentatif, du Tiers-Etat à la Nation retrouvée

Esmein semble proche du courant physiocratique et de l'abbé Sieyès, en ce sens où le régime représentatif dans une Nation organisée, marquent véritablement la matrice même de son schéma de pensée. *« Sieyès fait reposer tout l'édifice juridique sur l'autonomie de la volonté individuelle. Il pose les individus comme source initiale et exclusive du droit, en quoi il a exprimé, d'une manière plus saisissante peut-être qu'aucun de ses contemporains, la caractéristique fondamentale du régime français. Mais, par ailleurs, il encadre en quelque sorte l'individu dans le droit naturel, conçu à la manière des Physiocrates, c'est-à-dire dans une sorte de milieu ordonné, antérieur à l'organisation sociale et qui lui demeure sous-jacent. C'est de son intégration originelle dans ce plan que la volonté tire sa valeur et son efficacité juridiques. »*³¹⁷

Il n'est pas toujours aisé de comparer des penseurs, dialectiquement. Rousseau et Sieyès ont sans doute marqué de leur empreinte la France depuis la Révolution. Avec l'historien du droit, il est intéressant de noter *« que les empires ne reposent en aucune façon sur leurs succès par les armes, mais sur leur constitution civile, religieuse et politique. »*³¹⁸ Cette constitution doit correspondre le plus parfaitement possible à l'état même du pays, elle doit refléter l'histoire ; les alluvions successifs déposées par le temps et conservées dans la mémoire des hommes. *« Le véritable objet d'un grand homme d'Etat (ni le bien, ni le mal) est de donner à chaque Nation en particulier le genre de lois qui lui convient et la meilleure constitution qu'elle peut supporter. »*³¹⁹ Il ne s'agit pas de reproduire ici un catalogue des idées politiques de l'abbé, mais de relever ce que le juriste parisien semble retenir et approuver en tant que système de construction. *« Sieyès est à l'origine des constitutions napoléoniennes et de celles qui, au-dehors, les ont imitées, c'est-à-dire d'instruments presque dépourvus de vie et de rayonnement réel. Mais il est aussi l'un des pères de l'église libérale, le plus authentique fondateur d'une certaine conception de l'Etat et du gouvernement qui, dans les pays à régime*

³¹⁷ Sieyès et sa pensée, Paul Bastid, Thèse pour le doctorat Ès Lettres, 1938, p.607

³¹⁸ Gouverneur Morris, un témoin américain de la Révolution Française, A. Esmein, Paris, 1906, p.15. De surcroît, en ce qui concerne les empires, Gouverneur Morris les considère déclinants dès que l'argent devient la préoccupation essentielle.

³¹⁹ Ibid., p.15

*représentatif et à prépondérance parlementaire, a été érigée en une sorte de dogme scientifique. »*³²⁰

Sieyès est sans doute l'un des auteurs qui a marqué les destinées de la Révolution. Il est la clé de voûte du système. C'est l'auteur qui a écarté tous les autres. Sa démarche intellectuelle imprègne toute la Révolution et même au-delà. « *Ce n'était pas cette loi immémoriale dont la pensée historique française pouvait se réclamer, dans la pure tradition médiévale du droit coutumier, pour évoquer l'antique constitution. Il fallait nécessairement se réclamer d'un processus plus complexe où la liberté avait existé à l'origine par la volonté du peuple franc (ce qui revenait à placer le débat sur la question de la volonté et de la souveraineté et non sur la notion de droit coutumier).* »³²¹ La « clé de la Révolution », selon Bredin écarte par ses modalités intellectuelles Rousseau et Mably, et donc Montesquieu. C'est le discours historique qui est laissé de côté. L'abbé entend reconstruire et partir de zéro, et ce, par la seule raison. C'est l'un des dangers de la pensée cléricale abstraite. « *Sieyès invite à une affirmation de la volonté politique qui se détache complètement de l'histoire. Se voulant un ingénieur social, Sieyès plaide pour une table rase totalement moderne ; seule la raison peut envisager de reconstruire les institutions.* »³²² D'un point de vue pratique, il s'inscrit en faux contre tout mandat impératif. C'est le rejet pur et simple de toute division de souveraineté. La conception de Sieyès va à l'encontre du suffrage universel. Le suffrage universel relève de l'histoire et du mouvement. « *Sieyès retourne habilement la doctrine de la volonté générale de Rousseau contre Rousseau lui-même. La volonté générale ne peut exister, dit Sieyès, s'il existe des mandats impératifs.* »³²³

Pascal disait que « *La multitude qui ne se réduit pas à l'unité est confusion ; l'unité qui n'est pas multitude est tyrannie.* » Il est difficile de concilier dialectiquement ces deux pôles. L'idée de Nation est censée rapprocher et assurer la cohésion du nouvel édifice de la Révolution de 1789. Dans le régime représentatif, l'idée même de la monarchie, ou du moins son point idéologique le plus pur, ne peut en faire partie. Il en va de même de la démocratie directe, dans son essence la plus pure. Ce sont deux totalités qui se regardent l'une l'autre. Elles sont inconciliables. Dans le régime représentatif, l'oligarchie représentative doit être pénétrée de l'idée de Nation. Le XIX^e siècle, après 1815 et le départ définitif de l'empereur tentera de bâtir avec un monarque

³²⁰ *Sieyès et sa pensée*, op cit, p.523

³²¹ *Les racines de la liberté*, Professeur de Saint Victor, op cit, p.59

³²² Ibid. p.251

³²³ Ibid. p.264

représentatif, comme Louis XVIII un régime représentatif. Charles X, symboliquement voudra renouer avec le système des Temps Anciens, en se faisant sacrer à Reims, ce qui le conduira dans une impasse. « *L'essence du régime monarchique, c'est que le roi s'y présente comme investi d'un droit propre, indépendant de la Nation. L'essence de la démocratie pure, c'est que le souverain est le peuple, les citoyens étant considérés comme ayant à l'exercice de la souveraineté un droit préexistant à la Constitution elle-même. Au fond l'idée est la même.* »³²⁴ C'est comme si le régime représentatif était une sorte d'élément neutre, dissipant toute contradiction entre les deux formes pures que la Révolution a connues. Pour surmonter cette contradiction, le régime représentatif, apparaîtrait-il comme la panacée ? Il faudra un siècle pour que la France s'y habitue et le fasse rentrer dans les mœurs du pays. La représentation est une fiction juridique, ne supportant pas le vide des faits ; le droit privé est venu appuyer le droit public. Le droit public a fini, par les Codifications successives, à récupérer les éléments privatistes. Par cette neutralité absorbante, le régime représentatif finira par s'imposer, à créer un régime de libertés politiques et ce dès la Restauration puis la Monarchie de Juillet. Quant aux libertés civiles, elles seront progressivement amenées à exister tout au long du XIX^e siècle afin d'assurer l'égalité civile entre les Français. La Révolution a essayé de construire l'unité nationale et l'égalité civile.

2 : *Les penseurs libéraux du Second Empire*

Cette période a influencé Esmein ; en effet, c'est celle qui précède son entrée dans la vie universitaire et intellectuelle.

Tout au long de cette période (1851/1870), le retour du césarisme en politique semble étouffer la vie politique libérale. Napoléon III s'inscrit dans la continuité de son oncle. Les libertés politiques sont éteintes. Les orléanistes, comme Thiers, ont été écartés. Le régime de la Monarchie de Juillet a affiné ce que la Restauration (surtout celle de Louis XVIII) pratiquait, c'est-à-dire une certaine pratique parlementaire des affaires. Il faut trouver un point d'accord, car ce sont divers partis, si opposés entre eux, qui vont finalement tomber d'accord sur l'évolution future du régime. Ils croissent sous l'Empire autoritaire, puis libéral. Des tendances diverses, allant des monarchistes légitimistes et orléanistes, aux républicains et aux libéraux (les économistes purs), essayent de se regrouper autour de la question institutionnelle, mais aussi en ce qui concerne la structure politico-sociale, plus généralement. En conciliant le libéralisme et

³²⁴ Sieyès et sa pensée, p.565

la pensée républicaine, il s'agit d'associer des contraires. « *Mais le libéralisme traditionnel ou intégral (celui des économistes) s'il a raison de défendre les droits de l'individu, a tort de ne pas voir qu'ils doivent être limités par le droit social. (...) L'ouvrage montre à quel point l'idée républicaine et démocratique se trouve désormais pénétrée de libéralisme, mais d'un libéralisme à son tour imprégné de droit et de progrès social.* »³²⁵

L'individualisme semble porté par le libéralisme, et on serait tenté de dire par l'orléanisme ; le droit social est l'apanage de l'Etat et des républicains. Toutefois être républicain, c'est le refus de la violence, tout en acceptant l'égalité sociale, politique et un régime de liberté ; libre participation aux affaires publiques, liberté de décision et de jugement. Il semble que l'on retrouve quelque peu la même impression que pour Sieyès, c'est-à-dire la difficile conciliation entre l'égalité politique et l'égalité civile. « *Quinet, Rémusat en arrivent aux mêmes conclusions, en accord avec Tocqueville dénonçant la démocratie administrative.* » « *A cette dialectique de l'histoire, Quinet oppose l'exigence morale et la volonté, dressées contre toutes les tyrannies.* »³²⁶ Certes, l'égalité civile semblait exister depuis longtemps en France, encore que cela dépende des groupes familiaux, des époques, des zones.³²⁷ L'égalité civile semblait permettre à la vie sociale une grande diversité. Il ne restait plus maintenant qu'à assurer le fonctionnement du système politique. Les républicains ont avancé le suffrage universel. Les orléanistes ont dû s'y rallier, car les idées politiques ont une force inextinguible. C'est peut-être ce qui irait dans le sens de Quinet, « *l'exigence morale et la volonté* » ; l'homme est libre, capable de défaire le poids du passé, des structures déterminées et vieillies. Le plus difficile sera de trouver un accord entre les tendances monarchistes et républicaines, au sein même de l'Empire, puis après sa chute, la vacuité du trône, n'entraînera pas la France vers les abîmes. « *La liberté en France n'est ni institution traditionnelle ni un souvenir populaire.* »³²⁸ La construction d'un tel régime serait sociologique, voire coutumier, c'est-à-dire oral, transmis déjà dans des structures familiales ou locales, à la mode anglo-saxonne. Il s'agit de reconstituer une société ; celle-ci permettra au régime

³²⁵ Louis Girard, *Les libéraux français, 1814-1875*, Collection historique fondée par Paul Lemerle et dirigée par Maurice Agulhon et Bernard Guenée, Aubier, 1985, p.184

³²⁶ Ibid., pp.175-176

³²⁷ L'excellent démographe Emmanuel Todd, notamment, dans *Après l'Empire*, 2002, explique longuement que le poids des structures familiales semble imposer une couleur juridique bien précise à la matrice nationale. Par exemple, la famille parisienne est égalitaire et nucléaire. Malgré l'intelligence et les excellentes intuitions du savant, un certain scepticisme demeure. L'homme étant libre, peut-il vraiment être confronté à ce type de schéma préconçu à l'avance ?

³²⁸ *Les libéraux français*, Louis Girard, op cit, p.176

représentatif de fonctionner. Il s'agit de prendre appui sur la notion de « self-government », qu'Esmein et les penseurs libéraux évoqués par Louis Girard semblent approuver. « *La refonte du self-government local dans un nouvel ensemble pour reconstituer cet engrenage civique qui rapprochent les citoyens dans une œuvre quotidienne au service des intérêts communs, qui les invitait ou même les forçait en quelque sorte à se pénétrer de l'intérêt général et à se sentir vivre en lui.* »³²⁹

Comment une société arrive-t-elle à se mettre d'accord sur le fond même des choses ? Dans un régime représentatif et parlementaire, la discussion doit être libre et porter sur ce que l'on doit faire à l'intérieur même du régime. Dès qu'il s'agit, au contraire, de discuter de la forme même de l'Etat, c'est là où le bât blesse. Esmein croit que dans toute société, il existe deux forces. La première est conservatrice et la seconde est en faveur du progrès. Ces deux forces doivent pouvoir s'exprimer dans deux partis, à l'image du Royaume-Uni. Le maître parisien s'oppose à Ostrogorski sur le rôle et la place des partis. « *Mais pour que cela soit vrai, pour que ce jeu naturel des forces et des idées politiques se produise dans un pays, il faut que la forme de l'Etat ne soit plus en discussion. Nous en faisons en France l'expérience depuis trente ans. Les éléments monarchistes qui, jusqu'ici, subsistent irréductibles, entraînant trop souvent l'Eglise à leur suite, troublent profondément la formation et l'action naturelle des partis. Ils créent périodiquement sous les apparences plus ou moins spécieuses, des sortes de Ligues des mécontents où ils attirent, outre leurs adhérents conscients, les conservateurs ou les libéraux abusés ou ambitieux troublant ainsi périodiquement toute la carte des courants politiques.* »³³⁰ Comment les libéraux ont pu se mettre d'accord alors que la forme de l'Etat semblait encore sujette à discussion ? Le libéralisme, crée une sorte de climat de confiance, propice à la libre discussion sur la forme même de l'Etat, ou sur ce que l'on souhaite faire à l'intérieur même du régime. Le libéralisme semble être à la fois neutre et engagé. Il est neutre dans le sens où c'est une sorte de cadre formel permettant la discussion spontanée et naturelle ; en tant qu'idéologie engagée, il représente un progrès

³²⁹ La démocratie et l'organisation des partis politiques, M. Ostrogorski, Tome 1^{er}, Paris, Calmann-Lévy éditeurs, 1903, p.89

³³⁰ Revue Politique et Parlementaire, 1903, Tome 37, Dixième année, Juillet, Août, Septembre, Variétés, La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski, p.362, article d'Esmein. Aux pages 362 et 363, il convient de relever qu'Esmein s'oppose à Ostrogorski. Ce dernier préfère les Ligues, c'est-à-dire un mouvement temporaire et à objet limité, laissant plus de libertés réelles. Esmein se range aux côtés de Sieyès et de Rousseau, en soutenant les partis ; les partis maintiennent l'unité contre les corporations et les associations. On retrouve toujours la matrice française, individualiste et égalitaire.

pour l'esprit humain.³³¹ Pour reprendre quelque peu Albert Thibaudet « *le libéralisme est un système de coexistences dans l'espace. Le traditionalisme est un système de continuité dans le temps.* »³³²

Il est clair qu'il n'a pas été facile de concilier les légitimistes avec les orléanistes.³³³ La question de la forme de l'Etat est importante, mais aussi le rôle du futur monarque. Il ne s'agit pas de s'y appesantir. Dans le cadre légitimiste, le monarque règne et gouverne, tandis que dans le second cas, il règne sans gouverner. De surcroît, la pensée républicaine vient se greffer sur les préoccupations monarchiques, en imposant une certaine structure sociale. Cette structure sociale doit accepter le suffrage universel et le rôle de l'opinion. Ce qui semble correspondre à la pensée d'Esmein. « *Ainsi s'amorçait un rapprochement entre légitimistes et orléanistes également partisans d'un régime constitutionnel. (...) Mais Thiers, Rémusat, le duc Victor de Broglie se tenaient à l'écart des projets fusionnistes. Les orléanistes séduits ne pouvaient être que ceux qui désespéraient désormais de 1830. Sans doute, avec le suffrage universel, tout retour à l'établissement censitaire paraissait exclu. (...) Le libéralisme devrait s'assimiler la démocratie.* »³³⁴

L'opinion est aussi une donnée de fait capitale pour l'historien et juriste. Elle représente pour les libéraux comme pour les Physiocrates cet aspect si précieux pour la société. Mais de quelle opinion s'agit-il ? Voici une tentative de réponse : « *Chez lui (Boris Mirkine-Guetzévitch), on dirait que la mission de contrôle incombe à la seule opinion publique. Mieux que les juges, mieux que les mécanismes de démocratie semi-directe, c'est la presse qui accapare le rôle de contre-pouvoir.* « *La presse qui parle,*

³³¹ Toutefois, la vision de l'Etat qu'à Esmein reste celle du XIX^e siècle, libérale et non-interventionniste. En réalité, l'Etat intervenait dans l'économie quand il le voulait. Le XX^e siècle apportera avec lui une certaine forme de socialisme d'Etat, par la socialisation des rapports juridiques dans une sphère sociale redécouverte.

³³² Les idées politiques de la France, Albert Thibaudet, Fonds Paul Mazon, Delamain et Boutelleau, Librairie Stock, 1932, Paris, p.242. Thibaudet classe le libéralisme à droite, mais distingue deux tendances dans le libéralisme ; celui qui crée un militantisme actif, quelque peu destructeur et le libéralisme tolérant.

³³³ Les droites françaises ont été analysées avec succès par René Rémond, dans son ouvrage sur Les droites en France, de 1954, réédité en 1963, 1968, 1982 ; puis en 2005 Les droites aujourd'hui. Rémond distingue trois droites ; la légitimiste autour de la branche aînée des Bourbons et plutôt contre-révolutionnaire (pour lui c'est la droite véritable) ; l'orléaniste autour de la branche cadette des Bourbons-Orléans (elle a démarré à gauche en 1789, puis s'est retrouvée à droite) ; la bonapartiste ou la césarienne, avec le plébiscite et le coup d'Etat (son avatar étant le gaullisme), elle est fulgurante et démocratique !

³³⁴ Les libéraux français, Louis Girard, op cit, p.178

*discute et proteste chaque jour, n'est-elle pas un organe de contrôle encore plus constant, encore plus vigilant de l'activité et des actes du législateur ? »*³³⁵

3 : Hyppolite Taine : un maître

Esmein a suivi les cours de Taine aux Beaux-Arts. Il est assez aisé de retrouver les principales idées des Physiocrates, telles que la liberté civile et la propriété. Taine est conscient que dans toute collectivité humaine, encore que, cela ne semblerait s'appliquer qu'au modèle dit occidental, coexistent l'individu et l'Etat. Le professeur de droit distingue très nettement la vie même de Taine. Il le qualifie de socialiste en 1848, 1849, dans des lettres à Prévost-Paradol.³³⁶ Taine vers la fin du XIX^e siècle évoluera vers le libéralisme, dans lequel l'individu trouve son épanouissement dans la liberté et la propriété, tandis que l'apanage de l'Etat est le gouvernement.

Ce qui retient l'attention de l'historien du droit est la définition que Taine donne du droit. Cette définition anime ensuite son système de pensée basée sur la liberté et la propriété. « *Cette inviolabilité des actes humains est le principe de ce que nous appelons Droit.* »³³⁷ Sa théorie repose sur deux éléments que Taine qualifie lui-même de fermes ; « *La première c'est que le droit de propriété est absolu (...) que la propriété est un droit antérieur à l'Etat, comme la liberté individuelle.* »³³⁸ Comme Mercier de La Rivière, Le Trosne, Locke, Taine considère que la propriété est liée à l'individu ; la propriété est donc inviolable, par conséquent elle revêt un caractère juridique assez élevé ; l'individu à son tour est une personne physique considérée juridiquement comme faisant partie du schéma de la société. Donc ce qui l'emporte chez Taine ce serait davantage la notion d'individu. La propriété semblerait être l'auxiliaire de l'individu ou du moins ce qui lui permettrait de s'épanouir.

Or comment concilier le libéral et le socialiste ? Par le truchement du droit, il recrée un sentiment collectif pour l'individu, mais dans la société. L'Etat doit gouverner, telle est sa sphère propre, mais comment le pourrait-il ? C'est alors que l'idée de Nation lui permet de diriger, par le consentement des individus. Donc la notion de droit est une virtualité individuelle que l'Etat fait apparaître, en exerçant ses compétences dans sa

³³⁵ Les juristes face au politique, Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République, Tome II sous la Direction de Carlos-Miguel Herrera, Editions Kimé 2005, Juriste de Gauche-Le mot, la chose, p.94. Herrera cite à l'intérieur des guillemets Mirkine-Guetzévitch. Pour Herrera Guizot et Royer-Collard se rapprochent aussi de cette définition de l'opinion.

³³⁶ Revue Politique et Parlementaire, Tome XXXV, Janvier, Février, Mars, 1903, Dixième Année, Variétés, Les premières idées politiques de Taine, p.155

³³⁷ Ibid. p.157

³³⁸ Ibid. p.157

sphère propre. « *La seconde que tous les droits politiques des citoyens se réduisent à un seul, qui est celui de consentir soit explicitement : soit tacitement ; que par conséquent, toutes les formes de gouvernement sont indifférentes, en soi et n'empruntent leur légitimité que de l'acceptation de la Nation.* »³³⁹

D'un certain point de vue, Esmein semblerait s'inscrire dans cette attitude, même si sa préférence est républicaine ; pour la France, il est républicain, en revanche dans le cas britannique il serait résolument monarchiste. L'histoire des collectivités humaines imprime sa marque symbolique sur la fiction du droit.³⁴⁰

Taine est surtout remarquable par un certain type de raisonnement et d'analyse sur l'état de la société française issue de la Révolution de 1789. Son œuvre semble le conduire à des cercles différents, dont chacun représente un pallier de la connaissance ; le particulier, le général, l'universel.³⁴¹ En s'inscrivant à sa manière dans le sillon tracé par les libéraux précédents, tels que Tocqueville, Taine s'attache à démontrer que la France est un héritage de sa longue histoire, dont les alluvions successives s'y sont déposées et imprègnent toujours leurs marques. « *Repenser les problèmes de la philosophie politique, à la lumière du progrès scientifique, devient le parti des réformateurs de la société, qu'ils soient conservateurs ou révolutionnaires. La Révolution Française avait posé avec acuité le problème du lien qui rattache l'individu au corps social. Tout l'enjeu repose sur le règlement définitif de la crise révolutionnaire par la restauration, ou l'instauration, d'une cohérence de la société.* »³⁴² C'est un peu à la lumière de Prévost-Paradol qui entendait recréer une société qui devait quelque peu refléter le nouvel ordre politique marchant vers la démocratie. Tocqueville aussi, à sa manière, aux Etats-Unis, avait constaté que les sociétés européennes marcheraient vers une sorte de désacralisation ou d'affaiblissement de toute idée transcendante. En mettant fin à la monarchie absolue de droit divin, bien qu'elle n'ait jamais existé³⁴³, la France a

³³⁹ Ibid. p.157

³⁴⁰ Pour reprendre quelque peu Joseph-Pierre Chassan, dans son Essai sur la symbolique du droit, Paris, Videcoq fils Ainé, libraire-éditeur, 1847. Voici un extrait de La République des Faibles, à la page 12 de l'Introduction : « Le droit aime les fictions, dit le juriste Chassan. Il joue avec les emblèmes, qui sont des fictions matérielles. Et lorsque son esprit se dégage des entraves matérielles qui soutiennent ses premiers pas, il élabore des fictions intellectuelles. C'est par le fond que la fiction de droit, comme image de la vérité prend les caractères du symbole. C'est ainsi qu'elle devient emblématique, parce qu'elle est chargée de représenter le vrai. »

³⁴¹ On peut se reporter à l'excellente thèse du Professeur Gasparini : La pensée politique d'Hippolyte Taine : entre traditionalisme et libéralisme, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, Centre d'Etudes et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques, Collection d'Histoire des Idées Politiques dirigée par M.Ganzin, Thèse soutenue en 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1993

³⁴² Ibid. p.78

³⁴³ On peut se reporter au paragraphe sur l'Antiquité juive.

initié un mouvement de reconstruction symbolique, tout en ayant les yeux rivés aussi, sur le modèle pacifique anglais, ayant été capable de conserver les structures sociales et le lien social ; les Etats-Unis, les jeunes Etats-Unis, pour la place qu'ils accorderont au droit et à l'équilibre des pouvoirs.

L'histoire, le poids d'un certain déterminisme est rappelé par Taine. Serait-ce dû à l'éducation traditionaliste qu'il reçut de sa mère ? Cette éducation est aussi tempérée par un aspect voltairien.³⁴⁴ L'histoire imprime sa marque à une Nation, dont elle ne peut jamais vraiment se dégager. Cette méthode indique aux hommes, que leur véritable liberté, demeure dans cette connaissance des choses en elles-mêmes, en bref, l'immanence.³⁴⁵ Taine est attaché au milieu, au moment, à la race, c'est-à-dire qu'il abhorre les conceptions abstraites de l'homme et de sa nature. « *Morris déteste les pures abstractions, et en particulier la notion de l'homme idéal et abstrait telle que l'avait dégagée en France la littérature des XVII^e et XVIII^e siècles ; et c'est par là surtout qu'il a plu à Taine.* »³⁴⁶

II : L'influence des courants anglais et l'Ecole allemande.

C'est au travers de certains penseurs qu'Esmein apparaît en vive lumière. Certaines influences l'ont marqué. Il est assez difficile à cerner ; sa pensée ne fait pas l'objet d'un catéchisme dogmatique précis.

Sa méthode se dessille clairement en prenant en compte ces deux aspects. Certes, il reste attaché au modèle républicain de l'Etat libéral centralisé, mais grâce à la méthode historique il remet en avant la coutume et le rôle du juge (donc de la jurisprudence – une jurisprudence déclarative ou constitutive ?).

³⁴⁴ Le Professeur Gasparini note ceci : « Taine tente d'enchaîner la raison critique à la réalité, c'est-à-dire aux faits. Il manifeste le souci de découvrir le fondement des choses dans les choses elles-mêmes, d'expliquer rationnellement un monde dégagé de toute idée « a priori ». Il cherche donc à fonder sur des bases solides la recherche scientifique. C'est une démarche radicalement opposée à la démarche religieuse. » p.57

³⁴⁵ Une anecdote assez frappante peut être notée, Taine disait ceci en 1874 : « Vous savez si j'aime la Révolution ! Pour qui la voit de près, c'est l'insurrection des mulets et des chevaux contre les hommes sous la conduite de singes qui ont des larynx de perroquets. »

³⁴⁶ Gouverneur Morris, op cit, p.16

§ 1 : L'influence de l'Angleterre : la coutume et l'histoire : un modèle libéral-conservateur

A : Un modèle libéral-conservateur

1 : Une méthode empirique, l'approche historique au service de la société et du droit

Esmein s'inscrit dans un courant espérant renouveler l'approche des études juridiques en général ; il puise dans la méthode anglaise pour y parvenir. Il ne s'agit pas de morceler la réalité entre d'un côté le droit privé et le droit public, mais il est préférable de conserver une vision globale de la réalité. Comme le notait Joseph Barthélémy : « *Il a rompu la tradition et dissipé le charme qui enchaînait le droit public à la remorque du droit civil et des méthodes civilistes : il a enseigné par l'exemple que l'observation des faits est le granit sur lequel doit se fonder une science. Le droit public actuel salue en lui un maître et un précurseur. Les enseignements de l'histoire se complètent, se contrôlent et se confirment par le bon sens, suivant la tradition des grands publicistes français.* »³⁴⁷

Comment cette histoire anglaise a pu retenir l'attention des penseurs et des universitaires ? Il faut resituer la France dans le XIX^e siècle. La crainte des révolutions et des débordements populaires animés par une idéologie abstraite et cherchant à créer un homme nouveau ; une soif d'absolue que les libéraux ne supportent pas. Au lieu de chercher l'abstraction géométrique, Esmein se rattache à un courant de pensée, cherchant dans l'histoire l'équilibre conservateur. Cette attitude imprègne les républicains opportunistes et les libéraux orléanistes en 1875. C'est le sens de l'histoire et du compromis qui permet au régime républicain de s'installer durablement, malgré les vicissitudes futures de ce régime de la Troisième. « *Cherchant comment on a pu, en aussi peu de temps, réaliser ces « compromis inouïs » et passer aussi rapidement de la profession de foi des républicains radicaux à la politique des républicains opportunistes, Frédéric Saulnier recense les hypothèses habituelles : d'abord les leçons tirées de l'échec de la Seconde République, morte d'un excès de naïveté, qui auraient convaincu les républicains de 1875 de privilégier le pragmatisme plutôt que le*

³⁴⁷ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1910, t. XXVII, Joseph Barthélémy, p.185, Compte rendu des Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 5^e édition, Paris, Larose et Ténin, 1909

dogmatisme. »³⁴⁸ C'est l'attitude du compromis et de la conciliation entre deux manières de concevoir une partie de la réalité. Les deux camps se sont mis d'accord sur le fond. Il reste à examiner après cette comparaison d'attitude ce qu'il en est de l'Angleterre. L'historien du droit et la plupart des penseurs libéraux semblent assez révérencieux vis-à-vis de l'Angleterre, parfois cela tourne à la fausseté de la réalité historique quant à l'évolution même du régime. Ce qui l'emporte chez le constitutionnaliste, c'est l'état d'esprit de ce peuple, préférant à l'absolue, « une bonté somme toute relative » ; le compromis l'emporte sur le purisme.

Cette attitude anglaise peut être structurée dans une méthode ; Joseph Barthélémy en donne une description précise tout en citant Esmein. « *Le Professeur Esmein fait appel à cette raison naturelle qui est dans les esprits et qui finit toujours par reconnaître l'évidence. Il invoque le bon sens et l'histoire, la raison, le bon sens politique. Un système le satisfait lorsqu'il est harmonieux et logique. Il n'est pas nécessaire cependant et il en serait même dangereux, que cette logique aille jusqu'à l'absolu ; l'absolu n'a pas de place en matière d'organisation politique. Cette pensée est une manifestation nouvelle de la prédominance qu'accorde le Professeur Esmein à la méthode historique sur la méthode strictement juridique.* »³⁴⁹

La III^e République naissante est animée et portée par des individualités qui se défient des coups de force ou des plébiscites césariens.³⁵⁰ La méthode historique se retrouve aussi dans ce début de régime ; consensualisme, compromis, esprit feutré. Des partis si divers se sont retrouvés et sont parvenus à créer une sorte d'atmosphère de complicité autour de la République.³⁵¹

³⁴⁸ La Grande-Bretagne dans la doctrine constitutionnelle de la III^e République, Stéphane Caporal, Professeur à l'Université de Saint-Etienne, Doyen honoraire de la Faculté de droit, Colloque de l'A.F.H.I.P, septembre 2010 Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille III, p.2. Le Doyen Caporal utilise l'article de Frédéric Saulnier « Opportunisme, positivisme et parlementarisme à l'anglaise au début de la III^e République », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°12, 2000, pp.307-325

³⁴⁹ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1910, Joseph Barthélémy, op cit, p.185, Compte rendu des Eléments de droit constitutionnel français et comparé

³⁵⁰ Il faudra attendre le retour de de Gaulle (1958-1969) pour que la France parlementaire renoue avec le bonapartisme ou le césarisme. Ce schéma gaullien semble s'inscrire dans une certaine forme de démocratie directe ; le rousseauisme imprègne comme le dit Esmein les moelles de la France égalitariste.

³⁵¹ Toutefois, comme le rappelait Esmein, celui-ci ne s'intéresse, dans la pure tradition libérale, qu'aux Constitutions qui s'intéressent à la liberté politique. En sont exclues celles qui tendent à la gloire d'un empire, d'un prince ou d'un homme. Quel lointain écho pour la Grèce Antique ! Voici ce qu'indique l'ouvrage suivant : Les Grecs, autoportrait d'une civilisation, H.D.F. Kitto, Sélection des Amis du Livre Strasbourg, 1959, p.12 « Le terme grec d'éleuthéria, liberté, avait une signification très large et très profonde. La servitude et le despotisme mutilaient l'âme. (...) Les Orientaux avaient pour coutume de faire la révérence ; le Grec en était choqué (...) A ses yeux c'était un affront à la dignité humaine. »

La méthode du droit constitutionnel éclairée par le renouveau historique doit se refléter dans le nouveau régime républicain. C'est un trait plutôt conservateur qui anime ce système : « *On peut admettre que la III^e République possède un style ou un esprit bourgeois qui la conduit davantage vers le compromis, la discussion et le libéralisme que vers le jacobinisme, le socialisme ou d'autres courants similaires. Par style ou esprit bourgeois, on entend au sens de Werner Sombart un ensemble de valeurs et de postures qui visent à éliminer la violence du champ politique quels que puissent être par ailleurs les discours revanchards enflammés et sincères. Les professions dominantes dans la classe politique coïncident également avec les caractères d'un régime dominé par la bourgeoisie.* »³⁵² Par opposition aux radicaux, partisans d'une démocratie plus dogmatique, axée sur le programme des Jacobins, les libéraux républicains « *admirateurs du modèle britannique, modèle fondé sur la séparation et l'équilibre des pouvoirs, ont une conception parlementaire de la République et sont fondamentalement d'accord avec le système de contrepois au suffrage universel mis en place par la Constitution de 1875.* »³⁵³

Quelle est véritablement cette méthode ? Elle est censée renouveler la matière afin de ne point figer la science. L'histoire vient apporter un regard neuf sur le droit public, alors le droit privé dans son ensemble, s'en trouvera aussi affecté. Philosophiquement, Pierre de Tourtoulon pose les bonnes questions philosophiques : « *Le droit est-il actif ou passif dans l'évolution, se laisse-t-il transformer par les causes diverses ou, s'il agit comme cause, quelle est la force de cette action ? L'historien et non le juriste est directement intéressé par ces questions ?* »³⁵⁴ Certes, le juriste doit être historien, c'est-à-dire qu'à l'ancienne méthode dogmatique civiliste, il doit insuffler celle de l'histoire.³⁵⁵ Toutefois, il s'agit d'une sorte de quête ; une quête étant par définition quelque peu inachevée et toujours en construction. Voilà l'attitude du chercheur, celle d'un homme qui campe ! Et Pierre de Tourtoulon de poursuivre quant à ces questions : « *Nous les poursuivrons d'ailleurs longtemps sans les résoudre définitivement, car si elles étaient résolues, l'historien-juriste n'aurait plus de tâche*

³⁵² La Grande-Bretagne dans la doctrine constitutionnelle de la III^e République, Colloque de l'A.F.H.I.P., Aix-en-Provence, op cit, pp.2-3

³⁵³ Le modèle républicain, Politique d'aujourd'hui, Sous la direction de Serge Berstein, Odille Rudelle, PUF, Février 1992, pp.148-149, Les institutions républicaines au début du XX^e siècle, Serge Berstein

³⁵⁴ Les principes philosophiques de l'histoire du droit, Pierre de Tourtoulon, Librairie Payot et Cie, 1908-1919, p. III, Introduction

³⁵⁵ La logique littéraire et intuitive l'emporterait sur la scientifique, pétrie de théorèmes et d'axiomes.

*philosophique, son œuvre deviendrait purement descriptive et il se trouverait exclu de la science générale. »*³⁵⁶

Esmein se sert du droit comme science précise et analytique et de l'histoire comme intuitive et synthétique, afin de dégager les lois d'évolution de la société. Sans l'avouer, il est comme Montesquieu, un sociologue. « *Le droit n'est point une science d'observation. Il tend, il est vrai, à en devenir une par la méthode du droit comparé et de l'histoire du droit. (...) Le droit est une science de raisonnement ; il consiste à dégager, analyser et classer les principes et les caractères des diverses institutions et à en tirer les conséquences nécessaires et harmoniques.* »³⁵⁷ Le but du professeur parisien est donc de faire du droit une science d'observation au service de la société. Il rappelle que les sociétés sont habitées par des éléments du passé qui coulent encore dans les veines sociales. Le droit, par la précision de son langage permet de définir et de peindre cela.

Il s'agit de mettre en parallèle deux méthodes, l'une est dite dogmatique, tandis que la seconde est historique ou faite de critique historique. Le fait de dire que les sciences sociales sont neutres est exact, mais incomplet. En effet, un postulat anime le système intellectuel et moral d'Esmein. Raymond Saleilles tente d'expliquer que ces définitions ont été données par Maurice Deslandres. Il n'y a pas de critérium objectif pour juger de la méthode historique. Elle constate, elle ne juge pas. En revanche, la dogmatique ou la juridique « *comprend un postulat théorique impliquant une obligation morale ou sociale à la réalisation de tel idéal plutôt que de tel autre.* »³⁵⁸ Dès lors, laquelle des deux serait à l'origine du débat ? Il paraîtrait logique que la dogmatique ou la juridique soit la méthode fondamentale, c'est-à-dire celle organisant vraiment la réflexion et autour de laquelle tout le reste semble s'ordonner. C'est le dogme de la liberté politique et de la prudence anglaise que l'on peut déceler ici. A partir de ce postulat, il convient d'observer les faits, bref les phénomènes de la vie en général, source intarissable de besoins, de désirs et d'idées.

L'excellente analyse de Joseph Barthélémy permet de cerner la méthode du charentais : « *Les principes du droit constitutionnel moderne sont donc avant tout des faits qu'il s'agit de dégager par la méthode d'observation. C'est dans cet esprit que le Professeur Esmein ne voit dans l'Etat lui-même que le produit naturel de l'esprit*

³⁵⁶ *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, op cit, p. III

³⁵⁷ *Revue Internationale de l'Enseignement*, La licence en droit et le droit romain, op cit, p.304

³⁵⁸ *Revue politique et parlementaire*, 10^e année, Tome XXXVI, avril, mai, juin, 1903, Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ? Raymond Saleilles commentant Maurice Deslandres, dans La crise de la science politique et le problème de la méthode.

humain. (...) Il considère que les idées comme les institutions naissent dans la conscience populaire et se développent par un procédé organique analogue à celui de la nature. »³⁵⁹

Ce XIX^e siècle semble imprégnée de théories naturalistes et mécanistes, bien qu'entre les deux des différences notables puissent être relevées.³⁶⁰

2 : L'expérience véritablement britannique : la continuité des paradigmes en histoire

En quoi la méthode anglaise peut être rapprochée de la méthode historique ? En réalité, ces deux domaines ne font qu'un. Ils sont intimement liés, en ce sens où l'Angleterre inspire en tant que phare de la civilisation libérale, les constitutions futures. « L'Angleterre est la mère des Parlements et la métropole de la liberté publique : mais pour son progrès constitutionnel elle a peu reçu de la théorie et lui a peu demandé : elle n'a eu d'autre guide que l'expérience. »³⁶¹ L'expérience, le bon sens des peuples, les éléments concrets ininterrompus, bref cela rappelle l'idée de Nation chez Esmein. D'une phase historique à une autre, une société ne se retrouve pas perturbée par les éléments extrémistes ou dogmatiques ; cela revient donc à condamner l'absolu (cela a été dit précédemment). Les peuples doivent conserver en eux-mêmes, surtout dans les coutumes populaires issues de la tradition orale, les éléments du passé destinés à fonder une République. Le régime républicain doit être marqué par des éléments conservatifs. Toutefois ces derniers doivent faire progresser prudemment la société vers le futur. Le futur contient le passé dans une certaine mesure, avec des éléments retransformés. « La sagesse, la modération, le sens pratique, le souci des transitions nécessaires, toutes les qualités, en un mot, dont on a voulu faire une sorte de monopole au profit des Anglais, sont la marque des solutions que professe le Professeur Esmein aux problèmes les plus graves du droit constitutionnel. »³⁶² Le problème qui pourrait être soulevée serait celui

³⁵⁹ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1910, op cit, Compte rendu des *Eléments*, Joseph Barthélémy, pp.185-186

³⁶⁰ Dans l'article de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1900, pp.1-49 ; 247-287 ; 435-469 La crise de la science politique de Maurice Deslandres, Celui-ci examine à la page 254 une différence entre les naturalistes et les mécanistes. Les premiers s'intéressent à l'histoire naturelle, c'est-à-dire aux sociétés : les groupements d'individus et aux organismes ayant une vie propre, tels que l'individu, en tant que cellule sociale. Les mécanistes affectionnent davantage les faits sociaux et les lois et semblent se scinder en deux groupes les psychologues et les objectivistes.

³⁶¹ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1910, Compte rendu des *Eléments*, op cit, Joseph Barthélémy, p.187

³⁶² *Ibid.*, p.187

d'un blocage de certains éléments partiels de la société ? Esmein condamnerait-il toute évolution de la société ? Certes, il axe son raisonnement et ses préférences intellectuelles autour de la notion de la Nation, mais le jour où la Nation ne constituerait plus un objet d'attention du débat politique, que deviendrait sa théorie ?³⁶³ Pour reprendre quelque peu Joseph Barthélémy, Esmein « *est satisfait par l'état actuel des choses.* »³⁶⁴

Au travers de la méthode historique, scrutant attentivement les faits, se dégage le sentiment commun et collectif d'une Nation ; toute la virtuosité d'une Nation se retrouve comme « cristallisée » en un systémier. Grâce à la méthode historique, c'est le sentiment de liberté qui se voit considérer. Il s'agit de la liberté au sens le plus empirique, c'est-à-dire selon le sentiment anglo-saxon, le sens moral et historique du juste milieu et de la prudence. « *Mais il est certain que les Anglo-Saxons ont, par-dessus tous les autres peuples, une qualité précieuse qui en fait les maîtres et les modèles de la liberté moderne. C'est le respect de la loi, sans lequel la liberté politique et surtout la démocratie libre ne peuvent subsister* »³⁶⁵ Esmein explique longuement que le Gouverneur Morris « *ne veut pas de métaphysique en politique.* »³⁶⁶ Cette catégorie, est considérée comme un absolu et par conséquent se retrouve condamnée. Il serait judicieux de la rapprocher de la méthode dogmatique ou juridique, celle des Jacobins, cherchant à créer un homme nouveau, par l'abstraction géométrique.³⁶⁷ Et le Gouverneur Morris de s'enquérir : « *Où apprend-t-on les lois naturelles ? L'histoire, (...), l'expérience, (...), la mère de la sagesse.* »³⁶⁸ La liberté de l'homme semble exister, mais, en connaissance de cause, c'est-à-dire que les hommes politiques, considérés comme des praticiens par le juriste-historien, doivent donner à leur peuple les institutions et les principes qui conviennent au tempérament de chaque peuple. Mais, ne verrait-t-on pas dès lors, la société comme prisonnière d'une caste l'ayant enfermé dans des principes ?

³⁶³ Avec le mouvement d'intensification de l'Union Européenne, et d'accentuation de la financiarisation de la planète, la Nation semble remisee.

³⁶⁴ Ainsi que cela fut soulevé plus haut, conforte-t-il ou crée-t-il ? Le problème philosophique demeure. Il nous prouve que l'on peut créer tout en confortant les éléments du passé afin qu'une Nation réponde aux vœux des sociologues, c'est-à-dire la transparence d'une société. Une société qui se regarde et se donne à elle-même. D'ailleurs Barthélémy se retrouvera Garde des Sceaux à Vichy de janvier 1941 à mars 1943. Il a succédé à Raphaël Alibert. Après Barthélémy, Maurice Gabolde occupera cette fonction. Il convient de se reporter pour cela au Que sais-je ?, Le régime de Vichy, d'Henry Rousso, PUF, 2007

³⁶⁵ Gouverneur Morris, op cit, p.78

³⁶⁶ Ibid. p.17

³⁶⁷ L'abstraction serait-elle un élément plus conservatif ou progressif ? L'histoire en tout cas, avec sa logique, donne un sentiment plus conservateur. Mais Esmein, prétend que l'homme est libre, par le droit, en connaissance de cause.

³⁶⁸ Gouverneur Morris, op cit, p.19

La négative peut être claire, car pour le professeur charentais, l'Etat est légal, par le biais de constructions juridiques savantes.

Cette méthode historique aurait-elle vocation à tout prévoir ? Non, certainement pas, mais, grâce à elle, un certain développement organique semble suivre une pente naturelle. « *Si Morris a pu prédire, de loin ou de près, des évènements importants, c'est qu'il a une méthode scientifique. Ce n'est pas autre chose, d'ailleurs, que la méthode historique appliquée aux faits contemporains ; on peut en relever chez lui les caractères distinctifs.* »³⁶⁹ L'homme serait finalement borné, par ces lois naturelles de la société.

Par la connaissance sociologique de la réalité même des choses, Esmein invite ses étudiants à construire un régime de liberté ; par le droit constitutionnel, mais aussi au-delà de ce droit, la nouvelle méthode peut aussi inonder et innover le droit tout entier ; mais pas seulement le droit, car l'homme, lui aussi, se trouve confronté à ses lois sociologiques. « *En premier lieu, il croit qu'il y a des lois naturelles générales et fixes, qui déterminent ou du moins conditionnent et limitent les actions humaines.* »³⁷⁰

Certes, ce sont deux méthodes qui s'opposent, tant d'un point de vue formel que fondamental. Le Professeur Boudon semble mettre en relief une polémique entre différents professeurs. Est-ce que le penseur étudié était plus dogmatique ou plus historique ? « *La tâche du juriste est de coordonner ces expériences et ces principes, de les mettre en rapport : le dogmatisme d'Esmein réside dans ce parti pris que les faits historiques doivent vérifier les principes posés ab initio. D'où les contradictions relevées plus haut : le réel résiste parfois à l'embrigadement, or l'historien n'accepte pas de remettre en cause le principe initial. (...) Esmein instille de la méthode historique dans la méthode dogmatique. C'est en ce sens qu'Esmein peut être présenté comme le grand prêtre de la religion libérale et républicaine : on ne transige pas avec les principes, quand bien même la démonstration serait sapée par l'observation des faits.* »³⁷¹ Il semble que la doctrine se partage entre différentes sensibilités « historiographiques ». Cela démontre quelque peu la plasticité du raisonnement d'Esmein, mais aussi pour reprendre le Professeur Pinon que le regard sur la statue du Commandeur n'est plus aussi lumineux qu'auparavant.

La question précédemment évoquée fait partie d'une construction juridique. Certes, celle-ci n'est pas exposée de façon explicite, mais mérite une attention. Le

³⁶⁹ Ibid. p.13

³⁷⁰ Ibid. p.13

³⁷¹ Le renouveau de la doctrine française, Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle, études réunies par les Professeurs Hakim et Melleray, Dalloz 2009. La méthode juridique selon Adhémar Esmein, Professeur Boudon, p.279

régime représentatif doit canaliser le peuple ou la nation dans des organes élus au suffrage universel direct. L'élection par excellence demeure celle de la Chambre basse. Le Professeur Pinon note à juste titre : « *En réalité, la jeune République de l'époque (la III^e) a peur du Pouvoir, qu'il vienne d'en haut ou d'en bas. Si à la manière d'un fait irrésistible le suffrage universel est venu se greffer sur la République, cette dernière ne peut en rien se confondre avec le pouvoir du nombre ou des masses. Elle est avant tout une quête, un culte de la raison, qui refoule la puissance du fonds irrationnel de la nature humaine.* »³⁷²

Or, ce qui est peuple fait peur aux penseurs libéraux, mais que devient dès lors l'attachement d'Esmein pour les coutumes populaires ? Elles ne font que cimenter sa théorie et ses intuitions de juriste-historien, c'est-à-dire que les idées les plus fondamentales et les plus essentielles se sont formées jadis, et servent toujours à donner un certain soutien à l'Etat. A ce soutien à l'Etat libéral, il y ajoute le Patriotisme, porté par des gens du peuple, tels que des bergers. Ce soutien apporté par les idées les plus fondamentales, permet à l'Etat libéral, d'être en harmonie avec le tréfonds même du pays en question. La méthode historique conforte le droit, ou plus exactement, lui donne une autre forme. L'élément populaire se rattache à la méthode historique et rattache l'Etat à une coutume historique d'essence populaire. Pour lui, ce ne sont pas les théories de la démocratie directe qui font participer le peuple, mais bien au contraire celles du régime représentatif. Il est persuadé que la démocratie directe est impossible, comme les Anciens, sur une surface aussi grande. La représentation suppose une construction intellectuelle scientifique ; la science est donc associée plus que jamais à la vie populaire. Cette vie populaire bénéficie d'une catharsis et évite les débordements néfastes à l'encontre du corps social.

Cet universitaire semble préoccupé par le maintien de sa théorie juridique. Le droit l'emporterait dès lors sur l'observation empirique de la réalité sociale. Le discours juridique crée alors comme une sorte de cristallisation éternelle qui semble dégager des catégories toujours prêtes à être plaquées sur la réalité. Or, la réalité du régime britannique à cette époque-là est toute différente de l'image qu'en donne le professeur parisien. « *Dans la mesure où elle écorne sa théorie de la séparation des pouvoirs pensée sur le mode de l'interdépendance des organes et promise à un grand avenir dans la doctrine constitutionnelle, Esmein déforme volontairement la réalité institutionnelle britannique s'acheminant davantage vers la fusion des pouvoirs à la fin du XIX^e*

³⁷² *Revue du droit public*, Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel, op cit, Professeur Pinon, p.206

siècle. »³⁷³ Ce qui intéresse davantage l'auteur étudié serait la pure technique juridique. Mais, ce point de vue, certes relatif, est quelquefois incomplet, car il s'intéresse volontiers à la vie historique du pouvoir, à son évolution, bref aux changements de sens des concepts. En réalité, ce serait davantage la mécanique même du pouvoir, entre l'Exécutif et le Législatif, qui semble mise en relief. « *Emile Boutmy démantèle les lectures traditionnelles de la Constitution anglaise.* »³⁷⁴ Mais, au-delà des différences d'approche, la juridique et la politico-sociale, ne conviendrait-il pas de se rapprocher et de mettre ensemble ces différences, dans une critique constructive, au service d'un idéal les rapprochant en réalité, car ils partagent le même paradigme ? « *La prudence doit ramener les innovations politiques dans le giron des valeurs traditionnelles répétées par l'Histoire.* »³⁷⁵

La France de la III^e République, reprenant quelque peu les antiennes de la Révolution, du moins dans sa phase libérale, est fascinée par l'Angleterre. L'Angleterre est le modèle du refus des abstractions et de l'a priori. Donc, l'histoire est mise en avant en tant que mouvement lent des sociétés humaines, dont les individus portent en eux des traces formelles ; le sentiment conservateur est prégnant chez l'homme et se rattache à l'institution. Il ne s'agit donc pas de faire table rase pour perdre notre liberté individuelle, car cela serait pernicieux pour les hommes. La République est son état d'esprit reposent en effet sur cette méthode anglaise. « *Le refus du dogmatisme ne se nourrit pas d'inconsistance théorique. Pour l'essentiel, les représentants de la nouvelle génération républicaine ancrent leur conception des phénomènes politiques dans l'option rationaliste. Ils fondent leurs plans d'organisation de la société sur le rejet de toute explication religieuse de l'homme et du monde.* »³⁷⁶ L'homme est seul face à sa conscience même. Par cette autonomie de la volonté, l'individu est capable de faire les choix les plus libres possibles pour bâtir un régime lui garantissant la liberté individuelle. Le Professeur Saulnier semble considérer que la même structure mentale habite les individus mettant la religion en politique et ceux qui s'adonnent aux rêveries, aux chimères et donc à l'utopie. La République ne peut pas être bâtie avec cela, car c'est le rêve qui les habite et non la raison. L'histoire a certes son imaginaire national, mais ne

³⁷³ Le Colloque de l'A.F.H.I.P., septembre 2010, Aix-en-Provence, Professeur Pasquier-Briand, op cit, p.4, Emile Boutmy et le modèle constitutionnel anglais : intelligence narrative, explication psychologique et fonction prudentielle de la constitution anglaise.

³⁷⁴ Ibid. p.4

³⁷⁵ Ibid. p.15

³⁷⁶ Revue Française d'histoire des idées politiques, numéro 12, 2^e semestre, 2000, L'Angleterre, modèle politique ? Extrait d'article : Opportunisme, positivisme et parlementarisme à l'anglaise au début de la III^e République, Professeur Saulnier, p.317

peut guère fonctionner avec des hommes voulant doter les institutions d'une autre dimension. « *Sur le plan politique, ce rejet signe la déchéance des opinions qui plaçaient dans le ciel l'origine du pouvoir. Ce qui suppose de puiser à une autre source, qui ne peut être que le suffrage universel.* »³⁷⁷ La République semble alors se greffer sur la monarchie et les structures qui ont fait leur preuve, par la longue durée. Mais, la notion d'égalité impose un autre rythme et n'enferme pas les individus dans leur condition sociale. Le débat s'élève à un autre niveau, celui du politique en tant que tel, et non pas l'économisme déterministe. Pour Littré : « *Le suffrage universel (...) a deux voies, la voie directe et la voie indirecte : la voie directe est malfaisante, elle mène aux imprévoyances, aux inhabilités, aux injustes nivellements, et, (...) expose le peuple qui s'y abandonne aux catastrophes ; la voie indirecte est bienfaisante, elle a le plus de chances de mettre, comme disent les anglais, l'homme qu'il faut à la place qu'il faut.* »³⁷⁸

Toutefois, à en croire certains Professeurs, la méthode d'Esmein n'est pas si évidente que cela à cerner. En effet, oppose-t-il radicalement la dogmatique à l'historique ? Cherche-t-il à les concilier pour sauver le droit et par là-même le Code Civil ? Comme le note si justement le Professeur Boudon, Esmein parvient à sauver les meubles en conciliant la république et la monarchie anglaise. « *Cette concession est cependant aussitôt atténuée car, si la monarchie et la souveraineté nationale sont conciliables, on ébranle l'idéologie républicaine et la présentation initiale qui reposait sur la synonymie entre souveraineté nationale et république. Si la souveraineté nationale peut coexister avec la monarchie, quand même l'Etat en deviendrait mixte, la définition de la République perd de sa pertinence : elle partage son principal caractère avec la monarchie constitutionnelle.* »³⁷⁹ Certes, l'Angleterre constitue un « hybride » selon l'expression du Professeur Boudon, mais il s'agit moins de sauver les meubles que démontrer sur un plan historique que la forme de l'Etat importe moins que les données fondamentales du régime politique. Après tout, la monarchie britannique n'est pas si éloignée du modèle français ou américain. Ce sont des sous-groupes de civilisations qui reconnaissent la liberté comme une donnée fondamentale de leur tréfonds politico-social.

³⁷⁷ Ibid. p.317

³⁷⁸ Ibid. p.318. Il s'agit de l'œuvre de Littré, p.520-521, De l'établissement de la III^e République, Paris, Bureaux de la philosophie positive, 1880,

³⁷⁹ Le renouveau de la doctrine française, Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle, Etudes réunies par les Professeurs Hakim et Melleray, Dalloz 2009. Ici, il s'agit d'un article du Professeur Boudon : La méthode juridique selon Adhémar Esmein, pp.271-272

Pour user d'une métaphore, Esmein s'est servi de la méthode dogmatique comme d'une rampe de lancement en bois, qu'il a fini par démonter au fur et à mesure pour construire sa pyramide historique. Certes, c'est un juriste, mais ne faudrait-il pas au contraire, laisser parler l'historien. Ne serait-ce pas le message qu'il souhaiterait partager avec ses pairs et les étudiants ? Il est dogmatique dans un sens historique, c'est-à-dire, que d'un point de vue relatif, celui de l'organisation de la vie collective, mais là, il s'adresse à l'homme politique ayant le sens de l'Etat. Il faut maintenir un minimum de règles fondamentales dans le fonctionnement de l'Etat. En effet, ce dernier doit pouvoir s'identifier et être identifié comme étant libéral. Cela revient à dire que ce qui l'emporte serait la nature profonde du régime politique et moins la forme de l'Etat.

Le Professeur Boudon de s'interroger de la manière suivante : « *En même temps, on peut se demander si Esmein n'avoue pas ainsi que sa foi républicaine est moins ferme que ce qu'on pouvait croire.* »³⁸⁰ Sa remarque est profondément intelligente. C'est la république qui constitue son animation intellectuelle et morale, mais Esmein s'adresserait peut-être moins à des professeurs et à des étudiants. C'est comme si il était sorti d'un cadre formel et formalisé par lui-même. Ses constructions sont tout sauf dogmatique. Tout n'est que provisoire chez lui. Ce sont d'autres paradigmes qui semblent l'animer. Pour reprendre Marc Bloch, « *Il est deux catégories de Français qui ne comprendront jamais l'histoire de France, ceux qui refusent de vibrer au souvenir du sacre de Reims ; ceux qui lisent sans émotion, le récit de la Fête de la Fédération du 14 juillet 1790. Peu importe l'orientation présente de leurs préférences. Leur imperméabilité aux plus beaux jaillissements de l'enthousiasme collectif suffit à les condamner.* »³⁸¹ Le Professeur Boudon a raison de qualifier Esmein de « *porteur et de conciliateur.* »³⁸² Serait-ce l'une des clés d'interprétation du charentais ? Il est assez difficile de le cerner, sans doute avec une vue univoque, donc dogmatique dans le mauvais sens du terme. Dogmatique signifierait à la lecture de cet article, comme le résumé, le fond véritable du régime politique, bref son système de valeurs irréductible.

³⁸⁰ Ibid. p.272

³⁸¹ L'absolutisme en France, L'histoire en débats, Professeurs Cosandey et Decimon, Histoire et historiographie, Inédit, Histoire, p.296, Conclusion, 2002. Il s'agit d'un extrait du célèbre ouvrage de Marc Bloch, L'étrange défaite. Il convient de citer cette note de bas de page extrêmement pertinente en soi. « Aujourd'hui, l'engagement républicain de Marc Bloch impliquant son respect du passé monarchique sera taxé de nationalisme. Les considérations qui entourent le passage cité montrent qu'il n'est pas si facile de juger. Mais il est sûr que les paradigmes interprétatifs des historiens, ont subi, depuis Marc Bloch, des changements radicaux. »

³⁸² Le renouveau de la doctrine française, La méthode juridique selon Adhémar Esmein, op cit, p.263

Claude Nicolet parvient à distinguer véritablement ce qui constitue les deux niveaux de l'expérience humaine, c'est-à-dire les principes et les concessions. D'un côté, se manifeste le poids réel des institutions, c'est-à-dire par leur logique propre, la masse corporelle des organisations et leur pesanteur sur l'histoire. Ce que les hommes reconnaissent comme étant le fond même de l'institution, ce qui l'anime. D'un autre côté, les compromis, les concessions, c'est-à-dire la reconnaissance plus ou moins symbolique que l'on accorde à tel ou tel aspect de la réalité. « *Les premières, en effet, ne doivent être rappelées que pour mémoire. La République, hélas, n'a pas été établie, puis acceptée dans ce pays, sans luttes, ni arrière-pensées. Elle est loin d'être, comme le Commonwealth des Anglo-Saxons, la figure reçue par tous de la Communauté, qui peut donc sans danger intégrer les vestiges historiques les plus anciens, comme la monarchie, devenue un pompeux décor, symbole vivant du consensus, toujours utile pour rappeler que la nature propre des institutions compte peut-être moins que la volonté de les respecter.* »³⁸³

§ 2 : l'Ecole Germanique

1 : Le primat de l'Idée dans la construction de l'Etat

Ici, c'est l'abstraction, au travers de laquelle il convient d'entendre un ordre d'idées ; la méthode empirique anglaise ne trouve pas ici à s'appliquer. C'est la méthode juridique privatiste, qui permet au droit public de se construire dans ce nouvel ensemble politique : le Reich. Après la victoire des Prussiens sur l'Empire français, le déshonneur de l'humiliation marque les esprits des républicains aux affaires. La définition même de cet esprit d'abstraction semble être donnée par François Gény : « *Toute organisation politique n'est que la réalisation d'un type idéal et rationnel. (...) C'est ainsi, en effet, par voie de construction systématique et de déduction logique, que traditionnellement l'on procède dans le domaine du droit privé.* »³⁸⁴ Cela démontre qu'il existe une « Ecole Juridique allemande », qui semble s'inspirer d'une démarche volontiers platonicienne.

³⁸³ La République en France, Etat des lieux, Claude Nicolet, pp.101-102, Seuil, Libre Examen, 1992. Cela peut être complété par le célèbre discours de Jules Ferry du 17 juin 1889 : « Il faut en finir avec la guerre éternelle, la guerre à toujours, avec le catholicisme, car la guerre n'est pas un système de gouvernement. (...) Il n'y a pas de transcendance (de quelque sorte que ce soit) au-dessus de la cité : ni dieu, ni église, ni parti, ni droit divin, ni droit de conquête (...) ; pour bâtir la République, il ne faut pas en tenir compte (je parle des principes non de l'inévitable compromis empirique. » p.103

³⁸⁴ Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Tome XIII, 1900, 7^o année, janvier à avril, Maurice Deslandres, p.439, François Gény Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif

Dans un éther, plane en toute rationalité les idées véritables que le droit public doit découvrir afin de bâtir le système impérial. Toutefois, est-ce que ce système impérial doit être l'apanage exclusif du cas français ? Les vagues successives des codifications, bien qu'elles ne soient pas l'œuvre des volontés humaines, mais bel et bien du temps, ne permettent pas forcément de répondre par l'affirmative ou la négative à la question précédemment posée. La République hérite du Code, qu'elle maintient, bien que d'un certain côté il se soit fossilisé. L'Empire bonapartiste, a maintenu les règles de droit privé, dans le cadre d'une dictature militaro-politique. Par conséquent, le maillage de la citoyenneté véritable existe, certes, mais c'est une coquille vide, dépourvue de sens. La dimension impériale n'a pas développé ce cadre. La III^e République, affinera et développera pleinement la participation du peuple à la gestion de la chose publique.

Le Reich, de son côté, a fini par réaliser une unité plus tardive que la France. Parti des catégories juridiques de droit privé, le droit public a fini par être aussi absorbé par cela. *« Il y a en effet des concepts juridiques généraux préexistant à toute organisation politique positive, données de la raison même, catégories abstraites auxquelles se rapportent toutes les institutions que nous pouvons imaginer et que les constitutions des différents peuples peuvent appeler à la vie. »*³⁸⁵

Il s'agit d'une autre influence sur la pensée d'Esmein ; une certaine conception de l'histoire l'habite, avec un théoricisme poussé. Bien qu'il ait une préférence pour l'histoire au sens empirique, anglo-saxon, il admet aussi certains aspects de cette théorie. Contrairement à l'influence anglaise, qui ne constituait pas une Ecole, le monde germanique du XIX^e siècle semble imprégner la science. Les penseurs anglais, tels que Bryce, Bagehot, Dicey, étaient des maîtres de la matière publiciste, contemporains d'Esmein.³⁸⁶ Ces maîtres s'inscrivaient dans la description du régime parlementaire ; le libéralisme les habitait, Montesquieu était pour eux une source d'inspiration lointaine, celui qui avait d'une certaine façon, dégagé des lois historiques, dans le fonctionnement des institutions politiques.

Joseph Barthélémy note ceci : *« Et son esprit, épris de lumière, répugne aux spéculations juridico-métaphysiques et aux abstractions de l'école germanique. »*³⁸⁷ Ce

³⁸⁵ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, de Janvier à avril 1900, op cit, Maurice Deslandres, pp. 437-438

³⁸⁶ L'article du Professeur Pinon, dans la *Revue de droit public*, peut être consulté, pp.218-219-220.

³⁸⁷ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1910, Compte rendu des *Éléments de droit constitutionnel*, 5^e édition, op cit, p.187

qui caractérise l'école germanique c'est « *une méthode intensivement juridique.* »³⁸⁸ Quoi de plus opposé en somme entre la méthode juridique que l'on applique au droit privé et l'historique dont souhaitent se servir les juristes de la fin du XIX^e siècle.

Selon Laband « *c'est la croyance qu'il y a en effet des concepts juridiques généraux préexistant à toute organisation politique positive.* » Or, selon Esmein, c'est l'histoire qui permet de comprendre ce qui caractérise virtuellement chaque Nation. L'historien n'entend pas partir de préceptes a priori, dégagés de tout fondement historique ; par fondement historique, il faut entendre populaire, c'est-à-dire dégagé coutumièrement, par l'effet du temps. Maurice Deslandres note judicieusement : « *Toute organisation politique n'est que la réalisation d'un type idéal et rationnel.* »³⁸⁹ Cette sorte d'abstraction de l'Ecole germanique conduit naturellement à tout juridiciser. Tous les rapports sociaux ne seraient que le fruit d'un lointain déterminisme, dont les types idéals, les principes rationnels auraient été découverts par des individus déliés de tout attachement, de tout lien historique, privé de bon sens ? Par l'application de la déduction mathématique et abstraite, or rien n'est plus éloigné de cela que la méthode prônée par Esmein. Maurice Deslandres de constater : « *Pour qu'elle existât, il faudrait que les institutions des peuples fussent le produit des volontés humaines guidées par les lumières de la pure raison ; mais elles sont surtout les œuvres des faits, les produits de l'histoire, et si la volonté humaine prend part à leur formation, c'est sous l'inspiration non de la logique mais des circonstances historiques, des conditions présentes, des traditions anciennes, des expériences réalisées.* »³⁹⁰

Or, l'universitaire charentais demeure quelque peu sous l'influence de cette Ecole d'une autre manière. Savigny et Ihering ont marqué certains juristes français de leur empreinte intellectuelle. Le Professeur Halpérin s'interroge de la manière suivante : « *L'histoire du droit est-elle une science méthodologique ou une pure connaissance érudite ?* »³⁹¹ Esmein s'inscrit dans la lignée philosophique de Savigny. Pour reprendre la problématique donnée par le Professeur Halpérin « *Les conceptions d'Esmein, en faveur d'une science historique du droit dans la lignée de*

³⁸⁸ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1900, La crise de la science politique, Maurice Deslandres, op cit, p.436

³⁸⁹ Ibid. p.439

³⁹⁰ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1900, La crise de la science politique, op cit, p.457

³⁹¹ *Revue d'histoire des sciences humaines*, IV, 2001, La science juridique entre politique et sciences humaines XIX^e, XX^e siècles, Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, Nicolas Marmin, Marc Millet, Georges Navet, Guillaume Sacriste, Septentrion Presses Universitaires, p.9 : L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ?

Savigny. »³⁹² Savigny à chercher à dégager la science même du réel, avec Hugo. Le droit ce ne sont pas seulement des textes que l'on applique mécaniquement, mais un certain souffle rationnel semble perceptible dans cette matière. Le Tout, qui est appréciée en tant que rationalité objective peut être perçu au moyen de la méthode historique, sans construction a priori. Toutefois pour percer et décrire avec les bonnes intuitions les « caractères » même du Tout, ne serait-on pas tenté de privilégier le Sollen sur le Sein ?

Donc Esmein retomberait quelque peu par l'affirmation de principes dans la pure dogmatique civiliste appliquée au droit constitutionnel. À quoi serait réduite l'histoire ? Est-elle purement artifice, auxiliaire, clause de style ou au contraire peut-elle avoir son autonomie ? Il semble qu'il ait reçu une certaine influence de l'École allemande, notamment de Savigny et Hugo. « Pour Savigny, en effet, « Tout droit est engendré de la manière que le langage courant qualifie de coutumière, c'est-à-dire qu'il est produit d'abord par l'usage et l'opinion du peuple, puis par la jurisprudence. Et il l'est ainsi partout par des forces internes, silencieuses, non par l'arbitraire d'un législateur. » « Le législateur ne peut donc pas créer le droit arbitrairement, celui-ci se formant par un processus organique déterminé par le fait que l'opinion générale du peuple, l'esprit du peuple (Volkgeist) le considère comme nécessaire. (...) Une génération ne forme pas la totalité d'une nation et ne peut par conséquent revendiquer pour soi le droit de donner des lois à celles à venir sans accepter en même temps pour elle-même les lois de générations précédentes. »³⁹³ Cela représente sans doute un des drames de la pensée humaine : l'homme se croit seul au milieu de ses semblables, c'est-à-dire qu'il s'imagine, et cela constitue une illusion, qu'il révolutionne l'ordre total des choses, car sa génération se croit unique dans l'histoire.

Le Professeur Halpérin note ceci à propos de Savigny : « Par la méthode historique, il était possible de parvenir à l'investigation du réel à travers toutes ses mutations successives, à la compréhension du développement organique du droit à partir de la conscience du peuple. Loin d'être une discipline propédeutique et subordonnée à la dogmatique, l'histoire du droit avait vocation à investir toute la science juridique, le droit étant appréhendé de manière génétique. »³⁹⁴

³⁹² Ibid. p.25 Le Professeur Halpérin s'attache à démontrer que le programme et la volonté d'Esmein ont rencontré certaines résistances de la part de ses collègues. Soit on considère l'histoire du droit comme un auxiliaire, soit c'est une science à part entière, d'où l'agrégation spécialisée en 1896.

³⁹³ Dictionnaire de la culture juridique, op cit, Article Codification, p.228, professeur Bureau

³⁹⁴ Ibid. p.11 Gustav Hugo, aussi, en 1790, « Tout en faisant de l'histoire du droit la partie scientifique de la jurisprudence, permettant de saisir la marche progressive de l'esprit humain et la nature intime du droit, Hugo était favorable à des recherches désintéressées et séparait assez nettement la science et la pratique du droit. »

Dans une note de bas de page, le Professeur Zenati-Castaing note avec lucidité ce qui paraît être le trait de caractère d'Esmein. Quelle est la place exacte qu'il accorde entre la coutume et la volonté du législateur ? « *Esmein fait un rapport devant la société d'études législatives dans lequel il a répondu avec netteté par la négative, malgré ses liens avec l'historicisme, à la question de savoir si la coutume est une source du droit.* »³⁹⁵ Mais, l'auteur charentais est lié à l'historicisme allemand ; il est vrai qu'il défend le principe législatif, mais à titre de principe historique, s'appliquant au cas français. Ici, on retrouve l'empreinte de Rousseau. C'est un principe juridique, légitimé par l'histoire. Mais, il a su se montrer bon élève de Portalis et donc reconnaissant à l'encontre de la force coutumière. « *C'est par Portalis que le Code Napoléon a ressenti les premiers frémissements du romantisme, Portalis qui a découvert, lors de son exil en Allemagne après le coup d'Etat anti-royaliste du 18 fructidor an V, le mouvement anti-rationaliste qui annonçait l'Ecole historique allemande. (...) L'historicisme allemand par l'évocation qu'il fait du lien qui unit entre elles les générations et du rôle de l'identité des peuples dans le droit.* »³⁹⁶ Le maître du droit constitutionnel sauve les meubles en consacrant la loi comme source du droit, mais à titre de principe juridique. L'unité juridique et son uniformité sont dès lors maintenues.

Dès lors, la coutume semble revêtir une dimension historique. Est-ce à dire que deux dimensions se font face dans la construction intellectuelle du maître parisien ? Au champ du droit, avec ses règles intrinsèques de sociologie, c'est-à-dire au sens de mécanisme psychologique de formation, la loi et la volonté du législateur. En revanche, à l'histoire, un domaine plus souterrain, celui de l'Ecole historique allemande de la coutume et de la volonté du peuple, à travers le lien intergénérationnel, jamais rompu ; véritable imaginaire des morts et des vivants. Il a fait du droit un objet de curiosité sociologique en démontrant ses lois intérieures.

Il serait certainement intéressant de s'interroger sur les applications concrètes de l'Ecole allemande ? Une certaine influence se manifeste quant au Code Civil français de 1804. L'Ecole de l'Exégèse affirmant une interprétation littérale des textes, semble déphasée avec la nouvelle réalité sociale qui s'offre à elle. Après le XVIII^e siècle des Lumières, la vie des peuples renaît, portée par le courant romantique ; le patriotisme est mis en avant. « *L'Ecole historique allemande a eu le mérite de montrer en quoi consistait véritablement l'utilité de l'histoire politique comme de l'histoire du droit. Dès*

³⁹⁵ Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, 644 pages, Le Code Civil et la coutume, p.610, note de bas de page, numéro 11

³⁹⁶ Ibid. p.623

lors, l'histoire seule peut devenir la base d'une exégèse plus large, plus sûre, plus scientifique ; elle est nécessaire pour une correcte interprétation du Code Civil, encore plus nécessaire ce dernier se réfère aux usages généraux ou locaux, de même qu'il faut faire appel à l'histoire à propos des références à l'équité. »³⁹⁷

Il ne semble pas vraiment s'appuyer sur Le II^o Reich, car il n'appartient pas au club des Etats d'Occident et à leurs peuples libres. Dans cette conception historique, le peuple allemand semble être en osmose parfaite avec l'Etat ; cet Etat perçu comme un éducateur rationnel et amenant les individus à accepter son autorité. L'Etat est l'organe suprême de toute rationalité et de morale. Cette manière d'être là, ne semble pas être approuvée par l'historien-juriste. De plus l'agencement des institutions ne semble pas non plus propice à l'épanouissement du régime parlementaire. C'est l'Exécutif qui domine la vie politique, en particulier depuis 1890, lorsque le chancelier Bismarck a été écarté du pouvoir par le Kaiser Guillaume II.³⁹⁸

Faudrait-il rapprocher le modèle allemand dans l'antithèse de la société libérale et de l'individu libre, en raison notamment du rôle éducateur de l'Etat ? Certaines réponses semblent être fournies par Emile Boutmy, et un rapprochement pourrait être tenté avec la vision d'Esmein. « *Le vrai lettré, le profond humaniste est aujourd'hui le personnage le mieux protégé qu'il y ait contre le prestige illégitime de l'Etat. Il met au-dessus de tout le libre développement, la libre allure, le libre choix de chaque esprit. Ses pensées de chaque jour l'entretiennent dans le respect de ce qu'il y a de plus personnel en chaque homme, dans le goût très vif de l'originalité et de la spontanéité.* »³⁹⁹ Cette attitude est plus volontiers anglaise qu'allemande, puisque le Reich ne fait pas partie des Etats, qui selon l'expression de Montesquieu, aurait pour but la liberté politique dans sa Constitution. Alors, l'individu se retrouverait dans le modèle de l'Etat autoritaire. Boutmy semble préférer l'humanisme et les lettres, c'est-à-dire l'individu sur l'organe étatique. « *Ce n'est que par exception ou par méprise que les lettres ont pu former un jacobin ou socialiste. Leur organe n'est pas l'Etat, mais l'individu ; c'est l'individu*

³⁹⁷ Histoire de l'histoire du droit, Textes réunis par Jacques Poumarède, Centre Toulousain d'Histoire du droit et des Idées Politiques, n°10/2006, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Les orientations de l'historiographie de droit privé entre 1850 et 1950, Professeur Jean Hilaire, p.239. Le Professeur s'appuie sur Klimrath et sa thèse soutenue en 1833 Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code Civil.

³⁹⁸ Il n'y a rien de plus néfaste dans le comportement humain que, de soutenir et d'épouser, avec une naïveté toute puérule, les justifications d'un régime politique. Cela semble se rapprocher de la pensée d'Alain qui démontrait que l'Etat serait toujours là, mais qu'il ne faut pas non plus chercher à l'étendre et à le justifier, en s'agenouillant devant ses théories.

³⁹⁹ Revue Internationale de l'Enseignement Supérieur, Observations sur l'enseignement des sciences politiques et administratives, 1881, op cit, p.241

qu'elles glorifient et, à ce titre, elles sont l'un des remèdes préventifs recommandés aux hommes qui vivent dans l'atmosphère des sciences politiques et qui courent le risque d'y contracter cette maladie funeste qu'on pourrait définir l'ivresse de l'Etat. »⁴⁰⁰

Alors, est-ce qu'Esmein condamne l'Etat ? Non, c'est une certaine orientation de l'Etat qui délaisse. Le chancelier Bismarck, en 1883 institue les caisses d'assurance maladie puis une retouche en 1884. Enfin, en 1889, la caisse d'invalidité et de vieillesse. Est-ce à dire que deux paradigmes seraient en présence, l'anglo-saxon et le germanique ? Derrière la question de la méthode, se profile en arrière-plan deux pôles, donc deux Etats différents. S'agissant de certains rapports entre la démocratie et l'éducation universitaire, le modèle allemand semble être rejeté, car il est au service de structures autoritaires. Le Reich ne sert pas la démocratie, mais semble au contraire imiter une forme idéale, celle du surhomme nietzschéen. C'est sombrer dans le culte de la forme idéale, dangereuse en soi, conduisant à nier la valeur de l'homme. Ici, c'est le triomphe du régime qui prime, avec la pure forme. *« Ce qui se passe chez nos voisins n'est assurément pas l'idéal que nous voudrions voir se réaliser chez nous. Il nous répugnerait même que la jeunesse qui suit les cours de nos Facultés fût instruite par un enseignement ultra-officiel à s'incliner devant tous les faits accomplis par le gouvernement, à exalter tous ses actes et à confondre l'idée même de Patrie avec celle du régime régnant, comme la jeunesse allemande est dressée à admirer toujours et quand même l'Empire et ses œuvres. »⁴⁰¹*

C'est une sorte de désenchantement que met en avant la démocratie. C'est une éducation qui vise à créer une attitude nouvelle pour que le régime devienne comme transparent à lui-même. Par la méthode historique anglaise contre l'allemande, la France parviendrait à se réaliser pleinement dans un modèle démocratique. *« Aussi bien, cette éducation sociale ne peut se comprendre que sous un régime monarchique ; elle est incompatible avec un gouvernement démocratique, sans parler du caractère français qui a horreur du parti pris officiel dans l'enseignement. »⁴⁰²* Toutefois, la prétendue neutralité axiologique d'Esmein a été battue en brèche, par l'historiographie et les travaux de réflexion.

Il conviendrait d'examiner la place effective et exacte de l'Etat allemand. Cela relève certes de la méthode, dans ce sens où elle constitue la matrice même donnant un sens épistémologique à la vie nationale de l'Empire. Mais, ce qui est intéressant

⁴⁰⁰ Ibid. p.242

⁴⁰¹ *Revue Internationale de l'Enseignement Supérieur*. La fonction sociale des Facultés de droit, tome 22, juillet à décembre 1891, Despagne Frantz, p.9

⁴⁰² Ibid. p.9

concerne davantage l'aspect pratique et effectif, qui est lié à cette matrice idéale. Au travers de la législation industrielle, le chancelier Bismarck essaye de constituer un Etat ; un Etat autour du royaume de Prusse avec pour Kaiser, le roi de Prusse. On oppose volontiers le modèle français à l'allemand. Il semble à la lecture de certains ouvrages, comme celui de Tocqueville, L'Ancien Régime et la Révolution, que la féodalité se serait maintenu dans la Confédération Germanique. L'existence de nombreuses seigneuries, laïques ou ecclésiastiques, des confédérations de ville, etc. Esmein le note d'ailleurs avec intérêt et respecte la diversité de cet ensemble. Il est nécessaire qu'existe à côté de l'Etat fédéral, des Etats confédérés. Chaque Etat modèle ses lois, en fonction de ses habitudes historiques.⁴⁰³

Le modèle allemand trouve ici à s'exprimer ; il ne repose pas sur la coutume empirique et sur la lente formation du droit comme en Angleterre, mais, il semble ici que l'Etat se comporte en conducteur de la société. Le peuple existe, mais au travers du prisme de l'Etat. La société paraît hiérarchisée dans cette monarchie impériale. Lorsqu'il examine les modalités d'application de la loi sur l'assurance contre les accidents du 6 juillet 1884, trois acteurs semblent mis en avant : les ouvriers, les patrons et l'Etat.⁴⁰⁴ Esmein examine dans divers paragraphes la thèse et l'antithèse des principes juridiques mis en avant au Reichstag et commentés par des lettrés germaniques. « *Il faut se demander encore, si les patrons doivent seuls supporter les frais de l'assurance ou si les ouvriers qui en profitent n'y doivent pas participer également, si l'Etat enfin ne doit point contribuer à cette charge commandée avant tout par l'intérêt public.* »⁴⁰⁵ L'intérêt public semble ici l'emporter sur la simple gestion de l'exploitation de l'ère industrielle.

2 *Le rôle de l'Institution*

Il semblerait que ce paradigme se manifeste d'une autre manière. En effet, l'institution représenterait, en soi, l'Idée, au sens platonicien. L'institution est sa manifestation concrète dans l'histoire. Elle représente ce que la conscience la plus éclairée de l'opinion a fini par faire émerger. Ce ne sont plus des constructions empiriques, comme en Angleterre, dites coutumières, c'est-à-dire construites par la spontanéité même, mais des théories « mystiquement rationnelles ». Ce rationalisme,

⁴⁰³ Annuaire de législation étrangère, les lois de 1886, année 1887, 16^e année, à propos de la loi du 5 mai 1886 concernant l'assurance contre les accidents et contre les maladies des personnes employées dans les exploitations agricoles et forestières, p.116

⁴⁰⁴ Annuaire de législation étrangère, sur les lois de 1884, 14^e année, 1885, pp.121-173

⁴⁰⁵ Ibid. p.122

comment peut-il être justifié ? Par le fait que jusque-là le peuple germanique a été peuple avant d'être un Etat.

La conception germanique s'est retrouvée cristallisée dans une Ecole. Cela signifie qu'une certaine méthode s'imposait. Cette dernière avait donc été dégagée par des doctes ; érigée en système, elle est aux antipodes de la manière britannique qui ne s'impose pas d'elle-même. On finit sans doute par induction et intuition à se raccrocher à l'empirisme anglais, tandis que la démarche germanique repose sur un chemin tracé d'avance. Parti de déductions logiques, il nous fait remonter à l'Idée qui incarne la Raison pure, au sens kantien. La preuve peut en être rapportée de la manière suivante : ainsi, Declareuil notait ceci avec une grande pertinence : « *Les institutions politiques, juridiques, économiques, parmi d'autres apports de civilisation, participent de la constitution de la nation au même titre que le sol ou le groupe ethnique.* »⁴⁰⁶ Mais, note le Professeur Bonin, Declareuil préfère nettement la notion de groupe ethnique à celle de race. L'analyse donnée est extrêmement intéressante, car elle met en avant une « *notion plus socio-culturelle.* »⁴⁰⁷ La race renvoie à des éléments biologiques dits « de pureté », qui semblent n'avoir aucune consistance scientifique. A-t-il existe de toute éternité des groupes humains, dont certains se font les hérauts, capables de dire et de clamer haut et fort qu'ils représentent les témoins véritables d'une marque distinctive ? Non certainement pas, car cela repose sur de l'absurde. Ce sont des théories qui ont été diminuées après la défaite du III^e Reich ; être diminué ne signifie pas qu'elles ont disparu.

Il semble que la notion de civilisation ne se définisse point de la même manière entre les deux groupes. Il apparaît que le rapport soit davantage socio-culturel, pour reprendre l'expression déjà utilisée, chez les Britanniques, tandis que dans le cas allemand, le déterminisme biologique l'emporte. Est-ce à dire, dans ce dernier cas que seul le modèle de civilisation à l'occidentale doit triompher partout ? Esmein, en tout cas ne semble pas dans cette attitude triomphaliste, bien qu'il soit proche de Jules Ferry, alors partisan de la colonisation. « *Dès lors, dans une perspective d'où tout darwinisme social n'est pas exclu, les ensembles forment système. Il devient possible d'établir des parallèles et des éclaircissements réciproques entre les périodes et les civilisations, quand on les situe au même stade de développement.* »⁴⁰⁸ Or, pour les situer au même

⁴⁰⁶ *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2012, numéro 32, Professeur Bonin, Les manuels des historiens des facultés de droit sous la III^e République : histoire du droit ou histoire des institutions ? p.477

⁴⁰⁷ *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, Professeur Bonin, p.477, op cit

⁴⁰⁸ Ibid. p.473

stade de développement, ne faudrait-il pas qu'il existât aussi des catégories supérieures, que seule la raison pourrait percer ? D'ailleurs, c'est l'une des explications paradigmatiques du monde, assez aléatoire ; reposant sur des fondements par trop théoriques, cette dernière ne pourrait que paralyser la liberté, car elle entraîne dans son sillage les justifications illimitées du pouvoir d'Etat.⁴⁰⁹ Il ne s'agit pas de traiter de notions ambiguës, telles que races ou autres, mais il faut certainement voir en filigrane que, se trame le drame de l'humanité, au sens grec d'action.

Quel serait véritablement le critérium qui permettrait pleinement de juger de l'authenticité, voire peut-être de l'efficacité de telles ou telles valeurs ? Cette question distingue la théorie et la pratique dite d'utilité. Certaines civilisations atteignent un certain stade de développement, pour reprendre ce qui a été dit ci-dessus. Cette proposition est assez équivoque, car il est difficile de la mesurer à l'aune de critères dits subjectifs. Toute réflexion humaine n'est-elle pas avant tout subjective ? Cela suppose des choix, dits artificiels, c'est-à-dire émanant de la volonté de l'homme. Donc, un certain hasard anime la démarche de l'homme, ou une certaine tendance à suivre ce que le hasard permet intuitivement. Pour reprendre quelque peu Pierre Bourdieu, « *C'est pourquoi il n'est sans doute pas d'instrument de rupture plus puissant que la reconstruction de sa genèse : en faisant ressurgir les conflits et les confrontations des premiers commencements et, du même coup, les possibles écartés, elle réactualise la possibilité qu'il en ait été (et qu'il en soit) autrement.* »⁴¹⁰

Au travers de cela, il convient de noter avec précision que la notion d'institution est dès lors un choix quasi-artificiel de l'homme. C'est en tout cas une vision qu'Esmein n'aurait pas du tout partagée. En effet, pour ce dernier, c'est une vision téléologique qui s'impose dans la réalité des choses. La monarchie n'a fait que préparer la continuité de l'histoire française. « *Car c'est lui (le droit Intermédiaire) qui véritablement a créé l'Etat moderne, le droit ancien n'en est que la préparation.* »⁴¹¹ C'est la notion de continuité de l'institution, avec le déterminisme des faits sociaux. Ce déterminisme

⁴⁰⁹ Certes, autour de la fin du XIX^e siècle, l'Etat était une donnée incontournable. C'est une manifestation humaine assez ancienne, bien qu'il existe des constructions plus anciennes encore. Il existe aujourd'hui d'autres formes de pouvoir, pour reprendre l'exposé du Professeur Bonin, mais aussi certaines approches des professeurs de droit administratif qui, démontrent que l'Etat a longtemps servi de modèle et le sert encore, mais la société est toujours confrontée à du pluralisme de pouvoirs, comme elle est témoin du pluralisme juridique.

⁴¹⁰ *Revue d'histoire des facultés de droit*, op cit, 2012, Professeur Bonin, pp.480-481, en note de bas de page, Pierre Bourdieu, « Esprits d'Etat » *ARSS*, n°96-97, mars 1993, pp.49-62, repris dans *Raisons pratiques*, Seuil, 1994, p.107

⁴¹¹ *Cours élémentaire*, Adhémar Esmein op cit, p. VIII

semble moins évident de nos jours, car il semble à son tour avoir annihilé la liberté de l'homme, notamment dans les expériences totalitaires du XX^e siècle, en Allemagne, en Italie et en Union Soviétique. La critique libérale a restauré la notion d'individu sans l'institution. Serait-ce ce doute qui ferait dire au Professeur Halpérin que « *La notion d'institution, supposant que les relations juridiques réunies en un faisceau sous un certain nombre d'idées avaient une sorte de vie organique à travers les siècles, a aussi ancré dans l'esprit d'un grand nombre d'historiens cette illusion d'une ligne cohérente permettant de réunir des points apparemment isolés dans l'histoire.* »⁴¹² Cela signifierait qu'Esmein partageait d'un certain point de vue les postulats de l'Ecole germanique, mais que cette dernière est aujourd'hui dépassée. Est-ce la vision de l'histoire qui serait dès lors dépassée, ou le droit kantien qui ne permettrait plus de lire le réel, comme cela semblait si clair auparavant ? Ces questions sont assez complexes.

Une interrogation semble agiter le penseur ; concernant les rapports des hommes entre eux, quant aux esprits de système. Cela suppose aussi l'acceptation des institutions, c'est-à-dire sans les remettre en cause. Or, il est conscient que de tels états dit de statu quo sont bien rares dans les sociétés ; les souhaite-t-il véritablement et fondamentalement ? C'est à se demander si cette question ne serait pas superfétatoire ? L'institution doit répondre selon Esmein aux besoins de la société, l'organe est au service des hommes, et non l'inverse. En réponse à Barthélémy, Esmein n'est pas partisan du statu quo. Malgré le régime représentatif, sommeillerait en quelque sorte un relan, un résidu de démocratie directe athénienne, dans laquelle le vis-à-vis était permanent. Sans qu'il soit véritablement dans « l'abstractionnisme » germanique, il n'en demeure pas moins, qu'il considère la perfectibilité des systèmes, sans en avoir une vision naïve, enfermée dans « la tour d'ivoire. »

Voici ce qu'il notait à l'égard de Colmet de Santerre : « *Il me rappelle ces Français de la seconde moitié du XVII^e siècle, qui, vivant à une époque où les institutions et les croyances semblaient à jamais fixées, recevaient toutes faites leurs idées philosophiques, religieuses et politiques ; et qui, dans ce tranquille équilibre de leur âme, ne songeaient qu'à remplir dignement les devoirs de leur état, pour laisser à leurs enfants l'héritage d'un nom justement honoré.* »⁴¹³ Ce qui semble quelque peu en contradiction avec le principe de progrès, si cher à Esmein, car dans une société démocratique ne peut exister d'état garantissant le statu quo. Dans la démocratie

⁴¹² Professeur Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, numéro 75 : Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes (P. Brunet et M. van de Kerchove éditeurs), 2010-2, p.308

⁴¹³ Notice sur la vie et les œuvres de M.Colmet de Santerre, Séance du 27 mai 1905, Académie des Sciences Morales et Politiques, Nouvelle série, LXIV, p.257

actuelle, toujours en mouvement, cela paraîtrait paradoxal. Or, il s'exprime au moment où la France se cherche institutionnellement. Quel confort intellectuel ! Indirectement, aussi, il vise à stabiliser la société pour son autorégulation. Le long règne de Louis XIV a été l'apogée d'un certain système monarchique, à tendance centralisatrice, dotés de marqueurs d'unité. Or, quand le système a été mis à mal, le rationalisme juridique n'est d'aucuns secours, en raison de son caractère « semi-éternel. » Par conséquent, c'est à la société à produire de nouvelles institutions en fonction de son histoire. Ce qui permet de préciser, comme le fait Savigny : « *L'Ecole historique admet que la matière du droit est donnée par le passé tout entier de la Nation, qu'ainsi ce n'est pas un arbitraire qui puisse être indifféremment telle ou telle institution, mais le résultat de l'essence intime de la Nation et de son histoire.* »⁴¹⁴

La volonté ne crée pas ex nihilo. Voilà ce qui semble important à retenir. Ces juristes sont marqués par la sociologie et la passion des institutions, en tant que phénomènes observables. Dégagent-ils aussi des noumènes ? D'une certaine façon, oui, car pour Esmein, « *L'histoire (...) est le récit de l'avènement de la Nation par l'Etat, la monarchie faisant fonction de catalyseur un temps nécessaire mais ensuite périmé, ce qui lui permet de donner profondeur et légitimité historique à la république.* »⁴¹⁵ Le noumène serait dans le fait d'avoir dégagé une préférence subjective à l'égard du régime républicain. Par conséquent, tout phénomène se répète ; portant en lui un déterminisme de réitération de certaines lois.

L'institution se rapproche de la nouvelle méthode de l'Ecole Historique, celle de la vie pratique et concrète des peuples. Après l'abstraction des Lumières au XVIII^e siècle, les nationalismes en Europe se développent, avec le romantisme mettant en lumière le sublime de chaque peuple. Le XIX^e siècle a paru poétique au départ pour sombrer dans le drame germanique du XX^e siècle. Esmein de s'interroger et de mettre en avant deux aspects. Dans le cas français, le Code Civil s'avère rapidement insuffisant à répondre à la société et à son mouvement. Soit il faut maintenir à tout prix l'unité de législation, autour de la loi, et donc du Code ; c'est la conception légicentriste. Ou alors, c'est le pouvoir du juge et son prestige et qui doivent être rehaussés. Dans le premier cas, c'est la phrase de Laurent qui peut être réutilisée : « *Je prêche, et je pratique le respect de la loi ; non pas l'application judaïque du texte, mais le texte expliqué par la*

⁴¹⁴ Savigny, traduit par Laboulaye, Histoire du droit de propriété, 1839, p.30. La citation émane, pour reprendre la note de bas de page du professeur Bonin, d'un article programmatique de la Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, numéro 1, 1815, pp.3-4

⁴¹⁵ Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, op cit, 2012, Professeur Bonin, p.476

*tradition et les motifs ; et quand le texte est clair, je m'y tiens, sans m'incliner devant aucune autorité, parce que la plus grande autorité est celle du législateur. »*⁴¹⁶

Dès lors, la tradition et ces motifs renvoient à l'histoire organique d'un peuple, dans certains cas, c'est une conception ethno-culturelle et sociale, tandis que dans d'autres c'est racial et biologique.⁴¹⁷ L'un des principaux dangers de la vision organiciste et déterministe de l'Institution semble le fatalisme auquel cela conduit. Nulle place pour le hasard, donc pour la liberté au sens général et « métaphysique. » Cette attitude serait dès lors, en droit, condamnée par Esmein. Pour ce dernier, en effet, le droit est fils de la liberté politique, c'est-à-dire que l'ordonnement juridique doit garantir la protection de la liberté, sinon le régime sombrerait dans d'autres catégories qui n'auraient rien de démocratiques. Pour reprendre l'expression de Mill : « *Pour se dispenser de l'étude des influences morales et sociales, ce serait un moyen trop aisé que d'attribuer les différences de caractère, de conduite à des différences naturelles indestructibles.* »⁴¹⁸ C'est la revanche du providentialisme, donc du hasard contre la nécessité. La nécessité ne fait pas loi, contrairement à l'adage. Les différents éléments du passé, sont des alluvions qui se mêlent dans le même fleuve et finissent par s'amalgamer. Pour reprendre l'expression suivante, « *l'Homme est son propre Prométhée.* »⁴¹⁹ Cela signifie que la volonté des hommes modifie le réel ; le réel peut être transformé, cela ne veut pas dire conduit. Ce qui paraît condamner par avance toute démarche dite déterministe voire « historiciste. » Or, cet historicisme signifie purement et simplement « *à se reconnaître une conscience historique, à croire même que l'histoire de leur vie et de leurs actions doit avoir un sens, marqué du sceau de la Vérité absolue.* »⁴²⁰ Il ne s'agit pas de traiter ici de la nation, mais il faut comprendre que la méthode de cette Ecole semble considérer en toute pureté tel modèle sur tel autre. En effet, la question soulevée par l'anthropologie ; problématique centrale, certes. « *Pourquoi des êtres humains s'attachent-ils à certaines croyances ou idées plutôt qu'à d'autres ?* »⁴²¹ Il semble que l'historicisme accompagne bel et bien ce cheminement et cette manière d'être. Au travers de l'organe, en effet, se trame l'histoire en mouvement,

⁴¹⁶ Ibid. ; Notice sur M.Colmet de Santerre, Esmein, séance du 27 mai 1905, p.273

⁴¹⁷ En ce qui concerne les conceptions d'attribution de la citoyenneté, on peut se reporter à l'entretien que le Professeur Lagarde, Professeur à l'Université Paris-I, accorde au journal Le Monde, en date du mercredi 23 octobre 2013, p.10

⁴¹⁸ Les écoles historiques, Professeurs Bourdè et Martin, Points Histoire, 1997, p.178, « Michelet et l'appréhension totale du passé. »

⁴¹⁹ Ibid. p.179

⁴²⁰ L'identité nationale, une énigme, Marcel Detienne, folio histoires, p.71, 2010

⁴²¹ Ibid. p.13

doté d'une conscience. Cette volonté de réunifier le même et l'autre autour de l'histoire et de son épaisseur a marqué cela. « *L'historicisme, apparaît comme une poussée de fièvre en direction d'une individualité, de la singularité irréductible d'une conscience historique soudée à l'histoire d'une nation, nécessairement appréhendée en soi, comme le passé.* »⁴²²

3 : La traduction concrète : l'Etat en tant que personne

Il existe en droit, dans sa manière de raisonner ou plutôt dans le façonnement apporté par l'homme, deux catégories bien distinctes : la personne, soit physique, soit morale ou alors l'objet. Un objet ne pense pas, naturellement. Il n'a d'existence que ce que l'on veut bien lui attribuer ; générale ou spéciale, voire dans certains cas pleine, comme cela est dit dans l'expression « pleine juridiction. » Dès lors, le modèle germanique, se range dans la catégorie dite de la personne. Imposant à l'individu, une relation logique entre le néant et le tout, il semble que la philosophie allemande, décrite par Nietzsche, conduise à opposer deux traditions. La notion française d'Etat et l'allemande. Il ne s'agit pas de dresser une chronologie des dates historiques qui ont marqué l'avènement de l'Etat. Du Sacré Empire romain de nation allemande à l'Allemagne, en passant par les différents modèles de la confédération au cours du XIX^e siècle, l'Etat et les mentalités ont conservé une identité de structure. En France, l'Etat est resté un objet, nommé Res Publica. Par conséquent, la figure du roi correspond à celle du ministre, serviteur de la chose publique. Son rôle n'est pas prépondérant. La volonté du roi est tempérée par les contre-pouvoirs, certes atténués durant le règne de Louis XIV, mais réactivés au cours du XVIII^e siècle. Le Professeur Zoller note avec intérêt ceci : « *(Dans le Saint Empire, cette conception) fait de l'Etat une personne, une personne physique d'abord qui deviendra plus tard une personne morale, et même un être en soi, alors que, dans la conception française, l'Etat est plutôt une chose, un dépôt remis entre les mains d'une personne, le souverain.* »⁴²³

La pertinence de cette distinction serait celle des protections des droits, ou comment l'Etat organise le droit et la Justice ? Quel est l'agencement des organes protecteurs dans l'ordonnement juridique ? La France, pour la protection des libertés publiques et privées, a choisi le modèle judiciaire. C'est la Cour de Cassation, et donc la hiérarchie judiciaire, qui est censée le maintenir. En passant par la protection du droit privé, l'Etat demeure un objet, du fait de sa nature intrinsèquement artificielle. C'est la

⁴²² Ibid. p.76

⁴²³ Introduction au droit public, Professeur Zoller, 1^{ère} édition, Précis Dalloz, pp.49-50

lente élaboration de ce modèle, par le travail historique des juristes qui permet d'affirmer qu'ils ont construit, sans que l'Etat ou la science administrative ne le subsume, un noyau dit de protection et de garantie. En revanche, à partir du moment où l'Etat allemand, dotée d'une autre nature, celle de personne, il n'y a pas vraiment de place pour le droit privé, d'autant plus que le protestantisme a sans doute joué un rôle différent du catholicisme, en renforçant probablement l'Etat au moment de la révolte des paysans au XVI^e siècle. L'Etat est un sujet, c'est le droit administratif et donc la science administrative qui garantissent au sein même de l'Etat, cette protection. Une protection qui ne se fait pas contre l'Etat. C'est « *la doctrine du pur droit administratif* », ⁴²⁴ qui est « *en retrait par rapport à la philosophie kantienne qui ne demande à l'Etat que d'assurer une garantie judiciaire des droits, Mohl estime qu'une protection effective des droits exige aussi une garantie administrative.* » ⁴²⁵ De ce fait, dès la réunification, en 1871, sous la férule prussienne, et jusqu'à 1945, l'Allemagne ne parviendra pas à démystifier l'Etat ; source profonde d'inconvénients ayant mené tout droit au totalitarisme national-socialiste.

Il convient d'examiner maintenant les points nodaux du maître de la pensée constitutionnelle. Celle-ci est d'un grand intérêt.

⁴²⁴ Introduction au droit public, op cit, Professeur Zoller, p.65

⁴²⁵ Ibid. p.65

SECONDE PARTIE : ESMEIN : UN JURISTE REPUBLICAIN

Divers éléments vont être étudiés. Il s'agit des valeurs de ce juriste, de la prégnance du droit et de sa place dans l'histoire du droit.

CHAPITRE 1 : LES VALEURS

Il s'agit de mettre en relief l'individu et la société.

I : L'individu

§ 1 : L'individu libre : la notion d'individu et son rapport avec le droit

Il faut considérer que pour Esmein la liberté de l'individu est primordiale. La liberté ne signifie pas la licence ou les débordements provoqués par des révoltes urbaines ou d'anciennes jacqueries. Il condamne en effet toute violence, telles que celles de la Révolution ou la Commune de 1870-1871. La liberté est une donnée philosophique incompressible. Elle n'enferme pas les individus dans des sphères d'autonomie coupées de tout lien social. Au contraire, pour assurer le primat de la liberté, et donc, l'oubli de la passion du peuple, seul le régime représentatif et parlementaire permettent cette protection. « *On comprend que pour Esmein, la sauvegarde du régime des libertés était incompatible avec la domination de la Chambre basse ; il ne concevait pas non plus- suivant en cela les leçons de Montesquieu ou des doctrinaires un siècle plus tard- que la liberté du peuple puisse coïncider avec le pouvoir du peuple.* »⁴²⁶ Pouvoir du peuple et prépondérance de la Chambre basse semblent rimer pour l'illustre charentais avec la Convention et la terrible dictature du Comité de Salut Public, dans laquelle les hommes fiévreux étaient conduits par une sorte de furie meurtrière les ayant conduit à tuer au nom de principes absolus, affirmant « Pas de Liberté pour les ennemis de la Liberté. »

La liberté véritable ne s'impose pas. Elle doit puiser dans le tréfonds national de chaque peuple. Les mœurs de chaque Nation portent en elle la liberté, au sens le plus empirique. Dans le sillage de l'Ecole du droit de la nature et des gens, il considère que

⁴²⁶ *Revue du droit public*, Regard Critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel, Professeur Stéphane Pinon, op cit, p.220. Le Professeur Pinon explique en réalité que le gouvernement doit être en collaboration avec la Chambre basse, sans assurer la prépondérance de cette dernière, sinon, il ne s'agit plus d'un régime parlementaire, mais d'un régime d'assemblée.

l'individu existe en tant que tel, bien avant les premiers embryons d'Etat. Il ne s'agit pas de s'égarer dans la Préhistoire où à l'orée de l'Histoire, mais cet universitaire s'est tout de même intéressé aux mythes et aux contes populaires. Donc d'une certaine façon, l'individu est une sorte d'état, et non une fonction au service d'un absolu, sous quelque forme que ce soit, fût-il l'Etat ou le culte voué à un homme jusqu'au délire de l'idolâtrie. « *En dépit de son refus de considérer les déclarations des droits comme des articles de lois précis et exécutoires, il considérait que l'individu avait des droits antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat et que la source même du droit se trouvait dans l'individu.* »⁴²⁷

Selon l'autonomie de la volonté, chaque individu doit être capable de développer pleinement son individualité sans avoir pour d'autre guide que le bon sens, la raison lumineuse ; raison de laquelle, découle naturellement, la spontanéité des propositions ; le parcours de toute une vie, le parcours le plus libéral qui soit. « *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 développer librement ses facultés propres, et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de le diriger lui-même spontanément, à sa guise et à ses risques et périls, tant qu'il n'entamera pas le droit égal d'autrui.* »⁴²⁸ De surcroît, Joseph Barthélémy affirmait substantiellement la même idée lorsqu'il disait que conformément à la tradition issue de la pensée libérale, pensée qui s'est manifestée durant la première phase révolutionnaire, l'individu doit pouvoir s'épanouir et manifester tous ses talents possibles en les mettant au service de la société, afin de la rendre plus républicaine, plus libre. Rendre la société plus libre signifie aussi affiner les rapports entre les hommes, et donc recréer un autre type de lien social ; un lien social basé sur des rapports plus égalitaires et moins aristocratiques donc moins hiérarchisés. Toutefois, la société doit être au service de l'individu. Mais être au service de ne signifie nullement que tout est dû aux individus. En réalité, les conditions pour créer un régime de liberté doivent se manifester par le truchement du droit. Le droit garanti par la reconnaissance des principes juridiques, la liberté de l'individu. « *Or, assurer ce libre développement, c'est justement le but de diverses libertés qui constituent les droit individuels. En ne les respectant pas la société politique manquerait à sa mission essentielle, et l'Etat perdrait sa première et principale*

⁴²⁷ *Revue d'histoire du droit*, 75, Juillet-Septembre 1997, op cit, p.422, Professeur Halpérin, Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit

⁴²⁸ *L'individualisme et le droit*, Préface de Ferdinand Mélin-Soucramanien, Marcel Waline, Dalloz, 2007, 2^e Edition, p.46

*raison d'être. La fin de tout établissement public, dit Sieyès est la liberté individuelle. »*⁴²⁹

Il serait curieux de croiser quelque peu la méthode utilisée par Esmein afin de la confronter à l'individu. Comment l'individu peut trouver sa place ? Quelle est sa place ? A-t-il une finalité dégagée a priori et répondant à certains schémas préconçus géométriquement ? Non, car l'absolu n'a pas sa place en matière d'organisation politique. Malgré le développement partiellement ou totalement fatal des sociétés, selon certaines théories des organisations, l'homme doit pouvoir trouver sa liberté par le droit afin de maintenir son autonomie. L'Etat est une sorte d'intermédiaire, et non plus acteur agissant, selon une volonté de puissance. L'Etat vient dès lors accompagner ce sentiment de lutte contre la fatalité en permettant à l'individu de se réaliser pour sa liberté et son autonomie. Il vient « conjurer » ce penchant fataliste des organisations humaines, à l'image des théories de la Nature. « *Sans doute, les sociétés humaines et politiques sont des formations essentielles et des organisations 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 des hommes doivent s'y plier, y conformer même leurs actes.* »⁴³⁰ Or, comment rester libre ? L'homme est libre avant toute chose, parce qu'il est homme, personne humaine, au sens moral. Dès lors il ne s'agit pas d'annihiler la fatalité, car cela est impossible, mais d'en avoir conscience et d'essayer tant bien que mal de créer un système politique qui le corrige au mieux, en laissant le plus de liberté possible à l'individu, selon le schéma de la Constituante, dans lequel Esmein se retrouve le mieux. « *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 diriger leurs actes, sauf à voir leur effort se briser s'ils se heurtent à une force matérielle.* »⁴³¹ Donc l'individu est libre. Libre de par sa nature, par ses aspirations, ses instincts que l'on retrouve dans ces contes populaires des Temps Anciens. Le droit est au service de la liberté comme le rappelait si bien Esmein, le droit est fils de la liberté. Grâce au droit, au sentiment du droit, les individus se donnent à la société. Les principes juridiques sont des éléments de la liberté, car ils viennent de l'homme, de ses aspirations les plus profondes. Lorsque la volonté de l'homme se manifeste, elle est déjà libre, éclairée par ce que l'homme représente dans

⁴²⁹ Ibid. p.46.

⁴³⁰ L'individualisme et le droit, Marcel Waline, op cit, p.46

⁴³¹ Ibid. p.46

son essence même. « *Ainsi, la fin de l'Etat, c'est de garantir à l'individu les libertés nécessaires au développement de sa personnalité. C'est donc, finalement, ce développement lui-même. Le Droit trouve donc sa fin, en dernière analyse, dans l'individu.* »⁴³²

Si le droit est au service de la société, il faut s'interroger sur sa place et son rôle dans une telle société. Esmein souhaite, pour reprendre une expression contemporaine, que les droits dits « de première génération » l'emportent. Ce qui compte le plus pour le charentais c'est l'épanouissement de l'individu, dans la lignée du décret d'Allarde et de la loi Le Chapelier. Les droits dits « de deuxième génération » ne trouveront pas leur place dans son schéma, car cela obligerait l'Etat à intervenir et à fausser quelque peu le marché. Bien que rien ne soit dit explicitement à cet égard, il est impossible alors de savoir comment il aurait pu entendre la justice redistributive. C'est un thème qui ne l'intéresse pas. Il décrit la société d'un point de vue institutionnel. Il semble qu'il ait atteint un autre niveau, par ses connaissances, mais au-delà, de maturité civilisationnelle, et donc citoyenne. Ce qui semble clair pour lui, l'est moins pour les contemporains que nous sommes, tellement habitués à voir l'Etat intervenir. Le droit dégage des principes de liberté, pour des hommes libres ; des hommes présumés libres selon la conception rousseauiste, vivant dans un état de liberté et d'égalité ; si l'Etat intervient pour créer des droits, cela entraînerait de ce fait une perte de liberté pour les citoyens.

§ 2 : La protection des droits- Les précédents historiques

Il ne s'agit pas de traiter du contrôle de constitutionnalité, mais d'indiquer certains précédents. « Le Lord Protector » Cromwell avait inauguré la longue histoire de ce contrôle de constitutionnalité en distinguant notamment le pouvoir constituant du pouvoir législatif. De plus les Premier et Second Empire, ont eux aussi connu, avec le Sénat un embryon de contrôle. Esmein ne s'attache pas à la forme d'exercice politique du pouvoir. Une fois de plus, on peut juger ici de l'ouverture d'esprit de cet universitaire. Il constate que certains régimes autoritaires connaissent paradoxalement une ouverture quelque peu libérale, mais qui ne trouvera d'écho que beaucoup plus tard.⁴³³ Il semble qu'ils mettent en relief la liberté de conscience. En effet, Cromwell

⁴³² Ibid. p.46 Texte de Marcel Waline.

⁴³³ Il ne s'agit pas de cautionner un régime dictatorial, mais Emmanuel Todd constate dans Après l'Empire, 2002, que les régimes démocratiques sont stables socialement grâce aux dictatures qui les ont précédées.

avec l'Instrument of Government promulgué en 1654 par lui-même, affirme « *la liberté de conscience.* »⁴³⁴ Cela représente aussi une des clefs de voûte d'Esmein ; ici aussi, l'empirisme et la prudence dominant ; par-delà les formes du régime politique, il démontre que la liberté progresse grâce aux mesures prises par le Lord Protector. « *Il inaugurerait ainsi le système de protection des droits individuels et la sanction des règles constitutionnelles qui se sont établis aux Etats-Unis.* »⁴³⁵

En distinguant deux catégories de lois, les unes plus fondamentales que les autres, accompagnées d'une garantie juridique plus forte, il fallait trouver une justification à cette théorie moderne. Le pouvoir constituant reposait donc sur la volonté du peuple et sur celle de Dieu. L'idée de Dieu allait être quelque peu évacuée, tandis que subsistait celle du peuple. « *Pour soutenir l'Instrument, Cromwell invoquait aussi l'autorité directe du peuple. Il soutenait, en réalité, la thèse sur laquelle les Américains font reposer la force de leurs Constitutions limitatives du pouvoir législatif : à savoir qu'il avait été accepté par la Nation elle-même ; il s'imposait donc à ses représentants.* »⁴³⁶ Les lois ordinaires ne peuvent aller contre la volonté du peuple ; la procédure de révision est rendue draconienne. Le pouvoir législatif ne peut pas s'ériger en pouvoir constituant, car ce dernier appartient au peuple. Le peuple est donc le dépositaire des traditions nationales.

Esmein semble noter avec une grande finesse, un certain développement logique des institutions, à un moment donné de l'histoire de l'Angleterre. « *Combien d'idées, ont été alors agitées qui paraissent toutes modernes ! Combien de combinaisons ont été essayées, dont on a cru faire depuis la trouvaille ! Ce travail des républicains anglais au XVII^e siècle a-t-il été stérile ? On pourrait le croire, puisque ce ne fut là qu'une déviation momentanée dans le développement historique de la Constitution anglaise, qui reprit bientôt son cours interrompu, et dont les documents que j'ai étudiés ont exercé moins d'influence encore sur l'étranger que sur l'Angleterre des temps postérieurs.* »⁴³⁷

Dans le cas français, ce sont les régimes suivants : Consulat, Premier et Second Empire, de tendance militaire pour le premier ; démocratique césarienne pour le second, teinté de socialisme. Les deux empereurs vont contribuer à la progression du contrôle de constitutionnalité des lois, aussi surprenant que cela puisse paraître. « *On pouvait enfin remarquer, que, parmi nos diverses Constitutions, deux seulement ont organisé une*

⁴³⁴ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Tome 12, 1899, Les Constitutions du Protectorat de Cromwell, p.212

⁴³⁵ Ibid. p.213

⁴³⁶ Ibid. p.209

⁴³⁷ Ibid. p.441

protection spéciale pour la liberté individuelle : et, par une singulière ironie, ce sont les Constitutions du premier et du second empire, et particulièrement le sénatus-consulte du 28 Floréal an XII, qui lui donnèrent leur sénat conservateur pour gardien et pour défenseur. »⁴³⁸Faut-il y voir, sans naïveté aucune, une démonstration factice pour ces gouvernements, qui par essence reposent sur des principes autoritaires ? Ce sont des trompe-l'œil, mais Esmein ne juge pas de ces gouvernements, au contraire il juge des principes juridiques évoqués.

Il distingue, avec une grande subtilité dans son raisonnement, deux attitudes. Soit le pouvoir exécutif cherche à attenter aux libertés individuelles, d'où le paravent offert par les empires autoritaires. On retrouve la dualité de juridictions françaises ; les conflits de compétence entre le judiciaire et l'administratif sont patents. Ou alors, c'est le modèle anglais avec un seul ordre de juridiction, le judiciaire et un texte clair, l'Habeas Corpus. « *L'Anglais emprisonné, ses parents, ses amis, ont pu directement porter leur plainte devant les Cours Suprêmes de l'Angleterre.* »⁴³⁹Tout en connaissant un seul ordre de juridiction, les Britanniques semblent fasciner Esmein ; il utilise sagement leur attitude en la rapprochant de celle des Français, lorsqu'il évoque ce fameux Sénat conservateur des libertés individuelles, devant lequel peuvent être contestés les actes du gouvernement, attentatoires aux libertés individuelles.

« *Ce n'est pas le pouvoir exécutif seul qui peut déclarer la guerre aux libertés individuelles inscrites dans la Constitution : le pouvoir législatif peut essayer aussi de les paralyser ou de les anéantir par des lois restrictives.* »⁴⁴⁰Dans les sociétés de l'Europe traditionnelle, telles que l'Angleterre ou la France, la défiance a fini par s'instaurer à l'égard du pouvoir exécutif. Le roi d'Angleterre dès le Moyen Age s'est vu imposer la Magna Carta, puis au cours du XVII^e siècle et du début du XVIII^e siècle, on a assisté peu à peu à la création d'un Cabinet de plus en plus autonome et émanant de la majorité de la Chambre des Communes. En France, le dernier monarque absolutiste, Louis XIV, préfigure quelque peu ce que sera la France future ; pour reprendre Tocqueville, la France révolutionnaire accouchera d'un Etat absolutiste, avec un renforcement du pouvoir des assemblées. Ce que veut montrer Esmein semble assez subtile. Les deux peuples ont entendu transférer la souveraineté d'un pôle unique, le roi, à celui d'une Assemblée élue. Craignant par-dessus tout l'omnipotence de l'exécutif, il

⁴³⁸ Rapport sur les concours pour les prix du comte Rossi, Concours de 1884, Faculté de droit de Paris, Document disponible à la Faculté de droit de Strasbourg ou Harvard, p.10

⁴³⁹ Ibid. p.10

⁴⁴⁰ Ibid. p.10

aurait semblé naturel que les Assemblées élues ne soient pas tyranniques, or il démontre qu'au contraire, elles peuvent l'être. D'où l'exemple des Etats-Unis, cherchant à se défier du pouvoir législatif. En décrivant avec précision le système des Etats-Unis, il explique qu'il s'attache véritablement à la protection des droits et libertés individuels. Chaque Etat fédéré a une Constitution ; la Constitution comporte les libertés individuelles, « *et lorsqu'il en est ainsi, toute loi de l'Etat qui violerait ces libertés pourrait être écartée soit par les tribunaux de cet Etat, soit même par les tribunaux de l'Union, si elle était invoquée devant eux.* »⁴⁴¹ Esmein d'expliquer en citant Tocqueville que pour se défier du pouvoir législatif, il faut une magistrature solide et considérée socialement comme légitime et ayant suffisamment d'autorité. Une institution n'existe que par la culture d'une société et en fonction de ce qu'elle peut lui donner ; ce qu'elle peut lui donner fait fataliste ; non, Esmein, démontre qu'on veut lui donner, en prenant exemple sur le système anglo-saxon, soit le britannique avec le seul ordre judiciaire, soit l'américain avec les doublons du fédéralisme. Cet universitaire est une sorte de « passeur » et comprend bien qu'on peut sortir de cette fatalité en s'inspirant de ces exemples, tout en conservant les formes précises de chaque Etat. C'est une dialectique complexe entre l'histoire du droit et le droit stricto sensu. « *En France, à diverses époques, les tribunaux ont pu déclarer inconstitutionnels les ordonnances ou décrets émanés du chef de l'Etat, et par suite se refuser à les appliquer, mais jamais ils n'ont prétendu apprécier l'inconstitutionnalité des lois. D'autre part, par un vain mirage de liberté, seules les Constitutions du Consulat, du premier et du second Empire, ont organisé une procédure pour attaquer les lois inconstitutionnelles, en permettant, dans une mesure plus ou moins large, au Gouvernement, ou même aux citoyens par une voie de pétition, de les déférer au Sénat.* »⁴⁴² Il est patent de constater qu'Esmein affectionnerait un tel système de protection pour la France ; son utopie, se réalisera au fur et à mesure de l'histoire.

Naturellement la notion d'individu tend à se rapprocher de celle de la société. Les deux éléments sociologiques doivent entrer dans une connexion de moins en moins tendue. Ce qui ne signifie pas que les deux sphères doivent se ressembler, car l'on tomberait dans des abstractions chimériques excessivement dangereuses pour l'individu. Il n'aura de cesse de le répéter, c'est sa crainte la plus manifeste d'ailleurs, que la société se confonde totalement en l'individu. Cela serait l'avènement d'une société égalitariste, obéissant à un absolu, guidée par des principes abstraits pernicieux pour elle-même.

⁴⁴¹ Rapport sur les concours pour les prix du Comte Rossi, op cit, p.11

⁴⁴² Ibid. p.11

Donc cela se retournerait contre l'individu lui-même. Voici substantiellement la pensée d'Esmein : « *La société, a pour but d'assurer le libre développement et le libre exercice des facultés individuelles, mais, par la même, elle doit à chaque individu la même protection, c'est-à-dire les mêmes droits.* »⁴⁴³ Ce qui signifie que c'est l'homme qui a des droits antérieurs et supérieurs à l'Etat. Toutefois, cette attitude philosophiquement sociale, ne signifie rien d'autre que ce ne pas l'Etat qui les confère. Ils sont inhérents à l'homme, au même titre qu'il a une personnalité juridique. C'est donc l'individu qui prime sur la société et sur l'Etat. L'Etat n'est toutefois pas une simple machine, il coordonne les lois afin de protéger les libertés individuelles. Telle est l'une des orientations du libéralisme politique ; libéralisme, qui ne doit pas être forcément confondu avec celui ayant trait à l'économie. Il faut garder présent à l'esprit que, les relations sociales entre individus peuvent être ramenées à l'état de pur objet. Or, pour éviter cela, afin de rester *en politique*, dans ces relations, Laboulaye précisait ceci : « *Telle est au fond l'œuvre de l'Etat. 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.* »⁴⁴⁴

§ 3 : Le sens des libertés pour Esmein : le libéralisme du XIX^e siècle ou les droits dits de première génération

Si l'on suit Esmein, il faut diviser en deux groupes les droits individuels : « *l'égalité civile et la liberté individuelle.* »⁴⁴⁵

S'agissant de l'égalité civile, il fait référence à Rousseau et à la fameuse théorie du Contrat Social. Il s'agit d'une loi naturelle inhérente à la personne humaine. Cette nouvelle abstraction met les individus à égalité. Esmein de préciser : « *Sans remonter à l'état de nature, sans invoquer le contrat social ni le droit naturel, l'égalité civile se justifie suffisamment par le droit de l'individu à un libre développement. (...) Chez tous les individus, l'égale aptitude de droit et une égale répartition des charges publiques.* »⁴⁴⁶ Chacun peut développer ses propres virtualités, dans le travail, au service de la société.

⁴⁴³ Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 7^e Edition, Tome second, Le droit constitutionnel de la République Française, 1921, revue par Henry Nézard, p.513

⁴⁴⁴ Thèse de Chopplet, op cit, p.549

⁴⁴⁵ Les Eléments de droit constitutionnel, 1^e Edition, p.369, op cit, 1896

⁴⁴⁶ Ibid. p.370

L'illustre universitaire ne se reconnaît guère dans certains aspects de la théorie rousseauiste. Or, on constate bel et bien qu'il reprend à son compte certains de ses éléments, notamment, cette abstraction égalitaire. C'est par le droit que Rousseau redonne la liberté à l'individu. Ne souhaitant pas l'enfermer dans des associations, il souhaite que la volonté générale soit la plus pure possible. Or, d'un certain côté, c'est là où le bât blesse, car Esmein ne veut pas de catégories « absolues » en matière d'organisation politique. Il n'est pas totalement contradictoire de reprendre cela ; il utilise la théorie du Contrat Social à des fins plus pragmatiques. En la relativisant, il démontre que les hommes peuvent se répartir les charges publiques et partager le pouvoir, dans le cadre d'une société républicano-démocratique. C'est seulement « *une égalité d'aptitudes* ». ⁴⁴⁷Cette égalité d'aptitude permet le libre développement des capacités virtuelles de chacun, c'est en cela que réside l'égalité et d'une certaine façon la théorie de Rousseau. Esmein d'opposer intelligemment grâce à la finesse du droit, la clarté de ses définitions, ceci : Le droit de suffrage est soumis à des conditions, telles que l'âge, le sexe, la capacité. En revanche, les droits individuels appartiennent à tous, « *C'est ensemble que tous sont également citoyens.* » ⁴⁴⁸

Quels sont ces droits individuels ? Cette question en appelle une autre, quel types d'individus pour quel genre de société ? Le penseur, reprenant la conception philosophique de l'autonomie de la volonté, érige chaque individu en tant qu'être civil, entrant en relation juridique avec ses semblables. Le XVIII^e siècle les nommait droits civils, tandis que Rossi au XIX^e siècle les a dénommé droits publics et sociaux. Esmein y range la liberté individuelle stricto sensu, la sûreté, c'est-à-dire la garantie contre l'arbitraire pénal. La propriété individuelle et son corollaire, l'inviolabilité du domicile ; « *La théorie l'a mis (la propriété privée) hors des atteintes de l'Etat et dans une position avancée.* » ⁴⁴⁹Ce qui signifie, en d'autres termes, que c'est sans doute le droit individuel le plus important aux yeux d'Esmein. La liberté du commerce, du travail et de l'industrie. La propriété et la production semblent liées intimement chez l'universitaire charentais.

Dans un autre ordre d'idée, il considère la liberté de conscience et la liberté de culte. Il y attache une très grande importance. La première n'oblige pas à croire en une

⁴⁴⁷ Ibid. p.369

⁴⁴⁸ Les Elements, 1^o Edition, op cit, p.375

⁴⁴⁹ Ibid. p.371

métaphysique, cela provient de l'Ecole du droit de la Nature et des Gens, « *c'est un droit absolu* ». ⁴⁵⁰

La liberté de réunion et la liberté de la presse, ainsi que la liberté d'association et celle d'enseignement. Pour les deux dernières, il semble les considérer comme faisant partie de considérations sociologiques générales. Elles sont ce qui constitue le socle même de la société assemblée. Ici, c'est la clef de voûte de son système matriciel. « *La liberté d'association et la liberté d'enseignement constituent en même temps des organisations et comme des fonctions sociales.* » ⁴⁵¹ C'est surtout cela ce qui caractérise le mieux Esmein, un fin connaisseur de la chose publique, un historien du droit qui sait bien démonter les ressorts de la vie politique, plus généralement de son organisation même. Mettant à nu le système, sans préférence idéologique, bien que manifestée à certains égards, il atteint tout de même un certain comportement de sociologue.

Ce qui serait appelé les droits de deuxième génération, pressentis par lui-même, mais ne trouvant pas encore d'écho ; les deux guerres mondiales accélèrent le processus, comme cela se retrouve dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. L'Etat ne doit rien aux individus, « *l'Etat doit laisser l'individu libre, mais l'individu n'a rien à lui réclamer.* » ⁴⁵² C'est surtout le dernier élément qui prime, le fait que les revendications concernant le droit à l'assistance, à l'instruction et au travail ne doivent pas intervenir entre l'Etat et les individus. Esmein d'évoquer le fait de « *laisser le champ libre à l'effort individuel.* » ⁴⁵³ Ces trois catégories ne font pas partie des droits propres aux individus. Ce qui sera conçu comme étant profondément inégalitaire et devant être pallié par l'Etat, n'ait pas perçu de la même façon par l'auteur étudié. Il considère que la liberté est le meilleur moteur de la société et il vaut mieux laisser l'individu se débrouiller seul. Craindrait-il le fait que l'Etat s'érigât en censeur de la société en imposant des dogmes ou des présupposés idéologiques venant d'autres systèmes de pensée ? Il n'est pas totalement opposé à certaines propositions des Ecoles Socialistes. Mais, il préfère nettement que l'individu soit libre d'agir et ne rencontre pas en face de lui l'Etat.

⁴⁵⁰ Ibid. p.371

⁴⁵¹ Ibid.p.371. Rousseau était contre les associations naturelles car « elles faussaient l'expression de la volonté générale » et lui enlevait son infaillibilité naturelle. Ce qui est assez curieux dans le schéma français, c'est que la tradition républicaine serait plus volontiers proche de Sieyès. De Gaulle durant sa Présidence a manifesté un goût pour la démocratie directe inspirée de Rousseau, lorsqu'il dénonçait les partis ; le référendum aussi a représenté la volonté du chef, incarnant une sorte de légitimité « intemporelle », avec la France. Curieux mélange de monarchie et de démocratie.

⁴⁵² Ibid. p.373

⁴⁵³ Ibid. p.374

L'égalité chez lui demeure encore celle des libéraux orléanistes et non celle des socialistes conceptuels. Mais, en reprenant quelque peu à son compte les éléments rousseauistes, il défend le suffrage universel. Au nom de cette égalité, il ne peut y avoir de revendications à caractère économique. Cette égalité est celle des Anciens, c'est-à-dire la libre participation au gouvernement, aux affaires administratives, à la justice avec le jury.⁴⁵⁴

Antoine Chopplet note avec intérêt une analyse. Il s'agit de la différence qu'opèrent entre eux Esmein et Duguit à propos de l'égalité de droits. Il convient de distinguer le droit du fait. Ce qui relève du droit concerne l'épanouissement de chacun dans le cadre de la liberté. Rossi, Duguit et Esmein semblent partager la même opinion. La véritable égalité des hommes se trouve consacrée dans le droit et par le principe juridique. En revanche, tous trois condamnent les théories de l'égalité de fait qui, imposeraient aux hommes une uniformisation dangereuse pour leurs libertés. Car, au nom d'une abstraction qui se veut malgré tout rationnelle, c'est-à-dire qu'elle va contre les sentiments de l'homme, il faudrait que la totalité de l'idéologie impose la même cadence. Ces auteurs désapprouvent dès lors l'égalité dans les conditions de vie et de jouissance égale.⁴⁵⁵

L'égalité chez Esmein demeure encore celle des libéraux orléanistes et non celle des socialistes conceptuels. Mais, en reprenant quelque peu à son compte les éléments rousseauistes, il défend le suffrage universel. Au nom de cette égalité, il ne peut y avoir de revendications à caractère économique. Cette égalité est celle des Anciens, c'est-à-dire la libre participation au gouvernement, aux affaires administratives, à la justice avec le jury.⁴⁵⁶

II : La société

⁴⁵⁴ Ibid. p.375

⁴⁵⁵ La thèse d'Antoine Chopplet, p.458, op cit. C'est la liberté qui est centrale chez ces auteurs, dans le cadre de l'individualisme libéral du XIX^e siècle. Or, le XX^e siècle verra le triomphe de l'égalitarisme et le retour en force après 1991 du marché, qu'il soit financier, monétaire, etc. Omnipotent, voyant tout, perçant dans notre intimité même, c'est cette fois la liberté qui se joue de nous. Pour paraphraser Pascal à propos de l'éloquence, la vraie liberté n'est pas la liberté. Une idéologie peut porter en son sein une dimension totale de l'homme. Dangereuse et pernicieuse à la fois, elle menace l'homme dans son honneur et sa dignité.

⁴⁵⁶ Ibid. p.375

Il serait intéressant de considérer ici quelques attitudes personnelles d'Esmein. Il s'agit de mettre à nu son système ; la conciliation entre les forces progressives et conservatrices ; comment l'individu peut trouver sa place dans la société ? L'idée d'égalité française peut être examinée.

§ 1 : La conciliation entre les forces du mouvement et celles de l'ordre : la société

Au travers de l'exemple britannique, avec les Ecoles socialistes et la montée du Labour Party, soutenu par les trade-unions, Esmein accepterait volontiers certaines de leurs propositions, non par amour pour le militantisme pur, mais par intérêt pour la grande mécanique de la société.

Il n'a de cesse de le répéter, l'homme l'emporte clairement sur les droits historiques et donc sur la notion ancienne de privilège, au sens latin de reconnaissance d'un groupe à part dans la société. Avec la Révolution Française, commencent et trouvent un nouveau creuset, d'anciennes révolutions et des préoccupations constantes des intellectuels. « *La Révolution Française, par la gloire de la fameuse Déclaration des Droits de l'Homme, répandue dans l'Europe par les échos et les baïonnettes, domine le temps de l'individualisme, où l'individu affirme ses droits contre tout despotisme.* »⁴⁵⁷ En libérant l'individu des anciennes obligations juridiques, nécessaires à un moment donné de l'histoire, la société avait fini par se scléroser ; elle avait perdu tout mouvement. Il n'y a pas que l'individu qui soit libéré. D'autres catégories juridiques le sont aussi ; il s'agit notamment des villes, des catégories de personnes, comme la noblesse, la terre, etc. « *La Déclaration garantit fermement la propriété individuelle, et les lois (Code rural de 1791) en déduisent logiquement les libertés du propriétaire. Elle place les citoyens comme égaux devant le pouvoir, devant la loi, l'accès aux fonctions publiques, l'impôt, le service militaire. Ces règles accompagnent l'abolition de la noblesse, des privilèges des seigneurs, des pays ou des villes.* »⁴⁵⁸

Afin de redonner confiance en la société, et donc en son mouvement naturellement démocratique, il fallait que le Parlement anglais, la Chambre des Communes prioritairement, fût aménagée afin d'accueillir des membres capables de se faire entendre. Esmein soutient pour cela l'indemnité parlementaire. « *Cela devint la*

⁴⁵⁷ L'individu face au pouvoir, 5^o partie, Europe occidentale et Amérique XVIII siècle et XX^o siècle, Dessain et Tolra, 1988, Recueils de la société juridique Jean Bodin, pour l'histoire comparative des institutions, p.48, Professeurs Sicard et Cabanis.

⁴⁵⁸ Ibid. p.49

*règle et la gratuité du mandat, ainsi établie presque par hasard, se cristallisa en une sorte de doctrine constitutionnelle. (...) On pensait assurer par là le désintéressement et, par suite, la véritable indépendance des députés ; sans l'avouer, on créait du même coup le succédané d'un cens d'éligibilité. »*⁴⁵⁹ L'indemnité parlementaire constitue un progrès et un net avantage pour les députés qui n'ont pas l'indépendance nécessaire pour assurer une telle fonction. Une société reconnaissant le système démocratique, en épousant ses valeurs et ses attitudes mentales, considère dorénavant le mandat non comme un état de « jouissance intellectuelle épousant les formes », mais comme une fonction au service de la société. Esmein de noter, avec une grande lucidité : « *Il y a de nombreuses et graves objections à l'indemnité parlementaire ; mais elle a d'autre part, ce mérite capital, qu'elle sauvegarde l'indépendance du Parlement en faisant du représentant le serviteur du pays et non celui d'un caucus ou d'une union. »*⁴⁶⁰ En permettant aux ouvriers et à leurs syndicats d'être représentés à la Chambre des Communes ; en les mettant en quelque sorte devant le fait accompli de la représentation nationale, ils seront dès lors obligés de faire fonctionner le système parlementaire, et plus généralement, par le mouvement démocratique, la société parviendra à se renouveler. « *Elle empêche que l'opinion des ouvriers qui se trouvent, être conservateurs ne soit embourbée et noyée comme elle l'a été jusqu'ici (...) Le seul remède c'est d'en revenir au vieux principe constitutionnel que les fonctions publiques doivent être remplies à la dépense du public. »*⁴⁶¹ L'opinion conservatrice des ouvriers devient dès lors une sorte de levier de pouvoir sociologique au service de la démocratie. De plus, les citoyens en accordant un traitement à leurs députés deviennent non seulement spectateurs, mais aussi acteurs directs et véritables de ce nouveau système. Cela écarte dès lors, toute idée de révolution violente, tout soubresaut quelconque de l'opinion.

⁴⁵⁹ *Revue politique et parlementaire*, Octobre-Novembre-Décembre 1910, L'affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre, p.443

⁴⁶⁰ *Revue Politique et parlementaire*, L'affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire, op cit, p.455. On croirait presque entendre Rousseau. Voilà une preuve supplémentaire de l'ouverture d'esprit, du libéralisme constructeur d'Esmein. Comme le précisait aussi Raymond Aron, la conception britannique dans sa dualité maintient un sentiment d'unité. Dans *Introduction à la philosophie politique*, aux pages 48 et 49, Aron développe ceci : « Il en résulte que l'on n'a pas un nombre x de partis, chacun avec sa conception, mais un gouvernement et un contre-gouvernement, de telle sorte que, en Angleterre, on a toujours l'impression que ce qui est au pouvoir, ce n'est pas une fraction de la communauté, mais l'ensemble de la communauté, avec une certaine orientation. » La monarchie, en la personne du roi, permet de maintenir cette unité. Cela ne signifie pas que la République représentée par un Président ne le soit pas, les différentes Constitutions écrites insistent sur le rôle du chef de l'Etat en tant que garant de l'unité nationale, mais tout dépend de son mode d'élection, autrement dit de la teneur même du sentiment et de la représentation qui l'anime. La force et la vigueur de ces sentiments.

⁴⁶¹ *Ibid.* pp.455-456

Il s'agit de s'enquérir de l'intérêt même d'une société démocratique. Qu'est-ce que la démocratie ? Voici un ensemble d'éléments permettant d'y voir un peu plus clair : « *La démocratie doit être comprise non seulement comme une forme d'Etat ou de gouvernement, mais aussi comme un principe, un esprit qui traverse tout l'ordre social ou, plus exactement, toute la vie en société et le droit de la société.* »⁴⁶²

Une forme d'Etat ou de gouvernement, sont deux réalités qui ne se confondent pas. La forme d'Etat est celle d'une monarchie ou d'une république. D'où vient la légitimité du chef de l'Etat ? Est-ce un pouvoir divin ou un pouvoir d'onction populaire ?

La forme de gouvernement quant à elle est celle d'une équipe dirigeante, au sens technique, c'est-à-dire le conseil exécutif qui dirige effectivement les affaires et possède un pouvoir décisionnel.

La troisième acception, de nature un peu plus psychique, permet de mieux éclairer les deux précédentes, en ce sens elle inonde d'une certaine sève le pouvoir ; le pouvoir baigne dans cette ambiance d'égalité populaire, de justice distributive, etc.

La France dès 1789 a voulu s'inscrire dans un autre fonctionnement paradigmatique. En rompant avec l'Ancien Régime, c'est là la prise de conscience, les Français décidèrent de désacraliser les anciens rites et les mythes d'antan. Toutefois, il ne faut pas voir en bloc cette longue période allant de 496 à 1789 ; mais l'esprit qui animait le pouvoir et la société étaient entre les mains de l'Eglise catholique. En la faisant sortir du politique, les révolutionnaires ont provoqué son glissement vers le terrain social. C'est la société dans sa sphère générale qui s'est retrouvée modifiée. Il a fallu la construire avec d'autres schémas mentaux. Le mouvement démocratique porté par les juristes et le peuple de 1789, a conduit à une lente modification des rapports sociaux. En outre, le rapport qu'avaient les Français avec le pouvoir a changé. C'est une attitude et surtout ce sont des éléments qui s'adressent à tous. Il est encore trop tôt pour évoquer les classes sociales. Que deviennent dès lors les deux anciens ordres privilégiés ? Le clergé et la noblesse étaient des états. Il en subsistera toujours quelque résidu culturel d'une ancienne gloire. Si l'on voulait tout aplanir, au nom de l'égalité géométrique, cela signifierait que la conception de l'homme abstrait triomphât. Or, comme le rappelle Esmein, l'absolu n'a pas de place en matière d'organisation politique. « *Dès lors, il nous apparaît que la démocratie, ou plus exactement le principe démocratique, n'est ni le synonyme de gouvernement du peuple, et encore moins de*

⁴⁶² *Revue Française d'histoire des idées politiques*, N°24, 2006, Carl von Rotteck, Principe démocratique, élément et intérêt démocratiques, conviction démocratique, pp.397-398

gouvernement de la plèbe, ni l'opposé de la monarchie ; au contraire, nous entendons par-là seulement la tendance qui, partant de l'idée que le peuple, lequel réunit en société politique tous ceux qui, du point de vue du droit naturel, en sont membres de plein droit, dispose d'un droit commun, vise absolument à réaliser le caractère commun de l'exercice de ce droit, et qui ainsi, en conséquence, aspire à ce que tous puissent participer de façon égale à l'exercice à la fois des droits politiques (dont la collectivité est le titulaire) et des droits de l'homme et des droits civils (dont la collectivité se doit d'être le garant). »⁴⁶³C'est la notion de droit naturel qui est mise en relief, Esmein était un jusnaturaliste selon Claude Nicolet.⁴⁶⁴Ce droit naturel semble être une évidence, un bon sens, presque un axiome d'Euclide. Serait-ce comme le sous-entendait le maître charentais, un principe de sage politique, voire même de science politique ? « *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 ?* »⁴⁶⁵C'est le vieux schéma de la Nature gréco-romaine, avant l'interruption chrétienne. Le dieu Terminus, dieu romain de la terre, des gens de la terre qui semble renaître. Le christianisme a transporté le droit naturel dans le domaine éternel, vers l'absolu ; depuis la première révolte moderne au XVI^e siècle, aux Provinces-Unies, l'absolu a été déplacé vers la sphère de la conscience individuelle, là où nul pouvoir ne peut intervenir. Les Grecs et les Romains sont réapparus à la surface historique, bien que pour ces peuples la Cité était un tout et les droits individuels n'existaient pas. Quand on affirme que la collectivité est titulaire des droits politiques, cela signifie que la notion de souveraineté est nationale, c'est-à-dire, intrinsèquement attachée à la Nation, entendue comme élément insécable et interchangeable, présupposant l'égalité de tous, car tous semblent être soumis à cet étalon de droit naturel. Les droits politiques sont la participation libre de tous aux affaires politiques, ou plus exactement à la prise de décision. Dans l'Antiquité c'était la démocratie directe sur l'Agora ou sur le Forum, tandis qu'aujourd'hui c'est son corollaire de la liberté de la presse. La collectivité est dépositaire des droits de l'homme et des droits civils. Cela signifie que la société ne peut se retourner contre ses membres, car elle-même constitue un système de garantie efficace. Il ne s'agit pas d'être candide non plus en rationalisant ce qui n'a pas lieu d'être.

⁴⁶³ *Revue Française d'histoire des idées politiques*, Principe démocratique, élément et intérêt démocratiques, conviction démocratique, op cit, p.400

⁴⁶⁴ Il suffit de se référer à la première partie, dans le premier chapitre.

⁴⁶⁵ *Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7^e Edition, revue par Henry Nézard, Tome Second, Le droit Constitutionnel de la République Française, 1921, p.518. Les modifications apportées par Nézard figurent entre crochets dans les paragraphes de cet ouvrage.

La société démocratique progresse par la diffusion lente et progressive d'un état d'esprit, difficilement perceptible, c'est le régime le plus exigeant, car il suppose les efforts les plus « surhumains », une morale solide pour garantir l'autonomie de la volonté. « *Le principe démocratique, ainsi qu'il a été défini pour l'instant n'est donc point à confondre avec le principe républicain. En effet, celui-ci s'attache avant tout et surtout à la forme d'Etat, c'est-à-dire à la personnification du pouvoir d'Etat, alors que celui-là s'attache à l'essence du droit, c'est-à-dire à l'égalité (bien entendu, non pas à une égalité inconditionnelle et matérielle, mais à une égalité formelle, conditionnée par le contexte factuel.* »⁴⁶⁶ L'essence du droit, est l'égalité. Voilà l'idée essentielle. Le droit de par sa structure malléable, est indéfinissable, inquantifiable, mais constitue une sorte de nébuleuse égalitaire. « *L'égalité civile, le principe peut-être le plus fécond de tous, ne comporte point par elle-même de réglementation particulière ; ou plutôt la réglementation s'en trouve dans la législation nationale tout entière. C'est en effet le premier principe dont le respect s'impose au législateur.* »⁴⁶⁷

Par la diffusion du sentiment démocratique, grâce à la méthode historique proposée par Esmein, c'est-à-dire l'empirisme et la prudence, la société parviendrait à évoluer vers un régime de plus grande liberté. « *La diffusion de l'éducation politique (...) de l'esprit critique (...) parmi toutes les classes du peuple et exige en outre que toutes ces classes puissent bénéficier de manière égale des bienfaits de la société.* »⁴⁶⁸ L'auteur évoque les classes du peuple, or la Révolution Française durant la nuit célebrissime du 4 août 1789 a aboli les privilèges, c'est-à-dire les états sociaux tels que ceux de la noblesse, du clergé, etc. La Révolution considère que les états sociaux cessent d'exister par cette consécration juridique. De plus, le décret du 30 juillet 1791 abolit les ordres de chevalerie.⁴⁶⁹ Or, lors de cette fameuse nuit du 4 août 1789, est-ce que les juristes n'ont pas usé de termes dans un non-sens, donc un anachronisme ? Oui, il convient de le noter car à la fin du XVIII^e siècle, le régime féodal et seigneurial avait été abandonné depuis les XIII^e, XIV^e voire même XV^e siècles. « *Ce lacis est tel que, lors de la suppression de droits féodaux et seigneuriaux par la Révolution, l'abolition atteint des droits qui n'avaient rien de seigneurial ni même de droit féodal, qui*

⁴⁶⁶ *Revue Française d'histoire des idées politiques*, Principe démocratique, élément et intérêt démocratiques, conviction démocratique, op cit, p.405

⁴⁶⁷ *Les Eléments de droit constitutionnel*, 7^e édition, op cit, Tome Second, Le droit constitutionnel de la République Française, 1921, p.512, chapitre VIII La réglementation des droits individuels.

⁴⁶⁸ *Revue Française d'histoire des idées politiques*, Principe démocratique, élément et intérêt démocratiques, conviction démocratique, op cit, p.405

⁴⁶⁹ Tout titre nobiliaire, cesse d'exister socialement. Les voici du plus prestigieux au moins prestigieux : prince, duc, comte, marquis, vicomte, vidame, baron, chevalier, messire, écuyer, noble.

n'étaient que des droits issus de contrats civils tout à fait indépendants du sort d'un régime politique. »⁴⁷⁰ L'affaire ne relevait même plus du droit public ni de l'organisation générale du royaume, mais elle gouvernait encore, comme cela peut être découvert dans des dépôts d'archives, la matière du droit privé. Ce sont donc les rapports entre personnes et leur corrélation avec la propriété foncière, les immeubles en général qui guident encore ces individus. Par conséquent, cette grande mesure symbolique a trait à des rapports autour du droit de propriété. Mais, c'est la Révolution qui le dégage de manière civile, jusqu'à en faire un article politique. Par conséquent, cette brèche de rationalité dans l'édifice de l'Ancienne France conduira vers une nouvelle société, dont les réformes doivent être menées par le droit.

En ce qui concerne le domaine des idées politiques, certaines précisions peuvent être apportées. Lors de la nuit du 4 août 1789, la France veut mimer l'Angleterre. Les monarchiens se divisent en deux courants. Il existe une tonalité anglomane et une autre qui ne l'est pas du tout. Le point de cristallisation concernera la question monocamérale ou bicamérale. Comme le note le Professeur de Saint Victor, une noblesse à l'anglaise suppose des modernisations et des modifications substantielles. François Furet note : « *Une noblesse à l'anglaise suppose au moins la fin des exemptions fiscales.* »⁴⁷¹ C'était une volonté de la noblesse française que d'abroger les exemptions fiscales. Cela va dans le sens du projet de Sieyès d'une classe de riches possédants, participant à la vie politique. Donc la Révolution démarre avec le suffrage censitaire, il en ira de même sous la Restauration avec les frères de Louis XVI. Mais, on retrouve aussi le projet d'impôt unique, en matière foncière, des Physiocrates. « *Lors des élections aux Etats Généraux, plus de 88% des Cahiers de doléances de la noblesse proposent, on l'a dit, l'abolition des privilèges pécuniaires. Et, dès le 23 mai 1789, l'ordre de la noblesse propose au Tiers Etat d'abolir ses privilèges pécuniaires.* »⁴⁷² Le principe est accepté, mais dans le domaine de l'histoire du droit des biens, comme le démontre le professeur de Saint Victor, existe bel et bien un problème. Les modalités de remboursement pour perte de droits patrimoniaux semble patent et agite tout le cours de la Révolution. Sans rentrer dans tous les détails juridiques, certains droits sont rachetables et donc remboursables par l'Etat qui consent une avance, mais d'autres ne le sont pas.⁴⁷³

⁴⁷⁰ La société féodale, J. Calmette, op cit, pp.68-69

⁴⁷¹ Les racines de la liberté, op cit, Professeur de Saint Victor, p.268. Il s'agit d'une note, renvoyant à La Révolution Française, I, p.29 de Furet.

⁴⁷² Ibid. p.268

⁴⁷³ Ibid. p.269

Or le droit historique fait un rappel à l'ordre et démontre que des « résidus culturels » subsistent et subsisteront toujours. Faut-il les condamner ? La question semble mal posée, c'est-à-dire que ce n'est pas la bonne catégorie intellectuelle qui est adaptée. Il faut donc déplacer ce curseur. Au nom de quel principe absolu une catégorie d'hommes irait « in abstracto convertir » d'autres hommes ? Il ne faut pas perdre de vue que pour l'illustre charentais, l'absolu n'a pas sa place dans les organisations sociales. Donc, par l'esprit de réforme, avec son rythme lent, les choses finiront certainement par évoluer ; en tout cas, Esmein de préciser que : « *Il faut reconnaître que la voix de la raison parle dans le même sens que 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.* »⁴⁷⁴ Esmein semble logique lorsqu'il concilie l'esprit de la société avec celui des institutions ; c'est la voix de la raison, du bon sens qui permet de trouver le bon équilibre. Ce n'est pas ce « prince ayant des rêves de châtelain » qui est condamné en tant qu'individu, mais son attitude sociale. Sa projection quant au pouvoir ne semble plus correspondre avec l'état actuel de la société. Cette projection, guidée par une volonté de conquête, devient décalée, voire peut-être dangereuse pour la société. Grâce à la diffusion de ces attitudes « correctrices », bien que ce terme fasse songer à un aspect pénal ou répressif ; il serait plus judicieux de dire des « comportements affinés », « *la diffusion de l'éducation politique (...) et de l'esprit critique* »⁴⁷⁵, ce type d'individus, ramenés à un schéma géométrique de sociologie, pourra trouver une place dans la société démocratique. « *Lui seul peut, grâce à sa défense constante du droit naturel et à l'encontre des résistances du droit historique, porter remède aux déficiences et corruptions des institutions sociales ; c'est en lui que se révèle spécialement l'esprit nouveau, plus noble, des temps modernes.* »⁴⁷⁶ Le droit naturel qui met tout le monde à égalité, n'est pourtant pas un consensus social sur tous les sujets, il n'est pas de ce niveau-là, ou du moins ce n'est pas sa sphère. C'est une sorte d'état, c'est-à-dire une sorte d'utopie, nous faisant sortir de l'histoire et donc du temps, peut-être un état originel

⁴⁷⁴ Les Eléments, 7^e édition, op cit, p.516. Esmein précise qu'il s'agit de la loi du 22 juin 1886, interdisant le territoire de la République aux familles ayant régné sur la France et à tous leurs héritiers directs dans ordre de primogéniture. Les Bourbons, Les Bonaparte. Le Professeur Machelon, dans sa thèse n'aura de cesse de démontrer que la III^e République était loin d'être aussi protectrice et bienveillante à l'égard des libertés. C'est l'idée suivante : faire consensus. Or, selon Moses I. Finley, le consensus n'ait pas l'unanimité. Le consensus se rapproche davantage de la volonté générale de Rousseau. « Nul n'exige l'unanimité pour qu'il y ait consensus. » Démocratie antique et démocratie moderne, p.90

⁴⁷⁵ Revue française d'histoire des idées politiques, Carl von Rotteck, 2008, op cit, p.405

⁴⁷⁶ Ibid. p.405

laïque. Le droit historique est régénéré par ce droit naturel. Ce droit historique ce sont les longues accumulations des couches historiques, qui finissent par donner des formes particulières aux différents groupes sociaux. Bien souvent, les groupes sociaux croient détenir la vérité « absolue », en réalité, ils se trompent. Ce qu'il ne faut pas commettre c'est le fait de défendre autoritairement telle ou telle position en « l'affirmant comme un droit réel », voilà le danger pour une société démocratique.

§ 2 : La propriété foncière, la liberté d'entreprendre

Il ne s'agit pas de traiter de l'Ecole de la Physiocratie, mais, ce qui semble important pour Esmein, ce serait davantage l'attachement pour la petite propriété, l'idée d'égalité, la notion de travail avec une conciliation juste entre le capital et le travail. Bien qu'il ne développe pas de véritable théorie économique, ce n'est pas son rôle, mais il privilégie le marché, son libre fonctionnement avec l'initiative individuelle. Contrairement à certaines Ecoles Socialistes, souhaitant de l'interventionnisme, l'auteur étudié ne se range pas sous leurs bannières. Il s'en départit très nettement. Toutefois, toutes les Ecoles Socialistes, ne sont pas le pur schéma étatique ; certaines semblent rejoindre les tendances anarchistes de liberté individuelle, afin d'organiser un nouvel ordre sans pouvoir, c'est-à-dire que le pouvoir serait donné aux producteurs et aux travailleurs, sans pouvoir étatique, sans organe centralisé.

Esmein s'appuie sur l'exemple anglais à la Chambre des Communes et explique que le travail est une force légitime puisqu'il est pris en considération dans la Chambre représentative ; la Chambre représentative, organisée pour le peuple, celle qui représente l'élan démocratique avec les réformes électorales opérées au cours du XIX^e siècle, avec Gladstone et Disraëli. « *Car s'il est un point sur lequel tous les partis s'accordent, c'est qu'il est désirable de maintenir la représentation du travail dans la Chambre des Communes et la représentation directe du travail.* »⁴⁷⁷ Le travail, depuis le XVIII^e siècle a pris une autre tournure, car il est associé à l'individu libre ; l'individu libre s'approprie le monde par le travail et la création de richesse. L'Etat n'a pas à intervenir dans ce mécanisme du marché, mais il doit tout de même maintenir un cadre, par les notions d'ordre public et de bonnes mœurs. Il ne s'agit pas encore d'ordre public de direction ou de protection, comme la Cour de Cassation le dégagera au XX^e siècle, corolaire de l'interventionnisme étatique, à l'égard du travailleur. Selon le penseur étudié, la liberté du travail fait partie de principes intrinsèquement privés, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un

⁴⁷⁷ *Revue politique et parlementaire*, L'affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre, 1910, p.463

domaine incompressible. « *Il en est de même pour la liberté du travail, du commerce et de l'industrie qui se réalise par des contrats et actes rentrant dans le droit privé.* »⁴⁷⁸ Autrement dit, depuis la Révolution, le travail et la propriété ont été rendus à l'individu. L'attachement à la propriété pleine et entière, avec l'article 544 du Code Civil, permet de démontrer que l'état féodal est terminé. Autrement dit la propriété et le travail ne sont plus des états sociaux permettant de se situer dans la société. A partir du moment où l'on reconnaît à l'individu ces droits incompressibles, cela signifie que chacun est à égalité dans la société, non pas en raison des différences de fortune, mais par rapport au droit. Le droit est donc un simple vecteur vers la réalisation des objectifs de la phase libérale de la Révolution.

Dans le commentaire d'un arrêt de la Cour Suprême de la République d'Argentine de 1904, le Professeur explique longuement son attachement à deux principes ; il s'agit de la liberté du travail et des professions licites et l'égalité en matière d'impôt.⁴⁷⁹ Le charentais en profite d'ailleurs pour louer le patriotisme de ces Français partis à l'étranger. Le propos ne comporte pas de prétention coloniale ou de supériorité raciale. Ce sont des catégories de la seconde moitié du XX^e siècle, qui seraient anachroniques, en ce sens où l'on demande à l'histoire et donc au droit, par le biais des lois mémorielles de « soulager certaines mémoires », au nom d'une ambiance de victimisation dans la société. « *Ils font partie de groupe vaillant, trop peu nombreux encore, qui lutte pour développer, dans l'Amérique du Sud, l'influence, le commerce et l'industrie de la France.* »⁴⁸⁰

S'agissant de l'égalité en matière d'impôt, Esmein défend une certaine équité. Le fait de payer l'impôt est tout à fait légitime, car cela manifeste l'attachement du citoyen à l'Etat. Le sens des responsabilités, la conscience d'un Etat et de services. Esmein de souligner avec intérêt, mais son propos n'est pas dénué d'une certaine appréhension : « *Aujourd'hui, dans une société pleinement démocratisée, dans un pays où le suffrage universel est indéracinable, ces craintes ne sauraient se reproduire. Mais un autre danger est à craindre : c'est que les citoyens exemptés d'impôt perdent le sentiment de leur responsabilité électorale et même, en partie, de l'intérêt public.* »⁴⁸¹ Certes, le travail est une donnée importante, il est attaché intrinsèquement à la liberté même de l'individu. Il accompagne l'épanouissement de l'individu, comme le rappelait l'auteur ; permet-il à

⁴⁷⁸ Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 7^e Edition, 1921, Tome second, p.531

⁴⁷⁹ Revue Politique et parlementaire, 1904, II, Un arrêt de la Cour Suprême de la République d'Argentine, pp.124-125

⁴⁸⁰ Ibid. p.124

⁴⁸¹ Les Eléments, 7^e édition, op cit, p.530

l'individu de se détacher du poids familial ? Tel est le souhait de la phase libérale de la Révolution de 1789, 1790, 1791 ; il s'agit pour l'individu d'être libre, de laisser le poids des anciens déterminismes et de pouvoir s'épanouir. Il n'aura de cesse de répéter que le travail, avec le principe de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie pourrait créer de dangereuses illusions. La tendance humaine à l'égoïsme se révèle être toujours présente ; cette notion d'intérêt public est importante pour le charentais. Le souci de l'intérêt général, et un Etat pas trop envahissant, semblent être les points d'attachement pour l'illustre professeur.

Quel type d'économie souhaite Esmein ? Cela se révèle très clairement dans ses notes sur cet arrêt de la Cour Suprême de la République d'Argentine : « *Dans le premier motif, les gouvernements se considéraient être autorisés à fixer au vigneron la quantité de raisin qu'il peut produire (...) et ainsi jusqu'à tomber dans un communisme d'Etat et dans lequel les gouvernements seraient les régulateurs de l'industrie et du commerce, et les arbitres du capital et de la propriété individuelle.* »⁴⁸² Selon lui, l'Etat n'a pas à intervenir et à fixer des quotas de production. Que penserait-il de l'Union Européenne ? L'Union Européenne n'étant naturellement pas un Etat. Il en revient au bon sens, mais surtout à ce principe juridique essentiel qu'est la liberté du travail, du commerce et de l'industrie. Intrinsicquement, il rattache le travail au droit privé, le contrat de travail est l'affaire des parties, l'Etat n'a pas à s'en occuper.

Il cherche à concilier une justice entre les intérêts des patrons et ceux des ouvriers ; la terminologie utilisée est celle du XIX^e siècle. En raccrochant aux principes juridiques les différentes catégories sociales, il cherche à mieux protéger et à mieux concilier les individus. Le droit est par essence protecteur.⁴⁸³ Les lois ouvrières sont rattachées à des sentiments humains, naturels, portés par les hommes, au plus profond de leur être. Ce ne sont pas des sentiments vains et futiles, mais, au contraire des tendances longues et difficilement perceptibles, faites parfois d'allers et retours, mais qui finissent par s'imposer. « *Le mouvement est favorisé par l'influence sur les esprits cultivés, de l'économie politique et par ce sentiment qui avait tant de prise sur nos grands-pères, qu'ils appelaient la sensibilité, le désir d'effacer aux hommes les souffrances*

⁴⁸² *Revue Politique et parlementaire*, 1904, Un arrêt de la Cour Suprême de la République d'Argentine, p.124

⁴⁸³ Le Professeur Edelman notait qu'il créait une fiction protectrice en nous faisant sortir du temps et en apaisant le côté bestial de l'homme, ou du moins ses mauvais sentiments. Le but du droit est de durer, par le biais d'une institution légale. Dans institution, en effet, la racine latine « st », marque la stabilité, la durée, la revanche sur le temps.

inutiles. »⁴⁸⁴En ce qui concerne les patrons, Esmein les considère par le truchement du principe de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie. Les ouvriers, de leur côté se voient rehausser par les réformes opérées tout au long du XIX^e siècle ; la Révolution durant ses différentes phases ayant déconsidéré les associations ou les regroupements naturels entre hommes au nom de l'intérêt général, bien que cela ne soit pas totalement vrai d'ailleurs ; la pensée de Rousseau est beaucoup plus nuancée qu'il n'y paraît. S'agissant du droit de grève, l'auteur reconnaît que « *c'est le Second Empire qui a rendu licite la grève des ouvriers et le lock-out des patrons.* »⁴⁸⁵D'autres aspects de la réalité sociale qui étaient tolérés jusque-là finissent par devenir licites. Du pur état de fait, s'opère un basculement dans le domaine de l'institution légale avec son cortège de règles, de responsabilités ; c'est la volonté des hommes qui l'emporte sur la violence, il s'agit de canaliser cette violence. Les lois ouvrières telles que l'association professionnelle pour les ouvriers et les patrons dès la loi Waldeck-Rousseau de 1884, l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels avec la loi de 1893, la loi sur les accidents du travail de 1898, les contributions imposées aux patrons pour assurer les ouvriers contre la maladie et leurs retraites.⁴⁸⁶La plupart de ces dispositions sociales sont jugées en conformité avec le principe de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie. On pourrait presque parler de socialisme d'un juriste. Ce qui signifierait que tout en étant libéral, Esmein cherche à y concilier l'équité, la justice sociale, la juste répartition du travail, bref le progrès social.

Qu'en est-il du droit de grève ? Il semble que ce droit provoque chez l'universitaire un certain respect. Il range ce droit dans le domaine privé, peut-être même qu'il touche ici du doigt le sens véritable de la liberté de l'homme, c'est-à-dire que l'homme a le choix ; certes, cela pourrait paraître quelque peu ingénu, mais, par le biais du raisonnement juridique utilisé, on peut noter toute la subtilité. « *Les ouvriers ont un autre moyen de se soustraire à un régime qu'ils croiraient insupportable ; c'est de rompre le contrat de travail. Mais la grève suppose, au contraire, chez eux la volonté de maintenir ce contrat, de rester les employés du patron.* »⁴⁸⁷C'est moins la grève que le

⁴⁸⁴ *Les Eléments*, 7^e édition, op cit, p.562

⁴⁸⁵ Ibid. p.555

⁴⁸⁶ Ibid. pp.561-562

⁴⁸⁷ *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, 1898, Tome 1, Cassation Requête, 29 juin 1897, Note d'Esmein, p.21. La grève est licite pour Esmein à partir du moment où elle remplit deux critères juridiques, c'est-à-dire l'absence de manœuvres frauduleuses, de dol, et elle ne doit pas être violente. Donc nous sommes dans la pure théorie civiliste, avec l'autonomie de la volonté. Ce qui signifie que les patrons ne doivent pas être déconsidérés non plus. La grève est licite pour le professeur, à condition de viser un seul but : l'augmentation de salaire.

contrat de travail qui l'emporte. Avec les conceptions purement libérales, on peut aussi provoquer une rupture. Mais l'auteur, ne surestime-t-il pas un peu trop les conflits sociaux, en souhaitant les résoudre de cette façon-là ? On peut certainement déceler en lui, comme une sorte d'appréhension, lorsqu'il décide de s'en remettre au contrat et non à la grève. Le droit de grève est encore précoce, dans ses modalités mêmes ; l'aspect fondamental manque encore de relief. Les débordements de la Commune en 1870-1871 ont marqué toute une génération d'intellectuels en provoquant en eux des réflexes conservateurs.⁴⁸⁸ Esmein considère la classe ouvrière, peut-être moins dans ses modalités « marxistes » ou de quelque autre Ecole Socialiste « romantique » ou « conceptuelle » ; il l'entend dès lors non pas comme une classe, mais comme un ensemble d'individus. Pour être encore plus précis, il s'agirait même d'individu, un individu, pris isolément. En effet, il se rattache bien plus volontiers à cette notion si chère de contrat, face au droit de grève. Or, le contrat est bel et bien l'acte juridique le plus individualiste qui soit. Individualiste, ne signifie pas égoïste, naturellement. Il fait référence aux sphères sociales, à l'autonomie de la volonté, bref ces fameux droits de première génération, issus du grand mouvement libéral. *« Mais, si chaque droit individuel est ainsi absolu, tant qu'il ne sort pas de sa sphère propre, et si l'exercice n'en peut donner lieu à aucun dommages-intérêts, alors même qu'il serait fait malicieusement, il n'en serait plus de même s'il servait d'instrument pour violer, entraver chez autrui le libre exercice d'un droit individuel également légitime et reconnu. Alors et dans cette mesure, son exercice ne constituerait plus un acte licite. »*⁴⁸⁹

Toutefois, il convient de noter avec un vif intérêt une passion pour les lois sociales du II^e Reich. En effet, le chancelier Bismarck, pour éviter que la classe ouvrière ne vote en faveur des sociaux-démocrates, a décidé de prendre les devants en faisant adopter une série de mesures législatives extrêmement importantes. L'Etat fédéral a préféré, dans l'état d'esprit du Kulturkampf, encadrer cette vie sociale. *« L'insuccès de cette législation fit qu'on songea à l'assurance obligatoire. On était au moment où le gouvernement de l'Empire venait de faire adopter la loi du 21 octobre 1878 contre les démocrates-socialistes et il devait donner à cette loi une contrepartie par des institutions*

⁴⁸⁸ D'ailleurs l'usage du suffrage universel, n'était-il pas vu comme la panacée du monde conservateur face à Paris ? Durant la présidence gaulliste, il semble que l'on ait pu retrouver encore cette attitude, notamment en juin 1968, lors de la dissolution de l'Assemblée Nationale ; dissolution ayant amenée une majorité U.D.R. De Gaulle a provoqué un climat de peur pour se maintenir au pouvoir.

⁴⁸⁹ *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, 1898, Tome 1, op cit, p21, note Esmein, Cassation, Requête, 29 juin 1897

sociales favorables à la classe ouvrière. »⁴⁹⁰ Finalement, d'un certain côté, Esmein, par le discours du droit sur lui-même, reconnaît une situation de faiblesse à la classe ouvrière, et demande l'intervention de l'Etat, pour assurer une dignité contre le système de gestion et d'organisation économique de la société industrielle. Il s'agit à la fois de sentiments dits de bon sens ; les sentiments naturellement humains, et la volonté du législateur d'intervenir pour cela. « *Sans doute les grands industriels savent pratiquer au profit de leurs ouvriers et dans une large mesure la bienfaisance et la prévoyance. Mais cela suffit-il ; n'est-il pas juste que le législateur assure aux victimes des accidents une réparation pécuniaire et que pour cela il impose aux chefs d'industrie une responsabilité particulière à raison de ces accidents, qui sont comme la condition même de leur exploitation ?* »⁴⁹¹ Dans ce que propose le constitutionnaliste, loin de la théorie du socialisme marxiste avec sa dialectique historique et philosophique, donc la sortie de l'histoire « pour une utopie très loin dans le temps. » C'est bel et bien le juriste qui défend ici son système ; un système assurant une certaine justice, une équité naturelle. Aucune opposition n'est décelable entre les deux classes qu'a créées la société industrielle. Il semble même, pour reprendre quelque peu l'actualité, que le modèle allemand intéresse Esmein. C'est un des aspects qui est peut-être le plus méconnu. Dans la plupart des documents dépouillés, sur l'auteur ou sur les œuvres de l'étranger, ces préoccupations de républicain social, sont méconnus. C'est un socialisme de juristes qui semble aux antipodes des revendications syndicales ou de partis politiques. En effet, le style paraît plus feutré, plus « bourgeois », sans utiliser le sens marxiste, c'est-à-dire qu'il s'agit d'inscrire le projet dans des cadres formels ; ces mêmes cadres étant insufflés par l'attitude du juriste. Toutefois le juriste n'est pas créateur, mais continuateur. « *Et s'il se servait d'instrument pour violer, entraver chez autrui le libre exercice d'un droit individuel également légitime et reconnu. Alors et dans cette mesure, son exercice ne constituerait plus un acte licite.* »⁴⁹²

S'agissant de la loi du 15 juin 1883 concernant l'assurance des ouvriers contre les maladies, il convient de noter ceci : « *Dans l'intérêt des classes laborieuses, son caractère socialiste (socialisme d'Etat, socialisme chrétien) n'a point été dissimulé. Toutes les lois contiennent des restrictions à la liberté du travail ; et c'est le caractère essentiel de cette nouvelle loi de restreindre encore ce que le docteur Hirsch appelle le*

⁴⁹⁰ *Annuaire de législation étrangère*, publié par la société de législation comparée contenant le texte des principales lois votées dans les pays étrangers en 1884, 14^e année, 1885, p.123, note d'Esmein

⁴⁹¹ Ibid. p.121

⁴⁹² *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, 1898, Tome 1, op cit, p21, note Esmein, Cassation, Requête, 29 juin 1897

*principe fondamental de l'Etat économique moderne, à savoir la liberté du travail : logiquement appliqué, ce principe conduirait à la ruine des classes ouvrières. »*⁴⁹³ Il s'agit de renoncer dès lors à la liberté du travail, donc une exception de bon sens existe bel et bien afin d'éviter la ruine de la classe ouvrière ; en effet, cela serait néfaste pour la vie même de l'Empire et funeste pour la classe ouvrière. Toutefois, il s'agit d'une monarchie, dont le chef de l'Etat est un Kaiser. Mais, Esmein ne se soucie pas de cela. Il semble même que pour une fois l'économie l'intéresse, mais c'est une économie envisagée d'un point de vue juridique et non pas d'économiste.

Par le truchement du contrat, une certaine égalité est maintenue entre les parties opposées économiquement. Chez lui, ce n'est pas l'économie qui constitue la pièce maîtresse, alors même qu'il soutient l'économie de marché avec une concurrence entre ses membres, « *Elles sont, comme je le disais, un produit naturel (les lois ouvrières) de la grande industrie, des relations purement économiques qu'elle établit entre patrons et ouvriers, le plus souvent inconnues les unes aux autres, dominées les unes et les autres par les fluctuations du marché* »⁴⁹⁴, mais au contraire l'aspect politique l'emporte, par le droit, mais aussi au-delà du droit. Il a réussi, tout en finesse, à accomplir un retournement de situation en faveur de la théorie libérale. En privilégiant davantage le contrat, donc l'acte individuel, sur les manifestations collectives, il place le quidam dans un schéma sociologique général ; c'est la logique du droit qui impose son cadre formel, de par sa grande fluidité, il met les parties à égalité en créant un état d'institution légale et de responsabilité. Etre libre, c'est être responsable en droit, dans le schéma libéral. Le schéma sociologique général signifie que le Charentais se situe aussi à un niveau social bénéficiant d'un regard plus fin ; cela est patent lorsqu'il déclare : « *La concurrence est la loi même de la liberté et de l'industrie.* »⁴⁹⁵ Chopplet semble aussi abonder dans le sens de la lecture dite libérale. La grève est acceptée, tout comme le fait pour les ouvriers ou les patrons de pouvoir discuter. Est-ce que l'Etat est mieux à même d'assurer la coordination ou doit-il laisser libre cours aux débats ? Cette question sous-tend en réalité tout le problème des corporations. Edgar Morin n'affirmait-il pas : « *Il ne faut surtout pas que les Français s'intéressent aux affaires des corporations, c'est-à-dire aux leurs ?* » En réalité, cette citation comporte une double lecture. La première concerne le sens général, donné ci-dessus. En revanche, la seconde traite des différentes

⁴⁹³ *Annuaire de législation étrangère*, sur les lois étrangères de 1883, 13^e année, 1884, p.119, note d'Esmein

⁴⁹⁴ *Les Eléments*, op cit, 7^e édition, p.562

⁴⁹⁵ *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, 1898, Tome 1, op cit, p.21

corporations, stricto sensu. Peuvent-elles discuter de l'intérêt général, c'est le sens juridique ? Sont-elles avec la volonté générale ? C'est la question philosophique. En réalité, c'est le philosophe Kant qui apporte une réponse. La République est une communauté morale. « *La république kantienne ne se réduit pas à la séparation des pouvoirs. Ce n'est pas d'abord un régime, mais un principe régulateur, l'indication d'un idéal qui génère ou permet que soit durablement maintenue institutionnellement une communauté morale.* »⁴⁹⁶ C'est avant tout le régime de la sociologie et de la société, donc il est techniquement neutre. De ce fait, Chopplet abonde dans le sens d'Esmein en précisant que l'individu est libre et l'emporte en tout point, à la manière de Rousseau et de Voltaire, sur tout groupe, toute pression de groupe notamment idéologique. Esmein opère une distinction entre le contrat de louage de services, à caractère individuel et la grève, mouvement collectif.⁴⁹⁷ En réalité, cela ne fait que conforter le fait qu'Esmein ne rejette pas vraiment Rousseau. Kant a trouvé une réponse à cette quadrature du cercle, c'est-à-dire la conciliation entre l'individu et la société. C'est le trait moral, donc ce mécanisme de régulation qui les unit. Toute la démocratie est là. Elle n'est pas un vain mot.

La lecture métaphysique des Ecoles Socialistes semble dès lors enterrée avec le Charentais ; l'absolu en matière d'organisation laisse sa place désormais aux rapports entre hommes libres, sans la lutte des classes, sans déterminisme.⁴⁹⁸ Les individus disposent du droit pour affronter les fluctuations du marché. Mais Esmein semble reconnaître une importance à la matière de l'économie politique. Cette dernière, en effet, par le renouvellement des études juridiques, c'est-à-dire par la transformation de la méthode en histoire du droit et en droit constitutionnel, peut corriger les déséquilibres entre les patrons et ouvriers. « *Sans doute l'économie politique est précieuse quand il s'agit d'apprécier les effets bienfaisants ou malfaisants de la législation sur la production et la répartition des richesses ; elle est indispensable au législateur.* »⁴⁹⁹

Il conviendrait de s'appuyer sur l'analyse de Claude Nicolet du projet républicain. Ce dernier repose sur un certain système qui vise à neutraliser la violence dans la conduite des affaires. Le contrat est le trait d'union entre l'homme et le citoyen. Au premier, l'universalisme véritable, au second un certain relativisme influencé par l'universalisme. Est-ce à dire que l'universalisme sert d'étalon pour évaluer de la qualité

⁴⁹⁶ L'idée de République, Professeur Grange, Agora, Pocket, p.51, 2008

⁴⁹⁷ Thèse de Chopplet, op cit, pp.528-531

⁴⁹⁸ Esmein aurait dû trouver un plus large écho après la chute de l'U.R.S.S et la fin du credo marxiste, en matière d'organisation économique et de rapports sociaux entre employeurs et employés.

⁴⁹⁹ Revue Internationale de l'Enseignement, La licence en droit et le droit romain, op cit, p.304, 1902

du citoyen ? Cette question hautement philosophique est dangereuse, si elle est conduite dans un certain sens. Cela signifie, que si le système, inspiré par une idéologie dite à caractère totalitaire, souhaite imposer et régénère totalement l'individu en fonction de ses critères propres, alors on s'éloigne du cadre républicain. Au nom d'une prétendue valeur éternelle d'un objet quelconque, on en vient à neutraliser l'histoire et donc toute temporalité. Donc cela ôte à l'homme toute liberté possible. Dès lors, le projet républicain de l'égalité devant la loi est brisé. *« Les deux mots, homme (qui renvoie à la nature, et à la totalité de l'espèce humaine, au genre humain) et citoyen (qui renvoie à la totalité de l'organisation sociale et politique) sont donc absolument inséparables. (...) Leur liaison logique et organique n'oppose pas individu et société, elle les réconcilie en ne les rendant possibles que l'un par l'autre. (...) En fin de compte, tout se ramène au contrat. Or, il ne peut exister de contrats qu'entre des volontés libres et égales ; et le contrat crée entre les contractants une solidarité. La République ne repose pas sur autre chose. Mais c'est immense. »*⁵⁰⁰

Il semble qu'une différence puisse être établie entre la conception romaine de la propriété ; conception du Droit Intermédiaire, tandis que la conception de l'Ancien Droit était féodale, c'est-à-dire reposant sur des rapports intuitu personae et économiques ; ou du moins, c'était l'économie qui semblait davantage mise en avant. Il ne s'agit pas d'une observation empirique ou terre-à-terre de la réalité des choses, mais bien au contraire de l'étude même des principes logiques animant ces institutions sur un plan intellectuel et scientifique. Avec le retour de la conception romaine de la propriété, c'est le pouvoir créateur de l'Etat qui est mis en avant. Ce pouvoir créateur de l'Etat, si intimement lié à l'égalité dans son sens le plus général. La propriété était perçue comme un état, duquel on jouissait, dans des formes hiératiques, visibles socialement. Avec la notion romaine serait-ce le retour de la propriété, considérée comme une fonction ? Une fonction politique et sociale, dans le mouvement égalitariste du peuple français : *« Les sociétés païennes étaient fondées sur l'esclavage : or la libre propriété individuelle a sa racine dans la libre personnalité humaine ; et le législateur qui dispose en maître absolu de la personne des travailleurs, peut disposer à plus forte raison de la propriété des fruits de leur travail. Aussi les Romains tenaient-ils la propriété pour une création du législateur, pour une concession du pouvoir. Dans ce système, l'Etat se dessaisit partiellement de ses droits au profit des citoyens. Le domaine privé est donc une émanation du domaine public. En d'autres termes, la propriété ne vient pas de la nature, mais de la loi : elle est*

⁵⁰⁰ La République en France, Etat des lieux, Claude Nicolet, op cit, pp.103-104

œuvre humaine. »⁵⁰¹ Avec la Révolution, la propriété et son donc le droit de propriété sont placés dans l'individu, indépendamment de l'Etat.

§ 3 : La propriété foncière et l'égalité

C'est la valeur française par excellence, l'égalité, tant sur le plan juridique que politique. Par politique, il faut entendre de science politique ; une méthode de gouvernement comme sagesse politique, mais aussi comme manière de vivre ensemble, de simple présence au monde, c'est-à-dire, un principe social suffisamment fort pour garantir la démocratie. Mais Esmein, dans ses thèses de droit romain et de droit civil français ancien l'explique longuement. Le penseur de souligner avec pertinence à propos des Français : « *Chez une nation aussi sensible que la nôtre au sentiment de l'équité. (...) C'est un trait de notre caractère national, puisé peut-être au fonds celtique de sentir vivement l'injustice : alors même qu'une injustice partielle est comme la tare nécessaire d'une vieille et utile institution, nous la supportons malaisément.* »⁵⁰²

La propriété est liée nécessairement et intrinsèquement au progrès démocratique. C'est sans doute un processus lent et diffus qui a commencé en France sous la monarchie, d'ailleurs cela se retrouve dans les anciens documents fiscaux et d'urbanisme, ancêtres du cadastre.⁵⁰³ La Révolution a opéré une simplification et une harmonisation juridique pour tout le territoire. Le droit de propriété est exclusif, perpétuel et absolu ; il s'agit du droit le plus complet qu'un individu puisse exercer sur une chose réelle. Esmein de faire un parallèle entre l'état politique d'un pays et sa composition sociale, notamment en matière de propriété. Il prend l'exemple de l'Angleterre et de la Chambre des Lords qui ne correspond plus du tout à l'idée démocratique. Pour reprendre quelque peu Guizot, « *Le mot démocratie a des perspectives et des promesses infinies (...) voilà le secret de sa force.* »⁵⁰⁴ La démocratie a comme un goût de perfection géométrique et de perfectibilité humaine, certes, mais cela dépend du courant idéologique qui le porte. Cet universitaire n'a pas d'idéologie, il ne fait qu'appliquer une certaine logique à des institutions en tenant compte de l'histoire et des éléments des forces sociales. « *Mais ce qui est inconciliable avec la démocratie, c'est la composition traditionnelle et actuelle de la Chambre des Lords. Ce n'est point le*

⁵⁰¹ *Revue Internationale de l'enseignement*, L'enseignement des Facultés de droit de 1879 à 1889, Tome XIX, de janvier à juin 1890, Charles Turgeon, p.298

⁵⁰² *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*, Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français, 1880, 1881, 1882, 1883, pp.162-168

⁵⁰³ On peut y ajouter les cartulaires, les terriers. Dans le Midi toulousain, existait le compoix.

⁵⁰⁴ *La démocratie inachevée*, Professeur Rosanvallon, folio histoire, 2003, p.136

seul trait qui, chez les Anglais, s'accorde mal avec la démocratie politique. L'institution de l'Eglise établie de l'Angleterre et du Pays de Galles, et le régime de la Grande Propriété, qui se transmet le plus souvent indivisible et difficilement aliénable, auraient sans doute paru à Montesquieu peu conformes au principe de la démocratie. »⁵⁰⁵

En puisant dans le tréfonds national, il découvre ce qui constitue l'âme politique du français. Ce qu'il désire le plus ardemment, l'emportant même sur la liberté ; la liberté, aussi empirique soit-elle. Esmein avec sa passion de la liberté semble un peu délaissé. La monarchie de jadis pourrait certainement expliquer ce sentiment d'égalité, mais à partir de quand démarrerait-il ? Cette question même a-t-elle un sens ? Ce qui voudrait dire qu'elle serait insuffisante ou mal posée. Si on considère le principe monarchique dans son essence, il est aussi égalitaire que le démocratique. La démocratie platonicienne n'est qu'une réminiscence vers l'Idée, dans le contexte de régimes monarchiques ou aristocratiques. La monarchie préparerait à la démocratie. Montesquieu et Raymond Aron, semblait partager un point en commun, celui de la taille des Etats, selon la tradition aristotélicienne. Ce n'est pas un déterminisme dont il s'agit, mais en considérant ce que le maître a dégagé à propos de sa méthode, une certaine tendance semble s'imposer malgré les hommes. La monarchie aurait préparé les hommes à la vie démocratique, en faisant naître l'égalité, en renforçant ce sentiment. Pour parler un peu comme Montesquieu, le changement de la forme d'Etat ne serait plus qu'une cause accidentelle.

Lorsque le peuple français se leva en 1789 pour rétablir ses anciens droits, il s'agissait moins pour lui de s'attaquer à la personne du roi qu'à celle des aristocrates, c'est-à-dire des individus qui se sont figés sur leurs privilèges, à contre-courant de l'histoire. Pour reprendre quelque peu l'ancien Président Mitterrand, « *les usages râpés (...) les habitudes hiératiques d'antan* ». ⁵⁰⁶Le Professeur von Rotteck évoque ceci avec pertinence : « *La garantie pleine et entière du droit de propriété ou du principe d'égalité devant les charges publiques, ne peut être mal. Dans la mesure où la démocratie est en réalité liée de façon indissoluble à de saintes vérités du droit et à des axiomes politiques, c'est plutôt la récusation de celle-ci qui doit être considérée comme une injustice et comme un péché politique.* »

⁵⁰⁵ La chambre des Lords et la démocratie, Esmein, 1910, Académie des Sciences Morales et Politiques, pp.15-16

⁵⁰⁶ Le coup d'Etat permanent, François Mitterrand, Œuvres complètes, éditions rencontre, 1964.

Historiquement, une attitude de crispation donc de peur se manifeste quand les nobles souhaitant protéger leurs fils, font établir par l'Edit de 1781, les quatre quartiers de noblesse pour les emplois militaires.

Les saintes vérités du droit renvoient quelque peu à une réalité religieuse, voire la notion de droit naturel ? L'éternité dans le droit. Le droit contiendrait et porterait en lui-même des éléments de l'éternité que les hommes découvrent et tentent d'appliquer sur Terre. L'intention est louable, mais peut comporter certains dangers.

Les axiomes politiques, eux, renvoient à la science politique, à la bonne gestion, on dirait aujourd'hui la gouvernance de tel ou tel fragment de la réalité humaine. Axiome est un terme issu de la mathématique. Peut-on rationaliser pleinement les comportements humains ? Doit-on raccrocher, ou peut-on considérer les relations humaines comme de simples rapports mathématiques ? Cela provoquerait de « l'effroi juridique ».

Quoi qu'il en soit, le droit de propriété et le principe d'égalité devant les charges publiques, semblent être liées intimement et intrinsèquement à la démocratie. Les principes aristocratique et démocratique sont diamétralement opposés. Les aristocrates cherchent à conserver et à protéger une « *jalouse indépendance* » selon Esmein ; ce qui n'est pas non plus condamnable, puisqu'ils rappellent au pouvoir politique qu'ils veulent exister en tant que corps à part, afin de montrer à la société que la liberté existe. La démocratie, en revanche, selon le Professeur von Rotteck a besoin d'un pouvoir politique fort, qu'il soit issu d'élections parlementaires avec un Président de la République, ou un monarque constitutionnel.⁵⁰⁷ Dans la sphère civile, l'état social peut être démocratique, tandis que dans la sphère politique, la société peut connaître une monarchie. Les positions du juriste-historien pour la France sont claires à cet égard. Il condamne le système monarchique pour la France, mais l'accepte en Angleterre. C'est le poids de l'histoire, de la science des prudents, de la méthode prudentielle, de la minutieuse observation des faits qui le lui fait songer, bref, c'est déjà de la jurisprudence.

Le principe démocratique se retrouve conforté grâce au pouvoir du roi ; au roi, le pouvoir politique, tandis que le reste de la société peut conserver les droits civils dans leur plénitude. En France, le pouvoir du roi est devenu celui d'une République selon le modèle de Sieyès, accompagnée d'une Ré-totale à la Rousseau. Le mélange a donné un système représentatif, étant l'émanation de la volonté générale. Donc, le pouvoir législatif est la volonté générale. Le pouvoir du roi est monarchique, tandis que les principes aristocratique et démocratique sont « sociologiques ». Le monarque a tout

⁵⁰⁷ Louis XVI de septembre 1791 à août 1792 n'a jamais été un monarque de cette envergure. Le seul fut véritablement Louis XVIII (1814-1815 / 1824) symboliquement, il avait renoncé à la cérémonie du sacre, ce qui veut en dire long sur l'origine légitimante du pouvoir. Charles X (1824/1830) s'est montré plein de fanfreluche. Il s'est trompé sur l'avenir politique de la France en voulant être absolutiste.

intérêt, comme dans l'Histoire de France, à se rapprocher du Tiers Etat des villes. Dès le Moyen Age, pour contrecarrer l'influence de l'aristocratie rurale, le roi l'avait fait ; l'aristocratie représentait un contre-pouvoir face au roi. A partir du moment où l'édifice s'est effondré, il ne subsistait plus au nom de l'égalité que des individus, des grains de poussière, isolés les uns des autres, en face de l'Etat. Il s'agissait, même en démocratie, de bâtir à nouveau une sorte d'aristocratie ; une aristocratie qui ne serait pas de naissance, mais, revêtant un caractère autrement plus méritoire. Pour revenir à cet état de « *jalouse indépendance* », le peuple doit se réapproprier certains éléments de liberté, voilà ce qu'Esmein nous rappelle, c'était aussi l'un des desseins des libéraux du XIX^e siècle.

L'historien du droit de s'appuyer sur Tocqueville : « *Les lois sur les successions étant, la fidèle image des sociétés.* »⁵⁰⁸ Ce à quoi s'attache Esmein, c'est à l'idée d'égalité, si chère au cœur des Français. D'où vient ce sentiment ? Il semble le raccrocher à l'histoire. Un peu comme les conteurs ou ceux qui transmettent oralement des souvenirs ou des anecdotes, l'illustre universitaire se rattache à cette culture orale, qu'il affectionne tant. L'écrit semble n'être qu'un vecteur, un intermédiaire pour le maintien des souvenirs ; c'est comme si l'écrit semblait se dématérialiser au profit de la culture orale. « *Comme les Anciens Gaulois et les Français Modernes, les hommes de la Vieille France l'avaient aussi : et cet amour de l'égalité modifia profondément chez nous les institutions féodales et coutumières. (...) Retrait lignager, réserves coutumières, partage égal entre les enfants (pour les biens roturiers), rapports à succession, incompatibilité entre les qualités de légataire et d'héritier, tout cela dérivait des idées que nous venons d'exposer et qui forment un des traits originaux du vieil esprit français.* »⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ C'est de la sociologie ou de l'anthropologie avant l'heure ! C'est par l'étude des principes que l'on arrive à découvrir l'état d'esprit d'une société. Emmanuel Todd, l'explique aussi dans ses essais : le modèle français est égalitaire, avec un pouvoir quelque peu autoritaire, tandis que le modèle anglo-saxon serait libéral dans son pouvoir et inégalitaire dans les rapports entre enfants. L'allemand est autoritaire et inégalitaire, le russe est égalitaire et autoritaire. Au fonctionnement familial correspond le fonctionnement de l'Etat.

⁵⁰⁹ De la collatio bonorum, de la collatio dotis, Thèses de droit romain et Ancien droit civil français, des rapports à succession, Thèse de droit civil français ancien et droit intermédiaire, op cit, thèses d'Esmein pour le doctorat en droit, 1872, pp.152-153. En revanche, en Angleterre la différence est notable. A la page 154 de sa thèse, Esmein s'appuie sur Blackstone pour le XVIII^e siècle : Primogéniture, le mâle avant la famille hérite en premier. Il s'agit du « système germanique et féodal. » Il ne semble pas qu'Esmein approuve un tel système, pour l'époque contemporaine, mais, Esmein tout en respectant la culture orale, donc l'histoire, semble obéir à un certain schéma, mais il porte en lui les valeurs de liberté, mais surtout d'égalité, c'est-à-dire qu'il ne le fait pas pure convenance intellectuelle.

Une continuité historique est observable entre l’Ancien Régime et la Révolution ; il s’agit moins d’opposer deux ordres politiques, pour reprendre les vœux de Jules Ferry, cela d’ailleurs est bien illustré dans l’ouvrage de Claude Nicolet. Ferry en effet, cherche moins à détruire qu’à concilier les deux traditions encore présentes. S’adressant au cœur même du systémier français, il convient de noter ce qu’affirme Claude Nicolet. Il parvient à synthétiser une partie de la réalité française, son état d’esprit, sa « communauté de rêves », c’est presque l’idée de Nation : « *Il est probable qu’il s’agissait déjà avant la Révolution, avant la suppression des droits féodaux, avant le Code Civil d’une attitude toute spécifique de la masse de la population française à l’égard du patrimoine. La propriété foncière était en France, même sous l’Ancien Régime, plus répandue, plus indépendante et plus partagée que partout ailleurs ; il fallait en somme la fixer.* »⁵¹⁰ Le projet républicain se retrouve finalement dans la petite propriété foncière, dans l’égalité entre propriétaires, que ce soient au sein même des familles, comme à l’extérieur, c’est-à-dire dans leurs rapports sociaux.

Au travers de ces règles complexes et techniques de la succession, généralement « ab intestat », la société est jaugée en fonction de ce qu’elle produit juridiquement. « *Notre Code Civil, à l’aide du rapport et de la dispense de rapport, de la réserve et de la portion disponible, a établi une théorie juridique qui répond à la fois aux idées d’égalité et aux privilèges légitimes de la propriété.* »⁵¹¹

Les deux idées maîtresses semblent être l’égalité au sein même de la famille et la notion de propriété. C’est la matrice du système français, l’égalité entre frères et sœurs, donc pour reprendre Emmanuel Todd, l’égalité entre citoyens français, c’est le principe démocratique, c’est-à-dire qu’il ne peut y avoir de privilèges ou de préséance à l’égard de quiconque. La propriété absolue, avec l’article 544 du Code Civil, issue de la pure tradition romaine, c’est le pouvoir autoritaire du chef de famille, le mâle à cette époque-là. Aujourd’hui l’égalité entre le mari et la femme est consacrée en matière de succession. Mais, cette notion de propriété est marquée par l’individualisme, c’est aussi la manière dont Esmein la conçoit ; la propriété ne doit pas être socialisée pour l’illustre universitaire. C’est ce qui est notable dans sa préférence pour la rupture du contrat de travail, si l’ouvrier est en désaccord avec le patron. Esmein préfère que l’ouvrier rompe le contrat librement. Il semblerait que par le truchement du droit, l’ouvrier soit considéré comme une personne juridique, capable de faire des choix, le plus librement possible.

⁵¹⁰ La République en France, Etat des lieux, Claude Nicolet, op cit, p.171

⁵¹¹ De la collatio bonorum et de la collatio dotis, droit romain, Des rapports à succession, Ancien droit et Code Civil français, op cit, p.404

La propriété est intimement liée au travail, ce sont donc des valeurs de droit privé dans lesquelles l'Etat ne peut intervenir, afin de ne pas fausser l'égalité entre ses membres, la liberté même de l'homme, bref le marché libre et concurrentiel, sans entraves idéologiques ou étatiques. « *Le principe de la liberté de donner et de tester. La propriété, dit-on, qui toujours à l'origine est le fruit du travail, et qui par conséquent est absolument libre dans les mains de son créateur doit conserver ce caractère dans les mains de ceux qui l'acquièrent ensuite.* »⁵¹² Autrement dit la légitimité de la propriété repose sur le travail et non pas sur une quelconque attitude passéiste et protocolaire. Esmein ne donne pas de définition dogmatique ou précise de l'économie ou de la propriété en général.

L'Etat et la société se font face. La société du XIX^e siècle est nettement moins interventionniste économiquement ou politiquement par rapport à ce qui adviendra après la Grande Guerre. « *Ainsi, le pouvoir a été constamment exposé à l'assaut des révoltes, tandis que sont à leur apogée les doctrines individualistes : libéralisme politique qui soupçonne l'Etat, libéralisme économique qui l'engage à se tenir à l'écart, en laissant jouer intégralement les mécanismes du marché.* »⁵¹³

⁵¹² Ibid. p.402

⁵¹³ L'individu face au pouvoir, op cit, 1988, p.52, Professeurs Sicard et Cabanis

CHAPITRE 2 : LA PREGNANCE DU DROIT

I : Les champs historiques

Il convient de se pencher sur le mouvement de l'histoire de France ; mouvement auquel les auteurs libéraux accordent un intérêt croissant au cours du XIX^e siècle pour démontrer la réalité du temps long en histoire des institutions et des idées politiques.

§ 1 : La France de la féodalité à la monarchie d'Ancien Régime

Certains aspects seront évoqués au cours des prochains paragraphes. Il ne s'agit pas de traiter ici les notions de dominium ou d'imperium par exemple. Le droit guide l'histoire et aide l'Etat français. Il ne s'agit pas du droit pris dans une globalité, comme un en soi, à l'allemande, mais d'une fiction, d'une technique au service des hommes ; disons au service de la société. En filigrane, il conviendrait de se pencher plus particulièrement sur ce qui constitue formellement la France. Quelles formes les institutions doivent-elles prendre afin de ressembler et de dessiner formellement l'état d'esprit de ce pays ? Le droit est au service de l'histoire, c'est-à-dire d'un état d'esprit qui se transmet de génération en génération, car la Nation c'est aussi cela, « la transmission invisible. »

La notion d'Etat, au moment où Esmein vit, n'a strictement rien à voir avec les anciennes conceptions féodales ; certes, la formulation pourrait paraître ingénue, mais il convenait de le préciser, afin d'éviter tout chevauchement historique néfaste, quant à l'appréciation des concepts et leur contenu ; leur contenu variant naturellement en fonction du temps. Qu'entend-il par régime féodal ? Il a l'air assez péjoratif à cet égard.

Il existe certaines notions importantes aux yeux de l'universitaire ; plus exactement, ce sont les définitions et le contenu que la société finira par leur donner qui semblent intéressants. L'impôt, la conception de la propriété une et indivisible, le rapport des sujets et à terme des citoyens à l'égard de l'Etat. Donc la position de l'Etat semble importante. Les hommes de 1789 en arriveront à imposer un nouveau comput, de nouveaux dogmes, en renouant avec « *cette chaîne ininterrompue depuis l'Antiquité athénienne* » d'un modèle de démocratie directe ; seulement dans un royaume vaste, il est impossible de pouvoir la pratiquer, d'où le régime représentatif. Dans la conception

féodale, autour des X^e et XI^e siècles, Esmein tout en analysant dialectiquement cela dans un excellent article, donne un bon contenu des définitions : « *Mais l'impôt représentant un service rendu, c'est une conception moderne et de haute civilisation, qui ne saurait rentrer dans l'esprit de l'exploitation féodale.* »⁵¹⁴ En décrivant le régime féodal, il semble accorder un certain crédit à cette organisation économique. Toutefois, il ne s'agit pas d'une grille de lecture marxiste, pensant l'économie comme un tout, mais, c'est un mode de gestion et d'organisation de la société, venant d'un certain désordre. Il n'hésite pas à le qualifier d'« anarchiste » : « *Mais c'est la pratique bien connue, dans les milieux anarchiques, où les particuliers se substituent à l'autorité publique : il n'y a pas très longtemps que les brigands siciliens levaient des taxes pareilles et accordaient une pareille protection.* »⁵¹⁵ Ce régime est la conséquence d'un désordre provoqué par la chute de l'Empire romain d'Occident ; désordre moral et intellectuel selon lui. Toutefois, il ne s'agit pas d'une lecture noire et mélancolique, en effet aucun propos eschatologique n'a été trouvé chez cet auteur. C'est l'oubli des principes juridiques et le déroulement fatal d'un certain agencement institutionnel, auquel les hommes ne peuvent se soustraire. Dans un certain sens, ce n'est pas vraiment la lecture économique avec les rapports entre les hommes qui l'intéressent, tout au plus, il reconnaît ce mérite à l'Ecole du régime domanial. Naturellement, il préfère « contempler » l'étoile lointaine et fixe de Rome, qui n'offre plus qu'une pâle lueur, mais dont les principes juridiques demeurent. Certes, il considère la guerre et la diplomatie comme des moyens nécessaires pour le roi de récupérer les seigneuries et les anciennes terres, libérant ainsi les individus soumis à des personnes.

Il est plus difficile en effet de s'élever vers l'abstraction de l'unité nationale que de rester liés à des éléments concrets de fascination ou de sujétion à l'encontre de certains individus. « *C'est l'appropriation de l'autorité publique* »⁵¹⁶, qui a détruit cela. Certes, c'est un libéral dans sa manière de concevoir les rapports entre les hommes, mais, il reconnaît certains avantages à la féodalité, tels que les contre-pouvoirs, la procédure accusatoire reposant sur un sentiment d'égalité entre pairs. Mais, dans une autre sphère, il accepte l'unité de l'Etat, avec une représentation nationale, cristallisant à la fois les éléments conservateurs et progressistes, canalisés par un pouvoir Exécutif.

La féodalité trouvera son épilogue par l'intermédiaire d'une question de légitimité. Comment pourrait-on entendre la féodalité et le régime seigneurial ? Ce sont

⁵¹⁴ *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, L'Ecole du Régime domanial, op cit, p.340

⁵¹⁵ *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*, L'Ecole du régime domanial, op cit, p.340

⁵¹⁶ Ibid. p.346

des notions et des mentalités éloignées des nôtres ; difficilement perceptibles, renvoyant à un autre univers mental et un imaginaire différent. Il semble que Calmette justifie sans être un juriste « puriste » d'Etat, donc un légiste au service du roi, la féodalité et le régime seigneurial. « *La société féodale est définie politiquement par ce trait qu'à la souveraineté s'est substitué le régime du dévouement personnel qui en est la contrepartie.* »⁵¹⁷ C'est un régime dit « d'appropriation »⁵¹⁸ en ce que les fonctions ne sont plus titularisées par un Etat, mais finissent par être reconnues et légitimées par la puissance et la force de résistance de la coutume. La coutume est sans doute juridiquement la source du droit la plus puissante qui soit, car elle est plus rigide qu'un acte législatif ; c'est sans doute ce qui troublera Esmein dans son paradigme ; en se rangeant du point de vue législatif et légaliste, il consacrerait sa tâche à la reconnaissance de la loi et surtout des usages par le juge ; les usages ne sont ni plus ni moins qu'une forme coutumière encore primitive. Il n'entend pas revenir sur l'unité de législation nationale héritée de la Révolution.

C'est ici que se rejoignent la méthode d'Esmein et le travail sur l'unité de l'Etat. Abhorrant les coups de force, il s'en remet au droit, le droit si conservateur dans son esprit, pour assurer cette transition vers la monarchie d'Ancien Régime qu'il va falloir décrire. « *Il suffit qu'un seigneur exerce un certain nombre de fois un attribut de l'autorité publique à l'égard de certaines personnes, pour que cela devienne pour lui un droit ferme. Ce qui crée le droit alors, quant à la seigneurie, c'est la possession, la saisine, fondée sur des précédents. Dans ces conditions, ce qui souvent crée en réalité la seigneurie, c'est la puissance de fait, dont la richesse foncière est le principal élément, mais non point la source juridique. (...) Logiquement, pour établir ce droit, il faudra donc produire le titre de concession ; mais c'eût été comme une abolition du régime féodal.* »⁵¹⁹ En opposant les signes manifestes de richesse, tels que la puissance foncière, le train de vie, la manière sociale de se comporter et d'apparaître, la société finit par reconnaître une grande légitimité à cela. Mais, accorder une légitimité à un objet, est-ce le vouloir vraiment ? Toute la subtilité est dans le vraiment. Ce régime féodal sera progressivement détruit avec les Croisades et la Guerre de Cent-Ans.⁵²⁰

⁵¹⁷ La société féodale, Calmette, op cit, p.56

⁵¹⁸ Ibid. p.56

⁵¹⁹ Nouvelle revue historique de droit français et étranger, L'Ecole du régime domanial, op cit, p.347

⁵²⁰ D'ailleurs, lors de la nuit du 4 août 1789, que reste-t-il de la noblesse, en tant qu'état ? Plus rien, puisque elle parvient à s'autodétruire. La noblesse de la fin de l'ère carolingienne et du début de l'ère capétienne est minoritaire. De plus, les guerres l'ont décimé. C'est la noblesse, en tant que statut qui sera élaborée par les rois de France et comptera en son sein, plus de nobles que l'ancienne noblesse d'épée. Il convient de préciser une définition importante quant à la noblesse. D'un point de vue général, elle

Esmein trouve la parade en réutilisant les arguments des anciens légistes pour maintenir une telle organisation. La notion de possession qui est mise en avant pour servir de preuve juridique, jusqu'au titre. D'où l'adage : « *Possession, vaut titre.* » Dans une culture orale, où L'Eglise et certains lettrés écrivaient, les rapports entre hommes reposent sur des faits.⁵²¹ Donc, la féodalité est formée de deux éléments, l'hommage et la foi. Un élément germanique et chrétien. « *Seulement, à s'arrêter à cette interprétation qui met tous les textes d'accord, l'hommage et la foi n'apparaissent-ils pas comme un pléonasme historique ? Esmein a fait, à ce sujet, une remarque pénétrante. L'hommage est, pour lui, la vieille commendatio germanique, donc un acte barbare et laïque ; la foi est un élément religieux, le serment sur l'Evangile. L'incorporation de la foi a donc signifié l'introduction dans l'acte féodal d'un engagement chrétien.* »⁵²²

Il s'agit dès lors de s'intéresser à la monarchie d'Ancien Régime. Le royaume sort de la Guerre de Cent-Ans, exsangue et épuisé, mais les feudataires semblent décimés pour longtemps. L'Etat renforce sa centralisation et le roi Charles VII bénéficie de la cérémonie du sacre, certes à Orléans, mais a tout de même une légitimité. Son fils, renforcera le système centralisateur. Qu'en pense véritablement l'universitaire ? Si l'on suit son parcours et sa méthode, il reste logique avec lui-même et accepte l'héritage venu du temps des rois, mais semble critiquer la centralisation administrative dans sa manière d'être. Il semble décrire un système original de pensée et intéressant, mais faisant cohabiter plusieurs éléments d'un même ensemble. Ces différentes pièces de sa mécanique, pour utiliser quelque peu la métaphore de la mécanique, semble assurer une stabilité et une continuité dans la vie des peuples. En libéral, il considère que les coups de force nous font sortir de l'histoire, par leurs abstractions funestes sur les consciences. En face d'un Etat centralisé et puissant dans ses principes juridiques, modèle urbain de Rome, se rencontre aussi des éléments provinciaux, ruraux, coutumiers. Ces deux ensembles concourent à leur manière, à l'équilibre mécanique de la société, afin d'assurer le plus de liberté possible à l'individu. Si l'on ne prend en compte que l'aspect

représente un état social. « En même temps, toujours à cause de la complication croissante de l'équipement complet, il est permis aux nobles insuffisamment fortunés de s'armer incomplètement. On en vient donc à concevoir une noblesse armée distincte de la chevalerie. Cette dissociation a été l'un des traits les plus frappants de la féodalité évoluée. (...) L'hérédité des fiefs a entraîné l'hérédité nobiliaire. Ainsi s'est enracinée l'idée que la noblesse est liée au fief, qui lui-même devient terre noble. » Extrait de La France féodale, Calmette, op cit, pp.80-81

⁵²¹ Aujourd'hui, l'anthropologie juridique, depuis les études du grand passeur Esmein, nous ont démontré que nos sociétés se prétendant si rationnelles, connaissent sur leur sol, bien entendu le propos qui est tenu ici se place du point de vue d'un Etat légaliste, des « poches coutumières », tant en zone urbaine, que rurale, bien que cela soit plus notoire en campagne.

⁵²² La société féodale, J. Calmette, Collection Armand Colin, 1952, pp.38-39

provincial, il est volontiers péjoratif, en le qualifiant de système anarchique. Cela résultant aussi d'un état anarchique de la société. D'un autre côté, le système centralisateur peut conduire à annihiler toute vie provinciale démocratique, car l'Etat peut devenir comme le Bas-Empire romain, « *un admirable mécanisme. Mais la vie se retirait peu à peu de ce grand corps si bien organisé ; cela venait surtout de ce que toute liberté en était absente.* »⁵²³

Ce qui semble intéresser l'historien-juriste au plus haut point c'est la reconstruction de la souveraineté en un point unique du territoire. Toutefois, il s'inscrit bel et bien dans cette historiographie française du XIX^e siècle, qui associait la Gaule à la France, or la Gaule n'existait que grâce à César.⁵²⁴ L'historiographie de la III^e République est marquée à la fois par Michelet et Lavis. Le juriste semble en harmonie avec la grille de lecture républicaine de cette époque. La reconstruction de la souveraineté nationale et de l'unité territoriale dès les Capétiens, en revanche il fait montre en bon libéral inspiré par les pays anglo-saxons, d'une sorte d'acceptation de la différence religieuse.⁵²⁵

Si l'on s'en tient à une certaine logique, l'Ancien Régime ne peut être inventé que grâce au schéma opérationnel, sur un plan épistémologique, issu de la Révolution de 1789. Esmein prend l'exemple de la monarchie et des Etats Généraux. Tout en comparant l'Angleterre et la France, il semble que les Anglais soient parvenus à créer une représentation nationale bien plus efficace et mieux organisée que la nôtre, et bien plus légitime. « *Le système qui prévalut fut le vote par ordre : il fut pratiqué dès le XIV^e siècle, et il était en effet dans la logique de l'Institution, en même temps qu'il fut pour elle une cause irrémédiable de faiblesse. C'est par un phénomène accidentel et très heureux qu'en Angleterre grâce aux circonstances, la représentation analogue des Trois ordres de la nation se réduisit à deux Chambres. En France, une autre solution apparut momentanément ; ce fut la délibération en commun des trois ordres, ramenant ainsi les Etats Généraux à l'unité.* »⁵²⁶ Or, Esmein aurait souhaité que le système se fût ramené à deux Chambres. L'une était la Chambre conservatrice, celle des Lords Temporels et Spirituels et l'autre la Chambre progressiste, celle des Communes, représentant le mouvement des villes. Dans une analyse sur les partis politiques et leur rôle au XIX^e siècle, il note ceci : « *Ajoutez que, conformément aux données de la nature humaine, les*

⁵²³ Anthologie de la pensée juridique, op cit, Le Professeur Malaurie à la page 228 cite Esmein.

⁵²⁴ Le mythe national, L'histoire de France revisitée, Professeur Citron, op cit.

⁵²⁵ Il ne faut pas non plus être ingénu et sublimer les pays anglo-saxons.

⁵²⁶ Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, 15^e édition, 1925-1930, p.488, op cit

*uns aspirent au progrès, les autres à la stabilité, quelquefois même à un retour en arrière, et ces deux tendances fondamentales groupent les hommes en deux partis opposés et rivaux. »*⁵²⁷

Or, la notion de parti politique ne peut exister qu'à condition que la Nation joue pleinement son rôle politique. Cela suppose que cette entité l'ait récupérée, au XVII^e siècle et de façon conservatrice en Angleterre, ou de manière violente et abstraite en France. Donc, d'une certaine façon, l'Angleterre était un peu plus prédisposée que la France pour pratiquer pleinement un régime parlementaire dans une société libérale. Cette prédisposition, Esmein la décèle dans un schéma historique baignant encore dans des conceptions monarchiques. Le temps de la République n'est pas encore venu. Il a une certaine conception de l'histoire, c'est-à-dire que chaque système politique se trouve lui-même dans un vaste ensemble scientifique avec des données conceptuelles précises. Quand une mutation s'accomplit dans les formes politiques, il s'attache au contraire à démontrer que le passé n'est jamais annihilé. « *Mais si l'Institution des Etats Généraux, comme toute institution importante et durable, était ainsi préparée et dictée d'avance par des causes profondes et d'ordre général, il fallait pour la dégager une cause occasionnelle, un fait précis et contingent : c'est encore là une des lois ordinaires de l'histoire. »*⁵²⁸ Ce qui se produit dans la vie des institutions, elles-mêmes enveloppées d'idées politiques, si l'on schématise la réalité, se retrouve aussi dans la vie nationale d'un Etat. Un Etat est plus ou moins déterminé par sa géographie ; de ce fait, le roi et les organes délibérants autour de lui prennent en compte une certaine réalité qui semble s'imposer malgré eux. Est-ce que la vie d'un Etat se résume exclusivement à ses institutions ? Il est certain que ce tissu émaille le territoire ou le royaume, selon le point de vue que l'on adopte. La liberté est une sorte de fatalité, car on sait ce qu'il convient d'adopter formellement pour un Etat. La véritable liberté est de savoir comment accompagner l'évolution des formes pour l'homme politique, tout en continuant la description de la Nation et de son état d'esprit. Pour l'universitaire, le rôle est intéressant aussi car il décrit avec une certaine attitude dépassionnée ce qu'il convient de constater.

En France, il en allait différemment, d'un côté les théories de l'absolutisme dégagées par Bodin font du roi, une sorte de personnage tout puissant en théorie. D'un autre côté les Parlements parvinrent à bloquer régulièrement le fonctionnement de l'Etat, lorsque le système aurait dû être rénové et réformé. Or, ce rôle de contre-pouvoir, si

⁵²⁷ *Revue Politique et Parlementaire*, op cit, 1903, La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski, p.361

⁵²⁸ Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, op cit, p.471

nécessaire dans toute organisation humaine collective, aurait dû être exercé par les Etats Généraux. Ils bénéficièrent d'une légitimité encore plus forte en 1789 à cause de la faiblesse du pouvoir Exécutif, et de la crise financière de l'Ancien Régime. Donc la fonction légitimante est renforcée lorsqu'ils s'occuperont de questions fiscales ; problèmes éminemment liés à celui de l'existence d'une nation. Le point d'orgue de cette théorie d'Esmein se manifeste d'un point de vue historique au Moyen Age. Il s'agit du XIV^e siècle et de la première réunion des Etats Généraux par le roi Philippe Le Bel en 1302. Les Etats Généraux devaient « *une assistance politique et pécuniaire au roi.* »⁵²⁹ Tout en faisant participer la féodalité à la prise de décision, le roi souhaitait déstabiliser les nobles en se servant du pouvoir des villes.

Il conviendrait de se pencher sur les rapports entre Nation et pouvoir fiscal et d'examiner le mandat des députés aux Etats Généraux. Le constitutionnaliste, fidèle à lui-même, lie le pouvoir fiscal des Etats Généraux à celui de représentants légitimes, car ils représentent l'unité nationale. Il aurait souhaité que les Etats Généraux se comportassent comme une véritable Assemblée Nationale, avec deux Chambres, mais, ce qui allait poser problème en France c'était naturellement ceci : « *On trouve même dès le début certains autres germes d'un futur système électif. Ces anciens Etats Généraux n'étaient point non plus une véritable assemblée représentative. Ceux qui y figuraient ne représentaient qu'eux-mêmes (ou leur mandant quand il s'agissait de procureurs.)* »⁵³⁰ Cela semble aux antipodes de qui sera inventé dès 1789, avec les vœux de Sieyès et Mirabeau pour transformer cette Etat en une Assemblée Nationale. Lorsqu'il s'agit de consentir à l'impôt, cela revient à dire que la création de richesse dans le royaume passe au premier plan. Désormais, les nouvelles valeurs de la société semblent lier entre elles le pouvoir foncier, la création de richesse, le droit et le devoir de consentir à l'impôt. Esmein est favorable à cette conception de l'impôt ; l'impôt est un service rendu à l'Etat, donc « *l'impôt doit être consenti par le peuple qui le paie.* » (...) *En 1578, ce fut-là la dernière chance sérieuse qui s'offrit à la nation de conquérir le vote libre et périodique de l'impôt.* »⁵³¹ C'est un vote d'autant plus libre que la nation doit y consentir, car c'est un service. C'est un moyen pour la Nation de prendre ou reprendre sa souveraineté face au roi.⁵³² Cette prise de position face au roi est d'autant plus légitime qu'il s'appuie sur

⁵²⁹ Ibid. p.468

⁵³⁰ Cours élémentaire d'histoire du droit français, 15^e édition, op cit, p.476

⁵³¹ Ibid. p.496

⁵³² En 1578, c'était la reine Catherine de Médicis. Il est vrai que les Guerres de Religion semèrent le trouble, et semblèrent provoquer une sorte de vide du pouvoir. Les successeurs d'Henri II : François II, Charles IX, Henri III, ne régnèrent guère longtemps.

l'histoire pour démontrer que ce courant est aussi partagé en Europe. « *La formation d'Assemblées Nationales analogues à nos Etats Généraux est un phénomène qui se produit dans l'Europe du Moyen Age, chez toutes les Nations qui sont parvenues à une certaine unité, malgré la forme féodale ; et partout elles se constituent sur les mêmes bases, c'est-à-dire l'adjonction des députés des villes aux principaux seigneurs, laïques et ecclésiastiques.* »⁵³³

L'auteur de poursuivre, en démontrant que dès la fin du XVI^e siècle, les Parlements, et ce jusqu'au règne de Louis XVI, empêcheront cette formation d'une assemblée nationale. Les Parlements, tout en défendant leur pré carré, permettront au roi de manière incidente, d'être à l'abri de cette revendication. Serait-ce un lointain écho de ce que M. Brunaux mentionne : « *La Gaule, au moins depuis de le début de l'extension arverne, était une sorte de pyramide du clientélisme en construction. (...) partout, de grands peuples dominaient un ensemble de quelques unités de peuples clients. Il ne restait plus qu'à asseoir au-dessus de ces ensembles un peuple qui en fût le chef d'orchestre. C'est ce sommet, le plus délicat à installer, qui était l'objet de tous les affrontements depuis des décennies.* »⁵³⁴

Il conviendrait de s'interroger sur ce que fut la France au cours de l'Ancien Régime et de s'appuyer sur une lecture libérale, à la lumière de Tocqueville, pour examiner cela. Des tentatives de réforme voulues par le pouvoir monarchique et la résistance de certains corps intermédiaires, mais aussi des réformes que l'on retrouvera avec le même esprit sous la Révolution, ce qui démontre une certaine continuité. La France d'Ancien Régime connaît à la fois une poussée de centralisation et de résistance quasi-féodale qu'Esmein déplore, car elle ne joue plus aucun rôle social, ne répond plus à ce que la société désire le plus à ce moment-là, voire pire, elle accomplit des rites

⁵³³ Ibid. p.471

⁵³⁴ Nos ancêtres les Gaulois, Jean-Louis Brunaux, L'Univers Historique, Seuil, 2008, p.73.

Jean-Louis Brunaux de préciser à la page soixante-quatorze que jamais la Gaule n'avait été une Nation, comparable en cela à la France, ou d'autres Etats de cette fin du XIX^e siècle. Il insiste sur le rôle quelque peu pernicieux qu'a été la construction romaine, en arrêtant un certain processus, qui à terme allait amener la Gaule vers l'unité politique, administrative, militaire. Au contraire, Rome et les invasions Barbares allaient contrecarrer cet élan, qui ne renaîtra que bien plus tard, au cours du Moyen Age.

Cette organisation qui allait subsumer les différentes tribus gauloises a été assumée par Rome ; cette organisation allait être dotée d'institutions et de rouages qui semblent faire écho avec le projet des Physiocrates pour le royaume au XVIII^e siècle, en créant des assemblées territoriales reliées à une seule assemblée nationale. Il ne faut pas perdre de vue qu'Esmein est un rural, pensant et sentant la réalité comme un propriétaire foncier, volontiers conservateur, libéral dans l'acception la plus bénéfique, où l'on se réunit pour discuter.

désuets qui tournent dans le vide. Toutefois, cela a déjà été évoqué, la vie provinciale est importante pour lui, car elle manifeste l'expression d'une conscience locale.⁵³⁵

Il serait intéressant d'examiner la matière judiciaire, car elle est fondamentalement tout l'objet de son étude. Le point d'orgue de cet esprit sera la loi relative à la séparation des fonctions judiciaires et administratives. Tout le systémier français semble s'y retrouver, d'autant plus qu'il faudra le rapporter aux rapports entre juridictions de droit commun et d'exception. Esmein entend démontrer une certaine continuité entre la volonté réformatrice de la monarchie et ce qu'entreprirent les juristes de cette décennie mouvementée. Que faut-il entendre par réformer ? Le verbe, en soi, n'a rien d'agressif. Il marque une certaine correction pour redonner du corps à l'institution. Il s'agit de récupérer une certaine manière d'apparaître.

S'agissant de ces fameux rapports entre les deux ordres de juridiction, il penche en faveur de la dualité de juridictions pour le maintien des libertés individuelles. « *Dans un pareil système, la distinction des juridictions administratives et des juridictions civiles et criminelles n'est qu'une garantie de plus pour les citoyens, pour la bonne administration de la justice. Ce régime est préférable même à l'unité de juridiction, idéal séduisant, mais qui n'a jamais été complètement réalisé, même en Angleterre.* »⁵³⁶ L'Ancien Régime a hérité du Moyen Age cette dualité de juridictions. L'illustre universitaire observe une attitude de prudence, en observant l'histoire. Il s'attache à démontrer qu'il faut préserver une certaine forme institutionnelle, naturellement corrigée des imperfections et des inutilités fonctionnelles laissées par le temps.

Esmein d'évoquer ce qu'il entend par l'impôt. Certes, cela a déjà été traité, mais la définition donnée paraissait plus théorique, car elle cherchait mutatis mutandis à apprécier ce qu'il convenait d'être. L'impôt est envisagé ici d'une autre façon. L'accroissement de l'Etat centralisateur et les rapports modifiés entre les sujets du royaume et cet Etat donnèrent une compétence un peu plus large aux autorités administratives. Cette dualité se retrouve donc à ce moment-là. « *Mais ce n'est point là une vue exacte : la contribution publique n'est pas la même chose que l'obligation du droit privé ; l'impôt n'est point une violation, mais une charge naturelle et nécessaire de*

⁵³⁵ Pour le Professeur Némo, il est bon qu'une société connaisse un système souple en matière d'organisation des pouvoirs, c'est de la décentralisation administrative, où la prise de décision doit émailler le territoire de plusieurs points.

⁵³⁶ La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée Constituante, Das Oeffentliche recht der gegenwart, Herausgegeben Von Jellinek, Laband und Piloty, Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts, Band V, 1911, Université de Strasbourg III, Robert Schuman, Don de la famille Esmein, juin 1920, p.4

*la propriété et le vote annuel des impôts par les Assemblées représentatives de notre temps repose sur des idées très différentes de celles que professaient nos anciens. »*⁵³⁷

Cette idée de représentants se retrouve tant en droit privé qu'en droit public. Toutefois, l'auteur insiste sur le fait que ces deux rapports n'ont rien à voir, car « *les anciens auteurs des XIV^e, XV^e, XVI^e siècles considéraient le fait de lever l'impôt comme une atteinte à la propriété privée. »*⁵³⁸ Or, comment peut-on passer de cette idée de propriété-domaine souverain à celle de charge, soumise à des règles de droit public ? Il a fallu que les propriétaires fonciers acceptassent bien volontiers cette idée. Le roi a réussi progressivement à faire sortir la monarchie de ce canevas féodal. Le point d'orgue sera atteint avec la Révolution, imposant avec Bonaparte le fameux cadastre.⁵³⁹ Il ne s'agit pas d'une socialisation de la propriété, comme ce sera le cas chez certains penseurs solidaristes ou socialistes. Ici aussi, il s'agit de la clef de voûte du système d'Esmein. A partir du moment où un individu est propriétaire, il a le devoir de contribuer aux charges publiques, tout en ayant le droit, car c'est un principe juridique essentiel, de voter. « *Enfin l'intérêt vital de l'Etat fait du contentieux en matière d'impôts une matière essentiellement administrative. »*⁵⁴⁰

Il s'attache à démontrer que, ce que la Révolution dégage, a déjà existé formellement : « *S'il a réellement exercé une influence en cette affaire, c'est qu'il ne faisait qu'entrer dans une voie où il était guidé par une doctrine et par des précédents qui avaient été pour les hommes de la Révolution les avant-coureurs de la liberté. Ce fut-là la vraie force dirigeante. »*⁵⁴¹ Pour cela, il suffit de se reporter au courant de la Physiocratie. En effet, ce dernier a influencé l'universitaire étudié, en liant propriété foncière, richesse et impôt. C'est l'organisation civile rurale, conservatrice auquel il a joint le suffrage universel ; suffrage universel canalisé par le jeu des institutions contre l'aristocratie inégalitaire et la démocratie niveleuse et jalouse dans sa médiocrité. Voilà comment le pouvoir civil a rejoint le pouvoir politique. C'est aussi l'un des projets de la Révolution, faire des Français des propriétaires. Pour reprendre Tocqueville, « *l'égalité, c'est la passion des Français. »* la Révolution a été un moment dans notre histoire d'un vaste transfert de propriété ; mouvement initié dès le début du XVIII^e siècle en réalité. « *C'est surtout l'Ecole des Physiocrates (...) elle proposait une décentralisation d'une*

⁵³⁷ Ibid. p.4

⁵³⁸ Ibid. p.4

⁵³⁹ Il existe deux types de cadastre ; le napoléonien et celui qui a été effectué entre les années 1930 et 1980, avec le remembrement rural.

⁵⁴⁰ Ibid. p.4

⁵⁴¹ La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée Constituante, op cit, p.32

nature spéciale. Elle voulait donner l'administration spécialement celle de l'impôt, à des assemblées superposées et généralement électives de propriétaires fonciers (...) Tous les impôts devaient se réduire à un impôt unique : l'impôt foncier. »⁵⁴² Et Esmein de soutenir une sorte de décentralisation. Il est plus volontiers girondin en matière économique tout en ayant une certaine déférence à l'égard de l'Etat. « *La gestion de tous les intérêts locaux devaient d'ailleurs être remis à ces corps.* »⁵⁴³

L'Ancien Régime a cela de très remarquable avec le trait d'esprit français, c'est sa conservation pour certaines institutions. « *L'Ancien Régime avait eu des juridictions administratives, qui existaient encore en 1789. L'Assemblée Constituante devait donc d'abord examiner la question de savoir si elles seraient maintenues ou abolies.* »⁵⁴⁴ La question qui se posait lors des débats à l'Assemblée Constituante est très simple : doit-on confier le contentieux des impôts directs aux juridictions administratives ? On peut aussi la formuler d'une autre façon : faut-il séparer l'administration active de la contentieuse ? Est-ce que les administrateurs peuvent aussi être juges du contentieux ? Ce contentieux comporte la matière de l'imposition directe, les marchés de travaux, de fournitures et de services publics.⁵⁴⁵ Il ne s'agit pas de dresser un catalogue, mais de remarquer que la France conserve un état d'esprit entre les deux ères, malgré certaines ruptures symboliques. Sous l'Ancien Régime, on s'était demandé s'il fallait ou non supprimer en bloc les juridictions administratives.⁵⁴⁶ Sous la Révolution, il cite Bergasse qui présenta le « *premier projet d'organisation judiciaire rédigé par le premier Comité de Constitution (...) il se rattachait, en ce qui concerne les juridictions administratives, au plan de réforme traditionnel. Il contenait la suppression de tous les tribunaux d'exception. (...) le grand principe de la Révolution, la sauvegarde la liberté.* »⁵⁴⁷ Esmein n'a pas l'air de s'opposer à la suppression de certaines juridictions d'exception, car néfastes pour la liberté de l'homme, tant sur un plan substantiel que procédural. Certes, cela est intéressant, mais il s'agissait aussi de réorganiser la répartition du contentieux entre les différentes juridictions.

⁵⁴² Ibid. p.32

⁵⁴³ Ibid. p.32

⁵⁴⁴ Ibid. p.4. Les principales juridictions administratives d'Ancien Régime sont énumérées par Esmein à la page 4 : La Cour des Comptes, la Chambre du Trésor, la Chambre du Domaine, la Chambre des Monnaies, la Cour des Aides avec les juridictions inférieures : Elections, Greniers à sel, Maîtres des Ports et Bureaux des Traités, les Sièges de l'Amirauté, les Sièges des Eaux et Forêts.

⁵⁴⁵ On peut consulter l'ouvrage du Professeur Mestre,

⁵⁴⁶ Esmein précise qu'au début du règne de Charles IX, la question s'était posée.

⁵⁴⁷ La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée Constituante, op cit, p.16

Ce qui semble détestable, c'est la centralisation à outrance. Celle de l'Ancien Régime semble lui déplaire, mais la pire sera la napoléonienne. Le style et le ton employés sont très explicites à cet égard. « *L'Assemblée Constituante avait introduit une décentralisation intense et imprudente, principalement politique, et la Convention en avait simplement corrigé les excès les plus insupportables. Napoléon rétablit la centralisation de l'Ancien Régime plus étroite et plus étouffante encore.* »⁵⁴⁸ Cette centralisation de l'Ancien Régime se retrouve essentiellement au travers des Intendants du roi dans les provinces. Ce sont des commissaires révocables, contrairement aux autres officiers. C'est une tendance que l'on retrouvera aussi après les grands soubresauts politiques de 1789. Le maître parisien n'a pas l'air non plus d'approuver les intendants : « *Mais il existait aussi dans l'Ancien Régime une autre juridiction administrative la plus importante de toutes que l'Edit de 1788 ne visait pas et ne supprimait pas : celle des Intendants des provinces.* » (Edit qui fut enregistré par un Lit de Justice à Versailles le 8 mai de la même année ; édit reprenant certaines dispositions des Etats Généraux d'Orléans et de Blois, sous Charles IX et Henri III, en 1560. « *Le roi Louis XVI voulait donc reprendre et réaliser la réforme qui n'avait pas abouti au XVI^e siècle. Mais il lui donnait pour base nouvelle un principe général de droit : C'était la séparation de l'administration active, seule confiée aux administrateurs, et du contentieux administratif, attribué aux tribunaux ordinaires.* »⁵⁴⁹

Mais l'Empire c'est la Révolution dans sa phase autoritaire et dictatoriale. La centralisation est poussée jusqu'à un certain extrême ; dangereux extrême, pour les libertés individuelles. « *Il est difficile d'exposer plus hardiment et plus naïvement les théories du despotisme.* »⁵⁵⁰ Ceux qui soutiennent le régime, par ce qu'à l'intérieur il apporte sécurité et tranquillité et au-dehors la gloire se trompent ; cette attitude de gloriole est un pas vers le despotisme. Chez Esmein, une fois de plus, point de déférence à l'égard de ces régimes autoritaires et bruyants.

Il ne s'agit pas non plus d'être un jusqu'au-boutiste en matière de séparation des fonctions, en prétextant que cela renforcera le sentiment de la liberté. Au contraire, c'est en permettant une collaboration entre les institutions, par le rapprochement des individus les animant que, l'on trouve un point d'équilibre. L'historien du droit le sait si bien,

⁵⁴⁸ Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, Révolution, Consulat et Empire 1908. Cet ouvrage complète celui de 1892, Le cours élémentaire. Esmein de citer la fameuse loi du 28 pluviôse an VIII, p.282

⁵⁴⁹ La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée Constituante, op cit, pp.12-13

⁵⁵⁰ Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, op cit, p.325

puisque c'est ce qu'il proposait à l'égard du régime parlementaire ; une collaboration étroite entre le Cabinet et la Chambre des Communes.

Qu'en est-il des dernières années de l'Ancien Régime et du commencement des idées républicaines ? « *Morris constatait l'existence d'un parti républicain et il n'est pas le seul qui se serve de ce qualificatif. Non seulement sous le règne de Louis XVI et avant 1789, mais déjà sous le règne de Louis XV. (...) Il est vrai qu'ils appellent ainsi tous ceux qui veulent faire participer la Nation à l'exercice de la souveraineté ; tous ceux, à plus forte raison, qui proclament la souveraineté nationale, et non pas seulement ceux qui ne voudraient plus du roi ; même ces derniers sont inconnus ; s'ils existent, ils n'oseraient exprimer leur pensée.* »⁵⁵¹

Il s'agit de deux ensembles. Le premier vise à instaurer la souveraineté nationale, donc cela présuppose que le pays se sente uni. Le second aspect concerne l'abolition de la royauté. Pour l'instant, ils sont silencieux, car le roi semble encore légitime. Ce qui précipitera sans doute sa chute, sera la fuite à Varennes. Les deux modèles sont l'Angleterre et les Etats-Unis, les jeunes Etats-Unis. Ce sont deux Républiques, seulement l'Angleterre a pour elle l'histoire et le long passé, depuis Rome voire les Celtes ; quant aux Etats-Unis, ils peuvent démarrer leur République, certes inégalitaire et oligarchique, mais avec une mentalité neuve, où tout est à construire. Esmein n'est pas farouchement antiroyaliste, ses préférences ont été longuement démontrées, mais il explique que le temps doit faire son œuvre, il ne s'agit pas de tout détruire maintenant. Voici ce qui ressort du Dictionnaire social et patriotique ou précis raisonné de connaissances relatives à l'économie morale, civile et politique. C'est un livre publié en 1770, donnant une définition du mot de république : « *Que parlez-vous d'ambition ? répondit un Français. En fut-il jamais une plus démesurée et plus destructive que celle de ces fameuses républiques, fléaux de leurs propres citoyens et du monde entier qu'elles ont tout écrasé sous le poids de leur puissance énorme ? Oui, les fastes de la démocratie sont mille fois plus atroces que ceux de la royauté. J'en appelle à l'histoire des Carthaginois, des Romains, des Anglais et à celles de toutes les républiques anciennes et modernes.* »⁵⁵² On le voit bien, l'idée et le sentiment de république sont encore marqués d'une connotation péjorative. Il faudra encore un siècle pour que le compromis s'installe. La République semble liée dans l'imaginaire du XVIII^e siècle à l'Antiquité et aux cités de commerce ; les cités de commerce et de marchandise dont le principe repose sur l'enrichissement et la vie économique ; cette vie économique

⁵⁵¹ Gouverneur Morris, op cit, p.66

⁵⁵² Ibid. pp.68-69

permettant de voter, donc le pouvoir économique ouvre tout droit la voie au pouvoir décisionnel. La Physiocratie qui inspire Esmein, voulait faire participer les hommes dans diverses assemblées, tant locales que nationales ; cela repose sur le même sentiment antique.

C'est le XIX^e siècle qui amènera progressivement l'idée républicaine, et ce dès la Monarchie de Juillet. *« C'était celle surtout de 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 résignaient, pour un temps ou pour toujours, et dont ils cherchaient à déterminer la Constitution future. »*⁵⁵³ La République scellera son destin avec l'histoire du droit, renouvelée par l'histoire des idées politiques. Plus généralement, c'est comme si la France redécouvrait avec l'universitaire charentais le temps et la coutume ; le temps long l'emportant sur la législation à outrance. *« Mais l'histoire des institutions, c'est encore l'histoire des faits, en un certain sens ; l'histoire, non plus des faits concrets et passagers, mais de réalités plus durables, dans lesquelles se résument l'activité et la vie des générations successives. On a abordé également un troisième ordre de l'histoire : l'histoire des doctrines. »*⁵⁵⁴

Esmein envisage d'une manière générale l'histoire de France sans a priori ou sans attitude dogmatique préconçue. Il met de côté, en réalité, certains penchants négatifs et dangereux pour les libertés individuelles et collectives, en bref les libertés publiques de l'homme, que certains régimes politiques ont porté, comme la Terreur et le Comité de Salut Public avec la violence sociale, les Empires Bonapartistes. Il ne rejette pas en bloc ces régimes, mais certains segments de ces régimes. *« Il n'était pas de ceux qui font commencer l'histoire de leur pays à telle ou telle date choisie par la passion politique, et qui en effacent, d'un trait de plume, toutes les pages et toutes les gloires qui n'appartiennent pas à leur parti. L'esprit de secte, il me l'a déclaré plus d'une fois, lui faisait horreur. Pour Esmein, la France éternelle est une et son destin se continue, dans la succession indéfinie des gouvernements et des régimes. »*⁵⁵⁵

Il conviendrait d'examiner comment Esmein considère la Révolution, ou du moins dans quel courant historiographique se serait-il rangé ?

⁵⁵³ Le parti républicain sous la Monarchie de Juillet, Formation et évolution de la doctrine républicaine, Préface d'Esmein, Œuvre de Tchernoff, Docteur en Droit, 1901, p. XVI de la préface.

⁵⁵⁴ Ibid. p. XIII

⁵⁵⁵ Notice sur la vie et les travaux de M.A.Esmein par M. André Weiss, membre de l'Académie, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1917, 77^e année, Tome 87, p.447

§ 2 : Les sources de la souveraineté pour Esmein

Il faut se pencher sur plusieurs aspects qui semblent importants pour les auteurs du XIX^e siècle. La Nation, la continuité entre l'Ancien Régime et la Révolution, l'étude de certains concepts juridiques pour la construction de la souveraineté.

Il s'agit de s'enquérir de la notion de Nation et de son corollaire la souveraineté ; la souveraineté contre le régime féodal. La monarchie française connaîtra trois phases qu'il conviendra d'examiner ; de la monarchie féodale (du règne d'Hugues Capet à Philippe IV le Bel) à la monarchie tempérée (De Philippe IV à Henri IV).

A : La notion de Nation

Chronologiquement, c'est un sentiment assez récent dans l'histoire de France. Ce sentiment n'a rien à voir avec l'argent ou la propriété foncière, c'est un élément assez indépendant. Esmein de l'expliquer par un certain détour. En considérant un certain fonds irrationnel, le brillant universitaire parvient à le rationaliser par la plume et la fonction universitaire. Ce n'est pas un mystique, encore moins un individu qui succombe au sublime, au mystère quelque peu insaisissable. Il explique la formation de ce sentiment de nation, dès le XV^e siècle, en le rattachant au patriotisme. C'est le patriotisme qui crée l'idée de nation. Donc le sentiment n'est pas la nation. « *Comme les anciens paysans convertis au christianisme, les villageois de Domrémy mariaient ces antiques croyances avec la foi chrétienne, et l'Eglise semble-t-il, bénissait cette union. L'imagination de Jeanne fut sans doute puissamment excitée par le folklore.* »⁵⁵⁶ L'auteur de l'expliquer par le folklore. Le folklore, ce sont des traditions orales diverses qui s'entrecroisent dans la vie d'un pays, c'est-à-dire une seigneurie, donc un pouvoir politique à dimension assez réduite. La vie même des hommes côtoie aussi les morts dans un culte de l'imaginaire.

Au XV^e siècle, encore, « *d'un côté la Petite Patrie, le Pays, masquait la grande.* »⁵⁵⁷ La seigneurie est la Petite Patrie, mais semble encore masquer le grande. Toutefois, elle semble exister, telle une pâle lueur. C'est un sentiment de la communauté du pays tendant vers l'imaginaire. Il n'est lié en aucun cas à la richesse matérielle.

⁵⁵⁶ *Revue Politique et Parlementaire*, 1908, Tome LVIII, Variétés, Jeanne d'Arc et son nouvel historien, Esmein, pp.315-316

⁵⁵⁷ Ibid. p.566

Esmein semblerait même se ranger du côté des pauvres : « *Des populations de misérables pêcheurs, de pauvres montagnards ont souvent montré un ardent patriotisme ; parfois des gens très riches et largement propriétaires en ont fort peu.* »⁵⁵⁸ Ce qu'il veut dire, c'est que personne ne peut s'enorgueillir de faire du patriotisme ou d'en être. Il ne s'agit pas d'un droit réel devant être affirmé hiératiquement.

Que faudrait-il entendre par Nation ? Pour créer un sentiment d'identité collective, il faut l'organiser autour d'éléments historiques concrets, baignant dans la société. La Nation en France, en tant que catégorie historique sera considérée dès 1789.

Le professeur Grange s'appuie sur Benedict Anderson afin de démontrer que l'imaginaire national repose sur des liens substantiellement égaux ; en rien les rapports hiérarchiques ne peuvent l'expliquer. Ce n'est pas une donnée administrative. « *La nation (...) exclut de lier le pouvoir à la personne. Elle ne peut être symbolisée par le corps de celui qui la dirige, (...), parce qu'elle est dépourvue de fondements absolus.* »⁵⁵⁹ Or, la Nation, en tant que construction historique, se réfère à la Révolution et à l'histoire. L'Histoire devient dès lors le moyen pour l'individu de devenir véritablement personne humaine. Mais l'Histoire a besoin du droit et de la philosophie pour y parvenir. L'Histoire, prise en elle-même, renvoie à des éléments de violence fondateurs. Elle n'est pas suffisante pour créer des institutions ; seul le droit peut créer les institutions en leur donnant une forme dans l'espace et dans le temps. Quant à la philosophie, elle enseigne que derrière ces abstractions, c'est l'homme qui veut devenir universel ; l'homme campé, en quête d'humanité. C'est le XIX^e siècle qui arrête et fixe cette pensée nationale, en la liant au projet républicain, et démontré par Eric Weil : « *politique, préoccupé de la libération de l'individu, cosmopolitique dans ses interventions, affirmant la pluralité des valeurs sous celle, suprême, de la liberté de penser et d'expression.* »⁵⁶⁰ Il est difficile de concilier les particularités de chaque individu avec l'universalité de la République. Chacun porte en lui une trace de société ; porteur d'une histoire individuelle, indéracinable, déterminée. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il faut enfermer un individu dans un rôle social « éternel », car cela condamnerait dès lors la création d'une société. Le projet de République et de Nation vont s'assembler autour de la figure de Sieyès. La Révolution joue le rôle d'intermédiaire en permettant à

⁵⁵⁸ Ibid. p.568

⁵⁵⁹ Professeur Grange, L'idée de République, Agora, Pocket, op cit, pp.126-127. Le Professeur Grange de poursuivre en expliquant que la Nation ne peut être incarnée ni médiatisée par un homme ou un parti. « Cette horizontalité est celle d'un espace abstrait, sans frontières naturelles, rapportable à un centre non symbolique. »

⁵⁶⁰ Ibid. p.134, Eric Weil, Essais et conférences

l'individu d'être libre, mais cette liberté doit être aussi fortifiée par sa propre culture. Rien ne peut détruire l'histoire de quelqu'un, ou sa manière d'apparaître ; cette manière d'apparaître est déjà la société. « *Cette rupture n'implique pas l'absence de lien social et culturel entre les citoyens. Au contraire : la nation est un moyen pour le politique de faire naître une société et une culture.* »⁵⁶¹

Auparavant d'autres catégories, héritées du Moyen Age remplirent le rôle d'éléments d'unité. « *La nation, était l'une de ces catégories, à côté de la religion, de la famille, du seigneur et des classes sociales. Le sentiment d'appartenance nationale ne créait pas le sentiment d'un intérêt commun unissant ceux d'en haut et ceux d'en bas.* »⁵⁶² Le Professeur Geary précise que les élites se retrouvaient autour d'un sentiment commun, celui de l'appartenance au monde romain : « *Lorsqu'ils cherchaient à tisser des liens de solidarité avec le passé, ils s'identifiaient consciemment à la société et à la culture romaines.* »⁵⁶³ L'évolution historique de la France sera de concilier les élites, tant aristocratiques que bourgeoises, avec le peuple (ouvriers et travailleurs des villes, mais surtout la population rurale : les brassiers et les glaneuses, jusqu'aux laboureurs et aux petits propriétaires terriens.) La monarchie réalisera cette symbiose, puis la République avec la Nation. Toutefois, la République est la Nation en 1789, au début élitiste et oligarchique, puis élargissant son assiette davantage démocratique et égalitaire. En reprenant Guizot, « *la société se fait spectacle à elle-même.* »⁵⁶⁴ En ce qui concerne ces différents éléments évoqués ci-dessus, certains vont périr et ne plus avoir d'utilité sociale, d'un point de vue fonctionnel, tandis que d'autres seront défaites par la puissance même de l'Etat. L'Etat français se construira sur le modèle de la Nation.

B : La Monarchie et la Nation : le temps long de l'histoire

Il convient de se servir de la chronologie historique, scientifiquement définie, proposée par Esmein, pour analyser l'évolution de cette unité historique. Il est républicain en France, mais accepterait bien volontiers le régime britannique monarchique. Le régime républicain avec une empreinte fédérale, aux Etats-Unis, semble l'intéresser. Il rattache la reconstruction de la souveraineté de l'Etat français dès la monarchie médiévale. Ce qui l'intéresse véritablement, c'est l'Etat, le sens de l'Etat. Dans cette longue et grande histoire, les Romains tiennent le haut du pavé. Pour le

⁵⁶¹ Professeur Grange, L'idée de République, op cit, p.136

⁵⁶² Geary, Quand les nations refont l'histoire, L'invention des origines médiévales de l'Europe, Champs Flammarion, p.30, 2006

⁵⁶³ Ibid. p.30

⁵⁶⁴ Pierre Rosanvallon, La démocratie inachevée, folio histoire, 2003, p.118

juriste-historien, en effet : « *Les Romains ont eu une véritable conception de l'Etat dans l'Antiquité classique.* »⁵⁶⁵ Il oppose le modèle romain au monde féodal ; la féodalité n'est pour lui que désordre et chaos, voire anarchisme. Il s'agit moins d'appréhender la nation, intrinsèquement ou mutatis mutandis, mais de la considérer juridiquement au travers de l'Etat. Il affirme, tel un catéchisme, que « *l'Etat est la personnification juridique d'une nation ; c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles.* »⁵⁶⁶ Il n'y a pas de nation sans Etat. Les deux notions semblent constituer l'avert et le revers d'une même médaille. L'Etat est fait pour durer, c'est une notion qui semble être au-dessus des contingences, des soubresauts révolutionnaires, des changements de génération. Mais l'Etat en tant que pouvoir souverain, délié de toute contingence, n'a une fonction légitimante que par rapport à la Nation. La Nation est la sève qui lui donne son essence même. Mais il a été difficile dans l'histoire d'arriver à cette coïncidence entre ces deux aspects. L'un est lyrique, magnifié par des penseurs poétiques, tandis que la notion d'Etat est froide comme du marbre, lointain écho de l'Antiquité classique romaine.

Le point culminant a été atteint en 1789, avec le transfert de souveraineté opéré par Sieyès. L'universitaire semble se ranger du côté des forces populaires et démocratiques contre le pouvoir royal ; le pouvoir royal incarnerait seulement une fonction dans le cas anglais, mais ne représente plus la nation. « *Dès la fin du XV^e siècle (le règne de Charles VII, Louis XI), la royauté en développant ses attributs, avait dépassé la mesure ; elle avait atteint l'absolutisme le plus complet ; l'Etat en définitive, s'était trouvé reconstitué à son profit, plus qu'à celui de la nation.* »⁵⁶⁷ La monarchie ne semble plus à sa place, elle outrepassa sa fonction. L'absolutisme est devenu comme une sorte de démesure du pouvoir faisant passer la monarchie dans une autre dimension.

Quel type de monarchie semblerait convenir à Esmein ? Il convient de préciser que la typologie chronologique fournie par l'auteur, semble quelque peu contredire, au premier abord, l'affirmation donnée ci-dessus. Mais il n'en est pas ainsi. Au contraire, il considère encore la monarchie comme n'ayant pas atteint ce plein développement, mais de par certaines affirmations, il semble le considérer. Ce sont probablement des données historiques et des écrits de juristes, romanistes ou canonistes, qui semblent lui indiquer

⁵⁶⁵ Les Eléments de droit constitutionnel, 1^o édition, p.2

⁵⁶⁶ Les Eléments de droit constitutionnel, 1^o édition, p.1

⁵⁶⁷ Cours Elémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, 11^o édition, Librairie de la société du recueil Sirey, Larose et Tenin, 1912, pp.388-389

cette voie. Il distingue « *la monarchie féodale de la monarchie tempérée* ». ⁵⁶⁸Quant à la monarchie absolue et administrative, elle fera aussi l'objet d'une analyse.

La « *monarchie féodale* » va du règne d'Hugues Capet jusqu'à celui de Philippe le Bel. Il constate que la monarchie est encore prise dans les filets de la féodalité : pas d'impôts généraux ni d'armée propre, pas d'Etats Généraux et un début de législation générale. « ⁵⁶⁹*Le Parlement lui-même était en voie de formation.* »

La « *monarchie tempérée* » va de Philippe le Bel à Henri IV. La féodalité avait été transformée en organes de contre-pouvoir. Voilà ce qui semble retenir l'attention d'Esmein. Son libéralisme s'inscrit aussi dans ce cheminement. A la manière de Montesquieu ou de Tocqueville, il accorde de l'importance à des organes de pouvoir, capables de contrecarrer celui du pouvoir central, à condition que cela s'inscrive dans un schéma de respect des libertés individuelles et de souveraineté nationale. Ce qui ne semble pas être le cas ici. Il souhaite que les organes dits « provinciaux » jouent un rôle et remplissent donc une fonction sociale. ⁵⁷⁰ Or ce qui semble le troubler, ce sont moins les organes de contre-pouvoir que le simple fait « *qu'ils aient acquis des privilèges et exercent une action politique.* » ⁵⁷¹Le régime féodal n'existant presque plus a réussi, par un atavisme incroyable, à subsister et à s'ériger en défenseur de positions à contrecourant du mouvement ascendant de l'Etat.

Doit-on reconnaître à l'Etat une force morale que l'on retrouverait dans la conception de l'école allemande ? Non, selon Joseph Barthélémy. ⁵⁷²Chez Esmein, il ne s'agit pas d'une emprise totale de l'Etat sur la vie sociale. C'est l'aspect juridique des choses qui doit l'emporter. Il souhaite voir l'ancien impérium des Romains restauré. La souveraineté par le truchement d'une personne morale qu'est l'Etat se confond ainsi avec la souveraineté. « *Il en est l'expression supérieure. (...) Souvent et longtemps les hommes ont confondu la souveraineté avec le chef ou l'assemblée qui l'exerçait.* » ⁵⁷³

La dernière phase est celle de la monarchie absolue et administrative, aux XVII^e et XVIII^e siècles. A partir du règne de Louis XIII jusqu'à Louis XVI. Ce qui caractérise ce système c'est la perfection absolutiste qu'il atteint. Cela semble fasciner l'auteur. Il n'admire pas le pouvoir absolu de la monarchie, mais au contraire la perfection ou la quasi-perfection de la théorie de la souveraineté de Jean Bodin. Son corollaire de droit

⁵⁶⁸ Ibid. p.389

⁵⁶⁹ Ibid. p.389

⁵⁷⁰ Cours élémentaire d'histoire du droit français, 11^e édition, op cit, pp.391-392

⁵⁷¹ Ibid.p.389

⁵⁷² On se reportera aux éléments fournis dans la première partie.

⁵⁷³ Les Eléments, 1^e édition, p.2

divin de Bossuet le retient aussi, bien que l'origine divine n'ait jamais existé. « *L'organisation administrative se complète et se régularise par la forte constitution des Conseil du roi et l'institution des intendants des provinces.* »⁵⁷⁴ La France semble avancer, sous la forme monarchique de l'Etat, vers la reconnaissance de droits individuels et de la souveraineté nationale. S'agissant des droits individuels, le Charentais reconnaît le mérite aux monarchomaques protestants et catholiques qui, malgré leurs positions religieuses « fanatiques », ont tout de même ouvert une brèche vers la liberté religieuse, donc une forme de coexistence entre diverses confessions ; la liberté de conscience dans son principe même.⁵⁷⁵ Toutefois, la Nation va récupérer par la Révolution, donc par le retour cyclique sur elle-même, l'attribut populaire de la souveraineté. La Nation fait un retour sur elle-même et transforme l'Etat en une République ; une République qui cheminera dans le sens de l'égalité, une démocratie. « *La féodalité, ainsi survivante, fut un mal social des plus gênants dans l'Ancien Régime ; c'était un organisme qui n'avait plus de fonction utile, qui ne rendait plus de service, qui au contraire gênait ou entravait le fonctionnement normal et qui cependant devait encore être alimenté aux dépens du corps social.* »⁵⁷⁶ La Nation revendiquant la souveraineté contre les aristocrates, des aristocrates si amers après le long règne de Louis XIV. Considérant qu'elle détenait la légitimité dans le pays, la Nation, grâce à la valeur travail, espérait beaucoup de Louis XVI.⁵⁷⁷

Toutefois, que faut-il réellement entendre par nation ? Il faudrait procéder en suivant la définition du Professeur Citron. Elle clarifie le propos en comparant cette notion avec d'autres réalités, telles que patrie et genre humain. Il n'est guère aisé de démêler cet écheveau. « *Depuis le XV^e siècle, la perception d'une France existant à côté du roi s'était précisée.* »⁵⁷⁸ Il ne s'agit pas seulement d'une forme littéraire, si bien décrite par des poètes, mais d'une réalité que des penseurs, des intellectuels affinent. Naturellement, la monarchie française connaîtra son point d'orgue avec l'absolutisme de Louis XIV et la réaction des aristocrates dès Philippe d'Orléans ira quelque peu contre la Nation ; la Nation, pensée comme une et indivisible. Le Professeur Citron donne

⁵⁷⁴ Cours élémentaire d'histoire du droit français, 15^e édition, 1925-1930, p.340

⁵⁷⁵ Esmein n'hésite pas à parler « d'Ecole libérale ».

⁵⁷⁶ Cours élémentaire d'histoire du droit français, 11^e édition, p.388

⁵⁷⁷ Louis XVI a été réformateur, notamment avec Turgot, quand celui-ci était au Contrôle Général des Finances. Pour cela, la lecture du Que sais-je ?, peut être intéressante, La fin de l'Ancien Régime, Hubert Méthivier, P.U.F, 1996. La coterie aristocratique a été plus forte contre la volonté démocratique. La reine Marie-Antoinette, les Polignac, le comte d'Artois, etc., et même le roi semblait suivre le mouvement aristocratique.

⁵⁷⁸ Le mythe national, l'histoire de France revisitée, Suzanne Citron, Les éditions de l'atelier, p163, 2008

l'étymologie de ce terme. « *Les premières occurrences repérées en langue pré-française (naciuns, nascion, début du XII^e siècle) véhiculent d'une part le sens biblique de la division de l'humanité en nations, de l'autre celui d'un ensemble d'êtres humains caractérisés par une origine, une langue, une culture communes. Ce dernier sens ethnico-culturel s'applique par exemple aux quatre nations (picarde, normande, française, allemande) de l'Université de Paris des XIII^e et XIV^e siècles et reste usuel jusqu'en 1789.* »⁵⁷⁹ C'est une question d'origine, puisqu'étymologiquement, nation signifie naissance, point d'origine, encore qu'il soit difficile de croire en un point géométrique fixe dans le temps. Cette notion va prendre de l'expansion, avec le renforcement du pouvoir royal, car, comme cela été dit précédemment, le roi a besoin de s'appuyer sur les éléments démocratiques pour contrecarrer la féodalité et les aristocrates. Cela suppose dès lors que la France et ses habitants constituent une population homogène, or quels sont les points communs entre un Picard et un Provençal ? Des questions assez insolubles pourraient émailler cette thèse, mais tel n'est pas le but. Le poids de l'histoire, la passion de l'égalité et de l'équité, une volonté centralisatrice chez les légistes au service d'un roi centralisateur ont permis à la nation de se solidifier. Intuitivement, c'est ce que le Professeur Prost appelle « *la maladie nationale* », « *la passion française* », à propos de l'histoire. L'histoire, en tant que science, revêt un caractère intrinsèquement lié à celui de nation. « *L'histoire tient dans l'univers culturel et social des Français une place éminente. Nulle part ailleurs, elle n'est aussi présente dans les discours politiques ou les commentaires des journalistes. Nulle part ailleurs elle ne bénéficie d'un statut aussi prestigieux. L'histoire est la référence obligée, l'horizon nécessaire de toute réflexion.* »⁵⁸⁰

Il s'agit d'un mouvement initiateur avec des rites symboliques, plus ou moins violents, créant un nouvel ordre, à partir d'éléments du passé ; les hommes de 1789 lui donnèrent un nouvel agencement, car ces éléments existaient déjà, ce n'est pas une création démiurgique totale ; les organisations collectives humaines ne sont point créés ex nihilo. « *Or, dans la première moitié du XVIII^e siècle, *l'Essai sur la véritable étendue et la fin du pouvoir civil de John Locke est traduit en France. Il devient la référence doctrinale de l'opposition à la monarchie absolue. Ecrivains, philosophes actualisent**

⁵⁷⁹ Le mythe national, Suzanne Citron, op cit, p.164.

⁵⁸⁰ Douze leçons sur l'histoire, Antoine Prost, Points Histoire, pp.14-15, 1996. Le Professeur Prost d'expliciter ce qu'il entend par « passion française » et « maladie nationale », dans une note de bas de page à la page 15, dont voici la teneur : « Philippe Joutard. L'auteur analyse l'ensemble de la production historique, fait remonter au XVI^e siècle la constitution d'une mémoire nationale. » Le Professeur Prost, lui, privilégie la Révolution et le XIX^e siècle.

leur pensée politique. Depuis le XV^e siècle, la perception d'une France existant à côté du roi s'était précisée. »⁵⁸¹

A titre de comparaison, Esmein a nettement souligné ce qu'il fallait entendre par nation, sur un plan strictement juridique, mais aussi comme procédé de gouvernement ; sur un plan juridique, il note avec clarté que la nation repose sur l'idée du mandat civil classique. C'est un procédé de gouvernement dans la mesure où il s'agit du pouvoir décisionnel en tant que tel. Cela signifie que l'on est en présence d'individus, capables d'opérer certains choix, pas forcément rationnels. Georges Duby avait évoqué la fameuse triade des ordres : le clergé, la noblesse et le Tiers-Etat. Il ne s'agit pas d'un absolu ou d'un horizon indépassable, mais d'un certain agencement du pouvoir et des différents rôles sociaux attribués à chacun. Est-ce que le terme de rôles sociaux conviendrait ? Non, car il s'agit davantage d'état, c'est-à-dire d'une position qui repose sur une certaine réputation et qui fait que l'on est. « *Cette division en trois assemblées distinctes était logique dans notre Ancienne France et prenait toute sa source dans la formation historique de la Nation. Dans l'Ancien droit français, en effet, la nation prise dans son ensemble n'avait véritablement pas d'existence juridique ; seuls les trois ordres, avaient certains privilèges. (...) La réunion des trois ordres était ce qu'on pouvait appeler la nation légale. La population française, prise dans son ensemble, n'existait pas. Elle était légalement la réunion des trois ordres.* »⁵⁸²

Esmein d'opposer le mandat impératif que le député recevait dans son bailliage, et le mandat civil du représentant de la nation tout entière. Autrement dit, la Révolution avait cherché à annihiler les pouvoirs locaux et à les étouffer, là où la monarchie avait échoué. Elle l'a accompli avec les Montagnards, guidés par les Jacobins et leur conception abstraite de l'homme ; provoquant une accélération de l'histoire par la Terreur, elle parvient à renforcer ce système. La question posée par l'universitaire charentais est intéressante : « *Comment la théorie du mandat amena le système électif ?* »⁵⁸³ Le mandat suppose deux acteurs, mais deux acteurs à égalité. Ce n'est pas une subordination juridique, comme dans le contrat de travail, mais une mission que le mandant confie au mandataire. De plus, l'homogénéisation du peuple français était mûre en 1789, mais ici, c'est l'histoire qui l'explique.

⁵⁸¹ Le mythe national, op cit, p.163

⁵⁸² Histoire du droit public, Les cours de droit, Esmein, Doctorat Politique, p.131

⁵⁸³ Ibid. pp.76-77

II : La Révolution de 1789 : une réflexion pensée en des termes juridiques

§ 1 : L'œuvre des juristes, des légistes français, la souveraineté, les constructions juridiques, la loi de majorité

Il convient de le traiter sous un angle plus juridique. Cela signifie que la souveraineté sera examinée avec les concepts juridiques du droit romain, redécouverts et réinterprétés au XII^e siècle.⁵⁸⁴ A partir du travail des légistes, dans le cadre d'une monarchie médiévale prenant de l'expansion, le Professeur Krynen démontre dans son article que ce droit romain a permis par ses différentes catégories décrivant des pans de la réalité de consolider l'Etat. Une abstraction est toujours accompagnée d'éléments concrets. La notion d'Etat ne peut pas être assimilée à la figure du roi, pas plus qu'à celle de Nation. Il ne s'agit pas non plus d'affirmer que « *le sens de l'histoire est en marche* », que ce soit une sorte d'eschatologie chrétienne ou marxiste, parce que cela est aux antipodes de la méthode d'Esmein.

Le Professeur Krynen semble s'opposer dans son article au Professeur Barret-Kriegel : « *Comme si l'imperium, ou même le dominium, avaient été au Moyen Age les maîtres mots d'une langue juridico-politique d'inspiration totalitaire. Or, le concept d'imperium permit au XV^e siècle déjà de dégager la notion de souveraineté, une, indivisible et perpétuelle. Celui de dominium, à partir du XII^e siècle, fournit l'occasion à des cohortes de juristes de préciser que les prérogatives éminentes du monarque souverain n'incluent pas la disposition des biens des administrés.* »⁵⁸⁵ Grâce au dominium, la propriété individuelle et la liberté individuelle connaissaient une aurore ;

⁵⁸⁴ Dans son ouvrage Aristote au Mont Saint-Michel : les racines grecques de l'Europe chrétienne, Sylvain Gouguenheim, Seuil, 2008, l'auteur démontre que la civilisation gréco-romaine, en tant que « ratio scripta » n'avait jamais été oubliée durant la période franque. Le Mont Saint-Michel était un lieu dépositaire de manuscrits, de penseurs conservant les textes des Anciens. C'est une nouvelle historiographie qu'il propose, en nous démontrant que les « élites intellectuelles » n'avaient jamais oublié Platon ou Aristote, et les Romains. Cela étant dit indépendamment de toute polémique médiatique.

⁵⁸⁵ Le débat, histoire, politique, société, L'encombrante figure du légiste, remarques sur la fonction du droit romain dans la genèse de l'Etat, Gallimard, numéro 74, avril-mai 1993, Professeur Krynen Jacques (Professeur d'histoire du droit à l'Université de Toulouse 1 Capitole), p.45. Ne perdons pas de vue que lorsque l'on évoque le droit romain, il s'agit des compilations de Justinien du VI^e siècle, Code, Digeste, Nouvelles, Institutes ; au cours du développement de l'empire byzantin, d'autres basileus ajouteront d'autres livres : l'Epanagogê et le Procheiron, avec les basileus macédoniens Basile Ier et Léon VI au IX^e siècle. Pour plus d'informations, il faudra se reporter à L'Histoire, Les Mystères de Byzance, Avril 2007, Numéro 319, p.39

plus tard, ces notions qui jusque-là dans la formulation utilisée semblent anachroniques, seront mises en relief.

La notion la plus intéressante est celle d'imperium, la vieille notion de commandement. Elle est comme la sève, une force agissante, la partie vive de l'Etat. Le Professeur Krynen constate « *la fonction irremplaçable du droit justinien dans l'élaboration médiévale des conceptions juridiques et politiques de la France moderne.* »⁵⁸⁶ Cette notion permet à l'Etat de se situer en plan géométrique unique dans l'espace. Ces nouvelles coordonnées font du roi le garant d'une sorte d'unité et d'indépendance. Au sortir de la Guerre de Cent-Ans, le pouvoir royal sort renforcé d'une « *sorte de longue guerre civile* ». La monarchie ira vers un modèle « tempérée » pour reprendre l'expression d'Esmein. Les corps intermédiaires sont en activité, dans les provinces, notamment avec les Etats provinciaux. C'est un système d'unité de commandement en un point central qu'affectionne tout particulièrement l'auteur étudié, comme les Romains. Ce n'est pas tant l'absolutisme qui le fascine, n'étant pas de tempérament monarchiste, mais les constructions juridiques savantes, d'un pouvoir garant de l'unité et préservant la nation dans ses éléments populaires.

Comment à partir de ces théories juridiques au service du roi a-t-on pu basculer vers la nation ? De l'aristocratie à la démocratie en passant par la règle « *Decem Faciunt populum* », ce glissement a pu s'opérer.

Il convient dès lors de l'examiner. Il faudra aussi traiter quelque peu de la notion de jury, notamment en matière pénale. Par l'entremise du pouvoir royal, la noblesse va peu à peu prendre forme. D'une conception assez traditionnelle, le noble, c'est-à-dire le lignage et la vertu, bref l'inégalité au sein même de la société, reposant sur des critères de fait, lui succède la noblesse, entité géométrique, abstraite. « *De fait, les lettres de noblesse du XIII^e siècle retracent assez bien l'évolution du statut nobiliaire. Alexis de Tocqueville avait un point de vue plutôt extrémiste à cet égard. Pour lui, en effet, grâce à l'anoblissement, l'égalité avait été introduite au sein du gouvernement par l'aristocratie elle-même.* »⁵⁸⁷ Le statut juridique émanant du pouvoir royal manifeste une tendance progressive vers la centralisation et l'égalité ; pour l'instant c'est une égalité au sein-même d'un corps dans la société. Un corps existant par la création royale, bientôt dotée de privilèges. A la fin de l'Ancien Régime, ce sera un contre-pouvoir freinant les volontés de réforme de l'Etat. L'Etat ne fera que récupérer en son sein la plupart des

⁵⁸⁶ Ibid. pp.48-49

⁵⁸⁷ *Revue d'histoire, droit*, 84, (3), Juillet-Septembre 2006, Noblesse politique et anoblissement : conception émergente au XIII^e siècle en France, M. A. Arriaza, p.337,

privilèges, bien que certains, voire même beaucoup aient subsisté et subsistent encore.

Mais lorsque la Nation récupère en quelque sorte ce à quoi elle a droit, de son point de vue, elle ne fait que se retourner contre les corps privilégiés en demandant à l'Etat de lui consacrer une existence juridique statutaire. « *Lorsqu'en juin 1789, les représentants du Tiers état proclamèrent la représentation nationale une et indivisible et ensuite la nation, par le triomphe du Tiers, la Révolution clôtura le débat entre Gaulois et Francs. Dans Qu'est-ce que le Tiers Etat ? L'abbé Sieyès, fustigeant les prétentions des nobles, avait invité les étrangers à retourner dans les forêts de Franconie. Les révolutionnaires, dont la culture est imprégnée du culte de l'Antiquité romaine, s'affichent gaulois à part entière dans le conflit entre les deux races. En sacralisant la nation, ils retrouvent l'unité originelle qui hantait depuis des siècles la culture historique issue des Francs.* »⁵⁸⁸

Comment arriver à concilier la majorité avec l'unanimité ? La Nation semble se subsumer à tous les anciens corps, ordres, juridictions, villes, etc. Elle représente symboliquement l'unanimité, or l'unanimité n'est point la majorité. Pour faire unanimité, il faut trouver un fond commun de légitimité. Comme le souligne si justement Esmein : « *Parce qu'il est de principe que toutes les fois qu'il s'agit d'une chose qui appartient à tous comme un corps, non comme corps, mais comme appartenant à chacun des membres en particulier, qui perd quelque chose ou est assujéti personnellement, il faut le consentement de tous.* »⁵⁸⁹ La nation rentre dans cette attitude fondamentale. La nation se retrouve dans le pouvoir législatif. Le pouvoir législatif incarne cette nation. Agissant non comme un état, mais comme une fonction, d'où l'absence de mandat impératif. Si on accepte l'idée de mandat impératif, on retomberait dans la notion de majorité, c'est-à-dire qu'une majorité irait contre une autre majorité. Ce serait par conséquent donner un mandat impératif aux représentants. Donc cela reviendrait à créer un état ; un état de député. Nous serions dès lors aux antipodes de la théorie d'Esmein. Toutefois, il admet la théorie de la majorité. « *Quand la décision était favorable à l'intérêt commun, qu'elle eût été prise par dix habitants.* »⁵⁹⁰ La majorité permet donc de contourner la difficulté de l'unanimité. Mais cela est une difficulté purement technique, sur un plan pragmatique, tandis que subsiste la notion un peu plus éthérée d'unanimité. L'unanimité est censée exister. Avec l'aristocratie, une

⁵⁸⁸ Le mythe national, Professeur Citron, op cit, p.159. Pour le fameux débat entre le comte de Boulainvilliers et l'abbé Dubos, on peut se reporter à la thèse de Monsieur Tholozan, 1999, P.U.A.M III : Henri de Boulainvilliers : l'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire.

⁵⁸⁹ Mélanges P.F. Girard, Decem Faciunt Populum, Tome Ier, op cit, p.473. Esmein est rousseauiste.

⁵⁹⁰ Ibid. p.470

certaine égalité se met en place, d'où l'unanimité primitive du groupe. Il s'agit du début du cercle dans l'histoire des idées politiques. Avec la démocratie, c'est la majorité qui lui succède, car au préalable existait l'unanimité.

L'auteur semble préférer la notion d'unanimité à celle de majorité. En effet, quoi de plus démocratique que cela. Il évoque quelque peu la présence de l'Esprit Saint pour les élections canoniques des archevêques dans les grandes villes.⁵⁹¹ Avec la Révolution de 1789, l'ordre semble être restauré, c'est-à-dire le véritable pouvoir à la Nation ; c'est en soi une révolution vraiment nationale, car elle émane du tréfonds même du pays, en lui donnant des formes particulières qui correspondent à son trait de génie. « *Le souffle tout puissant de la Révolution Française.* »⁵⁹² La Révolution n'est plus qu'un spectacle sublime pour le charentais. La Nation recrée ce sentiment d'unanimité qui existait déjà. La féodalité l'avait quelque peu mis de côté en favorisant un autre mode d'organisation et de gestion. De par le lien direct et concret d'homme à homme et d'homme à la terre. Ce sont au contraire les notions de pays et de localité qui étaient mises en avant.

La monarchie recrée un sentiment patriotique autour de la figure du roi sacré. La Nation va plus loin car elle représente un sentiment plus diffus et peut-être plus ancien. Il pourrait même être rattaché à la géographie. « *Cette transformation, ce rétrécissement du corps électoral, devait changer la nature même de l'élection. Sans doute, les textes vont continuer à présenter comme un idéal l'élection unanime. Mais comment espérer l'unanimité dans ces chapitre si divisés, si pleins d'intrigues, comme le sont inévitablement les petites corporations ?* »⁵⁹³ A plus grande échelle, c'est le sentiment de majorité dans l'égalité qui l'emporte.

§2 : La notion de jury en matière pénale, le caractère démocratique de la Nation, la mise en œuvre de la liberté

Il s'agit de l'entendre dans un sens juridique, mais aussi national, c'est-à-dire comme respectant certaines formes. L'Angleterre sert toujours de modèle, Esmein le relève dans les documents préparatoires des réformes législatives de la Constituante,

⁵⁹¹ Mélanges Fitting, Tome Ier, Montpellier, 1907, LXXV^o anniversaire de Monsieur le Professeur Fitting, L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques, p.363. Il semble que cette seule présence spirituelle n'intéresse pas le grand professeur. Il ne l'assimile pas à une attitude de pure magie ou de superstition, au contraire il est parfaitement rationnel dans les théories politiques. Il le ramène sur un terrain universitaire et scientifique.

⁵⁹² Histoire de la procédure criminelle en France, op cit, p.396.

⁵⁹³ Mélanges Fitting, op cit, p.374

mais aussi dans les débats oraux. C'est une source d'inspiration qui a déjà été évoquée dans la première partie. Il ne s'agit nullement de la reproduire ici même.

L'auteur lie le jury et le régime représentatif. « *Telle fut l'œuvre de la Constituante pour la procédure en matière de crimes. La procédure devant le jury de jugement. L'Assemblée avait doté pour toujours la France de cette magnifique institution, qui, depuis, s'est répandue sur l'Europe avec le régime représentatif.* »⁵⁹⁴ Le régime représentatif est étroitement lié au jury. En effet ces deux notions relèvent du même postulat philosophique, la liberté de conscience et l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire un niveau moral et intellectuel élevés dans la société. Le premier appartient au domaine politique, tandis que le second relève du champ civil, judiciaire. En réalité, le professeur cherche à démontrer qu'une conciliation entre la culture anglaise et française est toujours possible. D'un côté le jury, de l'autre le Ministère public depuis le XIV^e siècle.

S'agissant du jury, il le rattache à la liberté de l'homme. Le fait d'être jugé par ses pairs. Ne serait-ce pas l'introduction de l'idée de nation et donc d'égalité ? Il faut naturellement le rapprocher de l'excellent article « *Decem Faciunt Populum* ». A terme, il s'agit du grand projet démocratique pour la société. « *Le caractère général de la procédure accusatoire est de maintenir l'égalité absolue entre les deux parties.* »⁵⁹⁵ C'est par une approche assez aristocratique, où l'on trouvait l'égalité entre les membres, au sein d'une même corporation, que la société démocratique le mettra en œuvre pour tous, sans distinction concrète. Ce qui représente la plus grande liberté pour Esmein, c'est la présence d'un avocat, la motivation des arrêts, la présence de témoins à charge et à décharge, le caractère oral, public et contradictoire de la procédure.⁵⁹⁶

Esmein de prendre l'exemple de la Chambre Etoilée en Angleterre. Il constate tout au long de sa longue et minutieuse démonstration, qu'outre-mer, l'esprit féodal et accusatoire s'est maintenu. On pouvait y porter des accusations, mais il existait « *le double rempart des libertés anglaises, le jury d'accusation et le jury de jugement.* »⁵⁹⁷ Le plus intéressant demeure le second jury. « *La seconde forme d'accusation reposait sur le principe de l'accusation publique, ouverte à tous ; elle s'était constituée peu à peu et*

⁵⁹⁴ Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours, op cit, p.437

⁵⁹⁵ Histoire de la procédure criminelle, op cit, p.57

⁵⁹⁶ Ibid. pp. 150-151-152-153-154

⁵⁹⁷ Histoire de la procédure criminelle en France, op cit, p.316

devait forcément passer devant le double jury d'accusation et de jugement. »⁵⁹⁸ La procédure accusatoire repose sur le principe même de la dénonciation. Cela semblerait se rapprocher de la démocratie directe antique, que ce soit le modèle grec ou romain. Mais, il semble le rattacher aux coutumes normandes, franques et féodales. La procédure accusatoire semble plutôt rattachée à une société de vis-à-vis, donc à tendance égalitaire.

C'est en Angleterre que l'on retrouve les plus grandes garanties, pour la défense de l'individu par la procédure. C'est comme si la procédure devenait un phénomène et un objet d'étude pour le professeur parisien ; au-delà de ce qui vient d'être dit, c'est toute la société qui devient un spectacle pour le savant ; une société connaissant cela et essayant de l'appliquer.

Or comment se prémunir contre d'éventuelles dénonciations calomnieuses, si dangereuses pour les libertés individuelles ? L'auteur semble très clair. D'une part, le filtre des deux jurys en Angleterre, et l'aura dont bénéficie le juge. D'autre part, dans le cas français, la fonction du Ministère Public dès le XIV^e siècle. Ce qui revient à dire que la procédure inquisitoire n'est pas totalement dénigrée, mais certains penseurs cherchent à en atténuer la rigueur. Il existe cependant un point d'équilibre que la France devra trouver.

Il convient de se demander ce qu'il faut entendre par cette procédure inquisitoire en France. *« En Allemagne, au XV^e siècle, un travail profond s'opère qui modifie partout le vieil état de choses. Les anciennes juridictions cessent d'être des Assemblées judiciaires. La population du reste, fatiguée du service du Plaid, accepte avec joie le soulagement qu'on lui offre. Le soin de rendre la justice tend à passer aux mains de juristes et des hommes instruits. »*⁵⁹⁹ Cela signifie qu'un long *« mouvement scientifique »*⁶⁰⁰ s'opère dans le Sacré Empire romain de nation allemande. Dans le raisonnement d'Esmein, cela aurait pu aboutir dans ces contrées à l'institution du Ministère Public. Or, rien de tel.

Dans le cas français, au contraire, cette institution jouera un grand rôle. L'auteur de relever que, l'Assemblée Constituante opéra certaines réformes judiciaires. Il s'agit des lois des 8 et 9 octobre 1789 et des 16 et 29 septembre 1791 en matière de procédure criminelle. *« En réalité, il n'y eut guère d'hésitations dans la pensée des rédacteurs du nouveau projet ; ils sacrifièrent les institutions traditionnelles aux principes de la*

⁵⁹⁸ Ibid. p.318. Esmein de préciser que « L'accusation, sous cette forme nouvelle, ayant été à l'origine une dénonciation, on conçoit qu'elle put être ouverte à tous, et devint publique. » p.323

⁵⁹⁹ Ibid. p.302

⁶⁰⁰ Ibid. p.309

*procédure anglaise. Les principes de la loi anglaise étaient en effet singulièrement d'accord avec l'esprit de la Révolution. (... 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. »*⁶⁰¹ Le juriste-historien ne partage pas le point de vue des Constituants, ils auraient dû conserver le trait de caractère de l'Ordonnance de 1670, avec le souffle libéral anglais. Le Ministère Public semble dévalorisé, car trop attaché à la procédure inquisitoire. Mais, lors des débordements populaires, il aurait pu jouer le rôle d'un garde-fou face à l'accusateur public. *« Puis réveillant les souvenirs de la Terreur (il s'agit de Gillet), il montra les dangers de l'accusation publique mise aux mains des gouvernants. Gillet démontrait avec une grande force les dangers de l'accusation populaire qu'on avait voulu introduire dans notre droit. »*⁶⁰²

Pour l'illustre professeur le point d'équilibre doit être trouvé entre la procédure accusatoire et inquisitoire, à condition que ces deux modalités favorisent la liberté de l'homme et le respect de son intégrité physique et morale. Il rattache au vieux monde féodal, le jugement par les pairs, avec les garde-fous qui ont été cités ; il considère que dans le cas français, avec l'accroissement du pouvoir royal, le Ministère Public joue un rôle considérable. La Révolution, dans sa phase la plus libérale, anglomane en quelque sorte, sera tentée par des expériences libérales louées, mais allant contre l'esprit national. Le constitutionnaliste a raison de souligner que le déséquilibre sera atteint lors de la Terreur, moment de fièvres et de fougues dangereuses pour la liberté. Le Ministère Public ne pourra pas éviter les dénonciations calomnieuses.

Il ne soutient pas non plus le Premier Empire lors de la codification du Code Pénal et du Code d'Instruction Criminelle, car la protection des libertés périclité. Ce qui peut être noté avec le plus de précision serait ceci : *« Elle partait de cette idée que l'accusé devait être jugé seulement d'après les preuves fournies contre lui et qu'il n'avait pas à se charger lui-même, pas plus d'ailleurs qu'à se disculper. »*⁶⁰³

Dans cet article, on peut mesurer la préférence accordée par Esmein à l'accusatoire contre l'inquisitoire, *« En créant la procédure inquisitoire, le droit canonique, au XIII^e siècle, introduisit la pratique de faire subir aux inculpés des interrogatoires, auxquels ils devaient répondre sous la foi du serment. »*⁶⁰⁴ Cela semble logique et quelque peu inacceptable. Comment un accusé pourrait-il prêter serment ? Il

⁶⁰¹ Ibid. P.419

⁶⁰² Ibid. pp. 455-456

⁶⁰³ *Revue Politique et Parlementaire*, 1898, Octobre, Novembre, Décembre, Le Criminal Evidence Act de 1898 et le Serment des Accusés en Angleterre, p.347

⁶⁰⁴ Ibid. p.347

faudrait qu'il soit à la fois coupable et témoin, mais c'est illogique, tant sur un plan procédural que substantiel. La France, contrairement à l'Angleterre évoluera vers le modèle inquisitorial. Serait-ce dû à une centralisation précoce ? Or, l'Angleterre est aussi un Etat centralisé. La force du droit romain, puisque l'Eglise ne fait que récupérer d'un point de vue procédural, l'inquisitoire au vieux droit romain.

CHAPITRE 3 : LA PLACE D'ESMEIN DANS L'HISTOIRE DU DROIT

Que retenir d'Esmein, tant par rapport à d'autres penseurs que dans son rayonnement intellectuel personnel ? C'est ce qu'il va falloir examiner sur le rôle qu'il a joué et ce qu'il laissera.

I : Esmein et ses contemporains

Il convient d'examiner ici certains auteurs dont la pensée peut parfois être rapprochée de celle de l'illustre maître parisien, bien que de profondes divergences soient notables, mais ils se retrouvent autour de la valeur de la liberté. La liberté est aussi chez eux le fruit d'une longue maturation historique.

§ 1 : Glasson Ernest (1839-1907)

Il s'agit d'un auteur intéressant et important, d'un certain point de vue. Il semble partager le sentiment et l'idée de liberté avec Esmein, mais son inspiration, sa source de réflexion se nourrit au travers de l'Eglise catholique. Au-delà de ces trois auteurs tels que Glasson, Viollet et Fournier, il s'agit aussi de s'interroger sur la place que la République entend accorder à l'Eglise, en tant que pouvoir politique porteur d'une spiritualité.

La connaissance d'Esmein paraît un peu plus claire maintenant, que ces auteurs sont mis en parallèle. C'est une méthode de sociologie qui semble donner du relief et du volume à la géométrie plane du droit ; c'est la démonstration même des forces du mouvement et de la conservation. Bref, c'est le XIX^e siècle, tel que les sociologues l'ont dégagé. Ce qui le caractérise serait la méthode historique et prudentielle, c'est-à-dire, celle des constructions lentes dont les alluvions furent déposées très lentement par le temps de l'histoire. Il prend l'exemple de l'Angleterre ; c'est toujours la même matrice libérale qui les guide afin de trouver la forme idéale de gouvernement. C'est à la fois l'Angleterre en tant que modèle politique et civil qui le fascine. Ces deux réalités sont intimement liées. L'intérêt semble être celui de la participation directe du peuple à la législation même du pays ; par le système de la Common Law, la participation

coutumière trouve son ancrage véritable dans les mœurs. « *La Common Law ou droit coutumier est une des parties les plus considérables du droit anglais. L'importance exceptionnelle des précédents forme un des caractères propres à la législation de nos voisins. Par ce procédé, la Nation participe directement au pouvoir législatif. Cela résorbe le conflit entre les lois et les mœurs.* »⁶⁰⁵

Mais le trait d'union avec Esmein, c'est d'abord l'étude de la société. La société pour paraphraser quelque peu un célèbre auteur libéral, a été remise au centre ; il ne convient pas de parler de régénération, car cela sous-entend une conception jacobine ou révolutionnaire que les républicains libéraux ne partagent pas. L'Etat a donc une importance secondaire, mais doit accompagner le mouvement en ne devenant plus qu'une pure instance décisionnelle. « *Ce qui fait la liberté et la grandeur de l'Angleterre, c'est que, chez elle, les réformes n'apparaissent pas brusquement, mais s'appuient sur l'expérience du passé. C'est ainsi qu'on plante des chênes forts et vigoureux capables de résister à tous les orages.* »⁶⁰⁶ Mais, c'est un débat qui concerne chaque groupe national en particulier. Il faut préserver ici aussi les formes du passé. Ce ne sont pas des formes dites de pureté idéale, car la méthode géométrique ne trouve pas à s'appliquer à ces cas de figure. C'est une fois de plus, la méthode empirique et sociologique de l'observation. L'homme est libre lorsqu'il finit par comprendre les lois de la sociologie, mais les lois de la sociologie appliquées au droit, c'est de l'histoire. Ce n'est pas de la chronologie accumulative et stérile, mais la progression intelligente de l'humanité vers la liberté, sans passer par les idéologies. C'est le rejet de la méthode autoritaire.

En élevant le droit au rang de la science sociologique, il s'agit de concilier entre elles les forces du mouvement et de la conservation. Il est notable que l'Eglise catholique, en France, du fait de son repli vers la sphère privée, ne remplit plus de rôle politique actif, mais telle une lumière quelque peu tamisée, la spiritualité permet aussi au citoyen de participer activement à la vie de la Cité ; son rôle d'homme et de citoyen se trouvent dès lors confondus et renouvelés. Ce serait alors le rôle politique sans la métaphysique et les crédos qui permettraient à la société de rester en mouvement. Bref, il ne subsisterait plus que le rôle social purement civil. « *Il faut éviter une marche*

⁶⁰⁵ Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, Etude de législation comparée précédée d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne, Glasson, 2^{ème} édition, 1880, p.56

⁶⁰⁶ Institut de France, Académie des Sciences Morales et Politiques, Notice sur la vie et les œuvres de M. Ernest Glasson par M. Morizot Thibault, membre de l'Institut lue dans les séances des 22 et 29 mai 1909, Paris, Institut, 1909-1910, p.22

précipitée et avoir une législation ferme, durable, prudente, éloignée de la stagnation qui corrompt les sociétés et de la mobilité qui les perd. »⁶⁰⁷

Ce qui permet un excellent renouvellement de la République, ce serait d'une part la vision d'une famille traditionnelle, inspirée par l'Eglise et d'autre part la sociologie issue de l'histoire du droit, c'est-à-dire le fait d'aller au-delà du droit. La famille, et en général le droit qui l'entoure, sont perçus comme essentiels dans une société, et ce, depuis la nuit des temps. Mais doit-on vraiment considérer la famille comme un élément juridique ? Autrement dit, faut-il la traiter du seul point de vue juridique ?

C'est là où le bât blesse, car il convient de noter avec précision que Glasson procède un peu avec la méthode dogmatique. Il essaye de soustraire la famille au droit en la faisant glisser dans le domaine des mœurs. *« Aujourd'hui, la famille est organisée sur la seule base conforme aux principes du droit naturel et aux idées de notre temps. Si des réformes sont nécessaires, c'est dans les mœurs et non dans la loi. »⁶⁰⁸* Alors, en voulant soustraire la famille au droit et en la ramenant sur le pur terrain des mœurs, ne serait-ce pas une volonté « antisociale » ? Point du tout, car les mœurs font intimement partie du fonctionnement interne et externe des sociétés. Ce qu'il s'agit d'entendre est assez clair. C'est en les retirant du droit que, le renouvellement est possible ; de conservatrices, les valeurs qui animent la famille peuvent devenir comme une nouvelle sève capable de ressourcer ensuite la République et donc de faire progresser à tous les niveaux la société démocratique vers davantage de libertés.

Mais, il semble que Glasson ait quelque peu cristallisé sa pensée, certes de manière un peu dogmatique. En cela, il se rapproche aussi d'Esmein qui reconnaissait que la matière juridique, élevée au rang de science finit bel et bien par porter des dogmes ; des dogmes mûrement réfléchis au service de la cause de la liberté. Glasson, en effet, semble favorable à l'organisation et à l'unité familiale : indissolubilité du mariage ; dans ses biens, la femme est soumise à l'homme, avec le régime légal de la communauté et l'autorité maritale ; un lien de subordination entre le père et l'enfant.⁶⁰⁹ Certes, ce sont des éléments quelque peu anciens ; ces valeurs semblent aujourd'hui bien différentes de ce qu'elles étaient à la fin du XIX^e siècle. Dès lors, le revers de la médaille permet de comprendre un autre aspect de la question. Il s'agit de maintenir la dialectique entre la loi et les mœurs. Esmein aussi, reconnaissait une valeur importante à la famille et au mariage. En déplaçant le centre névralgique vers le champ

⁶⁰⁷ Académie des Sciences Morales et Politiques, Notice sur Glasson par Morizot, op cit, p.22

⁶⁰⁸ Ibid. p.30, Glasson

⁶⁰⁹ Notice sur Glasson, cf. supra, p.31

des mœurs, ne serait-ce pas pour le faire durer ? Il s'agit alors d'une sorte de cristallisation des formes nationales. « *Chaque Nation doit se bien pénétrer elle-même avant de considérer les autres.* »⁶¹⁰ Cette notion de mœurs paraît centrale dans son raisonnement. Il semble qu'elle guide sa pensée, en éclairant le droit. Rejetant dès lors, toute conception mécanique de la société ; se refusant à analyser les rapports entre l'Etat et les individus sous le seul angle fonctionnel, il accorde une grande importance à ce qui s'inscrit dans l'histoire et notamment les mentalités. Alors ce n'est pas seulement le droit pris en tant que tel, dans un discours unilatéralement juridique, mais bel et bien une image diffractée de cette matière. Bref, une simple attitude culturelle, donc un regard de sociologue. « *Le jurisconsulte qui étudierait ces lois d'une façon purement abstraite et sans tenir compte des mœurs auxquelles elles s'appliquent, ne se rendrait pas mieux compte de leur jeu dans l'ordre social qu'un mécanicien ne comprendrait exactement l'effet d'une machine dont il ne mettrait pas les pièces en mouvement.* »⁶¹¹

A l'image de Portalis et de Tocqueville, il semble que le droit privé revête une importance majeure. Les lois civiles reflètent l'image même de la société et projettent tout son imaginaire. La volonté de ces auteurs est de redonner naissance à la liberté de l'homme, mais il s'agit de la liberté dans la société et par la société, car sinon l'on sombrerait dans la licence la plus effroyable. Contrairement à ce qui avait été voulu au début du XIX^e siècle, avec les régimes dictatoriaux et autoritaires du Consulat et de l'Empire, la société semblait étouffée et n'existait plus par elle-même. « *Napoléon Ier avait détourné la démocratie du côté des lois civiles ; et, protégé par ses lois politiques, il prétendait échapper à son cours.* »⁶¹² La peur des dictatures c'est cela, c'est-à-dire le mouvement inéluctable et inextinguible de la démocratie et de sa progression. Tocqueville et Portalis se retrouvent autour de cette idée que c'est la famille qui constitue un rempart face aux tyrannies. Elle représente le premier contre-pouvoir, le plus naturel, car reposant sur des liens d'affection. Trois pôles historiques semblent l'intéresser, comme Esmein d'ailleurs. Rome, le monde germanique et le christianisme. Ce sont des traits de civilisation assez classiques. Rome incarne la liberté des biens, mais l'asservissement de l'individu à l'institution. Le monde germanique est l'inverse, c'est-à-dire qu'il représente la liberté de l'individu, mais déclare les biens inaliénables. Il

⁶¹⁰ Ibid. p.23

⁶¹¹ Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, Etude de législation comparée précédée d'un aperçu sur les origines du Droit civil moderne, Glasson, Préface à la première édition, contenue dans la deuxième édition, Paris, Durand et Pedone Lauriel éditeurs, 1880, p.2

⁶¹² Ibid. pp.26-27

semble que la civilisation romaine ait accordée davantage de liberté au *pater familias* qu'au citoyen. C'est donc le droit privé qui l'emporte sur le droit public, dans un certain sens. En revanche, dans le monde germanique, la notion d'Etat étant très faible, c'est-à-dire manquant de cohérence et de complétude, reste engluée dans des aspects concrets. L'abstraction romaine de l'Etat a exercé une grande puissance de fascination sur les clercs puis les légistes de l'Ancienne France.

La synthèse semble être opérée par l'Eglise et le christianisme. D'un strict point de vue civilisationnel, la liberté de l'individu est proclamé sous les deux aspects : l'homme est libre vis-à-vis de l'Etat et ses biens ne peuvent pas être saisis aussi facilement qu'on le pense. En recentrant la République sur le domaine de la sphère privée, il s'agit de faire l'apprentissage de règles sociologiques élémentaires et nécessaires pour le futur citoyen. Avant d'être citoyen, l'homme est avant tout membre d'une famille. Il s'agit de protéger la sphère privée de toute incursion du pouvoir, quelle que soit la forme que cette tyrannie revête.

Glasson de préciser : « *Il faut sauver le droit civil de la Révolution.* »⁶¹³ Cela signifie que c'est le droit qui compte le plus pour lui. Il existait déjà sous l'Ancien Régime. En sociologue, ou plus exactement en historien du droit qui se veut sociologue, il met en avant une partie fixe et une partie en mouvement. Il fait une comparaison pertinente entre les lois civiles et les lois politiques. Les premières sont en profondeur et représentent la tradition, la stabilité, le fond même des choses. Les secondes, en revanche, démontrent la mobilité. La mobilité et la tradition sont dans l'ordre même des choses. Glasson entend protéger les forces de l'inertie car cela entraînerait des conséquences désastreuses pour le reste de la société. Au nom d'une certaine éthique personnelle ; éthique liée, bien entendu à sa formation dans le christianisme.

Il parvient au même résultat qu'Esmein, comme cela était remarquable dans ses thèses de droit romain et de droit civil ancien. Une certaine communauté de vues est véritablement décelable entre eux. La laïcisation et la sécularisation de la société les conduisent à ne pas privilégier sans aucun doute la méthode dogmatique. Chez lui, l'ordre laïc l'emporte sur l'Eglise. « *Confondant l'indissolubilité avec le dogme religieux, des esprits superficiels ont fait appel au divorce moins pour confirmer l'ordre naturel que pour affranchir le mariage de la domination catholique.* »⁶¹⁴ C'est un cheminement qui s'inscrit tout naturellement dans l'idéal républicain ; c'est le seul cadre de pensée qui permette à l'homme de se libérer de l'emprise non d'une certaine

⁶¹³ Notice de l'Académie, cf. supra, p31

⁶¹⁴ Ibid. p.32

spiritualité, mais d'un pouvoir politique porteur d'une métaphysique incompatible avec les objectifs d'une société marchant vers la liberté.

Toutefois, ce qui est décelable c'est la référence à l'équité. L'équité qui vient aussi compléter le droit ; sans ces deux faces de la médaille, alors le droit ne serait plus qu'une mécanique sèche et stérile. Mais l'équité sans le droit serait aussi dénuée de sens. A quoi s'appliquerait-elle ? Il y aurait même un certain danger à le faire. C'est un retour à la vertu aristotélicienne, c'est-à-dire la justice commutative et distributive. La première remet de l'équité dans les lacunes laissées par la nature, tandis que la seconde permet de corriger d'une certaine façon, mais il semble que cela soit un peu plus guidé par des mécanismes humains, autrement dit les facteurs juridiques, la force même du droit. L'équité est une correction de la loi ; le législateur n'ayant pu tout prévoir, il faut dès lors s'en remettre à la création du juge. « *Blackstone définit avec Grotius, l'équité de correction de ce en quoi la loi est défectueuse, à raison de son universalité. En effet, puisque les lois ne peuvent prévoir ou exprimer tous les cas, (...) il est nécessaire (...) qu'il existe quelque part un pouvoir investi du droit de définir les circonstances, qui auraient été exprimées par le législateur lui-même s'il les avait prévues.* »⁶¹⁵

S'agissant de cette force que représente la famille, il faut bien l'entendre comme étant un pôle de résistance morale à l'égard de toutes les tyrannies. Si l'individu a été éduqué correctement en famille, alors un bon citoyen peut prendre la parole et donner sens à son existence. « *On a beaucoup parlé de l'éducation du citoyen et on en fait à juste titre, la condition vitale des démocraties.* »⁶¹⁶ La famille, notamment l'autorité du père de famille, semble être ce rempart et cette protection à l'égard de l'Etat autoritaire. Serait-ce indirectement une louange à l'égard de la restauration bonapartiste, notamment dans le Code Civil, au travers de cette figure sociale essentielle ? Il est certain que la Révolution avait voulu brisé ce pouvoir du père de famille, dans le domaine patrimonial. La notion de quotité disponible permet dans le domaine des successions cet équilibre entre le pouvoir du père et l'Etat. Une certaine vision se dégage chez Glasson dans sa manière de concevoir la propriété. Ce qui signifie que des idées politiques traversent cela. C'est l'attachement à la propriété libre, au sens romain. Il y est extrêmement attaché et la défend comme un principe au-dessus de tout. Il en fait même un caractère de civilisation indéboulonnable. En le rattachant à la civilisation, il semble sans doute le lier à l'histoire du droit, en ce sens que les principes juridiques sont avant tout

⁶¹⁵ Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, op cit, p.59

⁶¹⁶ Rapport de l'Institut, op cit, p.38

historiques, et donc en-dehors de toute idéologie dite collectiviste. Dès lors, un éclaircissement peut être notable. Il affirme, indirectement et subrepticement, l'existence d'un sens de l'histoire. « *Prétendre que le prolétariat moderne et celui que l'on est convenu d'appeler la question sociale sont des conséquences de la propriété individuelle, ce n'est pas seulement commettre de graves erreurs, mais nier le progrès et travailler au rebours de la civilisation.* »⁶¹⁷ Le collectivisme, le socialisme et le marxisme semblent pour lui ne pas pouvoir justifier les difficultés et l'extrême misère des ouvriers. Cela rejoindrait dès lors la fascination de cet auteur pour le modèle anglais ; la construction libre et empirique de la réalité sociale, sans les idéologies. Il ne veut pas qu'au nom de certaines abstractions historiques, soit remis en cause la libre propriété individuelle. Ce modèle est garanti par le droit, mais se trouve aussi au-delà du droit, pour faire partie d'une longue culture.

Le danger qui est vivement ressenti par Portalis est palpable et relève d'une fine observation. C'est la différence entre l'individualisme et la liberté individuelle.⁶¹⁸ La liberté individuelle est précieuse et fragile, car c'est elle qui est le but suprême de la démocratie. Elle demande à tous les membres du corps social une vigilance accrue à l'égard de toutes les tyrannies possibles. L'individualisme semble être une déviation de la liberté individuelle, car elle conduit au renforcement de l'Etat, même si l'intention originelle est de redistribuer les richesses équitablement. Voici ce que disait Portalis : « *Nous appelons esprit révolutionnaire le désir exalté de sacrifier tous les droits dans un but politique et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'Etat.* »⁶¹⁹ C'est lorsque les idées matérialistes et l'appât infini du gain envahissent les mentalités des individus que la société périlite, car l'individu au plus profond de son être, marche aveuglément vers une idée fixe et absolue, érigée en un dogme infaillible. Par conséquent, l'individualisme est néfaste à l'égard de la société et notamment pour nos libertés. « *La véritable liberté est éloignée de l'individualisme.* »⁶²⁰ La citation de Glasson est convergente avec celle de Portalis, en ce qu'elle situe l'individu au centre de toute la société. Ici aussi, c'est une société qui ne détruit pas les individus ; épurée de toute idéologie quelconque, elle laisse l'homme libre.

⁶¹⁷ Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, op cit, p.129

⁶¹⁸ Ibid. p.43

⁶¹⁹ Ibid. p.41

⁶²⁰ Ibid. p.44

L'interprétation qu'il donne du mouvement créant la dictature est d'une extrême limpidité. C'est lorsque l'ordre social n'existe plus que l'Etat s'immisce ; mais l'ordre social, c'est la conscience qu'en ont les citoyens. C'est le fait de percevoir cette sphère de l'autonomie sociale, nourrie d'imaginaires et de rêves ; mais cette virtualité ne doit pas conduire au délire et à l'utopie, donc à la dictature. Souvent, les hommes croient servir la véritable liberté et veulent l'imposer aux autres hommes car ils la croient vraie. Toute l'illusion est là. Glasson se rapproche de la communauté de vues du libéral Royer-Collard et indique clairement ce qu'il entend à l'encontre de la centralisation. Royer-Collard use d'une figure de style et s'en sert de manière intelligente et progressive. « *La centralisation, est née de la souveraineté en poussière ; il ne faut pas chercher ailleurs son origine. Elle n'est pas arrivée, comme tant d'autres doctrines non moins pernicieuses, le front levé, avec l'autorité d'un principe.* »⁶²¹ Il entend démontrer par cette citation qu'elle est pire que les autres, car elle finit par s'imposer comme une fatalité. Elle est donc plus dangereuse et néfaste pour nos libertés que les autres.

Cette Ecole libérale, à laquelle semble appartenir Glasson, bien qu'il soit difficile de faire des classifications, défend la famille, sa restauration, car c'est l'ordre naturel le plus social, celui qui défend l'individu de toute immixtion de l'Etat. Le pouvoir de l'Etat s'est aussi renforcé depuis la Révolution, notamment par la dualité de juridictions. Esmein était favorable à cette dualité, mais Glasson démontre qu'elle est dangereuse car elle a renforcé l'emprise des administrateurs sur les citoyens. Le corps judiciaire a subi un affaiblissement, à cause du pouvoir Exécutif. Ce dernier s'est immiscé dans ces corps, en créant au sein même de la Justice, l'ordre administratif, afin de protéger les intérêts de l'Etat. Le corps judiciaire n'existe plus désormais de façon autonome. Là où Esmein plaçait la liberté du droit, par le droit, par le renouvellement des élites républicaines, et sur le travail véritablement juridique de réinterprétation, apportée par la jurisprudence et l'élévation des coutumes au rang d'usages et donc de lois, Glasson le range moins dans le travail juridique et judiciaire que dans la société.

Il compare avec finesse les systèmes anglais et français dans leurs rapports au droit et à la matière judiciaire en général. En Angleterre, point d'aspect scientifique. Il semble que les rapports entre le Palais et l'Université soient moins marqués par un grand projet d'écriture commune à l'égard de la société. « *Au contraire, il n'existe pas à proprement parler d'enseignement du droit en Angleterre ; ce pays est riche en avocats, mais non en jurisconsultes. Les cours qui se donnent dans les Universités ne forment pas*

⁶²¹ Rapport de l'Institut, op cit, p.52

un tout scientifique comme en France et en Allemagne. »⁶²² Le monde judiciaire formant l'aspect juridique de la société se compose de deux éléments. Les reports et les records. Les reports traitent d'une affaire, dans ses circonstances de fait. En revanche, les records constituent une source de droit véritable. Il s'agit d'une décision judiciaire, considérée à un point de vue abstrait. C'est ce à quoi se rattachent les juristes. Est-ce à dire que l'Angleterre compte moins de principes abstraits, comme en France, et se rattache à des faits ? Oui, car « *On reconnaît une grande autorité. La loi est ainsi appliquée avec plus de fermeté et les droits des particuliers échappent aux dangers d'une jurisprudence incertaine.* »⁶²³

Ce qui devrait dissiper les craintes d'Esmein quant à la jurisprudence. Il avait été frappé par le système des faits et des revirements. Craignant une menace sur les libertés individuelles, tant publiques que privées. Est-ce à dire que le système français serait plus protecteur, grâce à des principes clairement définis et reconnus sur le terrain juridico-politique ? La réponse n'est guère évidente, car ce rapport n'est pas mécanique. Il est avant tout culturel, sans vraiment se laisser décrire avec une grande facilité. En guise de conclusion, il convient de souligner tout l'intérêt d'une telle étude sur Glasson. Chez cet auteur, en effet, les principes sont aussi l'histoire, dans l'exemple français. L'imaginaire national se rattache à des principes, qui cimentent la société et l'Etat. Chez les Anglais, il s'agit des records, c'est-à-dire de faits qui, sont eux aussi, de l'histoire. Il semble rejoindre Esmein sur ce point-là.

§ 2 : Viollet Paul (1840-1914)

Il s'agit de faire, ici aussi, quelques comparaisons. L'ouvrage essentiel à partir duquel certaines recherches ont été réalisées concerne de Gaulle.⁶²⁴

Naturellement, il ne s'agit pas de traiter de de Gaulle. Sa pensée semble être aussi celle de l'Eglise ; cette Eglise n'est point dogmatique et arc-boutée sur de vieux principes. Rien de suranné, en effet. Ce qui est constatable, c'est que cette doctrine semble être « moderniste ». Viollet propose celle de la liberté et du combat pour cette dernière. Il semble qu'une certaine spiritualité guide ici aussi ces penseurs. Il conçoit le droit comme un pôle de résistance, face à toutes les formes de tyrannie possibles. Ce droit puise son imaginaire et sa source d'inspiration dans le Moyen Age et l'Ancien

⁶²² Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, op cit, p.68

⁶²³ Ibid. p.58

⁶²⁴ Charles de Gaulle : la jeunesse et la guerre 1890-1920, Fondation Charles de Gaulle, Plon 2001, Article sur Paul Viollet par M. Vincent Duclert : Le Cadre politique et intellectuel, l'environnement intellectuel

Régime. « *Paul Viollet démontra en effet que les expériences juridiques et politiques du Moyen Age et de l'Ancien Régime ne se séparaient pas de l'œuvre constitutionnelle de la révolution libérale de 1789-1791.* »⁶²⁵ Il poursuit en démontrant que, la III^e République ne constitue pas un modèle absolu en matière de libertés publiques, à l'instar du Professeur Machelon. Son modernisme prend appui sur la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, du 26 août 1789.

Par ce document, il s'inspire de son esprit, auquel il adhère sans ambiguïté. Au nom de la liberté, il soutient les religieux menacés dans leur intégrité. Sa pensée est certes marquée par le christianisme, mais il utilise les instruments de la modernité laïque, en toute honnêteté intellectuelle. « *Qui donc invoquait récemment contre les nouveaux projets de loi la constitution républicaine ? Mais ouvrez la Constitution de 1875 qui nous régit : vous n'y trouverez pas une ligne, pas un mot qui puisse servir de garantie aux victimes de lois ou de mesures antireligieuses ou antilibérales. A cet égard, je ne saurais trop le répéter, le seul refuge légal, c'est la Déclaration des Droits de l'Homme.* »⁶²⁶ Il préfigure ainsi les avancées libérales constitutionnelles du futur XX^e siècle ; la protection des droits fondamentaux. S'inspirant quelque peu du régime anglais, ce compromis de 1875, a duré. Viollet cherche, indirectement, à réintégrer dans le giron républicain, les exclus, comme il les nomme lui-même. Deux libertés sont précieuses à ses yeux. La liberté d'association : « *Vingt est, comme vous le savez, le chiffre fatidique au-delà duquel la liberté d'association disparaît en France.* »⁶²⁷ La liberté de conscience constitue aussi, mais surtout, la liberté la plus importante ; socle du régime, elle permet la tolérance à l'égard de tous les groupes de pensée et de religion. La religion devient dès lors, comme les libéraux américains, un mécanisme social. « *La liberté de conscience est à la base de notre société. Elle est garantie à tous les Français par la Déclaration des Droits de l'Homme.* »⁶²⁸ L'idée de tolérance qui guide les différentes individualités, à respecter ensemble, le nouveau régime ; bref, Viollet adhère sans ambages à la philosophie des Lumières.

Cela est manifeste aussi dans la pratique religieuse. Point de superstitions ou de rites ridicules. De plus, et c'est l'aspect le plus important, car ce qui vient d'être examiné jusqu'à présent concerne l'aspect externe de la question, c'est-à-dire son traitement dans un cadre juridique légal et formel. S'agissant de l'aspect interne, il s'agit d'une

⁶²⁵ Ibid. p.109

⁶²⁶ Comité catholique pour la défense du droit, 1899-1900, Paris, 1900, Viollet, p.10

⁶²⁷ Ibid. p.3

⁶²⁸ Ibid. p.25

condamnation à l'égard de tout fanatisme, et d'attitude opposée au libéralisme. Il condamne fermement l'antisémitisme, « l'antilibéralisme » et l'antichristianisme, car contraires au libéralisme ; la sauvegarde des libertés publiques et le maintien de la liberté de la conscience passe, en effet, par cette attitude de tolérance ; c'est le système ouvert selon Popper. La liberté est totale. Pour reprendre quelque peu le Professeur Némó, certaines dispositions législatives ou réglementaires peuvent être en disharmonie avec le régime politique proposée. C'est à l'aune de la marge d'appréciation et de la teneur intrinsèque des textes que l'on mesure si le régime politique est ouvert ou pas sur ces questions, si essentielles. Le protecteur naturel est le juge judiciaire. En a-t-il vraiment les moyens ? A cette question en correspond une autre : est-ce que le législateur lui accorde des marges d'opération suffisantes ? Une fois de plus, c'est un rapport culturel qui renvoie à des conceptions mentales, c'est-à-dire au tréfonds même d'une société, donc à l'histoire. « *Fidèles à notre programme, nous avons lutté non seulement contre l'antisémitisme, mais aussi contre l'antichristianisme, qui est identique, pour l'instant, à l'antilibéralisme.* »⁶²⁹

Comment parvient-il à s'opposer au pouvoir républicain et à lui résister ? C'est par le spinozisme « *qui s'affirme au tournant du siècle, retrouvant avec Dieu ce que découvre au même moment Jaurès avec l'idée du prolétariat : un outil puissant pour comprendre le monde, afin de le réformer et non de le révolutionner.* »⁶³⁰ Il s'agit d'une attitude et non pas d'une manière d'être. C'est une nuance assez fine à percevoir et à déceler. Au travers de l'affaire Dreyfus, Viollet se montre contestataire, au travers du droit, en faveur de ce dernier. La question s'est volontiers déplacée de la foi vers des préoccupations de sociologie et de lois dites scientifiques. « *Toute la réflexion de Paul Viollet s'organise autour d'une triple question : qu'est-ce que l'Etat moderne ? Qu'est-ce que la légitimité politique ? Qu'est-ce que la liberté civique ? Il établit ainsi les rapports complexes entre l'administration et l'Etat, entre le droit et la loi, entre la souveraineté et la constitution, entre le pouvoir et la société, afin de penser l'unité d'une nation comme la France.* »⁶³¹ C'est la résistance à l'égard du pouvoir. S'inspirant quelque peu de la notion de contre-pouvoir ; en réutilisant l'imaginaire médiéval et celui d'Ancien Régime, il souhaiterait mettre en place un décorum capable de lutter contre l'unilatéralisme. Il appartient aussi au courant libéral, avec Montesquieu et Tocqueville.

⁶²⁹ Comité catholique pour la défense du droit, op cit, p.11

⁶³⁰ Ibid., Article sur Paul Viollet, p.110, Charles de Gaulle, le jeunesse et la guerre : 1890-1920

⁶³¹ Ibid. p.110

Il veut que la République soit morale, par l'entremise du droit et de l'histoire. Il ne s'agit pas de servir uniquement des catégories juridiques, en les enfermant dans des types formels, mais une fois de plus, avec l'histoire, le mouvement permet à la société d'échapper à des catégories intellectuelles et morales préconçues. Le mouvement, curieusement, désire aussi se raccrocher à certaines valeurs naturellement « fondamentales. » La volonté de s'inscrire dans la société démocratique, passe aussi par la conciliation entre le mouvement et la conservation. Le mouvement, c'est la partie qui souhaite cette « accélération de l'histoire », tandis que la conservation traite d'une sorte de résistance, c'est-à-dire le pôle moral du contre-pouvoir. La famille et les objectifs de morale peuvent le constituer. De même le discours du droit le constitue aussi. Par discours sur le droit, il conviendrait d'entendre par là, qu'une certaine attitude de prudence s'affirme et s'impose. Le droit a un aspect volontiers prudent et conservateur.

C'est sa manière d'être, car cela en constitue son essence profonde. Viollet d'opposer avec une très grande pertinence deux attitudes fondamentalement opposées, tant dans leur essence qu'à l'égard de l'objectif poursuivi. Il compare volontiers les notaires à certains hommes politiques. Les premiers sont des gens d'affaires, préoccupés par la stabilité, le bon sens, et la modération dans leur attitude. « *Les hommes d'affaires connaissent rarement ces travers. L'expérience et les habitudes journalières en font des sages, des modérés. Mais il est difficile malheureusement d'être modéré avec passion, sage avec ardeur. Et vous ajoutez, excellemment : « Les exemples sont rares d'une nature combattive et agissante au service d'idées juste-milieu. »*⁶³²

Au milieu des tumultes de la Révolution, des modifications des champs mentaux des hommes, des massacres et des bains de sang, Viollet se rattache à la tradition et à la modération. Et de dénoncer l'attitude vaniteuse de certains hommes politiques qui, finissent par emporter les institutions, dans leur course effrénée pour le pouvoir et la recherche des honneurs. C'est sans doute une vision chrétienne des choses qui le conduit à le penser. « *Que de fois j'ai pensé comme vous que le besoin des applaudissements populaires explique souvent l'allure dérégulée de certains hommes politiques : leur bon sens les assagirait bien vite, n'était la vanité qui les aiguillonne et les pousse en avant.* »⁶³³

Il semble que ce soit au moment de l'affaire Dreyfus que, Viollet prenne véritablement conscience de son rôle à jouer. « *Professeur d'histoire du droit à l'Ecole*

⁶³² Une corporation parisienne pendant la Révolution, les notaires, par F. Foiret, avec une préface de Viollet, Membre de l'Institut, Paris, Librairie ancienne Honoré Champion, 1912, préface p. VI

⁶³³ Ibid. p.VI

*des chartes, Paul Viollet quitte la Ligue des Droits de l'Homme, après avoir rédigé ses statuts. La toute nouvelle Ligue vient, en effet, de refuser le vœu que les congréganistes fussent admis à enseigner dans les Ecoles. Dreyfusard convaincu, il fonde aussitôt le Comité catholique pour la Défense du Droit en février 1899. »*⁶³⁴ Il semble d'ailleurs qu'une animosité, des querelles de champs de pouvoir, des rayonnements contradictoires soient décelables. En effet, « *l'Association des juristes catholiques échoue, en définitive, à rassembler l'ensemble des juristes catholiques. Son intransigeantisme vieux style rencontre l'hostilité de nouveaux professeurs d'Etat soucieux de promouvoir un catholicisme nouveau ou plutôt renouvelé.* »⁶³⁵ Comment parvenir à concilier dès lors ces deux pôles ? Est-ce que la question doit être posée en ces termes ? C'est-à-dire qu'il conviendrait de se demander vraiment si ce serait le bon mode opératoire. Ce sont plutôt des craintes de pouvoir, d'influences réciproques ; idéologiquement, certaines tendances semblent se rejoindre, bien qu'apparaissent de profondes divergences.

La pensée de Viollet est aussi empirique que celle d'Esmein ; il est à l'écoute du mouvement général des peuples et de la nature humaine, avec ses besoins, ses désirs, etc. La description donnée par cet auteur explique longuement son cheminement intellectuel : « *S'agissant des phénomènes du développement juridique et social. Une institution ne vient pas au monde toute faite, entièrement formée. C'est par une série d'aspirations, de tâtonnements, d'entreprises incomplètes ou inachevées, souvent de luttes à main armée, que s'élabore peu à peu une coutume ou une institution politique. Elle ne jaillit pas brusquement du cerveau du législateur.* »⁶³⁶ Cette remarque s'apparente aussi à Minerve sortant du cerveau de Jupiter, chez Esmein, dans son article sur le Centenaire du Code Civil. Le législateur ne peut tout faire et n'embrasse pas toute la réalité ; une réalité, irréductible à la logique mathématique de généralisation et d'abstraction.

§ 3 : Fournier Paul (1853-1935)

Il s'agit certes d'une individualité tout aussi intéressante que les deux précédentes. Ce qui peut être relevé avec intérêt concerne sa position sur idées sociales et la place de l'Etat. S'agissant de la première, il partage les opinions communes avec Esmein à l'égard des ouvriers et des syndicats. Il semble que le syndicat soit appelé à

⁶³⁴ *Revue française d'histoire des idées politiques*, Juristes catholiques, 1880-1940, Numéro 28, 2^o semestre 2008, Picard, La Belle Epoque des juristes catholiques (1880/1914), Professeur Audren, p.259

⁶³⁵ Ibid. p.252

⁶³⁶ *Mémoire sur la Tanistry*, Paul Viollet, Extrait des Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, Tome XXXII, 2^{ème} partie, Paris, Imprimerie Nationale, 1891, p.4 [276]

jouer un très grand rôle dans le fonctionnement de la société ; pour la société, mais aussi en faveur de l'individu, dans sa dignité et pour la participation de l'ouvrier à une forme de démocratie. Il a parfaitement conscience que le monde économique a une existence phénoménologique : « *Il ne saurait en être de même de certaines lois spéciales comme celles qui régissent, par exemple, les rapports du capital et du travail, et dont les prescriptions doivent forcément suivre l'évolution des conditions économiques de la société.* »⁶³⁷ Il semble que la question de la représentativité des syndicats, en adéquation avec le monde professionnel soit habitée par une autre question, celle de la question sociale, c'est-à-dire la notion de démocratie et de participation dans les cadres formels de la République. Autrement dit, Fournier s'inscrit dans une attitude de légaliste. C'est donc en filigrane que la pensée de ce dernier peut être analysée. Elle est claire et semble obéir à des principes. Le rôle des syndicats doit être exclusivement professionnel, donc il leur exclut toute légitimité à faire de la politique, dans un sens pragmatique. « *La seconde cause à laquelle le rapporteur attribue la lenteur de l'expansion des associations professionnelles est l'attitude de certains syndicats ouvriers qui ont trop souvent fait passer les préoccupations et les revendications politiques avant la défense des intérêts professionnels pour lesquels ils avaient été constitués.* »⁶³⁸

Il situe leur action et leur attitude dans une position volontiers neutre, mais séparatiste ; est-il toujours bon de vouloir séparer les fonctions et les pouvoirs ? C'est une nuance d'importance car la fonction ne s'assimile pas au pouvoir. La fonction renvoie à un pôle, tandis que le pouvoir donne l'image d'une substance plus diffuse, moins circonscrite que ne l'est véritablement et pleinement la fonction. La fonction remplit une mission qui s'inscrit dans un rôle social, faisant intervenir des acteurs sociaux et leur imaginaire collectif. Il semblerait que sa vision des syndicats ne soit pas vraiment dogmatique et axée sur des principes figés.

Il désapprouve, en finesse, les positions englobantes de la philosophie chrétienne et socialiste. Au contraire, le syndicat doit être libre ; ce doit être un lieu géométrique de libre convergence entre individus, dont la démarche s'inscrit dans le projet du progrès, un peu comme les Trade-Unions du Royaume-Uni ou les syndicats du IIème Reich. « *Je n'insisterai pas davantage sur ce sujet que M. Barthou traite avec beaucoup d'ampleur, mais je gage que vous lui ferez crédit sans effort lorsqu'il reproche aux syndicats la*

⁶³⁷ Chambre de Commerce de Marseille, Réforme de la loi de 1884 sur les syndicats professionnels, Rapport de Paul Fournier, membre de la Chambre de Commerce et adopté par la même Chambre dans sa séance du 8 décembre 1905. Document édité en 1906, p.3

⁶³⁸ Chambre de Commerce de Marseille, Réforme de la loi de 1884 sur les syndicats professionnels, rapport de Paul Fournier, op cit, p.5

fréquence et la violence de leurs manifestations en faveur d'une politique révolutionnaire. »⁶³⁹ Ce que dénonce par-dessus tout Fournier, ce sont les mesures attentatoires aux libertés individuelles. Les corporations d'Ancien Régime représentent dans son imaginaire, un point de convergence, un modèle fascinant. C'est là où le social rencontre l'individu ; mais cette rencontre doit subsumer et parler au nom d'une sorte d'intérêt général ; un intérêt général qui, complète celui apporté par le XVIII^e siècle qui, n'était encore que le renouvellement du politique ; la redécouverte au XIX^e siècle des phénomènes sociaux venant compléter et renouveler le Code Civil. « *La plupart des hommes qui ont pris à tâche d'amender les effets de l'abolition trop radicale des corporations par la Constituante se sont inspirés de ces principes et ont heureusement cherché à concilier les intérêts imprescriptibles de la liberté individuelle avec les avantages qui pouvaient résulter pour la société de la reconstitution de groupements professionnels.* »⁶⁴⁰ L'aspect autoritaire de la politique révolutionnaire ne coïncide pas avec ce qu'attend Fournier ; il semble qu'il soit mesuré, prudent, mais surtout progressiste. Les améliorations doivent être obtenues par le dialogue, et non arrachées par une violence, érigée en système.

Dans sa version religieuse, que l'on retrouve tout de même un peu chez Esmein, avec certaines notions dites sentimentales. « *Beaucoup plus sensible à son devoir envers les pauvres qu'au droit des pauvres d'acquérir la puissance, ils se méfiaient du syndicalisme, dont il voyait la force subvertir, et dont il ne donna jamais son encouragement ni même son approbation aux groupements ouvriers.* »⁶⁴¹ C'est davantage le rôle de la société, au sens des libéraux qui est mis en avant avec l'autorégulation de la société. C'est bel et bien le domaine dans lequel l'Etat ne doit point intervenir. « *Il fallait que les riches aident avec dévotion, piété, les pauvres.* »⁶⁴²

S'agissant de l'Etat, il convient de noter ses préférences pour la monarchie. « *Vis-à-vis de l'Etat, il montra moins de répugnance à modifier sa position (...) Il continuait d'attendre le salut d'une restauration monarchique, tout en professant des*

⁶³⁹ Ibid. p.7

⁶⁴⁰ Ibid. p.8. C'est aussi la condamnation de deux attitudes, dogmatiques et chimériques, comme l'indique l'auteur lui-même ; renvoyant dos-à-dos le socialisme et le christianisme, dans leur manière d'imposer le syndicat et de le rendre obligatoire ; or, le rendre obligatoire, ne serait-ce pas aller contre la liberté de conscience ? Mais, par-dessus tout, en faire un instrument au service d'une modification de toutes les structures de la société, car telle est le but des visions abstraites, niant tout réalité à des phénomènes humains. C'est la rationalité totale et totalisatrice, inspirée par des rêves de pierre, funeste.

⁶⁴¹ *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, Organe de la Société d'histoire ecclésiastique de la France. Directeur Victor Carrière, Société d'histoire ecclésiastique de la France, Tome XXI, numéro 93, octobre, décembre 1935, Article de Gabriel Le Bras : Paul Fournier et l'histoire de l'Eglise de France, p.536

⁶⁴² Ibid. p.536

idées d'une extrême modération sur les rapports de l'Eglise et de l'Etat. »⁶⁴³ Contrairement à Esmein, qui est républicain, attaché au fonctionnement du régime représentatif en France, Fournier vit encore dans l'espoir de cet objet de préoccupation de la Belle Epoque. Chez Esmein, c'est moins la monarchie qui est confortée, dans son système intellectuel, son paradigme, mais l'attachement pour la coutume, dans un sens pleinement juridique. Il semblerait que chez Fournier, l'attachement à la loi soit plus formel et plus important que chez Esmein. La jurisprudence est donc ravalée et mise de côté. « *Mais comme la jurisprudence ne saurait se substituer à la lettre de la loi.* »⁶⁴⁴ Mais cette prépondérance stricte et formelle de la loi sur la décision et le rôle du juge, prévaudrait-elle comme système général de pensée ? La négative semble plus correspondre à cette question, car dans un cas de figure très précis, le juge pourrait peut-être contourner cela. A contrario, cela se dessille à la lecture de ce passage : « *Le rôle de la magistrature n'étant pas d'interpréter la loi dans son esprit tel qu'il peut se dégager des délibérations qui l'ont préparée, lorsque sa lettre est formelle.* »⁶⁴⁵ A contrario, et c'est bien cela dont il s'agit, si sa lettre n'est pas formelle, alors le juge pourrait consulter éventuellement les travaux préparatoires et donc il créerait de la jurisprudence, dans l'interprétation du texte.

C'est un déchirement complexe que cet héritage de l'Ancien Régime, pour reprendre quelque peu Gabriel Le Bras ; cette attitude sociale difficilement conciliable avec le produit du XIX^{ème} siècle. Afin de concilier l'Eglise avec le reste de la société, il se comporta en passeur, c'est-à-dire en conciliant la foi à la science.⁶⁴⁶ Pour la concilier, il convient d'examiner le droit canonique. Cette matière intéressa vivement et passionnément, mais avec deux objectifs différents et deux attitudes mentales quelque peu divergentes, Esmein et Fournier. En permettant au droit canon d'exister universitairement, Fournier permet à la science d'expliquer certains phénomènes individuels, faisant intervenir la métaphysique. Fournier semble rejoindre aussi Glasson et Viollet : « *Ces derniers s'attachent moins à démontrer la légitimité du régime républicain qu'à valoriser, par-delà la République, la continuité d'une tradition historique qui a su cumuler les expériences institutionnelles et politiques, sans se refuser à évoquer des effets de la Providence.* »⁶⁴⁷

⁶⁴³ Ibid. p.537

⁶⁴⁴ Réforme de la loi de 1884 sur les syndicats professionnels, op cit, p.14

⁶⁴⁵ Ibid. p.13

⁶⁴⁶ Revue d'histoire de l'Eglise de France, op cit, article de Gabriel Le Bras, p.539

⁶⁴⁷ Revue Française d'histoire des idées politiques, Juristes catholiques, numéro 28, 2^{ème} semestre 2008, op cit, p.268

Ce qui paraît intéressant c'est la manière dont il considère l'histoire du droit. Quel doit être le but, mais surtout le rôle d'une telle matière ? On retrouve, quoi que l'on en dise, des convergences avec la vision d'Esmein. La scientificité de cette matière est affirmée, conjointement au droit international privé ; mais, au-delà de ces questions dites pratiques, c'est-à-dire au travers desquelles il convient de s'interroger sur la mission et la fonction de la faculté de droit : doit-elle être une école purement pratique ou doit-elle revêtir, en son sein, une formation théorique et scientifique, axée sur des programmes dits de sciences politiques et administratives ? C'est aussi la réflexion sur la place qu'il convient d'accorder au droit privé ou au droit public. Il semble une fois de plus que ce soit le droit privé qui domine toute la technique juridique, or cette matière comporte aussi une intelligence que l'histoire du droit est censée faire vivre. Quant au droit public, il est à la jonction des sciences politiques et administratives.

Quant à l'histoire du droit, ne serait-ce pas accorder davantage d'importance au droit privé, en la considérant ? En effet, jusque-là, il semblait que cette matière soit portée vers le droit public, or, avec le renouveau qui s'opère avec la III^e République, cela conduit vers un intérêt pour la matière privatiste ; la matière privatiste est aussi le mouvement de la société, elle n'est pas non plus pure technique, dans un rêve de cristal. *« En effet, le droit auquel les Facultés ont pour mission d'initier leurs élèves comprend tout aussi bien les règles qui organisent les pouvoirs publics ou assurent leur fonctionnement que celles qui président aux relations privées des citoyens. (...) Le droit n'est, d'ailleurs, qu'une des manifestations, la plus nettement caractéristique de toutes, de l'état actuel de la civilisation française. Or, la civilisation française n'a pas été le produit d'une génération spontanée. Elle a des racines lointaines. Elle est la résultante d'une longue et lente évolution. (...) C'est, en effet, l'étude du droit civil qui constitue la partie essentielle de l'enseignement de nos Facultés ; c'est à montrer d'où procèdent les idées fondamentales du droit civil, et comment les éléments les plus divers se sont combinés pour le former, que doit être consacré le cours d'histoire du droit de première année. »*⁶⁴⁸ C'est au renouveau des études, que l'histoire du droit participe ; en considérant avec de l'épaisseur l'ensemble du droit ; c'est une vision générale que donne l'Université ; son rôle ne peut être de rentrer dans tous les détails, ou alors, elle s'égaré dans des visions pragmatiques ; mais le droit semble être une matière pragmatique, dans sa théorie même, aussi paradoxal que cela puisse paraître. C'est la jonction entre le Palais et l'École.

⁶⁴⁸ Université de France, Faculté de droit de Grenoble, Réponse à la circulaire ministérielle du 5 mars 1887, Grenoble, 1887, Fournier, pp.9-10

II: Le régime républicain par le droit

Certes, le titre peut paraître quelque peu baroque, mais il s'agit de démontrer ici que le droit est lié à la République, au vieux rêve républicain de Rome ; c'est ici que le droit prendra tout son sens avec l'histoire du droit et des idées politiques, en tant que méthode.

§ 1 : Les codifications dans le respect de la tradition nationale

Que faut-il entendre par là ? Les codifications du droit, tant dans le domaine pénal, civil, commercial, que ce soit dans la procédure ou dans les règles les plus fondamentales, ne sont pas dues à la volonté d'un homme, mais sont le fruit de la longue histoire d'un pays. Aucune œuvre humaine n'est créée ex nihilo par la simple pensée d'un homme, car cela serait soit de l'orgueil démesuré ou de la pure folie. Esmein l'explique si bien, en prenant la mythologie grecque comme modèle, mais en réalité il se montre persifleur : « *Le premier Empire le revendiqua comme une de ses gloires et peu s'en fallut que la légende le fit sortir tout entier du génie de Napoléon, comme Minerve du cerveau de Jupiter. (...) Les éléments vraiment neufs se réduisent à peu de chose. Les rédacteurs du Code, les bons ouvriers de cette formidable tâche, ne prétendaient aucunement à être des créateurs ; c'étaient des disciples et non des prophètes.* »⁶⁴⁹

Cela semble en conformité avec ce qui a été dit précédemment sur cet universitaire ; la méthode historique, prudente, se reflète bien dans sa manière d'appréhender cela. Le Code civil, comme tous les autres, mais il s'agit de s'intéresser essentiellement à celui-ci, n'est pas le produit d'un homme, mais de l'histoire de tout un peuple ; tout un peuple se retrouve et se reflète dans ce Code. C'est pour reprendre Tocqueville, « *la fidèle image des sociétés.* »

Esmein ne semble pas d'accord dans son article avec John Morley qui observe en 1903 que la démocratie française semble ne pas avoir maintenu une stabilité dans ses éléments formels et qu'elle a tout détruit. L'historien-juriste s'en offusque et lui rétorque ceci : « *Il nous est permis de protester contre ces paroles : la démocratie française a aussi une tradition magnifique et ininterrompue ; elle se manifeste dans ce droit clair et*

⁶⁴⁹ Le Code Civil 1804-1904, Livre du Centenaire, Présentation du Professeur Halpérin, Dalloz 2004, L'originalité du Code Civil, p.5

juste, dont l'expression dernière se trouve au Code Civil. »⁶⁵⁰ Le Code Civil en conservant la tradition du passé national, maintient et fortifie sa démocratie. La démocratie a une essence conservatrice, car elle est le pouvoir du peuple ; revêtant des aspects coutumiers, le peuple s'approprie la démocratie. Il ne s'agit pas de peuple au sens marxiste du terme, c'est-à-dire des classes sociales. Par peuple et démocratie, le constitutionnaliste entend l'ensemble des citoyens Français.⁶⁵¹ Le Code marque par son inspiration coutumière l'état d'esprit général des anciennes provinces du royaume qui se fondent en un point unique, celui de la loi ; de la bigarrure d'Ancien Régime, voire des âges anciens, la Révolution a voulu créer un seul pôle, avec la loi comme modalité. Mais, à son tour, le Code se retrouve pris au piège de sa propre logique interne ; c'est comme si l'on condamnait la société à un arrêt de développement, donc il sera nécessaire de faire évoluer le droit par le travail de la doctrine et de la jurisprudence ; l'évolution ne se fait pas à proprement parler par l'action directe et médiate de l'homme, mais il accompagne le processus car il est à l'écoute du son du mouvement général de la société, et en capte sa tonalité. O, certes, l'attitude est somme toute relative. Pour reprendre quelque peu Jean Giraudoux : *« Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. »*

Mais, il ne faut pas perdre de vue cela : *« On ne doit pas céder à des prétentions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles ce caractère de permanence et de stabilité, qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes. »*⁶⁵² Voilà comment Esmein entend donner une réponse claire et argumentée, fournissant une nouvelle légitimité au Code Civil ; le Code est légitime et le devient plus exactement car il s'inscrit dans un grand courant historique national. La Nation sert de modalité. Il ne s'agit pas de se pencher sur ce qu'est réellement la Nation, mais de s'en servir comme point d'appui, comme vecteur. En effet, pour reprendre Portalis, *« les Codes des peuples se font véritablement avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas. »*

Quelle serait la durée de ce temps ? Elle est très longue, car faire du droit c'est aussi s'intéresser à l'histoire. Toute matière qui se prétend un tant soit peu scientifique, ne peut pas faire l'impasse de son histoire, c'est-à-dire de ce qui semble se cristalliser en des points formels assez répétitifs dans le déroulement de ces sociétés humaines.

⁶⁵⁰ Le Code Civil, 1804-1904, le Livre du centenaire, op cit, pp.14-15

⁶⁵¹ Comme le notait le Professeur Citron, la République a passé au rouleau compresseur certaines « catégories » de la population.

⁶⁵² Le Code Civil, 1804-1904, op cit, p.15, Fenet : Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, Tome 1, p.481

Progressivement on peut déceler dans la volonté royale le sentiment de l'unité. Esmein le fait remarquer à juste titre : « *Dès lors, que restait-il à faire aux commissaires, sinon à reprendre, en matière de lois, le courant national, à faire passer dans le Code Civil, tel qu'il était parvenu jusqu'à eux, ce droit qu'au cours des siècles avait lentement produit l'âme du peuple français.* »⁶⁵³ En reprenant dès la seconde moitié du XV^e siècle, les premières rédactions coutumières du domaine royal et du royaume de France, certaines maximes juridiques, des adages, des apophtegmes, la deuxième rédaction sous Louis XIV avec Colbert et Pussort, puis le chancelier d'Aguesseau sous Louis XV, pour arriver à la Révolution. Ce qu'entend démontrer l'auteur étudié, c'est que les juristes français, qu'il nomme les jurisconsultes, à la mode romaine, ne font que traduire, cet état d'esprit. Ce porte-parolat de jurisconsultes exprime une idée très simple : il ne s'agit en aucun cas d'un fantasme, car c'est une réalité, certes construite comme l'est toute œuvre juridique, mais exprimant une part d'affect : « *D'abord le droit qu'il contient est, nous l'avons vu, un droit historique et national, non imaginé mais vécu, l'âme des générations, non le rêve des individus.* »⁶⁵⁴ La Révolution de 1789 trouve son achèvement en 1804. Le droit commun coutumier de la France, qui a pu s'exprimer sous la plume de ces jurisconsultes, réunis dans le cadre du bailliage, sous l'autorité du roi de France, telle est l'une des constantes de l'histoire nationale. La formation en commission, sous l'autorité du Conseil du roi, se retrouve aussi sous une autre forme, durant la période révolutionnaire.

On parlerait aujourd'hui volontiers de réforme, mais ce terme est mal utilisé et mal compris. Il signifie remiser, rénover, dépoussiérer. La réforme n'est pas synonyme de table rase, elle y est aux antipodes. Elle signifie et démontre que les institutions sont marquées par cet état d'esprit conservatif ; beaucoup d'alluvions se déposent et souvent ne répondent plus vraiment aux besoins d'une société. Leur fonctionnalité était devenue désuète et ne répondait plus à rien dans la société. « *Une réformation, faite dans les mêmes formes, où les textes avaient été révisés, où l'on avait apporté les corrections et comblé les lacunes signalées par la doctrine ou constatées par la jurisprudence.* »⁶⁵⁵ Il s'agissait moins de détruire que de rénover, de donner une nouvelle forme à des textes surannés. Les Français selon Esmein sont très attachés à l'unité de législation civile ; il

⁶⁵³ Le Code Civil 1804-1904, op cit, p.13

⁶⁵⁴ Ibid. p. 16

⁶⁵⁵ Ibid. p.17

le constate très clairement, la Révolution a œuvré essentiellement en matière de législation civile (contrats, action possessoire, question d'état).⁶⁵⁶

Or, le danger d'une législation écrite, c'est l'arrêt de développement, à l'image de la Chine dans les articles relatifs à la Physiocratie. Pour y pallier, il faut redonner de l'élan à la doctrine et à la jurisprudence. Ce qu'entend démontrer le maître de Paris est bien cela : la dialectique entre ces deux tendances conservatrice et progressive. Le Code Civil qui a représenté à un moment donné de l'histoire l'élan dynamique s'est vite retrouvé relégué de l'autre côté, dans le conservatisme. Il s'agit de reprendre le même cheminement, tant sur le fond que sur la forme. Pour le fond, ce sont les règles relatives à la propriété, à l'égalité, l'équité. L'équité, contrairement à l'égalité semble être une donnée issue du droit naturel. L'égalité semble prendre une connotation plus politique. L'équité serait comme une valeur essentielle, mais considérée plutôt comme un palliatif. « *Concilier l'équité avec le droit.* »⁶⁵⁷ Il accorde une plus grande importance à l'équité qu'aux principes juridiques.⁶⁵⁸ L'équité, dès lors, permet aux principes juridiques de ne pas être au rabais. Toutefois selon lui, on peut reprendre la formule de Marcel David et affirmer que l'équité n'est pas une valeur métaphysique, ni naturelle sans éternité. Marcel David affirme qu'elle est contenue dans le régime d'historicité ; la violence permet naturellement de faire émerger cela. Mais la violence, c'est l'histoire.

L'une des réformes importantes en France fut celle du roi Louis XIV, qui en 1679 réforma les facultés de droit : « *Les intentions royales sont très claires : faire entrer dans les Facultés le droit positif dans ses deux dimensions : la législation royale et les coutumes, auxquelles s'ajouteront un peu plus tard les maximes gallicanes de la Déclaration des Quatre Articles.* »⁶⁵⁹ Le droit canonique ne sera pas pris en compte durant la Révolution. La législation royale et les coutumes sont des aspects « laïques » avant l'heure. Certes, le terme est encore anachronique, car il a pris une tournure très précise en France, dans la tradition républicaine tant de gauche que de droite. Toutefois, la législation royale a certainement été coutume à un moment donné de son histoire et avant d'être coutume un fait à l'état pur.

⁶⁵⁶ On se reportera à cet article.

⁶⁵⁷ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXV^e année, Nouvelle série, Tome VI, 1877, De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux, Ancien Droit français et Code Civil, p.90

⁶⁵⁸ Ibid. p.107

⁶⁵⁹ *Les Facultés de droit*, Actes du colloque des 28 et 29 octobre 2004, sous la direction du Professeur Hecquard-Théron, Les Professeurs de droit français dans le mouvement d'unification de l'Ancien Droit, Professeur Poumarède, p.9 : Les Facultés de droit inspiratrices du droit ?

La méthode retenue est intéressante car elle démontre la manière dont il convient de procéder afin de rester dans attitude relative et non pas le fixisme absolu de la Convention. Esmein de citer Fenet : « *Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par rapport aux autres sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire ; les lois doivent ménager les habitudes quand les habitudes ne sont pas des vices.* »⁶⁶⁰

La Révolution française, dans sa phase longue et tumultueuse, a fini par accoucher d'une nouvelle société, qui était en germe dans la précédente. « *La laïcisation de l'état-civil, la réalisation de l'égalité successorale, l'affranchissement de la propriété, les conventions libres.* »⁶⁶¹

§ 2 : Le renouveau du droit civil : la coutume et la jurisprudence

Ce n'est pas le renouveau destructeur, mais conciliateur, celui qui ménage les transitions nécessaires. La tâche des juristes est de préparer cela dans ses fondements et son aspect quelque peu technique. Quant au politique, il doit accompagner ce mouvement. Lorsque l'on dit accompagner ce mouvement, certains y voient de l'hypocrisie ou du calcul politique trompeur, mais Esmein n'est pas dans cette optique. Il s'attache à démontrer que c'est l'ensemble d'un Etat, d'où l'expression de système général, qui se met en mouvement et entraîne irrésistiblement la plupart des segments du réel. En ayant cristallisé « *le génie national ou le sublime d'un peuple* » pour en faire une table de marbre, on se tromperait de voie, car le Code ne peut pas échapper à la temporalité de la société des hommes, les besoins matériels et moraux des hommes. Les besoins matériels sont les concrétisations des données factuelles, tandis que l'aspect moral concerne un certain épanouissement relatif, tendant vers un bonheur, sans jamais chercher à le réaliser pleinement, car cela serait dangereux pour l'homme lui-même ou pour la société.

Dès lors, le Code Civil sera questionné par la jurisprudence et la doctrine. Le Palais et l'Ecole sont à l'œuvre et à l'écoute de la société, pour lui donner une image

⁶⁶⁰ Le Code Civil, 1804-1904, op cit, pp.15-16, Fenet, Tome I, p.481

⁶⁶¹ Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, Le Code Civil et la Coutume, Professeur Zénati-Castaing, pp.626-627

fidèle à elle-même ; c'est en le faisant que la société doit sortir de ses apories intellectuelles ou dans laquelle on peut déceler une carence de méthode.

Il s'agit d'adapter le Code Civil aux évolutions et aux besoins de la société, qui ne s'épuiseront jamais. Mais cette tâche est partagée entre le travail du Professeur et celui du juge. « *Comment, disaient-ils enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des évènements, à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?* »⁶⁶² Les mœurs nouvelles et les besoins, c'est-à-dire le changement de nature de la richesse, d'immobilière, elle devient mobilière. La notion de grande industrie avec l'accroissement des capitaux entre de petites mains ; mais l'industrie est une nouvelle organisation économique après 1815. Un nouveau mode de gestion qui peu à peu va entraîner l'ensemble de la société à avoir un rapport différent avec l'argent ou d'autres valeurs qui jusque-là semblaient primordiales et essentielles pour la société.

Il convient alors d'examiner ce que la doctrine et la jurisprudence apportèrent pour revivifier le Code Civil, qui apparaît en 1904 comme désuet, alors qu'en 1804 il représentait un nouvel élan, car il avait réussi à revivifier la société française. En faisant ce que les juristes de l'ère révolutionnaire ont accompli, c'est-à-dire ce travail de synthèse dans le respect de la forme historique de la France, il conviendrait de le refaire en 1904, puis dans le futur, comme Esmein l'appelle de ses vœux, en évoquant les bons juristes qui sauront s'inscrire dans la continuité temporelle ; le respect de l'esprit national passe par la fine observation de ses règles, de son état d'esprit.

Comme l'observait si justement le Professeur Poumarède, le droit est une science qui doit être au service de la société, ce qui ne signifie pas être en conformité avec elle dans une totalité absorbante, mais doit refléter les préoccupations de la société dans un but pratique : « *Or cette nécessité évidente se heurtait à un décalage considérable entre l'enseignement universitaire et la vie du droit. Dans les facultés du royaume, on continuait à n'enseigner que le droit civil romain, associé, dans certaines d'entre elles, au droit canonique, mais jamais le droit réellement pratiqué dans les cours et les tribunaux.* »⁶⁶³

Il est important de le noter, car ce qui compte est bel et bien cela : il s'agit véritablement du droit en tant que tel, répondant aux besoins des hommes en société,

⁶⁶² Le Code Civil 1804-1904, op cit, p.19. Il s'agit du discours préliminaire de Fenet, Tome I, p.469

⁶⁶³ Les facultés de droit, Colloque de 2004, Les professeurs de droit français dans le mouvement d'unification de l'Ancien Droit français, Professeur Poumarède, op cit, p.9

mais conforté dans une sorte d'unité scientifique que la doctrine doit accompagner ; la doctrine des Professeurs est là pour provoquer l'émergence des ressorts cachés ; dévoilant les lois scientifiques du mouvement, tel l'herméneute. « *Il faudra ensuite rechercher les causes profondes de cette marche dans un sens donné, de ces déviations, de ces réactions ou de ces progrès. Elles se trouvent toujours dans les besoins de la vie sociale ou dans les idées morales ou scientifiques des contemporains.* »⁶⁶⁴C'est ce terreau inépuisable qu'est la société, dans laquelle fourmillent ces divers sentiments.

Esmein de prolonger son explication en évoquant les idées préconçues, le domaine artistique qui reflète notamment les idées du moment, celles d'une génération ; certains écrits officiels, la presse, etc. C'est la même méthode, celle de l'empirisme et de la vie des peuples qui est mise en avant ; cette logique forme toute l'ossature de son raisonnement. Sa cohérence est aisément identifiable, bien que contestable, à certains égards. « *Qu'est en effet la jurisprudence acquise ? C'est un pur produit historique. C'est une œuvre collective et progressive, qui, comme on l'a observé plus haut, s'est faite par un apport continu de décisions fragmentaires. C'est donc la méthode historique qui pourra dégager sa formation, son évolution et ses tendances. Le Code Civil sera bientôt vieux d'un siècle et il s'est accumulé sur lui une immense jurisprudence. Il faut la traiter, comme nous traitons celle de notre ancien droit, au moins pour les trois derniers siècles de l'ancien régime.* »⁶⁶⁵

L'histoire ne doit pas être oubliée car elle permet de sauvegarder à son tour l'unité. C'est cette dialectique entre l'unité et la diversité qui revient sans cesse ; mouvement au goût tragique, partiellement fatal, dans le fonctionnement des sociétés. « *Les Français sont très attachés à l'unité de législation civile.* »⁶⁶⁶La bigarrure des coutumes est telle qu'elles se forment quotidiennement. Certes, la formulation peut paraître naïve, mais aucun individu ne peut lutter contre cela. « *Cependant elles peuvent exister dans les milieux très civilisés. Les jurisconsultes et les publicistes du XIX^e siècle, surtout l'Ecole Historique allemande, ont remis en honneur le droit proprement coutumier qu'avait condamné l'esprit du XVIII^e siècle. On a moins de confiance que jadis dans la raison du législateur, et l'on fait remarquer que la coutume, au moins, n'a rien d'artificiel, et qu'elle est le produit naturel de la vie d'un peuple.* »⁶⁶⁷Si l'on suit

⁶⁶⁴ *Revue trimestrielle de droit civil*, La jurisprudence et la doctrine, Tome 1, 1902, p.13

⁶⁶⁵ Ibid. p.13

⁶⁶⁶ *Bulletin de la société d'études législatives*, 4^e année, 1905, IV^e partie Mélanges, commission de révision du Code Civil : La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? Rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code Civil par Esmein, p.538

⁶⁶⁷ Ibid. p.534

Esmein, il est clair que schématiquement la réalité du droit est simple. Il faut partir des besoins d'une société et des idées des hommes ; idées politiques partagées par ses semblables ; idées particulières de certains groupes sociaux ; idées générales subsumant celles des groupes particuliers. Les idées générales semblent guider fondamentalement et légitimement ce à quoi aspire la société. Dans la formation du droit, tout n'est que coutume, que ce soit la jurisprudence ou la loi. La loi vient accompagner le mouvement coutumier en lui donnant un caractère général, impératif et une sanction. C'est la définition matérielle de la loi. La jurisprudence des juridictions est aussi coutumière. « *Les juges du fait ont compétence pour constater et reconnaître. Voilà la part que le Code a faite à la coutume et elle nous paraît suffisante.* »⁶⁶⁸ Les juges du fait reconnaissent l'existence de coutumes, d'usages, avant et après la promulgation du Code, et doivent les enregistrer. C'est le contentieux qui les fait émerger. Or le juge ne peut que constater l'existence de coutumes, il ne peut pas ensuite établir une disposition législative générale. Il suffit de lire les articles quatre et cinq du Code Civil, inchangés depuis 1804. « *Mais de nos jours, des écrivains ingénieux et distingués ont proposé, dans le silence du Code et pour compléter celui-ci, de donner à la jurisprudence des arrêts, la force de la loi ou de la coutume. (...) Voilà quel est le système de 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 la séparation des pouvoirs.* »⁶⁶⁹ Seul le législateur pourrait intervenir pour reconnaître une force à la jurisprudence.

Tout en étant fasciné par le système anglo-saxon, il n'en demeure pas moins qu'Esmein préfère nettement de ce point de vue-là, le français. Les revirements de jurisprudence lui semblent impossibles au Royaume-Uni, à cause du lien hiérarchique entre les juridictions. « *Ils connaissaient, par une expérience bien des fois séculaires, les dangers du droit coutumier. Ils ont voulu nous donner la garantie et la forte discipline d'un droit écrit et codifié ; et je crois qu'ils ont eu raison. Mais, pour être ainsi fixé, ce droit ne pouvait être immuable.* »⁶⁷⁰

Ce qui semble troubler l'illustre universitaire serait le blocage dû à la mentalité conservatrice des juges anglais ; mais ce n'est pas seulement cette attitude individuelle qui est critiquée, c'est surtout l'esprit même de l'institution ; la logique même de

⁶⁶⁸ Ibid. p.538

⁶⁶⁹ Ibid. pp.540-542

⁶⁷⁰ *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, La jurisprudence et la coutume, op cit, p.5. A propos de la France.

l'institution qui impose l'absence de revirement de jurisprudence. « *Cela ne vient pas seulement de cet instinct puissant et salutaire qui pousse les administrations et les corps constitués à conformer leur conduite future à leur conduite passée. Un tribunal, si modeste qu'il soit, ne se déjuge pas sans de très graves motifs, et, plus une Cour est élevée dans l'ordre judiciaire, plus elle tient à ses traditions et à sa jurisprudence.* »⁶⁷¹

En revanche, dans le système français, le législateur peut intervenir pour créer des modifications substantiellement plus importantes dans l'ordonnement juridique. Or, la méthode appelée à renouveler l'ensemble de la matière juridique, d'inspiration quelque peu anglo-saxonne, accorde une importance accrue au juge. « *La coutume-contrat était un subterfuge rendu nécessaire par le refus obstiné de reconnaître que le pouvoir législatif trouve un concurrent chez le juge, mais ce subterfuge est-il encore nécessaire aujourd'hui ? Il le sera jusqu'à ce que la jurisprudence, dont la coutume n'est qu'une variété tant qu'elle n'est pas codifiée, soit pleinement et définitivement reconnue comme une source du droit.* »⁶⁷² Ce sont deux points de vue différents, deux analyses opposées ; chacune représente un ordre de raisonnement et de description du réel différente. Le législateur, représente l'unité ; une unité fixant des règles de fond ; mais ces mêmes règles de fond, d'où viennent-elles précisément ? Ce sont, elles aussi, d'anciennes règles coutumières qui ont été formalisées à un moment donné de l'histoire par la volonté de quelques hommes. Dès lors, on retrouve « *l'idée professée par Portalis que les codes se font avec le temps. Le Code n'est pas intrinsèquement moderne, il est héritier d'un droit devenu moderne à son dernier stade.* »⁶⁷³

Le législateur s'est fait ingénieur du social ; à son tour, c'est au juge de le devenir véritablement, par la reconnaissance que la société aura de lui, et la transformation de ses compétences véritables ; plus que tout, c'est surtout ce que la société veut bien lui donner, comme éléments symboliques lui permettant d'avancer. De ce fait, en permettant au pouvoir judiciaire de créer du droit par la jurisprudence, variété coutumière, certes, il convient de noter que le système que cherche à sauver Esmein fonctionne bel et bien. La première source demeurera la loi ; la loi, garante des principes fondamentaux du Code Civil, fruit de la longue histoire nationale. « *La prise de conscience du pouvoir normatif du juge a créé un contexte autorisant à oser affirmer*

⁶⁷¹ Ibid. pp.8-9

⁶⁷² Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, Le Code Civil et la Coutume, Professeur Zenati-Castaing, p.635

⁶⁷³ Ibid. p.627

*que c'est le juge, en réalité, qui fait la coutume en consacrant, à l'occasion des contestations, la norme sociale qui se dégage des habitudes communes. »*⁶⁷⁴

Or Esmein note bien que, la doctrine et la jurisprudence doivent renouveler le droit civil lui-même. Mais qu'est-ce que le Code Civil ? Une compilation jurisprudentielle des sédiments du passé ; splendide éclat du passé qui, des siècles après, résonnent comme l'esprit national. La matière n'est pas créée. Il accepte volontiers la méthode dogmatique et l'affirme clairement, car c'est la seule et véritable qui soit en mesure d'expliquer correctement les grands principes du droit français : « *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. »*⁶⁷⁵ Il n'y a point de contradiction avec la méthode historique reflétant la coutume, donc la vie populaire dans son essence la plus spontanée. Le Code Civil en tant que tel n'est qu'une vaste compilation de coutumes, dans la lignée des codifications de coutumes du royaume ; d'ailleurs les vœux des Français n'étaient-ils pas d'avoir enfin un Code qui réunisse toutes les coutumes générales en seul point ? « *L'enseignement juridique aura toujours pour élément essentiel et principal ce qui composait jadis son fonds tout entier : la connaissance des textes et l'exposition des principes. »*⁶⁷⁶ Cela n'est nullement une contradiction puisqu'Esmein, en bon dialecticien, se sert volontiers de la méthode dogmatique pour montrer que l'unité de législation doit être maintenue ; donc la méthode dogmatique ne fige point la réalité. Elle s'inscrit dans l'histoire, donc elle fait partie de la méthode historique. Certes, on pourrait dire que ces palinodies sont difficiles à comprendre, mais il ne s'agit en aucun cas de cela. Le Code Civil lui-même n'est pas une œuvre de toute éternité, il est dans l'histoire nationale, dans la continuité de la tradition juridique française.

En prenant un peu de recul, un siècle après l'article céléberrime d'Esmein sur La Jurisprudence et la Doctrine, il faut constater avec les Professeurs Jestaz et Jamin que ce propose le vieux maître a permis de renouveler la matière juridique : « *Sans que pour autant, mais la précision allait de soi, l'enseignement du droit cesse d'être dogmatique : à l'évidence, Esmein n'entend pas transformer nos grands traités en case books. Mais à une législation parfois desséchée, il oppose la jurisprudence, par définition proche des faits et du droit vivant. (...) Esmein assigne à la doctrine : « éclairer la jurisprudence*

⁶⁷⁴ Ibid. p.635

⁶⁷⁵ *Revue Trimestrielle de droit civil*. p.11, 1902, op cit supra

⁶⁷⁶ Ibid. p.12

acquise » et « *préparer la jurisprudence de l'avenir.* »⁶⁷⁷ Un certain futurisme, une curiosité intellectuelle, une volonté de vaticiner guident cet universitaire. Comment arriver à accompagner le renouveau de la société et suivre sa marche ? Par le renouveau de la méthode et l'appel à la jurisprudence. Mais, cela ne signifie pas un travail technique et desséché, un peu comme l'anatomie. Il s'agit de le faire physiologiquement. Par conséquent, il essaye de décrire l'envers du décor, « *l'autre réalité* », celle qui anime véritablement la société, son tréfonds : « *On ne découvrira pas seulement les règles et les résultats pratiques, mais aussi les mobiles, les ressorts cachés, les procédés techniques ; les forces en un mot qui l'ont menée jusqu'à l'état actuel et qui mèneront plus loin encore. (...) Il s'agit alors des rapports entre les hommes que le passé n'a point connus, que le Code Civil n'a point règlementés, et qui, après s'être développés lentement à l'état extra-légal, se révèlent un beau jour comme si importants qu'ils s'imposent à l'opinion publique et demandent satisfaction.* »⁶⁷⁸ Donc l'état extra-légal est une sorte de zone dans laquelle se développent les rapports humains ; ces attitudes sociales sont gouvernés par des idées politiques qui ont leur logique interne propre et redoutable.

Il parvient à sauver les principes juridiques, véritables piliers de la matrice historique de la Nation ; en eux se manifestent le condensé historique du mouvement Général de l'Histoire. Il ne confond pas deux ordres de réalité. La loi et la coutume. Le législateur est un codificateur de coutumes, mais, il a fallu que la société reprenne conscience que ce paradigme allait la paralyser et provoquer l'arrêt de développement comme en Chine, ou celui du monde musulman dès le XI^e et XII^e siècle. C'est l'arrêt de la société au nom d'un paradigme supérieur. La loi incarne l'élan de la Révolution, mais ne doit pas oublier le reste de la société. C'est la dialectique de l'Un et du Multiple. Il s'agit « *d'assurer effectivement l'unité de législation, ce qui ne se confondait pas avec l'unité de source.* »⁶⁷⁹ La coutume rentre dans le contrat ; le contrat est rédigé conformément à la loi, du moins on l'espère, le juge le contrôle. Par conséquent, il semble que ce nouveau paradigme parvienne à s'imposer pour renouveler ce qui a lieu d'être.

Dans le cadre français, il s'attache à la conservation de tels principes. Esmein critique Gény, lorsque ce dernier affirme qu'il faut transformer la jurisprudence en

⁶⁷⁷ *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1902-2002, Doctrine et Jurisprudence : cent ans après, Janvier-Mars 2002, Professeurs Jestaz et Jamin, p.2

⁶⁷⁸ *Revue trimestrielle de droit civil*, La jurisprudence et la doctrine, 1902, op cit, pp.14-16

⁶⁷⁹ Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en L'honneur de Philippe Jestaz, Le Code Civil et la coutume, op cit, p.618

coutume, en lui donnant force de loi. « *Sans doute, lorsqu'une pratique conforme, prolongée pendant un temps, qu'il faudrait déterminer, aurait transformé la jurisprudence en coutume, la règle de droit ainsi créée s'imposerait à tous les tribunaux, à la Cour de Cassation elle-même. Mais en même temps se produirait le principal inconvénient du système anglo-saxon, l'impossibilité des revirements de jurisprudence.* »⁶⁸⁰ Il ne s'agit pas de condamner un système ou de le fermer définitivement. Donc le législateur peut intervenir pour dégager techniquement les réformes dont a besoin la société. Une lecture sociologique doit être maintenue, car il s'agit grâce à la loi de répondre en adéquation à une fonctionnalité de la société. De plus, en affirmant que la jurisprudence devient coutume, cela revient à donner un grand pouvoir au juge et donc au pouvoir des juges. Formellement, il n s'agit pas de l'état d'esprit français, mais cela relève d'une autre culture. La manière dont a toujours procédé la monarchie depuis les Valois, avec la réformation des coutumes et leur rédaction a toujours été conduite selon le même mode opératoire jusqu'à 1789 et la réunion des Etats Généraux, c'est-à-dire la constitution de diverses assemblées, imbriquées dans des niveaux hiérarchiques différents.

§ 3 : Le droit au service de la société : le rôle du juge dans la société démocratique

Esmein fidèle à la tradition des Lumières du XVIII^e siècle ; tradition qui a mis la loi en avant, au détriment du juge. Mais, a-t-on bien compris le rôle du juge ? Il s'agit d'éviter que le juge fasse la loi, crée une loi comme s'il était une Assemblée législative. Il est obligé par la nature même des choses de dire le droit. Mais lorsque Montesquieu parlait de juge, disant le droit, il l'entendait dans la langue anglaise, de Law, du droit et non pas de « rights », de droits. A la notion de Law, correspondrait davantage, celle d'un esprit de la société, peut-être davantage en harmonie avec les droits de première génération, tandis que la notion de « rights », serait plutôt interprétée comme des droits de deuxième génération.

La figure du juge et son rôle social heuristique, accompagné de l'avocat, font émerger ce que la société porte en elle. La latence de cette matière juridique brute ne doit pas faire préjuger d'un rôle conservateur du juriste. La société n'est ni plus ni moins

⁶⁸⁰ *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, 4, op cit, Professeur Sacriste, p.91, droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIX^e siècle. Il doit s'agir des *Eléments*, édition de 1905, pp. 543-544

conservatrice ou libérale, pas plus que les hommes qui l'accompagnent. Les hommes ne sont pas enfermés dans des catégories déjà préconçues à l'avance ; ils ne sont pas à la solde des idées politiques. L'homme est assez imprévisible, mais son « imprévisibilité » peut être guidée, accompagnée par le mouvement de l'histoire qui est, lui, formalisable. « *Ce qui confirme cette discrète prise de pouvoir, c'est que la hiérarchie des sources fait aussitôt l'objet d'un renversement feutré. Dans les premières lignes de son article, Esmein marquait avec force la primauté de la loi. (...) Puis venait l'exaltation de la jurisprudence, en principe soumise à la loi, mais dont le lecteur voyait bien qu'elle prenait, au fil de l'argumentation, une importance accrue, cependant que la doctrine paraissait vouée au rôle de son plus ardent zélateur.* »⁶⁸¹ Il est certain qu'il confirme et met la loi comme première source du droit en France afin de maintenir l'unité de législation au détriment des coutumes locales. L'homogénéité est préférée à la bigarrure. Mais, la jurisprudence est appelée à renouveler les sources du droit ; c'est aussi, une nouvelle méthode interprétative. Le juge est plus attentif que le législateur aux soubresauts de la société. Mais, il ne faut pas non plus raisonner en ne prenant en compte que l'institution. Il convient de se questionner aussi sur le tempérament de l'individu, ses préférences, ses choix.

C'est le rôle du juge qui compte, mais le juge est inscrit en tant qu'acteur social dans un schéma général qui semble le rattacher à une culture propre à un pays. Autrement dit, c'est à une certaine manière d'être. Le juge anglais est mieux considéré que son voisin français. « *Il montre aussi la haute autorité des juges anglais et l'étendue de leurs pouvoirs.* »⁶⁸² Mais, l'idée de faire justice dans son sens le plus pratique doit être encadré pour éviter les errements et les questions néfastes pour la survie même du régime politique. Sous les tyrannies, les questions ne sont même pas traitées, puisqu'elles sont censurées, mais peut-on parler de politique sous de tels régimes ? Non, car ce concept ne revêt aucun sens. Esmein d'évoquer les freins de l'autocensure des régimes démocratiques, notamment, le cas anglais. Il convient d'éviter « *les poursuites téméraires par les particuliers, qui sont efficacement combattus par l'indifférence naturelle à la plupart des hommes, par la sévérité des jurys anglais contre les accusations calomnieuses et surtout par la cherté extrême de la justice en Angleterre.* »⁶⁸³

⁶⁸¹ *Revue trimestrielle de droit civil*, Doctrine et jurisprudence : cent ans après, Professeurs Jestaz et Jamin, op cit, p.3

⁶⁸² *Revue Politique et parlementaire*, 10^e année, Tome XXXIII, Juillet, Août, Septembre 1902, Les Jésuites devant les tribunaux anglais, note de droit criminel comparé, p.357

⁶⁸³ Ibid. p.359

Une certaine fascination semble être palpable dans son propos. En effet, l'autorégulation de la société semble assurée par le juge. Avec beaucoup de garde-fous. C'est l'immense pouvoir du juge qui est intéressant à noter, notamment, dans sa manière de moduler la peine. Il constate que ce peuple est passé des peines fixes aux peines arbitraires, donc l'accroissement du pouvoir du juge se mesure à l'aune de cet aspect discrétionnaire. « *Il est vrai qu'en matière répressive, le juge anglais a un pouvoir discrétionnaire très étendu.* »⁶⁸⁴ Ce système dit arbitraire ne trouverait pas à s'appliquer en France, bien qu'il ait été assoupli.⁶⁸⁵

Dans le paradigme dit du législateur omnipotent, un certain danger pourrait s'élever. Dans le cas anglais, la grande souplesse des peines et l'adoucissement de la justice pénale est compensé par cette autocensure. En revanche, en France, le législateur est au-dessus du juge. Esmein de critiquer le fonctionnement des associations qui représentent des intérêts politiques. Elles ne sont pas rejetées en tant que telles, fort heureusement, mais dans leur volonté d'être des corporations ou des corps intermédiaires capables de projeter leur vision du monde en ayant trouvé un écho favorable, au sein des Palais de Justice. « *Mais, la plupart de ces freins (à propos des freins anglais) n'agissent plus lorsque le poursuivant n'est que le représentant d'une grande association, qui le guide et qui le couvre. Le système peut alors permettre à celle-ci, de porter devant les juges les questions politiques les plus graves.* »⁶⁸⁶ Est-ce que dans d'autres Etats, cela serait possible ? Oui, mais il existerait alors d'autres freins, capables de les retenir. Car, faire un procès, c'est faire de l'histoire ; les soubassements et le tréfonds de toute une société sont questionnées avec les risques que cela comporte. Cela fait surtout des martyrs.

⁶⁸⁴ Ibid. p.363

⁶⁸⁵ Dans l'ouvrage du Professeur Grange, L'idée de République, Agora, Pocket, pp.158-159, une analyse assez fine est donnée quant à l'évolution de la fonction du juge depuis la fin de l'Ancien Régime à nos jours. Elle distille volontiers le blâme à leur encontre. Mais, c'est en réalité l'Etat et la société qui sont critiqués pour l'absence de République démocratique. « L'idée républicaine semble perdue de vue dans l'histoire récente des conceptions de la justice, dans la mesure où l'indépendance du pouvoir judiciaire est également essentielle. » La professeure considère que la Révolution a ôté aux juges, le pouvoir administratif et donc le pouvoir normatif. En ce sens, il est vrai que le pouvoir judiciaire n'existe pas. De toute manière, on parle d'autorité judiciaire et non de pouvoir. « L'acte de juger devient une mise en œuvre mécanique et non la mise en jeu singulière d'une loi qui aurait en partie le caractère d'une norme (c'est-à-dire des éléments de sens sujets à interprétation.) » Ce qui veut dire que l'expression de Montesquieu, le juge est « la bouche de la loi », est interprétée dans un mauvais sens. C'est la loi, au sens anglais, c'est-à-dire le droit et non les droits, « rights ». Donc, il n'y a plus de séparation fonctionnelle et organique des pouvoirs, puisque le législatif et le judiciaire sont soumis à l'exécutif.

⁶⁸⁶ Ibid. p.363

Il n'est pas vain de rappeler comment se schématise la formation du droit. Pourquoi le traiter dans ce paragraphe ? Le rôle du juge se rapproche de celui d'un historien ; accompagné de l'avocat, ils font émerger des règles ; ils les formalisent en prenant en compte le lent travail des alluvions historiques. « *Les institutions juridiques ne sont pas les produits artificiels du législateur ou de la jurisprudence ; la substance en est fournie par les idées simples et fondamentales que les hommes se font sur la patrie, sur la famille, sur l'appropriation des biens ; elle est fournie encore par les besoins légitimes du commerce entre les hommes. Le droit reçoit cette matière et lui donne forme. Les lois, la coutume, la pratique réalisent les combinaisons juridiques qui traduisent ces idées et satisfont à ces besoins, et la tâche du juriste, c'est d'appliquer aux faits innombrables de la vie ces règles et ces formes, de les assouplir, s'il est possible, aux changements des idées et aux exigences des besoins nouveaux.* »⁶⁸⁷ Certes, cela est intéressant, mais il faut que la société reconnaisse au juge une place importante.

La légitimité reconnue au juge est plus rayonnante au Royaume-Uni qu'en France. Que doit faire le juge ? De façon schématique et simple, il doit dire le droit ; il s'agit de prendre en considération les faits, en première instance et en appel, et d'affirmer le juste. Le droit est lié au juste et à l'équité, mais ces deux concepts ne sont pas dans la métaphysique, ni dans la morale sentimentale ou de pitié. Seul le régime d'historicité leur accorde un relief unique. Ce sont véritablement des sentiments qui animent les hommes et ils en attendent beaucoup. Mais, il a fallu progressivement que cette figure du juge s'impose comme régulateur et interprète du droit.

Toutefois, la figure du juge semble poser certaines difficultés pour Montesquieu. En effet, que faire d'un point de vue général et donc institutionnel, du Magistrat ? Socialement, il est perçu d'une certaine manière, entraînant de ce fait une orientation attentatoire aux libertés individuelles et collectives des hommes. Chopplet note dans sa thèse ceci : « *La puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'était 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.* »⁶⁸⁸ Chopplet de poursuivre en démontrant la préférence de Montesquieu pour les jurés : « *Montesquieu voulait remettre la puissance de juger non point à des magistrats permanents, mais à des jurés (comme à*

⁶⁸⁷ Notice sur la vie et les travaux de M. Adhémar Esmein, op cit supra, p.475. André Weiss cite la notice biographique placée en tête de la deuxième édition de L'étude sur la condition civile de la femme dans le droit ancien et moderne, de Paul Gide.

⁶⁸⁸ Thèse d'Antoine Chopplet, op cit, p.426

Athènes). »⁶⁸⁹Certes, ce point de vue est intéressant, mais il semble y avoir une contradiction, car une bonne justice suppose des esprits bien formés. Esmein ne rejoint pas la pensée de Montesquieu. Pour le Charentais, en effet, les juges ont reçu une éducation spéciale. De plus, leur connaissance technique du droit leur permet de mieux comprendre ce que signifie « *rendre la justice.* » En réalité, Montesquieu n'est pas candide. Il veut dire qu'une bonne justice est celle qui guide les hommes sans qu'elle soit rendue par des castes ou des corporations. Il la démocratise plus qu'Esmein. La justice est liée à la démocratie. D'aristocratique, le baron de La Brède opère une grande mutation intellectuelle et sociale en lui-même, car il fait d'elle la clef de voûte de la nouvelle société.⁶⁹⁰

Dans la société mérovingienne, comme dans les sociétés qui ont connu cette phase « historique », les hommes ont des sentiments plus simples sur l'idée de justice. « *Pour les affaires entre particuliers, la justice, avant de donner des ordres, n'a pendant longtemps donné que des conseils : c'est par l'effet d'un progrès lent qu'elle s'est faite impérieuse et qu'elle a dicté ses arrêts aux parties.* »⁶⁹¹Il est aisément constatable que le droit comporte en lui deux aspects de la réalité. Ce sont deux segments de la réalité. Le premier est dit scientifique, tandis que le second est davantage pragmatique et concret, mais ce sont deux aspects intimement liés, tels l'avert et le revers d'une médaille. « *C'est dire qu'il existe deux sortes de droit, le droit pur et le droit appliqué. Le premier est un droit idéal fondé sur les attributs constant de la nature humaine et les faits généraux du monde social ; il renonce à une intervention directe dans les affaires de la vie ; il recherche l'origine (...) et le progrès des idées de justice ; il a pour objet la distinction suprême du juste et de l'injuste sans acception d'époque ou de milieu : c'est la science juridique. Le second s'applique à résoudre le même problème dans l'intérêt spécial d'un siècle ou d'un pays ; il est actuel, écrit, positif ; il interprète la loi ; il en*

⁶⁸⁹ Thèse de Chopplet, op cit, p.426. De manière générale, le Professeur Renaut précise ceci : « Le judiciaire n'est plus un pouvoir, il s'oriente vers une fonction. » C'est cette loi des 16 et 24 août 1790 qui établit l'élection des juges. « La Constituante se désintéresse de la formation des juges. » « De plus, la loi étant limpide, il n'est plus besoin d'avocats professionnels. » Histoire du droit pénal, pp.94-95

⁶⁹⁰ Ibid. p.178. Une distinction a été opérée par Tronchet, entre le droit civil et le droit pénal. S'agissant du civil, le droit se confond avec le fait. En revanche, en matière pénale, le droit se sépare du fait, d'où la présence d'un jury à la Cour d'Assises. Le pénal, plus que le civil, est proche de l'humanité ; c'est celui qui fait passer d'objet à sujet de droit, et donc à l'état de personne. Qu'en aurait-il été de la réforme de l'ancien Président Sarkozy, à propos du jury au Tribunal Correctionnel ? Rien ne permet de le savoir.

⁶⁹¹ Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1887, La chose jugée dans le droit de la monarchie franque, op cit, p.547

*commente la lettre et en sonde l'esprit ; il fournit la solution des questions innombrables et compliquées de la vie pratique. C'est l'art juridique. »*⁶⁹²

Le juge effectue ces deux modes opératoires concomitamment. Comme tout homme, il est amené à réfléchir quant à la notion du juste et à appliquer le juste, ou du moins à le rétablir, lorsque trouble il y a eu. Donc, d'une certaine façon, le juge est à la fois jusnaturaliste et positiviste. Ce sont deux faces intimement liées qui semblent subir l'attraction du contexte et provoquent sur ces termes une certaine pesanteur. Ces termes sont porteurs de poids, c'est-à-dire qu'ils sont politisés à outrance. Il ne faut pas chercher à les faire rentrer dans des catégories préconstruites, politisées, car cela condamne toute réflexion scientifique et dès lors paralyse toute évolution. « *Quiconque enseigne la loi écrite doit toujours avoir devant les yeux l'idéal du droit pur. Contenu dans la nature des choses, gravées dans la conscience des hommes, il nous fournit les règles de toute interprétation et les principes de toute réforme.* »⁶⁹³ Mais le droit pur n'est pas prépondérant, il n'est qu'une modalité de construction intellectuelle provisoire, permettant d'aller vers la résolution des conflits.

C'est toute l'histoire du droit qui semble concernée par cette définition scientifique. Le juge semble être une sorte d'historien du droit, en conjuguant parallèlement la science abstraite, avec les interrogations philosophiques éternelles, et l'histoire avec l'agencement formel qui n'est jamais identique. « *Le véritable historien, d'ailleurs, pour ne rien dédaigner à la légère, n'admire rien non plus à l'aventure. Il sait qu'à toute époque, quelque chose finit qui doit finir ; il s'applique alors à discerner les principes qui demeurent des formes qui périssent. (...) Il n'est pas moins vrai que les générations nouvelles continuent forcément l'œuvre des générations antérieures. Rien ne se répète, et tout s'enchaîne ; nous éliminons ce qui a vieilli, nous émondons ce qui est morts.* »⁶⁹⁴

Les principes qui demeurent font partie d'une certaine constante nationale que le juriste-historien se doit de conserver. Pénétré d'une intuition historique, celui-ci doit accepter ce cadre formel dans lequel évolue la société nationale en question. Mais l'esprit de réforme doit naturellement dépouiller et enlever ce qui n'a plus lieu d'être,

⁶⁹² *Revue Internationale de l'Enseignement Supérieur de 1879 à 1889*, Tome XIX°, Janvier à juin 1890, op cit, p.274

⁶⁹³ Ibid. p.275

⁶⁹⁴ *Revue Internationale de l'Enseignement Supérieur, de 1879 à 1889*, op cit, p.286. L'auteur de citer M. Wolowski : « Il est à remarquer que le mépris du passé se joint à la passion des réformes ; on s'occupe de détruire, alors qu'il faudrait transformer. » C'est attitude mentale est en parfaite harmonie avec celle d'Esmein, notamment dans sa préface de l'œuvre de Tchernoff.

c'est-à-dire ces coquilles vides qui ne remplissent plus de fonction sociale, mais qui malheureusement sont un poids moral et financier pour la société. Toutefois, l'esprit de conservation ne signifie pas que l'individu, tel le juge, souhaite un arrêt total de développement. C'est impossible car aucun individu ne peut agir sur le mouvement général de la société. *« Cette immobilité paresseuse n'était pas sans danger. Elle est le prétexte d'une pratique inintelligente, déclarait Laferrière. C'est qu'en effet, l'opinion vulgaire a tort de considérer le droit comme le produit et le contenu de la loi. Sa source est plus haute : il dérive de la nature des choses. Et les rapports nécessaires, qui constituent sa raison d'être, découlent eux-mêmes de tout le développement social, industriel et politique d'un peuple, de ses besoins, de ses mœurs, de ses institutions, de sa vie : en un mot, de son histoire. »*⁶⁹⁵

Le juge est celui qui accompagne la société et vibre d'une certaine façon à ses ondes sociales. Il ne faut pas entendre la société *« comme un laboratoire où nos législateurs sont maîtres de multiplier les expériences. »*⁶⁹⁶ L'histoire renforce le sentiment humain que rien ne peut être greffé sur les sociétés des hommes. La démocratie ne se greffe ; pas plus qu'une Institution ou d'autres mœurs.

Que conviendrait-il pour la société entre le juge judiciaire et le juge administratif ? La position d'Esmein est bien connue en la matière Il préfère nettement la dualité de juridictions à l'unité. Il est partisan d'une centralisation relative, mais sans les excès du Consulat et de l'Empire, comme cela été noté ci-dessus. Par les Codifications successives, démarrées entre 1789 et 1799, puis couronnées sous l'Empire, il témoigne à l'égard de Bonaparte d'une certaine reconnaissance, somme toute relative. *« Mais la diversité du droit coutumier était plus à la surface qu'au fond, elle était dans les détails plutôt que dans les principes. »*⁶⁹⁷ Ce qu'il note, c'est qu'il ne faut pas être avocat d'une pureté originelle et arc-bouté sur des principes géométriques abstraits aboutissant aux pires dictatures de l'esprit. La Révolution a voulu corrigé les excès des Parlements d'Ancien Régime. *« Mais en réalité ce texte ne préjugait en rien la solution de la question que nous étudions. Pour qui connaît l'histoire des Parlements et de l'Administration au XVIII^e siècle, il visait simplement les pratiques abusives des Parlements en cette matière (il s'agit de la loi des 16 et 24 août 1790, en son article 13 du titre II, portant sur la séparation des fonctions judiciaires et des fonctions administratives). Mais restait entière la question de savoir si les litiges en matière*

⁶⁹⁵ Ibid. p.285

⁶⁹⁶ Ibid. p.286

⁶⁹⁷ Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, 1908, op cit, p.329

*d'impôts, de voirie, de travaux publics, etc. seraient jugés par des tribunaux ordinaires ou spéciaux. »*⁶⁹⁸

Mais, cela ne préjugeait pas de la suite, car comme le montrera l'évolution historique, tout au long du XIX^e siècle, les règles de forme des juridictions administratives iront dans le sens du renforcement et de la protection des libertés individuelles. En puisant dans les règles du droit privé, le droit administratif, glissera symboliquement dans un autre ordre d'idées. En laissant les limbes autoritaires du début du XIX^e siècle, celui-ci deviendra protecteur de l'individu, notamment par la reconnaissance du recours pour excès de pouvoir, la motivation des actes, bref, autant de règles formelles accompagnant le fond d'une société qui se libéralise. De là à dire qu'une différence notable existe entre les deux ordres de juridiction paraît quelque peu erronée. C'est un champ de délimitations hérité de la Révolution qui a été consacré. « *La réforme administrative, qui a été mise l'ordre du jour par les derniers Ministères comprendra nécessairement la consolidation définitive des tribunaux d'administration, présentant toutes les garanties aux justiciables et totalement détachés de l'administration active. N'est-ce pas ce qu'avait voulu le Comité de l'Assemblée Constituante. (...) Leur indépendance (à propos des membres du Conseil d'Etat) est assurée par un régime de pleine liberté politique et par la faveur que leur témoignent l'opinion publique et spécialement la confiance des parties intéressées. »*⁶⁹⁹

Le juge et l'avocat sont liés. L'un vient apporter une solution claire, précise, et naturellement équitable, tandis que l'autre vise à défendre l'individu parfois contre l'Etat et ce qui oppresse. « *Les fonctions de la magistrature et l'exercice de la profession d'avocat exigent des connaissances intellectuelles et juridiques sans lesquelles la bonne administration de la justice peut être compromise. »*⁷⁰⁰

§ 4 : La fonction du droit ou le droit en tant que discours fictif au service de l'individu

⁶⁹⁸ La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée Constituante, op cit, p.28

⁶⁹⁹ Ibid. pp.41-42. Esmein d'évoquer les élans vers l'équité ; une notion de droit naturel complétant la loi positive, mais ce n'est pas le droit naturel au sens de droit divin, mais de bon sens. De plus il cite la loi du 24 mai 1872 à propos d'un droit de juridiction propre comme sous la II^e République en 1848.

⁷⁰⁰ *Revue Internationale de l'Enseignement*, La crise des Facultés de droit, Glasson, 1902, op cit, p.399. Pour reprendre quelque peu Marc Bonnant, lors d'un débat au Collège des Bernardins, du mardi 22 mai 2012, L'avocat est-il devenu le maître absolu ?, Ce dernier opposait l'Impérium du magistrat à l'Auctoritas de l'avocat. Le magistrat est lié à sa fonction tandis que l'avocat doit compter sur son rayonnement intellectuel et juridique.

Par individu libre, il ne faut pas se méprendre, car il s'agit en réalité d'un homme « fatalement libre », c'est-à-dire conscient qu'il existe une sorte de logique institutionnelle. A partir du moment où l'on s'engage dans la voie de certaines idées politiques, l'homme finit bel et bien par se retrouver dans sa propre tragédie, pas forcément voulue. « *La résistance pure et simple n'est jamais une force par elle-même, c'est seulement dans l'esprit et dans la foi intime du combattant qu'elle en puise une. Déclarer son hostilité à l'idée sans pouvoir la combattre à armes égales, ce n'est que l'exciter davantage. Il n'est pas plus efficace de l'ignorer. On l'ignore, on s'éloigne d'elle : elle s'avance. On s'arrête devant elle dans une attitude de neutralité : elle fixe et hypnotise. On lui offre l'hommage platonique d'un salut : on est du coup son esclave.* »⁷⁰¹

Il s'agit, certes, d'une image quelque peu métaphorique de la réalité, mais qui comporte certains traits véritables. Alors la question qui se pose est la suivante : Quel est le rôle social du droit ? Sous quelle forme sociale apparaît le droit ? L'idéaltype du droit serait le libre arbitre contre le déterminisme. Esmein le rappelle souvent. Le droit, c'est la liberté. C'est essentiellement vrai en matière de droit constitutionnel ; un droit qui se veut rationnel dans un système républicain, mais l'auteur a aussi inscrit sa démarche dans les manifestations spontanées du droit, telles que la coutume et la jurisprudence afin de les canaliser dans le giron de la République. C'est son rôle de passeur qui se manifeste ici. Echappant à toute entrave par le truchement du discours juridique ; discours sur lui-même en fin de compte. Le droit confère alors à ces créations spontanées une image acceptable socialement. L'auteur démontre que le droit rationalise et donne un nouvel élan à la République. En effet, un statut en tant que tel est accordé à ces manifestations juridiques spontanées. Même s'il ne s'inscrit pas fondamentalement dans une réflexion et une modification sur le discours juridique lui-même, il n'en demeure pas moins que son rôle de passeur est manifeste en histoire du droit.

Ce qui revient à dire que d'autres auteurs, des réformateurs civilistes ou pénaux se sont penchés sur la question du discours juridique. « *Le refus du déterminisme conduit le législateur moral à prendre en compte non seulement les éléments extérieurs des conduites, mais aussi l'homme lui-même, tant sur le plan psychique que moral.* »⁷⁰² Esmein ne traite pas de législation morale, son cheminement intellectuel et ses objets d'attention sont aux antipodes de cela, mais d'un certain côté ne pourrait-on pas déceler une analogie entre les attitudes mentales si fondamentales ? L'universitaire

⁷⁰¹ La démocratie et l'organisation des partis politiques, Ostrogorski, Tome 1^{er}, Paris, 1903, p.87

⁷⁰² La république des faibles, op cit, p.14

de considérer la liberté comme n'ayant pas de prix ; ces législateurs moraux, qui, grâce au discours sur le droit mettent pleinement en lumière le discours centré sur la liberté de l'homme.

Esmein ne se sert pas de la psychologie. Il traite encore moins du cas des aliénés, mais il est conduit nécessairement à créer un statut légal pour rationaliser et encadrer ces comportements. « *En affirmant que le déviant n'est pas condamné par la fatalité et par les lois de l'hérédité, c'est la façon dont le législateur s'efforce de mettre à nu les leviers de sa transformation qui nous intéresse.* »⁷⁰³ Michel Foucault parlait de « *gestion des illégalismes.* »⁷⁰⁴ Le pouvoir politique, en acceptant de les gérer, confie un rôle majeur, accessoirement, à la société. C'est une figure qui ne semble plus du tout abstraite, c'est-à-dire celle d'une figure sociale, revêtant une forme sociale déterministe et misérabiliste, suscitant la compassion, mais un homme libre. Pour en arriver à un tel état de liberté, il aura fallu accepter certaines sources intellectuelles. C'est une démarche qui compte. « *Le défi consiste à créer une personne juridique qui viendrait rectifier les décisions prises dans les codes promulgués au début du siècle. Ces procédés nouveaux, où les prendre, comment les définir ? Pour représenter la figure de l'homme moral du droit républicain, les juristes de la Société générale des prisons (1877) ont mobilisé des références qu'ils trouvent dans l'histoire ou dans le droit international, mais aussi dans la religion, la philosophie ou les conquêtes de la science.* »⁷⁰⁵

Peut-on réduire un individu à des schémas préconçus ? Non, aucun systématicien ne peut réduire la réalité à des préjugés déterministes. En réalité, Esmein, grand admirateur du système libéral anglo-saxon, dans les deux versions, l'anglaise et l'américaine, ne cherche pas à imposer un déterminisme quelconque. Il se sert de ces cultures dites libérales pour montrer qu'en France l'homme peut être libre. En se faisant sociologue, c'est-à-dire « *En affirmant que le déviant n'est pas condamné par la fatalité et par les lois de l'hérédité, c'est la façon dont le législateur s'efforce de mettre à nu les leviers de sa transformation qui nous intéresse.* »⁷⁰⁶

En permettant à l'homme de se construire librement, c'est-à-dire par l'usage de son libre arbitre, il ne devient pas libre, mais conscient de l'être. Par conséquent, pour le législateur, il existe un impératif de transformation de la société, afin de l'amener vers un système démocratique ; la démocratie par le droit, ou par le discours que le crée le

⁷⁰³ La République des faibles, op cit, p.16

⁷⁰⁴ Ibid. Préface, p.7

⁷⁰⁵ Ibid. p.16

⁷⁰⁶ Ibid. p.16

droit ; le droit en lui-même créateur de liberté. Comme le note le Professeur Ferry : « *La culture anglo-saxonne est fondamentalement libérale : elle va du particulier vers l'universel, de la société civile vers l'Etat, qui a pour modèle politique la jurisprudence. (...) En France, nous avons une tradition jacobine. Cette tradition est présente dans le Code Napoléon : le droit va de l'Etat vers la société civile. Il faut rappeler que la France est le plus vieil Etat-nation du monde.* »⁷⁰⁷

Il ne faut se méprendre à l'égard du droit, car « *l'univers juridique est un univers de textes, d'énoncés et de mots. D'objets, sans aucun doute, si on ajoute que la pensée du droit redessine la réalité qui lui est fournie en forçant les objets des autres mondes à entrer dans la logique de ses catégories et des topographies.* »⁷⁰⁸ Donc le droit crée en quelque sorte sa propre réalité, en raison de son discours sur lui-même. Intrinsèquement il modifie et remodèle la réalité à sa manière, mais il ne faut pas tout rapporter au droit car « *Le droit échappe toujours aux tentatives de dissolution dans le social.* »⁷⁰⁹ A lui tout seul, le droit n'explique pas tout, pas plus que l'histoire des idées politiques. Le droit doit savoir se ressourcer dans d'autres matières, comme l'a démontré Esmein. Le droit crée un cadre formel, c'est une technique d'organisation de la vie humaine, mais pour l'esprit plus clairvoyant, cette matière manifeste un grand intérêt scientifique. Il participe à sa manière au renouvellement des élites de la société, en leur apprenant un certain discours, mais aussi en leur permettant d'accéder au pouvoir. Comme le précise Michel Winock, « *les idéologies ne décident pas de tout.* »⁷¹⁰ Elles ne peuvent pas guider totalement nos choix, car cela est impossible sur un plan strictement logique. Par cette conception logique, il faudrait entendre, « *des rapports humains* », c'est-à-dire le champ dans lequel les rencontres entre hommes s'effectuent selon un certain discours. Ce discours n'est pas irréductible en effet, car l'homme, lorsqu'il y aura songé et réfléchi, se rendra compte que le champ du rationnel n'occupe pas toute la place publique. Il semblerait que l'on retrouve en filigrane le cheminement d'Esmein ; ce dernier, avec sa méthode historique, démontre qu'il faut accorder une attention toute particulière aux constructions lentes de l'esprit et du temps. Il précisait qu'il ne fallait pas chercher à enfermer les individus dans des schémas de systématicien. « *Le droit supporte mal l'excès de généralisation qui, ignorant la diversité de ses sources, veut en faire un bloc*

⁷⁰⁷ Le Monde, Débat entre Le Professeur Ferry et l'Académicien Rouart, Décryptages, L'anglais, chance ou danger pour le français ? Mardi 4 juin 2013, p.17

⁷⁰⁸ Le socialisme des juristes, Jean Jaurès cahiers trimestriels, numéro 156, op cit, p.8. C'est une citation de M.-A. Hermitte

⁷⁰⁹ Ibid. p.8

⁷¹⁰ Ibid. p.102, Le roman des intellectuels, Michel Winock : Le siècle des intellectuels, Points.

*homogène et idéal. (...) Le droit social : un droit socialiste. Equation fausse qui méconnaît le rôle et l'importance de la doctrine sociale de l'Eglise ou encore les préoccupations sociales des conservateurs attachés à une conception des plus traditionnelles de la société. »*⁷¹¹

*« Etre déterministe au sens de Laplace, c'est donc tenir pour prévisible, d'une façon univoque et avec une certitude absolue, l'avenir entier de l'univers et de chacune de ses particules. »*⁷¹² Or, cela ne semble pas correspondre au cheminement du juriste-littéraire. L'homme des Lumières, pétri de rationalisme, semble l'être moins qu'il n'y paraît ; l'univers dans lequel la raison de Descartes expliquerait tout, semble quelque peu dépassé. C'est moins le romantisme allemand, que l'empirisme et le sensualisme anglais qui l'influencent.

Mais, aussi paradoxal que cela puisse paraître, il est raisonnable, c'est-à-dire que ne cédant pas au fatalisme ou au déterminisme, il considère, et cela est patent dans la procédure criminelle, que le jury doit jouer son rôle ainsi que la procédure accusatoire. Donc, en se mettant au service de l'individu et des droits de la défense, il accepte ce discours sur le droit. *« Libre arbitre, conscience, responsabilité, imputabilité, concepts qu'il fallait interpréter au regard des obsessions et peurs du législateur. Ces idées échappent à la sphère éternelle du droit dans la mise en cause des codes civils et pénaux promulgués au début du siècle, car, figés, ils ne correspondent plus aux réalités du moment. »*⁷¹³ La société qui se veut libérale doit savoir et parviendra à réinterpréter les formes juridiques.

Sans parler véritablement de méthode, il convient de séparer les deux champs d'investigations que sont l'histoire et le droit. L'image et l'esprit même que l'illustre professeur entend donner du droit est le reflet et le produit d'une longue réflexion personnelle. S'inscrivant dans le courant de la liberté « éternelle », il opte pour l'homme

⁷¹¹ Ibid. p.9

⁷¹² La République des faibles, op cit, p.39

⁷¹³ La République des faibles, op cit, p.18. A la page 40, une précision de l'auteur Fonsegrive peut être apportée. « Chez les Grecs, la loi monte de la terre et domine le ciel, tandis que chez les Juifs, la loi descend du ciel et s'impose aux hommes ; le judaïsme est en un sens plus favorable que l'hellénisme à la liberté morale de l'homme. Dans les Evangiles, l'homme est l'auteur de son péché et les chrétiens revendiquent le libre arbitre. » Chez les Chrétiens, et notamment l'Eglise en tant que pouvoir institutionnel dotée d'un appareil dogmatique, il s'agissait de lutter contre certaines hérésies, notamment celles des Parfaits et des Parfaites, comme le démontre Michel Roquebert dans son ouvrage sur « les Cathares ». Certes, aux XII^e et XIII^e siècles, c'est une affaire qu'il convient d'apprécier à l'aune de paradigmes différents du nôtre, il s'agit d'une politique de métaphysique impliquant tout l'ordre social, lui-même imbriqué dans l'ordre temporel. Sur un plan théologique, les Parfaits se montraient davantage déterministes, et ne laissaient pas de place pour le libre arbitre.

moralement libre, c'est-à-dire l'individu qui n'est pas soumis à des contraintes extérieures pesant sur lui comme un fatum indélébile. « *Mais les lois de l'histoire ne créent pas le droit, pas plus que les lois de la pesanteur ou de l'attraction des corps. Le droit est fils de la liberté et non de la fatalité. Dans la mesure où les hommes ont l'exercice de la liberté, dans le cercle d'action propre que leur laissent les lois naturelles, qui pourrait contester aux individus libres et moralement responsables qui composent actuellement la nation, le droit de disposer de leurs destinées politiques.* »⁷¹⁴ Le cercle d'action propre des lois naturelles semble indiquer un champ de compétence ; champ, cercle, cela indique une limite géographique mentale, clairement représentée. Donc l'homme est limité parce que c'est un homme ; du fait de sa nature d'homme, entendue dans un sens aristotélicien. Aucun système historique voulant donner du sens aux destinées humaines, dans un cadre totalitaire ne peut réduire l'homme à un simple objet obéissant à des pulsions. L'homme est libre de critiquer les principes et d'en apporter d'autres. Lorsque l'auteur étudié parle de « *négarion du progrès scientifique, car elle peut aboutir à une immobilisation traditionnelle, à un arrêt du développement.* »⁷¹⁵ Le système se fige lorsque l'homme abdique sa liberté et se renferme derrière un système que personne ne veut voir évoluer. En définitive, cela se retourne contre l'homme lui-même et donc sa liberté.

Alors le discours sur le droit, le discours du droit est porteur de liberté correctrice. C'est un droit idéal au service de la liberté empirique. Le droit est un discours rationnel, agissant avec raison pour bâtir une fiction juridique ; la fiction juridique, est un réel parmi d'autres, créée avec raison.

III: La portée d'Esmein : L'histoire du droit et le droit constitutionnel éclairés par cette nouvelle approche

Il convient de s'intéresser ici à certains aspects qui peuvent paraître comme une redite, mais ce n'est nullement le cas. Il s'agit, au contraire, de la construction de la société démocratique, moins dans ses ressorts comme cela a été évoqué précédemment,

⁷¹⁴ *Revue d'histoire des sciences humaines*, Professeur Sacriste, op cit, pp.88-89, extrait des *Eléments*, pp.285-286

⁷¹⁵ Ibid. p.89

mais plutôt dans sa manière d'être, dans ses réalisations pratiques, ses garanties efficaces, bref dans l'application du droit.

Il ne s'agit pas de revenir ici sur la méthode, mais il conviendrait d'examiner précisément ce qu'il entend par le rôle du droit. Quel genre de société semble l'inspirer ? Comment doivent s'organiser les rapports entre individus et Etat, donc cela sous-tend le rôle que doivent jouer les partis politiques, mais qu'en pense-t-il réellement ?

§ 1 : Le rôle des partis politiques

Qu'est-ce qu'un parti politique pour Esmein ? Il a pour but la conquête du pouvoir. Cela se retrouve dans les Constitutions et semble être une définition de bon sens. Le parti, s'oppose à d'autres catégories de regroupements, tels que les sociétés, les clubs, les associations. En effet, ce sont les objectifs qui ne sont pas les mêmes. De plus, les structures sont essentiellement différentes. Mais ces structures et ces objectifs se ramènent à un simple débat d'idées, c'est-à-dire l'idéologie. En effet, c'est elle qui cimente les partis politiques. L'auteur l'a longuement démontré et expliqué ; en effet, il s'agit d'éléments simples à partir desquels se forment certaines visions du monde. Le parti politique joue le rôle de vecteur de l'imaginaire. Il semblerait que chez le maître parisien un certain pragmatisme l'emporte. Ce serait moins l'idéologie que la discipline et la méthode. « *On attribuait, pour une bonne part, les difficultés que ce fonctionnement rencontre chez nous à l'émiettement des partis et, plus encore, à leur organisation rudimentaire.* »⁷¹⁶ En effet, seul le parti clérical et le parti socialiste sont puissants, car intégrés idéologiquement. Contrairement à Ostrogorski qui semble se défier des partis politiques, préférant à cela l'individu libre : « *Il est vrai que M. Ostrogorski a une définition particulière de la démocratie, c'est la société politique où l'individu autonome est proclamé souverain.* »⁷¹⁷

Esmein au contraire, vante le parti politique, notamment dans sa discipline et sa méthode, c'est-à-dire la propension interne qu'aurait cette structure à encadrer et à canaliser l'individu. Or, il convient de prendre garde à ce que le parti ne se comporte pas en structure holistique, venant étouffer toute initiative individuelle. Le parti doit être au service de l'idéal républicain. Par conséquent le maître parisien est plus volontiers républicain qu'un homme de la démocratie. Républicain ne rime pourtant pas avec élitisme, mais avec le mérite. Telle est la valeur matricielle de projet.

⁷¹⁶ *Revue Politique et parlementaire*, 1903, tome 37, dixième année, p.118, Variétés, I, La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski, op cit

⁷¹⁷ Ibid. p.120

D'un certain point de vue, il est certain que pour conquérir le pouvoir cela nécessite une organisation fortement structurée idéologiquement ; cette dernière finit par contrôler certains aspects de la vie privée des individus. Le parti est presque une affaire de croyance. Le cléralisme et le socialisme cherchent à transformer la société, c'est-à-dire qu'ils partent d'une image abstraite de l'individu, or cela est aux antipodes de la vision du brillant universitaire. Il semble que l'analyse une fois de plus se situe à un autre niveau, c'est-à-dire celui du mécanisme sociologique. C'est la pensée de Burke qui semble intéressante. Ce dernier n'affirmait-il pas que la société fût composée d'individus atomisés et isolés les uns des autres. « *La poudre et la poussière de l'individualité.* »⁷¹⁸ Dès lors, il apparaît plus que nécessaire d'encadrer le mouvement politique dans des partis, c'est-à-dire des organisations capables de porter des idées politiques allant dans le sens du conservatisme et du progrès. La démocratie directe est rejetée car elle est impossible à mettre en œuvre. Il s'agit d'un point nodal opposant diamétralement Ostrogorski et Esmein.

Pour Ostrogorski, le dualisme est impossible, tandis que pour Esmein, il semble réalisable. « *Mais pour que cela soit vrai, pour que ce jeu naturel des forces et des idées politiques se produise dans un pays, il faut que la forme de l'Etat ne soit plus en discussion.* »⁷¹⁹ La forme de l'Etat qui doit convenir à un Etat, c'est celle que l'histoire lui a donné et qui finit par se cristalliser formellement. La tâche du juriste est de la découvrir, la comprendre et la préserver ; tout en la préservant, il doit l'adapter aux évolutions nécessaires de la société ; la société qui produit elle-même son propre mouvement, car elle est tiraillée par ces forces antagonistes. L'Etat doit être à l'écart de ces discussions. Il est à une autre échelle. Il subsume tout en étant dans une autre dimension intellectuelle. Telle est la logique du nombre trois.

Pour Ostrogorski, le parti semble représenter un aspect répulsif, car des individus atomisés, les uns à côté des autres semblent prendre des décisions. Le parti est lié à la démocratie ; or, il n'y a rien de plus naturel dans un système démocratique, que de lier la représentation des opinions, même minoritaires, afin d'assurer la plus parfaite égalité. Ostrogorski d'expliquer Mill : « *Le système proposé donnerait satisfaction aux conservateurs qui ont à cœur que la rareté de la représentation ne disparaisse pas ; il n'est pas moins conforme aux principes démocratiques, qui exige que chacun soit représenté, et le soit d'une manière égale.* »⁷²⁰ Il semblerait que sur ce point Mill

⁷¹⁸ *Revue politique et parlementaire*, op cit, supra, p.358

⁷¹⁹ Ibid. pp.361-362

⁷²⁰ La démocratie et l'organisation des partis politiques, Ostrogorski, Tome Ier, Paris, 1903, op cit, p.101

rejoigne Esmein quant à la conservation des formes historiques du passé. La Chambre des Lords régénérée afin d'accueillir les éléments minoritaires, non par pur plaisir ou par clause de style, mais afin de permettre à la démocratie de puiser dans le passé. Donc la démocratie c'est à la fois le régime des morts et des vivants ; il semblerait même que l'on retrouve le lien ininterrompu entre les générations successives, à la lumière de l'Ecole allemande.

C'est le modèle anglais qui l'emporte, ou du moins sa conception historique traditionnelle. Ostrogorski est assez critique à l'égard des théories abstraites ; comparant judicieusement Bentham et les Idéologues français, il en arrive à la même conclusion. C'est une erreur de croire que l'idée mathématique imposant une géométrie uniforme modifie l'homme en totalité ; en réalité, l'homme est lié fatalement à un « *destin tragique* », moins le pathétique. « *Sur la voie de l'Idéologie, Bentham a répété l'erreur des Idéologues français qui, ayant adopté un idéal régulateur de la vie des sociétés ne l'avaient pas accepté sous bénéfique d'inventaire des faits sociaux (...). Bentham, lui aussi, ayant pris pour point de départ l'homme non sous l'aspect du relatif qu'il revêt dans le monde réel, mais dans sa nature abstraite, l'a transformé en être complet en lui-même.* »⁷²¹

Il convient de revenir sur le passé des formes anglaises de droit, de justice et de liberté, bref à son histoire. Lorsque l'on fait son histoire, on fait aussi du droit, son droit, le droit en général en tant que discours protecteur. Si Esmein s'intéresse tant à Ostrogorski, c'est pour combattre certaines idées, ce qui est tout à fait normal, mais il semble partager une communauté de vues avec lui, mais leurs attitudes mentales sont différentes. Ce sont deux paradigmes qui s'affrontent. Le français et l'anglais. La France a fini par se stabiliser, par la volonté législative, par son Code, d'où le rôle des partis politiques. Le parti incarne en France le sentiment idéal de l'égalité démocratique, tandis qu'en Angleterre ce sont les forces conservatrices et progressistes qui s'affrontent dans cette puissante dialectique.

Ostrogorski prend pour modèle l'Angleterre d'avant les Révolutions Industrielles. Des structures agricoles encore fortes ont fini par imposer un rythme de vie et une manière d'être. Le modèle anglais semble être celui de la liberté au sens le plus empirique. « *Les droits fondamentaux du citoyen y étaient sous la sauvegarde des tribunaux ; l'administration, revêtue dans la personne des magistrats, d'un caractère judiciaire, et réglée par des lois fixes, échappait à l'arbitraire bureaucratique et aux*

⁷²¹ Ibid. p.33

*influences variables des partis au Parlement ; la situation matérielle du peuple n'était pas trop misérable avant la Révolution Industrielle. »*⁷²²

Qu'en pense Esmein ? Il semble partager aussi ce point de vue quant à l'organisation judiciaire des pouvoirs ; leur répartition, leur agencement, etc. Mais, entre les deux Etats, il semblerait que ce soient davantage les pouvoirs sociaux en Angleterre qui s'autorégulent, tandis qu'en France la métaphysique du droit naturel, certes retransformée, donne tout pouvoir au législateur pour modifier à sa guise l'homme. La France serait dès lors démiurgique.

Il convient de noter une observation lucide du maître : « *Mais cet état de choses changea, les élections devinrent libres et populaires par les réformes de 1832 et de 1884, et les esprits s'émanèrent plus encore que les électeurs. L'influence des idées françaises, des idées abstraites de 1789, s'est profondément fait sentir en Angleterre à la fin du XIX^e siècle et au commencement du XX^e ; et les anciens principes sont presque éclipsés.* »⁷²³ Il est manifeste qu'Esmein soutienne la légitimité démocratique ; le pouvoir doit émaner de l'onction populaire. Il ne s'agit pas de revenir sur la sempiternelle question du peuple : est-ce le peuple dans son ensemble ? Serait-ce exclusivement les éléments populaires ? En aucun cas, il n'établit de cens d'éligibilité ou de suffrage censitaire. Sa préférence va plutôt du côté du suffrage universel.

La Chambre des Lords est censée conserver les formes du passé national ; l'évolution de la société, phénomène impossible à contrôler doit être accompagné par les juristes et les hommes politiques en puisant aux sources de l'histoire. La matrice historique fournit les données nécessaires au renouvellement formel de la société. « *Dans cette position nouvelle la Chambre des Lords prenait une force accrue et comme un sang nouveau puisé au cœur de la démocratie. C'était au fond le principe de l'appel au peuple qu'elle prenait pour point d'appui.* »⁷²⁴ C'est en la renouvelant, par l'appel au peuple que, son fonctionnement devra nécessairement et logiquement se renouveler. Les principes, une fois évoqués, libèrent une puissance de fascination redoutable. Ils finissent bel et bien par s'imposer. La Haute Assemblée finit par incarner l'esprit de tradition en Angleterre ; il est fondamentalement populaire, c'est-à-dire rattaché à des précédents, à l'histoire, en bref, la coutume. Esmein de s'appuyer sur Sidney Low : « *Le devoir de la Chambre des Lords, tel qu'il est actuellement défini dans les livres, est de*

⁷²² Ibid. p.21

⁷²³ La chambre des Lords et la démocratie, Institut de France, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1910, p.21, op cit

⁷²⁴ La Chambre des Lords et la démocratie, op cit, p.34

*pourvoir à ce que le temps de la réflexion soit donnée sur des matières importantes. (...) C'est le Tribunal National. »*⁷²⁵

Or, là où le bât blesse, c'est une opposition de vues fondamentalement opposée entre Esmein et Ostrogorski quant à l'évolution de l'Angleterre durant l'ère Moderne. Le premier raisonne en juriste, donc il s'appuie sur la tradition formelle et formaliste du Royaume. En revanche, le second semble se situer dans une autre dimension ; elle n'est pas juridique, mais elle s'appelle l'histoire sociale, bref, il semble qu'elle soit déliée de toute attache traditionnelle, tant orale que formalisée dans des textes. Pour Ostrogorski, en effet, « *Ainsi, les trois grandes réformes qui ont renouvelé l'Angleterre, la liberté religieuse, la réforme parlementaire et la liberté économique, ont été obtenues sous la pression des organisations extraconstitutionnelles. Leur intervention dans la législation se présentait chaque fois comme un acte exceptionnel justifié par les conditions quasi-révolutionnaires de la situation : l'opinion ne trouvait pas place dans les limites étroites de l'ordre constitutionnel.* »⁷²⁶

Mais, il ne s'agit pas d'opérer une réconciliation de points de vue entre les deux auteurs, car la dialectique serait réduite à néant. En consacrant le discours juridique, cela finit par démontrer que, les forces sociales qui agitent l'histoire, finissent naturellement par connaître une progression, vers les formes de l'histoire du droit. C'est à un autre point de vue historique que se situe l'analyse.

La nouvelle société démocratique qui émerge, à partir des grandes réformes électorales en Angleterre de 1832 et 1884 sont importantes. C'est une réforme qui élargit le nombre d'électeurs, en redécoupant certains bourgs, notamment les bourgs dits pourris ; elle permet aux industriels du Nord d'être des membres du Parlement. Le point nodal de la nouvelle société est la question de la représentation. Comment donner une légitimité et éviter que des soubresauts révolutionnaires ne secouent trop fortement la société ? C'est qu'il faut parvenir à concilier l'aristocratie et la démocratie. Or, tout oppose ces deux manières d'être. Les individus qui en sont inspirés ont des rêves différents les uns des autres ; leur imaginaire est guidé par des préoccupations assez antinomiques. Mais, il faut leur permettre de trouver ce fond commun dont on parle tant.

Ce fond commun, c'est la méthode historique qui le permettra ; elle repose sur la découverte de lois dites scientifiques ou conceptuelles capables, comme les lois de nature d'exposer les principes et le fonctionnement de la mécanique sociale. Ce qu'opèrent ces révolutions, l'anglaise, l'américaine et la française, c'est un retour. Un

⁷²⁵ Ibid.p.33

⁷²⁶ La démocratie et l'organisation des partis politiques, Ostrogorski, tome 1^{er}, op cit, p.122

retour sur la Nation. La société choisit d'exister pleinement non pour étouffer l'individu, mais pour lui permettre de s'épanouir et d'être protégé tant dans son intégrité physique que dans ses biens. Ce retour à un point d'origine, d'où le vocabulaire de rupture dans la révolution en France, traduit une volonté d'accélérer le mouvement, afin de créer véritablement une société, dans laquelle le social l'emporte sur le politique ou du moins est autonome vis-à-vis de lui. Cette autonomie, c'est le désenchantement à l'égard de toutes les formes possibles du pouvoir, qu'il soit de nature religieuse, économique, politique. C'est le Pouvoir Exécutif qui est dénoncé plus que les autres, car c'est lui qui incarne le Gouvernement fermé, coupé de tout lien d'avec le reste du territoire. Dans le cas anglais, c'était la pratique absolutiste des Stuarts qui a choqué. D'où la revalorisation du rôle du Parlement. Aux Etats-Unis, au départ, il s'agissait de corriger les abus de l'ancienne métropole. En France, aussi, il convenait de faire descendre Louis XVI du piédestal absolutiste, en faisant de lui un fonctionnaire de la Nation.

Entre les deux groupes d'Etats ; le premier concerne les Anglo-Saxons, tandis que le second permet d'évoquer les Français ; c'est une différence de méthode entre les deux ; le retour à la tradition pourrait-on dire, certes, mais il serait plus juste de parler de conservation des formes du passé tout en ménageant l'avenir, en intégrant davantage de couches nouvelles dans le fonctionnement, dans la prise de décisions. *« La conception d'un pouvoir Exécutif mécanique, presque transparent, renvoie aussi, pour une part, à toute l'idéologie économique du XVIII^e siècle, (pour celle-ci, la sphère du politique est limitée et il est possible de se contenter d'un pouvoir faible et simple du fait de l'existence de mécanismes d'autorégulation de la société civile. »*⁷²⁷

C'est le Législatif qui représente la démocratie directe issue de la société civile ; une société qui parvient à se mettre d'accord dans ses contradictions. Aucun régime ne fonctionne comme cela dans la réalité. Il semble que dans ces rêves d'économistes, une certaine familiarité avec Esmein se retrouve. Le plan des Physiocrates pour réorganiser les instances décisionnelles, c'est-à-dire que les divers intérêts locaux finiront par rencontrer l'intérêt général ; il ne s'agit pas de l'intérêt général selon Rousseau. Le Pouvoir Exécutif n'a pas à imposer quoi que ce soit. C'est un choix démocratique qui est réalisé, mais accompagné d'éléments aristocratiques. Le parti politique doit incarner en quelque sorte la totalité, puisqu'elle dépasse la contradiction de l'Un et du Multiple, afin de donner aux instances politiques décisionnelles, des experts capables de prendre les bonnes décisions. Voilà, en partie, sans doute, l'une des explications de cette aristocratie bienveillante et inoffensive dont parlait Esmein, celle qui prendrait les décisions pour

⁷²⁷ La démocratie inachevée, Professeur Rosanvallon, folio histoire, 2003, op cit, p.188

tous. Il faut donc que la société existe par elle-même, sans aucune transcendance. Il est sans doute difficile de ne pas en avoir, mais il ne s'agit pas d'un débat qualitatif, mais objectif. En effet, seuls deux partis, selon le juriste sont fortement structurés, le cléricale et le socialiste. Tous deux partagent une certaine métaphysique. Ce sont des partis appréciés en fonction de critères de valeurs, de choix de société, entre 1875 et le décès d'Esmein en 1913.

Or, l'idéologie, prise en tant que valeur absolue ne finit-elle pas par condamner tout compromis ? C'est l'un des dangers des partis politiques, accompagnés d'une idéologie à caractère total. Le parti finit par perdre, comme la société, si jamais l'un de ces partis accède au pouvoir, avec un certain type de vision, tout débat interne entre des propositions diverses ; dès lors il n'y a plus de libéralisme possible car le politique englobe totalement le social. La société dans son ensemble finit par accepter que le social existe en tant que tel, doté d'une véritable autonomie. L'histoire prouve que ces partis ont pu gouverner et gouvernent encore sans menacer les libertés publiques et privés, et par là-même le droit ou le discours sur le droit.

Il conviendrait de réinterroger à l'aune de la progression de cette thèse les fameux concepts de république et de démocratie. Y a-t-il véritablement une concordance entre les concepts et la réalité ? Autrement dit, la démocratie serait-elle davantage un état social qu'un véritable régime politique ? *« La démocratie est la grande absente des discours. Dotée d'une connotation antiquisante durant la Révolution, elle ne parvient jamais au XIX^e siècle à désigner le combat pour la souveraineté du peuple ou le suffrage universel (...). Lorsqu'elle émerge alors autour de 1848 puis sous l'Empire, c'est pour délimiter en même temps une expérience encore vague et l'inquiétude qui s'y attache, une question irrésolue et la forme imprécise de la solution⁷²⁸. »*

C'est la notion de République qui finit par s'imposer, apprend-on. La République a un caractère institutionnel et social car c'est la notion qui divise le moins. Elle l'est car elle présente un caractère et un état d'esprit faiblement idéologisée. De plus, la notion de démocratie est curieusement écartée par celle de république, car d'un point de vue formel, république présente un cadre de pensée, formalisable et formalisée que n'offre pas la démocratie. Littré précisait que *« la liberté de discussion et l'expérience se charge de jour en jour de prouver que la discussion n'est effective que dans les gouvernements représentatifs. M. Comte prétendait leur substituer la dictature. Mais avec la dictature on ne combinera jamais la liberté de discussion. »⁷²⁹*

⁷²⁸ La République et l'universel, folio histoire, Professeur Bouretz, op cit, p.153

⁷²⁹ Ibid. p.150 in Littré, Auguste Comte et la philosophie positive, 1864

Il s'agit moins pour les classes populaires, de faire table rase du passé, avec le reste de la population, que de converger avec les classes dites supérieures vers un centre formel, de libre discussion autour du grand projet fondateur, c'est-à-dire celui de l'école. Bref, c'est un modèle unitaire faisant converger des points de vues dit représentatifs, qu'ils soient dits démocratiques ou monarchiques ; le rôle des partis paraît alors plus clair, celui d'accompagner la discussion républicaine.

Dès lors le fond commun des débuts de la III^e République se retrouve dans cet univers républicain, qui est la Révolution de 1789 apaisée : « *l'héritage de 1789 et le refus du socialisme ; l'anticléricalisme et la vision d'une science positive unifiant les esprits ; l'idéal enfin d'une citoyenneté moderne susceptible⁷³⁰ de réconcilier la liberté et l'égalité.* »

§ 2 : Les applications pratiques des Anglo-Saxons

Il ne s'agit pas de le considérer comme une revanche, mais comme un complément en faveur de la liberté ; les trois pouvoirs semblent examinés avec précision ; A partir de la lecture du *Fédéraliste*, il convient de noter que les Américains des Etats-Unis ont pris pour modèle le Saint Empire romain ; ce dernier garantissait une certaine autonomie à des corps constitués ; l'autonomie leur était reconnue parce que l'Empereur la leur avait laissée. Il s'agit des villes, des princes, des ecclésiastiques, des Universités, etc. L'Etat-Fédéral semble garantir dès lors une tolérance pour les groupes sociaux. Il convient de noter qu'il s'agit là d'un schéma de société, volontiers libéral.

C'est la Nation des communautés juxtaposées, préférant le système des freins et des contrepoids. En acceptant « *le jeu des forces réelles* »⁷³¹ les Anglo-Saxons, par l'intermédiaire d'Esmein rappellent que la société fonctionne de manière autonome. Elle joue librement en face de l'Etat ; elle préexiste à l'Etat. Ce sont des éléments forts simples qui ont guidé les pas de ces premiers peuples, la liberté. L'organisation médiévale, avant les phases de centralisation monarchique, notamment en Angleterre et en France, semblait atteindre son apogée dans le Saint Empire. « *Guizot indique alors que l'ordre social médiéval ou féodal était en fait un essai pour maintenir un système de cette espèce, laissant le maximum de souveraineté entre les mains de chaque chef féodal ou cité libre, et le minimum entre les mains du suzerain ou des assemblées de barons ; et cette fédération précoce échoua et fit place aux monarchies centralisées, parce que la*

⁷³⁰ Ibid. p.147

⁷³¹ La République et l'universel, op cit, p.129

civilisation de ces temps n'était pas suffisante pour en assurer le succès. »⁷³² Ce qui semble intéressant, ce serait cette « *hiérarchie de souverainetés* »⁷³³ qui semble contrebalancer les différentes sphères du pouvoir. Ici, c'est un écho à ce que souhaitait Esmein, dans ses articles sur les assemblées concentriques. L'ère libérale n'était pas encore inscrite dans les mœurs. Il faut entendre par là, les sentiments qui animent un système politique, bref les valeurs de la matrice, dans le rapport historique. Mais, cela constitue une source d'inspiration.

L'unité du pouvoir Exécutif semble être aussi un sujet de préoccupation. L'exemple moderne a été évoqué ci-dessus, c'est celui du Commonwealth du Lord Protector au XVII^e siècle. « *Enfin, il n'est pas inutile de rappeler qu'un type de gouvernement qui confiait le pouvoir exécutif à un seul homme, indépendant en principe du pouvoir législatif, et qui comprenait aussi un Conseil d'Etat, avait été pratiqué jadis dans les révolutions de la mère patrie.* »⁷³⁴ Les Américains ont opté pour un Président ayant beaucoup de pouvoirs. Un peu comme les Césars de Rome, c'est un pouvoir absolu, terriblement absolu. Tocqueville, visait peut être les Présidents des Etats-Unis. « *Vouloir à la fois que le représentant de l'Etat reste armé d'une vaste puissance et soit élu, c'est exprimer selon moi deux volontés contradictoires.* »⁷³⁵ Le César, poursuit le Professeur Veyne était un roi, mais aussi un républicain. « *Le césarisme, disions-nous, était un absolutisme, mais fondé sur une délégation de l'autorité ; il portait en lui une contradiction et suscitait toujours un malaise.* »⁷³⁶

Il est assez dangereux de vouloir concentrer autant de pouvoirs sur la tête d'un seul individu. Mais, dans la mentalité anglo-saxonne, divers contre-pouvoirs existent. Est-ce à dire que le pouvoir du Président serait d'une autre essence que celle du Congrès ? Non, car la logique républicaine serait faussée. Mais, pour reprendre les expressions du Professeur Veyne, ce qui compte ce sont certes les fictions et les idéologies qui, retiennent les esprits et empêchent que les individus, dits les administrés ne soient troublés quant à la légitimité du pouvoir. Certes, cela n'est pas la réalité même du pouvoir, mais c'est un segment de la réalité qui, a de la valeur en soi. « *Certes, que la*

⁷³² *Le Fédéraliste*, Préface d'Esmein, p. XIX, Commentaire de la Constitution des Etats-Unis, Recueil d'articles 1902, Nouvelle édition française. Il s'agit en réalité d'un extrait de de Barante : La vie politique de M. Royer Collard, ses discours, ses écrits, Tome II, p.40

⁷³³ Ibid. p. XVIII

⁷³⁴ *Le Fédéraliste*, op cit, p. XXVIII, dans *Les Constitutions du Protectorat de Cromwell*

⁷³⁵ *L'empire gréco-romain*, Professeur Veyne, 2006, p.34, Chapitre premier : Qu'était-ce qu'un empereur romain ? Il s'agit d'une citation de Tocqueville dans *De la démocratie en Amérique*, I, 130

⁷³⁶ Ibid. p.34. C'est une note de bas de page qui précise qu'il s'agit d'un extrait de R. Syme, *The Augustan Aristocracy*, p.448

collectivité ait délégué l'empereur n'était qu'une fiction, qu'une idéologie, mais l'existence de cette fiction suffisait à empêcher le prétendu délégué d'avoir la légitimité d'un roi, une légitimité attachée à sa personne inviolable. »⁷³⁷ Cela prouve que la légitimité du Président des Etats-Unis est liée à celle du peuple, car cela relève des mœurs ; c'est une transcription juridique de certains principes.

Alors, il est impossible de vouloir mêler dans l'organisation des pouvoirs les deux éléments ; le législatif et l'exécutif sont séparés, parce que c'est le schéma d'une certaine logique, en effet les principes les animant sont diamétralement différents. « *C'est qu'il est impossible de faire fonctionner concurremment la responsabilité du Président de la République et la responsabilité des ministres.* »⁷³⁸ Naturellement, c'est le cas français qui est pris en exemple, avec la collégialité de l'Exécutif sous la Constitution de l'an III, de l'an V et celle issue du coup d'Etat de Brumaire. L'expérience de la II^e République, entre 1849 et 1851 a mené tout droit vers le coup d'Etat et la gestion de Thiers entre 1871 et 1873 n'a guère duré. Thiers avait cherché à cumuler les fonctions de Président de la République, chef d'Etat, avec celle de coordinateur et tête directive de l'équipe exécutive. Or, ce sont deux organes séparés qui n'ont rien à voir, du seul point de vue des principes logiques.

L'Exécutif est un organe technique, celui qui coordonne et prend les décisions pour l'ensemble du système. Tout dépend à qui l'on confie la charge réelle et effective du pouvoir. Traditionnellement, il convient de distinguer le parlementaire du présidentiel. On dit volontiers que le Président des Etats-Unis est un monarque anglais. Certes, il s'agissait du roi George III d'Angleterre, mais le Président a beaucoup de pouvoirs, mais, encadré par ce système de contradiction libérale. Les individus sont protégés par la Constitution, et notamment ce fameux contrôle de constitutionnalité. Ce dernier tire sa légitimité de la position du juge anglais, dans cette culture. « *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.* »⁷³⁹ Le modèle semble être celui de la Cour Fédérale du Saint Empire romain. Comme cela avait été précisé, la monarchie féodale germanique est l'archétype, certes encore grossier, du système fédéral. Il suppose deux niveaux, l'individu et la substructure. La substructure doit lui assurer une pleine autonomie et une grande liberté. Esmein de préciser : « *Pour qu'il pût naître ne fallait-il*

⁷³⁷ Ibid. p.15

⁷³⁸ Le Fédéraliste, op cit, p. XXVII

⁷³⁹ Le Fédéraliste, op cit, préface, p. XXXIII

pas que la magistrature, ainsi acceptée comme arbitre suprême, possédât une bien haute et bien ancienne autorité ? Ne fallait-il pas même une race d'hommes qui fût habituée depuis des siècles à voir dans ses magistrats les gardiens du droit et des libertés publiques ? »⁷⁴⁰

N'était-ce pas finalement revenir au vieux modèle anglo-saxon, d'inspiration germanique, pour la garantie des libertés ? Paul Ricœur observait avec pertinence ceci : « *Un des drames de la pensée française (...) l'alternance entre la fascination et le rejet, qui l'empêche de produire son autonomie à partir d'emprunts libres.* »⁷⁴¹ Il n'est pas bon de vouloir imiter et coller, comme un calque de parfaite symétrie mathématique, ce qui se fait ailleurs. En effet, la méthode proposée par le maître charentais rejoint quelque peu la formulation philosophique de Paul Ricœur. Il convient de noter ce qui se fait ailleurs, afin d'améliorer ou de corriger certaines défaillances systémiques, mais il ne faut pas vouloir être un dogmatique du « *fétichisme des formes* », dans laquelle la volonté, peut tout à elle seule. C'est une illusion de l'homme.

Dès lors, à l'aune des paradigmes du libéralisme nordique, que représente véritablement le régime parlementaire français ? Est-il dans cette optique ? Il convient de le considérer de façon générale, c'est-à-dire d'un point de vue global et pas seulement sur un plan strictement juridique. Claude Nicolet entendait modifier le système par une sorte de « *spiritualité scientifique* » par l'école, à tous les niveaux. La République propose dès lors un modèle apaisé des tiédeurs révolutionnaires. Son projet est tout, sauf destructeur.

Pour reprendre quelque peu la thèse du Professeur Machelon, il est important de préciser que ce sont avant tout les cadres de pensée de l'absolutisme et du dogmatisme de l'Eglise catholique qui, prévalent dans la construction de la République. Ces cadres de pensée, ce sont les structures mentales et les références systémiques incontournables que l'on retrouve, certes sous d'autres formes, mais avec le même fond. C'est l'espérance eschatologique d'un millénarisme porté par l'Eglise catholique et certains courants de pensée socialistes. Or, c'est une attitude opposée à la République. Le Professeur Bouretz le résume bien en s'inspirant d'Hannah Arendt : « *Une imbrication durable des questions politiques et des problèmes sociaux que la Révolution Française a légué une redoutable incertitude sur la nature de la démocratie, liée aux effets convergents d'une méfiance envers le droit et la fascination pour l'image d'un pouvoir*

⁷⁴⁰ Esmein, *Rapport à la Faculté de droit sur les concours pour les prix Rossi*, op cit, *Le Fédéraliste*, p. XXXIII

⁷⁴¹ *La république et l'Universel*, op cit, pp.94-95

incarné, organiquement lié à la société et prémuni contre tout questionnement en termes de légitimité. »⁷⁴² Par conséquent, c'est une République anti-libérale, selon le Professeur Machelon. Elle ne reconnaît pas le contrôle de constitutionnalité et encore moins la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Le modèle anglo-saxon considère l'individu en société politique, dans un champ de libertés inextinguibles, dont il s'agit de limiter le pouvoir grâce au droit. Donc le droit, dans ce paradigme est certes une valeur, mais il est lié à la science politique et à l'histoire, bref à l'homme et à la société. Il est porteur de valeurs, intrinsèquement il en regorge. Son but est de permettre aux hommes de trouver leur place en toute liberté. Le droit est avant toute science politique. En France, le droit est au service du pouvoir et non de l'individu, voilà ce qui semble ressortir de l'analyse lointaine de la III^e République. Finalement c'est le droit administratif qui en ressort gagnant. Une fois qu'il sort de la Révolution, il finit par trouver sa forme, mais comme le note le Professeur Mestre, c'est avec le recours pour excès de pouvoir que ce droit se met au service de la liberté individuelle. La Révolution a fini par le faire émerger en le consacrant pleinement, là où la monarchie peinait. La notion de droit administratif sera accompagnée par le service public. Dès lors, c'est le pouvoir législatif qui incarne cette démocratie directe, dans un schéma de pensée rousseauiste, en cadrant tout le territoire, le centralisant sur le modèle unitaire, mais en pratiquant le système représentatif.

Quelles seraient les limites de cette République des libertés publiques ? Il est notable et constatable que cette III^e République est présentée comme l'âge d'or des libertés publiques. Avec le recul du temps, les anciens mythes ont fini par être déboulonnés de leur piédestal. Sur un plan juridique et judiciaire, eu égard un certain discours sur la substance même des choses, il est indéniable que ce modèle présente beaucoup d'imperfections. Il ne s'agit pas de reprendre ce qui vient d'être démontré ci-dessus.

Mais, la dualité de juridictions laissée par la Révolution, ferait-elle vraiment partie d'un schéma libéral ? Esmein défendait un tel système, mais il paraissait incomplet quant à la garantie des libertés individuelles. En revanche, il s'appuyait sur la tradition libérale de Sieyès, comme cela a été examiné pour introduire un contrôle de constitutionnalité. Cependant, afin d'assurer pleinement ce contrôle de constitutionnalité, il aura fallu adopter une Déclaration. La France sera prête sans doute beaucoup plus tard ; la consécration véritable sera celle de 1971, à propos de cette célèbre décision sur la liberté d'association du Conseil Constitutionnel. Il aura fallu que

⁷⁴² La République et l'universel, op cit, p.58

la mentalité change de sens, et donc que le débat sur la Révolution soit apaisé. « *Le trait secret de la Révolution Française : une sorte de fascination du pouvoir préférée à une réflexion sur sa nature et les conditions de son aménagement.* »⁷⁴³

En effet, la Révolution a été un catalyseur qui n'a fait que déplacer la réalité du pouvoir du roi vers la Nation ; d'un fonctionnement monarchique à la démocratie directe, dans son inspiration et son imaginaire, plaquée sur le système représentatif. Ce n'est pas la réalité elle-même qui les a intéressés. Ce que décrit le Professeur Machelon semble aussi en concordance avec certaines propositions d'Esmein. C'est une lecture faite par des auteurs libéraux, auxquels il conviendrait d'y adjoindre aussi Tocqueville. Certes, beaucoup a été dit, mais il n'est pas vain de préciser certains traits. « *Restent enfin les traductions d'une tendance déjà décrites par Tocqueville au travers de la continuité paradoxale entre l'Ancien Régime et les institutions nouvelles : la faiblesse des garanties dans l'instruction criminelle, une persistance de systèmes de justice parallèles et de procédures d'exception, ou encore un régime sévère de la censure.* »⁷⁴⁴

Au-delà de toutes ces critiques constructives, se trame en réalité un sévère reproche de la société, sans doute jugée trop passive, trop arc-boutée pour reprendre le Professeur Rosanvallon, sur les seules procédures électorales, le seul suffrage universel. La vie politique n'est pas réduite à cet Edit de Caracalla, certes un peu lointain. Mais, la participation démocratique apprivoisée, c'est autre chose. Certes, le concept n'a émergé que lentement, car il ne faisait pas partie du vocabulaire des révolutionnaires de 1789 à 1799, encore moins au XIX^e siècle. C'est la conquête progressive d'un état social, existant concurremment à l'état politique, et permettant de renouveler les cadres du politique. C'est de l'idéologie sans en être, de manière possessive et passionnée. Elle est atténuée par l'évolution des structures et des mentalités. C'est peut-être un peu comme si 1789 avait rendu à la Nation le droit privé et lui avait retiré le droit public en l'érigeant en droit suprême, celui du XIX^e siècle et des paradigmes du législateur omnipotent.

Actuellement, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne semblent critiquer le fonctionnement des organes institutionnels, tant sur les règles substantielles que de formes et de procédures, car elles sont lentes dans leur délai ou les organes de justice ne sont pas forcément indépendants. La Constitution parle bel et bien d'autorité judiciaire et non de pouvoir judiciaire.

⁷⁴³ La République et l'universel, op cit, p.49

⁷⁴⁴ Ibid. pp.160-161

§ 3 : la sensibilité libérale au service d'un ordre conservateur

Certes, cela paraît quelque peu baroque, mais il s'agit d'une position intellectuelle ou du moins d'une certaine démarche. C'est la redéfinition et le réagencement entre le droit public et le droit privé. La Révolution opère une modification. Par le credo rousseauiste, l'Etat récupère le droit public ; cette matière était restée jusque-là diffuse et comme diffractée entre les différentes corporations et ordres de l'Ancien Régime. Il ne reste plus aux individus que le droit privé, mais un droit privé sec et desséché qu'il faudra reconquérir grâce au renouveau des études en sciences sociales. Tandis que le droit public va connaître une grande expansion, allant dans certains cas à l'encontre des libertés publiques les plus fondamentales. Le droit public sera la matière qui renaîtra avec les grands projets des républicains du XIX^e siècle, mais une fois au pouvoir, leur long combat pour l'établissement d'un régime « aristocratique et à l'anglaise », sera quelque peu tiraillé, par les nouvelles exigences du droit privé, c'est-à-dire celles de forces individuelles voulant en quelque sorte améliorer leur sort.

C'est le droit privé qui se ressource au contact du droit public. Il convient de s'appuyer sur l'ouvrage d'Esmein, Gouverneur Morris, et notamment d'un commentaire à propos de cet ouvrage : « *Tels sont les deux principaux profits que les étudiants en droit sont appelés à retirer de l'histoire : y gagner le sens de l'évolution juridique et lui emprunter une méthode d'interprétation progressive, fondée sur l'observation des besoins sociaux plutôt que sur la logique du raisonnement ; envisager enfin le droit sous son côté social et par suite ne pas accentuer outre mesure la séparation entre droit privé et droit public.* »⁷⁴⁵

L'histoire du droit, c'est du droit avant toute chose, mais un droit qui ne serait plus celui de figures planes. L'histoire lui donne ce relief et l'élève en une matière qui finit par le faire sortir de son cercle éternel de figures desséchés ; en le rendant au peuple, afin de favoriser le nouvel élan de la démocratie et de sa consolidation. L'histoire du droit est appelée à renouveler la matière en général, en transfigurant les rapports entre le droit public et le droit privé. « *Il faut dégager les lois qui président à la société en général.* »⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ Revue des questions historiques, fondée par le Marquis de Beaucourt, 42^e année, Nouvelle série T, XXXVIII, 1907. P.395, L.de N Gouverneur Morris, un témoin américain de la Révolution française, Esmein, Paris, Hachette, 1906, in-16, 386 pages

⁷⁴⁶ Revue des question historiques, 1907, Commentaire de Gouverneur Morris, op cit, p.396

C'est plus qu'un renouvellement de méthode et d'apprentissage, c'est un projet bien plus vaste pour répondre à la société. Le droit devient dès lors un instrument formel, certes, mais en plus, il s'adapte et accompagne le mouvement social en général. C'est donc le retour du droit public, qui permet au droit privé, de faire évoluer ses formes juridiques. Il est convenu que le droit porte en lui-même une autre dimension capable d'accompagner le mouvement général de la société. Il ne doit pas s'agir d'élan révolutionnaire abstrait, pétri dans quelque systémier dangereux, mais il est convenu de l'entendre comme le résultat progressif et diffus d'une longue maturation historique.

Par conséquent, il s'agit d'en revenir au fait. « *On est bien vite convaincu que l'observation des faits est, au contraire, indispensable dans les sciences sociales. (...) les esprits systématiques, hantés par une idée fixe, ont toujours fait fausse route et médiocre figure ; (...) L'observation, l'expérience, au sens vulgaire des mots sont des garde-fous, si je puis employer cette expression triviale.* »⁷⁴⁷ Les faits évitent les erreurs des raisonnements posés comme des vérités absolus, issus de rêves ou de projets d'intellectuels, conçus dans des moments de mélancolie solitaire.

En revenir à cela, c'est aussi inscrire le projet des républicains dans une « *certaine fatalité humaine* », non pas qu'ils affirment une conception cyclique du temps, mais le poids des faits conduit à des attitudes résignées. Dès lors, où serait la liberté de l'homme, comment peut-il conduire librement sa vie ? Il convient d'en revenir au droit et au système législatif défendu par Esmein. Certes, c'est presque un dogme que ce paradigme de l'unité législative. Toutefois, serait-ce vraiment un dogme ou un point de cristallisation, sans formes précises, sans point central ?

Par point de cristallisation, il conviendrait d'entendre un accord sur certains points fondamentaux ; l'héritage des siècles passés, transmis de génération en génération. La coutume et la jurisprudence relèveraient davantage d'éléments diffractés, mais ne rentrent pas dans l'unité de législation. En les écartant, selon la tradition révolutionnaire, du domaine des sources du droit, ces deux réalités qui semblent se confondre, finissent par démontrer que son système n'est pas si rigide que cela. Certes, la loi est un acte qui compte, c'est la source de droit principale, mais, pour reprendre Portalis, qui a déjà été cité, c'est un moment au cours duquel la coutume est parvenue à maturité ; par conséquent, l'attitude du maître parisien est peut être différente de ce que l'on pourrait croire. Il souhaite entraîner les générations de juristes vers d'autres rivages.

C'est bel et bien par la libre création du droit que le renouvellement de la société

⁷⁴⁷ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Tome 6, 3^e année (juillet à décembre), Paris, 1896, La méthode des sciences sociales, Robert Beudant, op cit, p.473

pourra s'effectuer. Serait-ce de sa part une tentative, certes feutrée, d'ouvrir une telle brèche dans le système ? Il est difficile de le préciser, mais il ne faut pas non plus vaticiner. « *Le but est déplacé. Ce que l'on visait jadis, c'était la question constitutionnelle, ce que l'on vise aujourd'hui, c'est la question sociale. Ce n'est plus affaire de droit public.* »⁷⁴⁸ De 1800 à 1875, c'est la question constitutionnelle qui a été au centre de tout le débat. La Révolution semblait comme l'avoir confisquée, notamment dans sa version la plus dictatoriale, celle de Bonaparte puis de Napoléon Ier. Après 1815, le débat constitutionnel redémarre et s'achèvera avec les lois constitutionnelles de 1875. C'est la société qui se donne à elle-même, par cette réflexion sur l'objet du politique, c'est-à-dire la liberté politique. Le droit public l'emporte sur les préoccupations privatistes.

Mais, à son tour, le droit privé semble s'être nourri au droit public et la question sociale va l'emporter dès lors. Elle devient affaire de société. La peur est celle du socialisme avec un service d'Etat embrigadant tout le monde.⁷⁴⁹ Non, au contraire, la société semble depuis longtemps prise, dans les mailles du discours juridique. Elle baigne dans son discours et ses formes. Ces mêmes formes, qui imposent leur rythme lent et progressif des réformes, sur l'élan révolutionnaire de la table rase. « *Et cependant ceux-là mêmes qui croient à une crise du droit public sont les premiers à constater l'impulsion nouvelle donnée aux études de droit privé. Il semble donc que tout l'intérêt final qui s'attache aux buts sociaux dont les formes juridiques ne sont que des instruments de réalisation se soit reporté, en quelque sorte sur les formes elles-mêmes et que, dans toute société juridiquement organisée, il se produise comme une sorte d'identification entre les fins supérieures du droit et les formes juridiques qui doivent concourir à les réaliser.* »⁷⁵⁰

C'est la réforme sociale qui compte plus que tout. Elle est le nouvel objet de préoccupation de la société, dans ses ramifications les plus profondes. En épousant les formes du droit, c'est tout le droit privé qui semble connaître une renaissance. Le XX^e siècle en profitera, mais il arrive un moment où une certaine saturation du système se produit. Il faut alors compiler. Tout en compilant, c'est une codification qui se produit nécessairement et arrête le temps. Le droit privé s'était retrouvé enfermé dans ses formes juridiques qui l'engluaient et l'empêchaient d'écouter la musique de la société. Mais le

⁷⁴⁸ *Revue Politique et parlementaire*, 10^e année, Tome XXXVI, avril, mai, juin, 1903, Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ? Raymond Saleilles, pp.94-95

⁷⁴⁹ Ibid. pp.99-100

⁷⁵⁰ Ibid. p.97

droit semble tenir un double discours. En lui, se retrouve l'avertissement et le revers de la médaille, c'est-à-dire, qu'il est porteur d'imaginaire, ayant pour but de régulariser, améliorer, canaliser la violence, recréer et redécouvrir une équité, qui avait été délaissée en chemin. Mais, c'est aussi une matière capable de porter fondamentalement de vrais projets pour la société.

Parce que le droit est intrinsèquement lié à la société ; il est d'une certaine façon la société en ce qu'il l'organise. D'ailleurs, l'adage latin le démontre, « *Ubi societas, Ibi Ius* ». Cela trouve sa concrétisation par les formes du droit, c'est-à-dire par la fonction même du droit. Son discours reflète les catégories juridiques. « *C'est cette identification qui, en matière de droit privé, est la garantie scientifique du droit et la sauvegarde de l'intérêt social qui s'y attache.* »⁷⁵¹ En conciliant la science et les objectifs de la société, ne serait-ce pas s'en remettre véritablement au pouvoir du juge ? Donc de la jurisprudence, qui officialise les usages, selon le paradigme issu de la Révolution. Il convient de bien séparer l'unité de législation qui est volontiers présentée comme un dogme, encore qu'il soit permis d'en douter et les sources du droit qui sont véritablement le droit en tant que tel, en train de se faire. Après tout la loi, n'est pas créée non plus ex nihilo, puisque le législateur reflète l'état de l'histoire et du mouvement de la société à un moment donné.

Le droit privé et le droit public sont appelés à être renouvelés ; la marche de la société, avec la prise de conscience de nouveaux paradigmes conduit à s'interroger sur ce qui constitue le progrès même de la société, au-delà de tout fétichisme formel. C'est la progression de la société, vers un état libéral. « *La méthode juridique offre un procédé de développement organique du droit, surtout en matière politique : c'est le processus logique. Le mode de déduction logique sert en droit privé à découvrir ce que l'on croit être la volonté du législateur ; il servirait en droit public à faire sortir des principes supérieurs du droit les conséquences successives, l'une entraînant l'autre, qui en seraient le développement nécessaire* »⁷⁵².

⁷⁵¹ *Revue politique et parlementaire*, 1903, Raymond Saleilles, Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ? Op cit, p.97

⁷⁵² Ibid. pp.106-107

CONCLUSION

Il n'a pas été simple de réaliser une thèse, qui est à l'orée de tant de domaines de la pensée. Avec cet auteur, c'est l'histoire du droit qui, démontre le long cheminement, en France, de l'idée de République et de principe démocratique pour la société.

C'est l'histoire qui est en mouvement. Dans le sens où toute la pensée de l'auteur se déploie. Cet imaginaire permet de redorer le blason de la jurisprudence et de la coutume. Ce sont, en effet, les constructions les plus lentes qui peuvent entourer les groupes sociaux à caractère spontané. C'est au travers du renouvellement de la méthode, pour l'enseignement des études juridiques que, ce penseur se démarque le plus. Il considère que la méthode dogmatique, ne permet pas de tout comprendre, de la réalité sociale et juridique. Cela ne signifie pas qu'il la rejette pour autant. Bien au contraire, il la renouvelle et l'inonde, avec l'empirisme anglo-saxon et certains aspects de l'Ecole germanique romantique du XIX^e siècle. Esmein est donc à la croisée des chemins, entre le conservatisme dogmatique avec les Ecoles de droit du début du XIX^e siècle, et le libéralisme anglo-saxon. Héritier du légicentrisme de Rousseau et de la conception du régime représentatif de Sieyès, ce penseur a dû évoluer dans certains cadres de pensée déjà préconçus, qui ont évolué sous la pression des forces sociales ; ces nouvelles forces sociales venant du mouvement général de la société démocratique. Esmein redécouvre la société, comme figure sociale, c'est-à-dire capable de sécréter par elle-même des normes. Une question se pose dès lors : Remet-il en cause les piliers du droit français, et ce, sur un plan général ? Tout en maintenant l'unité de législation pour la France, il accepte que ce système puisse à son tour prendre en compte les mouvements de la société, pour que la loi ne soit pas trop figée. L'affirmative ou la négative ne sont pas des réponses pleines et entières. La manière dont il répond est nuancée, tout comme le reste de sa pensée ; pensée qui est au croisement du conservatisme et du libéralisme.

Esmein ouvre une brèche qui semble conduire vers la reconnaissance de nouvelles normes ; ce qu'il entend démontrer c'est que les normes ne sont pas créées par un pouvoir centralisé, mais qu'elles se transmettent et évoluent formellement d'une génération à l'autre. Le renouveau des études juridiques entraîne un intérêt pour ces sources du droit, que constituent la coutume et la jurisprudence. Il est intéressant de noter que la hiérarchie proposée par les Physiocrates quant aux différents échelons des assemblées, se retrouve aussi dans sa croyance en une hiérarchie interne des normes. La

norme suprême demeure la loi, prise au sens formel, c'est-à-dire d'acte législatif ; la Chambre des Députés étant l'organe central de toute la vie politique et symbolique des débuts de la III^e République. La doctrine, par « l'arrêstographie » selon l'expression du Professeur Poumarède, prend acte de cette nouvelle préoccupation. Dans les deux cas, en matière normative et pour la prise de décision politique, l'unité de législation ne signifie pas l'unité en matière de sources du droit. Donc, il ne peut y avoir véritablement de point fixe et absolu. C'est la Nation, en tant que principe objectif d'une société, qui transmet les formes de la législation, et ce, de manière diffuse.

S'agissant de la Nation chez Esmein, plusieurs remarques peuvent être faites. La Nation est un point d'attache symbolique, mais aussi un ensemble objectif d'éléments caractérisant le peuple. La Nation c'est avant tout une communauté de l'imaginaire ; virtuellement, elle incarne la continuité historique du mouvement de l'histoire. L'histoire du droit et des idées politiques permettent au passé d'innover encore, et de ne pas accorder de crédit à la rupture en trompe-l'œil de 1789. C'est l'étude du passé d'un peuple, dans une vision littéraire. Esmein semble plus proche de Seignobos ou Lavisson que des grands auteurs romantiques de la première moitié du XIX^e siècle. En effet, il se défie des manifestations spontanées populaires sur la place publique. La Nation est donc le siège des passions atténuées, où l'on n'examine plus la Révolution de 1789 avec un a priori idéologique. Cela manifeste, au travers du prisme de la Révolution, et pensé exclusivement en ces termes une certaine attitude du juriste.

La manière dont il conçoit le juriste et sa place paraissent d'une extrême importance. Esmein devient dès lors lui-même ; véritablement inscrit dans une réflexion, non certes pour enfermer toute réflexion dans un cadre idéologique par trop formalisé, mais pour démontrer que la démocratie est une forme et une pensée sociale. Ce cadre semble bien décrit et peint par Edgar Faure. Ce dernier a préfacé l'ouvrage de Papillard sur Désiré Dalloz : « *En politique Désiré Dalloz demeure essentiellement un juriste, c'est-à-dire un modéré et un libéral. Il appartient à cette école du libéralisme juridique, dont Benjamin Constant avec son fameux diptyque de la liberté garantie et de la liberté participation, peut être tenu pour le chef de file et demeure, jusqu'à nos jours, l'inspirateur.* »⁷⁵³ La liberté garantie est celle que la doctrine appelle les droits de première génération. Ce sont des garanties, d'abord législatives puis constitutionnelles. Esmein a l'air d'ailleurs assez favorable à un renforcement du juge à cet égard. Les modalités sont à discuter ensuite. Quant à la liberté participation, ce sont essentiellement

⁷⁵³ Désiré Dalloz, Fr. Papillard, 1795-1869, p. VII de la préface, Librairie Dalloz, 1964

les opérations électorales, qui supposent en amont une éducation familiale et républicaine du pays ; enseignement qui doit être entretenue.

Esmein a des idées de juste-milieu. C'est une inclination décelable dans l'économie et son soutien aux Physiocrates. Il admire certains penseurs de ce courant de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Remarquable, en effet est ce discours, mais ce que l'auteur retient c'est surtout la concentration à différents niveaux, d'assemblées représentatives. Chaque échelon administratif a un organe de débat et de délibération. Toutefois, il retient l'excellence de l'organisation économique et la défense du droit de propriété. Malheureusement, la Physiocratie ou les Physiocraties pèchent par une carence de sentiment politique. Ce paradigme intellectuel manque de souffle pour le XX^e siècle. La République poursuivra son projet social et économique au-delà de ces propositions. C'est l'Etat, qui vise à corriger les déséquilibres, en prenant en compte et en investissant le champ qui, jusque-là, relevait du domaine privé de l'individu, ou de l'Eglise. Esmein ne semble pas rejeter le modèle social de Bismarck pour le II^e Reich. Le fait que l'Etat intervienne, au travers du contrat de droit privé, pour pénétrer dans le domaine social.

Toutefois, il convient de noter cette information : Esmein ne cherche pas à greffer un élément externe à la culture française, autoritairement et abstraitement. Le droit baigne dans tellement d'aléas, de contradictions, car il est œuvre humaine. Les circonstances de l'histoire l'entourent, lui faisant subir une désacralisation. C'est ce renouvellement de la méthode au cours du XIX^e siècle ; mouvement issu, paradoxalement, du romantisme germanique. Les codifications donnent une image trop mécanique du droit. Le droit ne vient pas de causes premières. Il reflète désormais, avec cet auteur, une nouvelle tendance. Une convergence de différents fragments de la réalité l'entourent. Le droit est dans le mouvement de l'histoire ; il est d'une nature mouvante et fait l'objet de préoccupations quasi sociologiques. L'histoire du droit démontre que, le droit n'est pas d'une logique mathématique ou déterministe, comme le laissait sous-entendre la méthode dogmatique déductive. Par son induction et la modification des questionnements qu'elle entraîne, la méthode proposée par Esmein met en avant les continuités générationnelles diffuses.

S'agissant de l'Etat, cette personne morale doit remplir un certain rôle. Il s'agit, pour lui, d'encadrer l'activité des hommes et d'assurer l'uniformisation d'un certain sentiment national sur tout son territoire. Il ne s'agit pas de cette attitude décrite par Yves Renouard : « *Non pas qu'il ne puisse être expédient un jour, dans une France décentralisée, de confier aux grands administrateurs locaux de larges pleins pouvoirs.*

Mais cette décentralisation suppose l'unité nationale acceptée et, avec elle, la loi française et non un fédéralisme déchiqueté par des régimes d'exception provinciale... Herr alors nous reconfortait. On put empêcher les répercussions les plus dangereuses de l'inepte agitation autonomiste sur les destinées françaises. »⁷⁵⁴ Il semble qu'Esmein ait une communauté de pensées avec cette citation de Renouard ; c'est le maintien d'un système d'unité, comme cela peut être noté avec l'admiration des codifications successives que la France a commencé à connaître avec la monarchie, à partir du XIV^e siècle et qui s'est poursuivi jusqu'au XIX^e siècle. Le droit est l'œuvre du temps et des hommes. Même si le rêve d'Esmein se rapproche des Physiocrates, avec les assemblées existant à chaque échelon administratif, et liées les unes aux autres, du niveau local jusqu'à l'Assemblée Nationale. Cela suppose un noyau indéfectible, porteur d'unité, afin d'assurer la logique de son système. Cela doit assurer une société plus démocratique.

La vision de la société et des hommes semble obéir à un schéma de pensée qualifié de « révolutionnaire » en 1789, puis de bourgeois par les marxistes. Bourgeois signifiant qu'il a atteint un certain stade de développement ; paradigme désuet de la société des hommes. C'est bel et bien la pensée individualiste, issue de la philosophie des Lumières du XVIII^e siècle qui, irradie toute cette pensée féconde.

L'idée de Nation, centrale chez Esmein est un élément dominant. Néanmoins, sa pensée n'est pas organiciste, car elle repose sur le postulat des Lumières ; il étudie les régimes politiques qui mettent en avant la liberté politique. Donc, c'est la place qu'aura l'individu, c'est-à-dire la libération de tout son potentiel. Ce potentiel, s'inscrivant à son tour dans la société, en tant que normes sociales, puisqu'il s'agit d'un discours sur le droit. Montesquieu et Sieyès ont beaucoup influencé sa pensée politique et son cheminement intellectuel. Comme Montesquieu, il se passionne pour les régimes politiques qui ne prennent en compte que la valeur de l'individu. Les régimes politiques qui déshumanisent la personne humaine sont donc exclus du club des sociétés démocratiques.

Si l'on s'en tient aux définitions transmises par la culture dite classique, un pays existe à condition que deux éléments soient objectivement mesurables : la notion d'Etat et celle de Nation. La Nation relève d'un imaginaire de la communauté des individus, pris en société chez Esmein. Elle est au cœur de l'histoire du droit et de son projet, puisqu'elle assure la continuité temporelle de la France. Il est évident qu'elle est liée à l'Etat et aux progrès de la monarchie ; le renforcement de la centralisation et la

⁷⁵⁴ L'unité et la civilisation de la France, aux racines de l'exception française, Yves Renouard, Editions Pyré Monde, p.12, 2007

désintégration de la féodalité, par le truchement juridique. Il s'agit de la réinterprétation juridique de l'Edit de Quierzy-sur-Oise, en 877. Par la concession, du roi à l'égard des aristocrates locaux, la féodalité a été possible, donc à terme, elle semble détruite dans l'imaginaire juridique.

Il est certain que l'énergie de la société les fasse permuter, dans certaines directions, ayant leurs propres contradictions. « *Sans le savoir, la France est fédéraliste. Sauf pour de rares et grands esprits, en pointe sur l'opinion énoncée et les sentiments confus, (...) la France n'est pas une Nation.* »⁷⁵⁵ Cela signifie que lors de l'année 1789, existait une conscience profonde chez les intellectuels, héritiers des Lumières, de constituer une Nation. Cela suppose un cheminement vers la Nation. Autour du roi et du peuple, la Nation semble subsumer cet ensemble. Peut-on calquer le modèle de 1789, si fragmentaire soit-il, sur de vieilles réalités ? Héritées elles-mêmes des anciens ordres de la société médiévale et d'Ancien Régime, auxquels il a fallu mettre fin juridiquement, par l'abolition des privilèges personnels et réels, lors de la nuit du 4 août 1789. Cela démontre qu'Esmein accepte le projet de Sieyès, d'une société reposant désormais sur le régime représentatif, assurant dès lors la participation d'individus libres et égaux en droit, tant dans le régime de droit public que de droit privé.

De plus, il convient de préciser que jusqu'à 1789, la monarchie semble impuissante pour opérer des réformes de structure. Pris au sens contemporain, c'est-à-dire, d'administration uniforme, sur un plan organique et prenant des décisions valables pour tous, l'Etat est à bout de souffle. « *Mais qu'est-ce un Etat où la désobéissance, selon le mot de Lavissee, tempère encore l'absolutisme ?* »⁷⁵⁶ En face du roi, car c'est bien de cela dont il s'agit, la désobéissance à un certain sens ; en conserve-t-elle un encore dans une société dite démocratique, où c'est le peuple qui se représente, et se fait spectacle à lui-même ? Non, car selon l'auteur étudié, l'absolutisme ne favorise pas la liberté de conscience et la liberté de participation. En cela ces positions sont similaires à celles de l'auteur étudié au cours de ce travail. Or, pour favoriser les libertés et le droit dans une société, encore faut-il que celui-ci trouve une intégration mieux institutionnalisée.

Esmein semble moderne à certains égards. La fascination qu'il éprouve pour le modèle constitutionnel des Etats-Unis constitue un point d'analyse non négligeable. C'est la garantie des droits à travers toute la société ; le rôle du juge y est central, de ce point de vue-là. Semblant reprendre quelque la notion de jury constitutionnaire de

⁷⁵⁵ 1789, *Les Français ont la parole*, Professeurs Goubert et Denis, folio histoire, p.10, mai 2013

⁷⁵⁶ Ibid. p.10

Sieyès, puis les Sénat des Ier et Second Empire, Esmein accorde une grande importance à la protection des droits fondamentaux. D'un point de vue normatif, il soutient le contrôle de constitutionnalité. Esmein est un juriste républicain. Républicain est pris dans le sens normatif et d'agencement institutionnel, pour protéger les empiètements des différents pouvoirs, à l'égard de la liberté de l'individu.

S'agissant de ce qu'il est convenu d'appeler droits de première, deuxième, troisième, etc. génération, ce penseur se rangerait plus volontiers dans la conception libérale de la première génération. En matière économique, il ne souhaite pas que l'Etat y intervienne. Il prend l'exemple des Français en Argentine, dans son arrêt de jurisprudence qu'il commente. Compte-tenu de ces relations avec Jules Ferry, alors Ministre de l'Instruction Publique, puis Président du Conseil, il semble soutenir la colonisation, ou du moins la présence de Français hors de chez eux. Les droits de la première génération insistent surtout sur la liberté, au sens le plus empirique, c'est-à-dire le « sanctuaire même des rêves internes » qui, assure les rapports sociaux. « *Pour laisser à chacun une sphère privée de décision et de choix, encore faut-il que tous ou la plupart veuillent vivre ensemble et reconnaissent un même système d'idées pour vrai, une même formule de légitimité pour valable. Avant que la société puisse être libre, il faut qu'elle soit.* »⁷⁵⁷ Cette citation d'Aron est toujours vraie. Esmein ne partagerait pas les vues des penseurs dits de communisme d'Etat où les individus sont englobés par un pouvoir politique, où tout se ramène au politique, sans qu'il n'y ait plus de politique.

La Révolution de 1789 a créé cette illusion de géométrie avec l'homme abstrait. Esmein, au travers de l'histoire du droit a cherché à démontrer que cela n'était qu'un miroir aux alouettes. Il s'inscrit en faux contre le déterminisme. Il détruit les figures des dieux et des héros, que chaque époque produit. L'esprit géométrique ne doit point triompher. On peut retenir Giono : « *Là encore vous ne voyez ni source ni aboutissant. Et, je ne parle pas au point de vue historique, mais je parle de l'exercice quotidien de la vie qui est la véritable histoire.* »⁷⁵⁸ L'histoire du droit est une méthode, somme toute relative et provisoire, qui permet l'enracinement de l'état démocratique en tant que forme et force sociale. Il convient de citer une analyse conceptuelle, pertinente, du Professeur Howard. Il oppose les Etats-Unis à la France. Dans le cadre américain, une sorte d'égalité existait déjà du temps de l'ère coloniale, malgré l'exclusion des Indiens et des Noirs. « *Une République fut donc créée pour limiter l'arbitraire du pouvoir et*

⁷⁵⁷ Raymond Aron, *Liberté et égalité*, Cours au Collège de France, éditions EHESS, octobre 2013, in La définition libérale de la liberté, 1961, p.16. Dans *Les sociétés modernes*, Serge Paugram, Paris, PUF collection Quadrige, 2006, pp.627-646

⁷⁵⁸ Jean Giono, *Provence*, Folio, 2004, p.101

*garantir la démocratie sociale. Il en est résulté ce que j'appelle une démocratie républicaine. »*⁷⁵⁹

Cet état démocratique existait déjà, sous sa forme sociale. Cet état social dans lequel il n'existait pas une société hiérarchisée comme en Europe. Quant à la République, c'est l'agencement constitutionnel des pouvoirs. En France, en revanche, le contexte est différent, car la société présente un visage hiérarchisé. « *La France, à l'inverse cherchait à créer une république démocratique. Les révolutionnaires de 1789 se saisirent de l'Etat pour réaliser l'égalité et mettre à bas les privilèges. »*⁷⁶⁰

Le Royaume-Uni, les Etats-Unis et la France fascinent Esmein, car ils font partie de ce groupe occidental partageant à peu près les mêmes idées politiques. Celles qui vont dans le sens de l'individualisme libéral. Les Britanniques en 1689 ont restauré le roi, pour maintenir à nouveau une aristocratie et des coutumes médiévales. Les Etats-Unis ont agencé le pouvoir selon une inspiration républicaine, héritée de l'ancienne métropole. C'est la division du pouvoir et le mandat électif, tant au niveau de l'Exécutif que du Législatif. Pour le judiciaire, certains juges sont élus. Toutefois, il existe une différence fondamentale entre les deux Etats ; les Britanniques connaissent un système centralisé, tandis que les Américains attribuent des compétences à l'organe fédéral. Peu importe, au fond, les formes que prennent les différentes Nations, car il s'agit de leur héritage historique. Ce qui compte pour Esmein, c'est le régime représentatif. Il ne croit pas en la démocratie directe, qu'il juge impossible et dangereuse.

Chaque système évolue à l'intérieur de limites bien définies, par la tradition historique et la prégnance de mentalités qui, constituent l'opinion publique d'un pays. Il est par conséquent impossible, voire démesuré de le modifier au nom de principes abstraits ; rien, ni personne, pour modifier cela. « *Partir de ce qui est, c'est, pour Aron comme pour Aristote, partir des opinions qui font autorité dans la société considérée. Partir des opinions, (...) ce n'est pas partir des idées en tant qu'elles ont été élaborées par la philosophie ou la science, mais en tant qu'elles orientent les évaluations et les actions des hommes. »*⁷⁶¹

Esmein a cherché à concilier l'héritage du passé avec l'œuvre de la Révolution de 1789 ; une Révolution qui inonde tout le champ d'investigation au XIX^e siècle ; elle est enfin présente en 1875 et bien parvenue aux affaires pour présider aux destinées du pays. De ce fait, ce juriste légitime l'idéologie de 1789, en soutenant la III^e République.

⁷⁵⁹ *Le Monde*, Professeur Dick Howard, Professeur émérite à l'Université Stony Brook (New-York), Décryptages, Regards sur la France, « Renouer avec le politique. » p.18, Mardi 5 novembre 2013

⁷⁶⁰ Ibid. p.18

⁷⁶¹ *Liberté et égalité*, Raymond Aron, op cit, pp.21-22

Le droit public a progressivement établi les mécanismes de représentation et le droit privé a consacré la liberté de l'individu, en matière de contrat et de propriété. « *La III^e République naissante assume enfin tout l'héritage national au nom du peuple, parce qu'elle est elle-même, enfin, au bout de presque un siècle, la Révolution Française au pouvoir : cette figure provisoire, mais qui s'avérera relativement durable, que constitue un pouvoir conservateur gouvernant au nom des valeurs révolutionnaires.* »⁷⁶²

⁷⁶² L'atelier de l'histoire, François Furet, op cit, p.119

BIBLIOGRAPHIE

I : LES SOURCES

ARCHIVES NATIONALES : SITE DE PIERREFITTE-SUR-SEINE

F/17/2833 : Bulletin des Sciences économiques et sociales, juin 1903, Rapport sur le Congrès anthropologique.

Une lettre adressée par Esmein au Ministre de l'Instruction Publique, en mars 1901
Document officiel de la République Française du Ministre de l'Instruction Publique et des Beaux-Arts, arrêté du 12 mars 1883, Section des Sciences Economiques et Sociales, du Comité des travaux historiques et scientifiques

AJ/16/214 : Des précisions quant à certaines revues

Un document officiel du Ministère de l'Instruction Publique, distinction honorifique. Académie de Paris, Faculté de droit, à propos d'un cours dont est chargé Esmein depuis 1881 ; le cours d'histoire générale du droit français. Correspondance entre le Doyen et le Ministre de l'Instruction Publique, lettre privée du 11 mai 1888
Correspondance entre Esmein et le Doyen, du 13 juillet 1892, à propos de problèmes de santé. De plus, une lettre de 1899, réitérant les problèmes de santé.

F/17/23163

Officier d'Académie le 17 janvier 1881

Lettre d'Esmein au Directeur de la Section Permanente du 19 janvier 1899

F/17/25770

Une liste d'articles d'Esmein

Enseignement Supérieur : Renseignement confidentiel entre le Ministre de l'Instruction Publique et l'Académie de Paris, mai 1882

Enseignement Supérieur et Académie de Douai : 1879, renseignements confidentiels.

Esmein était avocat avant de rentrer à l'Université, notice individuelle

Renseignements confidentiels du Ministre de l'Instruction Publique, 1878

En 1911, Esmein est élevé à la dignité de Commandeur de l'Ordre de Léopold, conférée par Sa Majesté, le roi des Belges

AJ/16/1063

II OUVRAGES D'ESMEIN

A : LES OUVRAGES

Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année, 14^{ème} édition, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921, Paris,

De la collatio bonorum et de la collatio dotis et Des rapports à succession, thèse en droit romain et thèse en ancien droit français sous la direction de Paul Gide, Paris, Donnaud, 1872, 409 pages

Eléments de droit constitutionnel, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, Larose, 1896, 1^o édition, 750 (841) pages

Eléments de droit constitutionnel, Paris, 2^{ème} édition, 1899, le titre change et devient : Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 794 pages

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 3^{ème} édition, 1903, 884 pages

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 4^{ème} édition, 1906, 972 pages

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 5^{ème} édition, 1909, 1154 pages

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 6^{ème} édition, 1914, mise à jour par Joseph-Barthélémy et rééditée par les éditions Panthéon-Assas en 2001, avec une préface du Professeur Chagnollaud, 1246 pages

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 7^{ème} édition, mise à jour par Henry Nézard, 1921, 2 volumes

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 8^{ème} édition, 1927-1928, mise à jour par Henry Nézard, 2 volumes

Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne,

Paul Gide, deuxième édition avec une notice biographique, des additions et notes par Esmein, 2^{ème} édition, Paris, Larose et Forcel, 1885, 588 pages

Gouverneur Morris, un témoin américain de la Révolution Française, Paris, librairie Hachette, 1906, 386 pages

Histoire de la Procédure Criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^o siècle jusqu'à nos jours,

Paris, Larose et Forcel, 1882, 596 pages

Histoire du droit public, Doctorat politique, Les Etats Généraux de la seconde moitié du XVI^o siècle et les théoriciens de la liberté politique en France dans la seconde moitié du XVI^o siècle, Les cours de droit, A.Grujon,

Le mariage en droit canonique, 2 volumes, Paris, Larose et Forcel, 1891, 431 et 391 pages

Mélanges d'histoire du droit et de critique (droit romain), Paris, Larose et Forcel, 1886, 420 pages

Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 : Révolution, Consulat et Empire, Librairie de la Société du Recueil Jean-Baptiste Sirey et du Journal du Palais, ancienne maison Larose et Forcel, 1908, 1911, 382 pages

B : ARTICLES D'ESMEIN

Une survivance qui disparaît : The Demise of the Crown Act,
Annales des Sciences Politiques, 1903, pp.97-116

Annuaire de législation étrangère, lois de 1878, 1879, 8^{ème} année, pp.126-137, Prusse : notice générale sur les travaux du Landtag pendant la session de 1877-1878

Annuaire de législation étrangère, lois de 1881, 11^{ème} année, 1882, p.260 : Grand-Duché de Hesse, notice sur les principales lois promulguées en 1881

Annuaire de législation étrangère, lois de 1882, 12^{ème} année, 1883, pp.408-409 : Grand-Duché de Hesse, notice sur les lois promulguées en 1882

Annuaire de législation étrangère loi de 1883, 13^{ème} année, 1884, pp.119-157, loi du 15 juin 1883 concernant l'assurance des ouvriers contre les maladies

Annuaire de législation étrangère loi de 1884, 14^{ème} année, 1885, pp.121-173, loi sur l'assurance contre les accidents du 6 juillet 1884

Annuaire de législation étrangère, lois de 1885, 15^{ème} année, 1886, pp.97-105, loi du 28 mai 1885 concernant l'extension de l'assurance contre les accidents et les maladies

Annuaire de législation étrangère, lois de 1886, 16^{ème} année, 1887, loi du 5 mai 1886 concernant l'assurance contre les accidents et contre les maladies des personnes employées dans les exploitations agricoles et forestières, pp.110-137

Annuaire de législation étrangère, publié par la Société de législation comparée contenant le texte des principales lois votées dans les pays étrangers en 1887, 17^{ème} année, 1888, pp.207-232 : loi du 11 juillet 1887 concernant l'assurance contre les accidents des personnes employées dans les travaux de construction.

La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?

Rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code Civil,
Bulletin de la société d'études législatives, 1905, Paris, Arthur Rousseau, pp.533-544

Notes sur le Cartulaire de l'église d'Angoulême,
Bulletins et mémoires de la société archéologique et historique de la Charente, 1902,
7^{ème} série, tome II, pp.105-137

Un contrat dans l'olympie homérique,
Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'Ecole française de Rome, Paris, 1888, Tome
VIII, pp.426-436

L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques,
Mélanges Fitting, Tome 1, 1908

Le délit d'adultère à Rome,
Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 2^o année, 1878, pp.1-35 ;
pp.397-442

Charles Giraud, Notice sur sa vie et ses écrits juridiques,
Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1883, pp.229-247

Le serment promissoire en droit canonique,
Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1888, pp.248-277 et pp.311-352

Comptes rendus critiques Ancien Droit. A Blumenstock, der Papslitche schutz in
Mittelalter Innsbruck 1890 et Paul Fabre, etude sur le liber censum de l'Eglise romaine,
Paris, Thorin, 1892, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1894,
pp.138-147

Etude sur les contrats dans le très Ancien Droit français,
Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1880, (pp.659-699), 1881
(pp.21-43), 1882 (pp.35-75), 1883 (pp.99-139)

Sur l'histoire de l'usucapion,
Nouvelle revue historique de droit français et étranger 9^o année, 1885, Paris, Larose et
Forcel, pp.261-302

Les baux de cinq ans en droit romain, Nouvelle revue historique de droit français et
étranger, 10^o année, Paris, Larose et Forcel, 1886, pp.1-10

La chose jugée dans le droit de la monarchie franque, Nouvelle revue historique de droit
français et étranger, 11^o année, Paris, Larose et Forcel, 1887, pp.545-556

Nouveaux fragments de l'édit d'Euic,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1889, pp.428-435

La juridiction de l'Eglise sur le mariage en Occident,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1890, pp.173-221

La propriété foncière dans les poèmes homériques,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1890, pp.821-845

La nature originelle de l'action Rei Uxorise,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1893, pp.145-171

Un chapitre de l'histoire du droit des contrats en droit anglais,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1893, pp.555-566

Nouvelles théories sur les origines féodales,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1894, pp.523-544

Rapport présenté au Conseil Supérieur de l'Instruction Publique, au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de réorganisation de l'agrégation des facultés de droit, suivi d'un arrêté portant organisation de l'agrégation des facultés de droit, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 21^e année, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, ancienne Maison Larose et Forcel, 1897, pp.39-61.

Le même document existe aussi dans *Les Annales des facultés de droit*, Numéro 1, 1984, L.G.D.J, pp.119-134

La coutume primitive dans un conte populaire,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, Paris, Larose, 1900, Tome XXIV, pp.5-25

La théorie de l'intervention internationale chez quelques publicistes français du XVI^e siècle, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, pp.549-574

Le droit comparé et l'enseignement du droit,

Nouvelle revue historique de droit français et comparé, Tome XXIV, 1900, pp.489-498

Léon Michel, notice nécrologique d'Esmein,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 25^e année, 1901, pp.93-97

Calixte Accarias, notice nécrologique d'Esmein,

Nouvelle revue historique de droit français et étranger, Tome XXVIII, 1904, pp.80-90

Le jugement de Daniel,
Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1907, pp.729-754

L'Ecole du régime domanial,
Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1911, 35^o année, Librairie de la société du Recueil Sirey, Larose et Tenin, Directeurs, pp.331-347

Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, administrative et de droit public, fondé par J.-B. Sirey, 1898, Paris, Tome I, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, ancienne maison Larose et Forcel, p.17, Note Esmein, Cass, Req, 29 juin 1897

Recueil général des lois et des arrêts, Tome II,
Haute Cour de Justice du 14 août 1889, note Esmein, p.245

Recueil général des lois et des arrêts,
1900, Paris, tome II, Haute Cour de Justice, 18 septembre et 15 novembre 1899, note Esmein, p.289

Recueil général des lois et des arrêts, 1901,
IIème partie, Haute Cour de Justice, 13 novembre 1899, p.4 note Esmein

Recueil général des lois et des arrêts, 1902, tome II, Haute Cour de Justice, 24 juin 1901, p.257

Recueil général des lois et des arrêts, 1903, Tome I, Cass, Crim, 13 mars 1903, note Esmein, p.245

Deux formes de gouvernement, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1894, Tome I, pp.5-41

La Constitution du Protectorat de Cromwell,
Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1899, Tome XII, pp.139-218 et pp.405-442

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, pp.5-14

Sur quelques lettres de Sidoine Apollinaire,
Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, 1885, Paris, Ernest Thorin, IX^o année, pp.301-431

La licence en droit et le droit romain,
Revue Internationale de l'Enseignement, 1902, pp.289-307, tome 44^{ème}, juillet à décembre

Quelques mots sur l'enseignement du droit romain,
Revue Internationale de l'Enseignement, 1907, pp.16-18

De la délégation du pouvoir législatif, à l'occasion du projet dit « des pleins pouvoirs », présenté par M. Crispi au Parlement italien,
Revue politique et parlementaire, 1894, Tome I, pp.200-224

Le Criminal Evidence Act de 1898 et le serment des accusés en Angleterre,
Revue Politique et parlementaire, 1898, Tome XVIII, pp.347-359

Notes de jurisprudence parlementaire, I, Les additions aux ordres du jour motivés, Revue Politique et parlementaire, 1901, t. XXVII, pp.502-510

Notes de jurisprudence parlementaire, II, La déchéance des députés et des sénateurs,
Revue Politique et parlementaire, 1901, Tome XXVIII, pp.295-314

Les Jésuites devant les tribunaux anglais,
Revue Politique et parlementaire, 1902, Tome XXXIII, pp.357-364

Les premières idées politiques de Taine,
Revue politique et parlementaire, 1903, Tome XXXV, pp.154-168

La démocratie et l'organisation des partis politiques de M. Ostrogorski,
Revue Politique et parlementaire, 1903, tome. XXXVII, pp.117-132 ; pp.357-368

Un arrêt de la Cour Suprême de la République argentine,
Revue Politique et parlementaire, 1904, Tome XXXIX, pp.118-125

La loi sur la Séparation et l'encyclique « Gravissimo »,
Revue politique et parlementaire, 1906, Tome L, pp.31-49

Le projet de révision de la Constitution du Royaume de Wurtemberg,
Revue Politique et parlementaire, 1906, Tome XLVII, pp.108-116

Souvenirs de l'année terrible,
Revue Politique et parlementaire, 1906, tome XLIX, pp.316-331

Jeanne d'Arc et son nouvel historien,
Revue politique et parlementaire, 1908, tome LVIII, pp.295-318 et 548-569

Un roman de l'Emigration : Mme de Flahaut peinte par Mme de Souza,
Revue politique et parlementaire, 1908, t.LV, pp.340-358

L'affaire Osborne et la question de l'indemnité parlementaire en Angleterre,
Revue Politique et parlementaire, 1910, Tome LXVI, pp.443-465

La jurisprudence et la doctrine,
Revue trimestrielle de droit civil, tome 1, 1902, pp.5-19. En 2002, dans la même revue,
l'article Doctrine et Jurisprudence : 100 ans après, Professeurs Jestaz et Jamin, pp.1-9

L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes,
Revue trimestrielle de droit civil, Tome 2, 1903, librairie Edouard Duchemin, pp.5-53,
Paris, 1970, Réimpression anastatique de l'édition Paris, 1903 avec l'autorisation de la
maison Sirey, Paris

La Chambre des Lords et la démocratie,
Compte-rendu de l'Académie des Sciences Morales et Politiques, Paris, Picard, 1910, 86
pages

Congrès des sociétés savantes à la Sorbonne, Discours prononcé à la séance générale du
Congrès le samedi 9 avril 1904 par Esmein, membre du Comité des Travaux historiques
et scientifiques et M. Bayet, Directeur de l'Enseignement Supérieur au Ministère de
l'Instruction Publique et des Beaux-Arts, Paris, Imprimerie Nationale, 1904

La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée Constituante, Das
oeffentliche der gegenwart herausgegeben von Jellinek, Labaud und Piloty, Jahrbuch des
oeffentlichen rechts band V 1911, Université de Strasbourg, Don de la famille Esmein,
juin 1920

La maxime « Princeps legibus solutus est » dans l'Ancien Droit public français,
in Essays in legal history read before the international congress of historical studies held
in London, 1913, edited by Paul Vinogradoff, F.B.A, Oxford University Press, pp.201-
214

L'Assemblée Nationale proposée par les Physiocrates,
Extrait du compte rendu de l'Académie des Sciences Morales et Politiques (Institut de
France), Paris, Alphonse Picard et Fils éditeurs, 1904

Le Code Civil 1804-1904, Livre du centenaire,
Publié par la Société d'Etudes Législatives, Tome I, Généralités et études spéciales,
Paris, 1904, pp.5-21, Arthur Rousseau, Présentation du Professeur Halpérin, Dalloz,
2004

Préface d'Esmein pour Le Fédéraliste, de Madison, Jay et Hamilton,
Traduction de Gaston Jèze, Paris, Giard et Brière, 1902, 788 pages

Préface d'Esmein pour l'ouvrage de Tchernoff J, Le parti républicain sous la Monarchie de Juillet, formation et évolution de la doctrine républicaine, Paris, Pedone, 1901, 469 pages

Decem Faciunt Populum,

Mélanges P.F. Girard, Paris, Librairie Rousseau, 1912, pp.1-17

L'effet relatif de la chose jugée, article d'extrait des Mélanges Gérardin, librairie de la société du recueil Jean-Baptiste Sirey et du Journal du Palais, ancienne maison Larose et Forcel, 1907, pp.229-253

Rapport sur les concours pour les prix du Comte Rossi, Concours de 1884, Esmein, Paris, Typographie de Delalain Frères, Imprimeurs de l'Université

Encore un historien de Jeanne d'Arc, M.Adrew Lang, The Maid of France, being the story of the life and death of Jeanne d'Arc, London, 1908, in-8°, pp.62-87 Revue historique, 34^e année, tome 102, septembre à décembre 1909, Paris, Félix Alcan éditeur, 1909,

III : LES OUVRAGES GENERAUX

A : OUVRAGES

Précis de droit romain contenant avec l'exposé des principes généraux des textes, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien,
Calixte Accarias, 3^{ème} édition, Tome premier, Paris, Cotillon et Cie, 1882

Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction des Professeurs Alland et Rials,
PUF, Quadrige, dicos poche, 2007

Histoire contemporaine politique et sociale,
PUF, 1989, Professeur Antonetti,

Les juristes face à la société du XIX^{ème} siècle à nos jours,
PUF, Collection Sup, 1975 Professeur Arnaud André-Jean

Démocratie et totalitarisme, Raymond Aron, folio essais, 1987

Introduction à la philosophie politique, Démocratie et révolution,
Raymond Aron, Le Livre de Poche, Références Inédit, 2010

Les étapes de la pensée sociologique,
Raymond Aron, tel Gallimard, 2007

Liberté et égalité : cours au Collège de France, Raymond Aron,
éditions EHESS, Préface du Professeur Manent, 1978, édition d'octobre 2013,

Sieyès et sa pensée, Bastid Paul,
Thèse pour le doctorat ès Lettres présenté à la Faculté des Lettres de l'Université de
Paris, Librairie Hachette, 1938

La démocratie libérale, sous la direction du Professeur Berstein,
PUF, Histoire générale des systèmes politiques, 1998, Professeurs Duverger et Sirinelli,

Le modèle républicain, Politique d'aujourd'hui, sous la direction de Serge Berstein et
d'Odile Rudelle, PUF, 1992

Les manuels des historiens des facultés de droit sous la III^e République : histoire du
droit ou histoire des institutions ? Professeur Bonin, pp.455-481

La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente,
Bordeaux, Delmas éditeur, 1933, J. Bonnecase

La passion de la modération d'Aristote à Nicolas Sarkozy,
Daloz, Collection les sens du droit, juin 2011, Professeur de droit public à l'Université
de Reims, Professeur Boudon Julien

Hommage à Romuald Szramkiewicz,
Paris, Litec, 1998, pp.388-389, Bouineau J., racines universitaires de Romuald
Szramkiewicz,

Les écoles historiques,
Professeurs Bourdé et Martin, Histoire, Points, 1997

La République et l'universel,
folio histoire, septembre 2002, Professeur Bouretz,

Sieyès, la clé de la Révolution Française,
Jean-Denis Bredin, Editions de Fallois, Paris, 1988

Ecrire la Révolution Française, deux siècles d'historiographie,
Ellipses, 2011, Professeur Brégeon,

Dictionnaire de la pensée politique, hommes et idées,

Hatier, Collection J. Brémond, 1987

Charles Giraud, essai sur sa vie et sur ses œuvres,

J. Cabassol, Président de Chambre à la Cour d'Appel, Secrétaire perpétuel de l'Académie d'Aix, Aix-en-Provence, Paul Roubaud, 1924, pp.1-46

La société féodale,

J. Calmette, Armand Colin, 7^{ème} édition, 1958

Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919),

Livre du cinquantenaire de la Société de Législation comparée, Article d'Henri Capitant : Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans, pp.1-80

Histoire des universités,

Professeurs Charle et Verger, PUF, 2007 Que sais-je ?,

Le mythe national, l'Histoire de France revisitée,

Professeur Citron, Les éditions de l'Atelier, 2008

L'absolutisme en France, Histoire et historiographie, L'histoire en débats, Professeurs

Cosandey et Descimon, Points, Inédit, Histoire, 2002

Fraternité et Révolution Française,

Marcel David

La souveraineté du peuple,

Marcel David, PUF, Questions Mars 1996

Les fondements du social : de la III^e République à l'heure actuelle,

Marcel David, Janvier 1993, Anthropos historiques

Les courants historiques en France XIX-XX^e siècle,

Professeurs Delacroix, Dosse, Garcia, folio histoire, 2007

La démocratie imparfaite,

Professeurs Donegani et Sadoun folio essais inédit, 1994

Charles de Gaulle, la jeunesse et la guerre, 1890/1920,

Fondation Charles de Gaulle, Plon 2001, sur Paul Viollet par Vincent Duclert

Quand les juristes inventent le réel,

Professeur Edelman, Le Bel aujourd'hui, Hermann, 2007

L'atelier de l'histoire,

François Furet, 1989, Champs Flammarion, 2007, Malesherbes

La République, sa perception constitutionnelle par les Français,

Michel-Henry Fabre, Edisud, 1988,

Une corporation parisienne pendant la Révolution (les notaires),

Foiret, Préface de Paul Viollet, membre de l'Institut, Paris, Librairie ancienne Honoré Champion Editeur, 1912

Réforme de la loi de 1884 sur les syndicats professionnels, rapport présenté par M. Paul Fournier, Membre de la Chambre de Commerce et adopté par la Chambre de Commerce de Marseille dans sa séance du 8 décembre 1905, Chambre de Commerce de Marseille, 1906

Réponse à la circulaire ministérielle du 5 mars 1887,

Université de France, Faculté de droit de Grenoble, 1887, Paul Fournier

La Révolution Française,

François Furet, Denis Richet, Fayard, 2000,

Histoire du Parlement de 1789 à nos jours,

Préface de Jean-Louis Debré, ancien Président de l'Assemblée Nationale (2002-2007), p.246, « L'âge d'or de la République parlementaire, 1870-1914, Jean Garrigues, Armand Colin, février 2007,

La pensée politique d'Hippolyte Taine : entre traditionalisme et libéralisme,

Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, 398 pages Professeur Gasparini, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Centre d'Etudes et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques

Les juristes et la vie politique de la III^e République,

Yves-Henri Gaudemet, PUF, 1970, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Série science politique, numéro 21

Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien, Mémoire couronné par l'Institut, Académie des Sciences Morales et Politiques, Paul Gide, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, Ernest Thorin, 1867

Histoire du droit romain ou introduction historique à l'étude de cette législation,

Charles Giraud, Membre du Conseil Royal de l'Instruction Publique, Paris, Videcoq, Librairie Place du Panthéon, Aix-en-Provence, 1847

Précis de l'Ancien droit coutumier français,
Charles Giraud, Paris, Auguste Durand, 1852

Recherches sur le droit de propriété chez les Romains sous la République et sous l'Empire, Charles Giraud, Tome premier, Aix-en-Provence, Aubin, 1838

Etude sur Gaius et sur quelques difficultés relatives aux sources du droit romain,
Ernest Glasson Membre de l'Institut, Professeur à la Faculté de droit, Nouvelle édition complètement refondue, Paris, A.Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1885

Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, étude de législation comparée précédée d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne,
Ernest Glasson 2^{ème} édition, Paris, Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1880

Mélanges d'histoire du droit, institutions primitives et droit comparé : Les rapports du droit français et du droit allemand, pp.1-24 ; Les institutions primitives au Brésil Ernest Glasson, pp.5-28

Les Français ont la parole 1789,
Professeurs Goubert et Denis, folio histoire, 2013

Les notices nécrologiques des professeurs de droit sous la III^e République, Professeur La Berre, Maître de Conférences en droit public à l'Université de Paris-Ouest Nanterre La Défense, pp.63-104

Nouvelle histoire romaine,
Léon Homo, Marabout, 1979

L'idée de République,
Professeur Grange, Agora, Pocket, 2008

Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit,
Dalloz, 2006

Philosophie de la République,
Professeur Kriegel, Plon, 1998,

La République et son droit, 1870-1930,
Professeurs Lamarra, Halpérin, Audren, Colloque de l'année 2008, Besançon,

Les origines du régime parlementaire en France de 1814 à 1848,
Professeur Laquièze, Léviathan, PUF, 2002,

Georges Sorel et le droit

Sous la direction de Carlos Miguel-Herrera, Editions Kimé 2005

Les juristes face au politique, le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République,
Tome 1, sous la direction de Carlos Miguel-Herrera, Editions Kimé, 2003,

Les juristes face au politique, le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République,
Tome II, sous la direction de Carlos Miguel-Herrera, Editions Kimé, 2005

Notice sur la vie et les œuvres de M. Ernest Glasson, par M.Morizot-Thibault, séances
des 22-29 mai 1909, Paris, Institut, 1909-1910, Institut de France, Académie des
Sciences Morales et Politiques

De l'Etat légal à l'Etat de droit, L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste
française (1879-1914), M.J.Redor PUAM, 1992, Claude Nicolet

L'idée républicaine en France (1789-1924),

Claude Nicolet Paris, Gallimard, Tel,

La démocratie et l'organisation des partis politiques,

Ostrogorski, Tome 1^{er}, Paris, Calmann-Lévy, Editeurs, 1903, pp.117-132 ; pp.357-368

Histoire de l'histoire du droit, Centre Toulousain d'histoire du droit et des idées
politiques, Etudes d'histoire du droit et des idées politiques, Numéro 10/2006, Textes
réunis par le Professeur Poumarède, Presses de l'Université des Sciences Sociales de
Toulouse, 2006

Douze leçons sur l'histoire,

Professeur Prost, Points Histoire, 1996

La démocratie inachevée,

Professeur Rosanvallon, Folio histoire, 2003,

Le modèle politique français,

La société civile contre le Jacobinisme de 1789 à nos jours, Professeur Rosanvallon,
Histoire, Points 2006

Les racines de la liberté, Le débat français oublié 1689-1789,

Professeur de Saint Victor, Perrin, 2007

Le droit constitutionnel de la III^e République,

Raymond Saleilles, Traduction et avant-propos par les Professeurs Foulquier et Sacriste, éditions Dalloz, 2010

La République des faibles,

Préface de Michelle Perrot, Professeur Stora-Lamarre, Armand Colin, mai 2005,

Les idées politiques de la France,

Albert Thibaudet, Fonds Paul Mazon, Librairie Stock Delamain et Boutelleau, 1932, Paris

L'empire gréco-romain,

Professeur Veyne, Editions du Seuil

Comité catholique pour la défense du droit,

Paul Viollet 1899-1900, Paris

Mémoire sur la Tanistry,

extrait des Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, Tome XXXII, Paul Viollet 2^{ème} partie, Paris, Imprimerie Nationale, 1891

L'individualisme et le droit,

Préface du Professeur Mélin-Soucramanien, Professeur Waline, Dalloz, 2007, 2^{ème} édition, pp.44-47,

Le savant et le politique,

Maw Weber, Préface de Raymond Aron, Bibliothèques, 2002

Introduction au droit public,

Professeur Zoller, Précis Dalloz, 2006, 1^{ère} édition, Droit Public, Science Politique

La République en France, état des lieux,

Seuil, Libre examen, politique, 1992

Socialisme des juristes,

Cahiers trimestriels, numéro 156, avril-juin 2000, Jean Jaurès, Louis Lévy, Léo Lagrange, Jean Longuet, Société d'études jaurésiennes

B : ARTICLES GENERAUX

La réforme des études de droit, pp.500-502, Bulletin Administratif de l'Instruction Publique,

Les mystères de Byzance, Professeur Dagron, numéro 319, avril 2007, L'histoire

Doctrines et informations générales, L'administration sans Histoire, les courants traditionnels de recherche dans les Facultés de droit, Pierre Legendre, pp.427-432, La Revue administrative, Revue bimestrielle de l'Administration moderne, numéro 124, Juillet-Août 1968,

« L'encombrante figure du légiste, remarques sur la fonction du droit romain dans la genèse de l'Etat », Professeur Krynen, Le débat, Histoire, politique, Société, Gallimard, numéro 74, avril-mai 1993, pp.45-53,

Les sources de la Constitution anglaise, Emile Boutmy, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 2^{ème} année, 1878

Histoire du droit et des institutions de la France, Tome I-III, Ernest Glasson, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1889, XIII^o année, Paris, Larose et Forcel, Comptes rendus critiques, Paris, Pichon, 1887-1889, 3 Volumes, in 8^o,

Histoire du droit civil français, Histoire du droit français avec des notions de droit canonique de Paul Viollet, Membre de l'Institut, Nouvelle revue historique de droit français, 2^o édition, Paris, 1893, Tome XII, in-8^o

La doctrine constitutionnelle et la loi au tournant du XX^{ème} siècle, Professeur Sacriste, pp.41-52, Parlements, revue d'histoire politique, 2009, numéro 11, Les juristes et la loi, l'Harmattan, 2009

Le pouvoir des légistes, Presses Sciences-Po, numéro 32, C'est la faute à Rousseau, Les juristes contre les parlementaires sous la direction de la III^e République, Marie-Joëlle Redor, pp.89-96, Politix, 1995

Rapport adressé à M. le Ministre de l'Instruction Publique des Cultes et des Beaux-Arts au nom de la commission des études de droit, Calixte Accarias, Revue critique de législation et de jurisprudence, juillet 1874, Ministère de l'Instruction Publique, pp.1-66

La notion de régime d'assemblée et les origines de la classification des régimes politiques, Professeur Le Pillouer, Revue française de droit constitutionnel, PUF, numéro 58, avril 2004, Revue trimestrielle

Gabriel Le Bras : Paul Fournier et l'histoire de l'Eglise de France Revue d'histoire de l'Eglise de France, Organe de la société d'histoire ecclésiastique de la France, Directeur : Victor Carrière, Société d'histoire ecclésiastique de la France, Tome XXI, numéro 93, octobre, décembre 1935

Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 2012, numéro 32 :

Revue d'histoire des sciences humaines, 2001, numéro 4 :

La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX^{ème} et XX^{ème} siècles), par les Professeurs Audren et Halpérin, pp.3-7

L'histoire du droit constituée en discipline, consécration ou repli identitaire ? Professeur Halpérin, pp.9-32

Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIX^{ème} siècle, par le Professeur Sacriste, pp.69-94

L'autonomisation d'une discipline, la création de l'agrégation de science politique en 1971, Professeur Milet, pp.95-116

Le Moyen-Age, Revue d'histoire et de philologie, 2^o série, tome VII, tome XVI^{ème} de la collection, Paris (2^{ème}), Librairie Emile Bouillon éditeur, 1903, Comptes rendus pp.33-51 de P. Guilhiermoz, Essai sur l'origine de la noblesse de France au Moyen-Age, Paris, Picard, 1902, in-8

La méthode des sciences sociales, Robert Beudant, pp.469-475, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Tome VI, Paris, Chevalier-Marescq et Cie Editeurs, 1896

La nouvelle agrégation des facultés de droit, pp.573, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Tome VI, Paris, Chevalier-Marescq et Cie Editeurs, 1896, variétés

La crise de la science politique, Maurice Deslandres, pp.1-49 ; 247-287 ; 435-469, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Tome XIII, Paris, Librairie Marescq-Aîné, A. Chevalier-Marescq et Cie éditeurs, 1900

La crise de la science politique, le problème de la méthode, la méthode historique critique, méthode fondamentale de la science politique et ses compléments, Maurice Deslandres, pp.402-450, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Tome XVII, 1901, Paris, Librairie Marescq-Aîné, A. Chevalier-Marescq et Cie éditeurs

L'Angleterre modèle politique ? Picard, numéro 12, 2^{ème} semestre, 2000, Revue Française d'histoire des idées politiques

Revue française d'histoire des idées politiques, numéro 20, 2^{ème} semestre, 2004, Les Physiocrates et la Révolution Française, Picard, Introduction de Philippe Steiner, pp.227-228 et article de Reinhard Bach, Les Physiocrates et la science politique de leur temps, pp.229-259 ; dans les lectures critiques : pp.405-413, Marcel David, Les juristes face au politique ; le droit, la gauche, la doctrine sous la III^o République, sous la direction de Carlos Miguel-Herrera, Kimé, 2003, 196 pages et Par le droit, au-delà du droit, textes sur le socialisme juridique, sélection et introduction de Carlos Miguel-Herrera, Kimé, 2003, 203 pages

La Belle Epoque des juristes catholiques (1880-1914),
par le Professeur Audren, pp.233-271, Revue française d'histoire des idées politiques, Juristes catholiques, 1880-1940, numéro 28, 2^{ème} semestre, 2008, Picard

Principe démocratique, élément et intérêt démocratiques, conviction démocratique,
Revue française d'histoire des idées politiques, numéro 24, 2^{ème} semestre, 2006,
Documents, Professeur Carl von Rotteck,

La Belle Epoque des juristes, enseigner le droit dans la République,
numéro 29, Cahiers Georges Sorel, octobre 2011, Revue d'histoire intellectuelle, Mil Neuf Cent,

Observations sur l'enseignement des sciences politiques et administratives,
E. Boutmy, pp.237-249, Revue Internationale de l'Enseignement, Tome 1^{er}, Janvier à juin 1881, Paris, G. Masson éditeur, Librairie de l'Académie de Médecine

L'enseignement dans les facultés de droit de 1879 à 1889
Charles Turgeon, pp.274-312, Revue Internationale de l'Enseignement, Tome 19,
Janvier à juin 1890, Paris, Armand Colin et Cie éditeurs

La fonction sociale des facultés de droit, pp.533-560,
Frantz Despagne, Revue Internationale de l'Enseignement, tome 21^{ème}, janvier à juin 1891, Paris, A. Colin et Cie éditeurs

La fonction sociale des facultés de droit, pp.1-24,
Frantz Despagne, Revue Internationale de l'Enseignement, Tome 22^{ème}, Juillet à décembre 1891, Armand Colin et Cie éditeurs

Actes et documents officiels, programme des examens,
Revue Internationale de l'Enseignement, Tome XXX, Juillet à décembre 1895, Paris,
Armand Colin et Cie éditeurs, pp.501-502

La crise des facultés de droit, E.Glasson, pp.385-399, Revue Internationale de l'Enseignement, Tome 43ème, Janvier à juin 1902, Librairie Marescq Aîné à Chevalier-Marescq et Cie éditeurs

Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ?

Raymond Saleilles, Revue politique et parlementaire, Tome XXXVI, avril, mai, juin, Paris, Librairie Armand Colin, 1903, pp.91-123

IV TRAVAUX SUR ESMEIN

A : LES OUVRAGES

Chopplet Antoine, Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté, Université de Reims Champagne-Ardenne, U.F.R de droit et de sciences politiques, Ecole Doctorale des sciences de l'Homme et de la société, thèse soutenue le 30 novembre 2012, 634 pages

Chopplet A. La classification des régimes politiques chez Adhémar Esmein, Mémoire de droit public, M2, Université de Reims, Champagne-Ardenne, 2006

Denolle L. Adhémar Esmein : Deux formes de gouvernement, mémoire de DEA, Université de Caen, 2004

Michel A. Le gouvernement parlementaire dans la pensée d'Adhémar Esmein, Mémoire de DEA, Paris II, 2002

Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, sous la direction des professeurs Pinon et Prélot, Montchrestien, Collection Les Grands Colloques, Janvier 2009, Colloque organisé à l'Université de Cergy-Pontoise le 26 janvier 2007, Centre de Philosophie juridique et politique

Professeur Sacriste G. Le droit de la République (1870-1914), Légitimation de l'Etat et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début de la III^e République, IEP, Paris I, 2002, 578 pages

B : LES ARTICLES SUR ESMEIN

XXIIème colloque de l'Association Française des Historiens des Idées Politiques, Aix-en-Provence, Septembre 2010, « L'influence politique et juridique des îles britanniques en Europe » 16-17 septembre 2010, Emile Boutmy et le modèle constitutionnel anglais : Intelligence narrative, explication psychologique et fonction prudentielle de la

constitution anglaise, pp. 1-15, Professeur Pasquet-Briand, ATER en droit public à l'Université de Paris II, Panthéon-Assas

XXIIème colloque de l'Association Française des Historiens des Idées Politiques, Aix-en-Provence, « L'influence juridique et politique des îles britanniques en Europe », 16-17 septembre 2010, La Grande-Bretagne dans la doctrine constitutionnelle de la III^e République pp.1-38, Professeur Caporal, Professeur à l'Université de Saint-Etienne

Notice nécrologique d'Esmein, Annuaire de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, section des sciences religieuses, 1913, pp.19-22

A. Esmein, notice sur sa vie et sur ses œuvres, Bulletins et mémoires de la société archéologique et historique de la Charente, 1913, Tome IV, pp.113-133, Touzaud,

Les attaches charentaises et familiales d'Adhémar Esmein (1848-1913), Professeur de droit, membre de l'Institut, Bulletins et mémoires, Société archéologique et historique de la Charente, pp.95-123, Professeur Levent Antoine

Le droit constitutionnel d'Esmein, (2009), dans La Revue française d'histoire des idées politiques, numéro 32-2011, Compte-rendu de l'ouvrage des Professeurs Pinon et Prélot,

Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain, Mélanges Patrice Gélard, Paris, Montchrestien, 2000, pp.15-23, Professeur Conac,

Méditerranées, Revue du centre d'Etudes Internationales sur la romanité, numéro 22-23, 2000, Bouineau J. Hommage à Adhémar Esmein,

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 2^{ème} édition, 1 volume, Paris, Larose, 1899, in-8°, IX, 795 pages, Joseph Delpech, chargé de conférences à la Faculté de droit de Paris, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome XII, 6^{ème} année, Juillet à décembre, Paris, Librairie Marescq-Ainé,

Compte rendu de l'Histoire du droit français de 1789 à 1814, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1908, Tome XXV, Paris, V. Giard et E Briere, pp-582-586, Joseph Barthélémy

Le Professeur Esmein, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1913, Tome XXX, pp.617-618, Jèze Gaston,

Regard critique sur les leçons d'un maître du droit constitutionnel, le cas d'Adhémar Esmein (1848-1913), Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2007, numéro 1, pp.193-229, Professeur Pinon et Vernes

Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit, Revue historique du droit français et étranger, 1997, pp.415-433, Professeur Halpérin,

Esmein historien du droit, Revue Internationale de l'Enseignement, 1916, pp.81-91, Fournier Paul,

Les Eléments de droit constitutionnel français et comparé, Esmein, par Félix Moreau, pp.348-354, Revue politique et parlementaire, Tome XXXVI, 1903, Paris, librairie Armand Colin

Esmein : L'Etat réintroduit dans l'histoire des Institutions et des doctrines, pp.192-199, Professeur Favre Naissances de la science politique en France, 1870-1914, Paris, Fayard, 1989 ;

Itinéraires d'un historien du droit, Jacques Poumarède, Regards croisés sur la naissance de nos institutions, Articles réunis et édités par Jean-Pierre Alline, Méridiennes, Janvier 2011, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole. Articles étudiés : Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié), pp.621-629 et Penser l'absolutisme : approche historiographique des ouvrages pédagogiques en histoire des institutions françaises, pp.631-640, Professeur Poumarède

Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein, Séances et travaux de l'Académie des Sciences Morales et Politiques 1842-1935, 1917, pp.437-474, Weiss

INDEX NOMINUM

- Accarias : 39 ; 41 ; 42 ; 61
Aguesseau d' : 220
Alciat: 37
Allarde d': 141
Anderson Benedict: 186
Arc Jeanne d': 185
Arendt Hannah: 252
Aristote: 50; 59; 265
Aron Raymond: 18; 36; 46; 65; 166; 264; 265
Auguste Octave: 38; 83
Bagehot: 124
Barthélémy Joseph: 52; 54; 62; 112; 113; 115; 124; 139;
Barthou: 214
Barret-Kriegel: 193
Bastid: 100
Bentham: 244
Bergasse: 181
Beudant: 32
Bismarck: 128; 129; 130; 160; 261
Blackstone: 206
Bloch: 62; 122
Bodin: 60; 89; 91; 176; 189
Boia Lucian: 36
Bonaparte: 26; 28; 45; 66; 180; 235; 257
Boniface VIII : 28
Bonin : 131
Bossuet : 74 ; 92 ; 190
Boudon : 9 ; 118 ; 121 ; 122
Bougainville : 33
Bouineau Jacques : 71
Bourdieu : 132
Bouretz : 8 ; 252
Boutmy : 68 ; 69 ; 120 ; 128
Bredin Jean-Denis : 104
Broglie Victor de : 108 ; 184
Brunaux Jean-Louis : 178
Bryce : 124
Bufnoir : 32 ; 62 ; 63
Bugnet : 8

Burke : 243
Calmette : 173
Capet Hugues : 185 ; 189
Capitant : 32
Caracalla : 36 ; 50 ; 254
Castellau : 35
César : 175
Chapelier Le : 141
Charles VII : 174 ; 188
Charles IX : 182
Charles X : 105
Chartier Emile : 59
Chartres Yves de : 65
Chopplet: 5 ; 94 ; 99 ; 148; 162 ; 163 ; 232
Citron: 190
Colbert: 220
Colliard: 24
Compayré: 57
Comte Auguste : 248
Constant Benjamin: 260
Cromwell: 141 ; 142
Cujas: 37
Dalloz Désiré: 260
Daresté Rodolphe : 71
David Marcel : 221
Declareuil : 131
Demolombe : 8
Descartes : 240
Deslandres : 7 ; 100 ; 115 ; 125
Despagnet Frantz : 48
Despagnet Frantz: 7
Dicey: 124
Disraëli: 156
Dreyfus: 45; 211; 212; 213
Duby: 192
Duguit: 7; 148
Durkheim: 63
Faure Edgar: 260
Fenet: 222
Ferry Jules: 54; 55; 58; 131; 169; 264
Ferry Luc : 238
Foucault Michel : 74 ; 238
Fournier : 13 ; 24 ; 201 ; 213 ; 214 ; 215 ; 216

Furet Francois : 154
Gaius : 80
Gasparini : 93
Gaulle Charles de : 209
Geary: 187
Gény Francois: 123 ; 228
George III : 251
Gide Jean-Paul Guillaume: 3 ; 30; 31; 32; 33; 34; 37; 40; 61; 173; 256
Gillet: 199
Giono: 264
Girard Louis: 31 ; 32 ; 107
Giraud Charles 35; 36; 37; 38; 39; 40 ; 44 ; 61
Giraudoux Jean: 219
Gladstone: 156
Glasson : 11 ; 13 ; 24 ; 50 ; 87 ; 201 ; 203 ; 205 ; 206 ; 207 ; 208 ; 209 ; 216
Grange: 186
Gratien: 86
Grévy: 55
Grotius: 206
Grousset René: 8
Guillaume II: 128
Guizot: 10 ; 69 ; 165 ; 187 ; 249
Halpérin: 53 ; 58 ; 68 ; 125 ; 126 ; 133
Hauriou: 7 ; 53 ; 57 ; 63
Hélié Faustin: 49
Henri III: 182
Henri IV: 185; 189
Herr: 262
Hirsch: 161
Howard Dick: 264
Hugo: 126
Ihéring: 125
Imbert: 43
Jacob: 76
Jamin: 227
Jaurès: 211
Jestaz : 227
Justinien Ier: 75
Kant: 89; 163
Kriegel-Barret: 88; 89; 193
Krynen: 193; 194
Laban: 76
Laband: 125

Laboulaye Edouard: 69 ; 145
Labbé : 32
Lafférière : 234
La Pérouse : 33
La Rivière de,Le Mercier : 97 ; 109
Latour : 8
Laurent : 134
Lavisse : 60 ; 175 ; 260 ; 263
Le Blant Valérie : 23
Le Bras Gabriel : 216
Legendre: 63
Léopold II de Belgique : 71
Littré: 121 ; 248
Lyon-Caen : 53
Locke: 94 ; 109 ; 191
Lombard Pierre : 86
Louis XI: 188
Louis XIII: 189
Louis XIV: 16 ; 134 ; 136 ; 143 ; 190 ; 220 ; 221
Louis XV: 183 ; 220
Louis XVI : 96 ; 154 ; 178 ; 182 ; 183 ; 189 ; 190 ; 247
Louis XVIII : 105
Louis-Philippe: 17
Low Sidney : 245
Mably: 98; 101; 102; 104
Machelon : 5 ; 12 ; 210 ; 252 ; 253 ; 254
Machiavel : 81
Malaurie : 91
Manent : 42
Marx : 10
Meslier James : 22
Mestre Jean-Louis : 253
Michel Léon : 32
Michelet : 175
Mirabeau : 177
Mirkine-Guetzévitch : 108
Miterrand Francois : 23 ; 166
Mohl : 137
Mommsen : 84
Monnier : 101
Montesquieu : 14; 36; 39; 50; 67; 91; 92; 93; 94; 100; 101; 104; 115; 124; 128; 138; 166; 189; 211; 229; 232; 233; 262
Morin Edgar: 162

Morley John: 218
Morris : 111 ; 117 ; 118 ; 183 ; 255 ; 268
Mussolini : 6
Napoléon Ier : 127 ; 182 ; 204 ; 239 ; 257
Napoléon III : 105
Némo : 211
Nicolet : 5 ; 12 ; 57 ; 59 ; 100 ; 123 ; 152 ; 163 ; 169 ; 252
Nietzsche : 136
Orléans Philippe d' : 192
Ostrogorski : 103 ; 108 ; 244 ; 245 ; 246 ; 247 ; 248
Papillard : 263
Pascal : 106
Pasquet-Briand : 70
Passy Hyppolite : 70
Philippe d'Orléans : 190
Philippe IV Le Bel : 28 ; 185
Pinon : 3 ; 7 ; 54 ; 65 ; 95 ; 118 ; 119
Platon : 38 ; 67
Popper : 211
Portalis Jean-Marie-Etienne : 127 ; 204 ; 207 ; 219 ; 226 ; 256
Poumarède Jacques : 7 ; 49 ; 223 ; 260
Prévost-Paradol : 109 ; 110 ; 184
Prométhée : 135
Prost : 191
Pussort : 220
Quesnay : 94 ; 97
Quinet : 106
Rémusat : 106 ; 108
Renouard Yves : 261 ; 262
Renouvier : 57
Ricoeur Paul : 13 ; 252
Rochefoucauld La de : 93
Rosanvallon : 5 ; 7 ; 93 ; 254
Rossi : 146 ; 148 ;
Rotteck von : 166 ; 167
Rousseau : 13 ; 56 ; 98 ; 99 ; 100 ; 101 ; 102 ; 103 ; 104 ; 127 ; 141 ; 145 ; 146 ; 148 ;
159 ; 163 ; 167 ; 247 ; 253 ; 255 ; 259
Royer-Collard : 208
Sacriste : 5 ; 55 ; 65
Saisset-Schneider : 25
Saint Victor Jacques de : 17 ; 154
Saleilles : 32 ; 63 ; 64 ; 110
Salvandy Paul de : 44

Santerre Colmet de : 133
Saül : 74
Saulnier Frédéric : 112 ; 120
Savigny : 125 ; 126 ; 134
Seignobos : 260
Sievès : 100 ; 101 ; 102 ; 103 ; 104 ; 106 ; 140 ; 154 ; 167 ; 177 ; 186 ; 188 ; 195 ;
253 ; 259 ; 262 ; 263 ; 264
Simon Jules : 57
Sombart Werner : 114
Stuart Mill : 135 ; 243
Suzanne : 19
Taine : 3 ; 69 ; 94 ; 109 ; 110 ; 111
Tardif : 54
Terminus : 152
Terrat : 52 ; 54
Théodose : 84
Thibaudet Albert : 108
Thiers : 105 ; 108 ; 251
Todd Emmanuel : 169
Tourtoulon Pierre de : 114
Touzaud : 21
Tocqueville : 14 ; 106 ; 110 ; 130 ; 143 ; 144 ; 168 ; 178 ; 180 ; 189 ; 194 ; 204 ; 211 ;
218 ; 250 ; 254
Troper : 95
Trosne Le : 96 ; 109
Troyes Chrétien de : 34
Turgot : 96
Vacherot : 57
Vedel : 3
Velléien : 31
Veyne Paul : 250
Viollet : 13 ; 24 ; 45 ; 201 ; 209 ; 210 ; 211 ; 212 ; 213 ; 216
Voltaire : 94 ; 163
Waddington : 55
Waldeck-Rousseau : 159
Weber Max : 10 ; 17 ; 18 ; 20
Weil Eric : 186
Weiss : 52 ; 90
Wells H.G. : 78
Winock Michel : 239
Zénati-Castaing : 127
Zoller : 136

TABLE DES MATIERES

Sommaire..... 1

Introduction.....3

La vie d'Esmein 15

§ 1 : Une famille protestante..... 15

§ 2 : L'éducation familiale..... 20

A : Les attaches charentaises, ses réseaux, la place de la famille... 20

B : Le respect pour l'Eglise catholique.....23

**PARTIE I : LE JURISTE ESMEIN : UN HISTORIEN DU DROIT,
UNE METHODE ORIGINALE AU CROISEMENT DU
CONSERVATISME ET DU LIBERALISME 30**

CHAPITRE 1 : LES SOURCES 30

I : Sa formation d'historien du droit..... 30

A : Ses maîtres 30

a) Paul Gide..... 30

b) Charles Giraud..... 35

c) Calixte Accarias..... 39

B : Les thèses d'Esmein..... 42

II : L'agrégé des Facultés de droit 44

§ 1 : La vision de l'Université et sa progression historique.....44

§ 2 : Son parcours professionnel, les matières enseignées.....51

A : Le départ pour Douai.....52

B : Le retour à Paris.....52

C : L'histoire du droit et le droit constitutionnel.....53

**§ 3 : La Maîtrise de Conférences à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes,
l'Ecole Normale Supérieure de Sèvres, l'Ecole Libre des Sciences
Politiques.....64**

A : L'Ecole Pratique des Hautes Etudes.....64

B : L'enseignement à l'Ecole Normale Supérieure de Sèvres.....67

C : L'Ecole Libre des Sciences Politiques.....68

CHAPITRE 2 : LA METHODE DE L'HISTORIEN DU DROIT.....73

I : Le recours aux sources.....73

§ 1 : Les sources historiques.....73

A : L'Antiquité : une référence incontournable et la mère des idées politiques pour le renouvellement des études.....73

1 : Le judaïsme et les rois sacrés, Théorie de la monarchie de droit divin...73

2 : Les anciens mythes du monde méditerranéen, le fonctionnement des sociétés primitives : l'absence d'Etat ou d'organe centralisé....74

3 : Prénance des règles coutumières, la Grèce, Rome, avec prédominance des rapports de droit privé76

4 : Rome et l'Etat, l'histoire du droit romain, le droit civil, le droit pénal...79

B : La fin de l'Antiquité et quelques aspects médiévaux.....85

1 : Le christianisme : l'imprégnation de certains sentiments sur la société de la fin de l'Antiquité vers le monde médiéval.....85

§ 2 : Ses influences intellectuelles.....87

A : L'Ancien Régime.....87

1 : Le XVI^e siècle, les penseurs, les idées.....87

2 : Jean Bodin, théoricien de la souveraineté....90

3 : Montesquieu : « le mentor d'Esmein »....91

4 : Une certaine sympathie d'Esmein : le courant physiocratique....94

5 : Rousseau et Mably, une certaine tolérance d'Esmein pour leurs idées...98

B : L'époque contemporaine.....103

1 : L'abbé Sieyès, le régime représentatif, du Tiers Etat à la Nation retrouvée.....103

2 : Les penseurs libéraux du Second Empire.....105

3 : Hyppolite Taine : un maître109

II : L'influence des courants anglais et l'Ecole allemande.....111

§ 1 : L'influence de l'Angleterre : la coutume et l'histoire : un modèle libéral-conservateur.....112

A : Un modèle libéral-conservateur.....112

1 : Une méthode empirique, l'approche historique au service de la société et du droit.....112

2 : L'expérience véritablement britannique : la continuité des paradigmes en histoire116

§ 2: l'École germanique123

1 : Le primat de l'Idée dans la construction de l'Etat....123

2 : Le rôle de l'Institution130

3 : La traduction concrète : l'Etat en tant que personne.....136

PARTIE II : ESMEIN : UN JURISTE REPUBLICAIN.....138

CHAPITRE 1 : SES VALEURS138

I : L'individu.....138

§ 1 : L'individu libre : la notion d'individu et son rapport avec le droit...138

§ 2 : La protection des droits : les précédents historiques.....141

§ 3 : Le sens des libertés pour Esmein : le libéralisme du XIX^e siècle ou les droits dits de première génération.....145

II : La société.....148

§ 1 : La conciliation entre les forces du mouvement et celles de l'ordre : la société149

§ 2 : La propriété foncière, la liberté d'entreprendre.....156

§ 3 : La propriété foncière et l'égalité.....165

CHAPITRE 2 : LA PREGNANCE DU DROIT.....171

I : Les champs historiques171

§ 1 : La France de la féodalité à la monarchie d'Ancien Régime.....171

§ 2 : Les sources de la souveraineté pour Esmein.....185

A : La notion de Nation.....185

B : La Monarchie et la Nation: le temps long de l'histoire.....187

II : La Révolution de 1789 : une réforme pensée en des termes juridiques.....193

§ 1 : L'œuvre des juristes, des légistes français, la souveraineté, les constructions juridiques, la loi de majorité.....193

§ 2 : La notion de jury en matière pénale, le caractère démocratique de la Nation, la mise en œuvre de la liberté.....196

CHAPITRE 3 : LA PLACE D'ESMEIN DANS L'HISTOIRE DU DROIT.....201

I : Esmein et ses contemporains.....201

§ 1 : Ernest Glasson (1839-1907).....201

§ 2 : Paul Viollet (1840-1914).....209

§ 3 : Paul Fournier (1853-1935).....213

II : Le régime républicain par le Droit.....218

§ 1 : Les codifications dans le respect de la tradition nationale...218

§ 2 : Le renouveau du droit civil : la coutume et la jurisprudence...222

§ 3 : Le droit au service de la société : le rôle du juge dans la société démocratique.....229

§ 4 : La fonction du droit ou le droit en tant que discours fictif au service de l'individu236

III : La portée d'Esmein : L'histoire du droit et le droit constitutionnel éclairés par cette nouvelle approche.....241

§ 1 : Le rôle des partis politiques.....242

§ 2 : Les applications pratiques des Anglo-Saxons.....249

§ 3 : La sensibilité libérale au service d'un ordre conservateur.....254

Conclusion259

Bibliographie.....267

Index nominum.....289

Table des matières.....296

